



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



الرحمن
علیه صاب

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

قاعدہ ضمانت



مدرسہ اسلامیہ لاہور
مدرسہ اسلامیہ لاہور
مدرسہ اسلامیہ لاہور
مدرسہ اسلامیہ لاہور
مدرسہ اسلامیہ لاہور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قاعده ضمان ید

نویسنده:

محمد جواد فاضل لنکرانی

ناشر چاپی:

مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۲	قاعده ضمان ید
۱۲	مشخصات کتاب
۱۲	اشاره
۲۲	مقدمه
۲۴	پیش گفتار
۳۲	کلیات
۳۲	۱ - نکات آغازین
۳۲	اشاره
۳۵	الف: مشروعیت ضمان
۳۵	ب: اسباب ضمان
۳۹	ج: انواع ضمان
۳۹	د: تفاوت قاعده ضمان ید و قاعده ید
۴۱	۲ - مدرک قاعده
۴۱	اشاره
۴۳	بررسی سندی حدیث علی الید
۴۵	بررسی جبران ضعف سند به وسیله شهرت
۴۷	اشکال امام خمینی رحمه الله در مورد استناد عمل مشهور به حدیث علی الید
۵۰	پاسخ اشکال امام خمینی رحمه الله
۵۳	فقدان روایت در کتب اربعه و تأثیر آن بر استدلال به حدیث
۵۶	بخش اول: بررسی مفاد ترکیبی حدیث «علی الید»
۵۶	فصل اول: نظریات موجود در مفاد روایت
۵۶	اشاره
۵۹	گفتار اول: بررسی تفاوت دلالت «علی الید» با توجه به متعلق آن

.....	اشاره	۵۹
.....	۱ - نظریه شیخ انصاری رحمه الله	۵۹
.....	۲ - نظریه محقق ابروانی رحمه الله	۶۱
.....	۳ - نظریه امام خمینی رحمه الله	۶۳
.....	گفتار دوم: بررسی احتمالات موجود در متعلق «علی الید»	۶۵
.....	اشاره	۶۵
.....	احتمالات مطرح در متعلق «علی الید»	۶۶
.....	احتمال اول، دیدگاه شیخ طوسی رحمه الله	۶۸
.....	احتمال دوم، دیدگاه محقق نراقی و محقق ابروانی رحمه الله	۶۹
.....	اشاره	۶۹
.....	تبیین دیدگاه محقق نراقی رحمه الله در مورد متعلق «علی الید»	۶۹
.....	اشکالات وارد بر دیدگاه محقق نراقی رحمه الله	۷۳
.....	احتمال سوم، دیدگاه مشهور فقها	۷۶
.....	اشاره	۷۶
.....	الف) دلایل محقق مراغی رحمه الله بر قول به ضمان	۷۸
.....	ب) دیدگاه محقق اصفهانی رحمه الله در مورد قول به ضمان	۸۱
.....	ج) دیدگاه امام خمینی رحمه الله در مورد قول به ضمان	۸۴
.....	نتیجه فصل اول	۸۵
.....	فصل دوم: حقیقت ضمان	۸۵
.....	اشاره	۸۵
.....	گفتار اول: دیدگاه علمای امامیه در مورد ضمان	۸۸
.....	۱ - دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله: تدارک و خسارت شیء مضمون	۸۸
.....	۲ - دیدگاه مرحوم علامه رحمه الله: تحقق معاوضه قهریه	۸۸
.....	۳ - دیدگاه محقق نائینی رحمه الله: بودن مال در ذمه	۸۹
.....	۴ - قرار گرفتن مال در عهده ی ضامن	۹۰
.....	اشاره	۹۰

- الف) نظریه آخوند خراسانی رحمه الله ۹۱
- ب) نظریه محقق اصفهانی رحمه الله ۹۲
- ج) نظریه محقق بروجردی رحمه الله ۹۴
- اشاره ۹۴
- اشکالات نظریه محقق بروجردی رحمه الله ۱۰۲
- ۵ - دیدگاه امام خمینی رحمه الله: قرار گرفتن عین مال بر عهده ی آخذ - ۱۰۳
- اشاره ۱۰۳
- اشکالات دیدگاه امام خمینی رحمه الله ۱۰۸
- تعریف برگزیده ضمان ۱۱۱
- گفتار دوم: دیدگاه اهل سنت در مورد ضمان ۱۱۱
- بخش دوم: بررسی مفردات حدیث «علی الید» ۱۱۵
- فصل اول: مفهوم ید و انواع آن ۱۱۵
- اشاره ۱۱۵
- گفتار اول: معنای کلمه «ید» ۱۱۵
- اشاره ۱۱۵
- شمول حدیث «علی الید» نسبت به موارد عدم استیلا ۱۱۹
- دیدگاه محقق بجنوردی رحمه الله در مورد استیلا ۱۲۲
- گفتار دوم: شمول روایت نسبت به ید مأذون و غیر مأذون ۱۲۲
- اشاره ۱۲۲
- بررسی عدم اختصاص روایت به باب غضب ۱۲۷
- گفتار سوم: شمول روایت نسبت به ید مرکب و منضم ۱۲۷
- اشاره ۱۲۷
- ۱ - دیدگاه محقق حلی رحمه الله ۱۲۸
- ۲ - دیدگاه صاحب جواهر رحمه الله ۱۲۹
- ۳ - دیدگاه فاضل مقداد رحمه الله ۱۳۰
- ۴ - دیدگاه محقق مراغی رحمه الله ۱۳۱

- ۱۳۱ - - - - - اشاره
- ۱۳۸ - - - - - اشکالات وارد بر دیدگاه محقق مراغی رحمه الله
- ۱۴۰ - - - - - گفتار چهارم: شمول روایت نسبت به ید غیر بالغ قاصد
- ۱۴۰ - - - - - اشاره
- ۱۴۲ - - - - - ۱ - دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله
- ۱۴۲ - - - - - اشاره
- ۱۴۲ - - - - - اشکال محقق اصفهانی رحمه الله به دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله
- ۱۴۵ - - - - - پاسخ امام خمینی قدس سره از اشکال محقق اصفهانی رحمه الله
- ۱۵۰ - - - - - اشکالات سخن امام خمینی رحمه الله
- ۱۵۱ - - - - - توجیه دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله
- ۱۵۳ - - - - - ۲ - دیدگاه محقق خوئی رحمه الله
- ۱۵۳ - - - - - اشاره
- ۱۵۵ - - - - - اشکالات وارد بر دیدگاه محقق خوئی رحمه الله
- ۱۵۶ - - - - - نتیجه گفتار چهارم
- ۱۵۶ - - - - - گفتار پنجم: شمول روایت نسبت به ید غیر ابتدایی
- ۱۵۶ - - - - - اشاره
- ۱۵۸ - - - - - احتمالات موجود در ضمان ایدی متعاقبه
- ۱۶۱ - - - - - اشکال ثبوتی وارد بر احتمال پنجم
- ۱۶۱ - - - - - اشاره
- ۱۶۱ - - - - - ۱ - پاسخ مرحوم آخوند از اشکال ثبوتی
- ۱۶۱ - - - - - اشاره
- ۱۶۱ - - - - - اشکالات وارد بر پاسخ مرحوم آخوند
- ۱۶۳ - - - - - ۲ - پاسخ محقق نائینی رحمه الله از اشکال ثبوتی
- ۱۶۳ - - - - - اشاره
- ۱۶۳ - - - - - الف) اشتراک ذوالیدها
- ۱۶۶ - - - - - ب) نظریه ی ضمان طولی

- ۱۶۶ ----- معنای ضمان طولی -----
- ۱۶۸ ----- اسباب ضمان طولی -----
- ۱۶۹ ----- مقایسه اسباب ضمان طولی با یکدیگر -----
- ۱۷۱ ----- دیدگاه شهید اول رحمه الله در مسأله غاز و تعاقب ایدی -----
- ۱۷۱ ----- اشکال محقق نائینی رحمه الله بر دیدگاه شهید اول قدس سره -----
- ۱۷۶ ----- آثار ضمان طولی -----
- ۱۷۷ ----- دیدگاه محقق بجنوردی رحمه الله در مورد ضمان طولی -----
- ۱۷۸ ----- دیدگاه امام خمینی رحمه الله در مورد ضمان طولی -----
- ۱۸۰ ----- اشکالات وارد بر نظریه ی ضمان طولی -----
- ۱۸۳ ----- ۳ - پاسخ صاحب جواهر رحمه الله از اشکال ثبوتی -----
- ۱۸۳ ----- اشاره -----
- ۱۸۵ ----- اشکالات شیخ انصاری رحمه الله بر پاسخ صاحب جواهر رحمه الله -----
- ۱۸۹ ----- ۴ - پاسخ شیخ انصاری رحمه الله از اشکال ثبوتی -----
- ۱۹۲ ----- اشکالات وارد بر پاسخ شیخ انصاری رحمه الله -----
- ۱۹۲ ----- اشاره -----
- ۱۹۵ ----- ۵ - پاسخ پنجم به اشکال ثبوتی -----
- ۱۹۶ ----- جمع بندی و بیان پاسخ برگزیده -----
- ۱۹۷ ----- فصل دوم: «اخذ»، «مأخوذ» و دیگر مفردات روایت -----
- ۱۹۷ ----- گفتار اول: اعتبار اخذ و قبض در ضمان -----
- ۲۰۰ ----- گفتار دوم: مراد از مال مأخوذ چیست؟ -----
- ۲۰۲ ----- گفتار سوم: لزوم مالیت داشتن مأخوذ -----
- ۲۰۳ ----- گفتار چهارم: مقصود از اداء چیست؟ -----
- ۲۰۹ ----- گفتار پنجم: ظهور غایت مذکور در روایت، در ردّ تام -----
- ۲۱۱ ----- بخش سوم: تنبیهات قاعده ی ضمان ید -----
- ۲۱۱ ----- تنبیه اول: تأثیر علم و جهل نسبت به موضوع در قاعده -----
- ۲۱۴ ----- تنبیه دوم: جریان قاعده در منافع مستوفاه و غیر مستوفاه -----

- ۲۱۴ اشاره
- ۲۱۶ دیدگاه شیخ انصاری و سید یزدی رحمهما الله در مورد صدق اخذ بر منافع
- ۲۱۸ دیدگاه فقیه محقق والد معظم در مورد منافع غیر مستوفاه
- ۲۱۹ دیدگاه محقق اصفهانی و خوبی رحمهما الله در مورد جریان قاعده در منافع
- ۲۲۱ اشکالات مرحوم امام به دیدگاه محقق اصفهانی رحمه الله
- ۲۲۲ پاسخ استاد به اشکالات مرحوم امام
- ۲۲۳ ادامه سخن مرحوم امام خمینی رحمه الله
- ۲۲۴ اشکالات فقیه محقق والد معظم بر دیدگاه محقق اصفهانی رحمه الله
- ۲۲۵ پاسخ استاد به اشکالات فقیه محقق والد معظم
- ۲۲۶ جریان قاعده در مال دارای منافع متعدّد
- ۲۲۸ تنبیه سوم: بررسی شمول قاعده نسبت به حُرّ
- ۲۲۸ اشاره
- ۲۳۰ مقام اول: بررسی ضمان نسبت به حُرّ
- ۲۳۰ اشاره
- ۲۳۶ دیدگاه محقق رشتی رحمه الله در ضمان حُرّ
- ۲۴۲ تحقیق مسأله در مقام اول
- ۲۴۳ مقام دوم: بررسی ضمان نسبت به منافع حُرّ
- ۲۴۳ اشاره
- ۲۴۵ جهت اول: عمل حُرّ کسوب
- ۲۵۰ جهت دوم: عمل حُرّ غیر کسوب
- ۲۵۰ تنبیه چهارم: شمول روایت نسبت به اوقاف خاصّه و عامّه
- ۲۵۰ اشاره
- ۲۵۰ اوقاف خاصّه
- ۲۵۴ دیدگاه شهید اول رحمه الله در اوقاف عامّه
- ۲۵۴ دیدگاه صاحب جواهر رحمه الله در اوقاف عامّه
- ۲۵۵ دیدگاه محقق رشتی رحمه الله در مورد اوقاف عامّه

- ۲۵۷ ----- دیدگاه محقق بروجردی رحمه الله در مورد اوقاف عامه
- ۲۶۰ ----- اشکالات وارد بر دیدگاه محقق بروجردی رحمه الله
- ۲۶۲ ----- تنبیه پنجم: موضوعیت پرداخت به مالک در رفع ضمان
- ۲۶۷ ----- فهرست منابع
- ۲۷۶ ----- درباره مرکز

قاعده ضمان ید

مشخصات کتاب

سرشناسه: فاضل لنکرانی، محمدجواد، ۱۳۴۱ -

عنوان و نام پدیدآور: قاعده ضمان ید: درس های استاد معظم و محقق حاج شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی / تقریر و تنظیم جواد حسینی خواه.

مشخصات نشر: قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۳۸۷.

مشخصات ظاهری: ۲۵۵ ص.

فروست: سلسه درس هایی از قواعد فقه؛ ۲.

شابک: ۲۵۰۰۰ ریال: ۹۷۸-۹۶۴-۷۷۰۹-۷۴-۳

یادداشت: عنوان دیگر: قاعده ضمان ید: تقریرات دروس استاد معظم حاج شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی.

یادداشت: کتابنامه: ص. [۲۴۹] - ۲۵۵؛ همچنین به صورت زیرنویس.

عنوان دیگر: قاعده ضمان ید: تقریرات دروس استاد معظم حاج شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی.

موضوع: قاعده ید

موضوع: فقه -- قواعد

شناسه افزوده: حسینی خواه، جواد

رده بندی کنگره: BP۱۶۹/۵۲/ی۴ ف ۲ ۱۳۸۷

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۲۴

شماره کتابشناسی ملی: ۱۶۰۸۲۰۴

ص: ۱

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٣

قاعده ضمان ید : درس های استاد معظم و محقق حاج شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی

تقریر و تنظیم جواد حسینی خواه.

ص: ۴

پیش‌گفتار..... ۱۵

کلیات

● ۱- نکات آغازین.....	۲۳
الف: مشروعیت ضمان.....	۲۴
ب: اسباب ضمان.....	۲۴
ج: انواع ضمان.....	۲۸
د: تفاوت قاعده ضمان ید و قاعده ید.....	۲۸
● ۲- مدرک قاعده.....	۳۱
بررسی سندی حدیث علی الید.....	۳۲
بررسی جبران ضعف سند به وسیله شهرت.....	۳۴
اشکال امام خمینی <small>علیه السلام</small> در مورد استناد عمل مشهور به حدیث علی الید.....	۳۶
پاسخ اشکال امام خمینی <small>علیه السلام</small>	۳۹

فقدان روایت در کتب اربعه و تأثیر آن بر استدلال به حدیث..... ۴۲

بخش اول: بررسی مفاد ترکیبی حدیث «علی الید»

● فصل اول: نظریات موجود در مفاد روایت ۴۷

گفتار اول: بررسی تفاوت دلالت «علی الید» با توجه به متعلق آن ۴۸

۱- نظریه شیخ انصاری رحمته الله ۴۸

۲- نظریه محقق ایروانی رحمته الله ۵۰

۳- نظریه امام خمینی رحمته الله ۵۲

گفتار دوم: بررسی احتمالات موجود در متعلق «علی الید» ۵۴

احتمالات مطرح در متعلق «علی الید» ۵۵

احتمال اول، دیدگاه شیخ طوسی رحمته الله ۵۷

احتمال دوم، دیدگاه محقق نراقی و محقق ایروانی ۵۸

تبیین دیدگاه محقق نراقی رحمته الله در مورد متعلق «علی الید» ۵۸

اشکالات وارد بر دیدگاه محقق نراقی رحمته الله ۶۲

احتمال سوم، دیدگاه مشهور فقها ۶۵

الف) دلایل محقق مراغی رحمته الله بر قول به ضمان ۶۷

ب) دیدگاه محقق اصفهانی رحمته الله در مورد قول به ضمان ۷۰

ج) دیدگاه امام خمینی رحمته الله در مورد قول به ضمان ۷۳

نتیجه فصل اول ۷۴

● فصل دوم: حقیقت ضمان ۷۵

گفتار اول: دیدگاه علمای امامیه در مورد ضمان ۷۷

۱- دیدگاه شیخ انصاری رحمته الله: تدارک و خسارت شیء مضمون ۷۷

۲- دیدگاه مرحوم علامه رحمته الله: تحقق معاوضه قهریه ۷۷

۳- دیدگاه محقق نائینی رحمته الله: بودن مال در ذمه ۷۸

۷۹	۴- قرار گرفتن مال در عهده‌ی ضامن.....
۸۰	الف) نظریه آخوند خراسانی <small>علیه السلام</small>
۸۱	ب) نظریه محقق اصفهانی <small>علیه السلام</small>
۸۳	ج) نظریه محقق بروجردی <small>علیه السلام</small>
۹۰	اشکالات نظریه محقق بروجردی <small>علیه السلام</small>
۹۱	۵- دیدگاه امام خمینی <small>علیه السلام</small> : قرار گرفتن عین مال بر عهده‌ی آخذ.....
۹۶	اشکالات دیدگاه امام خمینی <small>علیه السلام</small>
۹۹	تعریف برگزیده ضمان.....
۹۹	گفتار دوم: دیدگاه اهل سنت در مورد ضمان.....

بخش دوم: بررسی مفردات حدیث «علی الید»

۱۰۵	● فصل اول: مفهوم ید و انواع آن.....
۱۰۵	گفتار اول: معنای کلمه «ید».....
۱۰۷	شمول حدیث «علی الید» نسبت به موارد عدم استیلا.....
۱۱۰	دیدگاه محقق بجنوردی <small>علیه السلام</small> در مورد استیلا.....
۱۱۰	گفتار دوم: شمول روایت نسبت به ید مأذون و غیر مأذون.....
۱۱۵	بررسی عدم اختصاص روایت به باب غضب.....
۱۱۵	گفتار سوم: شمول روایت نسبت به ید مرکب و منضم.....
۱۱۶	۱- دیدگاه محقق حلی <small>علیه السلام</small>
۱۱۷	۲- دیدگاه صاحب جواهر <small>علیه السلام</small>
۱۱۸	۳- دیدگاه فاضل مقداد <small>علیه السلام</small>
۱۱۹	۴- دیدگاه محقق مراغی <small>علیه السلام</small>
۱۲۵	اشکالات وارد بر دیدگاه محقق مراغی <small>علیه السلام</small>
۱۲۷	گفتار چهارم: شمول روایت نسبت به ید غیر بالغ قاصد.....

۱۲۹	۱- دیدگاه شیخ انصاری <small>رحمته الله علیه</small>
۱۲۹	اشکال محقق اصفهانی <small>رحمته الله علیه</small> به دیدگاه شیخ انصاری؛
۱۳۲	پاسخ امام خمینی <small>رحمته الله علیه</small> از اشکال محقق اصفهانی؛
۱۳۷	اشکالات سخن امام خمینی <small>رحمته الله علیه</small>
۱۳۸	توجیه دیدگاه شیخ انصاری <small>رحمته الله علیه</small>
۱۴۰	۲- دیدگاه محقق خوئی <small>رحمته الله علیه</small>
۱۴۲	اشکالات وارد بر دیدگاه محقق خوئی <small>رحمته الله علیه</small>
۱۴۳	نتیجه گفتار چهارم
۱۴۳	گفتار پنجم: شمول روایت نسبت به ید غیر ابتدایی
۱۴۵	احتمالات موجود در ضمان ایدی متعاقبه
۱۴۸	اشکال ثبوتی وارد بر احتمال پنجم
۱۴۸	۱- پاسخ مرحوم آخوند از اشکال ثبوتی
۱۴۸	اشکالات وارد بر پاسخ مرحوم آخوند
۱۵۰	۲- پاسخ محقق نائینی <small>رحمته الله علیه</small> از اشکال ثبوتی
۱۵۰	الف) اشتراک ذوالیدها
۱۵۳	ب) نظریه‌ی ضمان طولی
۱۵۳	معنای ضمان طولی
۱۵۵	اسباب ضمان طولی
۱۵۶	مقایسه اسباب ضمان طولی با یکدیگر
۱۵۸	دیدگاه شهید اول <small>رحمته الله علیه</small> در مسأله غار و تعاقب ایدی
۱۵۸	اشکال محقق نائینی <small>رحمته الله علیه</small> بر دیدگاه شهید اول
۱۶۲	آثار ضمان طولی
۱۶۳	دیدگاه محقق بجنوردی <small>رحمته الله علیه</small> در مورد ضمان طولی
۱۶۴	دیدگاه امام خمینی <small>رحمته الله علیه</small> در مورد ضمان طولی

- اشکالات وارد بر نظریه‌ی ضمان طولی ۱۶۶
- ۳- پاسخ صاحب جواهر رحمته الله علیه از اشکال ثبوتی ۱۶۹
- اشکالات شیخ انصاری رحمته الله علیه بر پاسخ صاحب جواهر رحمته الله علیه ۱۷۱
- ۴- پاسخ شیخ انصاری رحمته الله علیه از اشکال ثبوتی ۱۷۵
- اشکالات وارد بر پاسخ شیخ انصاری رحمته الله علیه ۱۷۸
- ۵- پاسخ پنجم به اشکال ثبوتی ۱۸۱
- جمع‌بندی و بیان پاسخ برگزیده ۱۸۲
- فصل دوم: «اخذ»، «مأخوذ» و دیگر مفردات روایت ۱۸۵
- گفتار اول: اعتبار اخذ و قبض در ضمان ۱۸۵
- گفتار دوم: مراد از مال مأخوذ چیست؟ ۱۸۶
- گفتار سوم: لزوم مالیت داشتن مأخوذ ۱۸۸
- گفتار چهارم: مقصود از آداء چیست؟ ۱۸۹
- گفتار پنجم: ظهور غایت مذکور در روایت، در رد تام ۱۹۵

بخش سوم: تنبیهات قاعده‌ی ضمان ید

- تنبیه اول: تأثیر علم و جهل نسبت به موضوع در قاعده ۱۹۹
- تنبیه دوم: جریان قاعده در منافع مستوفاة و غیر مستوفاة ۲۰۱
- دیدگاه شیخ انصاری و سید یزدی رحمته الله علیه در مورد صدق اخذ بر منافع ۲۰۲
- دیدگاه فقیه محقق والد معظم در مورد منافع غیر مستوفاة ۲۰۴
- دیدگاه محقق اصفهانی و خوئی رحمته الله علیه در مورد جریان قاعده در منافع ۲۰۵
- اشکالات مرحوم امام به دیدگاه محقق اصفهانی رحمته الله علیه ۲۰۷
- پاسخ استاد به اشکالات مرحوم امام ۲۰۸
- ادامه سخن مرحوم امام خمینی رحمته الله علیه ۲۰۹
- اشکالات فقیه محقق والد معظم بر دیدگاه محقق اصفهانی رحمته الله علیه ۲۱۰

۲۱۱	پاسخ استاد به اشکالات فقیه محقق والد معظم
۲۱۲	جریان قاعده در مال دارای منافع متعدد
۲۱۵	بررسی شمول قاعده نسبت به حرّ
۲۱۶	مقام اول: بررسی ضمان نسبت به حرّ
۲۲۲	دیدگاه محقق رشتی <small>رحمته الله علیه</small> در ضمان حرّ
۲۲۸	تحقیق مسأله در مقام اول
۲۲۹	مقام دوم: بررسی ضمان نسبت به منافع حرّ
۲۳۱	جهت اول: عمل حرّ کسوب
۲۳۵	جهت دوم: عمل حرّ غیر کسوب
۲۳۷	شمول روایت نسبت به اوقاف خاصه و عامه
۲۳۷	اوقاف خاصه
۲۳۹	دیدگاه شهید اول <small>رحمته الله علیه</small> در اوقاف عامه
۲۳۹	دیدگاه صاحب جواهر <small>رحمته الله علیه</small> در اوقاف عامه
۲۴۰	دیدگاه محقق رشتی <small>رحمته الله علیه</small> در مورد اوقاف عامه
۲۴۲	دیدگاه محقق بروجردی <small>رحمته الله علیه</small> در مورد اوقاف عامه
۲۴۵	اشکالات وارد بر دیدگاه محقق بروجردی <small>رحمته الله علیه</small>
۲۴۷	موضوعیت پرداخت به مالک در رفع ضمان
۲۵۳	● فهرست منابع

حمد و سپاس خداوندی را که هستی از او معنا گرفت و درود بی پایان بر پیامبران الهی که با شریعت شان عقل را یاری داده و به دستگیری بشر پرداختند؛ به ویژه بر خاتم رسولان محمد بن عبدالله و خاندان گرامی اش علیهم السلام که تکمیل دین و تتمیم نعمت هدایت به آنان محقق شد.

به امید آن روز که هدایتشان بر عرصه ی گیتی سایه گسترده و حکومت عدل جهانی مهدی «عجل الله تعالی فرجه الشریف» که موعود همه انبیاست، عالم را فرا گیرد.

میدان علم را گستره ای است بی پایان که تلاش اندیشمندان پیشین اگرچه به کمک آیندگان آمده، ولی هرگز آنان را بی نیاز نکرده است. و در این میان، علم فقه از گستره خاصی برخوردار است؛ زیرا، هیچ واقعه و عملی از اعمال مربوط به بشر نیست مگر آن که محکوم به حکمی از احکام الهی است و چه بسا پیشینیان از بیان حکم برخی از آن ها غفلت ورزیده، و یا در بیان آن به خطا رفته، و یا از وقایعی است که پیشینه ای نداشته؛ از این رو، بر عهده ی فقیهان هر عصر است که افزون بر بررسی فتاوی گذشتگان، احکام موضوعات مربوط به زمان خود را تبیین نمایند؛ و در این راستا، آن چه به کار فقیه می آید، بهره گیری از اصول و کلیاتی است که در دین مبین اسلام

توسط معصومین علیهم صلوات الله مطرح شده و با بیان «علینا إلقاء الأصول وعلیکم التفریع»^(۱) صحاب شان را به استنباط احکام شرعی از این اصول ترغیب نموده اند.

بخشی از این کلیات به «قواعد فقهیه» معروف گردیده و مورد توجه فقها قرار گرفته و کتاب های مستقلی در تبیین آن ها نگاشته شده است.

علم فقه نیز به مانند دیگر علوم از رشد فزاینده ای برخوردار است؛ چه بسا در ذخایری که از سلف صالح به دستمان رسیده است، شاهد کتابی باشیم که جامع کثیری از قواعد فقهی است و حال آن که آیندگان همان حجم را، تنها به بررسی یک قاعده فقهیه اختصاص داده اند، نکات ابهام را از آن زدوده و به تحقیق و پژوهش در موارد نیاز پرداخته اند.

مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام که در سال ۱۳۷۶ هجری شمسی به امر مرجع عالیقدر شیعه مرحوم آیت الله العظمی فاضل لنکرانی قدس سره تأسیس شده و پس از ارتحال معظم له نیز بحمد الله به فعالیت های خود طبق وصیت ایشان با قوت هرچه بیشتر ادامه می دهد، یکی از مسؤولیت های مهم خویش را نشر تحقیقات و پژوهش های نوین فقهی می داند.

پژوهشی که پیش رو دارید درس های خارج قواعد فقهیه استاد حوزه علمیه قم، حضرت آیت الله آقای حاج شیخ محمد جواد فاضل لنکرانی «دام ظلّه» پیرامون قاعده ی معروف «ضمان ید» است که آن را فقیهانه مورد کنکاش علمی قرار داده، و در تبیین این قاعده، به نکات بدیعی پرداخته اند که در آثار پیشینیان کمتر به چشم می خورد. این بحث، محصول درس های معظم له در ماه مبارک رمضان است که پس از پیاده شدن از نوار در مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام و تکمیل برخی از مباحث توسط معظم له، به همت برادر ارجمند جناب حجه الاسلام والمسلمین آقای سید جواد حسینی خواه «دامت تأییداته» و به قلم شیوای ایشان پس از تحقیق و تخریج

ص: ۱۲

۱- (۱). محمد بن حسن حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۶۲، ح ۵۲.

مصادر، به رشته تحریر درآمده و در اختیار علاقمندان قرار گرفته است.

به امید آن که این خدمت بشارتی برای روح آن مرجع راحل، والد مکرم حضرت استاد بوده و موجب خشودى حضرت بقیه الله الاعظم حجه بن الحسن العسکری قرار گیرد. نَسْتَلِ اللّٰهَ اَنْ یَّعْجَلَ لَه الْفَرْجَ وَالنَّصْرَ وَاَنْ یَّجْعَلَنَا مِنْ خَیْرِ اَعْوَانِهْ وَاَنْصَارِهْ.

مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام

محمد رضا فاضل کاشانی

۱۳۸۷/۵/۹ مطابق با ۲۷ رجب ۱۴۲۹

پیش گفتار

الحمد لله رب العالمین علی ما عرفنا من نفسه وألهمنا من شكره وفتح لنا من أبواب العلم بربوبيته، والصلاه والسلام علی رسولہ النبى المنذر الأمين وعلی آله الشمس الطالعه والساده الميامین واللعن علی أعدائهم أجمعین.

در میان علوم اسلامی «فقه» از اهمیت ویژه ای برخوردار بوده و می توان گفت پس از خداشناسی و اصول عقائد، فقه که متصدی استنباط و بیان احکام شرعیه برای عمل مکلفین می باشد، از شریف ترین علوم اسلامی است.

از میان دانش هایی که جنبه مقدمیت برای فقه دارند و فقیه را در استنباط و اجتهاد احکام شرعی یاری می رسانند و به اجتهاد او جهت می دهند، اهمیت قواعد فقهی کمتر از قواعد اصولی نیست؛ چه آن که قواعد اصولی در طریق استنباط احکام کلی قرار می گیرد، اما قواعد فقهی، خود، همان حکم شرعی است که بر جزئیات احکام منطبق می شود، تا جایی که گاه به مکلف غیر مجتهد این اجازه داده می شود که حکم شرعی را با توجه به قاعده فقهی موجود، خود بر مصادیق خارجی آن منطبق نماید. به عنوان مثال: اگر مکلف در صحت نماز

خاصی پس از اتمام آن شک کرد، با دانستن قاعده فراغ و تجاوز، حکم به صحّت نماز خود می کند؛ و یا اگر یقین به عدم توانایی نسبت به گرفتن روزه کرد و روزه داری را برای خود حرجی دانست، با توجّه به قاعده لاحرج، آن روزه را نمی گیرد و خود را مرتکب هیچ گناهی نمی داند.

«قرافی» از علمای اهل سنت، در این زمینه می نویسد:

«من ضبط الفقه بقواعده، إستغنی عن حفظ الجزئیات، لاندراجها فی الكلّیات»^(۱)؛ کسی که فقه را بر اساس قواعد آن یاد بگیرد و حفظ کند، از حفظ جزئیات و فروع فقهی بی نیاز می شود؛ زیرا، آن جزئیات داخل در کلیات هستند.

آغاز تألیف کتاب های قواعد فقهی در میان اهل سنت قرن چهارم هجری است که «ابوطاهر الدبّاس» کتابی را با نام «القواعد الفقهیه» مطابق با مذهب ابی حنیفه مشتمل بر ۱۷ قاعده فقهی نوشته است^(۲)؛ امّا در میان فقیهان امامیه، آغاز نگارش کتاب های قواعد فقهی به صورت مستقلّ را باید قرن ۷ و یا ۸ هجری دانست؛ چرا که پیش از این تاریخ، فقها و اصولیین گرانقدر به قواعد فقهی به عنوان علمی مستقلّ نمی نگریستند و آنها را ضمن مباحث فقهی و اصولی خویش مورد بررسی و تدقیق قرار می دادند؛ و این امر بر اساس آن بود که ائمه معصومین علیهم السلام ضمن روایات خود اصول کلی را بیان داشته و به فقها می فرمودند که مسائل و احکام فقهی را از آن اصول استنباط نموده و بدست آورند. روایات فراوانی بر این نکته دلالت دارد؛ از جمله، روایت امام علی بن موسی الرضا علیهما السلام که می فرمایند:

ص: ۱۶

۱- (۱). احمد بن ادريس الصنهاجی القرافی، الفروق أو أنوار البروق فی أنواء الفروق، ج ۱، ص ۷.

۲- (۲). به نقل از: مقدّمه التحقيق کتاب «القواعد الفقهیه» مرحوم بجنوردی.

«علینا إلقاء الأصول وعلیکم التفریع»^(۱)؛ بر عهده ما بیان اصول است و بر شماست که فروع فقہی را از آنها استخراج و استنباط نمائید.

بنابراین، قواعد فقہی در میان آثار و تألیفات فقہی امامیه به صورت پراکنده وجود داشته است، اما به عنوان کتابی مستقل به رشته تحریر در نیامده بود. به مرور زمان سعی شد که قواعد فقہی را از میان کتاب های فقہی و اصولی گردآوری و به صورت مستقل ارائه نمایند. شاید بتوان اولین فقیه شیعی که به نگارش کتابی در این زمینه اقدام نموده است، «نجیب الدین یحیی بن سعید حلّی» رحمه الله (۶۰۱-۶۹۸ ه. ق) صاحب کتاب ارزشمند «نزهه الناظر فی الجمع بین الأشباه والنظائر» را معرفی نمود؛ و پس از او، شهید اول قدس سره با تألیف کتاب «القواعد و الفوائد»، قواعد فقہیه را با شیوه ای خاص به نگارش در آورد؛ به گونه ای که مرحوم شهید قدس سره در اجازه ای که به «ابن خازن حائری» می دهد، خود را مبتکر این عمل معرفی می کند.

او می گوید:

«فمما صنفته کتاب «القواعد و الفوائد»، مختصر یشتمل علی ضوابط کلیه: أصولیه و فرعیه، تستنبط منها الأحکام الشرعیه، لم یعمل الأصحاب مثله»^(۲)؛ از جمله تصنیفات من کتاب «القواعد و الفوائد» است که مشتمل بر یکسری ضوابط و قواعد کلی اصولی و فقہی می باشد و از آنها احکام شرعی استنباط می گردد؛ و علمای پیشین چنین تألیفی نداشته اند.

ص: ۱۷

۱- (۱). محمّد بن منصور بن احمد بن ادريس الحلّی، مستطرفات السرائر، ج ۳، ص ۵۷۵؛ محمّد بن الحسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۶۲، باب ۶ از ابواب صفات القاضی، ح ۵۲.

۲- (۲). محمّد باقر المجلسی، بحار الأنوار، ج ۱۰۴، ص ۱۸۷؛ محمّد باقر الموسوی الخوانساری، روضات الجنّات، ج ۷، ص ۸.

از آن زمان تاکنون، فقها و اصولیین ارجمنند، این راه را ادامه داده و قواعد فقهی را در کتاب های مستقلی (۱) مورد بحث و بررسی قرار داده اند؛ و در کنار تدریس علوم: فقه، اصول، تفسیر و... قواعد فقهی نیز تدریس می شود.

کتابی که پیش رو دارید، از سلسله بحث هایی است که در مورد یکی از قواعد مهم فقهی با عنوان «قاعده ضمان ید» توسط استاد معظّم و گران قدر حوزه علمیه قم آقای حاج شیخ محمّد جواد فاضل لنکرانی «دام ظلّه» در ایّام ماه مبارک رمضان سال ۱۴۲۷ قمری (۱۳۸۵ شمسی) بیان شده است؛ و از آنجا که مباحث مطرح شده، جامع جمیع ابعاد مورد بحث در این قاعده بوده، تنبیهات و مطالب مهمّی در آن است - که برخی از آن ها در کتاب های گذشته یافت نمی شود - و سودمند و مفید برای طلبّاب، دانش پژوهان و دانشجویان بود، تقریر آن از طرف استاد معظّم به عهده این حقیر گذارده شد. خدا را بر این حسن اعتماد شاکرم.

در تنظیم مطالب کتاب حاضر، نهایت سعی و تلاش به کار گرفته شده است تا بیان حضرت استاد به درستی تقریر شود؛ با این وجود، به مقتضای طبیعت کار بشری، آن را از نقص و اشتباه مصون نمی دانم؛ امید است رهنمود صاحب نظران نیز روشنگر راهمان باشد. لازم به یادآوری است که بحث های

ص: ۱۸

۱- (۱). به عنوان نمونه می توان به کتاب های زیر اشاره نمود: «جامع الفوائد فی تلخیص القواعد»، تألیف: أبو عبد الله الفاضل المقداد السیوری رحمه الله؛ «تمهید القواعد الأصولیه والعربیّه لتفریح فوائد الأحکام الشرعیّه»، تألیف: زین الدین بن علی بن احمد العاملی رحمه الله؛ «القواعد السنّه عشر»، تألیف: الشیخ جعفر کاشف الغطاء رحمه الله؛ «الأصول الأصلیه والقواعد الشرعیّه»، تألیف: السیّد عبد الله شبر رحمه الله؛ «عوائد الأیّام»، تألیف: المولی احمد النراقی رحمه الله؛ «المقالید الجعفریّه فی القواعد الإثنی عشریّه»، تألیف: محمّد جعفر الإسترابادی رحمه الله؛ «عناوین الأصول»، تألیف: السیّد میر عبد الفتاح الحسینی المراغی رحمه الله؛ «بلغه الفقیه»، تألیف: السیّد محمّد بحر العلوم الطباطبائی رحمه الله؛ «القواعد الفقهیّه»، تألیف: السیّد محمّد حسن البجنوردی رحمه الله؛ «القواعد الفقهیّه»، تألیف: الشیخ محمّد الفاضل اللنکرانی رحمه الله؛ و کتاب های دیگری که در همین رابطه نوشته شده اند.

کتاب، به ترتیب درس های استاد گرانقدر تنظیم شده، و جز در مواردی اندک، تصرّفی در آن صورت نگرفته است؛ چه آن که گاه استاد معظّم در مباحث بعد، به نکات جدیدی در مورد مباحث گذشته اشاره می نمودند که ما آن نکات را به بحث های قبل و در جایگاه مناسب خود، ملحق نموده ایم. علاوه بر این، به دلیل کمی وقت در ماه مبارک رمضان، و تمام نشدن مباحث، حضرت استاد مطالب پایانی کتاب - تنبیهات - را بعداً بدان ملحق نموده اند.

در نهایت بر خود لازم می دانم که از راهنمایی های حضرت استاد در تنظیم مطالب و مباحث کتاب، و تلاش های مدیر محترم مرکز فقهی ائمّه اطهار علیهم السلام جناب حجّت الإسلام والمسلمین آقای حاج شیخ محمّد رضا فاضل کاشانی «دامت افاضاته»، و هم چنین از رهنمودهای استاد و محقق فرهیخته، عالم عامل، والد مکرمم که به حق مدیون شیوه های تربیتی گام به گام ایشان در حیات علمی و عملی خود هستم، تشکر و قدردانی نمایم.

امید است که این تلاش مقبول در گاه خداوند متعال و مورد رضایت حضرت بقیه الله الأعظم «أرواحنا فداه و عجل الله تعالی فرجه الشریف» قرار گیرد؛ باشد که خداوند منان ما را از انصار و خدمتگزاران حضرتش قرار دهد.

سیدجواد حسینی خواه

قم - تیر ۱۳۸۷

ص: ۱۹

از قواعد مشهور و مهم فقهی، قاعده «ضمان ید» است که در باب های مختلف فقه، مانند: زکات، خمس، حج، بیع فاسد، وقف، عاریه، رهن، صلح، مضاربه، مساقاه، ودیعه، رشوه، به خصوص باب غضب، و برخی دیگر از ابواب فقهی، مورد استفاده قرار می گیرد؛ این قاعده برگرفته از حدیث نبوی معروف «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» است.

مشهور فقهای امامیه از این قاعده، مسأله ضمان را استفاده کرده، و بیان داشته اند: طبق این قاعده، اگر کسی بدون آن که از طرف مالک مأذون باشد، بر مال دیگری دست یابد، ضامن آن مال خواهد بود؛ و نیز، چنان چه بر مالی که استحقاق اخذ آن را ندارد تسلط پیدا کند، مانند این که زکات را بگیرد در حالی که فقیر نباشد، ضامن است؛ و فقها برای ضمان، به عموم همین قاعده استدلال نموده اند.^(۱) به همین جهت، مناسب است قبل از بررسی ادله و مفاد قاعده،

ص: ۲۱

۱- (۱). «لو دفع الزکاه باعتقاد الفقر فبان کون القابض غتیباً، فإن کانت العین باقیه ارتجعها، و کذا مع تلفها، لأنّ القابض ضامن بعموم علی الید، لأنه استولی علی مال الغیر بدون الإذن والإحسان، فتصبح الید عادیه و موجه للضمان». ر. ک: السید محسن الحکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۹، ص ۲۳۶؛ المستند فی شرح العروه الوثقی، ج ۲۴، ص ۵۱.

نکاتی را به عنوان مقدمه بحث، در مورد ضمان بیان کنیم:

الف: مشروعیت ضمان

در رابطه با اصل مشروعیت ضمان، تردیدی وجود ندارد. ضمان از امور مسلمی است که هم در میان عقلا رایج بوده و هم آیات قرآن کریم و روایات معصومین علیهم السلام بر آن دلالت دارد. به عنوان مثال: مفسرین در آیه شریفه ی «قَالُوا نَفَقْدُ صُدَّوَاعَ الْمَلَائِكَةِ وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ ی حَمِیلٌ بَعِیرٌ وَ أَنَا بِهِ ی زَعِیمٌ»^(۱) «زعیم» را به «کفیل و ضامن» معنا کرده اند^(۲)؛ هم چنین صاحب «محاسن التأویل» در مورد «وَ أَنَا بِهِ ی زَعِیمٌ» می نویسد: «وَ أَنَا بِهِ ی زَعِیمٌ» أصل فی الضمان و الکفاله^(۳)؛ بدین معنا که اصل و ریشه مشروعیت ضمان در شریعت اسلام، این آیه شریفه است.

ب: اسباب ضمان

پس از بیان این که مشروعیت ضمان از امور مسلم در شریعت اسلام است، نکته دیگر در مورد ضمان، آن است که چه اموری به عنوان اسباب ضمان وجود دارد؟

با مراجعه به فقه و کلمات فقها، معلوم می گردد در این زمینه، یک بیان روشن و مدوئی وجود ندارد؛ و علما و بزرگان، اسبابی که باعث ضمان می شود را در یکجا بیان نکرده اند؛ با این حال، با تتبع و جستجو می توانیم ده سبب را به عنوان اسباب ضمان قرار دهیم؛ - البته امکان خلاصه کردن آن ها در چند عنوان نیز وجود دارد - . این اسباب عبارتند از:

ص: ۲۴

۱- (۱). سوره یوسف، آیه ۷۲.

۲- (۲). ر. ک: فضل بن الحسن الطبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۵، ص ۳۸۹؛ السید محمدحسین الطباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۱، ص ۲۲۳؛ الفخر الرازی، التفسیر الکبیر، ج ۶، ص ۴۸۷؛ اسماعیل بن کثیر القرشی الدمشقی، تفسیر القرآن العظیم، ج ۲، ص ۴۸۵.

۳- (۳). محمد جمال الدین القاسمی، تفسیر القاسمی المسمی بمحاسن التأویل، ج ۶، ص ۲۳۸۷.

۱ - ید: اولین سبب، «ید» یعنی تسلط غیر شرعی بر مال دیگری است. این مطلب از حدیث معروف علی الید استفاده می شود؛ و در صورتی که این قاعده دلالت بر ضمان داشته باشد - که مشهور علما و بزرگان از این قاعده، ضمان را استفاده کرده اند - اگر شخصی بر مال غیر استیلا پیدا کند، ذمه ی او مشغول شده و ضامن آن مال خواهد بود. اما این که منظور از ید، خصوص ید عدوانی است؟ آیا ید غیر غاصب را نیز شامل می شود؟ و... مواردی است که در ادامه مباحث ان شاء الله به آن می پردازیم.

۲ - اتلاف: یکی دیگر از اسباب ضمان، اتلاف است. هرگاه شخصی مال دیگری را از بین ببرد - هرچند که بر آن مال «ید» و تسلطی نداشته باشد - ضامن خواهد بود؛ قاعده اتلاف نیز از قواعد مشهور فقهی، و برگرفته از حدیث «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»^(۱) است.

۳ - غرور: سبب دیگری که از برای ضمان وجود دارد، این است که هرگاه شخصی باعث ضرر دیگری شود، نسبت به آن، ضامن است. به عنوان مثال:

طعام زید را به عنوان مال خودش در اختیار عمرو قرار دهد؛ در این فرض چنان چه صاحب طعام به عمرو مراجعه کند، او نیز می تواند به زید مراجعه، و خسارتی را که پرداخت کرده است از او طلب کند. در عبارات فقها مشهور است که «المغرور يرجع إلی من غرّه»^(۲).

ص: ۲۵

۱- (۱). صاحب جواهر رحمه الله در مورد این روایت بیان می دارد: «هو الحدیث المشتهر علی ألسنه الفقهاء إلی أنه لم نجد نصّ ذلك مع التبع فی مظانها، والظاهر أنه مستفاد من عدّه روایات وردت فی أبواب مختلفه: منها ما رواه فی الوسائل فی الباب ۱۰ و ۱۱ و ۱۴ من کتاب الشهادات، والباب ۷ و ۵ من کتاب الرهن، الحدیث منهما، والباب ۲۹ من کتاب الاجاره والباب ۱۸ من کتاب العتق الحدیث ۱ و ۵ و ۹، والباب ۲۲ من أبواب حدّ الزنا الحدیث ۴ و...»؛ ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۱، پاورقی ص ۹۱، و ج ۳۷، ص ۶۰ و ۱۴۵. اگرچه از محقق ثانی رحمه الله در حاشیه ارشاد نقل شده است که «أنه نسب إلی النبی صلی الله علیه و آله».

۲- (۲). «ربما نسب إلی النبی صلی الله علیه و آله المغرور يرجع إلی من غرّه، كما حکى عن المحقق الثانی فی حاشیه الارشاد»، حاشیه مکاسب سید یزدی، ج ۱، ص ۱۷۹ ط. ق.

۴ - تعدی و تفریط: این سبب در مورد امانت مطرح می شود، که اگر شخص امین در نگهداری و حفظ امانتی کوتاهی نماید، و به واسطه تعدی و تفریط او، مال امانی از بین برود، ضامن آن خواهد بود.

۵ - تلف قبل از قبض: این سبب در مورد بایع جاری می شود. بدین صورت که اگر عقد بیعی صورت گیرد و قبل از در اختیار گرفتن مورد معامله توسط مشتری، مبیع تلف شود، بایع ضامن است و مبیع از مال او خارج می شود؛ «تلف المبیع قبل قبضه من مال البایع» یا «تلف المبیع قبل القبض فهو من مال البایع ومضمون علیه» (۱).

۶ - قبض به عقد فاسد و قبض بالسوم (۲): هرگاه شخصی به واسطه عقدی فاسد، مالی را بگیرد، ضامن آن خواهد بود؛ به عنوان مثال: در صورتی که عقد بیع باطل باشد و مشتری مبیع را اخذ کند، ضامن آن است. هم چنین در مورد مقبوض بالسوم نیز مسأله ضمان وجود دارد؛ بدین معنا که اگر شخصی مالی را به قصد خرید بردارد و در دستان او تلف شود، ضامن آن خواهد بود.

۷ - ضماناتی که ثابت است و منشأ آن شریعت و شارع است: برخی ضمانات وجود دارد که منشأ آن شارع مقدس است و الزام شارع باعث گردیده است که انسان در این موارد ضامن باشد؛ هم چون کفارات، خمس، زکات،

ص: ۲۶

۱- (۱). محقق حلّی، مختصر النافع، ص ۱۲۲، فی أحكام الخیار؛ وشرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۷۸؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ج ۱، ص ۴۶۱، سته مسائل فی الأحكام؛ علامه حلّی، قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۶۹، فی اصلاح الخیار؛ شهید ثانی، مسالك الافهام، ج ۳، صص ۲۱۶ و ۲۵۷؛ علامه بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، صص ۷۵-۱۹۰ و ج ۲۴، ص ۴۵۸؛ السیدعلی الطباطبایی، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۱۲؛ محمّد حسن النجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۶۱؛ مرتضی الانصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۴۹؛ المیرزا حسین النوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۳۰۳، باب ۹ از أبواب خیار، ح ۱؛ محمّد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۸، الباب ۱۰ من أبواب الخیار؛ محمّد بن محمّد تقی بحرالعلوم، بلغه الفقیه، ج ۱، ص ۱۸۱ و....

۲- (۲). قبض بالسوم، یعنی برداشتن و در اختیار گرفتن مالی برای این که آن را بررسی نماید تا معامله ای بر روی آن انجام دهد.

۸ - ضمان عقدی و یا ضمان المسمی: منظور از ضمان عقدی، ضمانی است که به سبب عقد محقق می شود؛ هر گاه معامله ای صورت گیرد، بایع ضامن است که مبیع را به مشتری تحویل دهد؛ و مشتری نیز ضامن است که پول و ثمن معامله را تحویل بایع دهد. این نوع ضمان در بیع کلی مطرح می شود و در بیع معین، چنین ضمانی وجود ندارد (البته وجوب تکلیفی تسلیم برای هر دو طرف ثابت است). از این نوع ضمان، به ضمان معاوضی نیز تعبیر می شود.

۹ - عقد الضمان: عقد ضمان، عقدی است که مدلول و معنای آن تعهد ذمه بوده و هم چون دیگر عقود، احتیاج به ایجاب و قبول دارد؛ البته در کتاب الضمان این بحث مطرح می شود که آیا در عقد ضمان، قبول نیز لازم است و یا صرف رضایت کفایت می کند؟ که برای دانستن ادله هر کدام، لازم است بدانجا مراجعه شود. بنابراین، در عقد ضمان، شخص ضامن متعهد می شود دینی را که بر عهده و ذمه مدیون است، بردارد.

نسبت بین ضمان عقدی و عقد الضمان

از همین جا نسبت بین ضمان عقدی و عقد ضمان نیز مشخص می شود که عبارت است از عموم و خصوص مطلق؛ و ضمان عقدی اعم مطلق از عقد ضمان است. بدین صورت که ضمان عقدی، ضمانی است که منشأ آن عقد است و این عقد، می تواند عقد بیع باشد، یا عقد معاوضه، یا عقد صلح و یا عقد ضمان؛ در حالی که منشأ عقد الضمان، فقط عقد ضمان است. بنابراین، ضمان عقدی اعم است از عقد الضمان.

۱۰ - شرط الضمان: هر گاه در یکی از عقود، شرط ضمان شود، این امر موجب ضمانت خواهد بود؛ به عنوان مثال: در باب عاریه، اگر مُعیر شرط کند

که مُستعیر در صورت تلف شدن مال به تلف قهری، ضامن آن است، در فرض تلف، مستعیر ضامن آن مال خواهد بود. اما این که شرط به تلف قهری تعلق گرفته، بدان جهت است که صورت اتلاف، نیازی به شرط ندارد و مستعیر در فرض اتلاف به طور قطع ضامن است.

در فقه اسلامی ده سبب فوق از برای ضمان وجود دارد؛ و همان گونه که بیان شد، امکان تقسیم بندی آن ها در دسته های گوناگون وجود دارد؛ به طور مثال، می توان چنین گفت: ضمان، یا ضمان عقدی است و یا ضمان قهری؛ ضمان قهری نیز یا به ید است، یا به اتلاف و یا....

ج: انواع ضمان

نکته ی دیگری که از بحث اسباب ضمان روشن می شود - و بیشتر در کتاب الضمان مطرح می گردد - این است که خود ضمان نیز دارای انواعی است.

انواع ضمان عبارت است از:

۱ - ضمان منجز؛

۲ - ضمان موقت؛ این ضمان، مربوط به باب بدل است که اگر عین مال یافت شود، شخص ضامن است که بدل گرفته شده را باز گرداند.

۳ - ضمان تقدیری؛ در صورتی که مال غیر در دست غاصب باشد، یک ضمان تقدیری وجود دارد و آن این که بر فرض تحقق تلف، غاصب، ضامن مال است و باید خسارت آن را به مالک و صاحب اصلی اش بپردازد.

د: تفاوت قاعده ضمان ید و قاعده ید

نکته ی دیگری که به عنوان مقدمه بحث، لازم است بیان شود، این است که فرق بین قاعده «علی الید» و قاعده «ید» چیست؟

در پاسخ گفته می شود که بین این دو قاعده سه فرق اساسی وجود دارد:

ص: ۲۸

۱) تفاوت موضوعی: اولین تفاوت، تفاوت از جهت موضوعی است؛ بدین معنا که وصف «ید» در هر کدام از این دو قاعده با دیگری متفاوت است.

موضوع در قاعده ضمان ید، عبارت از ید غیر مالک است که از آن به «ید معلوم» تعبیر می شود.

به عبارت دیگر، در قاعده ضمان ید، معلوم و مشخص است که ید شخص، ید مالکانه نیست؛ اعم از این که شخص، غاصب باشد و به صورت عدوانی مال را در اختیار گرفته باشد، و یا آن که غاصب نباشد و مال از طریق عقدی فاسد در اختیار او باشد. اما موضوع در قاعده ید، «ید مشکوک» است؛ یعنی معلوم نیست که ید شخص در اینجا ید مالکانه است و یا غیر آن؛ به عبارت دیگر، معلوم نیست ذوالید در اینجا مالک شیء است و یا غیر مالک هست. به عنوان مثال: مالی در اختیار زید است و عمرو ادعا می کند که آن مال، از برای اوست و هیچ دلیلی هم بر ادعایش ندارد؛ این مسأله، موضوع قاعده ید است و با استفاده از قاعده ید - که ید اماره ملکیت است - بر مالکیت زید حکم می شود.

۲) تفاوت حکمی: فرق دوم، تفاوت از جهت حکم است؛ به وسیله قاعده ضمان ید، یک حکم ضرری بر ضرر کسی که بر مال دیگری ید دارد، اثبات می شود و این یک حکم وضعی است؛ ولی در قاعده ید، یک حکم نفعی که عبارت از ملکیت است، اثبات می شود. به عبارت دیگر، در قاعده ید، به نفع ذی الید حکم می شود، و حال آن که در قاعده ضمان ید، بر ضرر او حکم داده می شود.

۳) تفاوت سوم، تفاوت از جهت مورد است؛ بدین معنا که قاعده علی الید فقط در اموال (اعیان مالی) جریان دارد؛ اما قاعده ید، هم در اموال و اعیان مالی جریان دارد و هم در باب نفوس و انساب جاری است؛ و به عنوان مثال: اگر کسی بر زنی ید داشته باشد، در صورتی که فرد دیگری نیز ادعای زوجیت او را داشته و دلیلی بر مدعایش نداشته باشد، به وسیله قاعده ید، اثبات زوجیت

برای کسی که زن در اختیار و ید اوست، می شود. در مورد نسب نیز به همین صورت است که اگر شخصی بر بچه ای ید داشته و تحت سرپرستی او باشد، شخص دیگری نیز ادعای پدری او را بدون هیچ دلیلی داشته باشد، قاعده ید به نفع کسی که بر بچه ید دارد، حکم و اثبات نسب از برای او می کند.

بعد از بیان نکات مقدماتی فوق، وارد مباحث اصلی قاعده ضمان ید می شویم. اولین مطلبی که در مورد این قاعده باید روشن شود، بحث از مدرک قاعده است.

۲- مدرک قاعده

اشاره

مدرک و مستند روایی قاعده، حدیث مشهوری از رسول اکرم صلی الله علیه و آله است که می فرماید: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»^(۱)؛ یعنی بر دست است آن چه را گرفته تا زمانی که آن را ادا کند.

از این حدیث، اثری در معاجم حدیثی و کتب اربعه روایی شیعه نیست؛ با این وجود، ابن ابی جمهور احسائی این حدیث را در کتاب خویش با نام «عوالی اللثالی» ثبت کرده^(۲) و محدث نوری رحمه الله آن را از وی نقل نموده

ص: ۳۰

۱- (۱). این حدیث در برخی از متون به صورت فوق آمده است؛ و در بعضی دیگر از متون و نسخه ها به صورت «... حتی تؤدی» و بدون ضمیر آخر ضبط شده است. ر. ک: احمد بن محمد بن حنبل الشیبانی، المسند، ج ۷، ص ۲۴۸، ح ۲۰۱۰۷؛ عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۱۸۱، باب ۵۶، ح ۲۵۹۲؛ محمد بن یزید بن ماجه الربعی القزوی، سنن ابن ماجه، ج ۳، ص ۱۴۷، ح ۲۴۰۰؛ سلیمان بن الأشعث بن عمرو بن عامر السجستانی، سنن أبی داود، ص ۵۴۸، ح ۳۵۶۱؛ محمد بن عیسی بن سوره الترمذی، سنن الترمذی، ج ۳، ص ۵۶۶، ح ۱۲۶۹؛ احمد بن الحسین بن علی البیهقی، السنن الکبری، ج ۸، ص ۴۹۵، ح ۱۱۷۱۳؛ الحسین بن مسعود الفراء البغوی، شرح السنه، ج ۸، ص ۵۲۲۶، آخر باب ضمان العاریه.

۲- (۲). محمد بن علی بن ابراهیم الإحسائی المعروف بابن ابی جمهور، عوالی اللثالی، ج ۲، ص ۳۴۵، ح ۱۰.

است (۱)؛ هم چنین از میان علمای امامیه، اولین فقیهی که به این روایت تمسّک کرده، شیخ الطائفه، طوسی رحمه الله است. (۲)

بررسی سندی حدیث علی الید

روایت به این صورت در کتابها آمده است: «قتاده عن الحسن عن سمرة بن جندب، قال النبى صلى الله عليه وآله: «علي الید ما أخذت حتّی تؤدّی» یا «... حتّی تؤدّیه».

هر سه نفری که در سند این حدیث وجود دارند، از نظر خود اهل سنت شدیداً محل اشکال هستند تا چه رسد به امامیه؛ چرا که «سمرة بن جندب» بنا بر آن چه که در کتب فقها و محدّثان آمده، مرد بسیار بدی بوده و از دشمنان سرسخت اهل بیت علیهم السلام به شمار می رفته و اکاذیب زیادی در جهت مخدوش ساختن چهره های اسلامی جعل کرده است. وی حتی در برابر رسول اکرم صلی الله علیه و آله ایستاد و احترامی برای آن حضرت قائل نبود.

ابن ابی الحدید در مورد وی می نویسد: معاویه صد هزار درهم به سمرة داد تا از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل کند آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَاللَّهُ رَءُوفٌ مَّ بِالْعِبَادِ» (۳) که درباره ی حضرت امیر المؤمنین علی بن ابیطالب علیه السلام نازل شده، مربوط به ابن ملجم مرادی است و آیه ی «وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ وَفِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهِدُ اللَّهَ عَلَيَّ مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ» (۴) در شأن علی بن ابیطالب علیه السلام نازل شده است. وی ابتدا از

ص: ۳۲

-
- ۱- (۱). میرزا حسین النوری الطبرسی، مستدرک الوسائل، ج ۱۷، ص ۸۸، کتاب الغصب، باب اوّل، ح ۴.
 - ۲- (۲). محمّد بن حسن الطوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۹، مسأله ۲۲.
 - ۳- (۳). سوره بقره، آیه ۲۰۷.
 - ۴- (۴). همان، آیه ۲۰۴.

درخواست معاویه سر باز زد و آن را نپذیرفت؛ ولی هنگامی که معاویه بر مبلغ افزود تا به چهارصد هزار درهم رسید، سمره پذیرفت و به جمع مردم رفت و روایت را جعل کرده و به مردم ابراز داشت.^(۱) او هم چنین می گوید: سمره تا زمان امام حسین علیه السلام نیز زنده بود و در قضیه کربلا، جزء سپاه عییدالله بن زیاد بود و مردم را به جنگ با امام حسین علیه السلام تحریک می کرد.^(۲)

طبری نیز در مورد او می گوید: زیاد بن ابیه، ولایت بصره را به سمره داد و او برای تحکیم حکومت بنی امیه، هشت هزار نفر از مردم آنجا را به قتل رسانید.

وقتی از او پرسیدند آیا از خدا نمی ترسی که اگر یک نفر از این عدّه بی گناه باشد، چه عقوبتی خواهد داشت؟ پاسخ داد: اگر چنین هم باشد، ترسی ندارم!^(۳)

اما «حسن بصری»، ابن ابی الحدید در مورد وی می نویسد: «إنه يبغض علياً عليه السلام ويذمه»^(۴)؛ ابن ترکمانی نیز در «الجواهر النقی» از قول بیهقی می گوید: «أكثر أهل العلم بالحديث رغبوا عن رواية الحسن عن سمره وذهب بعضهم إلى أنه لم يسمع منه غير حديث العقیقه»^(۵)؛ بسیاری از دانشمندان علم حدیث از روایتی که حسن بصری از سمره نقل می کند، اعراض کرده اند؛ و برخی نیز بر این عقیده هستند که او حدیثی به جز حدیث عقیقه از سمره نشنیده است.

بنابراین، اشکال دیگری که در مورد سند حدیث «علی الید» بجز ضعیف بودن روایتش وجود دارد، مرسله بودن آن است.

در مورد «قتاده» نیز گفته شده که وی از مدلسین بوده است.^(۶)

ص: ۳۳

۱- (۱). ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، ج ۴، ص ۷۳.

۲- (۲). همان، صص ۷۸ و ۷۹.

۳- (۳). محمّد بن جریر الطبری، تاریخ الأمم والملوک، ج ۴، ص ۱۷۶.

۴- (۴). ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، ج ۴، ص ۹۵.

۵- (۵). علاءالدین علی بن عثمان الماردینی الشهیر بابن ترکمانی، الجواهر النقی، فی ذیل السنن الکبری للبيهقی، ج ۶، ص ۹۰.

۶- (۶). «عدّه الذهبی من المدلسین فی منظومه فیهم، وفی «التهذیب» عدد غیر قلیل ذکر الأئمه أنه لم يسمع منهم، وقال العلائی: أحد المشهورین بالتدلیس»؛ ر. ک: بشار عوّاد معروف وشعیب الأرئووط، تحریر تقریب التهذیب، ج ۳، ص ۱۷۸.

نتیجه آن که حدیث «علی الید» از نظر سند، عند الفریقین - هم نزد امامیه و هم نزد اهل سنت - صحیح نبوده و همه نسبت به ضعف آن اتفاق نظر دارند.

بررسی جبران ضعف سند به وسیله شهرت

با این حال، برخی از بزرگان مثل محقق بجنوردی رحمه الله شهرت این روایت را چه از نظر نقلی و چه از نظر استنادی، جبران کننده ضعفش دانسته اند، و می گویند:

در باب حدیث، احتیاجی به وثاقت راوی نیست و همین مقدار که حدیث موثوق الصدور باشد، کفایت می کند؛ در اینجا نیز، که هم، علمای خاصه و هم، علمای عامه، متن حدیث را تلقی به قبول کرده و بر طبق آن فتوا داده، و آن را در کتاب های فقهی به عنوان ارسال مسلمات ذکر کرده اند، ضعف سند جبران می شود و به صدور آن اطمینان پیدا می شود.

محقق بجنوردی رحمه الله در این باره می نویسد:

«فالبحت عن سنده وأنه صحیح أو ضعیف لا وجه له؛ لأنه بعد هذا الاشتهار بین الفقهاء وقبولهم له والعمل به فیکون موثوق الصدور، الذی هو موضوع الحجیه، بل لا یبعد أن یکون من مقطوع الصدور؛ وعلى کلّ حال، لا کلام فی حجّيته»^(۱).

بیان ایشان مبتنی بر آن است که در بحث حجیت خبر واحد، این مبنا را اتخاذ کنیم که در اعتبار یک روایت، اطمینان به صدور آن کفایت می کند؛ هر چند راوی آن ضعیف باشد. لیکن با قطع نظر از این مبنا، در صورتی که فردی، عدالت و یا توثیق راوی را در روایت لازم بداند، آیا از راه عمل مشهور می توان گفت که ضعف سند جبران شده، و سند روایت همانند صحیح می شود؟ از این رو، لازم است که وجود شهرت جابر ضعف سند در مورد این

ص: ۳۴

۱- (۱). السید محمد حسن البجنوردی، القواعد الفقهیّه، ج ۴، صص ۵۴ و ۵۵.

روایت را بررسی نمائیم.

