



ذمه و عهده در فقه شیعه

پدیدآورده (ها) : نعمت اللهی، اسماعیل
فقه و اصول :: فقه و اصول :: پاییز 1391 - شماره 90 (علمی-پژوهشی)
از 155 تا 176
آدرس ثابت : <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/957264>

دانلود شده توسط : رسول جعفریان
تاریخ دانلود : 23/04/1395

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



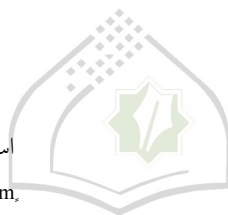
پایگاه مجلات تخصصی نور

www.noormags.ir

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۹۰،
پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۷۶-۱۵۵

ذمه و عهده در فقه شیعه*

دکتر اسماعیل نعمت الهی
استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم
Email: esmail_nematollahi@Yahoo.com



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

چکیده

مفهوم ذمه و عهده یکی از زیرمجموعه‌های بسیار مهم بحث تعهدات در فقه شیعه را تشکیل می‌دهد. کاربرد این دو واژه در متون فقهی، هم در ابواب عبادی و هم در ابواب معاملی (اعم از معاملات به معنای خاص، و ضمان قهری) بسیار شایع است. برخی از فقهای معاصر کوشیده‌اند تفاوت این دو واژه را به تقابل بین دو واژه عین و دین مرتبط سازند و ذمه و عهده را به ترتیب به عنوان ظرف دین و عین مطرح کنند. این مقاله در صدد بررسی صحت و سقم این نظریه است. به نظر نگارنده، تقابل ذمه و عهده در واقع به تقابل حکم تکلیفی و حکم وضعی باز می‌گردد: عهده ظرفی برای احکام تکلیفی و ذمه ظرفی برای حکم وضعی دین است.

کلیدواژه‌ها: ذمه، عهده، عین، دین، حکم وضعی، حکم تکلیفی، فقه شیعه

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۰۳/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۰۷/۲۳.

طرح مسأله

مفهوم ذمه و عهده در فقه شیعه، ارتباط وثیقی با مفهوم عین و دین دارد. برخی از حقوقدانان نیز به وجود این ارتباط اذعان دارند. به گفته ایشان، تفکیک عین و دین در فقه مبتنی بر نظریه ذمه است؛ به این معنا که مبنای این تفکیک، تعلق یا عدم تعلق به ذمه است (سنهوری، مصادر الحق، ۲۰/۱). برخی از فقهای شیعه نیز متناسب با دو اصطلاح عین و دین، بین مفهوم عهده و ذمه نوعی تقابل ایجاد کرده‌اند. با توجه به این نکات، ابتدا مقدمه مختصری در مورد مفهوم عین و دین ذکر می‌شود و سپس مفهوم ذمه و عهده در لغت، مفهوم ذمه و عهده در فقه شیعه، و رابطه عهده و ذمه بررسی می‌شود. در انتها، نتیجه مطالب ارائه می‌گردد.

۱- مفهوم عین و دین

در فقه، جدایی دو مفهوم عین و دین مورد تأکید قرار گرفته و هر یک از آن دو موضوع و مبنای احکام و مسائل متفاوت و متعددی واقع شده است (به عنوان نمونه، نک: عاملی، ۲۷۰/۸، در مورد احکام مهر؛ حلی، قواعد الاحکام، ۱۱۴/۲-۱۱۵: در مورد شروط رهن). در مقایسه مفهوم عین و دین می‌توان گفت: عین یک شیء مادی، و ظرف آن عالم خارج است؛ بنابراین، وجود استقلالی دارد و وجود آن وابسته به مالکش نیست؛ اما دین، مالی اعتباری است که در ظرفی اعتباری یعنی ذمه مدیون قرار دارد. از طرف دیگر، وجود دین به طرفین آن یعنی دائن و مدیون وابسته است، و از این جهت نیز موجودی غیرمستقل است. در برخی آثار فقهی، دین گاه به معنای مالی که در ذمه قرار دارد تعریف شده است (بجنوردی، ۱۸۵/۷)، گاه به اشتغال ذمه (همان)، و گاه به ثبوت حق یا مال در ذمه (همان، ۱۸۶). این سه تعریف، اولی با توجه به خود دین، دومی با توجه به وابستگی دین به مدیون، و سومی با توجه به وابستگی دین به دائن ارائه شده است.

۲- مفهوم ذمه و عهده در لغت

ذمه در لغت از ریشه ذَمَمَ به معنای نکوهش کردن است، و در مشتقات این ریشه نیز معنای نکوهش به گونه‌ای لحاظ شده است. به عنوان نمونه، ذَمَام و نیز ذمه و مذمه به معنای پیمانی است که رعایت نکردن آن موجب نکوش است (راغب، ۱۸۱؛ طریحی، ۶۷/۶؛ ابن منظور، ۲۲۰/۱۲-۲۲۳). ذمه در لغت معانی دیگری نیز دارد، مانند حق، ضمان، عهده، حرمت، امان

(ابن منظور، ۲۲۰/۱۲)، و چیزی که حفظ و حمایت آن لازم است (طریحی، ۶۶/۶). در حدیث امیرمؤمنان (ع): «ذِمَّتِي رَهْبَتُهُ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»، ذمه به ضمان و عهد معنا شده است؛ یعنی ضمان و عهد من در گرو وفای به آن است (ابن منظور، ۲۲۱/۱۲؛ ابن الاثیر، ۱۶۹/۲).

عهده از ریشه عهد به معنای پیمان است. عهده در لغت به معانی گوناگونی مانند سوگندنامه، بیع‌نامه، ضعف و سستی در نوشته یا ادای حروف، ضعف در عقل، ضعف و سستی در کار، رجوع و بازگشت به کار رفته است. اما در ترکیب شایع «عهدته علی فلان» به این معنا است که اگر عیب و نقصی در آن باشد، فلانی مکلف به اصلاح آن است (زبیدی، ۱۴۷/۵؛ ابن منظور، ۳۱۱/۳-۳۱۲).

۳- مفهوم ذمه در قرآن و روایات

واژه ذمه در قرآن به معنای مصطلح آن در فقه به کار نرفته است. این واژه در قرآن تنها در دو آیه ۸ و ۱۰^۱ سوره توبه و به معنای عهد و پیمان به کار رفته است (نک: نحاس، ۱۸۶/۳؛ طبرسی، ۱۸۵-۱۹). واژه مذکور در روایات گاه به معنای حفظ و امان،^۲ و گاه به معنای عهد و پیمان^۳ به کار رفته است. البته در روایتی از امام صادق (علیه السلام) استعمال آن در معنایی نزدیک به معنای فقهی آن نیز دیده می‌شود.^۴

اما این روایت را نمی‌توان قرینه قاطعی بر وجود ذمه به معنای فقهی در روایات دانست. در روایت مذکور، واژه ذمه همراه با واژه برائت به کار رفته و این ترکیب در موارد مشابه به معنای عهد و پیمان است. به عنوان نمونه، در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است: «ان رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) قبل الجزية من أهل الذمة على أن لا يأكلوا الربا، ولا يأكلوا لحم الخنزير ... فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمة الله و ذمة رسوله (صلی الله علیه وآله وسلم) ...» (حر عاملی، ۹۵/۱۱).

۱. «كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلا ولا ذمة...»

۲. «لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة»

۳. مانند: من صلى الغداة والعشاء الآخرة في جماعة فهو في ذمة الله عز وجل. حر عاملی، ۳۷۸/۵

۴. مانند: ... وإياك كل محدث لا عهد له ولا أمانة ولا ذمة ولا ميثاق. حر عاملی، ۴۱۲/۸

۵. فی الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت. حر عاملی، ۴۷۸-۴۷۷/۱۳

۴- مفهوم ذمه در فقه

شهید اول در تعریف ذمه می‌گوید: ذمه معنایی است که در مکلف مفروض گرفته می‌شود و قابل التزام و الزام است. (المکی العاملی، *القواعد والفوائد*، ۱۳۵/۲. همچنین، برای تعریفی مشابه، نک: ابن ابی‌الجمهور *الأقطاب الفقهية*، ۱۲۵). در این تعریف، «الزام» به معنای ایجاد تعهد و تکلیف بر دیگران است که لازمه آن ایجاد حق به نفع خود شخص است و «الالتزام» به معنای پذیرش تعهد است. در نتیجه، می‌توان ذمه را به نظر شهید اول، قابلیت و توانایی پذیرش حق و تکلیف دانست. شهید اول نکات دیگری را در این مورد متذکر شده‌اند که برخی از آنها به شرح زیر است:

۱- اهلیت تصرف (استیفاء) با ذمه تفاوت دارد چون مقصود از آن قابلیت است که شارع در محل مفروض می‌گیرد و در آن چیزی جز بلوغ یا به نظر برخی، تمیز، شرط نیست (*القواعد والفوائد*، ۱۳۶/۲).