مرحوم کاشف الغطاء در «شرح القواعد» قائل است اگر حدیثی به حدّ تواتر یا استفاضه برسد، احتیاجی به بحث سندی ندارد؛ در مورد حدیث «علی الید» نیز می گوید: «المستفیض المجمع علی مضمونه».

ملاً احمد نراقی رحمه الله نیز شهرت این حدیث در میان اصحاب و تلقی به قبولشان را جابر ضعف سند آن دانسته و قائل است که در این صورت، حدیث «علی الید» احتیاجی به بحث سندی ندارد. وی می گوید:

«... إلمأناً اشتهاها بين الأصحاب، وتداولها في كتبهم، وتلقّيمها بالقبول، واستدلالهم بها في موارد عديده، يجبر ضعفها، ويكفي عن مؤونه البحث عن سندها»^(۱).

ملاً محمّد نراقی رحمه الله نیز در «مشارق الأحكام» عبارتی نظیر بیان مرحوم محقق نراقی داشته و در مورد سند حدیث «علی الید» می نویسد:

«والأصل في اقتضاء الید الضمان، بعد الإجماع عليه: الخبر النبوی المشهور: «علی الیدما أخذت حتی تؤدی»، واشتهاره في كتب الأصحاب روايه وعملاً وتلقّيمهم بالقبول، واستدلالهم به في موارد من غير نكير، الجابر لضعفه بالإرسال، يكفي عن مؤونه البحث عن سنده، بل لا يقصر عن الصحيح»^(۲).

محقق مراغی رحمه الله نیز به دلیل وجود شهرت و این که حدیث مورد قبول علمای فریقین است، نیازی به بررسی سند و احراز صحت آن نمی بیند و وارد بحث دلالتی روایت می شود. وی می نویسد:

«... الخبر النبوی المنجبر بالشهره، المتلقی بالقبول عند العامه

ص: ۳۵

۱- (۱). المولی احمد النراقی، عوائد الأيام، ص ۳۱۵.

۲- (۲). المولی محمّد النراقی، مشارق الأحكام، ص ۴۲۰.

والخاصه، بحيث يغني عن ملاحظه سنده وصحته، بل هو ملحق بالقطعيات في الصدور...»^(۱).

بنابراین، کسانی که قبول دارند عمل مشهور جابر ضعیف است، روایت را حجت می دانند و از نظر آنان استناد عمل مشهور به حدیث «علی الید» محرز است.

اشکال امام خمینی رحمه الله در مورد استناد عمل مشهور به حدیث علی الید

امام رحمه الله با این که کبرای قضیه را قبول داشته و قائل اند عمل مشهور ضعیف سند را جبران می کند، اما از نظر صغری - احراز استناد عمل مشهور - بحث مبسوطی را ارائه داده^(۲) و به این نتیجه می رسند که استناد قدمای از فقها به این روایت محرز نیست.

ایشان اعتبار سند این حدیث را در نزد فقهای صدر اول - دوره ی قبل از زمان علامه رحمه الله - مورد بررسی قرار می دهند و می فرمایند: تا قبل از زمان علامه رحمه الله، نگرش فقهای گران قدر به حدیث «علی الید» به عنوان خبری بوده که از طریق عامه نقل شده و برای احتجاج با آنان مورد توجه فقهای شیعه بوده است و نه استناد به حدیث.

«قال السيد رحمه الله في «الانتصار» في مسألة ضمان الصناع: ومما يمكن أن يعارضوا به - لأنه موجود في روایاتهم وكتبهم - ما يروونه عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله: «علي الید ماجنت حتى تؤدیه».

والظاهر منه عدم اعتماد عليه، بل آورده معارضه لا استناداً.

وآورده شیخ الطائفه رحمه الله في مسائل «الخلافة» في غير مورد، وفي «المبسوط» روايه واحتجاجاً على القوم، كما هو دأبه في كتابيه،

ص: ۳۶

۱- (۱). السيد مير عبدالفتاح الحسيني المراغي، العناوين، ج ۲، ص ۴۱۶.

۲- (۲). ر. ك: الإمام الخميني، كتاب البيع، ج ۱، صص ۳۷۲-۳۷۶.

لا استناداً...»^(۱). سید مرتضی رحمه الله در کتاب «انتصار» در مسأله ضمان صنعت گران آورده است که: از جمله مواردی که می توان با عامه معارضه کرد - چون در کتاب های روایی و فقهی آن ها موجود است - روایتی است که آن ها از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل می کنند که: «علی الید ما جنت حتی تؤذیه»^(۲) و ظاهر عبارت سید رحمه الله بیان گر آن است که ایشان این روایت را مورد استناد قرار نداده اند، بلکه تنها جهت معارضه ی با عامه ذکر کرده است.

شیخ طوسی رحمه الله نیز در کتاب «خلاف» در موارد مختلفی - از جمله در بحث غضب، مسأله ۲۰ - به این روایت تمسک کرده است؛ و در کتاب «مبسوط» نیز این روایت را نقل کرده است؛ و ظاهر از نقل خصوص روایات اهل سنت این است که ایشان در مقام احتجاج با عامه، روایت را آورده است و نه جهت استناد به آن ها.

ایشان در ادامه، هم چنین بیان می دارد: ابن زهره رحمه الله در کتاب «غنیه» در باب غضب و اجاره، حدیث «علی الید» را آورده، که ظاهر آن است که در این موارد نیز خیر فوق به عنوان استناد ذکر نشده و بلکه در مقام احتجاج با عامه آورده شده است. ایشان در نهایت می نویسد:

«وقد تفحصت «نکت النهایه» المنسوبه إلى المحقق رحمه الله مظانَّ إمكان الاستدلال به فلم أجده، مع أنّ تلك الموارد محالّ الإستدلال به لو تمّ سنده ودلالته عنده. كما أنّ الظاهر عدم وجوده في «المقنع» و «الهدایه» و «المراسم» و «الوسیله» و «جواهر الفقه».

کتاب «نکت النهایه» محقق رحمه الله را جستجو کردم و در مظانّ امکان

ص: ۳۷

۱- (۱). همان، ج ۱، ص ۳۷۳.

۲- (۲). این روایت در چاپ جامعه مدرسین حوزه علمیه قم به صورت «علی الید ما أخذت...» آمده است. ر. ک: الانتصار، ص ۴۶۸.

استدلال به این حدیث، چیزی نیافتم؛ چرا که اگر سند و دلالت حدیث برای محقق رحمه الله تمام بود، می بایست در این موارد به آن تمسک و استدلال کند. همان گونه که این حدیث در کتاب های «المقنع» و «الهدایه» شیخ صدوق رحمه الله، «المراسم» سلار رحمه الله، «الوسیله» سید ابن حمزه رحمه الله و «جواهر الفقه» قاضی ابن بزّاج رحمه الله نیامده است.

ممکن است کسی بگوید: ابن ادريس رحمه الله نیز که از علمای متقدم است، در موارد بسیاری به این حدیث تمسک کرده اند؛ و بنابراین، فرمایش امام رحمه الله دچار اشکال است. ایشان به این مطلب نیز توجه داشته، می نویسد:

«نعم، إنّ ابن ادريس رحمه الله تمسك به في «السرائر» في موارد، ونسبه جزماً إلى رسول الله صلى الله عليه وآله (۱)، مع عدم عمله بالخبر الواحد،... لكن في كتاب غصب «السرائر» تمسك في مسأله بالأصل وعدم الدليل، ثم قال: ويحتج على المخالف بقوله صلى الله عليه وآله «على اليد...» (۲) إلى آخره. وهذا، يوجب حصول الاحتمال بأن سائر الموارد من قبيل الاحتجاج عليهم، لا التمسك به، وإن كان خلاف ظاهره» (۳).

امام خمینی رحمه الله می فرماید: ابن ادريس رحمه الله با این که به خبر واحد عمل نمی کند، در کتاب «سرائر» در موارد متعددی به حدیث «على اليد» تمسک کرده و به طور یقینی آن را از پیامبر صلى الله عليه وآله دانسته است؛ اما از طرف دیگر، در کتاب غصب «سرائر» در مسأله ای به اصل تمسک کرده و به این خبر به عنوان دلیل استناد نکرده است و بلکه آن را در مقام احتجاج با عامه برشمرده است. این امر سبب می شود که احتمال دهیم دیگر موارد نیز از همین باب و به عنوان

ص: ۳۸

۱- (۱). ر. ک: احمد بن ادريس الحلی، السرائر، ج ۲، صص ۸۷ و ۴۲۵ و ۴۳۷ و ۴۶۳ و ۴۸۴.

۲- (۲). همان، ص ۴۸۱.

۳- (۳). الإمام الخمينی، کتاب البیع، صص ۳۷۵ و ۳۷۶.

احتجاج با عامه است، هر چند که خلاف ظاهر عبارات ابن ادریس رحمه الله می باشد.

بنابراین، با توجه به مجموع آن چه که حضرت امام رحمه الله در این باره گفته اند، ایشان به احتجاجی بودن نقل حدیث در کتب قدما و نه استنادی بودن آن تمایل پیدا کرده و شهرت یافتن آن را پس از علامه رحمه الله در صحّت سند خبر مزبور مفید نمی دانند.

پاسخ اشکال امام خمینی رحمه الله

والد بزرگوار حضرت آیت الله العظمی فاضل لنکرانی «دام ظلّه» در «القواعد الفقهیّه» فرمایش امام رحمه الله را مورد مناقشه قرار داده و در مقام پاسخ از اشکال می فرماید:

«ویمکن الإیراد علیه بظهور عباره السید فی الانتصار فی أنّه فی مقام الاحتجاج علیهم بما هو مقبول عنده وعندهم، لا بما هو مورد لقبولهم فقط، حتّی یكون من باب الجدل، وأظهر منه عباره الشیخ فی الخلاف...

وأمّا عدم تعرّض جمع من کتب القدماء والمتوسّطین له، فلعلّه لأجل أنّه لا یكون مفاد الروایه مخالفاً للقاعده الثابته عند العقلاء؛ لأنّ بناءهم أيضاً علی ضمان ید الغاصب والرجوع إلیه لأخذ العین أو المثل أو القیمه، كما لا یخفی...»^(۱). امکان این وجود دارد که بر کلام امام خمینی رحمه الله چنین اشکال شود:

ظاهر عبارت سید مرتضی رحمه الله در کتاب «انتصار» این است که ایشان در مقام احتجاج، به روایتی که هم مقبول نزد خودش و هم مقبول نزد اهل سنت است، تمسک نموده اند؛ نه آن که این روایت، فقط مقبول در نزد آن ها باشد؛ که در این صورت، عبارت سید از باب

ص: ۳۹

۱- (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّه، ج ۱، صص ۹۱ و ۹۲.

جدل می شود. و ظاهرتر از آن، عبارت مرحوم شیخ طوسی در کتاب «خلاف» است...

اما این که روایت «علی الید» در کتاب های بعضی از قدما و متوسطین ذکر نشده است، شاید به جهت آن باشد که مفاد روایت با قاعده ثابت نزد عقلا مخالف نیست؛ چرا که بنای عقلا نیز بر ضمان ید غاصب و رجوع به او برای گرفتن عین مال، یا مثل و یا قیمتش است...

علاوه بر این، مرحوم شیخ طوسی رحمه الله در کتاب خلاف خود مواردی را بیان می کنند که در آن ها روایت به عنوان استناد آورده شده است و نه احتجاج با عامه. (۱)

و یا شیخ طوسی رحمه الله در چند مورد از کتاب مبسوط این روایت را به عنوان استناد ذکر می کند و نه احتجاج با عامه؛ مانند این مورد که می فرماید:

«وإذا ثبت ذلك فالوديعة جائزة من الطرفين، من جهة المودع متى شاء أن يستردّها فعل، ومن جهة المودع متى شاء أن يردّها فعل، بدلالة ما تقدّمت من الأخبار والآی، روی سمره أنّ النّبی صلی الله علیه و آله قال: علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» (۲).

نکته دیگری که در سخنان امام خمینی رحمه الله وجود دارد، این است که ایشان می فرماید:

«ولم أرَ إلى الآن فيما عندي من كتب العلامة تمسّكه به لإثبات حكم، وإئّما نقل عن ابن الجنید وابن إدريس التمسّك به علی ما حکى...» (۳)؛ من در کتب علامه رحمه الله موردی را ندیده ام که ایشان به این روایت، برای

ص: ۴۰

۱- (۱). به عنوان مثال رجوع شود به: خلاف، ج ۳، ص ۲۲۸ و ۴۰۸-۴۰۹.

۲- (۲). محمّد بن الحسن الطوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۴، ص ۱۳۲؛ همانند این مورد که شیخ رحمه الله به روایت استناد و استدلال کرده، عبارت ایشان در صفحه ۵۹ از جلد سوم کتاب است.

۳- (۳). الإمام الخمينی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۷۶.

اثبات حکمی تمسک کرده باشد؛ و فقط مرحوم علامه از ابن جنید و ابن ادريس رحمهما الله نقل کرده است که به این روایت تمسک کرده اند.

در نقد کلام ایشان دو مطلب را می توان بیان داشت؛ اول آن که با مراجعه به کتاب های علامه رحمه الله، معلوم می شود مواردی وجود دارد که ایشان بدون نقل قول از ابن جنید و ابن ادريس، به این روایت تمسک می کنند. به عنوان مثال، موارد زیر را می توان نام برد:

۱ - «احتجوا بعموم قوله عليه السلام: علي اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(۱). ۲ - «لما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: علي اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(۲). ۳ - «والرسول عليه السلام قال: علي اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(۳). ۴ - «وقوله عليه السلام: علي اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(۴).

مطلب دوم نیز این است که فخر المحققین فرزند علامه رحمه الله در کتاب «ایضاح الفوائد» که شرح کتاب «القواعد والفوائد» علامه رحمه الله است، در موارد بسیاری به این روایت تمسک و اشاره می کند^(۵)؛ و اگر این روایت در نزد پدر بزرگوارش مورد قبول نبود، حداقل به آن اشاره می کرد.

بنابراین، نتیجه مباحث تا اینجا این می شود که اشکال صغروی حضرت امام رحمه الله قابل جواب است. از این رو، کسانی که معتقدند عمل مشهور جابر ضعف سند روایت است، به این روایت می توانند عمل کنند.

ص: ۴۱

۱- (۱). العلامة الحلی، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، ج ۵، ص ۳۲۱.

۲- (۲). همان، ج ۵، ص ۴۱۷.

۳- (۳). همان، ج ۶، ص ۶۳.

۴- (۴). همان، ج ۶، ص ۸۷.

۵- (۵). برای نمونه، ر. ک: فخر المحققین، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۲، صص ۱۱۶ و ۱۲۵ و ۱۶۷ و ۳۰۸ و ۳۲۴ و ۳۲۷ و ۳۲۹.

اشکال دیگری که ممکن است به این روایت گرفته شود، آن است که فقدان حدیث «علی الید» در کتب اربعه، جواز استدلال به این روایت را مخدوش می‌کند و دیگر نمی‌توان برای ضمانت به این حدیث استدلال کرد.

پاسخ این اشکال نیز آن است که در علم رجال ثابت شده است نبود یک روایت در کتب اربعه موجب ضعف روایت نمی‌شود؛ همان‌گونه که وجود روایت در آن کتاب‌ها قرینه حجیت آن روایت نیست. چه آن که روایات معتبری وجود دارد که علما و بزرگان بر طبق آن عمل و بدان اعتماد می‌کنند، اما در کتب اربعه ذکر از آن‌ها به میان نیامده است؛ و از دیگر سو، در این کتاب‌ها روایات ضعیف نیز ذکر گردیده است.

به عبارت دیگر، ملاک آن است که خبر واجد شرایط باشد و از شرایط حجت خبر، وجود آن در کتب اربعه است؛ زیرا اگر حجت منحصر به این کتب شود، سبب می‌شود که بقیه از اعتبار ساقط شود در حالی که کثیری از کتب دیگر در اشتهار نزدیک به همین کتب اربعه می‌باشند، مانند عیون و خصال و اکمال الدین و بزرگان امامیه همیشه و در همه اعصار به این کتب استناد می‌کردند و از هیچ کس شنیده نشده است که اکتفا نمایند بر روایات کتب اربعه و اینکه فقهاء توجه بیشتری به کتب اربعه داشته‌اند به این معنی نیست که غیر از آن حجیت ندارد، بلکه چون اینها دارای ترتیب و حسن تهذیب بودند و مؤلفین آنها از رؤسای شیعه بودند و علاوه غیر از کتاب کافی بقیه کتب اربعه منحصر در احکام می‌باشند در حالی که سایر کتب حدیثی اخبار غیر فقهی نیز دارند و این اقتضای تفرق را دارد به نحوی که مراجعه به آن مشکل است، از این جهت رغبت فقهاء به مراجعه به آنها کمتر بوده است.

نتیجه بحث سندی روایت: نتیجه‌ای که از مباحث سندی روایت گرفته

می شود، این است که حدیث «علی الید» از احادیث معتبر بوده و استناد به آن برای ضمان ید تمام است.

بحث بعدی در این قاعده، در مورد مفاد و دلالت این روایت است، اما قبل از آن، لازم است نکات زیر تذکر داده شود.

۱ - اجمال روایت: برخی از بزرگان روایت «علی الید» را از حیث دلالت مجمل دانسته و گفته اند: روایت مزبور دلالتی بر ضمان ندارد. (۱)

شبهه استدلال فوق را در بحث قاعده لاجرح نیز داشتیم که در آن بحث، بعضی از علما قائل بودند معنای حرج روشن نبوده و اجمال دارد؛ مجمل نیز فاقد صلاحیت استدلال است. لکن چنان که بیان خواهیم کرد و بزرگان علما (۲) نیز گفته اند، در روایت «علی الید» هیچ اجمالی وجود ندارد و حدیث به خوبی بر ضمان ید دلالت دارد.

۲ - اخباری بودن روایت: نکته دوم این است که اگر حدیث «علی الید» بخواهد به عنوان مستند حکم فقهی فقها قرار گیرد، لازم است که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله در هنگام بیان این روایت، در مقام انشاء و جعل حکم باشند و نه در مقام اخبار؛ اگر گفته شود روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» جمله خبریه بوده و متضمن حکم شرعی - تکلیفی یا وضعی - نیست، معنای روایت این می شود که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرموده باشند: «چیزی که در دست انسان است تا زمانی که آن را ادا کند، در دستش است».

نادرستی این احتمال نیاز به بحث و استدلال ندارد؛ زیرا، اولاً: علاوه بر رکاکت معنای خبری روایت، کلمه «علی» موجود در روایت، ظهور در الزام دارد؛ ثانیاً: نقل این روایت و استدلال به آن توسط بزرگان از فقهای خاصه و

ص: ۴۳

۱- (۱). المولی احمد النراقی، عوائد الایام، ص ۳۱۸.

۲- (۲). به عنوان نمونه، ر. ک: السید میر عبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، صص ۴۱۷ و ۴۱۸؛ محمد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۹۴.

عامه، کاشف از این است که متفاهم عرفی از این روایت، جمله خبریه نبوده است؛ ثالثاً: اگر چه روایت به صورت جمله خبریه صادر شده، لکن منافاتی میان جمله خبریه و انشای حکم نیست؛ چون در اصول ثابت شده است گاه شارع مقدّس، به جهاتی، احکام شرعی را با جمله خبریه انشاء می کند. در هر صورت، با اندک دقتی در سیاق روایت، دلالت آن بر حکم شرعی، بی نیاز از استدلال و برهان است.

پس از بررسی سندی این حدیث، نوبت به بحث از دلالت و متن حدیث می رسد؛ و از این حیث، لازم است در دو جهت بحث نماییم. جهت اوّل:

بررسی مفاد ترکیبی حدیث است؛ به این معنا که مجموع ترکیبی حدیث را مورد بررسی و تحقیق قرار دهیم. و جهت دوّم: بررسی مفردات حدیث و الفاظ مذکور در حدیث است.

پس از روشن شدن این که حدیث «علی الید» در مقام انشاء و جعل حکم است، باید دید آیا روایت، در مقام بیان حکم تکلیفی است و یا آن که مفاد روایت، جعل حکم وضعی است؟

در مورد این که حدیث «علی الید» دلالت بر حکم تکلیفی می کند و یا وضعی، شش نظریه وجود دارد:

(۱) برخی از فقهاء، از جمله مرحوم شیخ طوسی رحمه الله قائل اند روایت فقط بر حکم تکلیفی «وجوب الرد» دلالت دارد. مطابق این نظر، روایت دلالتی نسبت به «بعد التلف» نداشته و فقط حکم ضمان را در صورت بقای عین مال بیان می کند.

(۲) عدّه ای دیگر از بزرگان، هم چون ملّا احمد نراقی (۱) و محقق ایروانی (۲) رحمهما الله

ص: ۴۵

۱- (۱). محقق نراقی رحمه الله می گوید: «فیکون معنی الحدیث: یجب علی ذی الید حفظ ما أخذت إلی زمان أدائه». عوائد الأیام، ص ۳۱۸.

۲- (۲). محقق ایروانی رحمه الله می گوید: «فحاصل الحدیث وجوب حفظ أموال الناس إذا وقعت تحت الید...». حاشیه المکاسب، ص ۹۳.

معتقدند که از روایت حکم تکلیفی «وجوب الحفظ» فهمیده می شود؛ و این حدیث دلالتی بر وجوب الرد ندارد.

۳) مشهور فقها بر این عقیده اند که حکم مستفاد از «علی الید» حکم وضعی ضمان، هم در صورت بقا و هم در صورت تلف است. بدین معنا که در فرض وجود مال، ذی الید ضامن عین است و باید آن را به مالکش باز گرداند؛ و در صورت تلف عین نیز ضامن مثل و یا قیمت آن است.

۴) نظر چهارم این است که روایت بر حکم وضعی ضمان، فقط در صورت تلف دلالت دارد؛ بنابراین، ذی الید در صورت بقای عین ضامن آن نخواهد بود.

۵) محقق نائینی رحمه الله معتقد است «علی الید» به دلالت مطابقی بر ضمان دلالت دارد، اما به دلالت التزامی، دلالت بر حکم تکلیفی دارد. (۱)

۶) نظر ششم این است که «علی الید» به دلالت مطابقی، هم بر حکم وضعی و هم بر حکم تکلیفی دلالت می کند. برای مشخص شدن این که کدام یک از نظریات فوق صحیح است، بررسی و دقت در دو مطلب ضروری است.

گفتار اول: بررسی تفاوت دلالت «علی الید» با توجه به متعلق آن

اشاره

اختلاف شده است که معنای «علی» با توجه به اسنادش - این که به مالی از اموال نسبت داده شود و یا به فعلی از افعال مکلفین - فرق می کند یا آن که در هر حال به یک معناست؟.

۱ - نظریه شیخ انصاری رحمه الله

نظر مرحوم شیخ اعظم انصاری قدس سره این است که اگر «علی» به فعلی از افعال

ص: ۴۸

۱- (۱). موسی بن محمد النجفی الخوانساری، منیه الطالب فی شرح المکاسب، تقریرات المحقق المیرزا النائینی، ج ۱، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

مکلفین اسناد داده شود، ظهور در حکم تکلیفی دارد؛ همان گونه که در آیه شریفه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» (۱) جار و مجرور به حِجُّ که فعلی از افعال مکلفین است، اسناد داده شده و بر حکم تکلیفی دلالت دارد؛ اما اگر جار و مجرور به مالی از اموال نسبت داده شود - همانند موردی که گفته شود «عَلَى دَيْنٍ» - ظهور در حکم وضعی دارد. در این بحث نیز منظور از «ما أخذت»، «المأخوذ» و «عين من الأعيان الخارجيه» است، و همانند موردی است که ظرف به مالی از اموال نسبت داده شود؛ بنابراین، ظهور در حکم وضعی دارد.

شیخ انصاری رحمه الله می فرماید:

«والخُدْشَه فِي دَلَالَتِهِ - [أَي: فِي دَلَالَةِ النَّبِيِّ الْمَشْهُورِ] -: بِأَنَّ كَلِمَةَ «عَلَى» ظَاهِرَةٌ فِي الْحُكْمِ التَّكْلِفِيِّ فَلَا يَدُلُّ عَلَى الضَّمَانِ، ضَعِيفَةٌ جَدًّا؛ فَإِنَّ هَذَا الظُّهُورَ إِنَّمَا هُوَ إِذَا اسْتَدَانَ الظَّرْفُ إِلَى فِعْلٍ مِنْ أَعْمَالِ الْمُكَلَّفِينَ، لَا إِلَى مَالٍ مِنَ الْأَمْوَالِ، كَمَا يَقَالُ: «عَلَيْهِ دَيْنٌ»، فَإِنَّ لَفْظَهُ «عَلَى» حِينَئِذٍ لِمَجْرَدِ الْإِسْتِقْرَارِ فِي الْعَهْدِ، عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا...» (۲).

پس از شیخ انصاری رحمه الله نیز بزرگانی مثل محقق نائینی رحمه الله این نظر و تفصیل را پذیرفته و معتقدند حدیث «علی الید» بر حکم وضعی ضمان دلالت دارد.

میرزای نائینی قدس سره می گوید:

«... فَإِنَّ الظَّرْفَ فِي الْمَقَامِ ظَرْفٌ مُسْتَقَرٌّ لَوْقَعَهُ خَبْرًا، فَاسْتِقْرَارُ الْأَمْوَالِ وَثُبُوتُهَا عَلَى الْيَدِ ظَاهِرٌ فِي الْحُكْمِ الْوَضْعِيِّ، كَمَا إِذَا قِيلَ:

«عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ عَيْنٌ»، أَيْ يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ الدَّيْنُ. وَحَمَلُ الْحَدِيثِ عَلَى

ص: ۴۹

۱- (۱) . سورة آل عمران، آیه ۹۷.

۲- (۲) . مرتضی الأنصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۱.

الحکم التکلیفی خلاف الظاهر؛ لاقتضائه أن يجعل الظرف لغواً، ويقدر: «يجب» ونحوه، ولا- شاهد عليه. نعم، إذا كان متعلق الحروف الجازة وما اسند إليه الظرف فعلاً من الأفعال كما إذا قيل: «عليه القيام والعود»، فظاهرة في الحكم التکلیفی»(۱).

۲ - نظریه محقق ابروانی رحمه الله

در مقابل نظریه مرحوم شیخ انصاری و محقق نائینی رحمهما الله، نظریه محقق ابروانی رحمه الله قرار دارد. ایشان تفصیل شیخ اعظم رحمه الله را نپذیرفته و می فرماید: در مواردی که «علی» به فعلی از افعال مکلفین نسبت داده شود، بدون هیچ تردیدی در حکم تکلیفی ظهور دارد؛ اما در مواردی که به مالی از اموال نسبت داده می شود، باید فعلی (یک عمل خارجی مکلف) را در تقدیر گرفت؛ به عنوان مثال: در «علی مال» باید کلمه ی «أداء» یا «حفظ»، در تقدیر گرفته شود و در این صورت نیز بر حکم تکلیفی دلالت خواهد داشت.

ایشان در مورد مثال «علی دین» که ظهور در حکم وضعی دارد نیز می گوید:

در این مثال، اشتغال ذمه و حکم وضعی ضمان از خود کلمه ی «دین» استفاده می شود و این کلمه قرینه بر این معناست؛ اما بحث ما در این است که مدلول و محتوای اسناد «علی» بر چه چیزی است؟

عبارت محقق ابروانی رحمه الله چنین است:

«لا فرق بين الإسنادين في استفادة التكليف من الظرف، فيقدر الفعل فيما اسند إلى المال كما يقدر الفعل عند إسناد التكليف إلى الذات، ففي مثل «علی عيال» معناه إني مكلف بنفقة العيال، وأما مثال «علی دین» فاشتغال الذمه فيه يستفاد من لفظين لا من كلمة علی، وكذا «علی مال» بعد القرينه علی أن المراد من المال

ص: ۵۰

۱- (۱). موسی بن محمد النجفی الخوانساری، منیه الطالب، ج ۱، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

ایشان پس از بیان این که در مورد استفاده حکم تکلیفی، بین اسناد به مال و اسناد به فعل مکلف فرقی نیست، این احتمال را می دهند که در مورد «علی مال أو علی أو فی رقبتي مقدار کذا من المال» امکان دارد که ضمان و اشتغال ذمه استفاده شود. اما این مطلب نفعی به حال حدیث «علی الید» ندارد؛ زیرا، در روایت نیامده است «علی مال» تا بتوان حکم وضعی ضمان را از آن استفاده کرد، بلکه در روایت «علی الید» آمده است که ظهور در حکم تکلیفی دارد.

به عبارت دیگر، متکلم، در این مورد، در مقام بیان این مطلب است که تکلیفی را به سبب ید اثبات نماید؛ شاهد آن نیز آیه شریفه «إِنَّ السَّمْعَ وَ الْبَصَرَ وَ الْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا»(۲) است که در آن جوارح بدن به جهت آن که سبب عصیان شده اند، جزا و عقاب به آن ها نسبت داده شده است و منظور حکم تکلیفی است و نه حکم وضعی.

بنابراین، محقق ایروانی رحمه الله قائل است که حدیث «علی الید» دلالت بر حکم تکلیفی دارد و نه وضعی؛ وی در ادامه نیز می فرماید: آن حکم تکلیفی، «وجوب حفظ» است و نه «وجوب الأداء»؛ چه آن که «وجوب الأداء» با غایت موجود در روایت ناسازگار است.(۳)

ص: ۵۱

۱- (۱). علی الإيروانی الغروی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۱.

۲- (۲). سوره اسراء، آیه ۳۶.

۳- (۳). علی الإيروانی الغروی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۱. عبارت محقق ایروانی رحمه الله چنین است: «يمكن أن يقال: إنه إذا قال: علی مال أو علی أو فی رقبتي مقدار کذا من المال، يستفاد منه الضمان واشتغال الذمه، أما إذا قال: علی ید زید أو رجله أو نحو ذلك کذا، لم يستفد منه الضمان، بل كان ظاهر تکلیف الید والرجل بما هو مناسب لهما من الفعل؛ وعلی ذلك، فمعنی «علی الید ما أخذت [حتی تؤدی]» أن الید مکلفه بدفع ما أخذت أو حفظ ما أخذت حتی تؤدیه، لكن تقدير الدفع باطل لا یلائم الغایه، فیتعین تقدير الحفظ. فحاصل الحدیث وجوب حفظ أموال الناس إذا وقعت تحت الید، ونسبه التکلیف إلى الید باعتبار أن الید هی التي أوجبت التکلیف کنسبه الجزاء والعقاب إلى الجوارح باعتبار أنها السبب فی العصیان، قال الله تعالی: «إِنَّ السَّمْعَ وَ الْبَصَرَ وَ الْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا».

محقق ابروانی رحمه الله در نهایت قبول دارند که مواردی مثل «علی مال» یا «علی رقبتي کذا من المال» دلالت بر حکم وضعی ضمان دارد؛ اما در مورد «علی الید» می خواهد بفرماید کلمه ی «ید» قرینیت بر تکلیف دارد و دیگر نمی توان حکم وضعی را از این حدیث استفاده کرد.

به ایشان اشکال می شود که چنین قرینیتی از کجا استفاده می شود؟ کلمه «ید» هم می تواند موضوع برای حکم تکلیفی قرار بگیرد و هم می تواند موضوع حکم وضعی باشد؛ این که کلمه «ید» ظهور در حکم تکلیفی دارد، چگونه و به چه دلیلی است؟

ایشان فقط چنین ادعایی دارند و بر این مدعا هیچ دلیلی اقامه نمی کنند.

۳ - نظریه امام خمینی رحمه الله

نظریه سومی که در این زمینه بیان شده، از سوی مرحوم امام خمینی است که به نظر صحیح می نماید؛ و هم مطابق با موارد استعمال عرفی است و هم موافق با لغت می باشد. ایشان قائل اند کلمه ی «علی» فقط بر حکم وضعی دلالت دارد، حتی در مواردی که ظرف - «علی» و مجرور آن - به فعلی از افعال نسبت داده شود. نظر ایشان درست در نقطه مقابل نظریه محقق ابروانی رحمه الله قرار می گیرد که می فرمود: «علی الید» چه به فعلی از افعال اسناد داده شود و چه به مالی از اموال اسناد داده شود، ظهور در حکم تکلیفی دارد.

امام خمینی رحمه الله آیه شریفه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا»^(۱) را به عنوان شاهد ذکر نموده و می فرماید: در این آیه شریفه، با آن که

ص: ۵۲

۱- (۱). سوره آل عمران، آیه ۹۷.

ظرف - «علی الناس» - به حجّ که فعلی از افعال مکلفین است، اسناد داده شده، حکم وضعی را استفاده می کنیم؛ یعنی خداوند در این آیه شریفه می فرماید:

حجّ دینی بر عهده مکلف بوده و ذمه مکلف به حجّ مشغول است؛ به همین دلیل است که اگر شخصی مستطیع شود و عمل حجّ را بجا نیاورد و بمیرد، باید بعد از مرگش برای او حجّ انجام دهند؛ چه آن که حجّ نیز همانند سایر دیون اوست و باید ادا شود. در صورتی که اگر آیه شریفه در مقام بیان حکم تکلیفی باشد، به محض آن که شخص از دنیا برود، حکم تکلیفی او نیز ساقط می شود؛ چرا که متعلق حکم تکلیفی محض، خود مکلف است و با مرگ از بین می رود.

از این رو، باقی بودن تکلیف حجّ بر ذمه شخص حتی پس از مردن او، کاشف از این است که آن حکمی که اولاً و بالذات صادر شده، اشتغال ذمه - حکم وضعی ضمان - است؛ هرچند که به دنبال هر حکم وضعی، یک حکم تکلیفی نیز وجود دارد.

عبارت مرحوم امام خمینی قدس سره در کتاب البیع چنین است:

«أقول: الظاهر ظهور «علی» فی الاستقرار علی العهده، من غیر فرق بین إسنادها إلى الفعل أو المال، فقولہ تعالی: «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ» إلى آخره، ظاهر فی استقرار الحجّ علی عهده المستطیع، و أنه صار ديناً علیه، ولهذا لو ذهب استطاعته وجب علیه الحجّ واستقرّ فی ذمّته، ولو مات يخرج من ماله، فلو كان صرف تکلیف سقط بموته أو سلب استطاعته، لم یکن وجه له، والوضع فی الآیه الکریمه یستفاد من «علی» لا غیر»^(۱).

۱ به نظر می رسد فرمایش مرحوم امام صحیح است؛ و اگر به لغت نیز مراجعه شود، معلوم می گردد که «علی» به معنای استقرار در عهده است؛ همان گونه که

ص: ۵۳

«ل» مفید مطلق الاختصاص است؛ اما هنگامی که گفته می شود «هذا لزید» از «ل» منفعت نیز استفاده می شود. به عبارت دیگر، همان طور که از «ل» منفعت استفاده می شود، از «علی» نیز یک عنوان ضرری استفاده می شود و عنوان «عهده» در معنای «علی» اشراب شده است. بدین معنا که عهده و ذمه چیزی است که سنگینی مال و مانند آن بر آن قرار می گیرد؛ به عنوان مثال، همان گونه که در «زید علی السطح» بین زید و سطح نسبت استعلائیة برقرار است و سنگینی زید بر سطح قرار می گیرد، در باب حقوق نیز وقتی گفته می شود «علی زید کذا»، یعنی آن امر بر عهده زید استیلا و استعلا دارد؛ و این چیزی غیر از ضمان و حکم وضعی نیست.

پس از روشن شدن این مطلب که حکم استفاده شده از حدیث «علی الید»، حکم وضعی ضمان است، نوبت به این بحث می رسد که «علی الید» متعلق به چیست؟

گفتار دوم: بررسی احتمالات موجود در متعلق «علی الید»

اشاره

پرواضح است که در حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»، «علی الید» از جار و مجرور تشکیل شده و خبر مقدم برای مبتدای مؤخر - یعنی «ما أخذت» - است؛ و هر جار و مجروری نیاز به متعلق دارد؛ و به دیگر سخن، نیازمند به عامل مقدر است؛ چه آن که «ما أخذت» به معنای مأخوذ خارجی، مبتدای مؤخر است و نمی تواند متعلق برای آن قرار بگیرد.

بنابراین، گفته اند که هم باید برای جار و مجروری متعلق را در نظر گرفت و هم باید مضافی را برای «ما أخذت» در تقدیر گرفت؛ چرا که بدون در نظر گرفتن مضاف، «ما أخذت» نمی تواند به عنوان مبتدای مؤخر باشد.

فقها نسبت به این که عامل مقدر و متعلق «علی الید» چیست، اختلاف

کرده اند؛ برخی آن را افعال عموم (۱) گرفته اند، یعنی: «ما أخذت الید ثابت أو مستقرّ علی الید»؛ در این صورت، «علی الید» ظرف مستقرّ می شود و بلاشکّ حدیث، بر حکم وضعی دلالت دارد.

در مقابل، عدّه ای دیگر نیز متعلّق «علی الید» را فعل خاص مثل «یجب» یا «یلزم» قرار داده - «ما أخذت الید یجب علی الید» - و «علی الید» را ظرف لغو دانسته اند. در این صورت، لازم است که برای آن فعل، فاعلی نیز در نظر گرفته شود؛ چرا که متعلّق احکام تکلیفیه باید فعلی از افعال مکلفین باشد و در اینجا «ما أخذت» به معنای «مأخوذ» عین خارجی است و نمی تواند متعلّق حکم تکلیفی قرار گیرد. پس، معنای عبارت حدیث چنین می شود: «ما أخذ الید یجب ردّه علی الید» یا «ما أخذت الید یجب حفظه علی الید»؛ البته احتمال دیگر آن است که کلمه ی «ردّ یا حفظ» را به عنوان مضاف «ما أخذت» در نظر گرفت و گفته شود: «ردّ ما أخذت الید یجب علی الید» یا «حفظ ما أخذت الید یجب علی الید».

احتمالات مطرح در متعلّق «علی الید»

بنابراین، در مجموع، در مورد متعلّق «علی الید» و معنای روایت سه احتمال وجود دارد:

(۱) «ردّ ما أخذت الید یجب علی الید»؛ در این صورت، حدیث بر حکم تکلیفی وجوب الردّ دلالت دارد.

(۲) «حفظ ما أخذت الید یجب علی الید»؛ در این احتمال، حکم تکلیفی وجوب الحفظ را از حدیث استفاده می کنیم.

(۳) «ضمن ما أخذت الید ثابت علی الید»؛ که در این مورد به روشنی حکم

ص: ۵۵

۱- (۱). افعال و اسماء عموم مثل «ثابت»، «مستقرّ»، «استقرّ»، «کان» و...، الفاظی هستند که دلالت بر اصل بودن و ثبوت می کنند.

وضعی ضمان از روایت استفاده می شود و هیچ تردیدی در آن وجود ندارد.

در مورد احتمال سوم، ممکن است گفته شود که احتیاجی به بیش از یک تقدیر - فعل عموم - نبوده و لازم نیست کلمه «ضمان» به عنوان مضاف «ما أخذت» در تقدیر گرفته شود؛ چرا که از خود «ثابت» ضمان استفاده می شود، و عبارت «ما أخذت الید ثابت علی الید» به خوبی دلالت می کند که چیزی بر عهده ذی الید وجود دارد؛ هرچند بزرگانی مثل محقق بحر العلوم^(۱) و مولی احمد نراقی^(۲) رحمهما الله قائل اند حتی طبق این احتمال که از حدیث حکم وضعی استفاده می شود نیز باید دو تقدیر را در نظر گرفت؛ یکی متعلق «علی الید» و دیگری مضاف «ما أخذت».

علت طرح این مطلب آن است که آیا چنین سخنی می تواند به عنوان مرجیح احتمال سوم باشد؟ پاسخ این است که اگر در مباحث آینده به این نتیجه منتهی شویم که تمام احتمالات سه گانه از نظر اشکال در یک سطح قرار دارند، مطلب فوق می تواند به عنوان مرجیح احتمال سوم مطرح گردد و صحیح است؛ لیکن اگر کسی به این نتیجه برسد که احتمال سوم دارای اشکالاتی است که در مورد احتمال اول و دوم مطرح نمی شود، و یا به عکس، احتمال اول و دوم اشکالاتی دارند که در احتمال سوم جاری نیست، دیگر نوبت به این حرف نمی رسد و مجالی برای آن باقی نمی ماند.

سؤال دیگری که در اینجا ممکن است مطرح شود، این است که اگر احتمال اول و دوم به جهت اشکال های وارد بر آن ها، مردود اعلام شوند، آیا احتمال سوم - یعنی استفاده حکم وضعی ضمان از حدیث «علی الید» - تعیین پیدا می کند؟

ص: ۵۶

۱- (۱) . ر. ک: السید محمد آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ج ۳، ص ۳۴۶.

۲- (۲) . ر. ک: المولی احمد النراقی، عوائد الایام، ص ۳۱۶.

پاسخ این سؤال منفی است؛ زیرا، امکان دارد فقیهی هر سه احتمال را مواجه با اشکال بدانند و در نهایت بگویند که حدیث اجمال دارد؛ همان گونه که مرحوم محقق نراقی قائل است که حدیث «علی الید» مجمل است.

از این رو، لازم است که اشکال های وارد بر احتمالات سه گانه مورد بررسی و دقت قرار گیرد.

احتمال اول، دیدگاه شیخ طوسی رحمه الله

در احتمال دوم گفته شده که عامل مقدر از افعال خصوص - «يجب» - است و مضاف «ما أخذت» نیز کلمه «ردّ یا اداء» است؛ «ردّ ما أخذت الید يجب علی الید»، بازگرداندن چیزی را که ید گرفته، بر ید واجب است.

از کسانی که قائل به این احتمال است، می توان شیخ الطائفه طوسی رحمه الله را نام برد؛ این فقیه بزرگوار هنگامی که ادله حرمت غضب را ذکر می نماید، به حدیث «علی الید» استدلال می کند و از عبارات کتابشان استفاده می شود که کلمه ی «ردّ» را در تقدیر می گیرند. (۱)

به این احتمال، دو اشکال مهم وارد می شود؛

اشکال اول: همان گونه که در گذشته نیز اشاره شد، تقدیر گرفتن کلمه ی «ردّ یا اداء» با غایت موجود در حدیث سازگاری ندارد؛ «حتّی تؤدّیه» نمی تواند غایت برای «اداء یا ردّ» باشد؛ زیرا، لازم است که معنی غیر از غایت باشد؛ اما طبق این احتمال، غایت و معنی یکی می شود. به عبارت دیگر، از ظاهر حدیث چنین بر می آید که غایت موجود در روایت - «حتّی تؤدّیه» - غایتی شرعی و تعبّدی بوده و شارع مقدّس به عنوان این که شارع است آن را غایت قرار می دهد؛ در حالی که اگر مطابق این احتمال، کلمه ی «اداء یا ردّ» در تقدیر گرفته

ص: ۵۷

۱- (۱). ر. ک: محمّد بن الحسن الطوسی، الخلاف، کتاب الغصب، مسأله ۲۲.

شود، «حتی توذیه» از غایت شرعی جعلی تعبدی خارج و غایتی عقلی می شود؛ همانند ضرورت به شرط محمول می شود. و این مطلب خلاف ظاهر روایت است.

اشکال دوّم: بر اساس این احتمال، دیگر حدیث «علی الید» بر صورتی که مال تلف شود، دلالتی ندارد؛ چرا که فقط در صورت باقی بودن مال، پرداخت و بازگرداندن آن امکان دارد و بعد از تلف، أداء التالف ممکن نیست.

احتمال دوّم، دیدگاه محقق نراقی و محقق ایروانی رحمهما الله

اشاره

همان گونه که بیان شد، از میان فقها و بزرگان، محقق نراقی و محقق ایروانی رحمهما الله معتقدند که روایت فقط بر حکم تکلیفی «وجوب الحفظ» دلالت دارد؛ بدین معنا که حفظ مال تا زمانی که به صاحبش بازگردانده شود، واجب است. محقق اصفهانی رحمه الله نیز در حاشیه مکاسب (۱) بعد از بیان احتمالات سه گانه، می فرماید: محاذیری که سایر احتمالات دارد، در این احتمال کمتر است؛ هرچند که خود ایشان نیز در نهایت قول مشهور - قول به ضمان - را می پذیرد.

تبیین دیدگاه محقق نراقی رحمه الله در مورد متعلق «علی الید»

برای روشن شدن احتمال سوم، لازم است ابتدا کلام محقق نراقی رحمه الله را نقل و بررسی نمائیم. ایشان می فرماید:

«فإن قيل: استدلال الفقهاء واحتجاجهم على الضمان خلفاً بعد سلف وفهمهم ذلك دليل على أنه كان لهم قرينه على تقديره وإن خفيت علينا.

قلنا: مع أنه لم يعلم ذلك من جميع الفقهاء ولا أكثرهم وإن علم من كثير منهم، وليس ذلك من الأحكام الشرعية التي يحكم فيها

ص: ۵۸

۱- (۱). محمدحسین الاصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۱.

بالإتفاق بضميمه الحدس والوجدان، ولا- يصلح عمل جماعه دليلاً- لشيء لا- يدلّ على أنّه لقرينه تقدير الضمان، بل لعلّه لإجتهادهم تقدير جميع الاحتمالات عند عدم تعيين المقدّر، أولمظنه شيوع تقديره، أو لدليل اجتهادى آخر.

فإن قيل: المتبادر من هذا التركيب إثبات الضمان.

قلنا: ممنوع جداً، ولو رجعت إلى أمثال هذا التركيب التي ليس الذهن فيها مسبوقة بالشبهه تعلم عدم التبادر، مع أنّه على فرض التسليم لا يفيد، لأصالة تأخر حدوث التبادر، حيث إنّ ذلك ليس من مقتضى الوضع اللغوى لهذا التركيب.

فإن قيل: ليس هنا شيء آخر يصلح أن تكون غايته الأداء إلّا الضمان؛ لعدم إمكان غيره عند التلف، فيجب تقدير الضمان الذي يمكن ثوبته في صورتى بقاء العين وتلفها، فمع البقاء يؤدّى العين، ومع التلف المثل أو القيمة.

قلنا: أداء المثل أو القيمة ليس أداء ما أخذت، بل أداء شيء آخر، فلا يكون «حتى تؤدّى» غايه للضمان في صورته التلف أيضاً، فإن مقتضى تقدير المفعول أن يكون مفعول «تؤدّى» أو نائب فاعله على تقدير كونه بصيغه المجهول ما يرجع إلى الموصول، أى ما أخذت، ومعنى أداء ما أخذت: أداء عينه دون المثل أو القيمة، بل إطلاق الأداء على الغير غير صحيح، فلا يتحقّق أدائه في صورته التلف أصلاً.

وعلى هذا، تكون الروايه لبيان حكم صورته البقاء، لا- يعلم منها حكم صورته التلف. ولا يلزم أن يستفاد من كلّ حديث حكم جميع صور الواقعه، ولمّا لم يكن لتقدير الردّ أو الأداء معنى سلساً، إذ ليس قولك: يجب أداء ما أخذ، أو ردّه حتى تؤدّى أو ردّه، بسلس؛ فالأظهر تقدير الحفظ من الضياع والتلف أو نحوه»(1).

ص: ٥٩

محقق نراقی رحمه الله در این عبارت از کتاب، چند اشکال و جواب را مطرح کرده و در نهایت نتیجه می‌گیرند روایت «علی الید» بر حکم تکلیفی «وجوب الحفظ» دلالت دارد.

اشکال اول: اولین اشکالی که ایشان مطرح می‌کنند، این است که اگر گفته شود فقها و بزرگان علما، نسل به نسل و طبقه به طبقه، همه از این حدیث، ضمان را استفاده کرده‌اند، حال چگونه است که شما از آن حکم تکلیفی وجوب الحفظ را استفاده می‌کنید؟^(۱)

دو جواب از آن می‌دهیم: پاسخ اول این است که تمامی فقها به این نکته قائل نیستند که از حدیث، حکم وضعی ضمان استفاده می‌شود؛ بنابراین، مسأله اجماعی نیست.

پاسخ دوم نیز آن است که فهم فقها کاشف از این نیست که در حدیث «علی الید» قرینه‌ای وجود داشته که به دست علمای پیشین رسیده است - و آنان به وسیله این قرینه حکم وضعی ضمان را بیان داشته‌اند - اما آن قرینه به دست ما نرسیده است؛ بلکه باید گفت فهم فقها بر اجتهادشان مبتنی است و اجتهاد آنان برای استفاده ضمان کفایت نمی‌کند.

اشکال دوم: این که مشهور قول به ضمان را اختیار می‌کنند، بدان جهت است که متبادر از این ترکیب و نظایر آن، ضمان است^(۲)؛ اگر ترکیبی همانند ترکیب حدیث «علی الید» در عرف استعمال شود، عرف از آن حکم وضعی ضمان را استفاده می‌کند. بنابراین، لازم است که گفته شود حدیث «علی الید»

ص: ۶۰

۱- (۱). السید میرعبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۱۸.

۲- (۲). همان.

دلالت بر ضمان می کند و نه چیز دیگر.

محقق نراقی رحمه الله از این استدلال نیز دو جواب می دهند: پاسخ اول ایشان آن است که صغرای استدلال فوق ممنوع است؛ بدین معنا که استفاده ضمان از روایت بدان جهت بوده که ذهن فقها مسبوق به شبهه ضمان بوده و آنان این معنا را بر روایت تحمیل کرده اند؛ بنابراین، فقها در این مسأله خالی الذهن نبوده اند تا معنای واقعی روایت را بیان کنند.

پاسخ دوم نیز آن است که تبادل در صورتی مفید فایده است که مستند به وضع باشد و حال آن که تبادل ادعایی در اینجا مستند به وضع نیست، و بلکه در اثر فهم سایرین است که چنین معنایی به ذهن خطور کرده است.

اشکال سوم: در این اشکال گفته اند: در اینجا غیر از ضمان چیز دیگری وجود ندارد که صلاحیت داشته باشد به عنوان غایت ادا قرار گیرد؛ و به عبارت دیگر، غایت «حتی تؤدیة» فقط با احتمال اول - ضمان - سازگاری دارد که در صورت بقای عین مال، لازم است که خود آن بازگردانده شود و در صورت تلف نیز باید بدل آن مال - مثل یا قیمتش - پرداخت گردد؛ در صورتی که اگر از حدیث «علی الید» حکم تکلیفی وجوب الحفظ استفاده شود، دیگر صورت تلف مال را در بر نمی گیرد. بنابراین، حدیث «علی الید» در حکم وضعی ضمان ظهور دارد و نه حکم تکلیفی وجوب الحفظ.

محقق نراقی رحمه الله در پاسخ این اشکال بیان می دارد حتی بر فرض این که گفته شود غایت با ضمان سازگاری دارد، در فرض تلف مال اشکال باقی خواهد بود؛ زیرا، در فرضی که غایت «حتی تؤدیة» باشد، ضمیر مفعول، به «ما أخذت» - همان چیزی که گرفته شده است - برمی گردد؛ یعنی باید خود آن شیء بازگردانده شود؛ و حال آن که در صورت تلف، بدل (مثل یا قیمت) داده می شود و این ادای «ما أخذت» نیست.

و اگر گفته شود که حکم صورت تلف از کجا استفاده می شود؟ در پاسخ می گوئیم از ادله دیگر چنین حکمی استفاده می شود که در فرض تلف باید مثل و یا قیمت مال پرداخت گردد. علاوه آن که ایشان معتقد است لازم نیست که از

یک حدیث حکم همه صورت های مفروض استفاده شود؛ و در این روایت نیز حدیث «علی الید» متکفل بیان حکم صورت تلف مال نیست، و بلکه فقط حکم مسأله را در صورت بقای عین مال بیان می کند.

و بالاخره نکته آخر این است که چرا محقق نراقی رحمه الله حکم تکلیفی وجوب الحفظ را از حدیث استفاده می کنند، نه حکم تکلیفی وجوب الرد یا وجوب الأداء را؟

ایشان در پاسخ به این پرسش نیز می گویند: اگر در روایت، کلمه «ردّ یا أداء» در تقدیر گرفته شود، معنای روان و روشنی نخواهد داشت؛ و غایت موجود در روایت - «حتّی تؤدّیه» - بر یک عنوان لزومی نخواهد داشت، در حالی که شارع مقدّس در مقام بیان حکم لزومی است. بنابراین، حکم مستفاد از حدیث «علی الید»، حکم تکلیفی وجوب الحفظ است و نه چیز دیگر.

اشکالات وارد بر دیدگاه محقق نراقی رحمه الله

بر بیان و گفتار محقق نراقی رحمه الله اشکال های متعددی وارد می شود؛

اشکال اوّل: آن است که در کلام ایشان دلیل محکمی بر استفاده حکم تکلیفی از حدیث «علی الید» وجود ندارد. نکته مهمی که در کلام این فقیه گران قدر وجود داشت، این بود که در تقدیر گرفتن ضمان و استفاده نمودن ضمان در صورت تلف مال با «حتّی تؤدّیه» که غایت آن است، سازگاری ندارد؛ زیرا در صورت تلف، دیگر مالی وجود ندارد تا اداء شود. در پاسخ ایشان گفته می شود که برخی از بزرگان معتقدند مفاد حدیث، حکم وضعی ضمان در صورت بقای عین است و روایت متکفل حکم صورت تلف نیست؛ محقق نراقی رحمه الله نیز دلیلی بر بطلان و ردّ این قول نیاورده و نتوانسته اند بر این مطلب اشکال کنند.

بالاخره، در مجموع کلام محقق نراقی رحمه الله یک دلیل روشن و محکمی بر این که از حدیث «علی الید» باید حکم تکلیفی استفاده شود، وجود ندارد.

اشکال دوّم: اشکال دیگری که در کلمات مرحوم میر عبدالفتاح مراغی قدس سره آمده، این است که کلمه «حتی توّدی» با وجوب الحفظ سازگاری ندارد؛ زیرا، ظاهر دفع و اداء - که از «توّدی» استفاده می شود - خلاصی یافتن از غرامت و ضمان است، نه خلاصی از حکم تکلیفی صرف. (۱) به عبارت دیگر، بر اساس این احتمال که مفاد حدیث «علی الید» وجوب الحفظ است، چون بعد از ادای مال به صاحبش چیزی باقی نمی ماند، موضوع حفظ منتفی می شود؛ و حال آن که بر طبق قول به ضمان، بعد از دادن مال به صاحبش، یک حادثه مهمّ دیگری نیز واقع می شود و آن، خلاصی ذمه شخص از اشتغال است.

در توضیح این اشکال باید گفت: ظاهر حدیث آن است که غایت نه تنها مؤثر در رفع حکم سابق است، بلکه به عنوان علت تامّه برای رفع اثر است، و این معنی با ضمان سازگاری دارد؛ زیرا اداء علت تامه برای رفع ضمان است، اما اگر حکم و مغیبه را وجوب حفظ قرار دهیم، بعد از اداء، موضوع منتفی می شود و با انتفاء موضوع دیگر معنایی برای حفظ و وجوب آن باقی نمی ماند، همان طوری که اگر عین مال تلف شود، هیچ معنایی برای حفظ وجود ندارد، به خلاف ضمان که بعد از تلف، هنوز ضمان وجود دارد و تا اداء محقق نشود، ضمان وجود دارد. بنابراین، غایت موجود در روایت، به هیچ عنوان با وجوب الحفظ سازگاری ندارد.

اشکال سوم: مرحوم بحر العلوم می گوید: وجوب الحفظ، امری بدیهی و روشن است و نیازی نیست که شارع مقدّس آن را با چنین تعبیری بیان کند؛ و اگر شارع نیز آن را نگوید، عقل انسان قادر به فهم و درک خواهد بود و حکم می دهد که حفظ مال دیگران واجب است. (۲)

ص: ۶۳

۱- (۱). السید میر عبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۱۷.
۲- (۲). ایشان می گوید: «... دون المعنی الثانی الذی حاصله: واجب أو لازم علی الید حفظ المأخوذ أو ردّه أو تأدیته إلی أن توّديه، فإنّ ذلك بین ما هو إظهار لحکم بدیهی کتقدیر الحفظ.»؛ ر. ک: السید محمّد آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ج ۳، ص ۳۴۷.

اشکال چهارم: محقق اصفهانی رحمه الله پس از آن که به همه احتمالات سه گانه اشکال می کند، می گوید:

«... فلذا، ربّما يتوهم إرادة الحفظ لخلوّه عن المحاذير المتقدّمة، إلّا أنّه خلاف الظاهر من حيث إنّ ظاهر الخبر كون نفس المأخوذ على اليد لا حفظه»^(۱).

ایشان می فرماید: برخی به جهت آن که در تقدیر گرفتن وجوب الحفظ دارای کمترین محذور و اشکال است، آن را اختیار کرده اند؛ لیکن این احتمال یک اشکال مهم دارد و آن این که بر خلاف ظاهر روایت است؛ زیرا، ظاهر روایت این است که خود عین و مال بر عهده است و نه حفظ آن.

اشکال پنجم: محقق بجنوردی رحمه الله نیز بر این نظریه - تقدیر گرفتن «وجوب الحفظ» - سه اشکال وارد می کنند و می فرماید:

«أمّا أولاً: فلما قلنا إنّ التقدير خلاف الأصل، لا يصار إليه إلّا لضرورة، وليس هاهنا ضرورة إلى التقدير...

وأمّا ثانياً: فلأنّه صلى الله عليه وآله في مقام بيان ردّ مال الغير الّذى وقع تحت يده وإيصاله إلى صاحبه، لا في مقام حفظ مال الغير عن التلف. مضافاً إلى أنّ الظاهر من أمثال هذه التراكيب عرفاً هو كون عهده و ذمّته مشغوله بما يكون مستعلياً، فإذا قال له: على كذا درهم - مثلاً - فهو إقرار واعتراف بأنّ ذلك المقدار على ذمّته وفي عهده...»^(۲).

اشکال اول محقق بجنوردی رحمه الله این است که حکم تکلیفی وجوب به عین خارجی تعلق نمی گیرد؛ و به همین جهت، باید فعلی از افعال مکلفین مثل ردّ یا حفظ در تقدیر گرفته شود که این خلاف اصل است و جز در موارد ضرورت

ص: ۶۴

۱- (۱). محمدحسین الإصفهانی، حاشیه المكاسب، ج ۱، ص ۳۰۱.

۲- (۲). السید محمدحسن البجنوردی، القواعد الفقهيّة، ج ۴، صص ۵۶ و ۵۷.

چنین چیزی صورت نمی گیرد.

پاسخ این اشکال آن است که حَتّی بنا بر قول به مشهور نیز به تقدیر نیاز است، پس نمی توان به احتمال سوم چنین اشکالی را وارد ساخت.

اشکال دوّم نیز آن است که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله در این حدیث، در مقام بیان ردّ مال و رسیدن آن به صاحبش است؛ و این غایت، با وجوب الحفظ سازگاری ندارد.

علاوه بر این دو اشکال، سوّمین اشکال آن است که متفاهم عرفی از چنین جملاتی اشتغال ذمه است؛ همان گونه که اگر شخصی به دیگر بگوید: «علیّ کذا درهم»، اقرار و اعتراف کرده به این که فلان مقدار مال به دیگری بدهکار است و ذمه اش مشغول و ضامن این مقدار می باشد.

بنابراین، با توجه به اشکالات پنج گانه فوق که بر کلام محقّق نراقی رحمه الله - مستفاد از حدیث «علی الید»، حکم تکلیفی وجوب الحفظ است - وارد می باشد، نتیجه این می شود که نمی توان آن را پذیرفت و این احتمال باطل است.

همان طور که بیان شد، بعضی از فقها بعد از آن که احتمال اوّل و دوّم را ردّ می کنند، نتیجه می گیرند که احتمال سوم و قول مشهور - دلالت حدیث بر حکم وضعی ضمان - متعین است. اما به نظر می رسد چنین چیزی صحیح نبوده و لازم است که این احتمال نیز مورد بررسی و دقّت قرار گیرد. اگر برای استفاده ضمان از حدیث «علی الید»، دلیل جداگانه و روشنی قابل ارائه باشد، احتمال سوم پذیرفته می شود؛ وگرنه حدیث «علی الید» مجمل می شود و دیگر قابلیت استدلال برای فقیه را نخواهد داشت.

احتمال سوم، دیدگاه مشهور فقها

اشاره

همان طور که در مطالب گذشته نیز اشاره شد، مشهور فقها از حدیث «علی الید» حکم وضعی ضمان را استفاده کرده اند؛ اما قبل از دقّت و بررسی این نظریه، لازم است دو نکته مقدماتی را بیان داریم.

نکته اول این است که مشهور علما از حدیث «علی الید» حکم ضمان را هم در صورت بقای عین مال و هم در صورت تلف آن استفاده می کنند؛ لیکن برخی از فقها حکم ضمان در صورت بقای عین را نتوانسته اند تصویر کنند و گفته اند: در فرضی که عین مال وجود دارد، فقط یک چیز معنا دارد و آن «ردّ المال إلی المالك» است؛ یعنی این افراد قائل اند که ضمان فقط در صورت تلف عین مال وجود دارد.

از این رو، به آن ها اشکال می شود که در کجای حدیث «علی الید» مسأله تلف مال مطرح شده است؟ روایت می گوید «علی الید ما أخذت حتی تؤدّیه» و ظهور روشنی دارد در این که همان چیزی که گرفته شده است، باید به مالک بازگردانده شود. به عبارت دیگر، برخی از بزرگان همانند مرحوم علامه حلّی قدس سره معتقدند حدیث «علی الید» دلالتی بر صورت تلف مال ندارد و حکم مسأله در این صورت را باید از ادله و روایات دیگر باب غضب به دست آورد.

بنابراین، در مقابل نظریه مشهور فقها، دو نظریه وجود دارد:

۱) عدّه ای می گویند: حدیث «علی الید» بر ضمان مال در صورت بقای آن دلالت ندارد و فقط متکفل حکم صورت تلف است.

۲) دسته دوم نیز می گویند: روایت بر ضمان مال در فرض تلف دلالت ندارد و حکم ضمان در صورت تلف را باید از ادله دیگر باب غضب استفاده کرد؛ زیرا، کلمه ی «تؤدّیه» در روایت قرینه می شود که مقصود این است که باید خود عین بازگردانده شود و در فرض تلف نیز عینی وجود ندارد.

اما مشهور قائل اند که حدیث «علی الید» هم بر ضمان در صورت بقا و هم بر ضمان در صورت تلف مال دلالت دارد و در مباحث آینده که تفسیر ضمان را بیان می کنیم، معنای ضمان در صورت بقای عین مال نیز روشن خواهد شد.

نکته دوم: برخی گفته اند که حدیث «علی الید» بر ضمان بالقوه - ضمان تقدیری - دلالت دارد؛ به عبارت دیگر، شارع مقدّس در صدد این است که بیان

کند بر فرض تلف - علی تقدیر التلف - ذمه شخص غاصب مشغول می شود.

لکن همان طور که محقق اصفهانی^(۱) رحمه الله نیز می فرماید، حدیث «علی الید» دلالت بر حکم فعلی - ضمان فعلی - دارد و نه تقدیری؛ چرا که غایت - حتی تودیة - دلالت بر فعلیت دارد و منظور ادای فعلی است. بنابراین، معنی نیز که قبل از غایت است، باید یک حکم فعلی باشد.

بعد از بیان دو نکته فوق، نوبت به بررسی قول مشهور می رسد و این که حدیث «علی الید» چگونه بر ضمان دلالت می کند؟

در اینجا لازم است ادله ذکر شده در کلمات بزرگان مورد بررسی و دقت قرار گیرد، تا معلوم گردد که آیا به وسیله ی آن ها می توان قول مشهور را اثبات کرد و یا آن که این ادله مورد خدشه و اشکال است و باید دلیل دیگری ارائه شود؟ ابتدا کلام صاحب عناوین رحمه الله را ذکر می کنیم:

الف) دلایل محقق مراغی رحمه الله بر قول به ضمان

مرحوم میرعبدالفتاح حسینی قدس سره برای دلالت حدیث «علی الید» بر ضمان، به سه دلیل اشاره می کنند^(۲) که عبارت است از:

ص: ۶۷

۱- (۱). ایشان می فرماید: «لا یخفی علیک أنّ ما قبل الغایه حیث أنّه معنی بالأداء، فلا بدّ من أن یکون أمراً ثابتاً فعلیاً مستمراً إلى أن یتحقّق الأداء...»؛ ر. ک: حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۱.

۲- (۲). ایشان می فرماید: «أنّ إرادة ضمان ما أخذت أظهر من الروایه سواء جعلته بطریق الإضمار فیكون المعنی: «علی الید ضمان ما أخذته»، أو بطریق المجاز بمعنی کون المراد من الموصول «ما یضمن» لکمال المناسبه بینه و بین الأصل المأخوذ، لأنّه إمّا عینه أو مثله أو قیمته - كما سندکر ذلك مفضّلاً - وکلّ ذلك قائم مقام «ما أخذت»؛ مع أنّ هذا المعنی هو المتبادر عند إطلاق هذه اللفظه بحیث لا یخطر غیره بالبال حتّی یحتاج فی ترجیح المقام إلى ملاحظه باب تعارض الأحوال. مضافاً إلى فهم الأصحاب - قديماً وحديثاً - ذلك واستدلّالهم به علی الضمان، وهو إمّا کاشف عن کون المعنی العرفی ذلك - كما أوضحناه - أو کاشف عن وجود قرینه لم تصل إلینا کانت موجوده عندهم، وعلی التقديرین فهو - [أی فهم الأصحاب] - معین للمراد من الخبر رافع للإجمال». ر. ک: العناوین، ج ۲، ص ۴۱۸.

(۱) استنباط و استدلال علمای قدیم و جدید از حدیث «علی الید» حکم به ضمان است؛ این تلقی و استنباط فقها یا کاشف از این است که معنای عرفی حدیث همان ضمان است؛ و یا کاشف از وجود قرینه ای است که در نزد آنان موجود بوده و به ما نرسیده است و آنان از این قرینه، ضمان را فهمیده اند. در هر دو صورت، تلقی و فهم علما، مراد از خیر را روشن، و اجمال آن را مرتفع می سازد.

در مقام اشکال بر استدلال فوق، محقق نراقی رحمه الله (۱) فرموده است که فهم اصحاب در اینجا نمی تواند به عنوان دلیل واقع شود؛ چرا که احتمال دیگری نیز وجود دارد و آن این که فهم اصحاب در این مسأله مبتنی بر تفسیر و اجتهاد خودشان از حدیث است. بنابراین، از آنجا که فقها بر اساس اجتهادشان این روایت را به ضمان تفسیر کرده اند، فهم آنان نمی تواند دلیل برای قول به ضمان باشد.

(۲) دلیل دیگری که صاحب عناوین رحمه الله برای قول به ضمان ذکر می کند، تبادر است؛ ایشان می گویند: متبادر از این ترکیب در صورت اطلاق، ضمان ذوالید است؛ به نحوی که غیر آن به خاطر نمی رسد تا لازم آید که برای ترجیح یکی از دو طرف به قواعد باب تعارض احوال رجوع شود. بنابراین، فقط معنای ضمان است که از این عبارت به ذهن تبادر می کند، و تبادر نیز کاشف از معنای حقیقی عبارت است.

محقق نراقی رحمه الله به این استدلال مرحوم میرعبدالفتاح قدس سره نیز اشکال کرده و می فرماید: اولاً، از جهت صغرای قضیه، ما قبول نداریم که چنین تبادری وجود دارد؛ ثانیاً، در بحث تبادر، تبادری که مستند به حاقّ لفظ باشد، مفید فایده است؛ لکن تبادری که در اینجا ادعا می شود، ممکن است مستند به اجتهادات دیگران باشد؛ بنابراین، قابل قبول نیست. (۲)

ص: ۶۸

۱- (۱). ر. ک: عوائد الأیام، ص ۳۱۷.

۲- (۲). عوائد الأیام، ص ۳۱۷.

۳) دلیل سومی که در عبارت صاحب عناوین رحمه الله مشاهده می شود، این است که ظاهرترین معنای روایت، جعل ضمان بر ذمه آخذ است؛ اعم از اینکه کلمه ی «ضمان» را در تقدیر گرفته و بگوییم معنای روایت «علی الید ضمان ما أخذته» است؛ و یا قائل به مجاز شویم و بگوییم مراد از «ما» ی موصول، «ضمان مأخوذ» است؛ به لحاظ مناسبت کاملی که بین ضمان و اصل مالی که اخذ شده، موجود است؛ زیرا، ذوالید یا ضامن عین، یا مثل و یا قیمت می شود و همه اینها جانشین «ماأخذت» قرار می گیرند.

البته ممکن است گفته شود چون احتمال قول به ضمان کمتر از دیگر احتمالات نیاز به تقدیر دارد، اظهر است؛ بدین معنا که در «وجوب الردّ والأداء» یا «وجوب الحفظ» باید دو چیز در حدیث تقدیر گرفته شود، ولی در قول به ضمان فقط یک چیز باید در تقدیر گرفته شود؛ و کمی تقدیر نیز اولی بوده و سبب ترجیح این احتمال می گردد.

در اشکال به این سخن می توان گفت: گرچه در ادبّیات و تعابیر ادبا این مطلب رایج است که قَلتَ التقدیر سبب ترجیح می گردد؛ اما اصل این است که اگر معنایی مطابق با عرف و فهم آنان باشد، متعین است؛ هرچند که لازمه آن معنا کثره التقدیر باشد، و اگر لازمه معنایی قَلتَ التقدیر باشد و یا اصلاً نیاز به تقدیر نداشته باشد ولی مطابق فهم عرف نباشد، کنار گذاشته می شود.

بنابراین، صرف این که یکی از احتمالات از مزیت کمی تقدیر برخوردار باشد، نمی توان گفت که ترجیح دارد؛ بلکه بر فقیه لازم است که ببیند عرف چه چیزی را از کلام می فهمد و مطابق با آن نظر دهد. (۱)

ص: ۶۹

۱- (۱). فقیه بزرگوار شیخ محمدحسن مامقانی رحمه الله در حاشیه مکاسب نظیر این مطلب را بیان داشته که قَلتَ التقدیر نمی تواند مرجح باشد و بلکه فهم عرف مرجح است. ایشان می فرماید: «لکن الإنصاف تحقّق المرجح، لأنّنا إذا عرضنا مثل هذا الخطاب علی العرف لم یسبق إلی أذهانهم سوی کون عهده المأخوذ بالید و ضمانه علیها، و من المقرّر فی محلّه، أنّه إن تیسّر تحصیل مراد المتکلم بما یفهمه أهل العرف من خصوص کلامه، کان هو المقصد الأصلی، ولهذا یقدّم ما یفهمونه من خصوص الخطاب الشخصی علی ما تقتضیه القواعد العامّه المقرّره فی مباحث الألفاظ، وهذا واضح...». غایه الآمال فی حاشیه مکاسب، ج ۵، ص ۵۵.

در مورد قسمت دوم کلام مرحوم صاحب عناوین - که می فرمایند اگر قائل به مجاز نیز شویم، باز ظاهرترین معنای روایت جعل ضمان است. - نیز به نظر می رسد هرچند ایشان ادعا می کند در این بحث قرینه بر مجاز وجود دارد و آن مناسبت کاملی است که بین ضمان و اصل مالی که اخذ شده وجود دارد، اما در اینجا نیز باید معیار را فهم عرفی قرار دهیم؛ یعنی صرف آن که بین یک لفظ و معنایی قرینه وجود دارد، ملاک برتری و ترجیح نمی شود، بلکه باید دید آیا فهم عرفی مطابق با آن است یا نه؟ و همان معنایی را که عرف می فهمد، اخذ کرد.

بنابراین، نتیجه بحث از کلام محقق مراغی رحمه الله این می شود که سه دلیل ارائه شده توسط ایشان برای اثبات مدعای مشهور کافی نیست و به وسیله آن ها نمی توان حکم وضعی ضمان را از حدیث «علی الید» بدست آورد.

(ب) دیدگاه محقق اصفهانی رحمه الله در مورد قول به ضمان

محقق اصفهانی رحمه الله برای قول مشهور دو تقریب ذکر می کنند که کلام امام خمینی رحمه الله نیز همانند تقریب دوم ایشان است و تقریباً همان است که از قول مرحوم بحر العلوم در «بلغه الفقیه» با کمی دقت، استفاده می شود.

ایشان در تقریب اول می فرماید:

«ویمکن تقریب ما عن المشهور من الضمان بالقوه: بأن الموجب للخساره علی تقدیر التلف حیث إنّه الید وهو فعلی، صحّت الغایه بنحو التحدید للموضوع لثبوت المغیّی بثبوت مقتضیه لا بثبوت علته التامه»^(۱).

ص: ۷۰

۱- (۱). محمدحسین الإصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۲.

بیان اوّل محقق اصفهانی رحمه الله این است که برای در نظر گرفتن مسأله فعلیت در این بحث - که چون غایت عنوان فعلی دارد، مغبّا نیز باید فعلی باشد - باید بگوئیم ما از جهت سبب ضمان که عبارت از «ید» است و فعلیت دارد، ضمان را استفاده می کنیم.

طبق این بیان، ضمان تعلیقی و تقدیری استفاده می شود؛ یعنی در صورتی که بر مالی ید پیدا شود و آن مال تلف شود، ضمان ثابت است. در نتیجه، برای دفع اشکال گفته می شود که چون سبب ضمان - ید - فعلیت دارد، این مقدار فعلیت سبب، برای غایت کفایت می کند؛ و مغبابه ثبوت مقتضی اش ثابت می شود و نه به ثبوت علت تامّه اش.

از این رو، ایشان خود تقریب دوّمی را ذکر کرده و می فرماید: منظور از ضمان فعلی در اینجا عهده است؛ یعنی مال مأخوذ به محض آن که ذی الید بر آن استیلا پیدا کند، بر عهده او قرار می گیرد؛ و به عبارت دیگر، شارع و یا عقلا، مال را بر عهده ذی الید اعتبار می کنند؛ نه این که گفته شود در اینجا ضرر و خسارتی بر ید است.

مطلب آخر ایشان در واقع، پاسخ به کسانی است که ضمان را به خسارت معنا کرده اند؛ به عنوان مثال در «ألق مالک فی البحر وعلیّ ضمانه» گفته اند منظور از ضمان، خسارت است؛ و معنای عبارت این می شود: «مال خود را در دریا بینداز و خسارت آن بر عهده من است». مرحوم محقق اصفهانی می فرماید: در اینجا مسأله ضرر و خسارت مطرح نیست، بلکه ضمان به معنای عهده و تعهد است؛ و این عهده، هم دارای آثار تکلیفی است و هم آثار وضعی؛ بدین معنا که باید آن مال را حفظ و ردّ کرد و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن

به مالک پرداخته شود.

عبارت محقق اصفهانی رحمه الله چنین است:

«وأولى منه، أن المراد من الضمان الفعلي هي العهده، والمأخوذ يدخل في عهده ذي اليد بمجرد وضع اليد عليه، فمفاد الخبر حينئذ كون المأخوذ على عهده ذي اليد، لا أنه ضرر أو خساره على اليد؛ واستفاده العهده من نفس إثبات المأخوذ على اليد لأن معنى استقراره على اليد كون ذي اليد هو المرجع والمأخوذ به، وهو معنى اعتباره على عهده؛ وللعهده آثار تكليفيه ووضعيه من حفظه وأدائه مع التمكن وأداء بدله عند الحيلولة أو عند التلف...»^(۱).

نکته ای را که می توان علاوه بر کلمات مرحوم اصفهانی قدس سره بیان نمود، این است که تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی، اصطلاحی است که در میان فقها رایج شده، و در زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله که این روایت را به مردم القا فرمودند، حتی در میان خواص اصحاب نیز چنین اصطلاحی مطرح نبود است؛ تنها معنایی که عرف از مثل این عبارت می فهمیده، معنای عهده بود؛ و ضمان نیز همان تعهد و عهده است؛ منتها اگر تعهد - ضمان - نسبت به شخص و افراد باشد، نه نسبت به اموال، از آن به کفالت تعبیر می شود.

بنابراین، عرف و لغت قرینه است بر این که «علی» به معنای عهده و تعهد است؛ و این معنا با غایت «حتی تؤدیه» موجود در روایت نیز سازگاری دارد. از دیگر سو، کلمه «ید» نیز قرینه است بر این که روایت، ابتداءً درصدد بیان حکم «وجوب الرد» یا «وجوب الحفظ» نیست. اگر بخواهند مالی را به کسی بدهند تا آن را حفظ کند، نمی گویند «علی یدک»؛ هیچ کس برای وجوب حفظ و یا وجوب رد چنین عبارتی را استعمال نمی کند؛ بلکه این عبارت با عهده و تعهد سازگاری دارد. نتیجه این می شود که «علی الید» درصدد بیان این معناست که ذی الید متعهد مالی است که آن را اخذ می کند.

ص: ۷۲

۱- (۱). محمدحسین الإصفهانی، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۲.

در مقابل محقق اصفهانی رحمه الله که می فرماید عهده هم اثر تکلیفی دارد و هم اثر وضعی، کلام مرحوم امام خمینی قدس سره قرار دارد که ایشان فقط حکم وضعی را استفاده می کنند. امام رحمه الله در اشکال به مرحوم شیخ انصاری قدس سره - که فرمود: «علی» اگر به مال نسبت داده شود، دلالت بر ضمان و حکم وضعی دارد؛ و اگر به فعلی از افعال نسبت داده شود، بر حکم تکلیفی دلالت دارد - بیان کردند که بین این دو اسناد فرقی نیست و «علی» دلالت بر عهده دارد و از استقرار بر عهده، حکم وضعی استفاده می شود و به آیه ی شریفه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» مثال زدند که در اینجا با این که «علی» به فعلی از افعال مکلفین استناد داده شده است، ولی دلالت بر حکم وضعی می کند و در اینجا حجّ به عنوان دینی بر عهده مکلف است و در صورت مرگ شخص، باید همانند سایر دیون او عمل شود.

اشکال و جواب

ممکن است گفته شود یکی از اقوال و احتمالات ذکر شده در مورد حدیث «علی الید» این بود که «علی الید» هم بر حکم تکلیفی دلالت دارد و هم بر حکم وضعی؛ و این مطلبی که از محقق اصفهانی رحمه الله نقل شد، گویای همین مطلب است.

در پاسخ گفته می شود که در اینجا نمی گوئیم حدیث «علی الید» به دلالت مطابقی بر هر دو حکم وضعی و تکلیفی دلالت دارد، و یا به دلالت مطابقی بر حکم وضعی و به دلالت التزامی بر حکم تکلیفی دلالت دارد - همان گونه که محقق نائینی رحمه الله چنین نظری دارند -؛ لیکن طبق بیان مرحوم اصفهانی قدس سره، حدیث «علی الید» به دلالت مطابقی و التزامی، نه بر حکم وضعی و نه بر حکم تکلیفی دلالت دارد، بلکه «علی الید» دلالت بر عهده دارد و می گوید مال

اخذ شده بر عهده ذی الید است؛ و این عهده است که دارای اثر تکلیفی و وضعی است.

نتیجه فصل اول

بنابراین، بر اساس مطالب ذکر شده به این نتیجه می‌رسیم که «علی الید» به معنای «علی عهده ذی الید» و اعم از حکم وضعی و تکلیفی است، نه مساوی با آن‌ها؛ و در اینجا اصلاً بحث ضمان تعلیقی و تلف مطرح نمی‌شود، بلکه حکم فعلی عهده و تعهد مطرح است که حتی در زمان باقی بودن عین مال، ضمان معنا خواهد داشت. علاوه آن که در این معنا، احتیاجی به تقدیر گرفتن ضمان نیز وجود ندارد؛ و خیال نشود که بالا-خره در این معنا نیز کلمه «عهده» در تقدیر گرفته شد؛ زیرا، در پاسخ خواهیم گفت: عهده معنایی است که لفظ «علی» در آن استعمال شده است.

تا این جا، بحث روایت از جهت فقه الحدیث، به اتمام می‌رسد؛ و معنای حدیث با توجه به احتمالاتی که داده شد، کاملاً روشن گردید.

فصل دوم: حقیقت ضمان

اشاره

بحث دیگری که به نظر، طرح آن لازم می‌نماید، این مطلب است که حقیقت و معنای ضمان چیست؟ هر چند که جایگاه اصلی این مسأله در کتاب البیع و در بحث مقبوض به عقد فاسد است، لکن در اینجا به صورت مختصر به آن می‌پردازیم و تفاسیر مختلفی را که در این زمینه بیان شده است، ذکر می‌کنیم.

اما قبل از ذکر تعابیر مختلفی که در مورد حقیقت ضمان وارد شده، لازم است دو نکته به عنوان مقدمه بیان شود.

۱) تأثیر اختلاف آثار در حقیقت ضمان

فقه‌های گرانقدر امامیه هنگام طرح و بیان مسأله ضمان، آن را در موارد و ابواب مختلفی از فقه همچون ضمان اموال، ضمان اشخاص، ضمان عقود، ضمان معاوضه و... بیان می‌کنند که هر کدام نتیجه‌ای خاص را به دنبال دارد؛ سؤال این است که آیا اختلاف ضمان به حسب موارد و آثار، موجب اختلاف حقیقت ضمان نیز می‌شود؟ آیا معنای ضمان در «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» با

ضمانی که از «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» استفاده می شود، متفاوت است؟

به نظر می رسد همان گونه که محقق اصفهانی و میرزای نائینی رحمهما الله نیز تصریح کرده اند، اختلاف آثار موجب اختلاف در حقیقت ضمان نمی شود؛ بلکه ضمان دارای حقیقت واحدی است که در تمامی موارد جریان دارد.

۲) آیا ضمان دارای معنای شرعی جدیدی است؟

نکته دومی که تذکر به آن لازم می نماید، پاسخ به این سؤال است که آیا برای ضمان در شریعت، معنایی غیر از معنای عرفی و عقلی آن وجود دارد؟

پاسخ این سؤال منفی است. غرض از بررسی حقیقت ضمان این نیست که آیا ضمان دارای حقیقت شرعی و یا متشرّعه ای است، بلکه هدف آن است که بررسی کنیم آیا عقلا بین صور مختلفی که در ابواب گوناگون و در موارد مختلف ضمان مانند باب ید و اتلاف و ضمان عقدی، وارد شده است، فرق می گذارند؛ و یا آن که موارد وارده در شریعت، بر همان معنای معهود در نزد عقلا- حمل می شود؟ نظیر آن چه که در مورد معنای بیع صورت گرفته است که فقها در ابتدای کتاب البیع، تعاریف گوناگونی از بیع بیان و تصریح می کنند که بیع دارای حقیقت شرعی و متشرّعه نیست. این کار آنان برای این است که معلوم شود بیع عندالعقلاء چه معنایی دارد؛ و گرنه نمی خواهند معنایی جدید از بیع ارائه دهند.

در این بحث نیز که تفاسیر مختلف ضمان را بیان می کنیم، بدان جهت است که معنای عقلایی ضمان را مشخص سازیم؛ به علاوه این که آیا می توان تعابیر و روایاتی که در باب ضمان وارد شده است را بر آن معنای عقلایی حمل کرد یا نه؟

بعد از بیان این دو نکته، اکنون تفاسیر متعدّدی که در مورد حقیقت ضمان مطرح شده و عبارت از پنج تفسیر است را بیان می کنیم.

۱ - دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله: تدارک و خسارت شیء مضمون

تفسیر اول در حقیقت ضمان، تفسیر شیخ اعظم انصاری رحمه الله است؛ ایشان در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» در بیان مراد از ضمان می فرماید:

«والمراد بالضمنان فی الجملین: هو کون درک المضمون، علیه، بمعنی کون خسارته ودرکه فی ماله الاصلی، فیذا تلف وقع نقصان فیه؛ لوجوب تدارک منه...»^(۱).

شیخ اعظم رحمه الله می گوید: ضمان عبارت است از این که تدارک و خسارت شیء مضمون بر عهده ضامن است؛ هنگامی که آن شیء تلف می شود، در مال اصلی ضامن نقصان واقع می شود؛ چه آن که ضامن باید از اموالی که متعلق به خودش است، آن مال را تدارک نماید.

۲ - دیدگاه مرحوم علامه رحمه الله: تحقق معاوضه قهریه

تفسیر و بیان دیگری که مرحوم شیخ آن را نقل می کند و علامه رحمه الله در کتاب تحریر^(۲) و مرحوم تستری صاحب مقابس نیز آن را قائل شده اند، این است که ضمان عبارت است از: «أن یتلف المال مملوکاً للضامن»؛ بازگشت این معنا در مورد غضب بدین صورت است که در فرض تلف مال در دست غاصب، معاوضه قهریه محقق می شود؛ به این صورت که مال تلف شده، یک لحظه قبل از تلف در ملک غاصب قرار می گیرد و عوض آن به ملک صاحب مال تلف شده منتقل می شود.

ص: ۷۷

۱- (۱). مرتضی الأنصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۳.

۲- (۲). العلامة الحلی، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، ج ۴، صص ۵۳۰ و ۵۳۱، مسأله الأوانی المکسوره.

شیخ انصاری رحمه الله به این تعریف، دو اشکال می کند؛ اولاً: لازمه این تفسیر آن است که هر مالکی ضامن مال خود باشد؛ چرا که در این صورت نیز «تلف المال مملو کاً له» صدق می کند؛ در حالی که این معنا خلاف فهم عرف است و هیچ گاه گفته نمی شود که: «الانسان ضامن لأمواله»^(۱).

ثانیاً: اشکال دومی که بر تعریف فوق وارد می شود، آن است که تحقق معاوضه قهریه بدون بیع و شراء، از آنجا که بر خلاف قواعد اولیه و ادله ثابت در باب معاملات است، احتیاج به دلیل قوی و محکم دارد؛ مانند بیع العمودین در بحث «لا عتق إلابی ملک»؛ اما در باب ضمان هیچ دلیلی بر معاوضه قهریه نداریم.^(۲)

۳ - دیدگاه محقق نائینی رحمه الله: بودن مال در ذمه

محقق نائینی رحمه الله در بیان معنای ضمان، می فرماید: ضمان دارای دو معناست:

۱ - معنای مصدری، و ۲ - معنای اسم مصدری.

معنای مصدری ضمان در قاعده «الخراج بالضمنان» مطرح می شود و منظور تعهد معاملی است که شارع مقدس آن را امضا فرموده است - «الضمنان المصدری: هو التعهد المعاملی الذی أمضاه الشارع»^(۳) -؛ اما معنای اسم مصدری ضمان در قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» مطرح می شود، و مراد از آن این است که هر کسی که ضامن چیزی هست، منفعت آن هم از

ص: ۷۸

۱- (۱). ر. ک: مرتضی الأنصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۳. عبارت مرحوم شیخ چنین است: «وَأَمَّا مَجْرَدُ كَوْنِ تَلْفِهِ فِي مَلَكِهِ بِحَيْثُ يَتَلَفُ مَمْلُوكًا لَهُ - كَمَا يَتَوَهَّمُ - فَلَيْسَ هَذَا مَعْنَى الضَّمَانِ أَصْلًا، فَلَا يُقَالُ: إِنَّ الْإِنْسَانَ ضَامِنًا لِأَمْوَالِهِ».

۲- (۲). ر. ک: محمد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیة، ج ۱، ص ۱۰۱.

۳- (۳). موسی النجفی الخوانساری، منیه الطالب فی شرح المکاسب، تقریراً لأبحاث المیرزا النائینی، ج ۱، ص ۱۴۳.

برای اوست. -«من كان ضامناً لشيء - سواء كان منشأ الضمان هو الغصب أو غيره - فمفدته له» (۱). - محقق نائینی رحمه الله در ادامه می فرماید:

«وبالجملة: معنى الضمان كون المال فى الذمه، ومن آثار ثبوت المال فى الذمه الغرامه والخساره، لا- أنّ الغرامه معناه الحقيقى» (۲)؛ به طور کلی، ضمان عبارت است از این که مال در ذمه شخص قرار بگیرد؛ غرامت و خسارت هم از آثار ثبوت مال در ذمه است، نه این که غرامت معنای حقیقی ضمان باشد.

قسمت آخر کلام محقق نائینی رحمه الله که می فرماید: «لا- أنّ الغرامه معناه الحقيقى»، در حقیقت، تعریض به تعریف مرحوم شیخ انصاری قدس سره است که فرمود ضمان عبارت است از «درک الشیء على الضامن» و خسارت را به عنوان معنای حقیقی ضمان بیان کرد. میرزای نائینی رحمه الله می گوید خسارت معنای حقیقی ضمان نبوده و بلکه از آثار ضمان است.

نتیجه ای که از کلام مرحوم نائینی گرفته می شود این است که اولاً غرامت، معنای مطابقی ضمان نیست؛ و ثانیاً تصریح نمی کنند که آیا حکم تکلیفی، مثل وجوب ردّ، می تواند از آثار ضمان باشد یا نه؟ و این را مجمل باقی می گذارند.

۴ - قرار گرفتن مال در عهده ی ضامن

اشاره

این تفسیر از کلمات مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی و محقق بروجردی رحمهم الله استفاده می شود. کلمات این بزرگان در بعضی از جهات اختلاف دارند؛ لیکن همه آنها در این جهت مشترک هستند که تصریح دارند حکم تکلیفی از آثار ضمان است. از این رو، لازم است در بیان تفسیر چهارم از حقیقت ضمان، ابتدا نظرات این سه فقیه عالی مقام را ذکر نماییم.

ص: ۷۹

۱- (۱). همان، ص ۱۴۲.

۲- (۲). همان، ص ۲۶۵.

«لا یخفی، أنّ الضمان هو اعتبار خاصّ، یترتّب علیہ آثار تکلیفیاً ووضعیاً، منها لزوم أداء المضمون إلى المضمون له، لو تمکّن منه، وأداء بدله من قيمته أو مثله، لو لم یتمکّن من أدائه، لتلف ونحوه؛ وهو بهذا المعنى لا یکاد یتکون فی مال نفس الضامن، بل فی مال غیره، فلا یتکون فی العقد الصحیح ضمان بمعناه الحقیقی»^(۱).

ایشان بیان می کنند که ضمان یک اعتبار خاص - اعتبار عقلایی و شرعی - است؛ منظور از آن این است که مال بر عهده ضامن قرار می گیرد؛ و این عهده، دارای آثار وضعی و تکلیفی خواهد بود. از جمله این آثار آن است که شخص ضامن باید مال مضمون را به مضمون له (مالک) برگرداند؛ حال اگر عین مال موجود باشد، همان را بازگرداند و اگر موجود نباشد و مثلاً تلف شده باشد، لازم است که مثل یا قیمت آن (بدلش) را به مالک بپردازد.

مرحوم آخوند با این بیان به شیخ انصاری؛ نیز اشکال می کند که در این صورت، ضمان ربطی به مال و اموال ضامن ندارد که گفته شود در مال ضامن نقصان حاصل می شود؛ بلکه بر ضامن لازم است مال مضمون له را بازگرداند و به او بپردازد.

ایشان همچنین با عبارت «فلا یتکون فی العقد الصحیح ضمان بمعناه الحقیقی»، علاوه بر شیخ انصاری رحمه الله به مرحوم نائینی نیز اشکال می کنند که ضمان به معنای حقیقی اش - اعتبار خاصّ - در باب معاوضه و ضمان معاوضی جریان ندارد.

شیخ انصاری و میرازی نائینی رحمهما الله قائل اند که ضمان در باب معاوضه جریان دارد؛ بدین صورت که اگر بایع جنسی را به مشتری بفروشد، در مقابل دریافت

ص: ۸۰

ثمن متعهد می شود که عوض آن (مثن) و مبیع را به مشتری بدهد؛ مشتری نیز تعهد می کند در برابر دریافت مبیع، ثمن (عوض مبیع) را به بایع تحویل دهد؛ مرحوم شیخ انصاری قدس سره نام این «عوض المسمی» را ضمان معاوضی گذاشته اند.

(ب) نظریه محقق اصفهانی رحمه الله

مرحوم اصفهانی در مورد معنای ضمان می فرماید: «ضمان عبارت است از این که یک چیزی ضمن عهده قرار می گیرد و معنای ضمان چیزی جز تضمّن، مضمون و مانند اینها نیست و به همین اعتبار که شیء در ضمن عهده قرار می گیرد بر آن اطلاق ضمان می شود؛ و ضمان به معنای حفظ و رعایت نیست.

ایشان در تقسیم و بیان انواع ضمان می فرماید: (۱) گاه خود شخص می آید و چیزی را در عهده خودش قرار می دهد؛ مانند «عقد ضمان» که ضامن خود می گوید مدیون است و متعهد به پرداخت مضمون عنه می شود؛ و همین طور در مطلق معاوضات چنین ضمانی جریان دارد که هر یک از بایع و مشتری ضامن می شوند که در برابر دریافت ثمن و مثن، بدل آن را به دیگری بدهد.

(۲) و گاه ضمان از طریق جعل شارع و عرف است؛ مانند غرامت های شرعیه (کفّارات) و غرامت های عرفیه که اگر به عنوان مثال، مکلفی روزه خود را بخورد، شارع مقدّس به عهده او کفّاره قرار می دهد و شخص باید کفّاره ای را که شارع مشخص کرده است، پردازد.

محقق اصفهانی رحمه الله در انتهای کلام خود بیان می کنند که در هر دو صورت، ضمان دارای آثار وضعی و تکلیفی است، اما معنای عهده (ضمان) به واسطه اختلاف آثار فرقی نمی کند.

نکته ای را که باید به آن توجه داشت، این است که کلام مرحوم اصفهانی با

مرحوم آخوند خراسانی از یک جهت اشتراک و از جهت دیگر تفاوت دارد؛ هر دو بزرگوار در این جهت که ضمان، هم دارای آثار تکلیفی است و هم آثار وضعی دارد، مشترک هستند؛ ولی در این جهت که مرحوم آخوند بیان می کند چنین معنایی در ضمان معاوضی جریان ندارد، باهم اختلاف دارند. محقق اصفهانی رحمه الله نیز همانند شیخ انصاری و میرزای نائینی رحمهما الله قائل است معنایی که از برای ضمان وجود دارد، در ضمان معاوضی نیز وجود داشته و عقلاً «کون المبیع علی عهده البایع وبالعکس» را اعتبار می کنند.

به نظر می رسد که حقّ نیز در مقابل آخوند خراسانی رحمه الله با ایشان است.

عبارت محقق اصفهانی رحمه الله چنین است:

«والتحقیق: فی معنی الضمان: هو کون الشیء فی ضمن العهده، إذ لیس معنی هذا المادّه إلّما یفیده التضمّن والمضمون وأشباه ذلك؛ ویطلق الضمان علی کون الشیء فی العهده باعتبار کونه فی ضمن العهده، فکأنّ الشخص بعهدته متضمّن له...

وهذا المعنی قد یكون بتسبیب من الشخص، كما فی عقد المضان بأنحائه حتّى ضمان النفس، فإنّ مرجعه إلی تعهد إحصاره، وکما فی مطلق المعاوضات، لتعهد کلّ منها والتزامه بأخذ المال ببدله، ولذا عبّر عنه بضمان المعاوضه...

وقد یكون بجعل من الشارع أو العرف، كما فی التغریمات الشرعیّه والعرفیه، فإنّهما یعتبران المأخوذ أو المتلف فی عهده الشخص.

والعهده فی کلّ مقام لها آثار تکلیفیّه أو وضعیه، ولکنّه لا یختلف معنی العهده باختلافها، فکون الضمان تاره ضمان المعاوضه وأخری ضمان التکفّل وثالثه ضمان الغرامه وهکذا لا یوجب اختلافاً فی معناه...»^(۱).

ص: ۸۲

۱- (۱). محمّد حسین الاصفهانی، حاشیه المکاسب، ج ۱، صص ۳۰۷ و ۳۰۸.

اشاره

نظرات مرحوم آقای بروجردی قدس سره در تقریراتی که از ایشان با عنوان «تقریرات ثلاثه» چاپ شده، در بحث کتاب الغصب آن وجود دارد؛ لکن آن چه که ما در اینجا ذکر می کنیم بر اساس مطالبی است که والد بزرگوار دام ظلّه در کتاب «القواعد الفقهیه» از یکی از مخطوطات مباحث غصب، که با آن چه در تقریرات ثلاثه آمده، تفاوت زیادی دارد، نقل می نماید. نکاتی در این بحث در کلام محقق بروجردی رحمه الله وجود دارد که در کلمات دیگران کمتر دیده می شود.

مطلب اول: آن است که ایشان می فرماید: بین مسأله عهده - که ما از ضمان، به عهده تعبیر می کنیم - و اشتغال ذمه فرق است. شاهدشان نیز آن است که در باب دین، ذمه مدیون و مقترض اشتغال دارد که در زمان معین، دین و قرض خود را پردازد؛ لیکن هیچ فقیهی نمی گوید مقترض یا مدیون ضامن است؛ و از همین جا کشف می شود که بین ذمه و عهده از نظر فقهی تغایر است، هرچند که در لغت بین آن ها فرقی نگذارند.

فرق ذمه و عهده باید در این باشد که ذمه یک عنوان کلی داشته و به امری کلی تعلق پیدا می کند، اما عهده در اغلب موارد به امر جزئی خارجی تعلق پیدا می کند. مثلاً در باب دین، زمانی که زید از عمرو چیزی را قرض می گیرد، ذمه اش به عنوان کلی دین مشغول می شود؛ ایشان ذمه را به ظرف ذهن تشبیه کرده و می فرماید: همان گونه که ذهن جایگاه و ظرف برای مفاهیم کلی است، ذمه نیز جایگاهی است که به امور کلی اشتغال پیدا می کند، برخلاف عهده که به شیء موجود معین خارجی - چه در اموال و چه در اشخاص - متعلق می شود؛

هنگامی که گفته می شود ذمه زید بر فلان مال تعلق گرفته است، یعنی آن مال معین خارجی بوصف کونه فی الخارج، متعلق از برای عهده قرار می گیرد؛ و یا در باب کفالت، مثلاً عهده زید مشغول به عمرو می شود و زید کفیل او محسوب می گردد. بنابراین، در اغلب موارد، عهده به یک امر معین خارجی تعلق پیدا می کند و معنای ضمان نیز همین مطلب است و در فارسی به آن «عهده داری» می گویند که ترجمه دقیق فقهی ضمان است.

مطلب دوم: آن است که بر چنین ضمانی که حکم وضعی اعتباری است، دو حکم تکلیفی مترتب می شود: یکی آن که مال تا زمانی که وجود دارد و باقی است، واجب است که به مالکش بازگردانده شود؛ و دیگر آن که اگر مال تلف شد، بر ضامن است که بدل آن - مثل یا قیمتش - را به مالک بدهد.

البته باید توجه داشت که این دو حکم تکلیفی مجموعاً خصوصیت دارد و نمی توان این دو را از هم تفکیک کرد؛ و در صورتی که اگر یکی باشد بدون دیگری، ضمانی وجود نخواهد داشت؛ مانند باب امانت که بر امین واجب است مال امانی را به مالکش بازگرداند، لکن هیچ گاه گفته نمی شود که امین ضامن است؛ زیرا، امین در فرض تلف مال - البته بدون تعدی و تفریط - لازم نیست که چیزی را به مالک بدهد و ذمه او بری است. بنابراین، ضمان در صورتی معنا دارد که دو حکم تکلیفی فوق هر دو باهم باشد؛ یعنی: «إذا كان العين موجودة يجب ردّها وإذا كانت تالفه يجب ردّها بدلها».

ایشان ضمان را به باب اباحه و ملکیت تشبیه می کند و می فرماید: این که باید هر دو حکم با هم باشد، مانند باب اباحه و ملکیت است؛ بدین معنا که اگر مالی برای انسان مباح باشد، جواز تصرف دارد، لکن هر جواز تصرفی دالّ بر ملکیت نیست؛ چه آن که ملکیت - که یک حکم وضعی است - در مواردی است که چند حکم تکلیفی وجود داشته باشد؛ یکی از آن احکام، «جواز تصرف» است؛ و علاوه بر این، باید دو حکم دیگر «انتقال المال إلى الوارث حين الموت» و «تعلق الخمس بالمال» نیز وجود داشته باشد تا ملکیت محقق شود؛ و به عبارت دیگر، در مواردی که این احکام تکلیفی سه گانه موجود

است، ملکیت هم وجود دارد. در مورد ضمان نیز همین طور است و باید هر دو حکم «وجوب ردّ العین» و «وجوب ردّ بدلها» باهم باشند تا ضمان محقق شود.

مطلب سوم: محقق بروجردی رحمه الله در ادامه به یک اشکال پاسخ داده و می گوید: با این بیان، می توان قضیه حملیه در حدیث «علی الید» را تصویر نمود. اشکال این است که در علم اصول، بزرگانی مانند مرحوم آخوند خراسانی، مرحوم محقق اصفهانی، خود مرحوم محقق بروجردی و والد بزرگوار، مطرح می کنند ملاک حمل در باب قضایا، اتحاد و هوهویت است؛ در حدیث «علی الید» که گفته می شود «ما أخذت» مبتدای مؤخر و «علی الید» خبر مقدم است و مشهور علما از این حدیث، حکم وضعی ضمان را فهمیده اند، اشکال می شود که «مأخوذ» که همان «ما أخذت» می باشد، عین خارجی است، اما «علی الید» به معنای عهده بوده و امری اعتباری است، نه خارجی؛ در اینجا چگونه تشکیل قضیه را تصویر می کنید؟ اینجا که بین موضوع و محمول، اتحاد و هوهویت نیست؟ به عبارت دیگر، این شیء خارجی به وصف خارجیت، چگونه می تواند بر عهده قرار بگیرد؟

مرحوم آقای بروجردی رحمه الله در جواب از اشکال می فرماید: ما نمی خواهیم بگوئیم شیء خارجی به وصف خارجیتش در عهده قرار می گیرد، بلکه می گوئیم چنین شیئی متعلق یک امر اعتباری هم قرار می گیرد؛ هنگامی که چیزی اعتبار می شود، گاه متعلق آن یک امر ذهنی است و گاه آن متعلق امری خارجی است؛ درست همانند موردی که گفته می شود فلان شیء مال زید است؛ در اینجا هیچ تغییر و تغییری در عالم خارج بوجود نمی آید، بلکه آن شیء متعلق یک امر اعتباری قرار می گیرد. و از همین جا ملاک حمل در قضیه حملیه که مسأله اتحاد و هوهویت است، درست می شود.

مطلب چهارم: ایشان به این نکته می پردازند که گاه ضمان به یک امر کلی

متعلق می شود و این در باب عقدالضمان است که ضامن عهده دار ذمه مدیون - که یک امر کلی است - می شود. و از اینجا به اختلافی که در عقدالضمان بین مذهب امامیه و اهل سنت وجود دارد، اشاره می فرمایند که بر اساس مذهب امامیه، ضمان به معنای نقل ذمه است؛ بدین معنا که وقتی ضامن، دین مدیون را پذیرفت، دین که بر عهده مدیون قرار داشت، به ذمه ضامن انتقال پیدا می کند و این هم به جهت وجود روایات خاصی است که در این زمینه از اهل بیت علیهم السلام رسیده است.

لیکن چنین معنایی مخالف با بنای عقلاست. متعارف در میان عقلا این است که اگر شخصی ضامن دیگری شود، ذمه مدیون از اشتغال خالی نمی شود؛ و از سوی دیگر، علمای اهل سنت نیز چون روایات وارده از اهل بیت علیهم السلام را قبول ندارند، ضمان را به همان معنای متعارف در بین عقلا تفسیر کرده و می گویند: «الضمان عبارة عن ضمّ ذمه إلى ذمه اخرى». در این صورت، به صرف اشتغال ذمه ضامن، ذمه مدیون بری نمی شود؛ بر خلاف مذهب امامیه که ذمه مدیون بری می شود.

محقق بروجردی رحمه الله در ادامه می فرماید: در اینجا که ضامن عهده دار ذمه مدیون می شود، ضمان به یک امر کلی - دین - تعلق پیدا کرده است و بنابراین، متعلق آن امر جزئی نیست. - البته به این نکته باید توجه داشت که «دین» گرچه امر کلی است، ولی دینی که در خصوص ذمه مدیون متعین است، جزئی می شود؛ مثل آن که مفهوم کلی انسان در ذهن تصوّر می شود، ولی آن مفهوم کلی که ذهن انسان در آن زمان تصوّر می کند، جزئی می شود. - در این صورت، جمع بین عهده و اشتغال ذمه می شود؛ از یک طرف عهده است که به خصوص ذمه یک فرد چون متعلق شده است، جزئی گردیده است؛ و از دیگر سو، اشتغال ذمه ضامن به دین تعلق پیدا کرده که یک عنوان کلی دارد.

مطلب پنجم: آخرین مطلبی که مرحوم آقای بروجردی قدس سره ذکر می کند، این است که مطابق بیان ما و تعریفی که از ضمان ارائه کردیم، چنین معنایی در باب معاوضات - ضمان معاوضی - وجود ندارد. بدین صورت که تعلق ضمان به امر کلی فقط در باب عقد الضمان محقق است؛ حال در موردی که بیع به یک امر کلی تعلق پیدا کرده است، قبل از تحقق بیع اشتغال ذمه ای وجود ندارد، هنگامی هم که بیع محقق می شود، ذمه بایع مشغول می شود به این که مبیع را به مشتری تحویل دهد و ذمه مشتری مشغول می شود که ثمن را به بایع دهد، و زائد بر این، چیزی به نام ضمان نداریم که گفته شود بایع و یا مشتری ضامن است. بنابراین، «لامعنی للضمان فی ضمان المعاوضات» که مرحوم شیخ و دیگران بر آن اصرار دارند. (۱)

ص: ۸۷

۱- (۱). بیان مرحوم آقای بروجردی بر اساس آن چه که در کتاب «القواعد الفقهیه» آمده، چنین است: «أنَّ بحث الضمان یغایر بحث اشتغال الذمه، فالضمان أمر والاشتغال أمر آخر؛ والدلیل علیه: أنَّ المدیون ذمته مشغوله للدائن، مع أنه لا یقال: إنه ضامن له، فالمقترض مع اشتغال ذمته للمقرض لا یكون ضامناً له والسرّ فیهِ: أنَّ اشتغال الذمه لا بدّ وأن یكون بأمر کلی وهو المثل أو القیمه، فالذمه تكون بمنزله الذهن الذی توجد فیها الماهیه، فالماهیه کلیه تشخص بوجودها فی الذهن، فالموجود فیهِ أمر کلی، وهكذا الذمه، فإنَّ اشتغالها إنّما هو بأمر کلی. وأما العهده فهی متعلقه بالموجود فی الخارج مع وصف وجوده فی الخارج، فالعین المأخوذه فی الحدیث قد تعلقت بنفسها العهده، ویعبّرون عن العهده والضمان فی الفارسیه ب «عهده داری»، كما فی الکفاله التّی هی التّعهد بالإضافه إلى إنسان خاصّ وشخص معین، ویتربّ علی هذا الضمان الذی هو حکم وضعی اعتباری حکمان تکلیفیان: أحدهما: وجوب ردّ العین مادامت باقیه؛ ثانيهما: وجوب ردّ بدلها - مثلاً أو قیمه - بعد تلفها وانعدامها، ومجموع هذین الحکمین لا یكون فی غیر مورد الضمان. وعلیه: فلا مجال للتفکیک بینهما وجعل وجوب ردّ العین مع بقائها فی مورد غیر الضمان أيضاً کالأمانه - حیث یجب علی الأمين ردّها إلى صاحبها - دلیلاً علی عدم ثبوت الضمان مع بقاء العین، فإنّ اللّازم - كما عرفت - ملاحظه مجموع الحکمین، ألا ترى أنّ جواز التصرف فی مورد الإباحه لا یكون دلیلاً علی عدم ثبوت المملکیه التّی یتربّ علیها جواز التصرف أيضاً؛ فإنّ امتیاز المملکیه إنّما هو بمجموع الآثار التّی لا یوجد فی غیرها، فإنّ منها الانتقال إلى الوارث بعد الموت، وتعلق مثل الخمس ببعض موارد، وشبههما ممّا لا یوجد فی غیرها حتّى الإباحه المطلقه التّی یجوز معها التصرف مطلقاً حتّى التصرفات الناقله. وبالجمله: فما یتربّ علی الضمان مجموع الحکمین الذی لا یكون فی غیر مورد الضمان أصلاً. وعلیه: فالاتّحاد و الهو هو یه المعبره فی القضیه الحملیه فی قوله: «ما أخذت الید علیها» إنّما هو باعتبار کون الموجود الخارجی نفس ما تعلق به هذا الأمر الاعتباری الذی هو الضمان، فلم یتحقّق اتّحاد الأمر الخارجی مع الأمر الاعتباری، بل الاتّحاد بین الأمر الخارجی و بین کونه متعلقاً للأمر الاعتباری.... ثمّ إنه قد یعلق الضمان بالکلی الذی له موطن آخر غیر ذمه الضامن، وأثره حیثنذ جواز مطالبه المضمون له من الضامن بذلک الکلی إن لم یقدر علی استیفاءه وأخذه من المضمون عنه «المدیون» ولیس أثره عند العقلاء والعرف مجرد اشتغال ذمه الضامن للمضمون، ولكن استقرّ مذهب الإمامیه فی کتاب «الضمان» علی أنّ المراد به هناك هو انتقال الذمه وتحقق الاشتغال للضامن فی ظرف خاصّ، ومنشؤه دلاله الأدله الخاصه والروایات المعبره علیه، وعلیه: فما هو مذهبنا فی باب الضمان مخالف لما هو مقتضاه بنظر العقلاء. أمّا فقهاء العامه، فحیث لا یرون اعتباراً للروایات التّی اشیر إليها، فلا محاله ذهبوا إلى أنّ المراد بالضمان فی کتاب الضمان هو ما علیه العقلاء، فقالوا: إنه عباره عن ضمّ ذمه إلى ذمه اخرى.... ثمّ إنّ الظاهر عدم تحقق الضمان بمعنی الذی ذکرناه فی العقد الصحیح، خلافاً للشیخ الأعظم قدس سره... وخلافاً

للمحقّق الإصفهاني قدس سره». ر. ك: محمّد الفاضل اللنكراني، القواعد الفقيهيه، ج ١، صص ١٠١-١٠٤.

گویا کسی به محقق بروجردی رحمه الله اشکال می کند که اگر شما ضمان معاوضی را قبول ندارید، در مورد قاعده «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» که می گوید در آن عقدی که در صحیحش ضمان است در فاسدش نیز ضمان است، چه می گوئید؟ آیا به جز ضمان معاوضی چیز دیگری در اینجا وجود دارد؟

ایشان در جواب می فرماید: اولاً: این قاعده اصلی ندارد؛ نه آیه و روایتی بر آن دلالت دارد و نه معقد اجماع است؛ لذا، اکثر محشّین مکاسب بر مرحوم شیخ اشکال کرده اند این قاعده که متّخذ از آیات و روایات نیست، چرا در مفردات آن بحث می کنید؟ و ثانیاً: اگر ضمان معاوضی را بپذیریم، در صورتی که مالی از غیر طریق معاوضه - مثلاً ارث - به شخصی منتقل شود، باید بگوئیم

که در اینجا ضمانی نیست؛ چرا که معاوضه ای وجود نداشته است؛ و حال آن که چنین تفصیلی صحیح نیست؛ و اگر کسی ضمان معاوضی را بپذیرد، باید چنین تفصیلی را قائل شود که در موردی که مالی از غیر طریق معاوضه منتقل شود، باید ضمانی وجود نداشته باشد؛ و اگر مالی از طریق بیع و مانند آن منتقل شود، باید گفته شود که گیرنده ضامن است؛ و حال آن که چنین تفصیلی بر خلاف بنای عقلا است.

عبارت محقق بروجردی رحمه الله چنین است:

«ولکن الظاهر عدم إطلاقه بنحو الحقیقه فی المعاوضات الصحیحه وإطلاقه علیها فی قاعده «ما یضمن» لا دلاله له علی ذلك؛ لعدم کون القاعده بالعبارہ المعروفه ممّا دلّ علیه آیه أو روایه أو اجماع، ولذا اعترض أكثر محشّی مکاسب علی الشیخ الأعظم قدس سره بلحاظ جعل البحث فی مفردات القاعده مهمّاً، نظراً إلی ما ذکرنا...»

هذا مضافاً إلی أنّ لازم ذلك التفصیل فی أموال المالك من جهة إطلاق الضمان، فإن كان منتقلاً إلیه بالإرث ونحوه لایقال: إنّه ضامن له، وإن كان منتقلاً إلیه بالبیع ونحوه من المعاوضات یقال:

هو ضامن له، مع أنّ التفصیل بهذا النحو خلاف ما علیه العقلاء، كما لا یخفی»^(۱).

نتیجه آن که ایشان، مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی در این جهت مشترک هستند که در هر موردی که ضمان باشد، هم حکم وضعی وجود دارد و هم حکم تکلیفی؛ لیکن مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی از ابتدا معتقد بودند که ضمان به معنای عهده است، ولی عهده به معنای حکم وضعی نیست؛ بلکه عنوانی است که یا قدر جامع بین حکم تکلیفی و وضعی است و یا اگر نتوانیم

ص: ۸۹

۱- (۱). به نقل از: محمد الفاضل اللکرانی، القواعد الفقهیّه، ج ۱، صص ۱۰۴ و ۱۰۵.

قدر جامع درست کنیم(۱) باید بپذیریم که شارع عهده را اعتبار نموده و سپس دو اعتبار دیگر بر آن مترتب نموده، یکی اعتبار حکم تکلیفی و دوّم، اعتبار حکم وضعی؛ اما مرحوم بروجردی قدس سره معتقد است که حکم وضعی ضمان موضوع برای دو حکم تکلیفی است.

اشکالات نظریّه محقق بروجردی رحمه الله

به نظر، بر سخن مرحوم محقق بروجردی «أعلى الله مقامه الشريف» با این که نکات دقیق و بدیعی در آن وجود دارد، و والد محقق و بزرگوار ما در کتاب «القواعد الفقهیه» آن را پذیرفته و به شدت مورد اعتنا قرار داده اند، اما با این وصف، مناقشاتی بر آن وارد است.

اول: باید گفت عقلا در باب دیون و ضمانات دو اعتبار ندارند؛ چنین نیست که عنوانی را به نام ذمه و عنوان دیگری را به نام عهده اعتبار کنند. بنابراین، آن چه که ایشان معتقدند مبنی بر آن که عقلا در باب دیون، وجود ذمه و در باب ضمان وجود عهده را اعتبار می کنند، صحیح نیست.

البته «عهده» یک عنوان عامی است که گاه به امر جزئی و گاه به امر کلی تعلق پیدا می کند؛ نه آن که «عهده» مساوی با ضمان باشد. در صورتی که عهده به یک امر جزئی خارجی تعلق گیرد، نتیجه اش ضمان می شود؛ و در صورتی که به امر کلی متعلق شود، اشتغال عهده و اشتغال ذمه خواهد بود. به عبارت دیگر، ذمه از مصادیق عهده می شود و نه مابین با آن.

دوّم: محقق بروجردی رحمه الله فرمودند: گاه عهده به یک امر کلی متعلق می شود

ص: ۹۰

۱- (۱). در این که آیا بین حکم تکلیفی و حکم وضعی قدر جامع وجود دارد یا خیر؟ بین علما اختلاف است؛ برخی مانند مرحوم سیّد یزدی قدس سره در حاشیه مکاسب در رابطه با مراد از آیه شریفه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» فرموده اند: حلیت در این آیه شریفه برای قدر جامع بین دو حکم است؛ در حالی که جمع دیگری از علما، از جمله مرحوم محقق نائینی معتقدند که بین این دو حکم قدر جامعی تصوّر نمی شود.

و آن امر کلی را به عقد الضمان منحصر کردند. به نظر می رسد که این مطلب اختصاصی به عقد الضمان نداشته و در تمامی معاوضات چنین معنایی وجود دارد؛ و اساساً عقد به معنای عهده است و «أوفوا بالعقود» را به «أوفوا بالعهود» تفسیر می کنند؛ عقدی وجود ندارد که در آن عهده و تعهد نباشد؛ بایع عهده دار شده که یک مبیع کلی را تحصیل کند و در اختیار مشتری قرار دهد.

با توجه به این نکته، معلوم می شود آن چه مرحوم شیخ انصاری قدس سره در مکاسب به عنوان ضمان معاوضی بیان کرده و برخی از محشّین مکاسب مثل مرحوم آخوند و مرحوم اصفهانی نیز آن را قبول دارند، مطلب صحیحی است؛ و در معاوضات کلیه می توان گفت ذمه به مبیع کلی اشتغال پیدا می کند، و ضمان در این موارد معنا دارد و یک امر عقلایی است.

سوم: همان گونه که بیان شد، محقق بروجردی رحمه الله عهده را مساوی با ضمان گرفته اند، در حالی که عهده معنا و عنوان عامی داشته، امری اعتباری بوده و در میان عقلا، هم اثر ضمان بر آن مترتب می شود و هم آثار دیگر، و از جمله اثر تکلیفی بر آن بار می شود.

چهارم: این که ایشان می فرماید عقلا ضمان را موضوع دو حکم تکلیفی قرار داده اند، قابل قبول نیست؛ چرا که عقلا مسأله عهده را مطرح می کنند و بر آن آثاری مترتب می شود؛ از آثار وضعیه به ضمان تعبیر می شود؛ و علاوه بر این آثار، عهده دارای آثار تکلیفیه نیز هست. بنابراین، این که عقلا خود ضمان را موضوع برای دو حکم تکلیفی قرار دهند، در نزد عقلا معهود و شناخته شده نیست.

۵ - دیدگاه امام خمینی رحمه الله: قرار گرفتن عین مال بر عهده ی آخذ

اشاره

مرحوم امام بحث مفصّلی را در مورد معنا و حقیقت ضمان در «کتاب البیع» مطرح می کنند؛ ایشان می فرماید: ما یک دلیل عقلی یا نقلی نداریم که بیان کند کیفیت ضمان در همه موارد و در ابواب مختلف - باب ید، باب اتلاف و سایر ضمانات -

باید به صورت یکسان و واحد باشد؛ در نتیجه، لازم است که ظاهر ادله مورد بررسی و دقت قرار گیرد تا معلوم شود که از آن ها چه چیزی استفاده می شود.

ایشان می گویند: از روایاتی که دلالت بر ضمان در موارد ید، اتلاف و سایر ابواب ضمانات می کند، استفاده می کنیم که خود «عین مال» بر عهده آخذ قرار می گیرد؛ به عنوان مثال: در باب ید که گفته می شود «علی الید ما أخذت حتی تؤدیة» منظور از «ما أخذت» - [همان گونه که بارها گفته شده است] - «عین خارجی» است؛ یعنی خود «عین» بر عهده است؛ و همین طور حدیث «من ألتف مال الغیر فهو له ضامن» که ضمان نسبت به خود مال است. بعد در ادامه می فرمایند: این ظهور با یک اشکال مهم عقلی مواجه است و از نظر عقل و عقلا نمی توان به آن ملتزم شد؛ زیرا، در صورتی که مال مأخوذ تلف شود، دیگر مالی وجود ندارد که به مالکش بازگردانده شود؛ مشهور می گویند در فرض تلف، پرداخت بدل - مثل و یا قیمت مال - به منزله پرداخت خود مال است و با این توجیه از اشکال پاسخ می دهند.

مرحوم امام در نقد سخن مشهور که می گویند «عین مال» بر عهده می آید، می فرماید: چهار احتمال در این نظر وجود دارد که هر چهار مورد باطل است.

احتمال اول این است که مال به قید «وجوده خارجی» بر عهده شخص قرار می گیرد؛ اشکال این احتمال آن است که پس از تلف شدن مال دیگر وجود خارجی ندارد که بر عهده شخص قرار گیرد؛ در این مورد، ضمان به چه صورت می شود؟ نتیجه آن که باید بگوییم: «فلا بدّ أن یسقط ضمانه بتلفه».

احتمال دومی که وجود دارد، این است که گفته شود: مراد از «ما أخذت»، ماهیت معرّات و خالی و بدون وجود است. اشکال این احتمال نیز آن است که در عالم خارج، اخذ بر وجود خارجی مال صورت گرفته است و نه بر ماهیت آن؛ و مقصود از «ید» بر شیئی آن است که بر وجود آن مال دست پیدا می کند و

به همین دلیل، احتمال دوّم نیز باطل است.

احتمال سوم آن که گفته شود چیزی که بر عهده قرار می گیرد، واقع خارجی و موجود است، ولی نه به قید «وجوده خارجی». اشکالی که بر این احتمال وارد می شود، این است که دست پیدا کردن بر واقع بدون وجود خارجی امکان پذیر نیست؛ به عبارت دیگر، در حقیقت بر همان وجود خارجی است که شخص دست می یابد.

احتمال چهارم نیز این است که «يعتبر الوجود الخارجى باقیاً»؛ به این معنا که درست است که وجود خارجی مال بعد از تلف از بین می رود و نابود می شود، ولی عقلاً آن را در حکم موجود می گیرند؛ یعنی مانند این است که مال در خارج وجود دارد و بقای آن را اعتبار می کنند. اولین اشکالی که بر این احتمال وارد می شود، این است که انسان بر وجود خارجی حقیقی و واقعی مال دست پیدا می کند و نه بر وجود خارجی اعتباری؛ و ثانیاً: حمل چنین معنایی بر خلاف ظاهر حدیث است؛ ظاهر روایت این است که مضمون عبارت از همان مأخوذ و مال موجود خارجی است و نه اعم از آن - «أَنَّ الْمَضْمُونِ مَا هُوَ الْمَوْجُودُ خَارِجًا، لَا الْأَعْمَ مِنْهُ وَمِنَ الْمَعْدُومِ الَّذِي يُعْتَبَرُ مَوْجُودًا بَاقِيًا» (۱) -.

با باطل بودن هر چهار احتمال، معلوم می گردد که یک وجه معقول و مقبولی برای کلام فقها در این مورد وجود ندارد؛ چرا که غیر از این چهار احتمال، احتمال دیگری نیز وجود ندارد - «فلا وجه معقول مقبول عرفاً وعقلاً لما أفيد» (۲) -.

از این رو، مرحوم امام خمینی قدس سره برای ضمان معنای جدیدی ذکر نموده و می فرماید:

«والتحقيق أن يقال: إنَّ الضمان المعهود المغروس في أذهان

ص: ۹۳

۱- (۱). الإمام الخميني، كتاب البيع، ج ۱، ص ۳۸۰.

۲- (۲). همان، صص ۳۷۹ و ۳۸۰.

العقلاء، هو عهده الغرامه والخساره، ففي المثلى بالمثل، وفي القيمي بالقيمه يوم الإلتلاف، وإن ضمان العين بمعنى أن نفس العين على عهده الضامن في المثليات والقيميّات، خلاف المتعارف والمعهود عندهم، وفي مثله لا بدّ من ورود دليل صريح مخالف لبنائهم وديدنهم، كما في ديه الكلب التي وردت فيها روايات صريحه معتبره...

وهذا أقرب بنظر القاصر عجالتاً، وإن خالف ما مرّ منّا إلى الآن، «يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَ يَثْبُتُ...» (١) (٢).

ایشان می گویند: ضمان عبارت است از این که خسارت مال بر عهده قرار می گیرد و نه خود عین مال؛ و این معنا در میان عقلا مشهور و معروف است که باید خسارت مال به مالکش پرداخت شود؛ بنابراین، در صورت باقی بودن خود آن مال، همان به مالکش بازگردانده می شود، و در صورت تلف نیز بدل آن - مثل و یا قیمت مال - به مالک پرداخت می شود؛ و عقلا هیچ گاه نمی گویند که خود عین بر عهده آخذ و ضامن است.

بطور کلی شارع مقدّس نیز مطابق با فهم و نظر عقلا رفتار، و حکم شرعی صادر می کند؛ و اگر در موردی نیز بخواهد با روش معهود در میان عقلا مخالفت کند، لازم است که یک دلیل صریح و روشنی در آن زمینه بیان نماید؛ مانند مسأله ديه سگ که روايات روشن و معتبري بر آن دلالت دارد. (٣)

مرحوم امام در ادامه بیان می کنند که غایت ذکر شده در روایت - «حتی

ص: ٩٤

١- (١). سوره رعد، آیه ٣٩.

٢- (٢). الإمام الخميني، كتاب البيع، ج ١، ص ٥٠٦.

٣- (٣). استاد محترم در بحث های علم اصول فقه بیان نموده اند که در مواردی که شارع مقدّس بخواهد با یک سیره رایج عقلایی مخالفت نماید، نمی تواند به یک اطلاق، یا عموم و یا دلیلی که دلالت صریحی ندارد، اکتفا کند؛ بلکه باید با بیان صریح و واضح و یا حتی به صورت مکرّر، مخالفت خود را ابراز نماید؛ نظیر آن چه که در مخالفت با «ربا» صادر شده است.

تؤدیه» - فقط مربوط به صورت بقای عین مال در نزد آخذ است و دیگر صورت تلف را شامل نمی شود؛ بر خلاف مشهور علما که می گویند غایت مذکور در حدیث «علی الید» هم شامل صورت بقا و هم شامل صورت تلف عین مال می شود. ایشان می گویند: در فرض تلف، باید بگوئیم بر عهده آخذ و ضامن، خسارت مال می آید و دیگر اداء، ادای عین مال نیست، بلکه مثل و یا قیمت آن را به مالک می دهد؛ مانند این که فردی به دیگری بگوید: «ألق مالک فی البحر وعلی ضمانه» - مالت را در دریا بینداز و من ضامن آن خواهم بود - که در این مثال نیز، ضمان به معنای پرداخت خسارت است.

بنابراین، مرحوم امام قدس سره بر خلاف سایر فقها و بزرگان، قائل اند که غایت مذکور در روایت، فقط صورت بقای مال را در بر می گیرد و نه صورت تلف را.

ایشان در نهایت، در مورد معنای روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» می فرماید:

«والتحقیق: أن الغایه المذكوره فیه غایه للضمان... فإنّ قوله صلی الله علیه و آله:

«علی الید ما أخذت...» یراد منه أن الآخذ ضامن للمأخوذ؛ بمعنی أنه لو تلف تکنون خسارته علیه، وغایه هذا الأمر التعلیقی أی عهده الخساره علی فرض التلف، هو أداء نفس العین لیس إلماً، فلو استولی أحد علی مال غیره یكون ضامناً؛ أی علی عهده خسارته، ما لم یصل المال إلی صاحبه وإن خرج عن استیلاء المستولی، وقع تحت استیلاء غیره أم لا.

وهذا هو الظاهر من حدیث الید، الموافق لبناء العقلاء فی باب الضمان...»^(۱).

می فرماید: ضمان مال مأخوذ در صورتی که تلف می شود، بدین صورت

ص: ۹۵

است که شخص آخذ می بایست خسارت مال را بپردازد و این معنایی است که با روش عقلا نیز سازگاری داشته و هم چنین مضمون روایات باب ضمان موافق با آن است.

بر اساس این فرمایش امام رحمه الله دیگر چیزی به نام حکم تکلیفی - وجوب الحفظ یا وجوب الرد - نداریم و فقط یک معنا از ضمان استفاده می شود و آن عبارت است از «عهدہ الخسارہ».

اشکالات دیدگاه امام خمینی رحمه الله

به نظر می رسد نسبت به این سخن مرحوم امام قدس سره مناقشاتی وجود دارد:

۱ - اولین اشکال در مورد اصل سخن ایشان است که فرمود: نمی توانیم ضمان را نسبت به خود عین مال موجود خارجی تصویر کنیم و سخن مشهور نیز مقبول و معقول نیست.

اشکال این است که از میان چهار احتمالی که ایشان در مورد وجود ضمان در عین مال مطرح کردند، احتمال چهارم صحیح و قابل اخذ است. عقلا و شارع مقدس در صورتی که شخص بر مال دیگری دست پیدا می کند، آن را بر عهده فرد اعتبار می کنند؛ در اینجا گفته نمی شود که خود موجود خارجی بر عهده می آید؛ چرا که - همان طور که بیان شد - عهده یک امر اعتباری است و نمی شود که موجود خارجی متعلق آن شود.

مرحوم امام قدس سره در اشکال اولشان بر احتمال چهارم گفتند: آن چه که آخذ بر آن دست یافته، مال موجود خارجی و حقیقی است، ولی آن چه که بر عهده می آید، موجود خارجی اعتباری است و بین این دو مغایرت است.