۲- سفیه در صورت اتلاف مال غیر و جنایت ذمه دارد. ولی ذمه الزام و التزام در قالب بیع و ضمان و حواله و مهر ندارد مگر آن که عقدی به اذن ولی انجام شود (همان، ۱۳۵-۱۳۶).

۳- صغیر ذمه الزام و التزام در قالب بیع و ضمان و حواله و مهر ندارد مگر آن که در زمان انعقاد نکاح مال داشته باشد و قائل به این نظر باشیم که مهر به ذمه‌اش تعلق می‌گیرد. اما اگر بگوییم که مهر به اموالش تعلق می‌گیرد ذمه ندارد (همان).

۴- صغیر در صورت اتلاف مال غیر ذمه دارد. اما در صورتی که صغیر مالی نداشته باشد، اشکال وجود دارد زیرا وقتی که مالی به دستش آمد از وی گرفته می‌شود پس باید در حال صغر متعلق داشته باشد. ممکن است گفته شود که تعلیق در اینجا مفروض گرفته می‌شود به این معنا که وقتی بالغ شد بر وی (یا بر ولی‌اش قبل از بلوغ وی) واجب است خسارت را جبران کند (همان).

۵- ذمه و اهلیت تصرف ظاهراً از قبیل احکام وضعی هستند. اما می‌توان آن دو را از قبیل احکام تکلیفی تلقی کرد زیرا به معنای اباحه تصرف در قالب الزام و التزام هستند (همان، ۱۳۶).

مفهومی که شهید (ره) به پیروی از برخی از فقهای اهل سنت ارائه می‌کند،^۱ مفهومی بسیار

۱. القرافی، *الفروق*، ۳/ ۲۲۶ و ۲۳۰-۲۳۱: "العبرة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعى مقدّر فى المكلف قابل للالتزام وال لزوم"

کلی است. از توضیحاتی که ایشان در ذیل این واژه ارائه کرده، معلوم می‌شود که بین ذمه و مفهوم حقوقی اهلیت تمتع ارتباط نزدیکی وجود دارد به طوری که ذمه ظرف یا منشأ اهلیت تمتع یا حتی مرادف آن است. بنابراین، مفهوم مذکور با مفهوم متداول آن در ابواب معاملی و ضمان قهری یکسان نیست. بررسی موارد استعمال دین و ذمه در ابوابی مانند بیع (از جمله، بحث تصارف یعنی بیع طلا و نقره در ذمه، نک: نجفی، ۵۳/۲۴؛ بیع سلف، نک: همان، ۲۶۷؛ و بیع دین، نک: همان، ۳۴۴)، ضمان (از جمله، بحث تعریف ضمان نک: نجفی، ۱۱۳/۲۶؛ شرایط حق مورد ضمان، نک: همان، ۱۳۵-۱۳۷، و ضمان عهده، همان، ۱۴۶)، حواله (نک: نجفی، ۱۶۰/۲۶)، و غصب (نک: نجفی، ۳۳/۳۷) نشان می‌دهد که فقها در مواردی که تکلیف مالی، پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد، ظرفی به نام ذمه را جعل کرده‌اند (منتظری، ۱۰۵/۱: إذ الذمة أمر اعتباری يعتبره العقلاء للأشخاص). محتوای این ظرف نیز امر اعتباری دین است که مالی کلی و نامعین به شمار می‌رود (عاملی، مسالک الأفهام، ۳۱۸/۵؛ والدین فی الذمة أمر کلی لا وجود له فی الخارج). تعلق دین به ذمه، و نه به خود مدیون یا به عین اموال وی، در کلامی از قطب راوندی به زیبایی بیان شده است: «دین یا در ذمه شخص قرار دارد یا در رقبه وی و یا در عین مال او. اگر در رقبه‌اش باشد، با مرگ وی وجوب آن از بین می‌رود و اگر در عین مال وی باشد، با از بین رفتن مال وجوب آن از بین می‌رود. بنابراین، صحیح این است که دین در ذمه وی قرار دارد». (راوندی، ۳۸۱/۱-۳۸۲). همچنین، یکی از فقهای معاصر می‌گوید: «معامله گاه بر عین خارجی واقع می‌شود و گاه بر مال کلی. محل قرار معاملی در صورت اول، عین خارجی است و از آن به عینی دیگر یا به ذمه تجاوز نمی‌کند؛ و در صورت دوم نیز ارتباطی به عین خارجی ندارد چون محل آن کلی است نه شخصی. پس ناگزیر محل آن ذمه خواهد بود. چون تنها ذمه است که می‌تواند کلی را در خود جا دهد و ظرف آن باشد». (جوادی آملی، ۲۰۷).