پاسخی که از اشکال ایشان داده می شود، این است که هیچ تنافی و تعارضی بین این دو نیست؛ همان گونه که در سایر موارد نیز گاه یک امر خارجی منشأ چندین حکم اعتباری می گردد؛ و اساساً موضوع باید یک امر خارجی باشد تا

احکام اعتباری بر آن مترتب شود.

محقق بجنوردی رحمه الله نیز نظیر این مطلب را بیان داشته و می گوید: هنگامی که شخصی بر مالی به صورت غصبی یا بدون اذن مالک و یا بدون اذن شارع مقدس ید پیدا کند، عقلاً و شارع در اینجا آن مال را بر ذمه آخذ اعتبار می کنند:

«فمعنی کون المأخوذ فی ذمه الآخذ وفي عهده هو أن الهيئة الموجودة فی الخارج إن وقعت تحت الید غصباً أو بدون إذن المالك أو الشارع يعتبرها الشارع أو العقلاء أو كلاهما فی عهده الآخذ»^(۱).

اشکال دوم ایشان نیز این بود که چنین معنا و احتمالی بر خلاف ظاهر حدیث «علی الید» است؛ و بلکه ظاهر حدیث بر این مطلب دلالت دارد که مال مضمون همان وجود خارجی است.

پاسخ این اشکال نیز آن است که چاره ای جز ارتکاب خلاف ظاهر در اینجا نیست؛ هنگامی که امکان ندارد خود مال موجود خارجی - به وصف خارجیت - بر عهده قرار بگیرد، به ناچار باید در اینجا اعتباری صورت پذیرد؛ و این مطلب قرینه ای عقلی و مجوزی برای ارتکاب خلاف ظاهر می شود.

۲ - اشکال دوم بر آن قسمت از سخن ایشان وارد می شود که فرمودند: اساساً عقلاً یک معنای معقولی را برای ضمان عین تا زمانی که باقی است، قائل نیستند.

به ایشان گفته می شود چرا چنین چیزی صحیح نیست و حال آن که اگر فردی بر مال غیر دست پیدا کند، در صورتی که هنوز عین مال تلف نشده باشد و در دست غاصب باقی باشد، اگر از عقلاً سؤال شود که آیا ذمه این شخص مشغول است یا نه؟ خواهند گفت: بله و به صرف دست پیدا کردن بر مال غیر، ذمه و عهده شخص مشغول می شود؛ بدین معنا که مال را بر عهده آن شخص اعتبار می کنند.

ص: ۹۷

۱- (۱). السيد محمد حسن البجنوردی، القواعد الفقهيّة، ج ۴، ص ۵۹.

۳- ایشان در مورد معنا و حقیقت ضمان فرمودند که ضمان یک امر تعلیقی و به معنای «عهده الخساره لو تلفت العین» است؛ بنابراین، به نظر ایشان هنگامی که عین مال در خارج موجود است، چیزی به نام ضمان معنا ندارد؛ به همین جهت استشهاد کردند که در عرف اگر بگویند: «ألق مالک فی البحر و علیّ ضمانه» منظور این است که در صورت تلف شدن آن مال، خسارتش بر عهده من است.

در پاسخ به ایشان گفته می شود: درست است که در برخی موارد ضمان در صورت تلف شدن مال مطرح می شود؛ مانند قاعده اتلاف - «من أتلّف مال الغیر فهو له ضامن» - که اگر شخصی مال دیگری را از بین ببرد، هرچند بر آن دست نیافته باشد، ضامن آن خواهد بود؛ به عنوان مثال: آتشی را بر روی گندم دیگری می اندازد و یا آتشی را از ورای دیوار به خانه ای می اندازد و خانه در آتش می سوزد و... در تمام این موارد شخص ضامن است. بنابراین، بطور کلی در مواردی که اتلاف وجود دارد، معنایی برای ضمان جز پرداخت خسارت وجود ندارد؛ لیکن موارد ضمان منحصر به باب اتلاف نمی شود، بلکه موارد دیگر از جمله «ید» نیز باعث ضمان است و طبق تعریف حضرت امام رحمه الله باید این موارد از سببیت برای ضمان خارج شود که مطلب صحیحی نیست.

۴- اشکال چهارمی که در اینجا وجود دارد و با اشکال سوم مرتبط می باشد، این است که اگر ما باشیم و حدیث «علی الید»، باید یک ضمان فعلی و منجز در اینجا وجود داشته باشد. مطابق معنایی که ذکر کردیم - که نه نیاز به تقدیر داشت و نه مرتکب مجازیت شدیم - مبنی بر آن که «علی» دلالت بر عهده دارد و «ما أخذت» اعتباراً بر عهده ی «ذی الید» می آید؛ و حال آن که طبق معنای امام رحمه الله ضمان، یک ضمان تعلیقی می شود؛ و بر فرض تلف، شخص ضامن می شود.

۵ - اشکال آخر نیز این است که ایشان ضمان را یک حکم وضعی دانستند و دیگر حکم تکلیفی «وجوب الرد» یا «وجوب الحفظ» را استفاده نکردند؛ در حالی که اگر ضمان را به معنای «استقرار در عهده» بدانیم، بر آن، هم حکم وضعی مترتب می شود و هم حکم تکلیفی؛ بنابراین، ضمان دارای یک معنای عامی است.

تعریف برگزیده ضمان

به نظر می رسد، بهترین تعریفی که برای ضمان می توان بیان داشت، تعریف محقق اصفهانی رحمه الله در حاشیه مکاسب است؛ ایشان فرمودند: ضمان عبارت است از «كون الشيء في ضمن العهده»؛ و دارای آثار وضعی و تکلیفی است؛ طبق این تعریف، ضمان شامل «ضمان المال»، «ضمان النفس»، - کفالت - و «ضمان معاوضی» می شود و هیچ یک از اشکالاتی که بر تعاریف دیگر بزرگان وارد شد، بر این تعریف وارد نیست.

گفتار دوم: دیدگاه اهل سنت در مورد ضمان

قبل از آن که بحث از مفردات حدیث «علی الید» را شروع و بیان کنیم، مناسب است که اشاره ای اجمالی به کلمات اهل سنت در مورد معنای ضمان داشته باشیم.

اولین نکته این است که غالب علما و فقهای عامه - حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی - لفظ ضمان و کفالت را به صورت مترادف استعمال می کنند، بر عکس علمای امامیه که ضمان را در مورد اموال به کار می برند و کفالت را در اشخاص استعمال می کنند.

به عنوان مثال، در مورد علمای حنفی آمده است:

«الحنفیة يطلقون كفالة علی ما كان فيه الضمان بموجب العقد، و تشمل كفالة المال و كفالة النفس و... و يطلقون الضمان علی ما هو

أعم. فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد».

علمای حنفیه کفالت را در ضمانی که به سبب عقد است، استعمال می کنند و شامل کفالت مال و کفالت جان آدمی می شود؛ ولی ضمان را برای اعم از این معنا استعمال می کنند و هم شامل مواردی می شود که به سبب عقد، ضمان ناشی شود و هم مواردی که به سببی غیر عقد باشد.

و اما تعاریفی که از برای ضمان ذکر کرده اند، به عنوان مثال عبارت است از:

۱ - حموی در شرح «الاشباه والنظائر» می نویسد: «الضمان عبارة عن ردّ مثل مال هالك أو قيمته...»^(۱)؛ ضمان عبارت است از پرداخت مثل یا قیمت مالی که تلف شده است.

او نیز همانند برخی از علمای شیعه بحث ضمان در صورت بقای عین را مطرح نکرده و فقط ضمان در صورت تلف را بیان می کند.

۲ - شوکانی می گوید: «الضمان عبارة عن غرامه التالف»^(۲)؛ این تعریف، شبیه فرمایش امام خمینی قدس سره است که فرمودند: ضمان به معنای برعهده گرفتن خسارت در صورت تلف است.

۳ - غزالی در «الوجیز» مقداری تعریف را توسعه داده و گفته است: «الضمان هو واجب ردّ الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة عند تلفه»^(۳)؛ وی برای ضمان معنایی ذکر می کند که شامل حکم تکلیفی نیز می شود؛ و آن این که بر شخص لازم است که خود مال را ردّ کند و اگر تلف شد، مثل و یا قیمتش را بپردازد.

۴ - علی الخفیف در کتاب «الضمان فی الفقه الاسلامی» نیز می نویسد:

ص: ۱۰۰

۱- (۱). احمد بن محمد الحنفی الحموی، غمز عیون البصائر شرح کتاب الأشباه والنظائر، ج ۲، ص ۱۵۲.

۲- (۲). محمد بن علی بن محمد الشوکانی، نیل الاوطار من احادیث سید الأخیار (شرح منتقى الاخبار)، ج ۵، ص ۲۹۹.

۳- (۳). محمد بن محمد بن محمد الغزالی، الوجیز فی فقه الامام الشافعی، ج ۱، ص ۲۰۸.

«الضمان بمعناه الأعمّ في لسان الفقهاء هو شغل الذمه بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أداءه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين، إذ هو مطلوب أداءه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد، فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده، يضمّنه بقيمته إذا هلك لبائعه»^(۱)؛ ضمان به معنای اعم در لسان فقها عبارت است از اشتغال ذمه به آن چه که وفای به آن لازم است، مال باشد یا عمل و فعل؛ و هنگامی که شرط ادای آن فعل یا مال محقق شود، در اینجا ادای آن شرعاً لازم است؛ چه آن که مانند «دين حال» باشد و فوراً پرداخت آن لازم باشد و چه مانند «دين مؤجل» و مدت دار باشد که در زمان آینده باید پرداخت شود؛ چرا که مطلوب در اینجا ادای قرض است در صورتی که شرط ادای آن محقق شود؛ و مانند ضمان در عقد فاسد که مبيع در دست مشتری تا زمانی که باقی است، باید عین همان به مالک بازگردانده شود و مشتری ضامن قیمت آن مال خواهد بود، در صورتی که تلف شود.

این عبارت و تعریفی که از برای ضمان ذکر شد، نزدیک ترین عبارت است به تعریفی که ما از برای ضمان بیان کردیم.

تا این جا، بررسی دلالت حدیث «علی الید» از نظر ترکیبی پایان می یابد؛ پس از این، نوبت به بررسی مفردات و الفاظ وارد در حدیث می شویم.

ص: ۱۰۱

۱- (۱). علی الخفیف، الضمان فی الفقه الإسلامی، ج ۴، ص ۵.

فصل اول: مفهوم ید و انواع آن

اشاره

بعد از روشن شدن مفاد ترکیبی و دلالت روایت بر حکم وضعی، بحث بعدی که مطرح می شود، بحث از مفردات حدیث - کلمات «ید»، «أدا» و «ما أخذت» - است.

گفتار اول: معنای کلمه «ید»

اشاره

اولین مطلب این است که منظور از کلمه «ید» چیست؟ آیا مقصود، خصوص ید جارحه است؟

در پاسخ باید گفت: تردیدی نیست که مراد از «ید» خصوص دست موجود در بدن انسان نیست و بلکه اگر کسی مثلاً با پای خود بر مال دیگری تسلط پیدا کند، مشمول حدیث «علی الید» خواهد بود؛ هر چند که از سیاق عبارت حدیث برمی آید که اموال با دست گرفته می شود. به همین جهت، علما و بزرگان گفته اند: مقصود از «ید» در این روایت، استیلا و تسلط بر مال غیر است؛ و هر حکمی که از حدیث «علی الید» استفاده شود، بر این موارد نیز صدق می کند.

از این رو، نسبت بین قبض ید و استیلا، عموم و خصوص من وجه است؛ گاه انسان بر مال غیر استیلا داشته و آن را در اختیار خود دارد، اما قبض به ید ندارد؛ مانند استیلا بر عقارات و حیوانات؛ و گاه قبض ید است و استیلا تحقق ندارد، مثل موردی که مالکی قوی و قدرتمند در کنار مالش هست و شخص دیگری که ضعیف است آن را بردارد، در حالی که هیچ قدرتی برای تصرف در آن مال ندارد؛ مواردی نیز وجود دارد که هم قبض ید است و هم استیلا، مانند موارد غصب که غاصب بر مال غیر هم ید دارد و هم استیلا.

بسیاری از فقها، از جمله صاحب عناوین (۱)، محقق بروجردی رحمهما الله (۲) و والد بزرگوار (۳) «دام ظلّه» فرموده اند: «ید» در این حدیث، کنایه از استیلا است؛ و یا گاه فرموده اند که کنایه از مستولی - کسی که استیلا بر مال پیدا کرده است - می باشد؛ «علی الید» یعنی «علی المستولی» شاهد آن نیز موارد بسیار زیادی است که کلمه «ید» به صورت کنایه از استیلا استعمال شده است؛ از جمله آیه ی شریفه «وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلِعِنَّا بِمَا قَالُوا بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ...» (۴) مقصود یهودی ها از «ید الله» این بوده که خداوند متعال قدرت بر انفاق و توسعه ی رزق و روزی بندگانش را ندارد؛ خداوند نیز در پاسخ به آن ها بیان می دارد که چنین نیست. در این آیه ی شریفه، دو مرتبه کلمه «ید» به خداوند نسبت داده شده است و در هر دو مورد، منظور تسلط، استیلا و قدرت است.

البته در اینجا که خداوند متعال قصد دارد قدرت بیشتری را تفهیم کند،

ص: ۱۰۶

۱- (۱). السید میر عبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۱۸.

۲- (۲). علی پناه الإشتهاردی، تقریرات ثلاثه، تقریراً للأبحاث السید حسین البروجردی، ص ۱۲۷.

۳- (۳). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیة، ج ۱، ص ۱۱۱.

۴- (۴). سوره مائده، آیه ۶۴.

نمی فرماید: «ید الله مبسوطه» و بلکه می فرماید: «بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنفِقُ كَيْفَ يَشَاءُ...».

شمول حدیث «علی الید» نسبت به موارد عدم استیلا

برخی از بزرگان (۱) پس از ذکر این که «ید» در حدیث «علی الید» کنایه از استیلا و تسلط است، می گویند: بنابراین، بحثی نیست در صورتی که ذوالید، استیلا و قدرت بر تصرف نداشته باشد، از شمول این حدیث خارج است. چرا که در این مورد، استیلا و تسلطی وجود ندارد؛ حتی اگر گفته شود که «ید» در معنای اصلی آن - که «دست» است - به کار رفته، متبادر از آن، آن نوع به دست گرفتن است که ذوالید اقتدار و تسلط بر آن داشته باشد؛ خصوصاً پس از ملاحظه «ما أخذت»، زیرا که ظهور در استیلا دارد. و به علاوه، با انضمام عبارت «حتی تؤدی» که ظاهرش این است «ید» قادر به منع و دفع است و جز با استیلا چنین معنایی حاصل نمی گردد. از این رو، گفته اند: در صورتی که کسی لباس دیگری را که در تن صاحبش است با «دست» بگیرد و در همان زمان لباس تلف شود، ضامن نیست. زیرا، این مورد داخل در مصادیق قاعده علی الید که مشروط بر استیلا است، نیست.

به نظر، سخن فوق قابل مناقشه است. این که منظور از «ید» خصوص «ید جارحه» و قبض به آن نیست، صحیح است؛ لیکن باید گفت از کجای حدیث

ص: ۱۰۷

۱- (۱). ر. ک: السید میر عبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۱۹؛ عبارت محقق مراغی رحمه الله چنین است: «أمّا صورة كون القابض غير مسلط، فلا بحث في خروجه عن الید، لأنّ المتبادر منه أنه كناية عن التسلط، ولو كان علی معناه الأصلي أيضاً لكان المتبادر منه القبض بالید علی نحو له اقتدار علیه، سیما بعد ملاحظه قوله: «ما أخذت» فإنّ له ظهوراً فی الاستیلاء، حتی أنّ جماعة ادّعوا ظهوره فی الغضب والعدوان - كما سیأتی - مضافاً إلى ضمّ قوله: «حتی تؤدی» فإنّ الظاهر منه كون الید قادره علی المنع والدفع، ولا يكون ذلك إلا بالاستیلاء، ومن هنا ذكروا عدم الضمان فیما لو قبض بیده ثوباً لبسه صاحبه - ونظائر ذلك - فإنه ليس داخلاً تحت دلیل الید».

«علی الید» تسلط و استیلا استفاده می شود؟

فقها در باب مقبوض به سوم (۱) به حدیث «علی الید» استناد و حکم به ضمان کرده اند؛ در حالی که در این مورد، با حضور صاحب مال، گیرنده، استیلائی بر مال ندارد؛ و بلکه مال تلف شده در اختیار مالک است؛ اما از طرف گیرنده، «ید» وجود دارد.

از این رو، نمی توان گفت در مواردی که «ید» وجود دارد، اَمَّا تَسْلُطٌ وَ اسْتِیْلَائِی نِیْسَتْ، از شمول حدیث «علی الید» خارج است و ضمان نیست. به عبارت دیگر، نمی توان وجود و عدم ضمان را دایره مدار استیلا و عدم آن قرار داد. و اگر کسی بگوید در همین مورد نیز استیلائی نسبی وجود دارد، پاسخش این است که این عنوان همراه با تکلف است و عرف که در این موارد حاکم است، استیلائی نسبی را استیلا نمی داند.

نکته دیگری که تذکر به آن در این زمینه لازم می باشد، این است که علامه حلّی رحمه الله در کتاب «تذکره الأحکام» مسأله ای را مطرح نموده و می فرماید:

«ولو دخل دار غیره أو بستانه لم یضمن بنفس الدخول من غیر استیلاء سواء دخلها بإذنه أو بغير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم یکن» (۲)؛ اگر کسی به منزل یا باغ دیگری داخل شود، بدون استیلا و تسلط بر آن، به صرف دخول ضامن آن نیست؛ چه با اذن صاحبش داخل شده باشد و چه بدون اذن وارد آنجا شده باشد؛ و هم چنین فرق نمی کند که صاحب ملک در آن جا حضور داشته باشد و یا حضور نداشته باشد.

ص: ۱۰۸

۱- (۱). عبارت است از این که فردی جهت خریدن شیئی به مغازه رود و در موقعی که آن را بر می دارد و نگاه می کند، از دستش بیفتد و تلف شود.

۲- (۲). العلامه الحلّی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۷۷، (چاپ حجری).

مرحوم علامه قدس سره در چنین موردی، ضمان را نپذیرفته اند؛ و حال آن که، از سوی دیگر، فقها استیلا در هر موردی را به حسب خودش می دانند؛ به عنوان مثال، استیلائی بر فرش با جلوس بر آن، و استیلائی بر دابه با رکوب (سوار شدن) بر آن است؛ و لازم نیست حتماً دابه و حیوان را بردارد و به طویله ببرد؛ نسبت به عقار نیز استیلائی بر آن را به صرف دخول در آن می دانند. ایشان این مطلب را به صورت مطلق ذکر نموده و قید تملک و یا تصاحب را بیان نکرده اند.

بنابراین، باید دید جمع بین کلمات فقها چگونه است؟ به عبارت دیگر، اگر مقصود از ید را ید جارحه بدانیم، دیگر نیازی به این بحث نخواهد بود؛ و در هر موردی که چنین معنایی صدق کند، ضمان وجود دارد؛ لیکن، اکنون که ید را به «استیلا و تسلط» تفسیر می کنیم، باید بررسی کرده و جمع بین کلمات فقها را روشن نماییم. در پاسخ بیان می کنیم که مراد از استیلا، همان استیلائی عرفی است؛ و مرحوم علامه مجرّد داخل شدن در زمین غیر را استیلا نمی دانند.

از مطلبی که گذشت، اشکال دیگری بر محقق مراغی رحمه الله وارد می شود، و آن این که مراد از استیلا، استیلائی عرفی است؛ و چرا شما دایره استیلا را به این اندازه وسیع نموده اید و مجرّد رکوب بر دابه را استیلا می دانید و حال آن که، در اینجا استیلائی عرفی صدق نمی کند.

نتیجه آن که، بعد از این دو اشکال، شاید بتوان گفت منظور از «ید» در حدیث «علی الید» تصرّف است و نه استیلا، و بین عنوان تصرّف و عنوان استیلا فرق است؛ از این رو، اگر شخصی در مال غیر تصرّف کند، «علی الید» می گوید ضامن است، چه بر آن مال استیلا داشته باشد و چه استیلائی نباشد. در این صورت، جلوس بر فراش، رکوب دابه، دخول در زمین غیر و مقبوض به سوم، جزء مواردی می شوند که حدیث «علی الید» شامل آن ها نیز می شود. به

عنوان مثال، در مقبوض به سوم، به همان اندازه که شیء را بر می دارد تا نگاه کند، در آن مال از نظر عرف، تصرف کرده است. بنابراین، «ید» را باید کنایه از تصرف بگیریم؛ چرا که عنوان استیلا، مواجه با همین دو اشکالی است که بر مرحوم مراغی قدس سره وارد نمودیم، و این دو اشکال بر عنوان تصرف وارد نمی شود.

دیدگاه محقق بجنوردی رحمه الله در مورد استیلا

نکته دیگری که در مورد استیلا باید تذکر داده شود و در کلمات محقق بجنوردی رحمه الله آمده، این است:

«... فظهر أنّ الید کنایه عن الاستیلاء خارجاً، أو تکویناً، أو عرفاً، أو شرعاً، أو اعتباراً...»^(۱).

ایشان «ید» را کنایه از تمامی موارد استیلا می داند و شاید مقصودشان از استیلائی خارجی و تکوینی، مقبوض به سوم باشد. اما به ایشان عرض می شود که این عمومیت چگونه از حدیث «علی الید» استفاده می شود؟ در اینجا همان گونه که محقق مراغی رحمه الله^(۲) نیز بیان داشته است، باید گفت منظور از استیلا، استیلائی عرفی است و استیلائی شرعی و خارجی نمی تواند مد نظر قرار گیرد.

گفتار دوم: شمول روایت نسبت به ید مأذون و غیر مأذون

اشاره

مطلب بعد در مورد کلمه ی «ید» این مسأله است که آیا «ید» شامل همه انواع و اقسام ید، اعم از ید مأذون و ید غیرمأذون می شود؟

برای توضیح بیشتر باید گفت: «ید» به اقسام مختلفی تقسیم می گردد؛ و در یک تقسیم، «ید» تقسیم می شود به ید مأذون - ید امانی - و ید غیر مأذون - ید

ص: ۱۱۰

۱- (۱). السید محمدحسن البجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۵۸.

۲- (۲). ر. ک: السید میرعبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، ج ۲، ص ۴۲۰؛ ایشان می گویند: «... إنّ المراد بالید حصول الاستیلاء عرفاً».

ضمّانی -؛ منظور از ید مأذون این است که تسلّط و استیلائی انسان بر مال غیر با اجازه صاحب آن است؛ مانند این که ید مستأجر بر عین مستأجره، به اذن و اجازه موجد است. در مقابل، ید غیرمأذون است؛ بدین معنا که تسلط و استیلائی بر مال غیر بدون اجازه مالک آن است؛ مثل موردی که شخصی در منزل دیگری بدون اجازه صاحب خانه زندگی و در آن تصرّف کند.

در تقسیم دوّم، ید ضمانی (غیرمأذون) به ید عدوانی و غیرعدوانی تقسیم می شود. توضیح این که وقتی کسی مالی را به عقد فاسد قبض کند، ضامن و ید او ید غیر مأذون است، ولی شخص متصرّف در اینجا غاصب نیست و ید او عدوانی محسوب نمی شود؛ بنابراین، ید عدوانی منحصر به باب غضب می شود. (۱)

حال سؤال این است که آیا حدیث «علی الید» اطلاق داشته و شامل تمامی موارد فوق می شود؟

در صورتی که گفته شود حدیث اطلاق دارد، نتیجه این می شود که قاعده عدم ضمان امین - «الأمین لا یضمن» - مخصّص قاعده ضمان ید می شود؛ و باعث می گردد که ید مأذونه از این حدیث تخصیص بخورد. حال آیا چنین است؟

در مجموع سه احتمال در اینجا وجود دارد:

احتمال اوّل: حدیث «علی الید» مطلق بوده و شامل همه موارد می شود؛

احتمال دوّم: حدیث فقط دلالت بر ید غیرمأذون (ید ضمانی) - اعمّ از ید عدوانی و غیرعدوانی - دارد؛

احتمال سوم: حدیث «علی الید» فقط دلالت بر ید غیرمأذون عدوانی دارد.

از عبارات مرحوم امامقانی قدس سره استفاده می شود که ایشان قائل به اطلاق

ص: ۱۱۱

۱- (۱). کسی که دارای ید عدوانی است با کسی که ید غیرعدوانی دارد، در وجود مسؤولیت مدنی مشترک است؛ لیکن در فرض وجود عنصر عدوان، شخص علاوه بر مسؤولیت مدنی، مسؤولیت کیفری نیز دارد.

هستند؛ وی می گوید:

«لكنك خير بأن الأخذ بالنسبه إلى الأصناف التي تحته من الأخذ على وجه القهر والغلبه والأخذ على وجه السرقة بل الأخذ على وجه العاربه والوديعه وغيرهما من قبيل المتواطى دون المشكك»^(۱).

ایشان می فرماید: کلمه «أخذ» یک عنوان کلی است و نسبت به مصادیق و افرادش، عنوان متواطی دارد؛ صدق «أخذ» بر ید مأذون، با صدق آن بر ید غیر مأذون - ید عدوانی و ید غیر عدوانی - یکسان و برابر است؛ به عنوان مثال همان گونه که در باب عاریه، شخص مستعیر بر مال ید دارد، در باب غصب نیز شخص غاصب ید دارد؛ و در هر دو، کلمه ی «ید» علی السویه استعمال می شود.

اما قائلین به احتمال دوّم (۲) - این که حدیث «علی الید» فقط بر ید غیر مأذون دلالت دارد - چند نکته را بیان می کنند؛

نکته اول: این که به قرینه کلمه ی «أخذ» که در روایت ذکر شده است، معلوم می گردد این روایت اصلاً اطلاقی ندارد و فقط شامل مواردی می شود که شخص مال غیر را بدون رضایت و اذن مالک تصاحب کند؛ علت این امر نیز آن است که استعمال کلمه «أخذ» ظهور در مواردی دارد که مال غیر همراه با قهر و غلبه گرفته شده باشد؛ (یعنی گرفتن بدون رضایت مالک)؛ به خلاف کلمه ی «قبض» که در استعمالات عرفی، در مواردی که رضایت مالک وجود دارد نیز استعمال می شود.

نکته دوّم: این است که اگر از مطلب قبل صرف نظر کرده و گفته شود کلمه ی

ص: ۱۱۲

۱- (۱). محمد حسن مامقانی، غایه الآمال فی حاشیه المکاسب، ج ۵، ص ۶۳.

۲- (۲). ر. ک: محمد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیّه، ج ۱، ص ۱۰۹.

«أخذ» اطلاق داشته و شامل مواردی که مال با رضایت مالک گرفته شود نیز می گردد، تردیدی نیست که حدیث «علی الید» در اینجا انصراف به ید غیرمأذون دارد و شامل ید مأذون نمی شود.

بنابراین، خروج ید امین، ید مستأجر، ید مستعیر و... از این روایت، خروج تخصّصی خواهد بود و نه تخصیصی.

نکته سوم: دلیل دیگری که این گروه برای احتمال دوّم ذکر می کنند، این است که دلیل ضمان - روایت «علی الید ما أخذت حتّی تؤدّی» - همانند قضیه «الظلم حرام» بوده و آبی از تخصیص است؛ در این صورت، دیگر نمی توان احتمال اوّل را پذیرفت و حدیث «علی الید» را به وسیله ی «الأمین لا یضمن» تخصیص زد؛ چه آن که لسان روایت سازگاری با تخصیص ندارد.

برای احتمال سوم - حدیث «علی الید» اختصاص به باب غضب دارد و فقط شامل ید غیرمأذون عدوانی می شود - نیز عمدتاً به کلمه ی «أخذ» استدلال شده است که ظهور در قهر و غلبه دارد.

به نظر می رسد که دلیل قائلین به احتمال دوّم و سوم ناتمام است؛ زیرا،

اوّلأً در بعضی از نسخ روایت، به جای کلمه ی «أخذت»، «قبضت» ذکر شده است. در این صورت، دیگر نمی توان به خصوصیات مختصّ به هر یک از این الفاظ استدلال کرد؛ بلکه لازم است قدر جامع بین آن ها را اخذ نمود. این مطلب به صورت یک قاعده کلی در تمامی موارد جریان دارد و اگر در موردی قدر جامع نباشد، روایت مجمل شده و صلاحیت برای استدلال نخواهد داشت.

ثانیاً، با مراجعه به کتاب های لغت معلوم می شود که در هیچ کتابی چنین فرقی ذکر نشده است؛ البته شاید عرف کلمه ی «أخذ» را در مواردی که همراه با قهر و غلبه است، بیشتر استعمال کند؛ ولی این باعث نمی شود که کلمه ی

«أَخَذَ» را مختصّ به این مورد بدانیم. هم چنین با ملاحظه آیاتی از قرآن کریم مثل آیه شریفه «وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ مِثْلِ نَبِيِّ أَدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ...» (۱) معلوم می شود که در این موارد هیچ قهر و غلبه ای وجود ندارد. بنابراین، دلیل فوق، دلیل درستی نیست.

در مورد مسأله انصراف نیز باید گفت: انصراف احتیاج به منشأ دارد و در این بحث، منشأیی برای انصراف وجود ندارد.

بنابراین، ادله ذکر شده در مورد عدم اطلاق مخدوش هستند؛ با این وجود، ما معتقد نیستیم که حدیث «علی الید» اطلاق دارد؛ بلکه در خود روایت، قرینه روشنی بر عدم اطلاق وجود دارد. ظاهر روایت این است که «أَخَذَ» باید اخذ ابتدایی و اختیاری باشد؛ در مواردی که ید غیرمأذون است، استناد «اخذ» به «ید» ابتدایی است؛ اما در موارد ید مأذون مثل ید وکیل و ید مستأجر، «اخذ» در رتبه ی متأخر قرار دارد و ابتدایی نیست؛ از عرف هم که سؤال شود، می گوید اوّل مالک به او اجازه گرفتن - «أَخَذَ» - داده و پس از آن است که «ید» حاصل می شود. در این صورت و مطابق این معنا، فرقی نمی کند که عبارت روایت، «أَخَذْتَ» باشد یا «قَبَضْتَ»؛ هر کدام که باشد، ظهور قوی دارد در این که اخذ و یا قبض، به صورت ابتدایی باید به «ید» استناد داشته باشد.

نکته دیگری که توجه به آن در اینجا لازم می نماید، این است که برخی استدلال می کنند: محدّثین اهل سنّت، حدیث «علی الید» را در میان روایات باب عاریه - که «ید» در این باب، «ید مأذون» است، - نقل کرده اند؛ بنابراین، کلمه «ید» در این روایت اطلاق دارد، هم شامل ید مأذون می شود و هم شامل ید غیرمأذون است.

پاسخی که از این دلیل داده می شود، آن است که اگر محدّثین - چه محدّثین

ص: ۱۱۴

اهل سنت و چه محدّثین امامیه - روایتی را به اجتهاد خود در بابی خاص نقل کنند، برای ما دلیلیت و قرینیت ندارد. نتیجه آن که نمی توان گفت این نقل، دلیل بر اطلاق کلمه «ید» در این روایت می شود؛ نقل آنان صرف اجتهاد است که برای ما قابل قبول نیست.

بررسی عدم اختصاص روایت به باب غضب

بعد از آن که معلوم شد روایت اطلاق نداشته و فقط دلالت بر ید غیرمأذون دارد، باید گفت فرقی نمی کند که این ید، عدوانی باشد و یا غیر عدوانی. برخی از بزرگان علما^(۱) بر این عقیده اند که منظور از «ید» در حدیث «علی الید» ید عادی و عدوانی است؛ لیکن به نظر می رسد که چنین نیست و حدیث «علی الید» هم شامل مواردی می شود که ید عدوانی باشد مثل باب غضب، و هم شامل مواردی است که ید غیرعدوانی باشد مثل مورد مقبوض به عقد فاسد، که چون بیع فاسد است، ید مشتری بر مبیع غیرمأذون است؛ چه آن که اگر مالک علم به بطلان معامله داشته باشد، به مشتری اجازه تصرّف در مبیع را نمی دهد.

بنابراین، از حدیث «علی الید» استفاده می شود که در این گونه موارد مشتری ضامن است؛ و در صورت باقی بودن مال، باید آن را به بایع بازگرداند؛ و اگر هم مال تلف شده باشد، لازم است که خسارت مبیع را به بایع بپردازد.

گفتار سوم: شمول روایت نسبت به ید مرگب و منضمّ

اشاره

تردیدی نیست که دلیل ید، شامل «ید مستقل» می گردد؛ و اگر شخصی مستقلاً و به تنهایی بر مال غیر تسلط پیدا کند، به طور قطع و یقین ضامن است. اما سؤال این است که آیا دلیل ید، شامل ید مرگب نیز می شود؟ اگر دو یا چند نفر

ص: ۱۱۵

۱- (۱). شیخ اعظم انصاری رحمه الله؛ ر. ک: کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۲.

به صورت مشترک بر مال غیر «ید» پیدا کنند، آیا این حدیث شامل آن می شود؟ هم چنین آیا حدیث «علی الید» شامل ید منضمّ نیز می شود؟ یعنی در حالی که مالک بر مال خود «ید» دارد، شخص دیگری هم بر آن «ید» پیدا کند؛ به عنوان مثال، زمانی که مالک در خانه خود سکونت دارد، غاصبی نیز قهراً در آن خانه سکونت گیرند.

۱ - دیدگاه محقق حلّی رحمه الله

مرحوم محقق حلّی قدس سره در کتاب الغصب، فرعی را مطرح می کنند که:

«فلو سكن الدار مع مالکها قهراً، لم یضمن الأصل، وقال الشيخ رحمه الله یضمن النصف؛ وفيه تردد، منشأ عدم الاستقلال من دون المالك»^(۱)؛ در صورتی که شخص غاصب به همراه مالک در منزل ساکن شود، ضامن عین خانه نیست؛ و مرحوم شیخ طوسی می فرماید که در اینجا غاصب ضامن نصف است؛ در این فتوای شیخ رحمه الله تردید است؛ چرا که در این مورد، استقلال ید وجود ندارد و ذی الید (غاصب) به همراه مالک در خانه تصرّف می کند.

صاحب جواهر رحمه الله کلمه ی «اصل» موجود در عبارت مرحوم محقق حلّی را معنا می کند به این که شخص غاصب همه خانه را ضامن نیست - «لم یضمن جميع الدار»^(۲) -؛ لیکن به نظر می رسد منظور محقق حلّی رحمه الله از کلمه ی «اصل»، عین خانه، در مقابل منفعت آن باشد. در اینجا شخص غاصب از منافع خانه استفاده کرده و بنابراین، ضامن منافع آن است.

ص: ۱۱۶

۱- (۱). جعفر بن الحسن الحلّی (المحقق الحلّی)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، کتاب الغصب، ج ۳، ص ۲۳۵.

۲- (۲). محمّد حسن النجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۷، ص ۲۳.

نتیجه سخن مرحوم محقق حلّی قدس سره این می شود که حدیث «علی الید» فقط شامل ید مستقلّ می شود و مانند مورد ذکر شده را شامل نمی شود. البته این نکته را باید تذکر داد که محقق رحمه الله نمی خواهد بگوید در مواردی که دو یا چند نفر به صورت مشترک مالی را تصرّف کنند، حدیث «علی الید» شامل آن ها نمی شود، بلکه مدّعی ایشان آن است که روایت موردی را در برمی گیرد که مالک در آن مورد دخالتی نداشته باشد و ید غاصب، منضمّ به ید مالک نشده باشد.

۲ - دیدگاه صاحب جواهر رحمه الله

در مقابل محقق حلّی رحمه الله، مرحوم صاحب جواهر قدس سره بیان می کند: قبل از محقق حلّی رحمه الله کسی را نیافتم که در فتوای شیخ طوسی رحمه الله تردید کرده باشد، تا چه رسد به این که قطع و جزم به عدم داشته باشد.

اما این که شیخ طوسی فتوای به ضمان نصف داده، منظور این است که اگر این خانه تلف شد و از بین رفت، شخص غاصب باید نصف قیمت آن را به مالک بپردازد؛ و در این مسأله، اکثر علما و بلکه مشهور فقها از شیخ طوسی رحمه الله تبعیت کرده اند.

مرحوم صاحب جواهر در ادامه نظر خود را بیان کرده و می گوید: در مانند این مسأله، حداقل نسبت به نصف خانه، عرفاً غصب صدق می کند؛ هرچند که مالک در منزل سکونت دارد؛ و بلکه باید گفت: در صورتی که شخص غاصب از تمام خانه مثل مالک استفاده می کند - به عنوان مثال همان گونه که مالک به آشپزخانه می رود و غذا درست می کند، غاصب نیز برای طبخ غذا از آشپزخانه استفاده می کند. - در اینجا غاصب ضامن همه ی خانه است و نه نصف آن؛ البته اگر هر کدام از مالک و غاصب از نصف خانه استفاده کنند، ضمان نصف معنا

۳ - دیدگاه فاضل مقداد رحمه الله

در برابر نظر محقق حلّی رحمه الله که اساس ضمان در این مورد را انکار نمود؛ و مرحوم شیخ طوسی قدس سره که ضمان نسبت به نصف را به صورت مطلق پذیرفت، و بین این که غاصب از تمام خانه استفاده کند و یا از بعض آن، فرقی نگذاشت؛ و صاحب جواهر رحمه الله که معتقد به ضمان نصف است، مگر در صورتی که غاصب از تمام خانه استفاده کند، که در این صورت ضامن تمام آن خواهد بود؛ مرحوم فاضل مقداد قدس سره نظر چهارمی را مطرح کرده و می گوید: اگر بخواهیم با دقت بحث کنیم، باید ضمان را به نسبت توزیع کنیم؛ بدین صورت که اگر خانه یک مالک داشته باشد، غاصب ضامن نصف آن است؛ و اگر دو مالک باشند، غاصب ضامن یک سوم خانه خواهد بود و به همین صورت مسأله ادامه پیدا می کند.

ایشان می فرماید:

«والتحقیق یقتضی الضمان علی نسه ما استولی علیه واستقلّ به،

ص: ۱۱۸

۱- (۱). همان، ج ۳۷، صص ۲۳ و ۲۴؛ ایشان می گوید: «... ولم نجد له لأحد ممن تقدّمه، فضلاً عن الجزم بعدمه، وإن حکاه المصنّف فی النافع قولاً، بل عن التنقیح نسبتبه إلى المبسوط إلّا أنّا لم نتحقّقه، وعلی تقدیره فهو واضح الفساد، ضروره صدق الغصب بذلك عرفاً المتقضى لاعتبار الاستیلاء فيه دون الاستقلال أو للقول بتحقیقه هنا ولو بالنسبه إلى النصف. ودعوی اعتباره فيه علی معنی رفع ید المالك ولو علی جهه المشارکه واضحه الفساد، لأنّ العرف أعدل شاهد بخلافها، بل مقتضى ذلك عدم الضمان علی الشخصین المشترکین فی غصب شیء واحد علی وجه الاستقلال لكلّ منهما، وهو معلوم الفساد. اللهم إلّا أن یفرّق بین شرکه المالك وغيره، ولكن العرف علی خلافه قطعاً. ودعوی کون الغاصب حیثیذ مجموعهما المذی حصل له وصف الاستقلال وتضمينه یقتضى التوزیع بینهما یدفعها إلی إمكان القول بمثله فی الفرض وإن سقط الضمان بالنسبه إلى المالك، باعتبار عدم تصوّر ضمان ماله لنفسه، بل إن لم یکن إجماعاً أمکن القول بضمان الغاصب لجميع عین الدار مع فرض إثبات یده علیها جميعها بالتصرف والانتفاع ونحوهما...».

إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث، وإن ربعاً فربع وهكذا»(۱).

البته هر چند که فاضل مقداد رحمه الله توزیع ضمان را نسبت به مالک های متعدّد قائل شده است، اما از سخن ایشان استفاده می شود که نسبت به تصرّف نیز همین مطلب جریان دارد؛ یعنی اگر کسی به خانه دیگری رفت و یک پنجم آن را بدون اذن مالک تصرف کرد، ضامن این مقدار از خانه - یعنی یک پنجم - خواهد بود؛ و یا اگر در یک دهم خانه تصرف کرد، در صورت تلف شدن خانه، ضامن یک دهم آن است.

۴ - دیدگاه محقق مراغی رحمه الله

اشاره

مرحوم صاحب عناوین قدس سره بحث شمول حدیث «علی الید» نسبت به ید غیرمستقل را در طی دو فرض - ید مرکب و ید منضمّ - به صورت جداگانه مطرح می کند.

فرض اوّل: وی در پاسخ این سؤال که آیا دلیل ید، شامل ید مرکب می گردد یا نه؟ می گوید: ظاهر این است که حدیث «علی الید» شامل ید مرکب نیز می شود. و توضیح می دهند که: اشتراک دو نفر در تسلط بر مال واحد بر دو نوع است؛ نوع اوّل این که هر کدام از دو نفر مستقلاً مسلط بر نصف باشد؛ مثلاً دو نفر خانه ای را تصرّف کنند و هر کدام در نصف آن دخالت و تصرّف داشته باشند. در اینجا تردیدی وجود ندارد که «علی الید» این مورد را می گیرد، و هر یک از این دو نفر ضامن نصف آن مال واحد خواهند بود؛ چه آن که هر یک از این دو نفر نسبت به نصف از آن مال بالاستقلال ید دارند؛ هر چند که ید آن ها نسبت به مجموع بالاشتراک است.

امّا مهمّ در مسأله نوع دوّم است؛ ایشان می گویند: نوع دوّم این است که هیچ کدام از دو نفر مستقلاً بر جزئی از مال استیلا نداشته باشد، بلکه استیلا هر

ص: ۱۱۹

۱- (۱). مقداد بن عبدالله السیوری الحلی، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۴، ص ۶۷.

کدام از آن‌ها مرتبط با دیگری باشد؛ به این معنی که هر کدام از آن‌ها اگر نمی‌بود، برای دیگری اساساً استیلائی وجود نمی‌داشت، نه بر قسمتی از مال و نه بر کل آن. پس، استیلائی هر کدام از آن‌ها به انضمام استیلائی دیگری تحقق می‌یابد. ایشان در مورد حکم مسأله در این نوع نیز می‌گویند: هر کدام از این دو نفر - در صورتی که مال تلف شود - ضامن نصف آن خواهند بود.

اشکال و جواب

مرحوم صاحب عناوین قدس سره می‌نویسد: در شمول دلیل ید نسبت به نوع دوم، اشکالی به نظر می‌رسد و آن این است که در این فرض، «ید» هر کدام از دو نفر عارضی و غیرمستقل است - اگر زید نیاید، عمرو نمی‌تواند سلطه بر مال پیدا کند و بالعکس، اگر عمرو نیاید، زید نمی‌تواند سلطنت بر مال داشته باشد؛ و آن چه استقلال دارد، مجموع مرکب است و بر یکی از دو ید به تنهایی، استیلا و «اثبات ید» صادق نیست تا حکم به ضمان شود؛ پس، در این صورت چگونه می‌توان حکم به ضمان کرد؟

جواب می‌دهد که آری، ما نیز قبول داریم که ید هر کدام از این دو نفر بر مال بالاستقلال نیست؛ اما چون ملاک و مدار در تحقق ضمان، حصول استیلاست؛ بنابراین، ضمان بر ذمه هر کسی است که بر مال استیلا دارد و در اینجا با توجه به این که مستولی «مجموع مرکب» است، پس، ضمان بر مجموع مرکب - ید مرکب - است و بر اجزای آن تقسیم می‌شود؛ و از آنجا که هر کدام از دو ید، قابلیت قبول ضمان را دارد و ترجیحی در بین نیست - که یکی ضامن و دیگری ضامن نباشد - پس، ضمان بر هر دو ید توزیع و تقسیم می‌گردد و بنابراین، هر کدام از دو ید ضامن نصف مال می‌گردد.

بیان ایشان در «العناوین» به این صورت است:

«وهل یعمّ الدلیل الید المرکبه؟ الظاهر ذلک، وبیانه: أنّ اشتراک

اثنين في التسلط على مال واحد يكون قسمين:

أحدهما: أن يكون كل منهما مسلطاً على النصف مستقلاً به، وذلك هو بحث الإشاعه فلكل منهما يد بسيطه على النصف؛ وسيأتي تحقيق ذلك في البحث الآتي في بيان المأخوذ باليد.

وثانيهما: أن لا يستولى أحد منهما على جزء من المال بالمره، بل يكون استيلاء كل منهما مرتبطاً بالآخر، بمعنى: أن كلاً منهما لو لم يكن، لم يكن للآخر استيلاء بالمره، لا على كل ولا على بعض، فيكون استيلاء كل منهما بانضمام الآخر، فيكون المجموع المركب مستولياً على المجموع المركب من دون استيلاء بعض على بعض، وهذا هو اليد المركبه.

ولا يفترق الحال في هذه الصوره والصوره الأولى في كون كل منهما ضامناً للنصف، أما في الأولى فواضح، نظراً إلى صدق عموم دليل اليد وهو الاستيلاء، وهو حاصل لكل واحد منهما في النصف. نعم، الإشكال في إدخال الثانيه تحت الدليل، نظراً إلى أن يد كل منهما عارضى خالٍ عن الاستقلال، وإنما المستقل هو المجموع المركب، فلا يصدق على أحد منهما الاستيلاء وإثبات اليد حتى يحكم بالضمان، فإذا لم يدخل شيء منهما تحت الدليل فكيف يحكم بالضمان؟ والوجه أن يقال: إن المدار في الضمان لما كان هو الاستيلاء - كما ذكرنا أنه الظاهر من النص - فيكون الضمان على كل من استولى، وهنا لما كان المجموع المركب هو المستولى فيكون الضمان على المجموع المركب فينقسم على أبعاضه، وحيث إن كلاً منهما قابل للضمان ولا ترجيح فيوزع عليهما، فيصير كل منهما ضامناً للنصف»(1).

ص: ١٢١

١- (١). السيد مير عبدالفتاح الحسيني المراغي، العناوين، ج ٢، ص ٤٢٢.

نتیجه این که مرحوم صاحب عناوین قدس سره شمول حدیث «علی الید» نسبت به ید مرگب را ثابت می دانند.

اما فرض دوّم: فرض دوّمی که صاحب عناوین رحمه الله مطرح می کند در مورد «ید منضمّ» است که آیا دلیل ید شامل ید منضمّ می شود یا نه؟

مراد از «ید منضمّه» یدی است که با «ید مالک» مجتمع می شود به همان صورتی که در نقل کلام مرحوم محقق حلی و دیگران مذکور گشت. صاحب عناوین رحمه الله در شمول دلیل ید بر «ید منضمّه»، عبارت «وفیه إشکال» را آورده است؛ و یک بیان و دلیل برای عدم ضمان و یک دلیل هم برای ضمان ذکر می کنند. ایشان «ید منضمّه» را مانند ید مرگبه دارای دو صورت می دانند؛ یک صورت آن که مالک بر نصف خانه ید دارد و غاصب نیز بر نصف دیگر خانه ید پیدا می کند؛ در این صورت، تردیدی نیست که غاصب نسبت به نصف خانه ضامن است. صورت دوّم ید منضمّه را نیز به این صورت تصویر می کند که ید غاصب با ید مالک مرتبط است؛ به این معنی که اگر مالک از تسلّطش دست بردارد، برای غاصب تسلّطی باقی نمی ماند؛ و هم چنین اگر غاصب از تسلّطش دست بردارد، برای مالک تسلّطی باقی نمی ماند. به عنوان مثال، فرض کنید حاکم ظالمی مال کسی را در اختیار می گیرد لیکن چون آن مال دارای رمز است، بدون وجود مالک نمی تواند از آن استفاده کند؛ از دیگر سو، مالک نیز نمی تواند به تنهایی از مالش استفاده کند، چرا که حاکم چنین اجازه ای به او نمی دهد؛ بنابراین، در مقام عمل، توافق می کنند که از آن مال به صورت مشترک استفاده کنند.

صاحب عناوین رحمه الله این فرض را از مشکل ترین مسائل ید می داند و برای هر یک از ضمان و عدم ضمان، دلیلی را بیان می کند؛ امّا دلیل عدم ضمان در این مورد، این است که: بین «ید منضمّه» و «ید مرگبه» فرق است؛ در مسأله «ید مرگب» هر کدام از دو ید، به تنهایی مشمول دلیل ید نیستند، بلکه «مجموع مرگب» - مجموع من حیث المجموع از آنجا که تسلط بر مال دارد، ضامن و - مشمول دلیل ید است. پس، چون «ید مرگب»، «ید ضمانی» است؛ بنابراین، به تبع، حکم بر اجزای آن نیز ثابت است؛ لیکن در «ید منضمّه» یک جزء ید ضمانی - ید غاصب - و جزء دیگر غیرضمانی - ید مالک - است؛ و از آنجا که نمی توان گفت ید مالک ضامن است، پس نمی توان گفت مجموع ضامن است.

و حال که مجموع، عنوان ضمان را ندارد، چنان چه شک کنیم که شخص غاصب ضامن است یا خیر، باید استصحاب عدم ضمان را جاری کنیم.

امّا دلیلی برای ضمان را چنین بیان می کنند: ممکن است گفته شود که «ید منضمّه» قسیم «ید مرگبه» نیست و بلکه از جمله افراد و مصادیق آن است؛ و از آنجا که در ید مرگب، مجموع مرگب ضامن است و لازمه ضمان این است که بر اجزایش تقسیم شود، در اینجا نیز مجموع ضامن است؛ منتهی مالک و امثال او ضامن نیستند و این که یک جزء به دلیل خاصّی ضامن نباشد، موجب نمی گردد که ضمان از «مرگب» و مجموع برداشته شود؛ بنابراین، جزء دیگر که ید غاصب است، تحت عموم «علی الید» باقی می ماند.

اشکال و جواب

صاحب عناوین رحمه الله در این فرض نیز اشکالی را مطرح کرده و از آن پاسخ می دهند؛ ایشان می گوید: اگر کسی اشکال کند که ثبوت حکمی بر جزء به تبع ثبوت همان حکم بر کلّ است؛ همان طور که در باب صلاه، وجوب هر یک از اجزا به تبع آن وجوبی است که به کلّ صلاه تعلق پیدا نموده است، و اگر مرگب واجب نباشد، نمی توان گفت اجزای آن واجب است. در ضمان که یک حکم وضعی است نیز به همین صورت است؛ بنابراین، اگر کلّ ضامن نباشد، جزء نیز ضامن نیست.

ص: ۱۲۳

در پاسخ می گوئیم: در این موارد، باید دو لحاظ صورت گیرد؛ یک لحاظ از جهت مال مضمون است و یک لحاظ نسبت به افراد است. اگر ضمان نسبت به مال مضمون لحاظ شود، به مرکب و مجموع مربوط می شود (عامّ مجموعی)؛ اما اگر نسبت به افراد لحاظ شود، دیگر عنوان مجموعی ندارد و بلکه از قبیل عامّ استغراقی می شود و انحلال به افراد پیدا می کند و هر کدام از افراد ضامن خواهند بود؛ در اینجا چون دلیل داریم که مالک نمی تواند ضامن باشد، از تحت دلیل ید خارج می شود، لکن دیگر اجزا در عموم دلیل باقی می مانند.

در نهایت، صاحب عناوین رحمه الله بعد از آن که در همین فرض، ضمان را اختیار می نماید، می نویسد: حق این است که مسأله در نهایت پیچیدگی و اشکال است و باید مورد تأمل واقع شود تا موضوع روشن گردد؛ و به هر حال، از نظر دلیل ید، فرقی بین ید ابتدایی، ید مترتبه، ید مستقل، ید مرکب و ید منضمّ نیست. (۱)

ص: ۱۲۴

۱- (۱). همان، صص ۴۲۳ و ۴۲۴؛ عبارت مرحوم مراغی چنین است: «نعم، ببقی الإشکال فی شموله للید المنضمّه. والمراد بالید المنضمّه: هی الید المجتمعه مع ید المالك، لا بمعنی استیلاؤه علی النصف حتّی یکون ضامناً له، بل بمعنی ترکیه مع ید المالك كصوره ما ذکرناه سابقاً، بحيث یکون المجموع المركّب مسلطاً علی المال، بمعنی: أنّ المالك لو ارتفع لم یکن للغاصب التسلط ولو ارتفع الغاصب لم یکن للمالك تسلط، فیکون المركّب منها مسلطاً علی المجموع. فهل تكون ید الخارج هنا داخله فی دلیل الید حتّی یحکم له بضمان النصف أو لا تكون داخله فلا ضمان؟ وهذا من أشکل مسائل صور الید... إذ یمكن أن یقال: إنّ الید المركّبه لیس کلّ واحد منهما داخلّاً تحت دلیل الید، وإنّما الداخل هو المجموع المركّب، فإذا کان المركّب کلّه ید ضمان فیثبت الحکم علی الأبعاض بالتبع كما أوضحناه. وإذا کان بعضه ید ضمان وبعضه لیس كذلك كالمثال المفروض فیجیء فی الإشکال فی الحکم بضمان ید الخارج الأجنبي، وبعباره أخرى: الید الّتی شأنها الضمان لو استقلت، نظراً إلی أنّ الید الأجنبيّه لیس مسلطه علی المال کلاً ولا بعضاً حتّی نحکم علیه بالضمان وندخلها تحت الدلیل، والمجموع المركّب أيضاً لیس ید ضمان حتّی یبعض علی أجزائه بالتبع، لأنّنا نبین بعد ذلك أنّ المراد فی الخبر من «الید» غیر ید المالك، فمقتضى الأصل هنا عدم الضمان بعد عدم شمول الدلیل... ویمکن أن یقال: لا ریب فی صدق الید علی المركّبه، وهذا من جمله أفرادها، فیکون هذا المجموع المركّب ضامناً، ولازمه التبعض علی أجزائه؛ غایه ما فی الباب: عدم الضمان علی المالك أو الأمين أو نحو ذلك، وارتفاع الضمان عن الجزء بدلیل لا یوجب ارتفاع الضمان عن المركّب، ولیس المانع ابتداءً إلّا کالمسقط استدامه، كما لو أبرأ المالك أحد المرکبین فی الفرض السابق. ولا- یتوهم أنّ الثبوت علی الجزء بتبعیه الثبوت علی الكلّ، فإذا لم یکن الكلّ ضامناً فلا- وجه لضمان الجزء. لأنّنا نقول: المرکّب فی المقام وإن کان من باب الكلّ المجموعی بالنسبه إلی المال المضمون، بمعنی: أنّ المجموع ضامن للمجموع، لا أنّ کلّ واحد ضامن للمجموع، لعدم شمول الدلیل لكلّ واحد منهما، لکنّه بالنسبه إلی الضامن من باب الكلّی الأفرادی والعامّ الأصولی، بمعنی کون کلّ منهما ضامناً لما وقع علیه بعد التوزیع، ولیس كأجزاء المکلف الواحد، فإذا کان كذلك، فلا بدّ من ملاحظه المخصّص هل أخرج هذا القسم من الید من عموم الدلیل أو أخرج أحد جزءه من الضمان؟ فنقول: لا- ریب أنّه من قبیل القسم الثانی، فإنّ الفرض داخل بظاهره فی عموم دلیل الید، ومتی دخل توجّه الضمان علی المجموع المركّب، وهذا لا مانع منه من هذه الجهه، وبعد التوزیع وانتهاء الفرض إلی العامّ الأصولی

فهو قابل للتخصيص لا- ارتباط بينهما، فأخراج أحد الجزئين بعد ملاحظه كونه فرداً بعد التوزيع لا يضرّ ببقاء الضمان على الآخر. هذا، ولكنّ المسأله فى غاية الإشكال ونهايه الإعضال، فليتأمل فيها حتى يتّضح الأمر. فلا فرق حينئذٍ بالنظر إلى الدليل بين اليد الابتدائيه واليد المترتبه واليد المستقله واليد المركبه واليد المنضمه...».

به نظر می‌رسد بر سخنان مرحوم مراغی قدس سره اشکالات متعددی وارد است؛

اولین اشکال این است که «مجموع من حیث هو مجموع» وجود خارجی ندارد تا گفته شود ضمان به آن توجه پیدا می‌کند. مجموع، امری انتزاعی است و غیر از وجود اجزا چیز دیگری نیست؛ امر انتزاعی نیز قابلیت تعلق ضمان ندارد و بلکه اشخاص و عهده آنان است که قابلیت تعلق ضمان در آن. در بحث حکم تکلیفی و واجب کفایی نیز برخی از فقها گفته‌اند واجب به مجموع من حیث المجموع تعلق می‌گیرد؛ و این حرف مورد اشکال تمام بزرگان قرار گرفته است که چیزی به نام مجموع وجود ندارد.

اشکال دوم: صاحب عناوین رحمه الله بین ید مرکب و ید منضمّ تفکیک قائل شده‌اند؛ در حالی که اگر ملاک، صدق استیلاست، باید گفت در مواردی که استیلا صدق کند، ضمان وجود دارد و اگر استیلائی نباشد، ضمان هم نیست.

بنابراین، فرقی بین ید مرکب و منضمّه نیست و وجهی برای تفکیک در اینجا

اشکال سوم: به عنوان مقدمه باید گفت که در مورد تعریف غصب میان فقها اختلاف است؛ مشهور فقها در تعریف غصب می گویند: «هو الاستقلال علی مال الغیر»^(۱)؛ برخی دیگر هم چون محقق بروجردی رحمه الله به جای «استقلال» به «استیلا» تعبیر کرده و می گویند: «الغصب هو الاستیلاء علی مال الغیر عدواناً»^(۲).

حال، به مرحوم صاحب عناوین قدس سره ایراد گرفته می شود که مطالب شما در فرضی است که در تعریف غصب، مسأله استیلا را مطرح کنید و بگویید هرگاه دو نفر بر مال غیر ید مرکب داشتند و مجموعاً استیلا پیدا کنند، ضامن هستند؛ اما اگر کسی تعریف مشهور را بگوید و این که در باب غصب، استقلال بر مال غیر لازم است، نه در ید مرکب و نه در ید منضمّه، استقلال بر مال غیر وجود ندارد؛ به همین جهت نیز محقق حلّی رحمه الله فرمود: اگر کسی در خانه دیگری با وجود مالکش قهراً ساکن شود، ضامن نیست؛ زیرا، تصرف او مستقل از مالک نیست و ید مستقل بر مال ندارد.

نتیجه آن که صاحب عناوین رحمه الله باید در اینجا ملاک را مشخص سازد؛ اگر بگوید کاری به باب غصب نداریم و در اینجا فقط می خواهیم «علی الید» را معنا کنیم که آیا شامل ید مرکب و منضمّه نیز می شود یا نه؟ می گوئیم: اولاً دلیل «علی الید» خود یکی از ادله غصب است؛ و ثانیاً، با قطع نظر از تعریف و حقیقت غصب، اگر از «ید» استیلا فهمیده می شود، هم در ید مرکب و هم در ید منضمّه استیلا صدق می کند؛ پس، چرا میان آن ها تفکیک قائل شدید؟

اشکال چهارم: نکته آخر که شاید مهمترین اشکال بر صاحب عناوین رحمه الله

ص: ۱۲۶

۱- (۱). به عنوان نمونه، ر. ک: المحقق الحلّی، شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۲۳۵؛ العلامه الحلّی، مختصر النافع، ص ۲۴۷، کتاب الغصب؛ الفاضل الآبی، کشف الرموز، ج ۲، ص ۳۸۰؛ ابن فهد الحلّی، المهذب البارع، ج ۴، ص ۲۴۵؛ الشهيد الأول، الدروس الشرعیّه، ج ۳، ص ۱۰۵.

۲- (۲). علی پناه الإشتهاردی، تقریرات ثلاثه، ص ۱۲۶.

باشد، این است که اگر در حدیث «علی الید»، «ید» را کنایه از استیلا- دانستیم، باید بحث کنیم در چه مواردی استیلا تحقق دارد و در چه مواردی استیلا- وجود ندارد؛ در هر موردی که استیلا- وجود داشت، «علی الید» جاری می شود و در غیر این صورت، «علی الید» جاری نمی شود؛ لیکن این مبنای مشهور را مورد مناقشه قرار دادیم و گفتیم در باب مقبوض به سوم، هم فقهای امامیه و هم فقهای اهل سنت به «علی الید» استدلال می کنند و حال آن که در این مورد، استیلائی وجود ندارد؛ از این رو، گفتیم مراد از «ید»، «آخذ» است؛ یعنی کسی که مال را - به هر صورتی - در اختیار گرفته است.

در این صورت، در موردی که اخذ و تصرف صدق کند، ضمان وجود خواهد داشت. در ید منضمّه، رکوب بر دابه و جلوس بر فراش برای یک لحظه، چون اخذ و تصرف وجود دارد - هرچند که عرفاً استیلا وجود نداشته باشد - ضمان نیز تحقق دارد.

بنابراین، ثمره بین مبنای مختار و مبنای مشهور در ید منضمّه به خوبی روشن می شود که در این موارد نیز شخص متصرف ضامن است و هیچ تردیدی در آن راه ندارد.

گفتار چهارم: شمول روایت نسبت به ید غیر بالغ قاصد

اشاره

مسأله دیگری که در مورد کلمه «ید» وجود دارد، این است که آیا دلیل ید، اختصاص به بالغ قاصد مختار دارد؟ و بنابراین، از آنجا که صغیر، مجنون و نائم - در هنگام خواب - قاصد نیستند و قصد از آن ها تمشی نمی شود، خارج از «علی الید» هستند.

برخی از بزرگان فقها^(۱) معتقدند که «علی الید» اطلاق داشته و همه انواع «ید»

ص: ۱۲۷

۱- (۱). منظور شیخ اعظم انصاری رحمه الله است؛ ر. ک: کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۱.

را در بر می گیرد؛ بنابراین، اگر کودکی بر مال غیر دست پیدا کرد و آن مال از بین رفت، حکم حدیث «علی الید» که عبارت از ضمان و استقرار علی العهده است، در حق او نیز جاری می شود؛ و این کودک ضامن است و باید خسارت مال را به مالکش بپردازد.

در مقابل، بعضی گفته اند که اگر یک فعل اختیاری مانند «ضرب» به فاعلی اسناد داده شود، ظهور در این معنا دارد که آن فعل از روی قصد و اختیار از فاعل صادر شده است. نتیجه آن که امکان اسناد افعال اختیاری به صبئی (کودک)، مجنون (دیوانه) و نائم (شخص خواب) وجود ندارد؛ و به همین جهت، در باب حدود و دیات می گویند: «عمد الصبئی خطأ»^(۱)، و کاشف است از این که کودک در اعمال خود اصلاً قصدی ندارد. از این رو، در روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» نیز که فعل «أخذ» به «ذی الید» اسناد داده می شود، منظور از أخذ و ذی الید، شخص بالغ، مختار و قاصد است.

در این صورت، اگر کسی قائل شود که حدیث «علی الید» دلالت بر ضمان کودک دارد و شامل ید صغیر می شود، باید بحث کند که آیا حدیث رفع - «رفع القلم عن الصبئی حتی یحتلم»^(۲) - می تواند مقید دلیل ید باشد یا نه؟ چه بسا کسی بگوید حدیث رفع فقط به احکام تکلیفیه اختصاص دارد و احکام وضعیه را شامل نمی شود. لیکن اگر از اول گفته شود که «علی الید» دلالتی بر ضمان

ص: ۱۲۸

۱- (۱). محمّد بن الحسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ص ۹۰، باب ۳۶ من أبواب القصاص فی النفس، باب حکم غیرالبالغ و غیرالعاقل فی القصاص و حکم القاتل بالسحر، ح ۲.

۲- (۲). همان، ج ۱، ص ۴۵، باب ۴ من أبواب مقدّمه العبادات، باب اشتراط التکلیف بالوجوب و التحريم بالاحتمال أو...، ح

کودک ندارد، دیگر نیازی به بحث از قیدیت حدیث رفع نیست.

نکته ای که بدان باید توجه نمود، آن است که در میان فقها معروف است که احکام وضعیه مشروط به بلوغ نیست. در این بحث، در خصوص حکم وضعی ضمان، چنان چه به این نتیجه رسیدیم که حدیث علی الید شامل صغیر نیز می شود، به این مطلب منتهی می شویم که حکم وضعی ضمان، مشروط به بلوغ نیست.

۱ - دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله

اشاره

در میان بزرگان و فقهای امامیه، مرحوم شیخ اعظم انصاری قدس سره در کتاب مکاسب^(۱) بیان می دارد که استدلال به حدیث «علی الید» بر ضمان کودک ممیز و مجنون ممیز وجیه و پسندیده است و این موارد مشمول دلیل ید هستند؛ و به عبارت دیگر، شیخ رحمه الله ادعا می کند که این روایت اطلاق دارد و تمام قاصدین را شامل می شود، بالغ باشند و یا نابالغ.

بنابراین، از آنجا که مبنای شیخ انصاری رحمه الله در حدیث «علی الید» استیلا است، ایشان اطلاق حدیث را فقط در دایره ممیزین می پذیرند، چه آن که مستولی کسی است که به استیلائی خود توجه دارد؛ لکن بر اساس مبنای مختار که منظور از «ید» اخذ و تصرف است، اطلاق حدیث فراتر از دایره ی ممیزین است و غیر قاصدین - کودک غیر ممیز و شخص نائم - نیز در دایره شمول حدیث «علی الید» قرار می گیرند و آنان نیز ضامن خواهند بود.

اشکال محقق اصفهانی رحمه الله به دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله

محقق اصفهانی رحمه الله در حاشیه مکاسب^(۲) به مرحوم شیخ انصاری قدس سره و این که دلیل ید شامل صبی و مجنون ممیز می شود، اشکال می کنند. قبل از بیان اشکال، تذکر به این مطلب ضروری است که مبنای شیخ انصاری رحمه الله در مورد احکام

ص: ۱۲۹

۱- (۱). مرتضی الانصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۱؛ می فرماید: «ومن هنا كان المتّجه صحّه الاستدلال به علی ضمان الصغیر بل المجنون إذا لم یکن یدهما ضعیفه لعدم التمییز والشعور».

۲- (۲). محمّدحسین الاصفهانی، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۳۰۲.

وضعیه این است که احکام وضعیه مجعول مستقل ابتدایی نیستند، بلکه هر حکم وضعی از یک حکم تکلیفی انتزاع می شود.

مرحوم اصفهانی قدس سره می گوید: در مورد دلیل ید - «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» - دو حالت وجود دارد؛ اول آن که گفته شود این روایت، حکم وضعی ضمان را انشاء می کند و مرحوم شیخ انصاری قدس سره نیز به کرات گفته اند حکم وضعی ضمان از روایت استفاده می شود؛ در این صورت، به ایشان اشکال می شود که این حرف با مبنای شما در مورد احکام وضعی سازگاری ندارد. در مورد اشخاص بالغ می توان گفت که چون حکم تکلیفی «وجوب الابداء و وجوب الرد» وجود دارد، حکم وضعی ضمان نیز از آن انتزاع می شود؛ لیک در باره ی کودکان که حکم تکلیفی نیست، چگونه حکم وضعی ضمان را از این حدیث استفاده می کنید؟

امّا حالت دوم این است که بگویید حدیث «علی الید» حکم وضعی ضمان را جعل نمی کند، بلکه حدیث از یک حکم مجعول به نام ضمان، که از یک حکم تکلیفی که دلیل دیگر بر آن دلالت دارد انتزاع شده است، حکایت و اخبار می کند؛ در این صورت، با مبنای شما مخالفتی ندارد، اما دچار اشکالات دیگری است.

اول این که مبنای شما مبنی بر انتزاع احکام وضعیه از احکام تکلیفیه را قبول نداریم و این مبنا مردود است؛ و به بیان دیگر، قبلاً در محل خود ثابت نموده ایم که انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی غیر معقول است.

و ثانیاً بر فرض آن که این مبنا را مورد پذیرش قرار دهیم و انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی را معقول بدانیم، لیکن قابلیت تطبیق و جریان در این بحث را ندارد؛ زیرا، احکام انتزاعی از لحاظ قوه و فعل تابع منشأ انتزاعشان هستند؛ به جهت این قاعده که هر چیزی که عنوان بالعرض دارد، باید تابع

چیزی باشد که بالذات است؛ و در صورتی که منشأ انتزاع، امری بالقوه و تقدیری باشد، حکمی هم که از آن انتزاع می شود، امری بالقوه و تقدیری خواهد بود. حال، اشکال این است که در این بحث، چگونه از یک حکم تکلیفی تقدیری، حکم انتزاعی فعلی بدست می آورید؟ بدین صورت که حکم تکلیفی وجوب الأداء والردّ مشروطاً بالبلوغ متوجه صغیر است - صغیر به شرطی که بالغ باشد مکلف به این حکم است - و از این حکم تکلیفی معلق و مشروط، حکم وضعی ضمان فعلی را انتزاع می کنید که درست نیست و محال است.

حکم وضعی انتزاعی تابع منشأ انتزاع آن - حکم تکلیفی - است؛ در این بحث که حکم تکلیفی مشروط و معلق است، حکمی هم که از آن منتزع می شود - ضمان - باید مشروط و معلق باشد و نه فعلی.

عبارت محقق اصفهانی رحمه الله چنین است:

«لا يذهب عليك أنّ مفاد على اليد إذا جعل حكم وضعي أو الخبر عن جعل حكم وضعي. فإن كان الأوّل فلا يصحّ إلّا ممن يرى الاستقلال بالجعل للوضع حتّى يكون جعلاً للضمان ابتداءً، وأمّا من يرى أنّه منتزع من حكم تكليفي فلا مناص له من الإلتزام بأنّ مفاد على اليد جعل حكم تكليفي يستتبع الضمان الوضعي، وهو هنا خلف، لأنّ المفروض عدم ظهوره في الحكم التكليفي، وامكان ثبوت مفاده في حقّ الصغیر المذی لا تكليف عليه، فالإلتزام بجعل الحكم الوضعي إمّا مستقلاً أو تبعاً بقوله عليه السلام «على اليد...» خلف على أيّ حال، لأنّه لا يرى استقلال الوضع، فالإلتزام بأنّ مفاده جعل الوضع ابتداءً خلف، ولا يرى جعل الحكم التكليفي بالخبر، فالإلتزام بالانتزاع من الحكم التكليفي الثابت بالخبر خلف أيضاً.»

وإن كان الثاني فالأخبار عن وضع منتزع من التكليف الغير المجعول بهذا الخبر لا مانع منه في نفسه، إلّا أنّ فيه انتزاع

الوضع من التكليف غير معقول كما مرّ بيانه في هذه التعليقه مراراً، مضافاً إلى أنّه لو كان معقولاً في نفسه إلّا أنّ انتزاعه هنا محال، لأنّ الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه ثبوتاً وعدمياً وفعالاً، لمكان تبعيته ما بالعرض لما بالذات، ولا تكليف للصغير فعلاً حتّى ينتزع منه ضمان فعلاً، وفرض خطاب مشروط بالاضافه إلى الصغير إثبات حكم تقديري له، فيكون الأمر الانتزاعي تقديرياً أيضاً ففعلية الأمر الانتزاعي وتقديره منشأ محال»(۱).

پاسخ امام خمینی قدس سره از اشکال محقق اصفهانی رحمه الله

مرحوم امام قبل از آن که پاسخ اشکال محقق اصفهانی رحمه الله را بدهند، مطلبی را به صورت کلی بیان می کنند مبنی بر این که اگر از ظاهر روایتی اطلاق استفاده شود - مثل این مورد که گفته می شود «ید» اطلاق دارد و هم ید بالغ و هم ید غیربالغ را شامل می شود - اما با یک اشکال و محذور عقلی مواجه باشد، در صورتی که به هیچ طریقی نتوان بین اطلاق روایت (ظاهر) و اشکال عقلی جمع کرد، باید آن را کنار گذاشت؛ لیکن در صورتی که بشود ظاهر را با توجیّهات - هرچند توجیّهات بعیده - حفظ کرد، لازم است که چنین شود.

این مطلب یکی از امور بسیار مهمّ در باب اجتهاد است که چنان چه یک دلیل نقلی که حجّیت آن ثابت است با یک دلیل عقلی معارض شود، لازم است هر اندازه که بتوانیم آن دلیل نقلی را توجیه کرده و محذور عقلی را دفع نماییم؛ و نمی توان گفت از آنجا که این توجیّهات بعید و متضمّن تکلف است، باید از آن دلیل دست برداشت.

ایشان پس از بیان این مطلب می فرمایند: در ذهن مرحوم شیخ انصاری قدس سره یک محذور عقلی وجود دارد و آن این که حکم وضعی عقلاً قابلیت جعل

ص: ۱۳۲

۱- (۱). محمّدحسین الاصفهانی، حاشیه المکاسب، ج ۱، صص ۳۰۲ و ۳۰۳.

استقلالی ابتدایی ندارد و به یک حکم تکلیفی نیاز دارد. در این صورت، دچار اشکال می شود که باید برای حفظ ظاهر و اطلاق روایت این اشکال عقلی را دفع نمود. سپس پاسخ اشکال مرحوم اصفهانی را روی هر دو فرض بیان می نمایند.

امّا جوابی که ایشان بر اساس فرض اول محقق اصفهانی رحمه الله بیان می کنند، این است که اگر گفته شود حدیث «علی الید» دلالت بر جعل حکم وضعی مستقلاً دارد، می گوئیم حکم عقل در اینجا قرینه می شود که جعل ضمان (انشای حکم) به داعی جدی نیست، بلکه یک حکم وضعی صوری بوده و به این انگیزه است که مخاطب به سوی حکم تکلیفی ارشاد و راهنمایی شود، و در حقیقت ارشاد به آن است که دایره تکلیف توسعه و عمومیت داشته و اختصاص به گروه خاصی ندارد؛ که از این حکم تکلیفی، حکم وضعی انتزاع می شود. نتیجه آن که، اطلاق حدیث دلیل بر آن است که یک حکم تکلیفی که مطابق با این حکم وضعی صوری است، وجود دارد؛ که همان منشأ انتزاع حکم وضعی واقعی مطابق با این انشاء ظاهری است.

مرحوم امام قدس سره در مورد این جواب می گویند که هرچند این مطلب شبیه اکل از قفاست، و خیلی دور از ذهن است؛ چرا که در این فرض حکم وضعی صوری ارشاد به یک حکم تکلیفی است که از آن حکم وضعی واقعی را انتزاع می کنیم، در حالی که می توان از ابتدا و بدون آن که مرتکب چنین تکلفی شویم، حکم وضعی را استفاده نماییم؛ لیکن برای اخذ و تمسک به ظاهر روایت باید همین توجیه را ذکر نماییم.

در مورد فرض دوم نیز گفته می شود «علی الید» اخبار از جعل سابق است، بهترین پاسخ، این است که بگوییم مبنای مرحوم شیخ انصاری قدس سره مبنی بر این که حکم وضعی باید از حکم تکلیفی انتزاع شود، صحیح نیست؛ امّا اگر بنا بر

صحت این مبنا گذاشته شود، دیگر اشکال محقق اصفهانی رحمه الله مبنی بر آن که این مبنای مرحوم شیخ قدس سره در اینجا قابلیت جریان ندارد، وارد نیست و صحیح نمی باشد؛ زیرا، در مورد صغیر آن چیزی که وجود دارد این است که صغیر تکلیف منجز فعلی ندارد، امّا آیا تکلیف به صورت واجب معلق در حق او جریان ندارد؟ یعنی به این صورت که وجوب در مورد او فعلی است، امّا خود واجب در آینده می آید. به عبارت دیگر، آن چه در مورد صغیر صحیح نیست، آن است که برای او تکلیف فعلی منجز را قائل شویم؛ اما اگر تکلیف فعلی معلق را قائل شویم، دیگر محذوری ندارد.

مرحوم امام قدس سره در ادامه بیان می کند که بر اساس مبنای شیخ انصاری رحمه الله در رجوع قید به ماده و نه هیئت، این مسأله روشن تر می شود که طبق این مبنا مسأله به نحو واجب معلق می شود؛ و به عبارت دیگر، در قضایای شرطیه، طبق نظر مشهور، چنان چه شرط به هیئت رجوع نماید، وجوب و تکلیف مشروط می شود؛ اما طبق مبنای شیخ انصاری رحمه الله که شرط به ماده رجوع می کند، نتیجه، همان واجب معلق می شود.

در انتها نیز می فرماید: در یک صورت این اشکال قابل دفع نیست، و آن هنگامی است که شخص مجنون قبل از افاقه و کودک قبل از رسیدن به سن بلوغ از دنیا بروند؛ در این موارد چگونه می توان گفت کودکی که قبل از رسیدن به سن بلوغ مرده، تکلیف فعلی داشته است؟

البته این اشکال را بر اساس مبنای «خطابات قانونیه»^(۱) می توان پاسخ داد. خطاب قانونی در مقابل خطاب شخصی قرار می گیرد؛ بدین صورت که شارع مقدّس در خطاب قانونی، افراد و خصوصیات آن ها را مدّ نظر قرار نمی دهد؛

ص: ۱۳۴

۱- (۱). جهت اطلاع از بحث خطابات قانونیه و نظر استاد محترم، رجوع کنید به مباحث خارج اصول حضرت استاد، مبحث ثمره ی بحث ضدّ، جلسه ی شماره ۶۶ به بعد که در پایگاه اطلاع رسانی ایشان به آدرس gro.lezaf-j.www وجود دارد.

کاری ندارد که شخص مورد خطاب، بالغ است یا صغیر، مجنون است یا عاقل، مضطرّ است یا مختار و...؛ بلکه شارع مقدّس به عنوان مثال می فرماید: «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ...» (۱) و این تکلیف را به عنوان یک قانون کلی در شریعت خود بیان می فرماید؛ حال، در مورد کودک، صغارت سن، برای او عذر می شود که تکلیف فوق از گردنش ساقط شود. در این بحث نیز گفته می شود که کودک چون صغیر است، نسبت به حکم تکلیفی عذر دارد، ولی حکم ضمان به نحو فعلی در مورد او محقق است.

بنابراین، مرحوم امام خمینی قدس سره با بیان توجیهاً فوق به این نتیجه می رسند که حدیث «علی الید» اطلاق داشته و شامل ید صغیر و مجنون نیز می شود.

عبارت مرحوم امام قدس سره در «کتاب البیع» چنین است:

«أقول: بعد فرض ظهور «علی الید...» فی الوضع، وإطلاقه الشامل لید الصغیر والمجنون الممیّزین، لا یجوز رفع الید عنه إلّا بدلیل، والمدّعی فی المقام هو قیام الدلیل العقلی علی خلافه، فلو أمکن التوجیه بما یدفع به الدلیل العقلی بأی وجه ممکن لا یجوز رفع الید عن الحجّه. ولو کان الدفع بعيداً عن الأذهان، بنحو لا یصحّ الالتزام به فی مقام الإثبات والإستظهار من الأدلّه.

وفی المقام یمکن دفعه علی التقدیرین:

أمّا علی فرض أنّ «علی الید...» إنشاء لا إخبار، فلا یمکان أن یقال:

إنّه ظاهر فی جعل الحکم الوضعی، لكنّ العقل یدفع هذا الظهور؛ لامتناع جعل الوضع ابتداءً علی الفرض، فیصیر حکم العقل قرینه علی انشاء الوضع - بلا جدّ وجعل الواقعی - بداعی الإرشاد إلی الحکم التکلیفی الّذی هو منشأ لانتزاع الوضع لدى العقلاء.

وإنّما انشأء بصوره الوضع؛ للإرشاد إلی مقدار سعه التکلیف

ص: ۱۳۵

المدى هو منشأ انتزاع الوضع واقعاً، وإطلاقه دليل على ثبوت حكم تكليفي يطابق هذا الإنشاء الصوري الإرشادي، ويكون منشأ لانتزاع وضع واقعي مطابق للإنشاء المذكور.

وما ذكر وإن كان بعيداً عن الأذهان، بل شبيهاً بالأكل من الففا، لكنّه كاف في إمكان الأخذ بالظهور، ومعه يجب الأخذ به.

وأما تصوير توجيه التكليف إلى الصغير والمجنون، فيأتي في الفرض الثاني، وهو كون «على اليد» إخباراً عن جعل سابق.

فبعد فرض صحّة المبنى، لا يرد عليه ما ذكره المستشكل؛ لإمكان أن يقال: إنّ الصغير والمجنون قابلان لتوجه التكليف المعلق على زمان البلوغ والإفاقة إليهما، ولا دليل على بطلانه والإجماع لم يثبت بهذا النحو؛ لأنّ المتيقّن منه التكليف بالأداء في الحال، وحديث رفع القلم لو فرض التعميم للتكليف، لعلّه ظاهر في المنجز لا المعلق.

فيمكن أن يقال: إنّ الصغير والمجنون المميزين مكلفان بأداء الغرامه على نحو الواجب المعلق، سيّما على مسلك الشيخ قدس سره؛ من رجوع القيود في الواجب المشروط إلى المادّه، فلا يصحّ على مذهبه اشتراط التكليف بالبلوغ والإفاقة، فلا بدّ من أخذ القيد إمّا قيداً للمكلف به، أو قيداً وعنواناً للمكلف، وفي المقام بعد قيام الحجّه على ضمان الصغير المميّز، يتعيّن الأوّل.

وبالجملة: المقصود دفع الإشكال العقلي عن ظاهر الحجّه؛ لعدم جواز رفضه بمجرد إشكال قابل للدفع ولو بتكلف.

نعم، يبقى الإشكال في المجنون المدى لا يفيق، والصغير المدى يموت قبل بلوغه. ويمكن دفع الإشكال بوجه يعمّ الموارد، وهو الالتزام بالتكليف الفعلي القانوني على الناس جميعاً، وجعل الجنون والصغر من قبيل الأعذار العقلية التي التزمنا ببقاء فعلية التكليف معها، فلا مانع من تعلق الوضع حتّى مع العذر عن التكليف.

لكنّ الإنصاف: أنّ تلك التكلّفات لأجل مبني غير وجيه، في غير محلّها»^(۱).

اشکالات سخن امام خمینی رحمه الله

در مورد پاسخی که مرحوم امام قدس سره نسبت به اشکال های محقق اصفهانی رحمه الله بیان کردند، مطالبی قابل ملاحظه است.

اول: این مطلب مورد قبول است که با وجود دلیل عقلی لازم است در ظاهر دلیل نقلی تصرف نماییم، لکن نمی توانیم بپذیریم که همین دلیل عقلی، توجیه روشنی را برای ظاهر دلیل نقلی بیان نماید، بلکه برای توجیه نیازمند قرینه دیگری هستیم و در این بحث حضرت امام قدس سره قرینه روشنی بر ضمان صوری ذکر نفرمودند؛

دوم آن که اگر مبنای ایشان پذیرفته شود، در بسیاری از موارد، مسیر فتوا و نتیجه ای که فقها از روایات می گیرند، عوض می شود؛ در حالی که به نظر می رسد در چنین مواردی، لازم است که توجیهاات به گونه ای باشند که در نزد عرف مورد قبول باشند و با تکلّفات بعیده و مطالبی که فقط اهل فقه و کسانی که با اصطلاحات علمی آن آشنا هستند، نمی توان دلیل نقلی مخالف با دلیل عقلی را حفظ کرد.

اشکال سوم اینکه واجب معلق در صورتی که امکان آن را بپذیریم، اما در مقام اثبات نیازمند به دلیل است و در این بحث دلیلی بر آن در مقام اثبات وجود ندارد.

اشکال چهارم که خود ایشان نیز متوجه آن هستند، این است که توجیهاات مرحوم امام قدس سره در صورتی معنا دارد و صحیح است که کودک بالغ شود؛

ص: ۱۳۷

۱- (۱). الامام الخميني، كتاب البيع، ج ۱، صص ۳۸۲-۳۸۴.

بنابراین، اگر کودکی که بر مال غیر تسلط پیدا کرده است، قبل از رسیدن به سن بلوغ بمیرد، نمی توان مسأله را از راه واجب معلّق درست کرد؛ زیرا، مردن کودک، کاشف از این است که وجوبی در حق او محقق نبوده است. و به همین دلیل است که ایشان برای حلّ اشکال از راه خطابات قانونیه وارد شدند. اما همان گونه که در بحث اصول فقه نیز بیان داشته ایم، به نظر می رسد که این مبنا صحیح نبوده و مورد قبول ما نیست؛ گرچه بزرگانی از تلامذه ایشان، هم چون والد محقق و فقیه ما این نظریه را پذیرفته و در مباحث فقهی بسیاری آن را جاری ساخته اند.

مرحوم امام قدس سره در انتها فرمودند: این نظریه که احکام وضعیه لازم است از احکام تکلیفیه انتزاع شود، مطلب غیر صحیحی است، - و به نظر ما نیز حق با ایشان است -؛ لیکن نکته قابل توجه آن است که این اشکال در صورتی مجال دارد که ضمان را یک حکم وضعی بدانیم؛ اما طبق تفسیری که ما برای ضمان بیان نمودیم مبنی بر این که ضمان عبارت است از استقرار در عهده که یک عنوان عامی است و حکم تکلیفی و وضعی از آثار مترتب بر آن است، مجالی برای این اشکال باقی نخواهد ماند. فتدبر.

توجیه دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله

ممکن است که به نوعی بتوان از مرحوم شیخ اعظم قدس سره دفاع کرد؛ به این صورت که می توان گفت: هرچند در باب تکالیف، بلوغ از شرائط دانسته شده است؛ لیکن همین قاعده اشتراط تکالیف به بلوغ قابلیت تخصیص دارد. گرچه این مطلب بر خلاف ظاهر کلمات قوم است، اما بر اساس «ما من عامّ إلّا وقد خصّ» می توان گفت این قاعده، قابلیت تخصیص دارد؛ و چنان چه دلیلی برای تخصیص وجود داشته باشد، باید به آن اخذ کنیم. در این بحث، می توان گفت:

شارع مقدّس بر طبق اطلاق حدیث «علی الید»، تکالیفی را بر عهده صبیّ ممیّز نیز قرار داده است. نتیجه آن که، اگر صبیّ ممیّز «ید» پیدا کند، حکم تکلیفی و وضعی هر دو بر آن مترتب می شود؛ همان طور که در مستقلّات عقلیه مانند «الظلم حرام» می توان گفت این احکام اختصاصی به بالغین ندارد؛ و اگر عقل در چنین مواردی، حکم را شامل بیّحه ممیّز بداند، شارع نیز باید همین رأی را داشته باشد. و اساساً یکی از فرق های مهمّ بین حکم عقل و بنای عقلا در این است که در مورد دوّم، شارع می تواند مخالفت نماید، اما در مورد اوّل - یعنی حکم عقل - شارع به هیچ وجه نمی تواند با آن مخالفت کند. بنابراین، می توان گفت: به مقتضای علی الید، شارع حکم تکلیفی را نیز برای صبیّ ممیّز قرار داده است.

اگر کسی اشکال کند که حدیث «رفع القلم عن الصبیّ حتّی یحتلم» می تواند این حکم را بردارد؟ در پاسخ به او خواهیم گفت: اینک بحث ما در این است که آیا حدیث «علی الید» به خودی خود و با قطع نظر از هر دلیل دیگری، صلاحیت شمول نسبت به صبیّ ممیّز را دارد یا خیر؟ و بعد از آن که شمول حدیث نسبت به این مورد روشن شد، آنگاه باید مفاد حدیث رفع را کاملاً بررسی نماییم و ببینیم که آیا با این اطلاق مخالفت دارد یا خیر؟ در جواب این پرسش نیز می توان گفت: حدیث رفع نیز قابلیت تخصیص دارد، و این گونه نیست که به صورت واضح بگوییم با حدیث رفع باید همه ادلّه، حتی حدیث علی الید را تقیید بزنیم؛ و چه بسا، ظهور «علی الید» اقوای از حدیث رفع باشد.

نتیجه آن که بر اساس این مطالب، می توان از جانب شیخ انصاری رحمه الله این حرف را زد که در کودک ممیّز حکم وضعی ضمان وجود دارد؛ چرا که در این گونه موارد، کودک دارای حکم تکلیفی است و حکم وضعی از این حکم تکلیفی انتزاع می شود.

مرحوم آقای خوئی قدس سره در این زمینه بیان می فرماید: از ادله وارده در باب این که قصد کودک تا هنگامی که بالغ نشده، لغو است و افعال عمدی کودک را نازل منزله خطا می داند - «عمد الصبی خطأ»، «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» - استفاده نمی شود که کودک در صورت اتلاف مال غیر ضامن نیست؛ چرا که این ادله شامل افعالی می شود که موضوع احکام شرعی قرار نمی گیرند مگر آن که از روی قصد و اختیار انجام بگیرد؛ در حالی که بعضی از افعال هستند که به خودی خود، موضوع احکام شرعی قرار می گیرند، بدون آن که قصد و عمد در آن ها لحاظ شده باشد؛ مانند احداث ناقض وضو و طهارت که هر چند از روی جهالت و بدون اختیار حادث شوند، باز ناقض طهارت خواهند بود. و تردیدی نیست که اتلاف مال غیر از این قبیل بوده و موجب ضمان است، هر چند در حال غفلت و یا از روی جهل صادر شده باشد، و یا حتی بدون اراده و اختیار باشد؛ دلیل این مطلب نیز آن است که در قاعده اتلاف غیر از عنوان اتلاف چیز دیگری به عنوان موضوع قرار داده نشده، و مجرد این عنوان و تحقق آن موجب ضمان است.

سپس فرموده اند: از آنجا که حدیث رفع در مقام برداشتن احکام الزامی است، می توان گفت بچه تا هنگامی که بچه است، احکام الزامی متوجه او نمی شود؛ اما این مطلب منافاتی ندارد با این که سبب احکام الزامیه در همان زمان بچگی محقق شده باشد. بنابراین، چنان چه صبی در زمان کودکی اش مال مردم را تلف کند، سبب ضمان محقق می شود، اما حکم الزامی خروج از عهده بعد از بلوغ متوجه او می شود؛ و یا اگر در کودکی جنابت برای او حاصل شود، حکم وجوب اغتسال بعد از بلوغ متوجه او خواهد شد.

بنابراین، تردیدی وجود ندارد که حدیث «علی الید» - علی الید ما أخذت

حتّى تؤدّى - شامل يد صبي ممّيز نیز می شود؛ و كودك ممّيز در صورت تسلط بر مال غير و تلف يا اتلاف آن، به مقتضای این حدیث ضامن است.

بيان مرحوم آقاي خوئی قدس سره طبق آن چه كه در تقريرات ایشان آمده، چنین است:

«قد يتوهم عدم الضمان لأنّ عمد الصبي خطأ، ولأنّ قلم التكليف قد ارتفع عنه حتّى يحتمل، ولكن هذا التوهم فاسد، إذ لا شهادة في شيء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان:

أمّا الأوّل، فلأنّ الظاهر أنّ تنزيل عمد الصبي منزله خطأه إنّما هو في الأفعال التي لا تكون موضوعاً للأحكام الشرعيه إلّا إذا صدرت من الفاعل بالإرادة والاختيار ومع القصد والعمد، لا في الأفعال التي هي بنفسها موضوع للأحكام الشرعيه من غير أن يعتبر فيها القصد والعمد كالجنابه، فإنّها توجب الغسل وإن تحققت حال النوم، وكمباشره النجاسات فإنّها توجب نجاسه البدن وإن كانت المباشره بغير التفات إلى النجاسه، وكالأحداث الناقضه للطهاره وإن صدرت جهلاً أو غفله أو بغير اختيار، فإنّ شيئاً من تلك الأمور لا يتوقّف تأثيرها على صدورها بالإرادة والاختيار.

ولا- ريب في أنّ اتلاف مال الغير من القبيل الثاني فإنّه يوجب الضمان وإن صدر حال الغفله والجهل وبدون الإراده والاختيار، ضروره أنّه لم يؤخذ في قاعده من أتلّف عنوان آخر غير صدق الاتلاف...

أمّا الوجه الثاني: فقد عرفت أنّ المراد من دليل رفع القلم عن الصبيّ إنّما هو رفع الأحكام الالزاميه عنه منذ نومه أظفاره إلى حدّ بلوغه، وهذا لا ينافي توجه تلك الأحكام الالزاميه عليه بعد بلوغه.

والسرّ في ذلك أنّ دليل رفع القلم والتكليف قد تعلق بالصبيّ في دور مدار صبوته، وعلى هذا الضوء فاتلاف الصبي مال غيره

سبب للضمان جزماً ولكنّه لا يستتبع الحكم الالزامي إلّا بعد بلوغه وإذا بلغ توجه عليه التكليف ووجب عليه الخروج عن عهده، لأنّه وقتئذ يصدق عليه أنّه أتلف مال غيره كما يتوجه عليه عندئذٍ وجوب الاغتسال مع تحقّق الجنابه منه قبل البلوغ» (۱).

اشکالات وارد بر دیدگاه محقق خوئی رحمه الله

در مورد وجه اول از کلام ایشان باید گفت: اولاً چنین تعبیری که نفی قصد و عمد از صبی می کند، مربوط به باب جنایات است و در ابواب دیگر جاری نمی شود؛ و به عنوان مثال، نمی توان در باب اقامه و قصد عشره ایام نیز بگوییم قصد صبی اعتباری ندارد، بلکه صبی ممیز می تواند قصد ده روز را داشته باشد؛ و یا در باب تقلید، بچه ممیز می تواند بر طبق یک فتوا عمل کرده و یا التزام به یک فتوا داشته باشد.

ثانیاً در پاره ای از موضوعات، خود آن ها موضوع برای احکام هستند، و قصد و اختیار در آن دخالت ندارد. از ادله آن ها چنین استفاده می شود و گرنه، خود این عناوین نسبت به قصد و عدم قصد اطلاق و عمومیت دارند. به عنوان مثال، شارع می توانست در باب نجاست و یا جنابت، قصد و عمد را لحاظ نماید؛ اما با قراینی که وجود دارد، استفاده می شود که در تحقّق این عناوین، قصد و عمد دخالت ندارد.

بنابراین، لازم است در عبارت «عمد الصبی خطأ» باید بررسی نماییم که چگونه استفاده می شود این تنزیل در افعالی است که در تحقّق آن ها قصد و عمد معتبر است؟. زیرا، ممکن است گفته شود این تنزیل در مواردی است که برای هر یک از عمد و خطا حکم جداگانه ای باشد؛ به این معنا که عمد دارای

ص: ۱۴۲

۱- (۱). محمد علی التوحیدی، مصباح الفقاهه، تقریراً لأبحاث السید الخوئی، ج ۲، صص ۵۳۶-۵۳۸.

یک حکم و خطا دارای حکم دیگری است، همان طور که در باب قتل خطایی، حکم آن است که عاقله باید دیه مقتول را بپردازد. لذا، نمی توان گفت عبارت «عمد الصبیّ خطأ» در مقام این است که بگوید فقط حکم عمد در افعال عمدی کودک جریان ندارد؛ بلکه در مقام این است که بگوید حکم خطا در سایر موارد بر افعال عمدی کودک جریان دارد.

نسبت به وجه دوّم کلام ایشان نیز باید گفت: تفکیک بین سبب و مسبب بر خلاف ظاهر ادله است؛ و ما نمی توانیم بپذیریم که در زمان کودکی شخص، سبب ضمان محقق شده است، اما لزوم خروج از عهده بعد از بلوغ متوجه او خواهد شد؛ اگر هم بخواهیم به ظاهر حدیث رفع استناد کنیم و آن را بر سایر ادله مقدم گردانیم، باید بگوییم نسبت به صبیّ، اتلاف، جنابت و امثال این ها هیچ گونه سببیتی ندارد و شارع مقدّس از اساس، سببیت این امور را برای صبیّ الغا نموده است.

نتیجه گفتار چهارم

از تمام مطالبی که در این قسمت بیان کردیم، نتیجه می گیریم که بدون شک و تردید، حدیث «علی الید» شامل صبیّ ممیز نیز می شود؛ و اگر کودک ممیزی بر مال غیر، عدواناً، ید پیدا کند، به مقتضای این حدیث ضامن است؛ و حتی حکم تکلیفی و جوب ادا و خروج از عهده نیز شامل او می شود. واللّٰه العالم.

گفتار پنجم: شمول روایت نسبت به ید غیر ابتدایی

اشاره

یکی دیگر از مطالب مهمّ در مورد حدیث «علی الید»، این است که تردیدی وجود ندارد کلمه «ید» در این حدیث شامل ید ابتدایی - این که شخص از همان ابتدا بر مال ید پیدا کند - می شود، امّا سؤال این است که آیا حدیث اطلاق

داشته و شامل ید غیرابتدایی - که فقها گاه از آن به ید مترتبه و ید متعاقبه نیز یاد می کنند - می شود؟

به عبارت دیگر، اگر کسی بر مال غیر ید پیدا کند و شخص دومی بیاید این مال را از او بگیرد - حال یا به قهر و غلبه و یا به رضایت نفر اول - و همین طور نفرات بعدی بیایند و بر این مال ید پیدا کنند، آیا حکم حدیث «علی الید» که همانا ضمان و یا حکم تکلیفی است، شامل این افراد نیز می شود؟

برای روشن شدن مطلب و رسیدن به پاسخ سؤال، لازم است این نکته بیان شود که ید پیدا کردن بر مال غیر چند صورت دارد:

صورت اول این است که یک نفر بر اموال متعددی ید پیدا کند (ید واحده بر اموال متعدده)؛ در مورد حکم این صورت، باید گفت که بدون تردید حدیث «علی الید» این مورد را در بر می گیرد.

صورت دوم آن است که چند نفر بطور جداگانه بر اموال متعدّد ید پیدا کنند (ایدی متعدده بر اموال متعدده)؛ این مورد نیز بدون شک مشمول حکم دلیل ید می شود و هر یک از این افراد ضامن مالی که بر آن ید پیدا کرده اند، هستند.

صورت سوم که مورد این بحث است، این که چند نفر متعاقباً و در زمان های مختلف بر یک مال تسلط پیدا کنند (ایدی متعدده بر مال واحد)؛ آیا این مورد نیز تحت حکم «علی الید» قرار می گیرد؟

به حسب ظاهر، «ید» اطلاق دارد و فرقی نمی کند که ید واحد باشد و یا متعدد. اگر از حدیث «علی الید» فقط حکم تکلیفی را استفاده کنیم، با هیچ اشکالی مواجه نخواهیم شد؛ در این صورت، بر هر کدام از این افراد رد مال واجب است. ائما الکلام در جایی است که از حدیث حکم وضعی ضمان را استفاده کنیم؛ چرا که در این صورت تمام این افراد ضامن آن مال خواهند بود و در صورت تلف شدن، بر عهده همه آن ها مثل و یا قیمت آن مال می آید.

در این صورت که ایدی متعدده بر مال واحد تعلق پیدا می کند، نسبت به ضامن چند احتمال وجود دارد؛

احتمال اول: یک احتمال این است که گفته شود این از خوش اقبالی مالک است که چندین ید بر مال او قرار گرفته است و همه آن ها باید مثل و یا قیمت مالش را بپردازند. این مطلب از نظر عقل نیز محال نمی نماید و شارع مقدّس از باب عقوبت غاصبین می تواند بگوید همه کسانی که بر مال غیر ید پیدا کرده اند، ضامن هستند و باید به مالک خسارت بدهند.

اشکال احتمال اول: اشکال این احتمال آن است که گرچه این مطلب محال عقلی نبوده و از نظر عقل انسان، اشکالی به آن وارد نیست؛ امّا با ضرورت فقه مخالفت دارد؛ ضرورت فقه - چه خاصّه و چه عامّه - بر این مسأله قرار گرفته است که مال واحد بیشتر از یک تدارک و خسارت ندارد؛ اشکال دیگری که می توان بیان داشت این است که این احتمال مخالف با اجماع علماست.

بنابراین، احتمال اول مردود است.

احتمال دوم: این که گفته شود یک نفر معین از میان آن افراد ضامن است و باید خسارت را به مالک بپردازد.

اشکال احتمال دوم: این احتمال نیز مردود است؛ و اشکالش این است که در این صورت، ترجیح بلا مرجح لازم می آید که امری قبیح است.

احتمال سوم: احتمال دیگر آن است که گفته شود یک نفر غیر معین ضامن مال است.

اشکال احتمال سوم: این احتمال نیز دچار اشکال بوده و باطل است؛ بدین بیان که در اینجا سؤال می شود آن یک نفر را چه کسی معین می کند؟ اگر اختیار به دست خود مالک باشد، بر خلاف ظاهر حدیث خواهد بود؛ زیرا، روایت

می گوید «علی الید ما أخذت...»، هر کسی که بر مال غیر ید پیدا کرد، باید خسارت بدهد و نمی گوید که در تعیین ضامن، مالک دارای حق است و اختیار مالک در آن دخالت دارد.

احتمال چهارم: احتمال چهارم نیز آن است که گفته شود چون ایدی متعدده است، ید هر کدام از این افراد با دیگری تعارض می کند و همه ساقط می شوند؛ بنابراین، در مثل این مورد اصلاً ضمانی وجود ندارد.

اشکال احتمال چهارم: بطلان این احتمال نیز روشن است؛ چه آن که در این صورت لازم می آید که مال مالک بدون عوض و بدون تدارک باقی بماند و این ظلم در حق مالک است که امری قبیح است.

احتمال پنجم: پس از آن که یکایک احتمالات فوق کنار رفت، نوبت به احتمال پنجم می رسد و آن این که گفته شود همه این افراد ضامن خواهند بود و بین هیچ کدام فرقی نیست؛ همه در اصل ضامن واحد و مشترک هستند.

بنابراین، گفته می شود که حدیث «علی الید» اطلاق داشته، هم ید ابتدایی و هم ایدی متعاقبه را در بر می گیرد.

اشکال احتمال پنجم: در مورد این احتمال، سه اشکال وجود دارد؛ اشکال اول این سؤال مطرح می شود که با غایت موجود در روایت - حتی توّدی - چه باید کرد؟ غایت در این دلیل می گوید اگر خسارت مال ادا شد، ضامن از بین می رود؛ به عنوان مثال، در صورتی که مالک به نفر اول رجوع کند و او نیز خسارت مال - مثل و یا قیمت آن - را بپردازد، بر طبق غایت، ضامن از بین می رود؛ در حالی که طبق این احتمال گفته می شود ذمه نفرات بعدی نیز مشغول است و آن ها ضامن هستند و چون این ضامن قابلیت برای ادا ندارد - زیرا، مال واحد بیش از یک ادا ندارد -، نتیجه این می شود که امکان بری شدن ذمه آن ها از ضامن تا روز قیامت نیست.

به عبارت دیگر، امکان ندارد که در زمان واحد و در عرض واحد، برای یک مال دو ادا باشد؛ هنگامی که خسارت مال پرداخت شود، دیگر چیزی باقی نمی ماند که ادای دیگری بخواهد برای آن محقق شود. همان گونه که یک مال در زمان واحد نمی تواند نزد دو نفر باشد و بلکه خارجاً و تکویناً در نزد یک نفر خواهد بود. در مورد مسأله ضمان و استقرار عهده نیز به همین صورت خواهد بود.

اشکال دومی که بر احتمال پنجم وارد می شود، یک اشکال ثبوتی عقلی است؛ و آن این که چگونه مال واحد ضمان های متعددی پیدا می کند؟ چنین چیزی معقول نیست؛ بلکه مال واحد فقط اقتضای یک اشتغال ذمه را دارد، نه اشتغال های متعدد.

اشکال سومی نیز بر این احتمال وارد شده است و آن این که منظور از «ما أخذت» در این روایت، «ما أخذت من مالک» است. در این صورت، حدیث «علی الید» به هیچ عنوان شامل ید ابتدایی نمی شود؛ چه آن که دیگر نفرات که بر مال غیر ید پیدا کرده اند، آن را از مالکش نگرفته اند و در نتیجه، ضامن نخواهند بود. این اشکال به راحتی پاسخ داده می شود؛ و آن این که از کدام قسمت روایت استفاده می شود منظور از «ما أخذت»، «ما أخذت من مالک» است؟ قرینه ای هم بر این مطلب وجود ندارد. بلکه باید گفت منظور از «اخذ» اخذ بدون رضایت است که همان ید غیرمأذون می شود، هم ید ابتدایی و هم ایدی متعاقبه را شامل می شود.

نتیجه این می شود که از نظر مقام اثبات، بحثی وجود ندارد که اگر ایدی متعدده بر مال واحد تعلق پیدا کند، هر کدام از آن ها سببیت برای ضمان دارد و مالک به هر کدام از ذی الیدها که بخواهد می تواند رجوع کند؛ اگر مال باقی است، آن را بگیرد؛ و در صورت تلف نیز مثل یا قیمتش را اخذ کند.

(قرار گرفتن مال واحد در عرض واحد بر عهده ی اشخاص متعدّد)

اما از نظر مقام ثبوت، دچار دو اشکال است؛ یکی این که ثبوتاً ادای متعدد امکان ندارد، فکیف يتصور تعدّد الضمان؟ و دوّم آن که معقول نیست مال واحد در عرض واحد، در عهده اشخاص متعدّد قرار بگیرد.

در اینجا بزرگان علما تلاش کرده اند که از این اشکال پاسخ دهند و جواب های بسیاری نیز مطرح شده است که برای رسیدن به پاسخ صحیح لازم است تک تک آن ها را بیان و بررسی نمائیم.

۱ - پاسخ مرحوم آخوند از اشکال ثبوتی

آخوند خراسانی رحمه الله برای حل شدن اشکال می فرماید که این مورد از قبیل واجب کفایی است؛ همان طور که در واجب کفائی، وجوب بر عهده ی همه اشخاص قرار می گیرد و در صورت اتیان یک نفر، تکلیف از بقیه افراد ساقط می شود، در این مسأله نیز گفته می شود که ادای مال به صورت واجب کفایی بر همه ذوالیدها واجب است؛ و اگر یک نفر از آن ها قیمت یا مثل مال را به مالکش بپردازد، تکلیف از گردن دیگران ساقط می شود(۱).

اشکالات وارد بر پاسخ مرحوم آخوند

به نظر می رسد بر این سخن مرحوم آخوند خراسانی قدس سره سه اشکال وارد است.

اولین اشکال این است که ایشان صورت مسأله را فقط فرض تلف ذکر می کند و به پاسخ اشکال در موردی که مال تلف شده باشد، می پردازد؛ در حالی که اشکال در این بحث، اختصاصی به صورت تلف مال ندارد و در

۱- (۱). محمّد کاظم الخراسانی، حاشیه المکاسب، ص ۸۳، عبارت کتاب چنین است: «... وأما كون الواحد في عهده المتعدّد، بحيث يجب على كلّ واحد كفائياً، ردّه إلى مالکة...».

مواردی هم که مال در دست ذوالیدها باقی باشد، عهده تمامی آن‌ها مشغول است؛ بنابراین، لازم بود که مرحوم آخوند قدس سره اشکال موجود در مسأله را در این فرض نیز پاسخ می‌دادند.

اشکال دوّم: بیان مرحوم آخوند در صورتی صحیح است که مفاد حدیث «علی الید» را حکمی تکلیفی بدانیم؛ اگر گفته شود که دلیل ید بر حکم تکلیفی وجوب الاداء دلالت دارد، سخن ایشان صحیح است که این حکم تکلیفی به نحو واجب کفایی مطرح باشد؛ در حالی که مشهور فقها از حدیث «علی الید» حکم وضعی ضمان را استفاده می‌کنند و نه حکم تکلیفی وجوب الاداء را.

بنابراین، آخوند خراسانی رحمه الله باید به این اشکال با توجّه به نظر مشهور فقها پاسخ دهند.

اشکال سیم: بر فرض که مرحوم آخوند قدس سره از این حدیث حکم تکلیفی استاده نکنند و بلکه منظورشان تنظیر مسأله ضمان در این بحث به باب واجب کفایی باشد، - همان گونه که در واجب کفایی، وجوب مقیّد به عدم امتثال دیگران است، در این مسأله نیز ضمان مقیّد به عدم ادای دیگران است - اشکال محقّق نائینی رحمه الله^(۱) بر ایشان وارد می‌شود که در باب واجب کفایی تقیید وجوب ممکن است و معنا دارد، لیکن تقیید ضمان حاصلی ندارد. محقّق نائینی رحمه الله فرموده اند: در باب واجب کفایی، شارع مقدّس یک حکم وجوبی را بر همه مردم واجب می‌کند و آن را به عدم امتثال دیگران مقیّد می‌کند؛ به صورتی که اگر یک نفر آن تکلیف را انجام دهد، وجوب از ذمه مابقی ساقط می‌شود؛ و اگر هیچ کس آن تکلیف را بجا نیاورد، ذمه همه مردم به این تکلیف مشغول است و بر ترک آن عقاب می‌شوند. اما در باب ضمان چنین چیزی محصّل معنا ندارد و نمی‌توان ضمان را مقیّد به عدم ادای دیگران دانست؛ چرا که معنای این مطلب

ص: ۱۴۹

۱- (۱). موسی بن محمّد النجفی الخوانساری، منیه الطالب، ج ۲، صص ۱۸۰ و ۱۸۱.

عدم الضمان است و این که بالفعل هیچ کدام از افراد ضامن نیستند.

نتیجه این که پاسخ مرحوم آخوند خراسانی قدس سره قابل قبول نبوده و نمی توان از راه تنظیر مسأله ضمان به باب واجب کفایی به اشکال ثبوتی مطرح شده در باب ضمان ایادی متعاقبه پاسخ داد.

۲ - پاسخ محقق نائینی رحمه الله از اشکال ثبوتی

اشاره

محقق نائینی رحمه الله برای حل اشکال راه دیگری را مطرح کرده، و می فرماید: از جهت ثبوتی این مطلب امکان ندارد و محال است که در زمان واحد دو نفر در عرض یکدیگر و مستقلاً ضامن یک مال باشند؛ بنابراین، اگر در مقام اثبات دیده شود که در یک موردی، اسباب متعدده برای ضمان وجود دارد، و ظهور در این داشته باشد که در زمان واحد دو نفر یا بیشتر بالاستقلال ضامن هستند، باید آن را به گونه ای توجیه کرد؛ و باید به حسب مقام اثبات یکی از دو راه انتخاب شود؛ یا مسأله اشتراک مطرح شود و این که هیچ کدام از ذوالیدها به طور مستقل ضامن مال اخذ شده نیستند؛ بلکه هر یک از آن ها مقداری از مال را متعهد هستند و به اندازه ای که تصرف کرده اند، باید خسارت بپردازند. و یا مسأله ضمان طولی برگزیده شود که در مباحث آینده توضیح داده خواهد شد.

الف) اشتراک ذوالیدها

ایشان در ابتدا مواردی را بیان می کنند که به حسب ظاهر، در این موارد، ضمان های متعددی در عرض یکدیگر هستند و می فرماید:

«أما درك المبيع أو الثمن: فهو عبارة عن ضمان شخص عن البائع للمشتري عهده الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً للغير، أو ضمان شخص عن المشتري للبائع عهده المبيع إذا خرج الثمن مستحقاً للغير. ومعنى ضمانه: أنه لو تلف المضمون أو امتنع أخذه من

ص: ۱۵۰

المضمون عنه يكون عوضه على الضامن، ففي مورد التلف أو الامتناع لا تشتغل إلأذمه الضامن، وفي مورد البقاء وعدم الامتناع ليس المكلف بالردّ والضمان إلأالمضمون عنه...

وأما ضمان الأعيان المضمونه فحكمها حكم درك المبيع أو الثمن، فإنّ من ضمن عن المستعير في العاريه المضمونه، أو ضمن في مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد فليس ضامناً مطلقاً، بل عند التلف، وفي هذا الحال لا تشتغل إلأذمه الضامن.

وأما في مورد البقاء، فمعنى ضمانها، أنّ عليه إزام المضمون عنه بالردّ إلى المالك...»(۱).

محقق نائینی رحمه الله اولین مورد را در باب بیع و بحث ضمان مبیع و ثمن مطرح می کند؛ بدین صورت که مثلاً زید به بایع می گوید: من از طرف مشتری ضامنم که در صورت عدم پرداخت ثمن آن را بپردازم و همین طور به مشتری می گوید: من از طرف بایع ضامن هستم که اگر مبیع را نداد و یا تلف شد، خسارت آن را بدهم. حال، اگر معامله واقع شد و چنین ضمانی در آن محقق شد، به حسب ظاهر بدین معناست که نسبت به مبیع معین در آن واحد دو نفر ضامن هستند. هم خود بایع ضامن است که مبیع را تحویل مشتری دهد و هم زید که ضامن تحویل مبیع به مشتری شده است.

از آنجا که ثبوتاً امکان ندارد دو نفر در عرض یکدیگر نسبت به مال واحد ضامن باشند، بنابراین، این مسأله باید به گونه ای توجیه شود؛ و توجیه آن، یا به این صورت است که از نظر صغروی مسأله را حل نماییم؛ و آن، این که گفته شود ضمان شخص دوّم فقط در صورت تلف شدن مال است و در فرضی که مال موجود می باشد، تنها خود بایع ضامن است. نتیجه آن که، در صورت باقی بودن عین مبیع، یک نفر - بایع - ضامن است و در صورت تلف آن نیز یک نفر

ص: ۱۵۱

۱- (۱). موسی بن محمد النجفی الخوانساری، منیه الطالب، ج ۲، صص ۱۸۱ و ۱۸۲.

- کسی که ضمانت مبیع را پذیرفته - ضامن است.

اشکال: اگر کسی در اینجا اشکال کند که شخص ضامن، در صورت بقای عین مبیع نیز ضامن است و در نتیجه، اجتماع ضامن ها پیش می آید؛ پس، چرا در فرض بقای مبیع می گوئید که فقط بایع ضامن است؟

جواب: محقق نائینی رحمه الله می گوید اگر چنین اشکالی مطرح شود، در پاسخ آن می گوئیم از نظر کبروی باید توجیه کنیم و بگوییم در اینجا در معنای ضمان نسبت به ضامن دوّم تصرّف می کنیم؛ بدین صورت که ضمان شخص دوّم به معنای ضمان شخص اوّل نیست؛ شخص اوّل عهده دار مال است که حتی در صورت تلف نیز باید عهده دار باشد، اما ضمان شخص دوّم به این نحو است که در فرض بقای عین مبیع ضامن باید بایع را الزام کند به این که مبیع را به مشتری رد کند(۱).

مورد دومی که مرحوم میرزای نائینی برای اجتماع ضمان ها بیان می کند، باب عاریه مضمونه است؛ بدین صورت که علاوه بر آن که مستعیر خودش قبول ضمان می کند، شخص دیگری نیز می آید و ضمانت مال را بر عهده می گیرد. در اینجا از یک طرف، شرط ضمان شده است و مستعیر بالفعل ضامن است؛ واز دیگر سو، شخص ثالثی نیز پیدا شده و آن مال را ضمانت کرده است؛ پس، اجتماع دو ضامن در مال واحد تحقق یافته است.

مورد سوم نیز در باب غصب و مقبوض به عقد فاسد است. محقق نائینی رحمه الله در توجیه مورد دوّم و سوم می گوید: ضمان شخص دوّم در عرض ضمان شخص اوّل نیست و بلکه در فرض تلف مال است؛ تا زمانی که عین مال باقی است، بر مستعیر واجب و لازم است که مال را به معیر بازگرداند، و فقط در

ص: ۱۵۲

۱- (۱). همان، ص ۱۸۱؛ «نعم، لو قيل بأنّ كلاً منهما في مورد البقاء ضامنان فيصير من قبيل اشتغال ذمتين عرضاً لمال واحد؛ وهذا ممنوع جداً، بل غاية ما يمكن أن يقال: إنّه يجب على الضامن إلزام المضمون عنه بالرد إلى المالك، لا الضمان الفعلي».

صورت تلف شدن مال است که ضمان شخص دوّم معنا پیدا می کند؛ نسبت به باب غضب و مقبوض به عقد فاسد نیز مسأله به همین صورت است.

ب) نظریه ی ضمان طولی

اما راه دومی که میرزای نائینی رحمه الله برای حل اشکال بیان می کند، حل مسأله از راه ضمان طولی است.

معنای ضمان طولی

مرحوم میرزای نائینی قدس سره پس از بیان موارد فوق در شریعت و بیان توجیه آن ها، به بحث ضمان طولی می پردازند و اشکال ثبوتی در باب ایدی متعاقبه را از همین طریق حل می کنند. ایشان در مورد ضمان طولی می فرماید:

«وأما الضمان طولاً علی أزيد من شخص واحد فی زمان واحد فيمكن ثبوتاً، ودلت عليه الأدلة إيجاباً.

أما ثبوتاً فلإمكان أن يكون كل واحد من الضمّاء ضامناً لما يضمنه الآخر، فتشغل ذمّه أحدهم بما تشغل ذمّه الآخر به، أي:

يخرج من كيس أحدهم ما يؤدّيه الآخر، وهذا النحو من الضمان يمكن أن يكون سببه العقد، أو الإتلاف، أو اليد، فالعقد كالضمان بالالتماس، فإذا التمس المديون من شخص أن يؤدّي دينه ورضى الدائن به فالضامن يصير ضامناً للدين، والملتمس يكون ضامناً لما يؤدّيه الضامن بمقدار ما يؤدّيه.

والإتلاف كضمان الغارّ ما يغترمه المغرور.

واليد كتعاقب الأيدي الغاصبه، فالغاصب الأوّل ضامن للمالك ما يضمنه الثاني، أي: يجب أن يخرج من كيس الثاني ما يغترمه الأوّل، فالغاصب الثاني ضامن لما يضمنه الأوّل...»^(۱).

ص: ۱۵۳

مرحوم نائینی قدس سره پس از بیان امکان ضمان طولی در عالم ثبوت و واقع، می فرماید این مقدار کافی نیست و بلکه باید دید در مقام اثبات، آیا می توان از «علی الید» چنین ضمانی را استفاده کرد یا نه؟ معنای ضمان طولی عبارت است از این که هر یک از ضامن ها، ضمانت مالی را بر عهده دارند که در عهده دیگری آمده است؛ به عبارت دیگر، ضمان هر کدام در طول ضمان دیگری است و ذمه ید دوم مشغول است به آن چه که ذمه شخص اول مشغول شده است؛ یعنی، ضامن دوم، ضامن مالی است که متّصف به این است که در عهده دیگری آمده و مال را بما هو هو ضامن نیست.

فرق ضمان طولی و ضمان عرضی نیز آن است که در ضمان عرضی هر کدام نسبت به مال خارجی در عرض یکدیگر و بالاستقلال ضامن هستند، و حال آن که در ضمان طولی، هر کدام ضامن آن عهده ای هستند که ذمه دیگری به آن مشغول است؛ و ضمان شخص لاحق در صورتی است که ضامن اول ادا نموده باشد؛ بنابراین، آن چه را که ید سابق ادا نموده است، از جیب شخص لاحق نیز خارج می شود.

نکته ی دیگری که باید به آن توجه شود، این است که ضمان طولی همانند سایر موارد طولیت که یک طرفه است، نیست؛ بلکه مراد طولی بودن از دو طرف است؛ یعنی هر کدام از سابق و لاحق نسبت به یکدیگر چنین ضمان طولی را دارند و غاصب اول ضامن چیزی است که بر ذمه نفر دوم آمده است، و غاصب دوم ضامن همانی است که بر ذمه نفر اول آمده است.

با توجه به آن چه ذکر شد، می توان ضمان طولی را در موارد زیر خلاصه نمود:

۱ - در ضمان طولی، مالی که قبلاً بر عهده دیگری آمده است با همین وصف، در عهده شخص دیگر قرار می گیرد.

۲ - در ضمان طولی، ضامن دوم آن چه را که ضامن اول ادا می کند، ضامن است؛ و این ضمان، تعلیقی و یا تقدیری است و عنوان فعلی ندارد.

۳ - مقصود از طولی بودن در این بحث، طولی بودن از هر دو طرف است؛ یعنی زید ضامن مالی است که در عهده عمرو آمده و عمرو نیز ضامن مالی است که در عهده زید آمده است. این مطلب از عبارت مرحوم محقق نائینی قدس سره که فرموده است: «تشتغل ذمه أحدهم بما تشتغل به ذمه الآخر» استفاده می شود.

اسباب ضمان طولی

محقق نائینی قدس سره در ادامه مطالب خود به بحث اسباب ضمان طولی پرداخته و سه سبب را برای آن مطرح می کنند که عبارت است از:

۱) عقد الضمان: به عنوان مثال، اگر زید مدیون به عمرو باشد و از بکر تقاضا کند که ضامنش شود، به حسب ظاهر دو نفر ضامن یک مال (دین) هستند. اینجا ضمان ضامن در طول ضمان مدیون است؛ بدین صورت که شخص ضامن، ضامن دین می شود و اگر دین مدیون را به داین پرداخت کند، مدیون ضامن است که آن مقداری را که این شخص به داین داده، پرداخت نماید - مدیون ضامن است که «مایؤدیه الضامن» را به شخص ضامن بدهد -.

۲) اتلاف: میرزای نائینی رحمه الله برای باب اتلاف به غارّ و مغرور مثال می زنند، که اگر شخص مغرور چیزی را به مالک بپردازد، همان مقداری که پرداخته بر عهده شخص غارّ می آید و او باید این مبلغ را به مغرور بدهد.

۳) ید: ضمان طولی در مورد سبب ید در بحث تعاقب ایدی غاصبه مطرح می شود که اگر زید مال عمرو را غصب کرده باشد و بکر از زید غصب کند و...، در اینجا غاصب اول که زید است، ضامن مالک بوده و باید خسارتش را بدهد.

اما ضامن مال نیست، بلکه ضامن آن چیزی است که بر عهده غاصب دوّم آمده است. بدین معنا که اگر مالک به غاصب اوّل رجوع کرد و او نیز خسارت مالک را پرداخت در حالی که باید از جیب نفر دوّم خارج می شد، می تواند به غاصب دوّم رجوع کند و همان چیزی را که به مالک پرداخت کرده است، از غاصب دوّم بگیرد.

مقایسه اسباب ضمان طولی با یکدیگر

مرحوم محقق نائینی قدس سره پس از بیان اسباب سه گانه، می فرماید: مسأله عقد الضمان و اتلاف از محل کلام ما خارج است؛ به همین دلیل، بحث را بر روی مسأله ید متمرکز می کنیم؛ لیکن قبل از توضیح مسأله، لازم است که جهات اشتراک و افتراق این اسباب سه گانه را مطرح نمائیم.

اما جهت اشتراک بین اسباب سه گانه عبارت است از این که منظور از ضمان در اینجا ضمان فعلی نیست و بلکه ضمان در این موارد، تقدیری است. به این معنا که ضامن در صورتی که دیگری مال را ادا کند به همان مقدار، ضامن خواهد بود؛ در غیر این صورت، ضمانی محقق نخواهد بود. به عنوان مثال، غاصب دوّم در صورتی ضامن است که غاصب اوّل چیزی پرداخت کرده باشد. شبیه آن که در ضمان مبیع، در صورت بقای مال فروخته شده، خود بایع ضامن است؛ و در صورت تلف، شخص دوّم که ضمانت مبیع را پذیرفته، ضامن است.

عبارت محقق نائینی در این مورد چنین است:

«أمّا الأثر المشترك بينهما فهو أنّ الضامن لما يضمنه الآخر ليس ضمانه فعلياً، بل يكون تقديرياً، أي: ضامن على تقدير أداء الآخر وبمقدار ما يؤدّيه،... وكيف كان، فالتحقيق: أنّ المديون لا يضمن للملتمس حقيقه إلا بعد أداء دينه؛ وكذلك الغاصب الثاني لا

يضمن للغاصب الأول إلّا بعد أداء الأول...»(۱).

و اما جهت افتراق اسباب سه گانه اين است که در عقد الضمان اثری وجود دارد که در مورد اتلاف و يد چنين اثری نیست. آن اثر اين است که در ضمان عقدي، ضامن نسبت به مالک تعدّد ندارد؛ بدین صورت که قبل از قبول ضامن، مديون خود نسبت به دینی که بر عهده دارد، ضامن است؛ اما بعد از قبول ضامن، دين بر عهده ضامن قرار می گیرد؛ چرا که مبنای فقهای امامیه در باب عقد ضمان اين است که انتقال ذمه صورت می گیرد، بر خلاف اهل سنت که قائل هستند ضمّ ذمه محقق می شود؛ لیکن در باب اتلاف و ایادی متعاقبه، تعدّد وجود دارد. ایشان می گوید:

«وأما الأثر المختصّ، ففي مورد الضمان العقدي لا يتعدّد الضامن للمالك؛ لأنّ الدين قبل قبول الملتمس، الضمان على عهده المديون دون غيره، وبعد قبوله فالدين على عهده لا غير؛ لخروجه عن ذمه الملتمس.

وأما الضمان بالتغدير أو تعاقب الأيدي فكلّ من الغارّ إذا كان غاصباً والمغرور وكلّ واحد من الغاصب الأول والثاني ضامن للمالك بنحو الطوليّه...»(۲).

ميرازی نائینی رحمه الله در ادامه می گوید بین مسأله غار و مغرور (مورد اتلاف) و مسأله تعاقب ایدی (مورد يد) نیز فرق است؛ و آن این که اگر مالک به فریب دهنده - کسی که با فریب مال مالک را به دیگری فروخته است - رجوع کند، او نمی تواند به فریب خورده بگوید چون من خسارت مال را داده ام، تو باید آن را جبران کنی، و حقّ چنين کاری را ندارد. لیکن در مورد تعاقب ایدی

ص: ۱۵۷

۱- (۱). همان، ص ۱۸۳.

۲- (۲). همان.

چنین چیزی وجود دارد و هر سابقی می تواند به شخص غاصبی که بعد از او هست، مراجعه کند و خسارت پرداخت کرده را دریافت کند.

دیدگاه شهید اول رحمه الله در مسأله غارّ و تعاقب ایدی

مرحوم شهید قدس سره در کتاب دروس (۱) فرق دیگری را در مورد مسأله غارّ و مغرور و مسأله تعاقب ایدی بیان می کند و آن این که، سبب ضمان در مسأله غارّ و مغرور فعلیت دارد، لیکن خود ضمان فعلیت ندارد و تا زمانی که مالک به مغرور رجوع نکرده است، غارّ ضامن نخواهد بود و ضمانی نیست؛ اما در مسأله تعاقب ایدی، حتی سبب ضمان غاصب دوّم برای غاصب اوّل نیز فعلیت ندارد.

اشکال محقق نائینی رحمه الله بر دیدگاه شهید اول قدس سره

میرزای نائینی رحمه الله این سخن شهید قدس سره را رد کرده و می گوید: از این جهت، بین دو مسأله فرقی نیست؛ چه آن که فرض این است که ید دوّم از ید اوّل ناشی شده و سبب ضمان در نفر دوّم نسبت به نفر اوّل وجود دارد؛ هر چند که تا نفر اوّل خسارتی به مالک نپرداخته باشد، ضمان فعلی برای غاصب دوّم نخواهد بود، و بلکه فقط سبب ضمان در مورد او وجود دارد (۲).

محقق نائینی رحمه الله پس از بیان این مطالب، می گوید: می توان در مورد یک مال تعدد ضامن ها را تصویر نمود؛ و این در صورتی است که ضمان هر یک در طول ضمان دیگری باشد، هر چند که از نظر زمانی، ضمان ها در عرض یکدیگر هستند.

ص: ۱۵۸

۱- (۱). ر. ک: الدروس الشرعیه، ج ۳، ص ۱۰۸.

۲- (۲). منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۸۴؛ «ولکنّ الحقّ: عدم الفرق بینهما من هذه الجهة؛ لأنّ الثانی أيضاً بالنسبه إلى الأوّل كالغارّ بالنسبه إلى المغرور، فإنّ الثانی یضمن ما ضمنه الأوّل، والأوّل حیث إنّهُ ضامن للمالک فعلاً والمفروض أنّ ید الثانی نشأت من ید الأوّل فسبب ضمان الثانی للأوّل موجود وإن کان ضمانه الفعلی له یتوقّف علی أداء الأوّل بدل مال المالک».

در مورد مسأله تعاقب ایدی دو نکته وجود دارد؛ اول آن که تمام کسانی که بر مال غیر «ید» و تسلط پیدا کرده اند، نسبت به مالک ضامن هستند بدون هیچ فرقی؛ و دیگر آن که هر لاحق، ضامن سابق نیز هست؛ بدین معنا که اگر نفر قبل، بدل مال را به مالک بدهد، بر نفر بعدی لازم است که آن مقدار را به نفر قبل بپردازد. بنابراین، ضامن لاحق، ضامن مطلق نیست. مرحوم محقق نائینی رحمه الله در ادامه مطلب، از کلام خویش اضرابی دارند؛ و آن این که، تاکنون گفتند ضامن لاحق از جهت رتبه متأخر از سابق است. اما بعد از اضراب می فرمایند:

علاوه بر این که از نظر رتبه متأخر است، از جهت زمانی نیز متأخر است.