در فقه تمایل بر این است که روابط شخص با شخص حتی الامکان به رابطه شخص با شیء ارجاع شود. به این معنا که بسیاری از موارد که در آنها پای دو شخص در میان است و رابطه آنها از لحاظ حقوقی «حق دینی» و رابطه شخص با شخص تلقی می‌شود مانند دیون و مطالبات، از لحاظ فقهی رابطه شخص با شیء تلقی می‌شود. خلق مفهوم اعتباری ذمه به عنوان ظرفی برای دیون و تعهدات، یکی از راه‌های «عینی‌سازی» روابط حقوقی است: در مواردی که برای آثار مالی عقد پایگاه مادی و عینی وجود نداشته، فقها مفهوم «ذمه» را به عنوان ظرفی

برای دارایی شخص و مظهر ثبوت آثار عقد اختراع کرده‌اند (نک: شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۱۴).

ه- مفهوم عهده در فقه

تتبع در عبارات فقهی نشان می‌دهد که فقها هنگام بیان ضمان شخص نسبت به مال معین متعلق به دیگری از واژه «عهده» استفاده کرده‌اند (از جمله نک: نجفی، ۱۴۶/۲۶؛ بحرالعلوم، ۳۴۰/۲، ۳۴۱، ۳۶۳؛ و اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۱۷/۴ و ۲۸۸/۵-۲۸۹). بنابراین، عهده به معنای ضمان یا مسؤولیت شخص (ضامن) نسبت به مالی است که شخصی (مضمون‌له) در تصرف شخصی دیگر (مضمون‌عنه) دارد. چنین ضمانی ممکن است به صورت قهری یا قراردادی تحقق یابد.

در ادامه، اجمالی از مباحث این دو نوع ضمان تا جایی که به بحث ما مربوط است، مطرح می‌شود:

ه-۱- ضمان عهده به صورت قهری (ضمان ید)

یکی از مهم‌ترین مواضع بحث از عهده در فقه، بحث از مفهوم و ماهیت ضمان در موارد تصرف مال غیر است، و عمدتاً پیرامون تفسیر روایت «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه»^۱ و چگونگی استفاده ضمان از آن می‌چرخد. در مورد مفاد این روایت نظرات مختلفی وجود دارد و برخی از فقها در خلال بررسی این موضوع، مفهوم و ماهیت عهده را نیز مطرح و بررسی کرده‌اند. در مورد این که روایت مذکور بر چه نوع حکمی دلالت می‌کند دو نظر وجود دارد:

۱- حکم تکلیفی. یکی از احتمالاتی که در مورد ضمان مستفاد از روایت «علی الید» ذکر شده این است که ضمان منتزع از یک حکم تکلیفی است که بر ذوالید (متصرف) جعل شده است. حکم تکلیفی مذکور ممکن است یکی از دو مورد زیر باشد:

الف) وجوب رد مال. ممکن است حکم تکلیفی عبارت باشد از وجوب رد مال به طور مطلق و در تمام حالات، از جمله در حالت تلف مال که در این حالت باید بدل را رد کند. بنابراین، متصرف مال باید خود آن مال یا نوع آن یا مالیت آن را به مالک رد کند (بحرالعلوم، ۳۴۸/۲-۳۴۹). شارح کتاب، سید محمدتقی آل بحرالعلوم، این نظریه را به مؤلف، سید محمد

۱. این حدیث در جوامع حدیثی شیعی معتبر نیامده، اما در کتب فقهی نقل شده است. از جمله، نک: طوسی، الخلاف، ۲۲۸/۳.

بحرالعلوم، منسوب می‌کند: همان، ۳۴۸، پاورقی ۱).