این راجع به ضامن غاصبین نسبت به یکدیگر، اما در مورد ضامن آن ها نسبت به مالک، ایشان می فرماید: هیچ فرقی بین آن ها نیست؛ «علی الید» به همان وزانی که شامل ید اول می شود به همان صورت شامل ید اخیر می شود و همه را در بر می گیرد.

در این صورت، اشکال می شود بر میرزای نائینی رحمه الله که ضامن طولی در اینجا به چه صورتی می شود؟ مطلبی که شما بیان کردید - در شمول دلیل ید هیچ فرقی بین ایدی متعاقبه نیست و همه را به یک صورت شامل می شود - مخالف با معنای ضامن طولی است. در ضامن طولی، شخص دوّم ضامن خود مال مالک نیست و بلکه ضامن مالی است که در عهده نفر اول قرار گرفته و ذمه او را مشغول کرده است؛ و حال آن که حدیث «علی الید» می گوید همه افراد ضامن مال مالک هستند و هیچ فرقی بین ضامن ایدی متعاقبه نسبت به مالک نیست.

ایشان در مقام پاسخ و برای حل این اشکال بیان می کند: مانعی نیست که دلیلی مثل دلیل ید عام باشد، و ایدی متعاقبه را نیز شامل شود؛ امّا از دیگر سو، بین خود افراد - از جهت افراد و نه از جهت شمول عام - فرق باشد. به عبارت دیگر، دلیل از حیث عمومیت نسبت به افراد هیچ فرقی نیست، اما ممکن است

خود افراد فرق‌هایی داشته باشند که این ضربه‌ای به شمول عام وارد نمی‌سازد.

سپس می‌فرمایند: در اینجا دو صورت وجود دارد که لازم است هر کدام به صورت جداگانه، مورد بررسی و دقت قرار گیرند.

صورت اول این است که دو مال در میان باشد، به طوری که عمرو بر مال زید دست پیدا می‌کند و خالد نیز بر مال بکر؛ تردیدی نیست که در این صورت، «علی‌الید» هر دوی اینها را می‌گیرد و در شمول آن هیچ تفاوتی نیست؛ هر چند که در هر مالی خصوصیتی وجود دارد، اما هم عمرو و هم خالد ضامن مال هستند. در این فرض، معنای ضمان از نظر عقلا و عرف این است که خود مال، جدای از خصوصیتی که دارد، به عنوان یک کلی در عهده ضامن می‌آید. در این صورت، دیگر نیازی نیست که ضمان در فرض تلف مطرح شود.

نتیجه این صورت آن است که حدیث «علی‌الید» هر دو مال را شامل می‌شود؛ در حالی که یکی مال زید است و دیگر مال بکر است؛ حدیث خصوصیات شخصیه را کنار می‌گذارد و خود عین مال را به عنوان یک کلی در عهده، در نظر می‌گیرد.

و اما صورت دوم این است که مال واحد باشد و چند نفر بر آن دست پیدا کنند؛ به عنوان مثال، عمرو مال زید را بگیرد و بکر از عمرو، و خالد نیز از بکر و... آن مال را اخذ کنند.

محقق نائینی رحمه الله در این صورت می‌گوید:

«وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ قَبْلِ الثَّانِي فَاعْتَبَارَ ضَمَانَهُ عَرَفًا أَنْ يَكُونَ بَدَلَ الْمُضْمُونِ وَاحِدًا ذَاتًا وَفِرْدًا حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ ضَامِنٌ لَمَا يَكُونُ مَخْرَجُهُ فِي ذِمَّةِ الثَّانِي، وَالثَّانِي ضَامِنٌ لَمَا يَضْمَنُهُ الْأَوَّلُ، فَالثَّانِي وَإِنْ كَانَ ضَامِنًا لِلْمَالِكِ أَيْضًا بِإِطْلَاقِ الدَّلِيلِ أَوْ عَمُومِهِ كَالأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ لَيْسَ ضَامِنًا مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ ضَمَانِ الْمَالِ الَّذِي هُوَ فِي عَهْدِهِ الْآخِرِ وَذِمَّتُهُ أَنْ لَا يَكُونَ الضَّمَانُ مُطْلَقًا. وَعَلَى كُلِّ تَقْدِيرٍ فَالضَّمَانَانِ وَإِنْ اجْتَمَعَا فِي الزَّمَانِ بِمُقْتَضَى عَمُومِ «عَلَى الْيَدِ» إِلَّا أَنَّهُمَا لَمْ يَجْتَمِعَا فِي الرَّتْبَةِ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ الْأَوَّلَ ضَامِنًا لِلْمَالِكِ مَا يَجِبُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنَ الثَّانِي، وَمَا فِي عَهْدِهِ الثَّانِي هُوَ الَّذِي ثَبَتَ فِي عَهْدِهِ الْأَوَّلِ، فَلَمْ يَجْتَمِعِ الضَّمَانَانِ عَرْضًا كاجتماعهما على مذهب الجمهور...»⁽¹⁾؛ در این صورت، اعتبار ضمان به این است که از نظر عرف، بدل مضمون یک شیء واحد است؛ - درست بر خلاف صورت قبل که بدل مضمون متعدد بود؛ چند شیء و بر عهده چند نفر می‌آمد - چه آن که نفر اول ضامن چیزی است که مخرجش در ذمه دومی است و نفر دوم ضامن چیزی است که نفر اول ضامن آن است؛ هر چند که نفر دوم نیز همانند نفر اول به اطلاق یا عموم دلیل ید، در مقابل مالک ضامن است، اما ضمان هیچ یک از نفرات بعدی مطلق نیست؛ بلکه نفر دوم و نفرات بعدی بر مالی دست پیدا کرده اند که قبلاً در عهده و بر ذمه دیگری بوده است.

به هر صورت، نتیجه این می‌شود که ضمان نفر اول و نفر دوم، هر چند که به مقتضای عموم حدیث «علی‌الید» در یک زمان اتفاق می‌افتد و با هم جمع می‌شوند، لیکن این دو ضمان در عرض یکدیگر و در رتبه‌ی واحد با هم اجتماع ندارند؛ زیرا، غاصب اول نسبت به مالک ضامن چیزی است که باید از غاصب دوم گرفته شود؛ و آن چیزی که در عهده غاصب دوم آمده، همان است که در ذمه فرد اول بود. در این صورت، دو ضمان در زمان واحد، در رتبه واحد و در عرض یکدیگر نیستند؛ بر

خلاف اهل سنت كه چنين

ص: ١٦٠

١- (١). منيه الطالب، ج ٢، صص ١٨٥ و ١٨٦.

مطلبی را قائل اند و می گویند اجتماع چند ضمان در عرض یکدیگر محقق می شود.

نتیجه این می شود که محقق نائینی رحمه الله اشکال ثبوتی موجود در باب تعاقب ایدی را با توسل به مسأله ضمان طولی حل می کنند و در این صورت، هیچ یک از افراد به صورت مستقل ضامن مال نیستند، بلکه مالک فقط می تواند به یکی از آن ها رجوع کند و خسارتش را بگیرد؛ فردی هم که خسارت را پرداخت کرده است به نفرت بعدی می تواند رجوع کند و همان مقداری را که به مالک بابت خسارت مال داده است، از او طلب کند.

آثار ضمان طولی

میرزای نائینی رحمه الله در انتهای مطالبی که ذکر شد، آثاری را برای تعدد ضامن های طولی مطرح می کنند که عبارت است از:

(۱) لازمه ی ضمان عرضی تعدد مضمون است در خارج؛ به تعداد افرادی که بر مال دست پیدا کرده اند، برای مال مالک بدل وجود دارد؛ اما لازمه ی ضمان طولی این است که بدل مضمون در خارج یکی است.

«أن لازمه - [لازم تعدد الضمنا طولاً] - وحده بدل المضمون خارجاً، بل حقیقته تضاد الجمع فی الوجود...» (۱).

(۲) در باب تعاقب ایدی - بر خلاف قاعده غرور - اگر نفر دوم فریب غاصب اول را نخورده باشد، در صورتی که مالک به او رجوع کند و بدل مضمون را از او بگیرد، وی نمی تواند به غاصب اول جهت گرفتن چیزی که پرداخت کرده است، مراجعه کند.

«أن فی باب تعاقب الأیدی إذا لم یکن الثانی مغروراً من الأول

ص: ۱۶۲

إذا رجع المالك إليه لا يرجع هو إلى الأول؛ لأن لازم ضمان الأول شيئاً يجب تداركه على اللاحق، وضمن اللاحق شيئاً كان في عهده السابق هو أن يرجع السابق إلى اللاحق دون العكس، وهذا عكس قاعده الغرور» (۱).

۳) در باب تعاقب ایدی، سبب ضمان در مورد هر یک از غاصب ها وجود دارد و ذمه آن ها مشغول به مال مالک است؛ بنابراین، اشکالی ندارد که ضمان های متعددی در زمان واحد اجتماع پیدا کند.

«أنه لا بأس بالتزام اجتماع الضمانات المتعدده في زمان واحد كما هو مقتضى «على اليد»، فإن في تعاقب الأيدي سواء كان هناك غرور أو لم يكن سبب الضمان للمالك موجود في كل من الضمنا، فإن مقتضى وضع اليد من كل منهم على مال المالك أن يكون ذمته مشغوله بما له» (۲).

دیدگاه محقق بجنوردی رحمه الله در مورد ضمان طولی

بعد از میرزای نائینی رحمه الله، برخی از شاگردان ایشان مثل مرحوم بجنوردی نظر استاد را پذیرفته و قائل به ضمان طولی شده اند. ایشان پس از ذکر کلمات استاد خود، نتیجه گیری کرده و می فرماید: در مفاد دلیل ید نسبت به بحث تعاقب ایدی به چهار مطلب - به عنوان نتیجه - می رسیم که عبارتند از:

۱ - مالک به هر یک از غاصبین که بخواهد می تواند رجوع کند و خسارتش را بگیرد.

۲ - در صورتی که مالک به یکی از غاصبین مراجعه کند و طلب خود را بگیرد، حق ندارد به دیگران مراجعه کرده و از آنان چیزی طلب نماید؛ چه آن

ص: ۱۶۳

۱- (۱). همان.

۲- (۲). همان.

که دیگر حقی برای او باقی نمانده است.

۳- در تعاقب ایدی، هر سابقی می تواند با دو شرط به دو نفر بعدی رجوع کند؛ اوّل این که شخص سابق نسبت به لاحق عنوان غارّ و فریب دهنده نداشته باشد؛ و دوّم آن که مال مالک در نزد سابق تلف نشده باشد.

۴- شخص سابق در صورتی می تواند به نفر بعدی رجوع کند که مالک به او رجوع کرده باشد و او نیز مثل و یا قیمت مال را به مالک پرداخته باشد؛ چه آن که گفته شد ضمان لاحق، طولی است و شخص لاحق زمانی ضامن می شود که سابق خسارت مال را پرداخت کرده باشد.

«إنّ نتیجه ما ذکرنا واخترنا فی مفاد قوله صلی الله علیه و آله: «وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدّیه» امور:

الأوّل: جواز رجوع المالك إلى أيّ واحد من الغاصبين.

الثانی: أنّه لو رجع إلى أحدهم واستوفی حقه منه فليس له الرجوع إلى الآخرین لعدم بقاء حقّ له.

الثالث: يجوز رجوع كلّ سابق إلى اللّاحق إن لم يكن غارّاً له، وأيضاً لم يتلف المغصوب عنده، وإلّا فمع أحد هذين أو كلاهما فليس له الرجوع إليه.

الرابع: أنّ جواز رجوع السابق إلى اللّاحق لا بدّ وأن يكون بعد أداء ما فی ذمّته من المثل أو القیمه؛ وذلك من جهة ما قلنا إنّ الضمان طولی، وإنّ اللّاحق ضامن للخساره والبدل الذي يعطيه السابق ويدفعه إلى المالك. وهذا معنی ضمانه لضمّانه» (۱).

دیدگاه امام خمینی رحمه الله در مورد ضمان طولی

در میان بزرگان و اعظام معاصر نیز مرحوم امام قدس سره همین نظریه ضمان طولی را

ص: ۱۶۴

۱- (۱). السید محمد حسن البجنوردی، القواعد الفقهيّه، ج ۴، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

پذیرفته اند. ایشان ابتدا بیان می کند شخص لاحق که مال را از شخص اوّل و سابق می گیرد، بعد از آن است که مال بر عهده نفر قبل قرار گرفته - همان بیان مرحوم نائینی - بدین معنا که شخص دوّم ضامن وصف مضمونیت مال است؛ و وصف مضمونیت قابلیت تعلّق ید و ضمان را دارد. و اگر کسی بگوید دوّمی، هم بر مال و هم بر این وصف، ید پیدا نموده است؛ نسبت به مال اثرش معلوم است، اما چه اثری بر این وصف مضمونیت مترتب است؟ پاسخ این است که اگر شخص سابق وصف مضمونیت را ادا کند و خسارت مالک را بپردازد، نفر دوّم باید همان خسارت را به او بپردازد.

مرحوم امام در ادامه، نکته ای را بیان می کند که در کلام محقّق نائینی و محقّق بجنوردی رحمهما الله ذکر نشده است؛ و آن این که، امام قدس سره می گوید در اینجا ضامن دوّم نسبت به مالک ضامن نیست - مضمون له مالک نیست - و بلکه ضامن دوّم نسبت به شخص سابق ضامن است و این نفر اوّل است که نسبت به مالک ضامن می باشد.

«إنّ وصف «کونه مضموناً» أمر قابل لوقوع الید علیه - کسائر الأوصاف - تبعاً للعین، وتصحّح فيه العهده، وکونه علی الآخذ.

وعهده وصف المضمون علی الضامن الثانی للضامن الأوّل، ترجع عرفاً إلى ضمان الخساره الواقعه علیه من قبل ضمانه، وليس معنى ذلك أنّ المضمون له هو المالك، بل المضمون له هو الضامن لما ضمنه للمالك»^(۱).

ایشان بعد از بیان مطالب فوق، می گوید: آن چه که ما از حدیث «علی الید» می فهمیم، این است که در هر موردی که ید محقّق شود، ضمان وجود دارد؛ به عبارت دیگر، از دلیل ید، اصل ضمان فهمیده می شود، اما این که مضمون له

ص: ۱۶۵

۱- (۱). الإمام الخمينی، کتاب البیع، ج ۲، ص ۵۰۲.

چه کسی است؟ موکول به فهم عرف و عقلاست، و از دلیل ید چیزی فهمیده نمی شود.

«وبالجمله: إطلاق «علی الید...» یقتضی شموله لکل ما یصدق فیه «أنها علیه» بوجه، والمضمون له غیر مذکور ومحول إلى فهم العرف والعقلاء»^(۱).

اشکالات وارد بر نظریه ی ضمان طولی

بعد از بیان خلاصه سخنان بزرگانی که قائل به ضمان طولی هستند، باید بررسی کنیم که آیا این نظریه قابل پذیرش است یا نه؟ نسبت به نظریه ضمان طولی اشکال های متعددی وجود دارد که برخی از آن ها در کلمات بزرگانی چون والد معظم حضرت آیت الله العظمی فاضل دام ظلّه^(۲) نیز بیان شده است.

اشکال اول: اولین اشکالی که وجود دارد، در مورد این مطلب است که گفتند فرق بین ضامن سابق و لاحق در این است که ضامن اول (سابق) ضامن خود مال است، اما ضامن دوم (لاحق) ضامن مال به علاوه وصف مضمونیت است. اشکال می شود که اگر به عقلا مراجعه و از آنان پرسیده شود آیا وصف مضمونیت را در متعلق ضمان می دانید یا نه؟ خواهند گفت: فقط در عقد الضمان که ذمه مدیون مشغول شده و دیگری می آید آن را تضمین می کند، چنین چیزی وجود دارد و وصف مضمونیت را داخل در متعلق ضمان می دانند؛ لیکن در باب غصب و تعاقب ایدی، هیچ فرقی بین مال در دست نفر اول و نفر دوم و... نیست، از این نظر که ضمان همه آن ها نسبت به خود مال تحقق پیدا می کند.

ص: ۱۶۶

۱- (۱). همان.

۲- (۲). ر. ک: القواعد الفقهیّه، ج ۱، صص ۱۵۲ و ۱۵۳.

بنابراین، اشکال اول این می شود که عقلاً ضمان همه ضامن ها را به یک صورت می دانند و معتقدند همه نسبت به مال مالک و در مقابل او ضامن هستند.

اشکال دوم: همان اشکالی را که میرزای نائینی رحمه الله به سخن مرحوم آخوند گرفتند، متوجه نظریه خودشان نیز می شود؛ و آن این که ضمان طولی، ضمان فعلی نیست. معنای ضمان طولی همان طور که خود ایشان نیز تصریح دارند، عبارت است از این که «ضمان لاحق لایکون فعلاً إلا بعد أداء ضامن الأوّل»؛ و حال آن که ما احتیاج به ضمان فعلی داریم.

اشکال سوم: محقق نائینی رحمه الله فرمودند ضمان لاحق نسبت به سابق بعد از ادای نفر سابق است؛ آیا معنای این مطلب آن است که لاحق فقط نسبت به سابق ضامن است؟ اگر چنین باشد، مالک ابتدائاً نمی تواند به او رجوع کند و طلب خسارت نماید؛ و اگر بگویند که لاحق فقط نسبت به مالک ضامن است، این سؤال مطرح می شود که چرا گفتید وصف مضمونیت به عهده او می آید؟ چرا که لاحق نسبت به سابق ضامن نیست و در نتیجه، این وصف نباید به عهده اش بیاید؛ و اگر بگویند لاحق هم نسبت به سابق و هم نسبت به مالک ضامن است، معنایش این است که نفر سابق قبل از آن که مالک چیزی از او طلب کند و او نیز خسارتی پرداخت کند، باید بتواند به لاحق مراجعه و از او خسارت طلب کند؛ و حال آن که شما گفتید چنین چیزی امکان ندارد.

اشکال چهارم: مشکل و مسأله اصلی این است که چرا مالک در زمان واحد نسبت به همه ی افراد حق پیدا می کند؟ چرا ذمه همه غاصبین در یک زمان نسبت به مالک مشغول می شود؟ میرزای نائینی رحمه الله فرمودند ضمان غاصبین در اینجا ضمان طولی است؛ معنای این حرف آن است که مالک تا می تواند به نفر سابق رجوع کند، حق مراجعه به لاحق را ندارد؛ در نتیجه ذمه غاصبین در یک

زمان مشغول نمی شود؛ و این حرف، خلاف فرض است.

اشکال پنجم: محقق نائینی رحمه الله فرمودند ضمان طولی ثبوتاً امکان دارد، ما اگر فرض کنیم که اشکال ثبوتی نداریم؛ لیکن ایشان نتوانستند ضمان طولی را در مقام اثبات، ثابت نمایند؛ در مقام اثبات، ما هستیم و دلیل ضمان، «علی الید» بیان می کند که ید، موضوع ضمان است و در این صورت، فقط ظهور در ضمان عرضی دارد. اگر بگوئید که ید، سبب ضمان است نسبت به ضامن قبلی، پس مالک باید از دایره خارج شود و این امکان ندارد.

اشکال ششم: محقق نائینی و امام رحمهما الله فرمودند: عموم «علی الید» شامل همه افراد می شود، اما این که خصوصیات افراد چگونه باشد و یا این که مضمون له کیست؟ را باید از عرف و عقلا بدست آوریم. سؤال می کنیم مگر امکان دارد که حدیث «علی الید» ضامن و عین مضمونه را معین کند، ولی مضمون له را مشخص نسازد؟ دلیل ید باید تمام اطراف را معین کند؛ هنگامی که ضامن و عین مضمونه مشخص شد، عین مال از برای هر که باشد، همو مضمون له خواهد بود.

بنابراین، اولاً اصل این کبرای کلی درست نیست که برای شناخت مضمون له باید سراغ عرف و عقلا رفت؛ بلکه خود حدیث «علی الید» مضمون له را مشخص کرده است. ثانیاً، بر فرض که عرف و عقلا مضمون له را معین کنند، هیچ گاه عرف نفر قبل را به عنوان مضمون له نمی شناسد، بلکه ادامه می دهد تا مالک، و آن گاه، مالک مال را به عنوان مضمون له معرفی می کند.

اشکال هفتم: این است که در ضمان طولی نسبت به شخص دوّم می فرمایید این شخص ضامن مال است به اضافه قید مضمونیت، در مورد شخص سوم هم باید بگوئید ضامن مال است به علاوه دو قید مضمونیت؛ همین طور اگر پیش رویم و مثلاً شخص دهمی باشد، باید گفته شود که او ضامن مال است به

اضافه نه قید مضمونیت. آیا این مطلب با عرف سازگاری دارد و عرف مساعد آن است؟ قطعاً چنین چیزی را عرف نمی پسندد.

نتیجه ای که از اشکالات وارد بر ضمان طولی می گیریم، این است که این راه حل نیز مفید فایده نبوده و قابل قبول نیست. از این رو، باید راه دیگری را جستجو کرد.

۳ - پاسخ صاحب جواهر رحمه الله از اشکال ثبوتی

اشاره

راه حل سوم برای رفع اشکال ثبوتی را مرحوم صاحب جواهر قدس سره ارائه می کنند؛ ایشان پس از بیان کلام مرحوم محقق در شرائع (۱) مبنی بر آن که اگر ایدی غاصبه بر مال واحدی تحقق پیدا کند، مالک مخیر است که به هر کدام از آن ها که بخواهد مراجعه کند، می فرماید: قرار ضمان بر کسی است که مال مغضوب در دست او تلف شده است. منظور ایشان از قرار ضمان این است که اگر مالک به چنین شخصی مراجعه کرد، حق رجوع به دیگران را نخواهد داشت، اما اگر به دیگران - غیر از کسی که مال را تلف کرده است - مراجعه کند، آن ها می توانند به این شخص مراجعه کنند و چیزی را که به مالک داده اند، از او طلب کنند.

صاحب جواهر رحمه الله در ادامه به بررسی چند مطلب دیگر می پردازد؛ اولین مطلب آن است که در مواردی که چند ید بر مال واحد تحقق پیدا می کند، دلیلی بر این که ذمه تمامی آن ها مشغول است، وجود ندارد؛ بلکه فقط ذمه کسی که مال در دست او تلف می شود، مشغول می گردد. مطلب دوم در مورد رجوع مالک است؛ ایشان می گوید: امّا این که مالک می تواند به هر یک از این افراد جهت مطالبه خسارت مراجعه کند، ربطی به اشتغال ذمه آنان ندارد؛ بلکه این

ص: ۱۶۹

۱- (۱). «لو تعاقبت الأیدی الغاصبه علی المغضوب تخیر المالك فی إلزام أيهم شاء أو إلزام الجميع بدلاً واحداً».

مسأله فقط مجرد جواز رجوع است که آن را خطاب شرعی گویند. بنابراین، خطاب دلیل ید نسبت به کسی که مال در دست او تلف شده، ذمی است و در مورد بقیه افراد، شرعی است.

نکته سوم این که اگر مالک به دیگری (ید سابق) که مال در دست او تلف نشده است، رجوع کرد و او نیز مال مالک را تدارک کرده و بدل آن را به مالک بپردازد، یک معاوضه قهریه شرعی بین مالک و شخصی که مال را تدارک کرده است، واقع می شود؛ و نفر سابق صاحب و مالک ذمه مشغوله می شود. یعنی نفر سابق به جای مالک می نشیند و لاحق در برابر او ضامن می گردد.

به همین دلیل است که نفر سابق می تواند به لاحق مراجعه کند و او نیز وظیفه دارد مالی را که نفر سابق پرداخت کرده به او بدهد.

عبارت صاحب جواهر رحمه الله در کتاب «جواهر الکلام» چنین است:

«ولا فرق فی تعاقب ایدیهیم بین کونه بصوره الضمان بیع فاسد ونحوه وعدمه؛ نعم، قرار الضمان علی من تلف المغصوب فی یده منهم، بمعنی أنه لو رجع المالك علی غیره رجوع هو علیه مع فرض عدم زیاده فی العین یختصّ الأوّل بضمانها بخلاف ما لو رجع علیه نفسه، فإنّه لا- رجوع له علی غیره، لأنّ ذمّته المشغوله للمالك بالبدل وإنّ جاز له إلزام غیره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمّته به، فیملک حینئذ من أذی بأدائه ما للمالك فی ذمّته بالمعاوضه الشرعیّه القهریّه.

وبذلک اتّضح الفرق بین من تلف المال فی یده و بین غیره الذی خطابه بالأداء شرعی لا ذمی، إذ لا دلیل علی شغل ذمم متعدّده بمال واحد، فحینئذ یرجع علیه ولا یرجع هو»^(۱).

قبل از مرحوم صاحب جواهر رحمه الله، مرحوم شهید اول قدس سره نیز همین نظر را

ص: ۱۷۰

۱- (۱). محمّد حسن النجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۴.

اظهار کرده و بیان می کند: برای مالک جایز است که به هر کدام از ذی الیدها مراجعه کند و خسارتش را طلب نماید، اما قرار و استقرار ضمان بر ذمه فردی است که مال در دستان او تلف شده است.

«وتعاقب الأیدی العادیه علی العین یوجب تضمین کل واحد منهم، وقرار الضمان علی من تلفت فی یده، فیرجع غیره علیه لو رجع»^(۱).

اشکالات شیخ انصاری رحمه الله بر پاسخ صاحب جواهر رحمه الله

مرحوم شیخ انصاری قدس سره در کتاب مکاسب چندین اشکال بر کلام صاحب جواهر رحمه الله وارد می کند که به نظر، ایرادات صحیحی می آید.

اشکال اول: مرحوم شیخ اعظم به صاحب جواهر رحمه الله می گوید: چطور از حدیث «علی الید» استفاده می کنید که خطاب نسبت به ایدی سابقه، خطاب شرعی تکلیفی است و اما نسبت به کسی که مال در دست او تلف شده، وضعی و ذمی است؟ سیاق و عبارت «علی الید» به نسق واحد شامل همه افراد می شود و هیچ یک را استثنا نمی کند.

«أنت خیر بآئه لا وجه للفرق بین خطاب من تلف بیده وخطاب غیره بأنّ خطابه ذمی وخطاب غیره شرعی؛ مع کون دلالة «علی الید ما أخذت» بالنسبه إلیهما علی السواء، والمفروض أنّه لا خطاب بالنسبه إلیهما غیره»^(۲).

البته شاید بتوان به این اشکال شیخ رحمه الله پاسخ گفت؛ و آن این که اگر ما از حدیث «علی الید» ابتداءً یک حکم تکلیفی استفاده کنیم، باید بگوئیم که در

ص: ۱۷۱

۱- (۱). الشهد الأول، الدروس الشرعیه، ج ۳، ص ۱۰۸.

۲- (۲). مرتضی الأنصاری، المكاسب، ج ۳، صص ۵۰۹ و ۵۱۰.

همه موارد چنین بوده و خطاب، خطاب تکلیفی و شرعی است؛ و یا اگر حکم وضعی را استفاده کنیم، باید بگوئیم که در همه جا چنین است؛ اما مطابق مبنای مرحوم اصفهانی قدس سره - که ما نیز این مبنا را پذیرفتیم - اگر بگوئیم حدیث «علی الید» دلالت بر استقرار در عهده دارد، در این صورت، یک معنای عامی می شود که آثار تکلیفی و وضعی می تواند بر آن مترتب شود؛ بنابراین، مال غضب شده در عهده همه واقع می گردد و تمامی آن ها مشمول ضمان موجود در حدیث می گردند، لیکن ممکن است خصوصیات افراد متفاوت باشد؛ در مورد «ید» کسی که مال در نزد او تلف شده، این شخص خصوصیتی دارد که دیگران دارای آن نیستند. از این رو، در مورد این شخص، هم حکم تکلیفی وجود دارد و هم حکم وضعی، اما در مورد دیگران که مال نزد آنان تلف نشده، فقط استقرار عهده وجود دارد و فقط بر آن، حکم شرعی و خطاب تکلیفی محض مترتب می شود.

نتیجه آن که می توان از سخن مرحوم صاحب جواهر در برابر اشکال شیخ انصاری رحمه الله این گونه دفاع کرد؛ و اشکال اول ایشان دیگر اشکال واردی نخواهد بود.

اشکال دوم: مرحوم شیخ قدس سره می گوید: اصلاً فرق بین خطاب شرعی و خطاب ذمی قابل درک نیست؛ چگونه می توان گفت که خطاب نسبت به ایدی سابقه، خطاب شرعی و تکلیفی است، اما نسبت به کسی که مال در نزد او تلف شده، ذمی است؟

«مع أنه لا یکاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمی» (۱).

این اشکال مرحوم شیخ انصاری نیز قابل جواب است؛ و آن این که فرق

ص: ۱۷۲

میان خطاب شرعی و خطاب ذمی، همان فرق بین حکم تکلیفی و حکم وضعی است. صاحب جواهر رحمه الله قصد دارد بیان کند حکم قابل استفاده از دلیل ید نسبت به دیگران فقط در دایره حکم تکلیفی است، لیکن در مورد کسی که مال در پیش او تلف شده، علاوه بر حکم تکلیفی، حکم وضعی را نیز شامل می شود. آری، ممکن است مقصود شیخ اعظم رحمه الله این باشد که گرچه فرق بین حکم تکلیفی و وضعی واضح و روشن است، اما چون در این بحث، متعلق حکم تکلیفی همان عنوان ادا هست، چنین خصوصیتی دارد که فرقی بین وجوب ادا از نظر تکلیفی و وجوب ادا از نظر وضعی نیست؛ وجوب ادا از نظر وضعی به همان حکم تکلیفی بر می گردد. به عبارت دیگر، اگر متعلق حکم تکلیفی عبارت از حفظ بود، بین حکم تکلیفی و وجوب حفظ و حکم وضعی ضمان تفاوت روشن بود.

اشکال سوم: شیخ انصاری رحمه الله در این اشکال که به نظر وارد است، می فرماید: همه فقها قائل اند تا زمانی که یکی از ایدی غاصبه بدل مال مالک را نداده باشد، هر یدی ضامن، و ذمه اش مشغول است؛ و همین طور تا هنگامی که مالک ذمه فردی از آن ها را ابراء نکرده باشد، اشتغال ذمه وجود دارد؛ پس، چگونه آن را فقط در مورد کسی که مال در نزدش تلف شده، ثابت می دانید؟

«مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوى الأیدی مشغول الذمه بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله...»^(۱).

اشکال چهارم: به صاحب جواهر رحمه الله اشکال می شود که شما معامله قهریه بین «غیر من تلف المال فی یده» و مالک را از کجا استفاده می کنید؟ به نظر،

ص: ۱۷۳

دلیل و سببی برای این معامله وجود ندارد؛ تنها چیزی که در اینجا وجود دارد، آن است که مالک می تواند به کسی که مال در دست او تلف نشده، رجوع کند و او نیز در صورتی که غارّ نباشد، می تواند به کسی که مال در دست او تلف شده مراجعه کند و دیگر دلیل ید بر بیشتر از این مقدار دلالت ندارد.

«مع أنّ تملک غیر من تلف المال بیده لما فی ذمه من تلف المال بیده بمجرّد دفع البدل، لا یعلم له سبب اختیاری ولا قهری، بل المتّجه علی ما ذکرنا سقوط حقّ المالك عمین تلف فی یده بمجرّد أداء غیره؛ لعدم تحقّق موضوع التدرّاک بعد تحقّق التدرّاک»^(۱).

اشکال پنجم: اشکال آخری که شیخ انصاری رحمه الله مطرح می نماید، به لازمه سخن صاحب جواهر رحمه الله بر می گردد؛ بدین صورت که طبق این بیان، اگر مال از ید اوّل به ید دوّم منتقل شود و سپس از دومی به اوّلی منتقل و در دست او تلف شود، دیگر امکان رجوع برای او نیست؛ و حال آن که اگر نفر دوّم غارّ باشد، نفر اوّل بر طبق فتوای همه ی فقها می تواند به او مراجعه کند.

«مع أنّ اللّازم ممّا ذکره أنّ لا یرجع الغارم فیمن لحقه فی الید العادیه إلّا إلی من تلف فی یده، مع أنّ الظاهر خلافه؛ فإنّه یجوز له أنّ یرجع إلی کلّ واحد ممّن بعده»^(۲).

در میان اشکالات پنج گانه شیخ انصاری رحمه الله مهمترین اشکال، اشکال سوم است؛ لیکن به نظر ما، اشکال مهم دیگری بر صاحب جواهر رحمه الله وارد است؛ اولاً: ما اصلاً چیزی به نام ضمان و قرار الضمان نداریم؛ تنها چیزی که وجود دارد، این است که یا سبب ضمان در چیزی موجود است و یا آن که چنین سببی وجود ندارد؛ این که گفته شود در مواردی که سبب ضمان موجود است، یک

ص: ۱۷۴

۱- (۱). همان.

۲- (۲). همان.

نوع از آن این است که ضمان قرار دارد، فقط صرف یک تعبیر لفظی است.

ثانیاً: در موردی که مال مالک باقی و از بین نرفته باشد، چگونه می توان گفت مالک حق دارد به هر کدام از ایدی غاصبه مراجعه کند؟ مرحوم صاحب جواهر فرض مسأله را در صورت تلف بیان کرده و به اشکال ثبوتی پاسخ می دهند، و حال آن که عمده اشکال ثبوتی در فرضی است که هنوز مال تلف نشده باشد؛ اینجاست که اشکال می شود اشتغال ذمه های متعدد نسبت به مال واحد چگونه تصوّر می شود؟

بنابراین، با توجه به اشکالات وارد بر سخن صاحب جواهر رحمه الله معلوم می شود که راه حلّ ایشان - راه حلّ سوم - نیز تمام نمی باشد.

۴ - پاسخ شیخ انصاری رحمه الله از اشکال ثبوتی

راه چهارم را مرحوم شیخ انصاری رحمه الله ارائه می دهد؛ ایشان در کتاب مکاسب پس از آن که به سخن صاحب جواهر رحمه الله اشکال می کند، خود به بیان راه حلی برای دفع اشکال ثبوتی در مقام می پردازند که می توان گفت: این راه حل، به سخن میرزای نائینی رحمه الله نزدیک است.

شیخ انصاری رحمه الله در بیان این که چرا سابق می تواند به لاحق رجوع کند، می گوید:

«إنّ الوجه فی رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال فی ید اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان یرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل علی سبیل البدل؛ إذ لا یعقل ضمان المبدل معیناً من دون البدل، وإلّا خرج بدله عن کونه بدلاً، فما یدفعه الثانی فإنّما هو تدارک لما استقرّ تدارک فی ذمّه الأوّل، بخلاف ما یدفعه الأوّل؛ فإنّه تدارک نفس العین معیناً؛ إذ لم یحدث له تدارک آخر بعد، فإنّ أداه إلى

المالك سقط تدارك الأول له. ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك؛ لأنه من باب الغرامه والتدارك، فلا اشتغال للذمه قبل حصول التدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمه الأول.

فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه لا يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء.

والحاصل: أن من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد، فيشتغل ذمته إما بتدارك العين، وإما بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الأيدي المتعاقبه اشتغال ذمه أشخاص على البدل بشيء واحد لشخص واحد^(۱). «علت جواز رجوع سابق به لاحق این است که پیش از لاحق، شخص سابق در قبال بدل کالا مسؤولیت پیدا کرده است. از این رو، هنگامی که کالا به دست نفر بعد می رسد، وی - نفر بعد - ضامن چیزی خواهد بود که بدل دارد. (و بدل آن در ذمه نفر قبل است) و معنای این ضمانت آن است که بعدی در قبال یکی از این دو - بدل و یا مبدل - علی سبیل البدلیه و تخییر ضامن است؛ زیرا، متصور نیست که نفر بعد، فقط ضامن مبدل بوده و در برابر بدل مسؤولیت نداشته باشد؛ چه آن که در این صورت، بدل عنوان بدلیت را از دست خواهد داد.

پس، آن چه را که دومی (ید لاحق) می پردازد، جبران چیزی است که بر عهده اولی (ید سابق) بوده، لیکن آن چه را که ید سابق می پردازد، جبران خود مبدل بشمار می رود؛ زیرا، هنوز جبران دیگری صورت نگرفته است. بنابراین، اگر شخص دوم، آن را به مالک بدهد، ضرورت جبران از شخص اول ساقط می گردد. و صحیح نیست که شخص دوم پیش از آن که شخص اول بدل را به

ص: ۱۷۶

مالک بدهد به وی بدل را بپردازد. چرا که پرداخت بدل از سوی شخص دّوم به شخص اوّل از باب غرامت و جبران خسارت اوصورت می گیرد.

از این رو، پیش از آن که شخص اوّل تدارک نموده و بدل را به مالک بدهد، شخص دّوم مسؤولیت جبران خسارت او را ندارد. و این گونه نیست که همچون عوض چیزی که در ذمه شخص اوّل باشد. (بلکه از باب غرامت و تدارک است). پس، باید گفت: وضعیت شخص اوّل، با شخص دّوم، دقیقاً مانند وضعیت ضامن با کسی است که ضمانت او را نموده است؛ و در این جهت که پیش از پرداخت بدهی از سوی ضامن، وی - ضامن - سزاوار آن نیست که مضمون عنه بدهی را به او بپردازد، تفاوتی بین مسأله ضامن و مضمون عنه و مسأله مورد بحث به چشم نمی خورد.

چکیده سخن آن که: کسی که مال در دست او تلف شده در قبال دو نفر (مالک و کسی که پیش از او بر مال مسلط گردیده است، یعنی ید سابق) به طور علی البدل، ضمانت دارد. و نیز ذمه او یا مشغول به جبران عین است (نسبت به مالک اصلی) و یا به جبران نمودن چیزی است که شخص قبلی به عنوان تدارک و جبران پرداخته است (یعنی بدل).

و در واقع، این به معنای اشتغال ذمه یک نفر به دو چیز در قبال دو نفر به طور علی البدل است؛ همان طور که در ایادی متعاقبه، ذمه افراد متعدّد علی البدل به یک چیز و در قبال یک تن، مشغول است.

بنابراین، مرحوم شیخ انصاری قدس سره در حلّ مشکل می فرماید: در جایی که بعد از ید اوّل (سابق)، مال در اختیار ید دّوم (لاحق) قرار می گیرد، شخص دّوم علی سبیل البدلیه ضامن یکی از دو چیز است؛ یا ضامن عین مال است و یا ضامن بدل آن. نتیجه آن که نفر دّوم ضامن یکی از دو چیز، و در مقابل دو

شخص است؛ یا ضامن عین مال است در برابر مالک که از عین مال به مبدل تعبیر می شود؛ و یا ضامن بدل مال در برابر نفر اول است؛ و هر کدام از اینها را که ادا کرد، ضامن و مسؤولیت او برطرف می شود.

اشکالات وارد بر پاسخ شیخ انصاری رحمه الله

اشاره

مرحوم سید یزدی قدس سره در حاشیه کتاب مکاسب بر این نظر شیخ انصاری رحمه الله اشکالات متعددی را وارد می کند که برخی از آن ها عبارتند از:

(۱) اولین اشکالی که سید یزدی رحمه الله مطرح می نماید، این است که ضامن محتاج به سبب است و تاسیب آن محقق نشود، ضمانی وجود نخواهد داشت.

در مورد عین مال، هر کدام از ید سابق و لاحق که بر آن، ید پیدا کنند، ضامن هستند؛ چرا که ید سبب برای ضمان است. اما این که مرحوم شیخ می گوید ید لاحق به بدل نیز ضامن است، دلیل آن چیست؟ در اینجا سببی از برای ضمان ید لاحق نسبت به بدل وجود ندارد.

به عبارت دیگر، ایشان می فرماید: تنها فرق بین ید سابق و لاحق در این است که قبل از مشغول شدن ذمه لاحق، ذمه فرد سابق مشغول شده است و اِلّا هر دو باهم برابر هستند. حال، آیا مرحوم شیخ می خواهد بگوید بدل از توابع عین و مثل منفعت است؛ و از آنجا که خود عین مورد ضمان قرار گرفته، بدل آن نیز به دلیل تبعیت از عین مورد ضمان قرار می گیرد.

سید یزدی رحمه الله می گوید: این سخن، نظر باطلی است و نمی توان گفت بدل از توابع عین است، و همانند منافع و نمائات نمی باشد؛ در منافع و نمائات این گونه است که قبض و اخذ عین، قبض و اخذ آن ها نیز هست و گرفتن عین کفایت می کند، و حال آن که در بدل چنین چیزی وجود ندارد و بدل - برخلاف منافع و نمائات - در فرض تلف عین است. بنابراین، نسبت به بدل، سببی از

برای ضمان نیست.

«أَنَّ ضَمَانَ الْعَيْنِ الَّتِي لَهَا بَدَلٌ - أَيْ عَوْضٌ فِي ذِمَّةِ آخِرٍ - لَا يَقْتَضِي مَا ذَكَرَهُ مِنْ ضَمَانٍ وَاحِدٍ مِنَ الْبَدَلِ وَالْمَبْدَلِ، كَيْفَ؟ وَالْبَدَلُ لَمْ يَتَحَقَّقْ فِيهِ سَبَبُ الضَّمَانِ؛ إِذْ لَمْ يَثْبُتْ تَحْتَ يَدِ الضَّامِنِ، وَلَا أَتْلَفَهُ وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ، فَلَا وَجْهَ لِكَوْنِهِ مَضْمُونًا.

ودعوى كونه من توابع العين كما ترى؛ إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع والنماءات المتجددة؛ حيث إنها مقبوضة بتبعيته قبض العين، بخلاف التدارك الثابت في ذمه السابق فإنه ليس مقبوضاً للاحق أصلاً، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جداً» (١).

٢) بر فرض که از اشکال قبل صرف نظر کنیم و بگوئیم به بدل نیز ضمان تعلق می گیرد، لیکن این سؤال مطرح می شود که چرا شخص لایحق در مقابل ضامن اول نسبت به بدل ضمان دارد؟ مگر بدل عین به مالک مربوط نمی شود؟ ضامن اول نیز ضامن بدل است، و در مقابل مالک ضامن است؛ یعنی بدل از برای مالک است و چیزی به عنوان ضامن اول نداریم که بگوئیم مال اوست؛ نتیجه آن که باید گفته شود ضامن دوم و ید لایحق نسبت به بدل نیز در مقابل مالک ضامن است و نه در مقابل ید سابق و ضامن اول.

«لو سلمنا ذلك كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالك العين، لا لمن عليه البدل، فإن البدل الذي في ذمه السابق إنما هو لمالك العين، فبدله وهو ما في ذمه اللاحق أيضاً يكون للمالك، وهو من له البدل، ولا وجه لكونه لمن عليه البدل، وهو الضامن السابق، وهذا أيضاً واضح» (٢).

٣) اشکال سوّمی که مرحوم سید قدس سره مطرح می کند، این است که اگر مال از ید

ص: ١٧٩

١- (١). السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، حاشية المكاسب، ج ٢، ص ٣١١.

٢- (٢). همان.

سابق به ید لاحق برسد، طبق بیان مرحوم شیخ قدس سره، ید لاحق، هم بدل و هم مبدل را ضامن است؛ حال، اگر دوباره ید سابق مال را از ید لاحق بگیرد و در دست او مال تلف شود، لازمه سخن شیخ انصاری رحمه الله این است که هر چند مال در دست نفر اول تلف شده است، اما او (نفر سابق) می تواند به لاحق و نفر دوم مراجعه و خسارت و غرامت دریافت کند؛ و این لازمه، واضح البطلان است؛ زیرا، همان کسی ضامن است که مال در دست او تلف شده است.

«أنَّ لا یلزم ما ذکره أن یکون فی مسأله ضمان الاثنین لواحد بناءً علی صحته للضامن الأوّل الرجوع علی الضامن الثانی إذا رفع العوض إلی المضمون له، فإنّ الثانی قد ضمن ما له بدل فی ذمه الضامن الأوّل، مع أنّه لیس له ذلک، بل إنّما یرجع إلی المضمون عنه لو ضمن بإذنه، ولو کان متبرّعاً فلا یرجع علی أحد، وأيضاً فی ضمان العهده و ضمان الأعیان المضمونه إذا قلنا بجواز الرجوع إلی کلّ من الضامن والمضمون عنه كما استظهره المصنّف منهم یلزم جواز رجوع المضمون عنه إلی الضامن إذا فرض رجوع المالك علیه، ولا یمکن الالتزام به...» (۱).

مرحوم سید یزدی قدس سره غیر از این سه اشکال، چهار اشکال دیگر نیز مطرح می کنند که جهت اطلاع از آن ها خود مراجعه کنید.

اما مهمترین اشکالی که در اینجا وجود دارد و در گذشته نیز بیان کردیم، این است که اصلاً قوام اشکال به مسأله تلف و بدل نیست تا اشکال را در این فرض پاسخ گوئیم، بلکه قوام اشکال در صورت بقای عین مال است؛ و آن این که اگر عین مال از ید اول به ید دوم و همین طور چندین نفر دیگر انتقال پیدا کرد، چرا ذمه تمامی آن ها مشغول می شود، با این که مال واحد است؟

ص: ۱۸۰

بنابراین، پاسخ و راه حلی را که مرحوم شیخ انصاری قدس سره بیان می کنند، نیز تمام نبوده و دچار اشکال است.

۵ - پاسخ پنجم به اشکال ثبوتی

برخی دیگر از بزرگان و از جمله والد معظم (۱) مسأله را از راه اعتبار حل کرده و می گویند: اشکالی ندارد که ذمم متعدده نسبت به مال واحد اشتغال پیدا کند؛ چرا که این مسأله یک امر اعتباری است و شارع مقدس می تواند چنین اعتباری را لحاظ کند.

این پاسخ نیز به نظر ما اشکال دارد؛ درست است که اعتبار، خفیف المؤمنه و کم زحمت است، لیکن باید گفت که اعتبار هم ملاک لازم دارد و به محض آن که یک امری اعتباری شد، نمی توان هر چیزی را بر آن بار کرد. مگر ملکیت یک امر اعتباری نیست؟، چگونه است که در آن جا نمی شود یک مال واحد در زمان واحد به طور مستقل از برای دو نفر در عرض یکدیگر بالاستقلال باشد، در این بحث نیز به همین صورت است؛ و امکان ندارد که ذمم متعدده در آن واحد باهم مشغول باشند. و از طرفی، اشکال دوم این است که تمام بحث در چگونگی و کیفیت همین امر اعتباری است، و به دنبال این مطلب هستیم که شارع مقدس بر حسب ادله اثباتی ذمه های متعدد را نسبت به مال واحد مشغول می بیند، چگونه آن را اعتبار فرموده است.

ص: ۱۸۱

۱- (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهيّة، ج ۱، ص ۱۵۰؛ ایشان می فرماید: «والتحقيق أن يقال: إنّ مسألة تعدّد الضمان بالإضافة إلى مال واحد بنحو الاستقلال... فتصويرها بمكان من الإمكان؛ لأنه لا مانع في عالم الاعتبار من اعتبار ثبوت المال على عهده شخصين، والحكم بضمان الیدين، وقياسه بالوجود الخارجی الذي لا يعقل فيه التعدّد مع فرض الوحده ممنوع، بل هو أشبه بالوجود الذهنی، من جهة أنّ زیداً الموجود فی الخارج الذي يستحيل عروض التعدّد له بلحاظ هذا الوجود يمكن إيجاد فی الذهن مرّه بعد اخرى، وكذلك لا مانع من اعتبار العين الشخصیة الخارجیة المتّصفه بالوحده لا محاله فی ذمه شخصين وعلى عهده یدين، ونحن لا نرى وجهاً للاستحاله فی عالم الاعتبار بوجه.».

بنابراین، اعتبار، ملاک می خواهد و بدون آن نمی شود مطلبی را درست کرد.

جمع بندی و بیان پاسخ برگزیده

روشن شد که هیچ یک از پاسخ های داده شده، خالی از اشکال و مناقشه نیست؛ اما بعد از ملاحظه همه آن ها، به نظر می رسد که جواب مرحوم آخوند خراسانی به واقع نزدیک تر باشد. توضیح مطلب: آن چه به عنوان مشکل مطرح است، وجود ضمان های متعدّد در عرض یکدیگر است که باعث مشغول شدن ذمه های متعدّد در عرض یکدیگر می شود. در این جهت می توانیم ضمان را به واجب کفایی تنظیر نماییم؛ به این صورت که اگر یکی از آن ها ذمه اش را نسبت به آن مال بری کند، از دیگر ذمه ها ساقط می شود. اشکال مهمّ بر نظریه مرحوم آخوند همان مطلبی است که در کلام محقّق نائینی قدس سره آمده، و آن این که: لازمه کلام مرحوم آخوند، وجود ضمان معلق و غیر فعلی است، و چنین ضمانی، در حقیقت، به معنای عدم ضمان است.

شاید بتوان از این اشکال جواب داد؛ به این بیان که: ضمان در هر یک از ایادی، به صورت منجز و بالفعل محقّق است؛ نهایت این که، اگر یکی از این اشخاص آن را ادا کند، ذمه دیگران بری می شود؛ و معنای این کلام، ضمان معلق و غیر فعلی نیست. به عبارت دیگر، بر مرحوم نائینی اشکال می کنیم که چرا بین حکم تکلیفی و حکم وضعی فرق گذاشته اید، و چرا معنای موجود واجب کفایی را در حکم تکلیفی صحیح دانسته اید، اما در مورد حکم وضعی فرموده اید که این معنا محصّلی ندارد؟!

نتیجه آن که، نه تنها این معنا قابل تصویر در حکم وضعی ضمان است، بلکه موجب تعلیقی بودن آن نیز نمی شود. بنابراین، مالک می تواند به هر کدام از صاحبان ید مراجعه کند، عین مال و یا بدل آن را دریافت کند.

اما مسأله رجوع لاحق به سابق، فقط در صورتی مطرح است که غرور و فریب وجود داشته باشد؛ و این مطلب، ارتباطی به حدیث علی الید و ضمان مستفاد از آن ندارد. تنها مطلبی که باقی می ماند، این است که چرا دیگران می توانند به کسی که مال نزد او تلف شده است، رجوع کرده و خسارت از او دریافت کنند؟

اگر کسی که مال نزد او تلف شده، نسبت به دیگران عنوان غارّ (فریب دهنده) را داشته باشد، بحثی نیست و مطلب روشن است؛ اما اگر این شخص چنین عنوانی نداشته باشد، شاید بتوان گفت: رجوع به او از این جهت است که وی می تواند با ادا کردن مال به مالک، ذمه همه را بری کند؛ لیکن در این امر، تعلل ورزید و از انجام آن خودداری کرد. در حقیقت، از نظر عقلایی، مسؤلیت او بیش از دیگران است؛ و به همین جهت، دیگران می توانند در صورت عدم غرور به او مراجعه نمایند. البته، توجه شود که بین این مطلب و آن چه که در گذشته به عنوان قرار ضمان مورد مناقشه قرار دادیم، تفاوت است.

فصل دوم: «اخذ»، «مأخوذ» و دیگر مفردات روایت

گفتار اول: اعتبار اخذ و قبض در ضمان

از نکات قابل بحث در این حدیث، آن است که آیا لازم است شخص ضامن، مال را از دیگری به نحو عدوانی اخذ و یا قبض نموده باشد، یا آن که این عنوان خصوصیت ندارد و چنان چه مالی در اختیار کسی باشد بدون آن که از طرف مالک و یا شارع مأذون باشد، باز هم مسأله ضمان مطرح است؟.

با مراجعه به مواردی که فقها به این قاعده استدلال نموده اند، ملاحظه می نمایم که ملاک مأذون نبودن از طرف مالک و یا شارع است؛ و عنوان اخذ یا قبض، یک عنوان غالبی است که در این حدیث آمده است. از جمله مواردی که فقها به این قاعده تمسک کرده اند و عنوان اخذ و قبض در آن خصوصیت ندارد، می توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف - در باب زکات، فقها فتوا داده اند که چنان چه مالک، زکات را از مال

خویش جدا کند و کنار بگذارد تا آن را به مستحق برساند؛ در صورتی که تمکن و توانایی این امر را داشته باشد و انجام ندهد، ضامن است؛ و برای ضامن، به عموم قاعده علی الید استدلال شده است.

مرحوم شهید اول قدس سره آورده است:

«لو عزل المالك الزكاه إثمًا وجوباً عند ادراك الوفاء أو ندباً، فإن لم يكن تمكّن من الإخراج فلا ضمان مع التلف وإلّا ضمن لقاعده الید»^(۱).

ب - نیز در باب زکات آمده است که اگر مالک، با وجود مستحقّ در شهر، زکات را به بلد و شهر دیگری منتقل کند و در راه، این مال تلف شود، ضامن است؛ در این مورد نیز برای ضامن به قاعده علی الید استدلال شده است.

ج - اگر مالک، زکات را به شخص غنی پردازد، اعمّ از این که نسبت به حرمت این عمل، جاهل باشد و یا این که از روی علم و عمد آن را انجام دهد، لازم است از او پس بگیرد؛ و چنان چه مال تلف شود، ضامن است.

د - در کتاب خمس آمده است: چنان چه خمس مال، بعد از استقرار آن، تلف شود، ضامن وجود دارد؛ و برای ضامن به عموم علی الید استدلال شده است.^(۲)

گفتار دوم: مراد از مال مأخوذ چیست ؟

از نکات دیگر قابل طرح در بحث از این قاعده، آن است که مراد از مأخوذ یا مقبوض چیست؟ آیا لازم است که مال اخذ شده از اموال آدمی باشد که متعلّق ملک یا حق آنان است، یا این که قاعده به این عنوان اختصاص ندارد و بلکه در مورد غیر اموال آدمی نیز جریان دارد؟

با مراجعه به کلمات فقها استفاده می شود که چنین اختصاصی وجود ندارد؛

ص: ۱۸۶

۱- (۱). الشهید الأوّل، الدروس الشرعیّه، ج ۱، ص ۲۷۴.

۲- (۲). السید ابوالقاسم الخوئی، مستمسک العروه الوثقی، ج ۴، ص ۵۵۷؛ و المستند فی شرح العروه، ج ۲۵ از موسوعه الامام الخوئی، ص ۲۸۷.

بلکه در برخی از موارد، نسبت به صید در حال احرام به آن تمسک شده است.

مرحوم علامه قدس سره در کتاب منتهی آورده است:

«لو ملک صيداً في الحلّ بأحد أساليب التملك فلا يُحرم حتى يحتلّه ولا يدخل معه الحرم فإن أدخله زال ملكه عنه ووجب إرساله لأنّ الحرم مأمّن له وهذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب وأسنده العلماء في المنتهى إلى علمائنا مؤذناً بدعوى الإجماع عليه فلو أهمل في الإرسال ومات قبل إرساله ولو لآفه سماويه أو أتلّفه وجب عليه ضمانه»^(۱).

در استدلال بر ضمان در این فرض که محرم صید را رها ننموده و در دست او تلف شده است، علاوه بر روایات موجوده مانند صحیحہ ی بکیر^(۲) و اجماع، به قاعده ی علی الید نیز استدلال شده است. علامه رحمه الله در منتهی آورده است:

«أنّه تلف تحت الید العادیه فلزمه الضمان کمال الآدمی»^(۳).

هم چنین مرحوم صاحب جواهر قدس سره آورده است:

«لکونه حينئذ مضموناً بالدخول تحت الید العادیه فکان کالمغصوب»^(۴).

به نظر می رسد استدلال به قاعده علی الید در چنین موردی صحیح نباشد؛ زیرا، در چنین فرضی، غایت که عبارت از «حتی تؤذیه» باشد، امکان تحقق ندارد؛ و اگر واقعاً ضمان وجود داشته باشد، به چه کسی باید ادا نماید؟

ص: ۱۸۷

۱- (۱). منتهی المطلب، ج ۱۲، ص ۳۶۱.

۲- (۲). محمّد بن حسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۳، صص ۷۵ و ۷۶، باب ۳۶ از ابواب کفّارات الصید، ح ۳ و ۴.

۳- (۳). همان، ص ۳۶۲. (مرحوم علامه در منتهی، ج ۲، ص ۸۳۰، از طبع قدیم می گوید: لأنّه تحت ید العاریه فیلزمه الضمان کمال الآدمی.)

۴- (۴). جواهر الکلام، ج ۲۰، ص ۲۷۶.

مگر این که فرض کنیم صیدی را قبلاً از شخص مُحلّ که مالک بوده، اخذ نموده است.

حق آن است که در چنین موردی - که صید در دست مُحرّم تلف می شود - مُحرّم باید کفّاره آن را پردازد و بین ضمان و کفّاره فرق واضح و روشنی وجود دارد. از این جهت، در روایت وارده در این مورد، تعبیر به «فداء» شده است.

«سألت أحدهما عليهما السلام عن رجل أصاب طيراً في الحلّ فاشتراه فأدخله الحرم فمات؟ فقال: إن كان حين أدخله الحرم خلی سبيله فلا شیء علیه، وإن كان أمسكه حتّى مات فعليه الفداء»^(۱).

گفتار سوم: لزوم مالیت داشتن مأخوذ

پرسش دیگری که وجود دارد، این است که آیا لازم است مأخوذ مالیت داشته باشد؟. ظاهر این است که عنوان «ما أخذت» یا «ما قبضت» اختصاص به موردی که شیء مالیت داشته باشد، ندارد؛ بلکه چنان چه چیزی که از نظر عرفی و عقلایی مالیت ندارد نیز مورد غضب واقع گردد، این حدیث در آن مورد هم جریان پیدا می کند. به عنوان مثال، چنان چه یک دانه و یا دو دانه گندم که از نظر عرفی مالیت ندارد و در مقابل آن مالی پرداخت نمی شود، مورد غضب قرار گیرد، به مقتضای حدیث علی الید ردّ آن به مالک واجب است.

مرحوم محقق ثانی قدس سره در جامع المقاصد آورده است:

«أنّ أجزاء الملك وإن بلغت القلّه مملوکه قطعاً، ولا يجوز لأحد إنتزاعها غضباً، ويجب ردّ العین، ومع التلف فالمثل، لعموم «علی الید ما أخذت»^(۲).

ص: ۱۸۸

۱- (۱). محمّد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۲، باب ۱۲ از ابواب کفارات الصید، ح ۸.

۲- (۲). جامع المقاصد، ج ۴، ص ۹۰.

اگر چنانچه مال غیر، در جهتی استفاده شود که از نظر عرف، جدا کردن آن مال از آن جهت، عادتاً ممکن نباشد، مثلاً چنانچه کسی آهن یا آجری را غصب کند و از آن در یک ساختمان استفاده کند، به خصوص که آن ساختمان، ساختمان بزرگی باشد؛ یا مثلاً نخ را در دوختن لباس و یا جزّاحی انسان و حیوانی به کار برده است؛ و یا آن که به واسطه مخلوط و ممزوج نمودن آن چیز با مال دیگری، برگرداندن مال را از نظر عرف متعذّر باشد، تکلیف آن به چه صورتی است؟ در این که با این عمل، شخص مرتکب حرام و معصیت شده، تردیدی وجود ندارد؛ اما سؤال این است که در چنین مواردی آیا ردّ عین، که مستلزم تخریب ساختمان بسیار عظیم بوده، واجب است؟ یا این که می توان گفت چنین مواردی، در حکم تلف است و باید مثل و یا قیمت آن را پرداخت نمود؟.

تردیدی نیست که چنانچه بازگرداندن مال موجب تلف نفس محترم و یا حیوانی گردد، جایز نیست که عین مال را بازگرداند؛ و از مواردی است که امتناع شرعی دارد؛ «والممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً». همان طور که تردیدی نیست اگر غاصب، این مال را با مال شخص سومی مرتبط سازد، مثلاً آن را در ساختمان دیگری به کار ببرد، در حکم تلف است و غاصب باید بدل آن را به مالک بپردازد.

نزاع و محلّ کلام در موردی است که غاصب آن مال غصبی را در ساختمان و اموال مربوط به خود به کار ببرد. فقها در این فرض بیان داشته اند:

«لو غصب ساجه (۱) فادرجها فی بنائه أو بنی علیه، لم یملک الغاصب الساجه، وکان علیه ردّها إلی مالکها وإن کان فی ذلک قلع ما بناه فی ملکه» (۲). چنان چه کسی چوبی را غصب کند و در ساختمان بکار ببرد، مالک آن چوب نمی شود و واجب است آن را به مالک رد نماید؛ هر چند که رد آن مستلزم از بین بردن ساختمان باشد.

از میان علمای عامّه، شافعی (۳)، مالک (۴) و احمد (۵) همین نظریه را دارند؛ لیکن ابوحنیفه با این نظریه مخالفت کرده، و تصریح نموده است: ردّ ساجه واجب نیست و بکله شخص غاصب باید قیمت آن را بپردازد.

شیخ طوسی رحمه الله در خلاف (۶) و ابن ادریس در سرائر (۷)، یکی از ادله ی فتوای خود را حدیث علی الید قرار داده اند. اما به نظر می رسد در چنین موردی، عرف، حکم به تلف می کند؛ دلیل اوّل: چوب یا آجر و یا آهنی که در یک ساختمان به کار رفته است، از نظر عرف در حکم تلف است؛ و در این صورت، نوبت به مثل و یا قیمت می رسد. به عبارت دیگر، غایت در این حدیث، اداء است، به شرط آن که از نظر عرف، امکان ادا باشد؛ و در چنین مواردی، امکان ادا عرفاً وجود ندارد.

مرحوم محقق بجنوردی به این نظریه تمایل پیدا کرده اند. (۸) ایشان پس از آن که نقل می کنند فقها در چنین مواردی قائل به وجوب ردّ شده اند، آورده اند:

ص: ۱۹۰

۱- (۱). الساجه: واحده الساج وهو ضرب عظیم من الشجر.

۲- (۲). شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۹؛ والمبسوط، ج ۳، ص ۸۶، ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۴۸۴؛ علامه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۹۶.

۳- (۳). ر. ک: مختصر المزنی، ص ۱۱۸؛ الوجیز فی فقه الإمام الشافعی، ج ۱، ص ۳۸۴؛ و مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۲۹۲.

۴- (۴). ر. ک: المجموع، شرح المهدب، ج ۱۵، ص ۱۱۷.

۵- (۵). ر. ک: المغنی لابن قدامه، ج ۵، ص ۴۲۹.

۶- (۶). الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۹.

۷- (۷). السرائر، ج ۲، ص ۴۸۴.

۸- (۸). القواعد الفقهیّه، ج ۴، ص ۹۵.

«ولكن الإنصاف، أن الإلتزام بهذا مشكل ويأباه الذوق الفقهي خصوصاً إذا كان موجِباً لضرر مالي عظيم كما إذا كان المغصوب خشبه وصغها الغاصب في أساس بنائه بحيث يكون ردّها موجِباً لهدم ذلك البنيان العظيم، فالأولى أن يقال بأنّه في حكم التلف إن كان التعذّر دائماً ومورد بدل الحيلولة إن كان موقّتاً».

انصاف آن است که التزام به این قول مشکل بوده، و ذوق فقهي آن را برنمی تابد؛ به خصوص آن که موجب ضرر مالی بسیار بزرگی شود؛ مانند این که مال غصب شده چوبی باشد و غاصب آن را در پی و اساس ساختمان به کار برده باشد، و بازگرداندن عین آن چوب باعث ویرانی آن ساختمان عظیم شود. در این صورت، سزاوارتر آن است که گفته شود: این موارد در حکم تلف است، در صورتی که تعذّر دائمی باشد؛ اما اگر تعذّر موقّتی باشد، غاصب باید بدل حیلولة بپردازد.

دلیل دوّم: آن است که بعید نیست در چنین موردی از قاعده لا ضرر نیز استفاده شود؛ به این بیان که حکم شارع به قلع بنایی که بسیار عظیم بوده و مخارج زیادی برای او پرداخت شده است، جهت رد نمودن یک آجر و یا یک شاخه آهن، حکم ضرری است، که به موجب این قاعده، مورد نفی واقع شده است؛ و در موردی که برای عین، بدلی مانند مثل یا قیمت وجود دارد، با جریان قاعده لا ضرر می توان گفت که دیگر ردّ عین لازم نیست.