ب) حفظ مال از نقصان و تلف. برخی از طرفداران این نظر استدلال کرده‌اند که اگر «مال» به برخی از اعضا مانند دست نسبت داده شود و گفته شود: «بر دست زید مالی است»، دلالت بر ضمان نمی‌کند بلکه بر تکلیفی که مناسب با دست است دلالت می‌کند. تکلیف مذکور نمی‌تواند «دفع» مال به مالک باشد چون با غایت مذکور در روایت یعنی «حتی تودیّه» سازگار نیست. بنابراین، باید «حفظ» در تقدیر گرفته شود؛ و معنای روایت در این صورت عبارت از وجوب حفظ مال مردم در صورت تصرف است. با توجه به این نکته که مقصود از «ما» در «ما اخذت» خود عین است، دلالت روایت بر حکم تکلیفی وجوب حفظ و نه حکم وضعی ضمان، واضح‌تر خواهد بود؛ زیرا ضمان در صورت تلف عین تحقق می‌یابد نه در صورت وجود آن. اگر برای تصحیح حکم وضعی ضمان گفته شود که مقصود از «ما» در «ما اخذت» مال کلی یعنی عین و بدل آن است که یک فرد آن یعنی عین مورد تصرف واقع شده، مشکل دیگری پیش می‌آید و آن ثبوت اشتغال ذمه به بدل حتی در صورت وجود عین است و این نکته را هیچ کس نمی‌پذیرد. بنابراین، روایت از چند جهت ظهور در حکم تکلیفی دارد و الاً دست کم باید گفت روایت مجمل است و بر حکم وضعی و ضمان دلالت ندارد (ایروانی، ۹۳/۱).

۲- حکم وضعی. بر اساس نظر مشهور فقها (در مورد این اسناد، نک: اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۰۲/۱)، این روایت بر یک امر وضعی یعنی ضمان دلالت می‌کند اما نه ضمان منجز بلکه ضمان شأنی و تقدیری یعنی وجوب رد بدل در صورت تلف عین، چون در صورت وجود عین در دست متصرف و امکان ادای عین، ضرر و خسارت فعلی وجود ندارد. در ادامه، استدلال برخی از طرفداران این نظر ذکر می‌شود:

الف) شیخ انصاری در بحث «احکام مقبوض به عقد فاسد»، یکی از ادله ضمان گیرنده مال را حدیث «علی الید» دانسته و می‌گوید: «این اشکال که واژه «علی» ظهور در حکم تکلیفی [وجوب رد عین] دارد و لذا بر ضمان دلالت نمی‌کند، ضعیف است زیرا ظهور واژه «علی» در حکم تکلیفی در صورتی است که این کلمه به یکی از افعال نسبت داده شود نه به مال؛ و در صورتی که به مال اعم از عین یا دین نسبت داده شود، مانند آن که گفته شود «علیه دین»، صرفاً بیانگر استقرار مال در عهده شخص است» (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۸۱/۳).
با تأمل در این عبارت روشن می‌شود که ایشان اولاً عهده را در برابر حکم تکلیفی به

کاربرده است و بنابراین، به نظر ایشان عهده نیز مانند ضمان، حکم وضعی است نه حکم تکلیفی. ثانیاً با توجه به این که وظیفه متصرف در وهله اول رد عین است و اگر عین را رد نکرد و تلف شد، تکلیف رد عین به رد بدل تبدیل می‌شود، می‌توان گفت که به نظر ایشان عهده مرحله‌ای پیش از ذمه است.

ب) مرحوم اصفهانی در تقریر نظر مشهور می‌گوید: «بهتر است گفته شود که مقصود از ضمان فعلی، عهده است، و به مجرد تصرف، شیء مورد تصرف در عهده متصرف داخل می‌شود. ... بنابراین، عهده از خود تصرف استفاده می‌شود زیرا معنای قرار داشتن آن بر متصرف این است که برای گرفتن آن به متصرف رجوع می‌شود؛ و معنای بر عهده بودن عین همین است. عهده چند اثر تکلیفی و وضعی دارد که عبارتند از حفظ و تحویل عین در صورت امکان، و پرداخت بدل در صورت تلف یا عدم دسترسی به عین» (اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۰۲/۱).

ج) از بین فقهای بعد از شیخ انصاری (ره)، صاحب بلغه الفقهیه، مفهوم عهده را با تفصیل بیشتر و به صورت یک قاعده کلی مطرح می‌کند. ایشان در این زمینه می‌گوید: «ید و دیگر اسباب ضمان موجب می‌شوند که عین در عهده متصرف داخل شود و بازگشت این امر به وجوب رد به طور مطلق است ... تعهد به رد در جمیع حالات از جمله در حالت تلف نیز ثابت است؛ و در صورت تلف عین، رد بدل عرفاً به منزله رد عین است. از این نوع تعهد مطلق به ضمان عهده تعبیر می‌شود و به صرف این که مالی مورد استیلا و تصرف قرارگیرد گفته می‌شود که آن عین، مضمونه است و در عهده متصرف قرار دارد، حتی اگر موجود باشد» (بحرالعلوم، ۳۴۸/۲-۳۶۳).