از همین فرع، می توان نظیر آن را نیز استفاده کرد؛ و آن این که اگر رد عین مال مستلزم مخارج زیادی باشد، مثلاً عین را در یکی از نقاط بسیار دور دست قرار داده است که از نظر عرف باید صدها برابر قیمت آن را خرج کند تا بتواند آن مال را بدست آورد و به مالکش برگرداند؛ در این فرض هم می توانیم بگوئیم عین مال در حکم شیء تلف شده است، و نوبت به مثل یا قیمت آن

می رسد. دلیل این فرع هم همان دلیل فرع گذشته است، و باید اینطور بیان نمائیم که غایت در حدیث، در صورتی است که ادا از نظر عرف ممکن باشد.

آری، در صورتی که عین مال موجود باشد، و لیکن غاصب در آن تغییری ایجاد نموده است؛ مانند این که گندمی را غصب نموده و آن را تبدیل به آرد و نان نموده است، یا این که گوسفندی را غصب نموده، آن را ذبح کرده و به اجزای مختلفی تقسیم نموده است؛ در این صورت، از نظر عرف، رد و ادای عین مال امکان دارد و می توان به حدیث علی الید استدلال نمود؛ و همان طور که متقدمین و متأخرین از فقهای شیعه (۱) و کثیری از فقهای عامه مانند شافعی و احمد (۲) فتوا داده اند: لازم است عین مال را به مالک رد نماید و ارش و تفاوت را نیز به او پردازد، و اگر با تغییر از دیاد قیمت پیدا کرد، غاصب استحقاق چیزی را ندارد.

مطلب دیگر، آن است که اگر مال مالک با مال شخص دیگری مخلوط و یا ممزوج شود، در این صورت، چنان چه استهلاکی (۳) واقع شده باشد، مانند این

ص: ۱۹۲

۱- (۱). ر. ک: شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۴۰۷؛ غنیه الزروع، ص ۲۷۹؛ تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۹۲؛ جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۵۰.

۲- (۲). ر. ک: الام، ج ۳، ص ۲۵۷؛ المغنی لابن قدامه، ج ۵، ص ۴۰۳؛ المجموع شرح المهدب، ج ۱۵، ص ۹۳.

۳- (۳). مرحوم محقق بجنوردی در تعریف استهلاك آورده اند: «الاستهلاك عبارة عن صيرورة المستهلك من جنس المختلفين... وأمّا لو كان الممزوجتان من جنس واحد، فلا يمكن هذا المعنى، فلو وقعت قطره ماء في البحر لا تصير مستهلكاً فيه، لأنها بصورتها النوعية موجودة فيه، والاستهلاك لا يمكن إلا بتبدل صورته النوعية حقيقه أو عرفاً إلى صورة المستهلك فيه.» - (القواعد الفقهية، ج ۴، ص ۹۶) - به نظر می رسد که این ضابطه، مورد مناقشه است؛ و استهلاك، فقط يك امر عرفی است؛ ملاک آن نیز در نزد عرف آن است که از شیء مستهلك دیگر عین مستقلى که قابلیت انفکاک را داشته باشد، موجود نباشد. عرف در همین مثالی که ایشان در مورد افتادن قطره آب در دریا ذکر نمود، حکم به استهلاك می کند.

که: مال مالک نمک باشد و این نمک با خمیری مخلوط شود؛ این صورت، در حکم تلف است، و غاصب باید بدل آن را به مالک بپردازد؛ و چنان چه استهلاکی واقع نشده باشد، اما قابل جدا کردن از یکدیگر نباشند، در این جا به صورت کلی دو صورت وجود دارد: اول آن که، هر دو مال از نظر قیمت مساوی با یکدیگرند؛ در این فرض، تردیدی نیست که شرکت به نسبت مقدار هر کدام از دو مال است؛ اگر مال یکی دو برابر مال دیگری باشد، در مال مخلوط شده نیز به همین نسبت - نسبت یک سوم و دو سوم - شراکت حاصل است.

صورت دوم، این است که آن دو مال مخلوط شده، از نظر قیمت با یکدیگر مساوی نباشند؛ مانند این که: یکی دارای یک کیلو برنج غیر مرغوب به قیمت ۱۵۰۰ تومان و دیگری دو کیلو برنج مرغوب به قیمت ۳۷۵۰ تومان داشته باشد؛ در این صورت، تردیدی نیست که شرکت قهری بین این دو طرف حاصل می شود. اما در مقدار شرکت بحث است. در این جا نیز دو فرض متصور است:

فرض اول این است که: مخلوط شدن دو مال به توسط شخص غاصب انجام نگیرد؛ و بلکه خود به خود آن دو مال مخلوط شوند، و یا آن که توسط شخص دیگری که غاصب نیست این دو مال مخلوط شوند، مانند مواردی که به اشتباه امتزاج صورت می گیرد و غصبی نیز در کار نیست. در این فرض، اگر بخواهیم بگوییم نسبت هر کدام از مال ها در مال ممزوج همان نسبت قبل است، مستلزم ربا خواهد شد؛ زیرا، در مثال فوق، نسبت دومی به اولی دو برابر است، و اگر همان نسبت انجام شود، نتیجه آن می شود که مالک مالی را داده و در مقابل، از همان جنس با اضافه دریافت نموده، و این مستلزم ربا است.

بنابراین، در این فرض، لازم است قیمت هر کدام را نسبت به یکدیگر محاسبه نموده، و سپس، قیمت مجموع را نیز به دست آوریم؛ و در مرحله سوم، نسبت اول را از مجموع کسر نماییم؛ چون نسبت اول آن است که قیمت

دومی دو برابر و نیم اولی است، در قیمت مجموع باید همین را ملاحظه کنیم؛ لذا، دو برابر و نیم از مال مخلوط شده مربوط به شخصی که دارای برنج مرغوب بوده می شود، و بقیه مال به مالک برنج غیر مرغوب داده می شود.

حال، در مثال فوق، اگر قیمت برنج مخلوط شده ۳۳۰۰ تومان باشد، باید آن را سه قسمت کرد و دو قسمت نیم را به مالک برنج مرغوب داد که می شود ۲۷۵۰ تومان، و نیم قسمت را به مالک برنج غیر مرغوب داد که می شود ۵۵۰ تومان؛ و به همین قسمت از عین مال شریکند؛ یعنی از برنج مخلوط شده به مقدار ۵۵۰ تومان به مالک برنج غیر مرغوب، و به مقدار ۲۷۵۰ تومان به مالک برنج مرغوب داده می شود. مرحوم محقق بجنوردی نیز در این فرض، همین نظریه را بیان می کنند. عبارت ایشان این است:

«فلا بدّ وأن تكون الشرکه بنسبه قيمه المالین فی قيمه مجموع الممتزجین، لا فی نفس الممتزجین کی لا یلزم الربا» (۱).

فرض دوم، این که مخلوط شدن دو مال توسط شخص غاصب انجام پذیرد؛ این فرض نیز دارای دو صورت است، و آن این که: غاصب یا آن مال را با مال خودش مخلوط می کند و یا با مال دیگر آن را مخلوط می سازد.

در صورت اول، یا مال غاصب از مال مالک بهتر است و یا عکس آن است؛ در قسم اول که مال غاصب بهتر است، ظاهر آن است که نسبت به مقدار هر دو مال شراکت حاصل می شود؛ مثلاً اگر قبل از مخلوط شدن، مال غاصب یک کیلو و مال مالک دو کیلو بوده است، بعد از مخلوط شدن، نسبت به مال موجود، همین نسبت برقرار است؛ یعنی دو سوم مربوط به مالک و یک سوم مربوط به غاصب است؛ و اگر اشکال شود که این دو سوم مالک قیمتش بیشتر از آن دو کیلوی قبل از مخلوط شدن است، در پاسخ گفته اند: این اضافه رزقی

ص: ۱۹۴

است که خداوند قسمت او نموده است. (۱)

اما به نظر می‌رسد که این مطلب صحیح نباشد؛ و در این صورت نیز با لازم می‌آید؛ بنابراین، در این قسم نیز باید همانند فرض اول از فروض مسأله عمل نمود؛ و نسبت قیمت هر کدام از دو مال به یکدیگر را بررسی کرده و به همان نسبت، از مجموع قیمت به هر یک داده شود؛ تا نسبت به مالک اضافه ای و نسبت به غاصب نقصانی پیش نیاید.

اما در قسم دوم که مال مالک بهتر است، ظاهر آن است که این قسم نیز همان حکم قسم اول را دارد و نمی‌توان بین این دو فرقی قائل شد. بنابراین، تفاوتی را که مرحوم محقق بجنوردی بین این دو قسم از صورت اول بیان کرده اند، مورد قبول نیست.

صورت دوم این فرض نیز آن است که غاصب مال مالک را با مال شخص دیگری غیر از خودش مخلوط کرده باشد؛ در این صورت نیز همانند صورت اول، به نظر می‌رسد که بایستی قیمت هر کدام از دو مال را نسبت به یکدیگر ملاحظه کرد، و همان نسبت را از قیمت مجموع به هر یک از دو مالک بپردازیم.

نکته مهم آن است که استدلال و یا استیناس به این تعبیر که در مواردی زیاده قیمت را برای یکی از دو طرف بپذیریم، و دلیل آن را رزق رزقه الله تعالی قرار دهیم، علاوه بر این که فاقد اعتبار و استناد فقهی است، باید گفت که چنین تعبیری، مصادره به مطلوب بوده و به هیچ عنوان صحیح نیست. والله العالم.

گفتار پنجم: ظهور غایت مذکور در روایت، در رد تام

از دیگر مطالب مورد بحث در قاعده ضمان ید، آن است که از غایت مذکور در حدیث - «حتی تؤدیه» - چه استفاده ای می‌شود؟ آیا از آن استفاده می‌شود که

ص: ۱۹۵

مجزّد وصول و ردّ مال به مالک، در رفع ضمان کفایت می کند، هر چند که مالک جاهل به موضوع باشد؟ یا این که غایت ظهور در ردّ تام و کامل دارد، به این معنی که لازم است مالک، علم به موضوع داشته باشد و سلطنت کامل بر مال خودش پیدا کند و گرنه ادا تحقّق پیدا نکرده است؟.

تحقیق و حقّ در مسأله، قول دوّم است؛ به این دلیل که حدیث ظهور دارد که بعد از ادا، مالک باید سلطنت کامل و تامّی را بر مال خودش پیدا نماید؛ و چنان چه جاهل باشد، چنین سلطنتی محقّق نخواهد شد. همان طور که اگر غاصب مقداری از مال را به مالک برگرداند و یا این که به مالک اجازه دهد تصرّفات محدودی نسبت به مال خودش داشته باشد، مثلاً به او بگوید هر روز می توانی این مال را از این مکان به آن مکان معین انتقال دهی و سپس آن را به مکان قبل برگردانی، تردیدی نیست که در این دو فرض، ادا محقّق نشده است.

بنابراین، از حدیث استفاده می شود مال باید به همان صورتی که قبل از غصب در اختیار مالک بوده، در اختیار او داده شود.

نتیجه آن که اگر غاصب طعامی را غصب کند و سپس همان طعام را در اختیار مالک قرار دهد و او بخورد، بدون آن که علم به موضوع داشته باشد، ضمان غاصب بر طرف نمی شود.

تنبیه اول: تأثیر علم و جهل نسبت به موضوع در قاعده

مسأله دیگری که در حدیث «علی الید» از آن بحث می‌شود، این است که بر اساس اطلاق موجود در این روایت، در حکمی که از این دلیل استفاده می‌شود - وضعی، یا تکلیفی و یا اعم از این دو -، فرقی نیست که شخص عالم باشد به این که آن مال، مال غیر است و یا جاهل به این مسأله باشد. و باید توجه داشت که مقصود از علم و جهل در این بحث، علم و جهل به اصل حکم نیست؛ بلکه مراد علم و جهل به موضوع است. بنابراین، نباید این بحث را به بحث علم که یکی از شرایط عامه تکلیف است، مرتبط بدانیم و چه بسا، در برخی از کلمات بین این دو بحث خلط صورت گرفت است.

بنابراین، کسانی که از این حدیث، فقط حکم وضعی ضمان را استفاده می‌کنند، بر این عقیده اند که در احکام وضعیه، فرقی بین علم و جهل نیست و شخص غاصب در هر دو صورت ضامن است؛ اما طبق مبنای بزرگانی چون محقق نراقی و محقق ایروانی رحمهما الله که از این حدیث فقط حکم تکلیفی وجوب

الرّد یا وجوب الحفظ را استفاده می کنند، آیا باز هم، چنین شمولی استفاده می شود؟.

ظاهر آن است که در این صورت نیز فرقی بین علم به موضوع و جهل به آن نیست؛ و دلیل در هر دو مبنا، آن است که در موضوع این حدیث، علم به غصب و یا جهل به آن اخذ نشده است.

تنبیه دوّم: جریان قاعده در منافع مستوفاه و غیر مستوفاه

اشاره

از دیگر مواردی که به این قاعده تمسّک شده است، مورد منافع مبیع در بیع فاسد است. در چنین معامله ای، مشتری علاوه بر این که لازم است عین مبیع را به بائع ردّ کند، چنان چه از منافع آن استفاده نموده باشد، باید عوض آن را به مالک عین پردازد؛ و ظاهر برخی از عبارات فقها مثل ابن ادریس رحمه الله در سرائر آن است که این منافع نیز در حکم غصب است؛ و در نتیجه، در آن ضمان جریان دارد. بر این فتوا، - علاوه بر تمسّک به دو قاعده ی «حرمة مال المسلم کحرمة دمه» و «إنّ مال المسلم لا یحلّ إلّا بطیب نفسه»، و این که تردیدی نیست همان گونه که بر اعیان، مالیت صدق می کند، بر منافع نیز مالیت صادق است؛ و بلکه می توان گفت: در حقیقت، مالیت اشیا به سبب منافی است که دارند، و عین مال با قطع نظر از منافع، مالیت ندارد. - به عموم حدیث علی الید استدلال شده است؛ چنان چه «ما أخذت» را علاوه بر عین، شامل منافع هم بدانیم؛ به این بیان که: اولاً، منافع مستوفاه از مصادیق مال است، و در عرف، در برابر آن، مال

ص: ۲۰۰

پرداخت می شود؛ و ثانیاً، قبض عین، قبض منافع نیز هست و استیلا بر عین، استیلا بر منافع هم خواهد بود.

برخی از فقها در صدق اخذ و استیلا بر منافع به سبب قبض عین، اشکال کرده اند، در حالی که به نظر می رسد اولاً: از نظر عرف، تردیدی وجود ندارد که قبض و استیلا بر عین، مساوی با استیلا بر منافع نیز هست. شاهدش این است که در باب اجاره اعیان - چنان چه حقیقت آن را تملیک منفعت بدانیم - منفعت به سبب قبض عین، مورد قبض واقع می شود. و ثانیاً: در مباحث پیشین، از حدیث استفاده نمودیم که علی الید کنایه از تصرف است، و اگر کسی در صدق قبض یا استیلا تردید نماید، در صدق تصرف نسبت به منافع نمی تواند تردید داشته باشد؛ و عرف، به صورت واضح می گوید منافع عین در این مدت در تصرف شخص بوده است.

دیدگاه شیخ انصاری و سید یزدی رحمهما الله در مورد صدق اخذ بر منافع

از کلمات مرحوم شیخ اعظم انصاری رحمه الله در مکاسب، استفاده می شود که عنوان «اخذ» بر منافع صدق نمی کند:

«ولا إشکال فی عدم شمول صله الموصول للمنافع و حصولها فی الید بقبض العین لا یوجب صدق الأخذ، ودعوی أنه کنایه عن مطلق الإستیلاء الحاصل فی المنافع بقبض الاعیان، مشکله» (۱).

ظاهر آن است که شیخ انصاری قدس سره در این که حدیث کنایه از مطلق استیلا بوده و تمام انواع آن را شامل می شود، اشکال می کند؛ و وجه اشکال عدم وجود دلیل بر چنین اطلاقی است؛ و یا آن که چنین اطلاقی خلاف ظاهر است. آری، ایشان، استیلا بر منافع را می پذیرند.

ص: ۲۰۲

۱- (۱). کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۰۴.

مرحوم سید یزدی در حاشیه، نسبت به این سخن مرحوم شیخ فرموده است:

«لا إشكال فيه أصلاً، إذ من المعلوم أنّ الأخذ ليس بمعنى القبض باليد، وإلا لزم عدم الحكم بالضمان في كثير من الموارد، هذا مع أنه يمكن أن يقال يكفي صدق الأخذ بالنسبه إلى العين في ضمان المنافع، فإنّ حاصل المعنى أنّ ما أخذت اليد مضمونه ويجب الخروج عن عهدها ومن شؤون الخروج عن عهده العين أداء عوض منافعها كما أنّ من شؤونه أرش العيب ونحوه»^(۱).

با توجه به آن چه ذکر شد، حتی اگر بپذیریم «اخذ» نسبت به منافع صدق نمی کند، اما تردیدی نیست که استیلا بر عین، استیلا بر منافع هست؛ دقیق تر آن که، ذکر نمودیم: حدیث، کنایه از تصرف است، و تصرف در عین، ملازم و یا به معنای تصرف در منافع است. بله، ممکن است گفته شود در استیلا یا تصرف، مستولی علیه، بایستی وجود حقیقی ثابت داشته باشد؛ و حال آن که، منفعت، وجود بالفعل ندارد، و نمی توانیم استیلا و یا تصرف بالفعل در آن تصوّر کنیم.

آری، می توان گفت: استدلال به قاعده علی الید، فقط در منافع مستوفاه صحیح است، اما در منافع غیر مستوفاه نمی توان به آن استدلال کرد؛ چه آن که، هیچ یک از عناوین تصرف و یا استیلا و یا اخذ و قبض بر آن صدق نمی کند؛ و در چنین منافی می توان به قاعده عقلائیّه «من فوّت مال الغير فهو له ضامن» - اگر کسی مال دیگری را از بین ببرد، چه عین و چه منفعت را ضامن است - که از مرتکبات و مسلمات نزد عقلا- بوده، و شارع مقدّس نیز آن را ردع نموده است، تمسّک نمود. بنابراین، آن چه که در برخی کلمات آمده، مبنی بر این که

ص: ۲۰۳

۱- (۱). السید محمد کاظم الطباطبایی الیزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۴۶۷.

ممکن است از حدیث علی الیّد بر ضمان منافع غیر مستوفاه استفاده نمود، - به این بیان که: منافع، هر چند منافع بالقوه - به واسطه اخذ عین مورد اخذ واقع می شود؛ و اگر زمانی بگذرد و مورد استفاده واقع نشود، صدق اتلاف بر آن می شود. - خالی از تحقیق و دقت است؛ زیرا، همان گونه که بیان شد، از نظر عرفی، واضح است که بر چنین منافع صدق اخذ، قبض، یا استیلا و یا تصرف منتفی است؛ و اگر چنین عناوینی منتفی باشد، دیگر عنوان اتلاف به هیچ وجه صادق نیست؛ چه آن که، این عنوان متفرع بر یکی از عناوین فوق است. فتدبر.

دیدگاه فقیه محقق والد معظم در مورد منافع غیر مستوفاه

فقیه محقق والد معظم «دام ظلّه» بر این نظرند که منافع غیر مستوفاه نیز مورد استدلال به این قاعده است؛ و فرموده اند:

«ومما ذكرنا تظهر دلالة القاعدة على ضمان المنافع غير المستوفاه أيضاً، لأنّ الاستيفاء لا دخل له في صدق الأخذ، فإنّ الأخذ تعلّق بالمنافع بتبع تعلّقه بالعین سواء استوفاهما، كما إذا سكن في الدار المأخوذة، أم لم يستوفها، كما إذا لم يستفد من الدار المأخوذة شيئاً»^(۱).

به نظر، این فرمایش قابل مناقشه است؛ و آن این که، قضیه تبعیت منافع به تبعیت عین، یک اعتبار عرفی و عقلایی بوده، و در خصوص منافع مستوفاه جریان دارد. به عبارت دیگر، اعتبار تبعیت در منافع غیر مستوفاه وجود ندارد؛ و به عبارت روشن تر، در موردی که منفعتی به فعلیت برسد، و به اصطلاح استیفا شود، تبعیت وجود دارد؛ اما در موردی که منفعت به فعلیت نرسد، عرف، اعتبار تبعیت نمی کند. شاهد بر این مطلب آن است که، بالاخره، بین

ص: ۲۰۴

۱- (۱). محمد الفاضل اللکرانی، القواعد الفقہیة، ج ۱، ص ۱۱۴.

کسی که از خانه استفاده می کند و کسی که از آن استفاده نکرده، نزد عرف فرق است. بنابراین، آن چه را که این محقق بزرگ فرموده اند، مبنی بر آن که در صدق اخذ، عنوان استیفا دخالت ندارد، مطلب صحیحی است؛ اما کلام در این است که آیا در این موارد، از نظر عرف، اعتبار تبعیت می شود یا خیر؟ آری، اگر تبعیت را یک امر اعتباری بدانیم، و بلکه آن را یک امر واقعی قهری بدانیم، در این صورت، فرقی بین استیفا و عدم آن، وجود ندارد.

دیدگاه محقق اصفهانی و خویی رحمهما الله در مورد جریان قاعده در منافع

مرحوم محقق اصفهانی در حاشیه مکاسب^(۱) و به تبعیت از ایشان، مرحوم محقق خویی در مصباح الفقاهه^(۲)، معتقدند که حدیث علی الیحد، اگر چه ممکن است از نظر صدر و تعبیر «ما أخذت» شامل منافع نیز بشود، اما با توجه به آن چه که در ذیل روایت آمده - یعنی غایتی که بیان شده و آن عبارت «حتی تؤذیه» است - شامل منافع نمی شود؛ زیرا، ادا، ظهور در ادای همان مال گرفته شده را دارد؛ و رد مأخوذ نسبت به منافع امکان ندارد؛ چه آن که، تا هنگامی که در خارج موجود نشود، مضمون واقع نمی شود.

مرحوم اصفهانی قدس سره فرموده است:

«إنه لا تصدق التأديبه في المنافع مطلقاً، وظاهر قوله عليه السلام «حتی تؤذیه»، كون عهده المأخوذ معيآه بأداء نفس المأخوذ، والمنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها، لا كالعين التي لها أداء في حد ذاتها، وإن عرضها الاقناع ابتداء أو بقاء، وفرض اتحاد الوجود التدريجي مع المنفعة - فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد والأداء بأداء طرفه الآخر - لا

ص: ۲۰۵

۱- (۱). ج ۱، صص ۳۱۷ و ۳۱۸.

۲- (۲). کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۰۱.

یکاد یفید شیئاً، لأنّ المراد ضمان الفئات أو المستوفی، فأداء ما لم یفت ولم یستوف غیر مجد فی ارتفاع ضمان المأخوذ باستیفاءه أو بالاستیلاء علیه مع فواته...» (۱).

توضیح کلام محقق اصفهانی قدس سره: ایشان چهار مطلب را در کلامشان بیان می کنند:

۱ - در حدیث علی الید، ضمان و عهده معنی به ادا است؛

۲ - مقصود از ادا، ادای خود آن چیزی است که مورد اخذ واقع شده است؛

۳ - منافع به حسب ذات، قابلیت ادا ندارد؛ زیرا، از امور تدریجیه هستند، و این تدرّج در وجود، سبب می شود که قابلیت ادا را به حسب ذات نداشته باشند؛ به خلاف اعیان، که ذاتاً قابلیت ادا دارد، هر چند که ممکن است به جهت عارض شدن مانعی، در ابتدا، یا از جهت بقا، قابل ادا نباشند؛

۴ - در قسمت چهارم کلام، ایشان از یک سؤال مقدّری پاسخ داده اند، و آن این که: گرچه منافع وجود تدریجی دارند، اما این وجود تدریجی، به عنوان یک وجود واحد تلقی می شود؛ بنابراین، چنان چه نسبت به یک طرف این وجود واحد، استیلاء حاصل شود، می توان گفت با ادای طرف دیگر، ادا تحقّق پیدا می کند؛ یعنی: اگر آن طرف آخر را ادا کند، گویا که این وجود واحد ادا گردیده است.

محقق اصفهانی رحمه الله در جواب فرموده اند: چنین فرضی نمی تواند مفید باشد؛ زیرا، مقصود از ضمان، ادای چیزی است که فوت شده و یا استیفاء گردیده است؛ از این جهت، ادای چیزی که فوت و یا استیفاء نشده باشد، در رفع ضمان شیء مستوفی و یا فائت کفایت نمی کند.

مقصود ایشان در این جواب آن است که حتی اگر نسبت به منافع نیز ادا

ص: ۲۰۶

۱- (۱). محمّدحسین الاصفهانی، حاشیه المکاسب، ج ۱، صص ۳۱۷ و ۳۱۸.

صدق کند، لکن ادا بایستی نسبت به یک چیزی که فوت و یا استیفا شده باشد، صورت پذیرد؛ بنابراین، ادای چیزی که فوت نشده و یا استیفا نشده است، در رفع ضمان اثری ندارد.

اشکالات مرحوم امام به دیدگاه محقق اصفهانی رحمه الله

فقیه اعظم امام خمینی رحمه الله (۱) ابتدا دو اشکال بر مرحوم محقق اصفهانی قدس سره وارد نموده و سپس اساس اشکال ایشان را پاسخ داده اند.

اشکال اول: مطلبی است که خود مرحوم محقق اصفهانی بیان کرده اند؛ ایشان تصریح کردند که اگر منافع را مفروض الوجود بگیریم، قابلیت تملک و استیلا را دارد، و در نتیجه، همین وجودی که تقدیراً به نحو وجود ثابت تلقی شده است، شأئیت ادا را دارد؛ به عبارت دیگر، اگر ادا را در مورد وجود واقعی متصرّم در نظر بگیریم، امکان ادا نیست، و اگر نسبت به وجود فرضی بگیریم، امکان و شأئیت آن وجود دارد.

اشکال دوم: امکان ادا نسبت به بعضی از فروض و خصوصیات، در غایت کفایت می کند؛ و در تحقق غایت، جمع خصوصیات لازم نیست؛ البته مرحوم امام در ادامه، نسبت به این اشکال تأمل فرموده اند.

اشکال سوم: در پاسخ به اساس اشکال محقق اصفهانی رحمه الله نیز فرموده اند که حلّ اشکال مرحوم اصفهانی این است که آن چه در روایت علی الید مورد توجه و عنایت قرار گرفته است، ضمان نسبت به مأخوذ است؛ و ذکر غایت تأثیر و دخالتی در آن نداشته، و بلکه برای تحدید موضوع است؛ به این معنا که ضمان به مال مأخوذی که تا کنون ادا نشده است، تعلق پیدا می کند؛ اما در این روایت، نظری به امکان تأدیه و عدم امکان آن نیست، و حتی نظری به شأئیت و

ص: ۲۰۷

عدم شائیت تأدیه هم نیست. غایت در این حدیث، مانند غایت در حدیث «کلّ شیء هو لک حلال حتی تعلم أنّه حرام بعینه» (۱) و حدیث «کلّ شیء نظیف حتی تعلم أنّه قدر» (۲) است؛ در این دو روایت، حکم حلیت و طهارت برای چیزی که مشکوک است، جعل شده، اما دیگر نظری به حصول علم ندارد، تا ادعا شود که ظهور در موردی دارد که امکان حصول علم و شائیت آن باشد.

پاسخ استاد به اشکالات مرحوم امام

به نظر می رسد که اشکالات سه گانه مرحوم امام قابل جواب است؛

پاسخ اشکال اول ایشان آن است که مرحوم اصفهانی در انتهای کلام خود، این اشکال را مطرح کرده و پاسخ داده اند. ایشان در پاسخ آورده اند: با فرض وجود واحد، می توان مسأله ادا را تصویر نمود، اما مقصود از ضمان، یک نوع ادای خاص است؛ که عبارت باشد از ادای چیزی که فوت شده و یا استیفا گردیده است. اما ادای چیزی که فوت و یا استیفا نشده باشد، در رفع ضمان کفایت نمی کند. ایشان ادعا کرده اند که نسبت به منافع، نه عنوان فوت و نه عنوان استیفا، هیچ یک محقق نیست؛ چرا که عنوان فوت و یا استیفا باید به صورت واقعی و حقیقی باشد، و فرض آن ها کفایت نمی کند.

جواب از اشکال دوم این که: همان طور که مرحوم امام در آخر اشکال، امر به تأمل فرمودند، می گوئیم ظاهر از غایت آن است که ادا به صورت فی الجمله کفایت نمی کند و ادا، بایستی با تمام خصوصیات تحقق پیدا کند.

پاسخ اشکال سوم نیز آن است که اولاً، به نظر می رسد در اشکال مرحوم اصفهانی، فرقی نیست که غایت را قید برای حکم قرار دهیم یا آن را قید برای

ص: ۲۰۸

۱- (۱). محمد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۹۰.

۲- (۲). همان، ج ۳، ص ۴۶۷.

موضوع بدانیم؛ زیرا، در صورت دوم هم موضوع مقید می شود به صورتی که ادا امکان داشته باشد؛ یعنی: موضوع ضمان عبارت است از مال گرفته شده ای که ادای آن امکان داشته باشد؛ و این معنا در منافع وجود ندارد. آری، اگر ادا به عنوان قید مطرح نباشد و بلکه به عنوان ظرف باشد، دیگر مجالی برای این مطلب نخواهد بود.

ثانیاً، این که ایشان حدیث را به دو روایت دیگر - کَلَّ شَيْءٌ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بَعِينَهُ، وَ كَلَّ شَيْءٌ نَظِيفٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ - تنظیم فرمودند، مشکلی را حل نمی کند؛ چه آن که، در این دو حدیث موضوع، شیء مشکوک و غیر معلوم است؛ و غایت حلیت و طهارت، عبارت است از علم به حرمت و یا نجاست؛ و روشن است که باید ملتزم شویم چنین غایتی به حسب واقع، امکان تحقق را دارد؛ زیرا، در غیر این صورت، ذکر آن لغو خواهد بود.

ادامه سخن مرحوم امام خمینی رحمه الله

این فقیه عظیم الشان، بعد از بیان سه اشکالی که بر مرحوم محقق اصفهانی وارد کردند، دو مطلب دیگر نیز بیان می کنند؛ مطلب اول این که: اگر بخواهیم در این حدیث، بر ظاهر آن جمود کنیم و غایت را مربوط به حکم قرار دهیم، و ادعا کنیم که در مأخوذ شأئیت ادا لازم است، هم چنین مسأله سالبه به انتفای موضوع را که در منافع مطرح است را کنار گذاریم، باید در این فرض بگوییم:

حدیث دلالت بر ضمان دارد تا هنگامی که عین در عالم خارج موجود و باقی است؛ و اگر از بین برود، دیگر ضمانی نیست؛ چرا که معدوم شأئیت ادا ندارد، و عدم ادا در معدوم، از باب سالبه به انتفای موضوع است. از دیگر سو، نمی توانیم شأئیت در زمان وجود را سبب قرار دهیم تا این که در زمان تلف، عنوان سالبه به انتفای محمول پیدا کند.

سپس، امر به تأمل فرموده اند که ظاهراً اشاره به همان مطلب صفحه گذشته

از کتاب ایشان دارد؛ و آن این که: در حفظ ظهور غایت، ادای اجمالی و فی الجمله کفایت می کند، و لازم نیست ادا با تمام خصوصیات و فروض تحقق پیدا کند. البته ممکن است که اشاره به این معنا داشته باشد که چون عین از نظر عرف، دارای بدل است، و ادای بدل به منزله ی ادای مبدل است، بنابراین، در صورت تلف نیز شأئیت و صلاحیت ادا وجود دارد.

مطلب دوّم: چنان چه این غایت را قید حکم قرار دهیم، مفهوم حدیث، این قضیه تامّه سالبه می شود که: «ما لم يؤدّ المأخوذ». در این قضیه، موضوع عبارت است از مال مأخوذ، و محمول آن ادا است؛ چنان چه این جمله را یک جمله تامّه تلقی نماییم، در این جمله، سلب محمول در زمان بقای موضوع است؛ و بنابراین، شأئیت ادا دیگر ارتباطی به غایت و معنا ندارد.

به نظر می رسد که این برداشت از روایت، به صورتی که ادا و شأئیت آن هیچ ارتباطی به غایت و معنا نداشته باشد، کاملاً خلاف متفاهم عرفی است؛ علاوه آن که، جمله ی «ما لم يؤدّ المأخوذ» را نمی توانیم به صورت قضیه تامّه تلقی نماییم، و هیچ وجه صحیحی ندارد، جز این که صرف فرض باشد.

اشکالات فقیه محقق والد معظّم بر دیدگاه محقق اصفهانی رحمه الله

والد محقق (۱) در نقد سخن مرحوم محقق اصفهانی، دو اشکال بر آن وارد می کنند:

اشکال اوّل: ادای در منافع، هم ابتداءً و هم استدامهً صدق می کند؛ زیرا، همان طور که اخذ منافع به تبع اخذ عین است، ادای منافع ابتداءً نیز به تبع ادای عین است؛ اما به صورت استدامهً، باید در این فرض، منافع را نازل منزله ی تلف عین بدانیم؛ به این صورت که: همان گونه که ادای عین در فرض تلف، به

ص: ۲۱۰

تحقق ادای مثل یا قیمت است، ادای منافع نیز به ادای عوض آن است. به عبارت دیگر، از حدیث استفاده می شود که امکان تحقق غایت، هر چند ابتداءً باشد، در صحت حکم کفایت می کند؛ چرا که، حتی نسبت به اعیان، ادای خود آن ها در صورت تلف، امکان ندارد.

اشکال دوم: اگر بخواهیم از حدیث، شرطیت ادا - هر چند به صورت بقاء - را استفاده کنیم، لازمه اش آن است که برخی از اعیان، از دایره شمول این روایت خارج باشند؛ مانند اعیانی که به صورت تدریجی از بین می روند؛ هم چون یخ در تابستان. در این موارد، روشن است که ادا به صورت بقا امکان ندارد؛ از دیگر سو، کسی نمی تواند ادعا کند که چنین موردی از این قاعده خارج است.

پاسخ استاد به اشکالات فقیه محقق والد معظم

به نظر می رسد اشکال اولی که ایشان بیان فرمودند، قابل جواب است؛ زیرا، اولاً، هیچ ملازمه ای وجود ندارد که اگر اخذ منافع به تبع اخذ عین باشد، لازم باشد که ادای منافع هم به تبع ادای عین باشد؛ و شاهد این مطلب آن است که اگر ادای منافع به ادای عین باشد، لازم می آید بعد از ردّ عین، دیگر، نسبت به منافع حتی منافع مستوفاه ضمانی نباشد؛ چه آن که به حسب فرض، منافع ادا شده است.

ثانیاً، انصاف آن است که تعبیر به عوض یا بدل، نسبت به منافع خالی از تسامح نیست؛ و هیچ گاه در عرف، چیزی به عنوان بدل منافع تلقی نمی شود؛ و لذا، مسأله ی قیمی یا مثلی بودن فقط در اعیان است؛ اما در منافع، باید مسأله ی اجرت المثل را فقط مطرح نمود؛ و روشن است که بین اجرت المثل و عنوان بدل فرق است.

ثالثاً، این که فرموده اند از حدیث استفاده می شود که تحقق غایت، هر چند که ابتدایی باشد، در ضمان کفایت می کند، قابل مناقشه است؛ زیرا، علاوه بر این که لازمه این بیان آن است که در تحقق غایت، امکان ادا - هر چند به صورت اجمال - کفایت می کند، در حالی که غایت ظهور در آن دارد که با تمام خصوصیات باید تحقق پیدا کند؛ این اشکال مطرح می شود که ممکن است در مقابل این ادعا گفته شود که از حدیث استفاده می شود که قابلیت ذاتی غایت در این حکم لازم است و این قابلیت ذاتی در منافع وجود ندارد. و از همین بیان، ضعف اشکال دوم ایشان نیز روشن می شود. فتدبر.

تا این قسمت، روشن شد که اشکالات مرحوم امام خمینی و والد محقق بر کلام مرحوم اصفهانی وارد نیست؛ و کلام ایشان، متین و محکم است. آری، فقط می توان این نکته را ذکر نمود که کلام مرحوم اصفهانی مبتنی بر آن است که ما نسبت به الفاظ وارده در این حدیث، تعبد داشته، و آن را یک قاعده شرعی تعبدی بدانیم؛ اما اگر بر خصوصیات الفاظ تعبدی نداشته باشیم، دیگر نمی توانیم به ظهور غایت استدلال نماییم؛ و نیز اگر این حدیث را ارشاد به یک امر عقلایی بدانیم، باید ببینیم که عقلاً، ضمان را در منافع جاری می کنند یا خیر؟.

جریان قاعده در مال دارای منافع متعدد

بحث دیگری که در منافع مطرح است، آن که: اگر مالی دارای منافع متعددی باشد، در این حالت، دو فرض مطرح می شود:

فرض اول: منافع متعدد از نظر عرف قابلیت اجتماع در زمان واحد را دارند، و عرف، در یک زمان واحد، همه ی آن منافع را استیفا می نماید. در این صورت، تردیدی نیست که بنا بر ضمان منافع، چه مستوفاه و چه غیر مستوفاه، شخص غاصب، ضامن همه این منافع است.

فرض دوم: مالی که دارای منافع متعدّد است، منافع آن در زمان واحد، قابلیت اجتماع ندارند. در این فرض نیز صورت هایی مطرح است:

الف - غاصب یک منفعت نادری را استیفا نموده، در حالی که خود مالک و یا در میان عرف، نفع مهم تری که قیمت بیشتری دارد را استفاده می کنند؛ به عنوان مثال: شخص غاصب، یک ماشین باری را غصب کند، لکن از آن استفاده باربری نکند. در این صورت، نمی توانیم بگوییم فقط منفعتی را که استیفا نموده باید بپردازد؛ بلکه قیمت منفعت استفاده نشده را هم باید بپردازد؛ مگر آن که بگوییم منافع غیر مستوفاه ضمان آور نیست.

ب - این که غاصب از هیچ کدام از آن منافع استفاده نکند؛ در این صورت، آیا این شخص، ضامن منفعتی است که از نظر عرف قیمت بیشتری دارد یا آن که ضامن یکی از منافع است به صورت تخییری؟ در این فرض نیز آیا تخییر به دست مالک است یا در اختیار ضامن است؟

مرحوم محقق بجنوردی (۱) در این جا قائل به تفصیل شده اند. توضیح مطلب این است که باید ببینیم مستند و مدرک ضمان چیست؟ اگر دلیل ضمان را قاعده تفویت قرار دهیم، باید حکم کنیم منفعتی را که مالیت بیشتر دارد، ضامن است؛ زیرا، از طرفی نمی توانیم تفویت جمیع منافع را به ضامن نسبت دهیم - چرا که فرض این است که منافع از حیث وجودی متضادند و قابلیت اجتماع ندارند -، و اگر غاصب هم در میان نبود، حصول جمیع ممکن نبود؛ بنابراین، شخص غاصب، جمیع منافع را ضامن نیست و بلکه منفعت دارای قیمت بیشتر را ضامن است.

اما اگر دلیل ضمان قاعده ید باشد، مرحوم بجنوردی در این فرض سخنی ندارند، لیکن والد محقق که همین تفصیل را اختیار فرموده اند (۲)، بیان می کنند

ص: ۲۱۳

۱- (۱). القواعد الفقہیہ، ج ۴، ص ۶۲.

۲- (۲). القواعد الفقہیہ، ج ۱، ص ۱۱۶.

که در این جا، هر چند که منافع با یکدیگر متضادند، باید حکم کنیم که شخص غاصب جمیع منافع را ضامن است؛ زیرا، مطابق این قاعده، ملاک، تحقق استیلا و صدق آن است؛ و استیلا بر جمیع منافع به تبع استیلا بر عین است؛ تضاد در عالم وجود ارتباطی به استیلا که ملاک ضمان است، ندارد.

تحقیق در مسأله: به نظر می رسد که این استدلال صحیح نباشد؛ زیرا، گرچه ملاک در قاعده ید، طبق تفسیر مشهور، استیلا و سلطه است؛ اما در این استیلا- و سلطه، باید متعلق آن را از نظر عرف ملاحظه نمود. در چنین مواردی که مالی دارای منافع متضاد است، عرف استیلا بر جمیع منافع را نمی پذیرد؛ و همان طور که در گذشته نیز بیان نمودیم، گرچه استیلا بر منافع به تبعیت استیلا بر عین است، اما این تبعیت یک امر اعتباری است و عرف، نسبت به همه منافع تبعیت را نمی پذیرد.

بنابراین، این تفصیل نمی تواند مطابق با تحقیق باشد و صحیح آن است که در چنین صورتی که مال دارای منافع متضاده است، غاصب، ضامن قیمتی است که مالیت بیشتری را دارد؛ و فرقی نیست که دلیل ضمان را قاعده ید بدانیم، یا قاعده ی تفویض.

در این قسمت، بحث از منافع را به پایان می بریم. در بحث ضمان، مسأله قیمی و مثلی نیز مطرح است که در جای خود باید مورد بحث قرار گیرد، و از دایره این قاعده خارج است.

تنبیه سوم: بررسی شمول قاعده نسبت به حرّ

اشاره

تردیدی نیست که حدیث علی الید همان گونه که شامل اموال خارجی می شود، شامل انسان بنده و عبد به عنوان این که یکی از مصادیق اموال نیز می باشد. بنابراین، اگر کسی بنده ی دیگری را غصب کرد، طبق این حدیث، باید آن عبد را به صاحب و مالکش برگرداند؛ و چنان چه تلف شود، لازم است که قیمت او را پردازد. لیکن اختلاف در این است که اگر شخص و یا حکومت، یک انسان حرّ و آزادی را در اختیار بگیرد و به عنوان مثال او را برای مدّتی زندانی کند، آیا این حدیث شامل چنین موردی نیز می شود؛ به صورتی که دلالت بر لزوم ادا و ردّ آن شخص در صورت بقا، و پرداخت دیه کامل او در صورت تلف داشته باشد؟ علاوه بر این، اختلاف دیگری که وجود دارد، این است که آیا گیرنده، ضامن منافع این شخص آزاد می باشد یا خیر؟ بنابراین، لازم است که بحث را در دو مقام دنبال کنیم.

البته، در کتاب های فقهی معمولاً بین این دو مقام تفکیک نشده است و

غالب آن‌ها بحث را در عمل حُرّ متمرکز نموده، و عنوان کرده‌اند: با توجّه به این که عمل حُرّ می‌تواند به عنوان عوض معامله قرار گیرد، آیا قاعده‌ی ضمان در عمل حُرّ جریان دارد یا خیر؟ برخی مانند مرحوم سید یزدی در حاشیه مکاسب قائل به ضمان در این مورد شده، و بین حُرّی که بالفعل دارای حرفه و کسبی باشد که از او به «کسوب» تعبیر می‌کنند و بر آن، مال صدق می‌کند، و حُرّی که «غیر کسوب است» و بر عمل او مال صدق نمی‌کند، تفصیل داده‌اند.

در اوّلی قائل به ضمان و در دومی به عدم ضمان قائل شده‌اند، که علاوه بر تمسّک به قاعده اتلاف، سیره عقلائیّه و قاعده احترام عمل مسلمان، به قاعده ضمان ید نیز استدلال نموده‌اند.

مقام اوّل: بررسی ضمان نسبت به حُرّ

اشاره

مرحوم محقّق قدس سره در شرائع آورده است: «والحرّ لا یضمن بالغصب ولو کان صغیراً»^(۱).

صاحب جواهر رحمه الله نیز در توضیح آن فرموده است: «لا- عیناً ولا- منفعه بلا خلاف محقّق أجده فیهِ»^(۲)؛ ایشان علاوه بر ادّعی عدم خلاف و بلکه عدم اشکال در عدم ضمان حُرّ، فرموده است: «ضروره عدم کونه مالاً حتی یتحقّق فیهِ الضمان»؛ زیرا، انسان حُرّ مال محسوب نمی‌شود که ضمان در مورد او محقّق شود.

البته مرحوم محقّق در المختصر النافع فرموده است: «لو کان التلف لا بسببه کالموت ولدغ الحیّه فقولان»^(۳)؛ ایشان ادّعا کرده در موردی که تلف به سبب

ص: ۲۱۶

۱- (۱). یعنی: اگر انسان آزادی غصب شود، هر چند که کودک باشد، ضمانی نبوده و شخص غاصب ضامن نیست.

۲- (۲). جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۶.

۳- (۳). المختصر النافع، ص ۲۴۷.

غاصب نباشد، دو قول در مسأله وجود دارد؛ مرحوم صاحب جواهر نیز به آن ایراد کرده و آورده است: «لم نتحققه»؛ این که در مسأله دو قول باشد، به آن دست پیدا نکردیم.

در مقابل اینان، مرحوم فیض کاشانی قدس سره در مفاتیح قول به عدم ضمان را تضعیف نموده و مرحوم سبزواری قدس سره در کفایه قول به عدم ضمان را به مشهور نسبت داده اند^(۱) که دلالت دارد غیر مشهور به ضمان حرّ قائل هستند.

ابن فهد حلّی رحمه الله در مهذب و مرحوم شهید در روضه ادعای اجماع بر عدم ضمان صغیر چنان چه به موت طبیعی تلف شود، نموده اند^(۲)؛ از این رو، در عبارات فقها تعمیم داده شده و همه ی آن ها فرموده اند که حرّ به سبب غضب، مورد ضمان واقع نمی شود.

مرحوم محقق در شرائع فرموده است حرّ علاوه بر آن که به سبب غضب، مورد ضمان واقع نمی شود، اگر غرق و یا سوخته شود و غاصب سببیتی در این امر نداشته باشد، باز هم غاصب ضامن نیست. مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و فخر المحققین در ایضاح نیز همین نظر را دارند. شهید ثانی رحمه الله این فتوا را به اشهر و مرحوم سبزواری در کفایه الأحکام آن را به مشهور نسبت داده است، اما صاحب جواهر رحمه الله این نسبت را نپذیرفته است.^(۳)

لیکن، در صورتی که حرّ صغیر باشد و به وسیله نیش مار یا عقرب زمانی که در دست غاصب است، تلف شود، مرحوم شیخ طوسی در کتاب الجراح

ص: ۲۱۷

۱- (۱). به نقل از: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۶.

۲- (۲). همان.

۳- (۳). همان، ص ۳۷.

مبسوط فتوا به ضمان داده است؛ شهید اول رحمه الله در دروس و نیز شیخ رحمه الله در خلاف و مرحوم علامه در مختلف این رأی را تقویت نموده اند؛ و در تبصره و حاشیه ارشاد و برخی دیگر از کتاب های فقهی این قول اختیار شده است. از علمای عامه نیز ابوحنیفه این رأی را پذیرفته است. برخی دیگر از فقها این قول را فقط نقل نموده، و هیچ ترجیحی نسبت به آن نداده اند؛ مانند مرحوم محقق در المختصر النافع، فاضل آبی رحمه الله در کشف الرموز، علامه رحمه الله در تحریر و ارشاد، مرحوم شهید ثانی در غایه المراد و ابن فهد رحمه الله در مهذب.

مرحوم صاحب جواهر بعد از نقل این اقوال، فرموده است: «نعم لا وجه ظاهر تقتضی الضمان». ایشان معتقد است دلیل روشنی بر ضمان حرّ صغیری که به این صورت تلف شده باشد، نداریم؛ و آن چه به عنوان دلیل مطرح هست، دو امر است که هر دوی آن ها مخدوش است. آن دو وجه عبارت است از:

۱ - ممکن است کسی ادعا کند در این فرض، غاصب به علت غضب، سبب در تلف شدن او شده است؛ مانند این که کسی در راه چاهی حفر کند و دیگری در آن قرار گیرد؛ همان طور که در این مورد سببیت وجود دارد، در این بحث و مسأله نیز سببیت است. صاحب جواهر رحمه الله فرموده است: این دلیل واضح المنع است؛ زیرا، در مقیاس علیه مسأله سببیت از نظر عرف واضح است، اما در مقیاس، سببیت روشن نیست.

۲ - در برخی از روایات، وارد شده است: «من استعار حراً صغیراً فعیب فهو ضامن»^(۱)؛ بر حسب این روایت، در ما نحن فیه، ضمان باید وجود داشته باشد. مرحوم صاحب جواهر قدس سره به این روایت دو اشکال وارد نموده است: اول این که، سند این روایت ضعیف است؛ و دوم این که، بر فرض صحّت سند، هیچ فقیهی به این روایت عمل ننموده است.

ایشان بعد از ردّ هر دو دلیل، دو توهم را ذکر کرده و پاسخ می دهد:

توهم اول: اگر در صغیر ضمان را نپذیریم، این امر موجب می شود کسانی که به دنبال قتل اطفال هستند، حيله ای داشته باشند؛ به عبارت دیگر، باید

ص: ۲۱۸

۱- (۱). محمد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۹۴.

بگویم نفس غضب و عدوان با ضمان مناسبت دارد، و گرنه چنین تالی فاسدی خواهد داشت.

جواب: این مناسبت، مجرد اعتبار و استحسان است؛ و در فقه برای فقیه قابل اتکا نیست.

توهم دوم: اگر کسی مملوک صغیر یا مجنونی را در مسبعه قرار دهد که درندگان او را از بین می برند، در این صورت مسلماً ضمان وجود دارد، آیا ضمان در این مورد، اقتضای ضمان در ما نحن فيه را ندارد؟

جواب: خیر، چنین اقتضایی نیست؛ زیرا، در آن مورد مسأله تسبیب به وضوح وجود دارد و شخص غاصب، سببیت عرفی در این امر دارد، اما در مسأله مورد بحث، غاصب سببیت ندارد.

مرحوم صاحب جواهر قدس سره در انتهای بحث فرموده است:

«فالمتجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصیر منه فی حفظه بالاهمال ونحوه وربما یحمل القول بالضمان علی ما لو أهمل، بحیث یکون سبباً فی تلفه لکونه غیر قابل لحفظ نفسه بخلاف ما إذا لم یهمل فاتفق تلفه بأمر لا مدخل لاهماله فيه، وحينئذ یکون النزاع لفظياً».

این فرمایش ایشان متین است، اما نکته ی مهم آن است که در فرض اهمال، قتل استناد به غاصب پیدا می کند؛ و آیا مقصود از ضمان در این فرض، همان دیه مقدره است یا این که مقصود آن است که حُرّ صغیر را به منزله مملوک صغیر فرض کرده و آن را قیمت گذاری نماییم؟ ظاهر آن است که احتمال اول - دیه مقدره - صحیح است؛ و در نتیجه، از بحث ضمان اصطلاحی در باب غضب، به طور کلّ خارج می شود.

امام خمینی رحمه الله در کتاب الغصب تحریر الوسيله در مسأله ۵ آورده اند:

«لو استولى على حُرِّ فحبه لم يتحقق الغضب لا بالنسبه إلى عينه ولا بالنسبه إلى منفعتة، وإن أثم بذلك وظلمه سواء كان كبيراً أو صغيراً، فليس عليه ضمان اليد الذي هو من أحكام الغضب، فلو أصابه حرق أو غرق أو مات تحت استيلائه من غير تسبب منه لم يضمن» (۱).

از این عبارت استفاده می شود که ایشان در صدق عنوان استیلائی بر حُرِّ تردیدی ندارند، اما چون بر شخص حُرِّ، عنوان مال غیر یا حق غیر صدق نمی کند، تعریف غضب شامل او نمی شود. مرحوم امام در تعریف غضب آورده اند:

«وهو الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدواناً».

ممکن است بر این کلام مناقشه شود به این که اولاً: چنین تعریفی در هیچ آیه، یا روایتی و یا دلیل معتبری وارد نشده است تا این که بتواند مستند حکم شرعی قرار گیرد. و ثانیاً: اگر استیلائی بر مال دیگری یا حق دیگری غضب باشد، به طریق اولی استیلائی بر نفس غیر، عنوان غضب را دارد. این اشکال دوم قابل جواب است؛ به این صورت که غضب، یک عنوان انتزاعی یا اعتباری است که در میان عقلا وجود دارد و در امور اعتباری یا انتزاعی، اولویت راه ندارد؛ و با مراجعه به عقلا می بینیم که آنان در استیلائی بر نفس غیر، عنوان غضب را اعتبار نمی کنند.

مرحوم محقق خوئی قدس سره نیز در کتاب الغضب منهاج الصالحین آورده اند:

ص: ۲۲۰

۱- (۱). اگر بر شخص حُرِّ استیلا پیدا کند و او را حبس نماید، غضب تحقق پیدا نمی کند - نه نسبت به عین او و نه نسبت به منفعتش - اگر چه با این کار، گناه کرده و به او ظلم نموده است - بزرگ باشد یا کوچک - پس، بر او ضمان ید - که از احکام غضب است - نیست. بنابراین، اگر آن شخص محبوس و مغضوب بسوزد، یا غرق شود و یا در تحت استیلائی او بدون تسبب او، بمیرد، ضامن نمی باشد.

«إذا استولى على حرّ فتلف عنده فلا ضمان على المستولى وإن كان الحرّ صغيراً إلا أن يكون تلفه مستنداً إليه»^(۱).

ایشان هم معتقدند نسبت به استیلاى بر حرّ، هیچ گونه ضمانی وجود ندارد؛ و اگر در زمان استیلا، شخص حرّ خود به خود تلف شود و از بین برود، شخص مستولى ضامن نیست. آری، ایشان نیز همانند امام خمینی رحمه الله یک مورد را استثنا می کنند، و آن موردی است که تلف شخص حرّ مستند به مستولی باشد؛ در این صورت، شخص مستولى ضمان است. البته روشن است که این استثنای از مورد غضب نیست، و بلکه دلیل آن مسأله اتلاف و یا سببیت در قتل است، که از محل کلام خارج است.

اما والد محقق^(۲) در این رابطه فرموده اند: حدیث علی الید اطلاق دارد، و نسبت به شخص آزاد نیز استیلا تحقق پیدا می کند، بنابراین، ضمان نسبت به او کاملاً متصور است. در میان ادله نیز قرینه ای بر این که اطلاق را تقييد بزيم، وجود ندارد. ایشان در شرح تحریر با استاد خود در این بحث مخالفت نموده و قائل شده اند ضمان در استیلاى بر حرّ مطابق با قاعده است؛ مگر آن که در مقابل آن اجماعی وجود داشته باشد. ایشان آورده اند:

«فلا بدّ فی الحكم بعدم الضمان فيه من الاستناد إلى الاجماع لا القاعده المقتضيه لثبوت الضمان فی الفرض المزبور»^(۳).

در مقابل، برخی از بزرگان مانند محقق رشتی رحمه الله^(۴) اصرار دارند که این حدیث، شامل شخص آزاد نمی شود.

ص: ۲۲۱

۱- (۱). منهاج الصالحين، ج ۲، ص ۱۴۶، م ۶۸۴.

۲- (۲). محمد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهيّة، ج ۱، ص ۱۲۲.

۳- (۳). محمد الفاضل اللنکرانی، تفصيل الشريعة فی شرح تحرير الوسيله، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۲۲.

۴- (۴). کتاب الغصب، ص ۱۳.

مرحوم محقق رشتی در رابطه با این که حدیث علی الید شامل حرّ نمی شود، سه مطلب ذکر نموده اند (۱) که جهت روشن شدن بحث، لازم است که هر سه صورت را جداگانه مورد تدقیق و بررسی قرار دهیم.

مطلب اوّل: ضمان در موردی تصویر دارد که «ید» کاشف از ملکیت باشد؛ و ضامن به عنوان مالکیت نسبت به شیء استیلا پیدا کرده، و آن شیء متّصف به صفت مملوکیّت باشد؛ در حالی که شخص آزاد چنین وصفی را ندارد؛ چرا که خود، عنوان مالک دارد و دیگر، قابل اتّصاف به صفت مملوکیّت نیست و اجتماع مالک و مملوک محال است.

شاهد بر این مطلب، فتوای مرحوم علامه (۲) است که اگر کسی لباس شخص حرّ صغیری را غصب کند، ضمان آور نیست؛ زیرا، اگر خودش را نیز غصب کند، موجب ضمان نمی شود؛ چه آن که انسان صغیر، هر چند مقهور دست غاصب است، اما صفت ملکیت - که در معنای «ید» در این قاعده مأخوذ است - در او وجود ندارد.

از این جهت، کلمه ی «ید» بر او صادق نیست؛ و اگر نسبت به خود او صادق نباشد، نسبت به لباس او نیز صادق نخواهد بود؛ چرا که به اعتبار استقلال ذاتی و مالکیت ذاتی خودش، بر لباس خودش «ید» دارد.

اشکالات مطلب اوّل: بر این مطلب اشکالات زیر وارد می شود:

۱ - ظاهر کلمه ی «ید» در این حدیث، یدِ عدوانی و یا یدِ غیر مأذون است؛ و هیچ قرینه ای بر این که باید «ید»، متّصف به صفت ملکیت و مالکیت باشد،

ص: ۲۲۲

۱- (۱). خلاصه این سه مطلب آن است که در اخذ شخص حرّ یا عنوان «ید» صدق نمی کند؛ و یا این که عنوان «ادا» که غایت است، تحقّق ندارد.

۲- (۲). تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۵۲۳.

نداریم؛ و اساساً، در کلام ایشان، هیچ دلیلی بر این مطلب که ید موجب ضمان، ید کاشف از ملکیت است، اقامه نشده است.

۲ - استشهاد ایشان به فتوای مرحوم علامه صحیح نیست؛ زیرا، در صحت این فتوا مناقشه است؛ چه آن که تردیدی نیست که در ضمان، بین لباس شخص صغیر و لباس شخص کبیر فرقی نیست. و اگر مراد مرحوم علامه آن است که از طریق حدیث علی الید، نمی توان برای ضمان در لباس صغیر استدلال نمود، باید در جواب گفت: عموم و اطلاق حدیث، به خوبی شامل لباس صغیر می شود. و اگر بپذیریم بر خود صغیر، «ید» صدق نمی کند، ملازمه ای نیست که بر لباس او هم «ید» صدق نکند.

والد محقق (۱) دو توجیه برای کلام مرحوم علامه ذکر نموده، و سپس، هر دو را مورد مناقشه قرار داده اند؛

توجیه اول: مراد علامه رحمه الله آن است که اگر چه کلمه ید، در قاعده ضمان ید متّصف به عدوانی بوده و با کلمه ید، در قاعده اماریت ید که متّصف به مشکوک بودن است، اختلاف دارد، اما در هر دو قاعده موصوف، یعنی: ذات ید، به یک معنا است. از طرف دیگر، تردیدی نیست که در قاعده اماریت، کلمه ید، ظهور در چیزی دارد که متّصف به مملوکیّت شود - یعنی: متعلّق آن متّصف به مملوکیّت شود - چرا که ید بر خمر و یا خنزیر اماره بر ملکیت نیست؛ بنابراین، در قاعده ضمان نیز مراد از ید، بایستی همین معنا باشد.

اشکالات توجیه اول: این توجیه با دو اشکال مواجه است: ۱ - دلیلی نداریم که هر دو قاعده باید در این معنا یکسان باشند؛ بلکه قرینه مناسبت حکم و موضوع در قاعده ی اماریت دلالت بر این دارد که مراد، ید بر چیزی است که قابلیت اتّصاف به ملکیت را داشته باشد، و در چنین موردی است که ید

ص: ۲۲۳

می تواند کاشف از ملکیت باشد؛ اما این قرینه، در قاعده ضمان ید وجود ندارد.

۲ - در قاعده امارت هم می توان گفت که اختصاص به چنین موردی ندارد؛ بلکه در مواردی هم که اتصاف به ملکیت نیست، این قاعده جاری است؛ مانند این که: زنی در اختیار مردی باشد و آن مرد با وی به صورت زوجیت برخورد کند؛ در چنین موردی اگر شک شود که این زن زوجه اوست یا خیر؟ مقتضای قاعده ید، آن است که حکم بر زوجیت او نمایم. این مطلب شاهد آن است که قاعده ید، اختصاص به موردی که متصف به مملوکیت شود، ندارد.

به نظر می رسد که اشکال دوّم ایشان قابل مناقشه است؛ چرا که، حکم به زوجیت در چنین موردی، بر طبق قاعده ی تقدیم ظاهر بر اصل است؛ به این معنا که ظاهر حال مسلمانان آن است که ارتباط وی با زن بیگانه مطابق موازین شرعی - که همان زوجیت است - می باشد. شاهد بر این مطلب آن است که اگر قضیه به عکس باشد، یعنی شک شود که مرد همسر این زن است یا نه؟، می توانیم حکم به زوجیت کنیم؛ که اگر مسأله ید و قاعده ید مطرح باشد، روشن است که نمی توان آن را در دو طرف جاری کرد؛ یعنی: نمی توان گفت:

هم مرد بر زن، ید دارد و هم زن بر مرد، ید دارد؛ اما قاعده تقدیم ظاهر بر اصل را می توان در هر دو طرف جاری نمود.

توجه دوّم: توجه دیگری که برای کلام مرحوم علامه بیان می کنند، این است که از ذیل کلام ایشان استفاده می شود که از معنای عرفی ید، چنین می فهمیم که در موردی که ملکیت و اختصاص ناشی از ملکیت هست، معنای ید، بر آن صدق می کند؛ و در موردی که ملکیت تصوّر ندارد، در آن مورد، ید، صدق نمی کند.

اشکال توجه دوّم: اشکالی که بر این توجه می شود، آن است که روشن است در فهم معانی الفاظ وارد شده در کتاب و سنت بایستی به عرف مراجعه

نماییم؛ و با مراجعه به عرف روشن می شود که در صدق ید و استیلا، به هیچ وجه مملوکیّت دخالت ندارد. شاهد این مطلب آن است که در عمل آدم ربایی، از نظر عرفی، استیلا هست، و حال آن که هیچ عنوان مملوکیّتی نیست.

تا این جا روشن شد که کلام مرحوم علّامه مبنی بر آن که در صدق ید، صفت مملوکیّت وجود دارد، کلامی است غیر صحیح.

مطلب دوّم: محقّق رشتی رحمه الله فرموده است: در صورتی که بپذیریم عنوان ید و استیلا- بر انسان آزاد صدق می کند، اما غایت موجود در حدیث علی الید - «حتی تؤدّیه» - قرینه می شود که موصول موجود در متن روایت، شامل حرّ نشود؛ زیرا، در پرداختن دیه ی حرّ، عنوان ادا صدق نمی کند؛ و اگر حرّ تلف شود و غاصب دیه او را به ورثه اش پردازد، باز ادا صدق نمی کند؛ زیرا، ادا در صورتی تحقّق دارد که بدل، جای مُبدل و به عوض مُبدل باشد؛ و از این جهت، پرداخت مثل و یا قیمت، در اشیای دارای مالّیت، عنوان بدل را دارد، و گویا با پرداخت آن، مُبدل پرداخت شده است؛ در حالی که این عنوان، در پرداخت دیه ی حرّ وجود ندارد؛ چه آن که دیه، عوض از شخص نیست و بلکه، در حقیقت، به عنوان جریمه و عقوبت است؛ و با پرداخت دیه، هیچ گاه خود آن انسان دفع نشده است.

مرحوم محقّق رشتی در ادامه فرموده است: این اشکال، مبتنی است بر این که از غایت موجود در روایت، پرداخت مثل و یا قیمت را در صورت تلف، استفاده کنیم؛ اما اگر مبنای دیگر را بپذیریم که از غایت، حکم صورت تلف استفاده نمی شود؛ بلکه حکم تلف - دفع بدل - را یا باید از شرع و یا از عرف بگیریم، در این صورت، گفته شده است: حدیث علی الید، بر ضمان حرّ صغیر دلالت دارد؛ و در صورت تلف، بایستی دیه او پرداخت شود.

و اگر کسی ادّعا کند که تعبیر به ضمان، شامل پرداخت دیه نمی شود، چرا که

عنوان عوض را ندارد، و ضمان، فقط اختصاص به امور مالی دارد، در پاسخ می‌گوییم: اولاً، در روایت، لفظ ضمان وارد نشده است، و این تعبیر از کلمه ی «علی» استفاده شده است؛ ثانیاً، این که ضمان، اختصاص به اشیایی داشته باشد که در عرف به آن‌ها مال می‌گویند، مورد قبول نیست؛ و شاهد آن تعبیر ضمان در باب طیب و امام جماعت است؛ و ثالثاً، حتی اگر بپذیریم تعبیر به ضمان، اختصاص به اموال دارد، اما تردیدی نیست که تعبیر به عهده چنین اختصاصی را ندارد.

اشکالات مطلب دوم: بر مطلب دوم نیز چند اشکال وارد است (۱): ۱ - چنان چه بپذیریم حکم تلف - دفع بدل - از غایت استفاده نمی‌شود و بلکه یک حکم شرعی است که از طریق دیگر استفاده می‌شود، واضح است که برای ثبوت آن نیاز به دلیل دیگر داریم که آن دلیل در مورد حرّ وجود ندارد. آری، روایتی از وهب بن وهب ابوالبختری از امام صادق علیه السلام وارد شده است که: «من استعار عبداً لقوم آخرین، فهو له ضامن، ومن استعار حرّاً صغيراً ضمن» (۲) و از آن، ضمان نسبت به صغیر حرّ استفاده می‌شود؛ اما، اولاً: این روایت از نظر سند به جهت وجود وهب بن وهب که از دروغگوترین افراد هست (۳)، مخدوش است؛ ثانیاً: این روایت مورد عمل اصحاب واقع نشده است؛ و ثالثاً: مخالف با اجماع است؛ زیرا، اجماع فقها بر عدم وجود ضمان در عاریه قائم است.

۲ - در صورتی که بپذیریم که بر اخذ حرّ، ید و استیلا صدق می‌کند، و همین طور بپذیریم که نسبت به استیلا بر انسان، ضمان هم صادق است، همان گونه

ص: ۲۲۶

۱- (۱). محمد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقہیة، ج ۱، ص ۱۲۰.

۲- (۲). الشیخ الكلینی، الکافی، ج ۵، ص ۳۰۲؛ الشیخ الطوسی، تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۸۵؛ محمد بن حسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۹۴، کتاب العاریه، باب ۱، ح ۱۱.

۳- (۳). الشیخ الطوسی، اختیار معرفه الرجال، ج ۱، ص ۱۲؛ و ج ۲، ص ۵۹۷؛ ابن الغضائری، رجال ابن الغضائری، ص ۱۰۰؛ ابن داود الحلّی، رجال ابن داود، ص ۲۸۲.

که در امور مالی صدق می‌کند؛ و نسبت به روایت وهب - هر چند که معتبر نبوده و اثبات حکم شرعی نمی‌کند - چون راوی آشنای به اسالیب لغت عرب است، می‌تواند این مقدار را اثبات کند که در چنین مواردی تعبیر به ضمان استعمال می‌شود. با این دو فرض، چاره‌ای نیست که نسبت به حرّ، مسأله خروج از عهده و رافع ضمان را بپذیریم؛ یعنی: اگر اصل ضمان ثابت باشد، تردیدی نیست که حتماً برای رفع آن رافعی وجود دارد؛ و این رافع، بر طبق حدیث علی‌الید، چیزی غیر از ادا نمی‌تواند باشد. بنابراین، پرداختن دیه نیز مانند پرداختن مثل و یا قیمت، بایستی از مصادیق ادا محسوب شود.

انصاف آن است که اشکال دوّم، وارد نیست؛ و بر پرداختن دیه حرّ، کلمه ادا صدق نمی‌کند؛ زیرا، بحث در آن است که آیا غایت موجود در این روایت، می‌تواند قرینه بر تخصیص موصول به غیر حرّ شود یا خیر؟ و روشن است که اگر ضمان در انسان آزاد ثابت باشد، ملازمه ندارد که رافع آن عنوان ادا را داشته باشد. به عبارت دیگر، دلیلی نداریم که در همه موارد، رافع ضمان، مصداق برای ادا باشد؛ بلکه، در مثل پرداخت دیه، مصداق برای عقوبت و جریمه است. آری، اگر عنوان ادا را توسعه داده و علاوه بر ادای حقیقی، شامل ادای حکمی نیز شود، بعید نیست که دفع دیه عنوان ادای حکمی داشته باشد. فتدبّر.

مطلب سوم: مرحوم محقق رشتی در مطلب سوم فرموده اند: آن چه متبادر از موصول است، مال است؛ چرا که کلمه ادا، اگر به افعالی مانند نماز نسبت داده شود، نیازی به حرف جرّ «إلی» ندارد؛ اما اگر به اعیان و امور غیر مالی نسبت داده شود، به حرف جرّ «إلی» نیازمند است؛ و در این فرض، ادا، نیاز به مؤدّی‌الیه و کسی که مال به او تحویل داده شود، دارد. مؤدّی‌الیه نیز در مالی که غصب می‌شود یا عنوان مالک را دارد و یا عنوان مستحقّ، و حال آن که در بحث حرّ هیچ یک از این عناوین نیست؛ شاهدش نیز آن است که در ردّ حرّ مغضوب نمی‌توانیم تعبیر کنیم که ردّ آن به مالک یا مستحقّ او واجب است؛ و حتی نمی‌توان

گفت که به وارث او ردّ نماییم؛ چرا که وارث، عنوان مالک یا مستحقّ را ندارد.

اشکالات مطلب سوم: والد محقّق(۱) بر این مطلب اشکال کرده و سه صورت تصویر نموده اند: صورت اوّل: اگر شخص حرّ در دست غاصب بمیرد، تردیدی نیست که در حکم تلف بوده، و ادای دیه و قیمت آن به وارثش لازم است. صورت دوّم: در جایی که شخص حرّ اجیر دیگری شده باشد و منفعت خاصّ او و یا تمام منافعش ملک دیگری شده باشد، مؤدّی علیه تصویر و معنا دارد؛ و او همان مالک و اجاره کننده انسان آزاد است که بایستی قیمت منافع را به او تحویل دهد. و صورت سوم: اگر شخص حرّ زنده باشد و منفعتش نیز ملک دیگری نباشد، در صورتی که صغیر باشد و در زندگی استقلال نداشته باشد، باید قیمت او را به ولیّ او ادا نمود؛ و لازم نیست مؤدّی علیه مالک یا مستحقّ باشد. دلیل این مطلب نیز فهم عرف است.

اما در صورتی که آن انسان آزاد، بزرگسال باشد، چون در ضمان نمی توانیم بین کبیر و صغیر فرقی قائل شویم و قول به فصل نداریم، باید ضمان را بپذیریم، و در معنای آن تصرّف کنیم؛ به این صورت که در ادا لازم نیست مؤدّی علیه شخصی معین باشد تا بگوییم یا باید مالک باشد و یا مستحقّ؛ بلکه مراد از ادا، ارجاع آن به صورتی است که قبل از غصب به همان صورت بوده؛ یعنی: آن را به همان شرائط و خصوصیات قبل از غصب برگردانیم، و این معنا در حرّ نیز قابل تصویر است.

تحقیق مسأله در مقام اوّل

گرچه تردیدی نیست که این حدیث از نظر موصول اطلاق داشته و شامل انسان آزاد نیز می شود؛ لیکن انصاف آن است که نمی توانیم غایت در حدیث

ص: ۲۲۸

۱- (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقہیّه، ج ۱، ص ۱۲۲.

علی الید را به ادا - اعم از حقیقی و حکمی - تفسیر نموده، و یا آن که بگوییم نیازی به مؤدی إلیه ندارد. بنابراین، ظهور عرفی حدیث، در اموال و اعیان خارجی است که قابلیت ردّ به مالک را دارند؛ و شامل اخذ حُرّ نمی شود.

توضیح مطلب این است که: در اموال و اعیان خارجی، مسأله تلف مطرح، و بدل آن که مثل یا قیمت است، جایگزین آن می شود؛ در حالی که در شخص حُرّ، چنان چه خود به خود بمیرد، نمی توان گفت تلف حقیقی و یا تلف حکمی محقق شده است؛ زیرا، اگر بپذیریم که در حکم تلف است، باید ملتزم شویم که غاصب باید دیه او را پردازد؛ و این بر خلاف ضرورت فقه است. در فقه، پرداخت دیه، مشروط به تحقق عنوان قتل غیر عمد و استناد قتل به قاتل است، و چنان چه این عنوان محقق نشود، هیچ سببی از نظر شرع برای پرداخت دیه نیست. بنابراین، این رأی و نظر - که عنوان تلف حکمی دارد و باید دیه انسان آزاد پرداخت شود، - با ضرورت فقه که دیه را منوط به تحقق قتل می کند، منافات دارد.

به عبارت دیگر، می توان ادعا کرد که در شخص حُرّ، مسأله ضمان به طور کلی منتفی است؛ و شارع مقدّس مسأله دیه را مقرر فرموده است. به این معنا که در شریعت، شارع مقدّس، ضمان به ردّ عین و یا به مثل و قیمت را در اموال و اعیان خارجی که مورد داد و ستد قرار می گیرند و طرف برای اضافه واقع می شوند، قرار داده است؛ اما در انسان های آزاد فقط عنوان دیه را تثبیت فرموده است، و این عنوان موضوع معین و مستقّلی دارد که هیچ گونه ارتباطی به مثل و یا قیمت ندارد.

مقام دوّم: بررسی ضمان نسبت به منافع حُرّ

اشاره

چنان چه ضمان را نسبت به خود حُرّ بپذیریم، تردیدی نیست که ضمان نسبت به منافع او به طریق اولی ثابت است؛ اما اگر ضمان را نسبت به خود حُرّ نپذیریم، همان گونه که مقتضای تحقیق چنین است و نسبت به حُرّ ضمانی

نیست، این سؤال پیش می آید که آیا نسبت به منافع او، اعمّ از مستوفاه و غیر مستوفاه، ضمانی وجود دارد یا خیر؟

از کلمات فقها، در مجموع چهار نظریه استفاده می شود؛ که عبارتند از: ۱- ضمان مطلقاً؛ ۲- عدم ضمان مطلقاً؛ ۳- تفصیل بین حرّ کسوب و غیر کسوب؛ و ۴- تفصیل بین منافع مستوفاه و منافع غیر مستوفاه.

ظاهراً در دو مورد زیر تردیدی نیست:

الف - اگر شخص حرّ اجیر شخص دیگری باشد و غاصب او را حبس کند تا منفعت وی فوت شود، غاصب ضامن منفعت فوت شده نسبت به مستأجر است. مرحوم امام خمینی قدس سره در تحریر آورده اند: «لو كان أجيراً لغيره في زمان فحبسه حتى مضى ضمن منفعته الفائته للمستأجر»^(۱). مرحوم محقق خوئی قدس سره نیز در منهاج الصالحین آورده اند: «إذا منع حرّاً عن عمله لم يضمن إلّا إذا كان أجيراً خاصّاً لغيره فيضمن لمن استأجره»^(۲).

علّت ضمان در این فرع آن است که منفعت حرّ با عقد اجاره در ملک دیگری واقع شده است، و در حقیقت، غاصب، آن چه را که ملک و مال دیگری بوده تلف نموده است؛ بنابراین، از مصادیق قاعده اتلاف محسوب می شود.

آری، روشن است که در این صورت، قاعده ضمان ید جریان ندارد؛ زیرا، عنوان اخذ و قبض بر آن صدق نمی کند؛ و اگر هم این عنوان صدق کند، غایت موجود در حدیث، امکان تحقّق ندارد.

ب - اگر غاصب از حرّ و منافع او در کارهای مربوط به خود و یا دیگران استفاده نماید، تردیدی نیست که نسبت به آن ضامن بوده و بایستی اجره المثل او را پردازد. دلیل این مطلب قاعده اتلاف و یا حدیث علی الید نیست، بلکه از

ص: ۲۳۰

۱- (۱). تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۷، م ۱۲.

۲- (۲). منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۴۶، م ۶۸۵.

جهت احترام عمل مسلمان است؛ و چون در این مورد، عمل حُرّ به امر غاصب انجام گرفته است، باید اجره المثل آن را پرداخت کند.

بعد از روشن شدن این دو مورد، باید در دو جهت بحث نماییم: اوّل در حُرّ کسوب و دوّم در حُرّ غیر کسوب.

جهت اوّل: عمل حُرّ کسوب

نسبت به حُرّی که دارای صنعت و حرفه است، چنان چه غاصب او را حبس کند، به گونه ای که زمانی که در آن می تواند کار مفیدی انجام دهد، بگذرد و در اثر حبس، آن عمل انجام نگیرد؛ آیا در این صورت، غاصب ضامن این منافع است یا خیر؟

در این فرض، روشن است که قاعده علی الید جریان ندارد؛ زیرا، تردیدی نیست که اگر در این فرض، ید و استیلا هم صدق کند، عنوان اخذ و قبض و نیز عنوان ادا که غایت واقع شده است، صدق نمی کند.

سؤالی که مطرح می شود این است که آیا این فرض می تواند از مصادیق قاعده اتلاف باشد؟

مرحوم سیّد در حاشیه مکاسب فرموده است: عمل حُرّ کسوب، از نظر عرف مال است، و چون غاصب این مال را اتلاف نموده، پس ضامن آن است. ایشان آورده است:

«الثالث: أن یفرق بین عمل الکسوب وغیره، ویقال أنّ الأوّل مال عرفی دون الثانی، وهذا غیر بعید عن الصواب للصدق العرفی فی الأوّل دون الثانی»^(۱).

سپس فرموده اند: همان طوری که در مسأله ضمان بین کسوب و غیر

ص: ۲۳۱

۱- (۱). حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۲۷۸.

کسوب فرق است، در مسأله‌ی تعلق استطاعت هم می‌توانیم بین این دو فرق بگذاریم؛ به این معنی که کسی که کسوب است و می‌تواند با کار و عمل خود، زاد و راحله‌ی حج را تأمین کند، مستطیع است؛ اما کسی که حرفه و صنعتی ندارد، مستطیع نیست.

والد محقق بعد از آن که از کلام مرحوم سید استفاده نموده اند که ایشان معتقد است نسبت به منافع حُرّ اجماعی بر عدم ضمان نداریم، - هر چند که نسبت به خود حُرّ چنین اجماعی هست - آورده اند:

«والظاهر أنّ الوجه الثالث - الّذی نفی السید البعد عنه عن الصواب - هو الأقوی للصدق العرفی ولعدم الفرق بینة و بین عمل العبد» (۱).

استاد بزرگوار و محقق آقای وحید خراسانی «دام ظلّه» در اشکال بر مرحوم سید فرموده اند:

«لیس موضوع قاعده الاتلاف، هو مجرد المال، بل المعتبر فيه إتلاف مال الغير، ولو فرضنا ثبوت المائیه لعمل الحُرّ فهو لا یعدّ ذا مال وإن کانت حرفته مالاً، هذا فضلاً عن أنّه یصعب دعوی اعتبار الکسوب ذا مال عند العقلاء وإن کان عمله مالاً».

از این عبارت استفاده می‌شود که ایشان در مال و مالیت، فعلیت آن را شرط می‌دانند و عنوان مال‌الغیر که موضوع در قاعده اتلاف است، ظهور در فعلیت دارد. چنانچه مقصود ایشان این مطلب باشد، به نظر می‌رسد که کلام متینی است و عمل حُرّ کسوب، بالفعل عنوان مالیت ندارد.

آری، در برخی از عبارات آمده است: «إنّ المراد بعمل الحُرّ أثر عمله وإلّا؛ فنفسه قبل الوجود معدوم و فی حاله متدرج الوجود یوجد شیء منه ویفنی، وبعد الفراغ أيضاً معدوم، فلا یقبل الاتّصاف بکونه مالاً فی شیء من الأحوال» (۲). به نظر می‌رسد که این توجیه غیر قابل قبول است، و مراد از عمل، خود همان عمل است؛ و ارتباطی به نتیجه و اثر آن ندارد. بنابراین، در عمل حُرّ کسوب روشن است که مالیت، فعلیت ندارد، و لا اقل فعلیت آن مشکوک است؛ و بر فرض که مالیت آن را بپذیریم، به هیچ وجه عنوان اتلاف از نظر عرف، در اینجا صدق نمی‌کند؛ گرچه غاصب مانع تحقق آن شده است، اما این، سبب صدق اتلاف نمی‌شود. بنابراین، نمی‌توان به قاعده اتلاف در این بحث تمسک کرد.

آری، می‌توان به سیره‌ی عقلانیّه تمسک کرد؛ به این بیان که: در مواردی که غاصب، حُرّی را حبس می‌کند، عقلاً او را نسبت به عمل فوت شده ضامن می‌دانند.

اشکال: آیا چنین سیره‌ای از سیره‌های جدید و در نتیجه، غیر معتبر نیست؟

جواب: اولاً: به نظر ما، سیره‌های جدید عقلانی که در میان ادله‌ی شرعی، ولو به نحو اطلاق یا عموم ردع و منعی برای آن نداشته باشیم، معتبر است. این نظریه، از برخی عبارات مرحوم امام خمینی و والد محقق «دام ظلّه» نیز استفاده می‌شود. ثانیاً: بر فرض که بپذیریم سیره‌های جدید اعتبار ندارد، اما باید گفت این سیره به عنوان یک ارتکاز عقلانی است که در مرتکبات جمیع عقلای عالم در تمام زمان‌ها وجود دارد، به طوری که اگر بگوییم غاصب فقط یک خلاف شرعی را مرتکب شده و او

را موظف به پرداخت غرامت ندانیم، یک امر مستنکر و غیر قابل قبولی در نزد همه آنان است. بنابراین، بر طبق سیره ی عقلائیه نسبت به حُرّ کسوب تردیدی نیست که ضمان وجود دارد. واللّٰه العالم.

سؤال: آیا نسبت به منافع حُرّ کسوب، اجماعی بر عدم ضمان وجود دارد؟

ص: ۲۳۲

۱- (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۲۳.

۲- (۲). سیّد محمّد کاظم الطباطبایی الیزدی، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۲۷۹.

جواب: استاد بزرگوار آقای وحید خراسانی «دام ظلّه» فرموده اند: آن چه از کلمات اصحاب استفاده می شود، عدم ضمان منافع است. مرحوم شیخ طوسی در مبسوط (۱) تصریح به عدم ضمان نموده و فرموده: «إنه مقتضی المذهب والأخبار وأصل البرائه وان یختار الضمان احتیاطاً»؛ مرحوم علامه در مختلف و محقق اردبیلی رحمه الله و مرحوم صاحب جواهر هم تصریح به عدم ضمان نموده اند؛ اما آن چه که اجماع را بر هم می زند، کلام مرحوم علامه در تذکره (۲) است، که می فرماید: «ولو حبسه مدّه اجره وعطل منفعه فالأقوی أنه لا یضمن الأجره». تعبیر به اقوی در اینجا با اجماع مناسبت ندارد، و اگر در این مورد اجماع وجود داشت، لازم بود که به آن تمسک می کرد و دیگر نباید تعبیر به اقوی کند؛ از اینجا نتیجه می گیریم اجماع مدعی در کلمات قوم، اجماع بر کبری است؛ یعنی اجماع قائم است بر این که حُرّ تحت ید قرار نمی گیرد؛ و دیگر اجماع بر صغری نیست.

به نظر می رسد که بر این فرمایش مناقشاتی وارد باشد، و آن این که:

اولاً: تعبیر به اقوی هیچ منافاتی با اجماعی بودن ندارد؛ و لزومی ندارد که در موارد اجماعی حتماً به اجماع تمسک شود؛ و چه بسا علت اقوی بودن همان اجماعی بودن باشد.

ثانیاً: این که از کلمات اجماع بر کبری را استفاده کنیم، کاملاً خلاف ظاهر کلمات قوم است؛ به خصوص با تعبیری که مرحوم شیخ طوسی بیان داشتند که عدم ضمان، مقتضای مذهب است. بنابراین، ظاهر این است که اجماع بر عدم ضمان در منافع ثابت است؛ و با این اجماع، سیره عقلائیّه مورد ردع واقع می شود. البته، بعید نیست و بلکه احتمال قوی آن است که این اجماع، مدرکی

ص: ۲۳۴

۱- (۱). المبسوط، ج ۳، ص ۱۰۵؛ و ج ۷، ص ۶۸.

۲- (۲). تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۲.

معلّل باشد؛ و در این صورت، از اعتبار ساقط می شود.

جهت دوّم: عمل حرّ غیر کسوب

روشن است که اگر در حرّ کسوب قائل به ضمان شویم، در حرّ غیر کسوب به طریق اولی باید ضمان را نپذیریم؛ و ظاهر این است که اگر اجماع بر عدم ضمان را قائل شویم، فرقی بین کسوب و غیر کسوب نیست.

نتیجه آن که سیره ی عقلائیّه در منافع حرّ بر ضمان ثابت است، و در این سیره ی عقلائیّه فرقی بین کسوب و غیر کسوب نیست. واللّه العالم.

تنبیه چهارم: شمول روایت نسبت به اوقاف خاصّه و عامّه

اشاره

از دیگر مباحث مربوط به حدیث علی الید، این است که اگر غاصبی زمین یا مال وقفی را غصب کند، آیا چنین موردی در این حدیث، داخل است و یا این که حدیث اختصاص به مواردی دارد که عنوان ملک طلق را دارد؟ در این مورد، باید وقف خاصّ را از وقف عامّ جدا کرده و مسأله را به صورت مجزّاً بررسی نماییم.

اوقاف خاصّه

اما وقف خاصّ، ظاهراً تردیدی نیست که حدیث علی الید شامل وقف خاصّ می شود؛ و اگر غاصبی، یک زمین یا مکانی که وقف خاصّ است را غصب نماید، به مقتضای این حدیث ضامن است؛ و ردّ عین آن در صورت بقا، و یا مثل و قیمت آن در صورت تلف، بر شخص غاصب واجب است.

در این حکم، میان سه مبنا و نظریّه ای که در وقف خاصّ وجود دارد، فرقی نیست؛ الف - در وقف خاصّ، عین موقوفه در ملک واقف باقی می ماند، اما

موقوف علیهم بر آن حق پیدا می کنند؛

ب - عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود و در ملک موقوف علیهم داخل می شود؛

ج - عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود، اما در ملک موقوف علیهم نیز داخل نمی شود و بلکه منافع آن ملک موقوف علیهم می شود.

خلاصه آن که در وقف خاص، تردیدی نیست که حقی مخصوص وجود دارد، و حدیث علی الید همان طوری که شامل اعیان می شود، شامل حقوق نیز می شود.

اما وقف عام، - مثل: مساجد و مدارس - در غصب این اوقاف از نظر حکم تکلیفی حرمت غصب و نیز حکم تکلیفی وجوب ردّ تردیدی نیست، اما نسبت به حکم ضمان چهار نظریه وجود دارد.

۱ - ضمان مطلقاً: مرحوم شهید در دروس و محقق بروجردی رحمه الله این نظریه را دارند.

۲ - عدم ضمان مطلقاً: از مجموع عبارت مرحوم صاحب جواهر این نظر استفاده می شود.

۳ - تفصیل بین اوقاف عامه ای که برای جهت خاصی نباشد و اوقاف عامه ای که برای جهت خاصی مثل فقرا باشد. نسبت به فرض اول ضمان را پذیرفته اند و نسبت به فرض دوم ضمان را پذیرفته اند. امام خمینی قدس سره و والد محقق «دام ظلّه» این تفصیل را پذیرفته اند.

۴ - مرحوم محقق رشتی بین اوقاف عامه ای که ید بر آن ها تحقق ندارد و بین اوقاف عامه ای که ید بر آن ها تحقق دارد، تفصیل داده اند؛ و در فرض دوم که ضمان را پذیرفته اند، بین منافع اخروی مانند ذکر، دعا و نماز، و بین منافع دنیوی تفصیل داده اند.

مرحوم شهید در کتاب دروس آورده است:

«لو أثبت يده على مثل المساجد والمشاعر والرباط والمدارس، ضمن العين والمنفعه»^(۱).

مطابق این عبارت، حدیث علی الید، در اوقاف عامه نیز جریان دارد؛ و ظاهر آن است که در صدق ید بر این امور نیز تردیدی نبوده است.

جهت روشن تر شدن مطلب، می توانیم ادعا کنیم که در اوقاف عامه، اصل مسأله ضمان به خوبی تصویر دارد؛ و اگر کسی مسجد و یا مدرسه ای را از بین ببرد، بدون هیچ تردیدی، بر طبق قاعده، ضمان محقق است؛ و نمی توانیم به حکم تکلیفی حرمت اکتفا کنیم. بنابراین، همان طوری که مسأله ضمان از راه اتلاف قابل تصویر است، هم چنین ضمان را از راه تسلط و ید نیز می توان اثبات کرد؛ نهایت آن که، ممکن است گفته شود در این موارد، ادا و غایت معنا ندارد، و مؤدی علیه وجود ندارد؛ که در جواب می گوییم: در این موارد، مؤدی علیه، عموم مردم اند، و به خوبی ادا که غایت در حدیث است، تحقق دارد.

دیدگاه صاحب جواهر رحمه الله در اوقاف عامه

مرحوم صاحب جواهر^(۲) در ضمان، مال بودن را معتبر می داند؛ و در مسجد و مشاعر که منفعت آن ملک کسی نیست و دیگران فقط مالک انتفاع هستند، ضمان را نپذیرفته است. در طرق و رباطات و شوارع که ملک عموم مسلمین است، ابتداءً فرموده است می توان ضمان عین و منفعت را پذیرفت، امّا سپس اشکال کرده و فرموده است: «وإن كان هو لا يخلو من نظر، لقوه احتمال كونه

ص: ۲۳۹

۱- (۱). الشهيد الاول، الدروس الشرعيه، ج ۳، ص ۱۰۶.

۲- (۲). ر. ك: جواهر الكلام، ج ۳۷، ص ۳۲.

ایشان ثبوت ضمان در مواردی که مجرد تحقق حق است، مانند این که راهن به صورت عدوانی بر عین مرهونه ید پیدا کند و در این زمان، آن عین مرهونه تلف شود. مرحوم شهید در مسالک ضمان را قائل شده در حالی که حق مرتهن مال نیست و به منزله آن است؛ و همین طور اگر کسی بر مدرسه، یا رباط و یا مسجد ید پیدا کرد، ضمان را انکار نموده و فرموده است: در این موارد، فقط غضب و نوعی از ظلم تحقق دارد؛ و ضمان را فقط در اموال جاری می داند. آری، در مسأله رهن قائل به وجوب دفع مثل یا قیمت از طرف راهن است؛ اما این را حکم وضعی ضمان نسبت به حق ارتهان نمی داند، بلکه در این مورد، وجوب ردّ مثل یا قیمت، به سبب وجود دلیل خاصّ، حکم شرعی است.

دیدگاه محقق رشتی رحمه الله در مورد اوقاف عامّه

مرحوم محقق رشتی اوقاف عامّه را سه قسمت کرده اند(۱):

۱ - برخی از آن ها به طور کلی از تملک غاصبین و ید آن ها خارج است؛ و از زمانی که خلق شده اند، ید هیچ کسی بر آن محقق نبوده است؛ بلکه صرف یک حبس شرعی نسبت به چیزی که مباح بالاصاله بوده است، می باشد؛ مانند: زمین عرفات، مکه و مشاعر.

ایشان در این صورت، قائل شده اند که مسأله مانند شخص حرّ است؛ و همان گونه که در حرّ، ضمان را نپذیرفتند، در این فرض نیز ضمان را منتفی دانسته اند.

اشکال این قسمت از کلام ایشان، آن است که در این صورت، فرض آن است که ید مالکی و اختصاص ملک بر آن مال محقق نیست؛ در نتیجه،

ص: ۲۴۰

موضوعاً از محلّ بحث خارج می شود؛ به خلاف شخص حرّ که ید بر آن تحقّق پیدا می کند. بنابراین، این قسم از اوقاف عامّه را بایستی به طور کلی از محلّ نزاع خارج ساخت.

از این مطلب روشن می شود آن چه که والد محقّق فرموده اند^(۱)، مبنی بر این که این قسم از نظر حکمی، همان حکم حرّ را دارد - که چون ایشان در آن مسأله قائل به ضمان هستند، در این مورد نیز ضمان را پذیرفته اند، هم نسبت به عین و هم نسبت به منفعت - صحیح است؛ البته در صورتی که عنوان ید را بر این موارد تصویر نماییم. اما مرحوم رشتی در این قسم، تحقّق عنوان ید را از نظر موضوعی، نپذیرفته اند. فتدبّر.

۲ - قسم دیگر، اوقاف عامّه ای است که ید تملک در آن ها راه پیدا می کند؛ به عنوان مثال: محلی که عنوان مسجد دارد، غاصب با ادّعی دروغ ملکیت، آن را در تصرّف خود درآورد؛ و سپس برای دیگران، کذب او روشن شود. در این صورت، دو فرض وجود دارد:

الف) مواردی که منافع دنیوی دارد؛ مانند: سکونت، رکوب، تطرّق و...؛

ب) مواردی که مربوط به منافع اخروی است؛ مانند: نماز و ذکر. ایشان متعرّض فرض دوّم نشده، اما در مورد فرض اوّل، ضمان را هم نسبت به عین و هم نسبت به منافع پذیرفته اند.

والد محقّق در مورد فرض دوّم که مرحوم محقّق رشتی حکم آن را بیان ننموده اند، فرموده اند:

فالظاهر أنّه إن كان المأخوذ مثل فرش المسجد وحصيره وسائر ما يتعلّق به، فلا ينبغي الإشكال أيضاً في ضمان العين والمنفعة معاً؛ لأنّه مال مأخوذ وله مالك وهو المسجد بناء على صحّحه اعتبار

ص: ۲۴۱

۱- (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهيّه، ج ۱، ص ۱۲۴.

الملکیت له، كما هو الظاهر؛ فلا- يرتفع الضمان إلّا بالأداء عيناً أو مثلاً أو قيمه؛ وإن كان المأخوذ نفس المسجد، فالظاهر شمول الحديث له أيضاً كما قلنا في الحرّ فيرتب عليه ضمان العين؛ فإذا انهدم بمثل السيل يجب على الضامن تعميره وتجديده بناءه. نعم، لا- مجال للحكم بضمن المنافع بعد كون المنفعة من الأمور الأخریة مثل الصلاة والذكر؛ وهل الحكم كذلك فيما إذا اتخذ المسجد المستولى عليه مسكناً ومحلاً- لسكناء وسكنی أهله مثلاً، فلا یضمن ما یقابله من المالیة أو یضمن؟ الظاهر هو الأوّل.

فتدبر.

به نظر می رسد بخش اول عبارت ایشان، به فرض اول از قسم دوم کلام مرحوم محقق رشتی باز می گردد که اوقاف عامه ای هستند که منافع دنیوی مثل سکونت و رکوب دارند؛ به عبارت دیگر، چنین منفعی در عرف، از آن ها مورد توقع و انتظار است. ایشان در این مورد قائل به ضمان شده اند؛ مرحوم رشتی نیز در این فرض ضمان عین و منفعت را قائل شده اند. اما بخش آخر عبارت که منافع اخروی است، روشن است که در آن ها ضمان معنا ندارد؛ چرا که در صدق منفعت در این امور، تردید است؛ و استفاده نماز و یا ذکر عنوان منفعت ندارد. البته، چه بسا از قبیل انتفاع باشد؛ همان گونه که نفس حضور در مسجد و نشستن در آن جا و یا حتی خوابیدن را نمی توان از منافع مسجد محسوب نمود.

دیدگاه محقق بروجردی رحمه الله در مورد اوقاف عامه

ایشان در کتاب الغصب (۱) موقوفات را به سه قسم تقسیم کرده اند:

۱- اگر عین موقوفه برای جماعت معینی وقف شود به این منظور که آن جماعت از منافع آن استفاده نمایند، و در نتیجه، منافع، ملک آنان محسوب

ص: ۲۴۲

۱- (۱). علی پناه الاشتهاردی، تقریرات ثلاثه، ص ۱۶۳.

شود، ضمان نسبت به عین و منفعت، هر دو، وجود دارد.

۲ - چیزی برای جهت یا عنوانی وقف شود، مانند این که زمینی را برای عنوان مسجد یا مدرسه وقف کنند به نحوی که منافع آن ملک برای همان عنوان و جهت باشد و متولی آن را اجاره دهد و اجرت آن را صرف در همان جهت نماید؛ حکم این قسم نیز همان حکم قسم است.

۳ - یک چیزی برای جمیع مردم یا برای جماعت معینی وقف شده باشد، اما نه به نحوی که آن جماعت مالک منفعت گردند و بلکه فقط صرف انتفاع باشد، مانند این که مدرسه ای را وقف نمایند تا طلبان در آن سکونت کنند؛ ایشان در تحقق غصب در این مورد و در شمول حدیث علی الید نسبت به این مورد، دو احتمال داده اند:

الف: این موارد گرچه ملک موقوف علیهم نیست، اما متعلق حق آنان است، مانند عین مرهونه که متعلق حق مرتهن است؛ در نتیجه، ضمان وجود دارد.

ب: در این موارد عین خارجی نه ملک کسی است و نه منافع آن ملک کسی است و موقوف علیهم فقط حق انتفاع دارند؛ در این صورت، اگر غاصب مانع استفاده آنان شود، فقط مرتکب حرام شده و ضمان و غصبی وجود ندارد.

ایشان بعد از این دو احتمال، اولی را ترجیح داده و معتقدند لازم نیست عینی که استیلا بر آن وجود دارد، در حدیث علی الید ملک باشد؛ بلکه آن چه بر طبق این حدیث لازم است، آن که: غاصب بر عین مالی استیلا پیدا کند به طوری که آثار قبل از استیلا دیگر بر آن مترتب نگردد؛ و این امر، موجب ضمان می شود.

سپس فرموده اند: مطابق حدیث، نه مأخوذ منه لازم است و نه مؤدی إلیه، بلکه مالی که باید به نحو خاصی در اختیار کسی باشد اگر دیگری بر آن استیلا پیدا کند به صورتی که دیگر آن آثار خاص در میان نباشد، ضمان تحقق دارد.

لذا، ایشان در غضب مساجد نیز ضامن را پذیرفته و حدیث علی الید را در آن و نظائر آن، جاری می دانند.

والد محقق(۱) در ذیل کلام محقق بروجردی رحمه الله فرموده است: نسبت به اوقاف عامه ای که منفعت آن برای جهت خاصی باشد، ضامن وجود دارد. اگر باغی را برای فقرا یا برای جهت خاصی مثل مسجد یا مدرسه وقف نموده باشند و غاصبی آن را غضب کند، ضامن است؛ اما اوقاف عامه ای که برای جهت خاصی نباشد مثل خود مساجد یا مقابر یا طرق و شوارع، در اینها فقط حکم تکلیفی حرمت غضب و حکم تکلیفی وجوب ردّ ثابت است و دیگر ضمانی نیست.

ایشان در مقابل فرمایش استاد خودشان محقق بروجردی فرموده اند:

«المتفاهم العرفی من حدیث «علی الید» أن یکون هنا شیئاً قابلاً للأخذ ممّن یتعلّق به من مالکة أو ذی حقّه».

و فرموده اند: چنین عنوانی در مثل مسجد یا مدرسه وجود ندارد. گرچه عنوان غضب، حرمت آن و وجوب ردّ وجود دارد. سپس، بر آن چه که مرحوم بروجردی در مورد حقّ رهنانت قائل شده و مانند شهید دوّم قدس سره در مسالک ضامن را پذیرفته، اشکال کرده و فرموده اند:

«وما فی کلام سیّدنا الأستاذ من ثبوت الحقّ فی هذه الموارد مثل ثبوت حقّ الرهن بالاضافه إلى المرتهن یدفعه أنّ لازمه ثبوت حقّین بالنسبه إلى الطالب الواجد لشرائط وقف المدرسه أو أسکن فی إحدى حجراتها، أحدهما حقّ السکونه والثانی حقّ الاولویّه الموجود فی المساکن».

و کذا بالاضافه إلى حقّ الاولویّه الموجود للسابق فی المسجد فإنّ تصرّف مکانه حینئذ یتلزم عدم رعایه الحقّین إذا اضطرّ بعد

ص: ۲۴۴

۱- (۱). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۴۴.

غضب حقّ الاولویّه إلى الخروج من المسجد رأساً مع أنّه من الظاهر خلافه» (۱).

اشکالات وارد بر دیدگاه محقق بروجردی رحمه الله

بر کلام ایشان مناقشاتی وارد است:

۱ - همان طوری که در گذشته نیز بیان نمودیم، گرچه در حدیث علی الید، عنوان اخذ یا قبض یا اداء آمده است، اما هیچ کدام از این ها خصوصیتی ندارد؛ بلکه این عبارت، ارشاد به یک حکم عقلایی است که دائره ی آن محدود به اخذ و مأخوذمنه و مؤدّی إليه نمی شود.

۲ - در این که در رهن، حقّی برای مرتهن ثابت است، تردیدی وجود ندارد؛ اعمّ از این که با تصرّف عدوانی رهن، ضمان را بپذیریم و یا نپذیریم. به عبارت دیگر، پذیرفتن ضمان کاشف از وجود حقّ برای مرتهن نیست. اما این که آورده اند باید در طالب واجد شرایط دو حقّ را بپذیریم، یکی حقّ السکونه و دیگر حقّ اولویت، به نظر می رسد چنین لازمی بر کلام مرحوم بروجردی مترتب نمی شود؛ و از نظر عقلا حقّ اولویت همان حقّ سکونت است و یک حقّ مستقلی نیست.

تا این جا روشن شد که کلام محقق بروجردی رحمه الله تامّ است و باید در اوقاف عامّه، در همه موارد ضمان را مطابق ضوابط و قواعد پذیرفت. البته، ممکن است ارتکاز متشرّعه مانع از این امر باشد. به این بیان که در ارتکاز متشرّعه در این موارد ضمان وجود ندارد؛ و چه بسا شارع مقدّس در مساجد، رباطات و شوارع به همان حکم تکلیفی حرمت غضب و وجوب ردّ اکتفا نموده باشد؛ و اساساً ضمان را برای عدم تزییع اموال و املاک مردم تنظیم فرموده باشد. واللّه العالم.

ص: ۲۴۵

۱- (۱). محمّد الفاضل اللنکرانی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، ج ۲۱، کتاب الغصب، ص ۴۵.

تنبیه پنجم: موضوعیت پرداخت به مالک در رفع ضمان

مطلب دیگر آن است که غایت مذکور در حدیث - «حتی تؤدّیه» - آیا موضوعیت دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، در صورتی که عین مال باقی است و امکان رد آن به مالک وجود دارد، آیا ادای آن به مالک تنها راه برای رفع ضمان است یا این که ادا خصوصیت و موضوعیت ندارد؟

یکی از فروعی که فقها در باب غصب بیان نموده اند، آن است که اگر غاصبی مالی را از کسی غصب کند، سپس مالک مال، آن را - قبل از آن که از غاصب بگیرد - به عنوان رهن در مقابل دین و قرضی که بر عهده او است، قرار دهد، آیا مجرد رهن گذاشتن رافع ضمان است؟ به عبارت دیگر، آیا ضمانی که به سبب غصب حاصل شده است، به سبب رهن زائل می شود یا خیر؟

اگر بپذیریم که ضمان زائل می شود، بدین معنا است که غایت وارد در حدیث، موضوعیت ندارد، و بلکه امور دیگر هم می تواند رافع ضمان باشد.

ص: ۲۴۷

مرحوم شیخ (۱)، محقق (۲)، علامه (۳)، شهید اول (۴)، شهید ثانی (۵) و محقق ثانی (۶) تصریح نموده اند رهن زائل ضمان نیست. مرحوم صاحب جواهر (۷) فرموده است: بقای ضمان مختار اکثر فقها است. و در مقابل، مرحوم علامه در قواعد (۸) و محقق اردبیلی (۹) و برخی دیگر، معتقد به زوال ضمان شده اند.

دلیل قول اول آن است که بر حسب ظاهر حدیث، غایت موضوعیت دارد؛ و چون در فرض مسأله، ادا محقق نشده است، ضمان به قوت خود باقی است.

به نظر می رسد، گرچه بر حسب قواعد و ضوابط، چنین تعبیری ظهور در موضوعیت دارد، لیکن این مطلب در فرضی است که قرائن بر خلاف در میان نباشد، و در فرض مسأله، قرائنی داریم دال بر این که این عنوان خصوصیت و موضوعیت ندارد:

الف - چنان چه بعد از تحقق غصب، مالک ذمه غاصب را ابرا نماید و رضایت خویش را اعلام کند، تردیدی نیست که ضمان رفع می شود.

ب - چنان چه غاصب به مالک دسترسی پیدا نکند، می تواند عین مال یا قیمت آن را از جانب مالک به عنوان صدقه به فقیر پردازد. این عمل با اذنی است که از طرف شارع مقدس صادر شده است. در این فرض هم بالاخره، عین مال به مالک ادا نشده است؛ و حال آن که عنوان صدقه با اذنی که از شارع

ص: ۲۴۸

۱- (۱). المبسوط، ج ۲، ص ۲۰۴؛ الخلاف، ج ۳، ص ۲۲۸.

۲- (۲). شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۸۲.

۳- (۳). مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۴۱۷؛ تذکره الفقهاء، ص ۱۹۵.

۴- (۴). الدروس الشرعیه، ج ۳، ص ۳۸۵.

۵- (۵). مسالک الافهام، ج ۴، صص ۵۷ و ۵۸.

۶- (۶). جامع المقاصد، ج ۵، صص ۹۷ و ۹۸.

۷- (۷). جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۳۶۱.

۸- (۸). قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۱۶.

۹- (۹). مجمع الفائده و البرهان، ج ۹، ص ۱۷۰.

صادر شده است، رافع ضمان خواهد بود.

با این قرائن روشن می شود که غایت مذکور در حدیث علی الید، موضوعیت ندارد.

نکته دیگری که توجه به آن لازم است، این است که با رهن قرار دادن، چه بسا بتوان گفت ید از عنوان ید عدوانی خارج و منقلب به ید غیر عدوانی می شود.

نظیر مسأله رهن، مسأله قراض و مضاربه است. بسیاری از فقها فتوا داده اند:

چنان چه غاصب مالی را غصب کند، صاحب مال می تواند آن مال را به عنوان عقد مضاربه با غاصب قرار دهد. قاضی ابن براج رحمه الله آورده است: «إن كان له في يد غيره ألف غصباً فقارض به صاحب المال الغاصب عليه كان صحيحاً»^(۱)؛ همین طور محقق ثانی رحمه الله آورده است: «لو ضارب الغاصب بالمال الئدی فی یده فلا كلام فی الصحه»^(۲)، علامه قدس سره نیز بیان می فرماید: «صح عندنا لاستجماع شرائط الصحه»^(۳)؛ و محدث بحرانی رحمه الله تصریح نموده که این حکم اجماعی است: «الظاهر أن الحكم إتفاقی عند الأصحاب إذ لم أقف علی نقل خلاف فی المساله»^(۴).

از بررسی کلمات فقها استفاده می شود که در اصل صحّت مضاربه تردید و خلافی نیست؛ بلکه خلاف در این است که آیا به مجرّد عقد مضاربه، عنوان غصب و اثر آن که عبارت از ضمان است، از بین می رود یا خیر؟ در پاسخ این سؤال، دو قول وجود دارد.

قول اول آن است که به مجرّد عقد مضاربه، ضمان از بین می رود؛ زیرا، عنوان غصب منتفی می شود. مرحوم علامه در قواعد^(۵) آورده است: «لأن ضمان الغصب يتبع الغصب والغصب قد زال بعقد القراض فيزول تابعه». فخر

ص: ۲۴۹

۱- (۱). المهذب البارع، ج ۱، ص ۴۶۴.

۲- (۲). جامع المقاصد، ج ۸، ص ۷۰.

۳- (۳). تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۲۳۲.

۴- (۴). الحدائق الناضرة، ج ۲۱، ص ۲۲۴.

۵- (۵). قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۳۴.

المحققين رحمه الله در ايضاح الفوائد نیز همين نظريه را پذيرفته، و استدلال نموده است به اين كه: «القراض أمانه فصحة عقده يوجب كون المال أمانه لأن معنى الصحة ترتب الأثر ولا انتفاء عله الضمان لزوال الغصب ولأنه أذن في بقائه في يده» (۱). مرحوم محدث بحراني و محقق اردبيلي رحمهما الله نیز با اين رأى موافقت نموده اند. سيد يزدى رحمه الله در عروه نیز همين نظريه را دارد: «الأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم» (۲)؛ اكثر محشئين عروه نیز با نظريه سيد موافقت نموده اند.

از ميان علمای عامه نیز ابوحنيفه و مالك همين نظريه را پذيرفته اند.

قول دوم آن است كه به مجرد عقد مضاربه، ضمان از بين نمی رود. محقق ثانی رحمه الله در جامع المقاصد همين نظريه را اختيار نموده است:

«الأقرب بقاء الضمان للاستصحاب حتى يحصل الناقل، ولقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تودي»، حكم باستمرار الضمان إلى زمان الأداء، أداء المال إلى البائع ثمناً، لأن الضمان متعلق بالمدفوع وقد خرج عن الملك والمبيع مال تجدد على حكم الأمانه ولا خلاف في هذا» (۳).

جمعی دیگر از فقها، از جمله شهيد ثانی رحمه الله در مسالك (۴)، شيخ طوسی رحمه الله در مبسوط (۵)، محقق سبزواری رحمه الله در كفايه الاحكام (۶)، محقق حلی رحمه الله در شرائع (۷) و

ص: ۲۵۰

۱- (۱). ايضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۰۸.

۲- (۲). العروه الوثقى مع تعليقات اعلام العصر، ج ۵، ص ۱۵۵.

۳- (۳). جامع المقاصد، ج ۸، ص ۷۱.

۴- (۴). ر. ك: مسالك الافهام، ج ۱۲، ص ۲۱۷.

۵- (۵). المبسوط، ج ۳، ص ۶۳.

۶- (۶). كفايه الاحكام، ج ۲، ص ۶۵۳.

۷- (۷). شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۴۴.

مرحوم نجفی رحمه الله در جواهر الکلام (۱) همین نظریه را پذیرفته اند.

علاوه بر استصحاب، مهمترین دلیل آنان دو مطلب است. اول این که بین صحت عقد مضاربه و ضمان منافاتی نیست؛ چرا که در سایر موارد که عقد مضاربه واقع می شود، چنان چه عامل، تعدی و تفریط نماید، ضامن است.

نتیجه آن که بین ضمان و صحت عقد مضاربه منافاتی وجود ندارد.

دوم این که از حدیث علی الید استفاده می شود غاصب باید مال را یا به مالک برگرداند و یا به کسی که از طرف مالک مأذون است؛ و با عقد مضاربه، چنان چه عامل، با آن مال، جنسی را از باיעی خریداری کند، چون از طرف مالک، بایع مأذون است، پول را تحویل بگیرد، در این صورت هم ادا محقق شده است.

به نظر می رسد هر سه دلیل فوق مخدوش است:

اما استصحاب روشن است که با تحقق عقد مضاربه، ید از عنوان ید عدوانی به ید امانی انقلاب پیدا کرده است، و چنان چه عقد مضاربه را صحیح بدانیم، باید آثار صحت - که همین انقلاب است - را بر آن مترتب نمائیم؛ و حتی باید بپذیریم ضمانی که معلول غصب بوده، از بین می رود؛ و چنان چه بعد از تحقق عقد مضاربه، عامل، در حفظ آن مال، تعدی و تفریط نکرده باشد و آن مال تلف شود، ضمانی در کار نخواهد بود؛ و اگر تعدی نموده باشد، ضمان جدیدی که معلول علت جدیدی است، تحقق پیدا می کند؛ و با انقلابی که حاصل شده، دیگر مجالی برای استصحاب نیست.

ص: ۲۵۱

و اما دليل دوّم، بطلان آن از مطلب قبل روشن می شود. گرچه بین عقد مضاربه و ضمان منافاتی نیست، اما این عدم منافات، اختصاص به تعدی و تفریط بعد از عقد مضاربه دارد؛ در حالی که بحث فعلاً در حین عقد مضاربه است. ما معتقدیم که صحت عقد مضاربه و ترتیب اثر آن، ملازمه ی روشنی با رفع عنوان غصب دارد، و ید را تبدیل به ید امانی می کند؛ و بنابراین، اثر غصب که عبارت از ضمان است، از بین می رود.

و اما دليل سوم که استدلال به حدیث علی الید است، بطلان استدلال به آن از مطالب گذشته روشن می شود. همان طور که قبلاً ذکر نمودیم، استدلال به حدیث در این مورد، در صورتی قابل قبول است که غایت موجود در آن، موضوعیت داشته باشد، در حالی که بیان نمودیم این غایت موضوعیت ندارد.

نتیجه مطلب آن است که قول اوّل مطابق با تحقیق است؛ و همان طور که رهن را رافع ضمان دانستیم، باید عقد قراض یا مضاربه را نیز رافع بدانیم؛ و نمی توان بین این دو عنوان فرقی قائل شد. حتی هیچ نیازی به دفع مال به بایع نیست، و این که برخی گفته اند به مجرد عقد مضاربه، ضمان از بین نمی رود، و بلکه چنان چه غاصب مال را به دیگری مانند بایع سلعه تحویل داد، ضمان مرتفع می شود، هیچ دلیلی بر آن نداریم.

از این بحث روشن می شود اگر مالک مال را به عنوان ودیعه، یا اجاره و یا هبه در اختیار غاصب قرار دهد، در تمامی صورت ها ضمان مرتفع می شود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱ - آل بحر العلوم، السید محمّد، بلغه الفقیه، تحقیق و تعلیق: السید حسین بن السید محمّد تقی آل بحر العلوم، تهران: مکتبه الصادق، الطبعة الزّابعة، ۱۴۰۳ ق.

۲ - الأردبیلی، احمد بن محمّد، مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، تحقیق و تصحیح: مجتبی العراقی، علی پناه اشتهرادی و حسین الیزدی، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۳ - الأرنؤوط، شعيب و بشّار عوّاد معروف، تحریر تقریب التهذیب، بیروت: مؤسسه الرساله، الطبعة الأولى، ۱۴۱۷ ق.

۴ - الإحسائی، محمّد بن علی بن ابراهیم المعروف بابن ابی جمهور، عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الیدیّه، تحقیق: آقا مجتبی العراقی، قم: مطبعة سيد الشهداء عليه السلام، الطبعة الأولى، ۱۴۰۳ ق.

۵ - الأسدی، حسن بن یوسف بن المطهر (العلّامة الحلی)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، تحقیق: قسم الفقه فی مجمع البحوث الإسلامیه، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه، الطبعة الأولى، ۱۴۱۲ ق.

- ٦ -- قواعد الأحكام فى معرفه الحلال والحرام، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٤١٣ ق.
- ٧ -- مختلف الشيعه فى أحكام الشريعة، تحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلاميه، قم: مركز الأبحاث والدراسات الإسلاميه، الطبعة الأولى، ١٤١٢ ق.
- ٨ -- تذكره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤١٤ ق.
- ٩ -- تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإماميه، تحقيق: ابراهيم البهادرى، اشراف: جعفر السبحانى، قم: مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام، الطبعة الأولى، ١٤٢١ ق.
- ١٠ -- إيضاح الفوائد فى شرح إشكالات القواعد، تعليق: السيد حسين الموسوى الكرمانى، الشيخ على پناه الإشتهاردى والشيخ عبد الرحيم البروجردى، قم: المطبعة العلميه، الطبعة الأولى، ١٣٨٨ ق.
- ١١ - الإشتهاردى، على پناه، تقارير ثلاثه، تقريراً لبحث السيد الحاج آقا حسين البروجردى، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٤١٣ ق.
- ١٢ - الإصفهانى، محمّد حسين، حاشيه المكاسب، قم: دار المصطفى صلى الله عليه و آله لإحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤١٨ ق.
- ١٣ - الأنصارى، مرتضى، كتاب المكاسب، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، قم: مجمع الفكر الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ ق.
- ١٤ - الإيروانى الغروى، على، حاشيه المكاسب، تحقيق: باقر الفخّار الإصفهانى، قم: دار ذوى القربى، الطبعة الأولى، ١٤٢١ ق.
- ١٥ - ابن أبى الحديد، شرح نهج البلاغه، تحقيق: محمّد ابو الفضل ابراهيم، قم: مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان، بى تا.
- ١٦ - ابن قدامه المقدسى، عبدالله بن احمد، المغنى والشرح الكبير، تحقيق: محمّد شرف الدين خطّاب والسيد محمّد السيد، قاهره: دار الحديث، ١٤٢٥ ق.

١٧ - البحراني، يوسف، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، تحقيق و تعليق: محمّد تقى الإيروانى، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، بى تا.

١٨ - البجنوردى، السيّد محمّد حسن، القواعد الفقهيّة، تحقيق: مهدي المهريزى و محمّد حسين الدرايتى، قم: نشر الهادى، الطبعة الأولى، ١٤١٩.

١٩ - البروجردى، مرتضى، المستند فى شرح العروه الوثقى، تقريراً لأبحاث السيّد ابو القاسم الموسوى الخوئى، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، ١٤٢١ ق.

٢٠ - الترمذى، محمّد بن عيسى بن سوره، سنن الترمذى (الجامع الصحيح)، بيروت: درر إحياء التراث العربى، ١٤١٥ ق.

٢١ - التوحيدى، محمّد على، مصباح الفقاهه فى المعاملات، تقريراً لأبحاث السيّد ابو القاسم الموسوى الخوئى، قم: مؤسسه انصارىان، الطبعة الرابعة، ١٤١٧ ق.

٢٢ - الحرّ العاملى، محمّد بن الحسن، تفصيل وسائل الشيعه إلى تحصيل مسائل الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤٠٩ ق.

٢٣ - الحسينى المراغى، السيّد مير عبد الفتّاح، العناوين، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٤١٧ ق.

٢٤ - الحلّى، السيّد حمزه بن على بن زهره، غنيه النزوع إلى علمى الأصول والفروع، تحقيق: ابراهيم البهادرى، قم: مؤسسه الإمام الصادق عليهم السلام، الطبعة الأولى، ١٤١٧ ق.

٢٥ - الحلّى، احمد بن إدريس، كتاب السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الرابعة، ١٤١٧ ق.

٢٦ -، المهذب البارع فى شرح المختصر النافع، تحقيق: مجتبى العراقى، قم:

مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الثالثه، ١٤١٤ ق.

٢٧ - الحلّى، حسن بن على بن داود، كتاب الرجال، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ١٣٤٢ ق.

٢٨ - الحلّى، جعفر بن الحسن (المحقّق الحلّى)، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام،

تحقيق، اخراج و تعليق: عبدالحسين محمد علي، نجف الأشرف، مطبعة الآداب، الطبعة الأولى، ١٣٩٨ ق.

٢٩ - الحنفى الحموى، احمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلميّه، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ ق.

٣٠ - الخراسانى، محمد كاظم، حاشيه المكاسب، تصحيح و تعليق: سيد مهدي شمس الدين، تهران: وزارت ارشاد اسلامى، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ ق.

٣١ - الخراسانى السبزوارى، محمد باقر بن محمد مؤمن، كفايه الفقه المشتهر ب «كفايه الأحكام»، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ ق.

٣٢ - الخفيف، على، الضمان فى الفقه الإسلامى، قاهره: دار الفكر العربى، ١٩٩٧ م.

٣٣ - الدارمى، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل، سنن الدارمى، بيروت: دار الفكر، ١٤١٤ ق.

٣٤ - الربعى القزوينى، محمد بن يزيد بن ماجه، سنن ابن ماجه، بيروت: دار الكتب العلميّه، الطبعة الأولى، ١٤١٩ ق.

٣٥ - السجستانى، سليمان بن الأشعث بن عمرو بن عامر، سنن أبى داود، بيروت: دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤١٨ ق.

٣٦ - السيورى الحلى، مقداد بن عبد الله، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، تحقيق: السيد عبد اللطيف الحسينى الكومكرى، اهتمام: السيد محمود المرعشى، قم: مكتبه آيه الله المرعشى النجفى، الطبعة الأولى، ١٤٠٤ ق.

٣٧ - الشافعى، محمد بن إدريس، الأم، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ ق.

٣٨ - الشربينى الخطيب، محمد بن احمد، معنى المحتاج إلى معرفه معانى الفاظ المنهاج، بيروت: دار الفكر، بى تا.

٣٩ - الشوكانى، محمد بن على بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار (شرح منتقى الأخبار)، بيروت: دار الكتب العلميّه، بى تا.

٤٠ - الشيباني، احمد بن محمّد بن حنبل، المسند، ضبط و مراجعه: صدقى جميل العطار، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٤ ق.

٤١ - الصنهاجى القرافى، احمد بن إدريس، الفروق أو أنوار البروق فى أنواء الفروق، ضبط و تحقيق: خليل المنصور، بيروت: دار الكتب العلميه، الطبعة الأولى، ١٤١٨ ق.

٤٢ - العاملى، محمّد بن مكى (الشهيد الأوّل)، الدروس الشرعيّه فى فقه الإماميه، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الثانية، ١٤١٧ ق.

٤٣ - العاملى، زين الدين بن على (الشهيد الثانى)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلاميه، الطبعة الأولى، ١٤١٣ ق.

٤٤ - العجلى، محمّد بن منصور بن احمد بن إدريس، مستطرفات السرائر، قم: مدرسه الإمام المهدي عليه السلام، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ ق.

٤٥ - الغزالى، محمّد بن محمّد بن محمّد، الوجيز فى فقه الإمام الشافعى، تحقيق: على معرّض، عادل عبد الموجود، بيروت: شركه دار الأرقم بن أبى الأرقم، الطبعة الأولى، ١٤١٨ ق.

٤٦ - الغزالى، محمّد بن محمّد، الوجيز فى فقه الإمام الشافعى، بيروت: دار الأرقم، ١٤١٨ ق.

٤٧ - الغضائرى، احمد بن الحسين بن عبيد الله، رجال ابن الغضائرى، قم: دار الحديث، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ ق.

٤٨ - الفاضل اللنكرانى، محمّد، القواعد الفقهيّه، قم: مركز فقه الأئمّه الأطهار عليهم السلام، الطبعة الثانية، ١٤٢٥ ق.

٤٩ -، تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيله، كتاب الغصب وإحياء الموات والمشتركات واللقطه، قم: مركز فقه الأئمّه الأطهار عليهم السلام، الطبعة الأولى، ١٤٢٩ ق.

٥٠ - الفخر الرازى، التفسير الكبير، بيروت: دار إحياء التراث العربى، الطبعة الرابعه، ١٤٢٢ ق.

٥١ - الفراء البغوى، الحسين بن مسعود، شرح السنّه، بيروت: المكتب الإسلامى، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ ق.

٥٢ - القاسمي، محمّد جمال الدين، تفسير القاسمي المسمّى محاسن التأويل، تعليق: الشيخ عبدالقادر عرفان العشّا حسّونه الدمشقي، بيروت: دار الفكر، ١٤٢٥ ق.

٥٣ - القرشي الدمشقي، ابو الفداء اسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، قاهره: مكتبه دار التراث، بي تا.

٥٤ - الطباطبائي، السيّد علي، رياض المسائل، في بيان أحكام الشرع بالدلائل، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ ق.

٥٥ - الطباطبائي، السيّد محمّد حسين، الميزان في تفسير القرآن، قم: مؤسسه مطبوعاتي اسماعيليان، الطبعة الثالثة، ١٣٩٣ ق.

٥٦ - الطباطبائي الحكيم، السيّد محسن، مستمسك العروه الوثقى، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الرابعة، ١٣٩١ ق.

٥٧ - الطباطبائي اليزدي، السيّد محمّد كاظم، حاشيه المكاسب، قم: دار المصطفى صلى الله عليه وآله لإحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ ق.

٥٨ -، العروه الوثقى، تعليق: عدّه من الفقهاء العظام، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤١٩ ق.

٥٩ - الطبرسي، أبو علي الفضل بن الحسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، بيروت: دار الفكر، ١٤١٤ ق.

٦٠ - الطبري، محمّد بن جرير، تاريخ الأمم والملوك (تاريخ الطبري)، قاهره: مطبعه الإستقامه، ١٣٥٨ ق.

٦١ - الطوسي، محمّد بن الحسن، إختيار معرفه الرجال المعروف ب «رجال الكشّي»، تحقيق و تصحيح: محمّد تقى فاضل الميبدى والسيّد ابو الفضل الموسويان، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ ق.

٦٢ -، المبسوط في فقه الإماميه، تصحيح و تعليق: السيّد محمّد تقى الكشفي، تهران: المكتبه المرتضويه، الطبعة الأولى، الثالثه، ١٣٧٨ ق.

٦٣ --، تهذيب الأحكام، تصحيح و تعليق: علي أكبر الغفاري، تهران: مكتبة الصدوق، الطبعة الأولى، ١٤١٧ ق.

٦٤ --، الخلاف، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الخامسة، ١٤١٧ ق.

٦٥ - الكركى، علي بن الحسين (المحقق الثاني)، جامع المقاصد فى شرح القواعد، قم:

مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ ق.

٦٦ - الكلىنى، محمد بن يعقوب، الكافى، تحقيق: محمد جواد الفقيه، فهرست و تصحيح:

يوسف البقاعى، بيروت: دار الأضواء، ١٤١٣ ق.

٦٧ - الماردىنى، علاء الدين علي بن عثمان، الشهيد بابن التركمانى، الجوهر النقى، چاپ شده در ذيل «السنن الكبرى للبيهقى»، بيروت: دار صادر، بى تا.

٦٨ - المامقانى، محمد حسن، غايه الآمال فى حاشيه المكاسب، مع نهايه المقال فى تكمله غايه الآمال للشيخ عبد الله المامقانى، تحقيق: محمد امينى المامقانى، قم: مطبعة الصدوق، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ ق.

٦٩ - المجلسى، محمد باقر، بحار الأنوار، بيروت: مؤسسه الوفاء، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ ق.

٧٠ - المزنى، اسماعيل بن يحيى، مختصر المزنى فى فروع الشافعية، تحشيه: محمد عبد القادر شاهين، بيروت: دار مكتب العلميه، الطبعة الأولى، ١٤١٩ ق.

٧١ - الموسوى البغدادى، علي بن الحسين (الشرىف المرتضى)، الانتصار، قم: مؤسسه النشر الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٤١٥ ق.

٧٢ - الموسوى الخمينى، السيد روح الله (الإمام الخمينى)، كتاب البيع، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار الإمام الخمينى، الطبعة الأولى، ١٤٢١ ق.

٧٣ - الموسوى الخوانسارى، محمد باقر، روضات الجنّات فى أحوال العلماء والسادات، تحقيق: اسد الله اسماعيليان، قم: مكتبة اسماعيليان، ١٣٩٢ ق.

٧٤ - الموسوى السبزوارى، السيد عبد الأعلى، مهذب الأحكام فى بيان الحلال والحرام، قم:

دفتر آيت الله العظمى السيد السبزوارى، الطبعة الرابعة، ١٤١٦ ق.

٧٥ - النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق و تعليق: عباس القوچاني، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بي تا.

٧٦ - النجفي الخوانساري، موسى بن محمد، منه الطالب في شرح المكاسب، تقارير المحقق الميرزا محمد حسين النائيني، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٢١ ق.

٧٧ - النراقي، احمد، عوائد الأيام، تحقيق: مركز الابحاث والدراسات الإسلاميه، قم: مكتب الإعدام الإسلامي (دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم)، الطبعة الأولى، ١٤١٧ ق.

٧٨ - النراقي، المولى محمد، مشارق الأحكام، تحقيق: السيد حسين الوحدتي الشيرى، قم: مؤتمر المولى مهدي النراقي، الطبعة الثانية، ١٤٢٢ ق.

٧٩ - النورى الطبرسى، ميرزا حسين، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، بيروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ ق.

٨٠ - النووى، محيى الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، تحقيق و تقديم: محمود مطرجى، بيروت: دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤١٧ ق.

٨١ - الهذلى الحلّى، جعفر بن الحسن (المحقق الحلّى)، المختصر النافع، قم: مؤسسه البعثه، الطبعة الثانية، ١٤١٦ ق.

٨٢ - اليوسفى، حسن بن ابى طالب (الفاضل الآبى)، كشف الرموز فى شرح المختصر النافع، تحقيق: على پناه الإشتهاردى، حسين اليزدى، قم: مؤسسه النشر الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٧ ق

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه
اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