همچنین با توجه به تعبیر ایشان در جای دیگر (همان، ۳۳۴) می‌توان گفت: عهده به معنای وضعیتی است که برای شخص در اثر تصرف عین متعلق به غیر حاصل می‌شود و بر اساس آن متصرف مکلف است که عین مذکور را به همان حالتی که هنگام تصرف داشته به مالک آن مسترد کند. در صورتی که این تکلیف به درستی انجام نشود و مال خسارت ببیند یا تلف شود، متصرف مسئول نقص و تلف خواهد بود. بدیهی است تکلیف متصرف به استرداد مال ملازم با حق مطالبه عین توسط متصرف و در نتیجه، مطالبه خسارات ناشی از نقص یا تلف است.

بنابراین، در عهده نیز مانند ذمه، نوعی سلطه و به تعبیر فقهی ملکیت برای ذی‌نفع وجود دارد. با این تفاوت که در مورد عهده، چون ملکیت عینی که در دست متصرف قرار دارد به

مالک عین تعلق دارد، فرض ملکیت جدیدی برای وی بی معنا است و ملکیتی که برای وی وجود دارد همان سلطه و توانایی استرداد عین متعلق به خود اوست؛ در حالی که مالکیت ما فی الذمه مدیون عبارت است از مالکیت و سلطه اعتباری دائن بر اموال مدیون. البته دائن بر هیچ یک از اموال عینی مدیون ملکیت و سلطه ندارد بلکه مالکیت او به طور کلی و نامعین است.

نظریه مورد اختیار

تفسیری که مشهور فقها از روایت «علی الید» و دلالت آن بر حکم وضعی ارائه کرده‌اند، قابل پذیرش نیست: اولاً دین، امری اعتباری است و تحقق خارجی ندارد، و لذا فقها برای آن ظرفی اعتباری به نام ذمه وضع کرده‌اند. اما اعیان خارجی، هم خودشان دارای وجود حقیقی‌اند و هم ظرفشان یعنی عالم طبیعت و خارج. بنابراین، جعل مفهوم عهده به عنوان یک ظرف اعتباری برای اعیان، نه صحیح است، و نه مورد نیاز. ثانیاً در روایت، واژه «علی» به کار رفته و این واژه برای بیان تکالیف به کار می‌رود و کاربرد این واژه، شاهد و مؤید این امر است.^۱ بنابراین، نمی‌توان مفهوم «علی الید» را حکم وضعی ثبوت عین در عهده دانست. در نتیجه، از دو نظریه راجع به تفسیر «علی الید»، نظریه حکم تکلیفی قابل پذیرش است (نک: روحانی، فقه الصادق، ۴۰۹/۱۹. همچنین نک: رشتی، ۱۲۳: فمع بقاء العین فلا ضمانة فعلاً بل اثر العهدة حیثئذ هو التکلیف المحض).

اما دو احتمال نخستی که راجع به حکم تکلیفی ارائه شد، بیشتر به بخش اول روایت یعنی «علی الید ما اخذت» توجه دارد. با توجه به این بخش و بخش دوم روایت یعنی «حتی تؤدیه» یا «حتی ترده»،^۲ می‌توان دو احتمال فوق را با هم جمع کرد و گفت: روایت «علی الید» بر وجوب حفظ و رد مال غیر دلالت می‌کند. بنابراین، اولاً تا زمانی که عین مال وجود دارد، تنها تکلیفی که بر عهده متصرف است، حفظ مال و رد آن است؛ زیرا در صورتی که عین مال دیگری در دست متصرف باشد، وی باید همان را رد کند. ثانیاً در صورتی که این تکلیف انجام

۱. از جمله، نک، آیاتی از قرآن: «ولله علی الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً» (آل عمران، ۹۷)؛ «یا أيها الذین آمنوا کتب علیکم الصیام...» (البقره، ۱۸۳)؛ «وإن یأتوکم أساری ففادوهم وهو محرم علیکم إخراجهم...» (البقره، ۸۵)؛ «إنما حرم علیکم المیتة والدم ولحم الخنزیر وما أهل به لغير الله...» (البقره، ۱۷۳).

۲. روایت با تعبیر «ترده» در برخی کتب فقهی شیعه (از جمله: حلی، السرائر، ۴۳۷/۲) و اهل سنت (از جمله: نووی، ۲۲۷/۱۴) آمده است.

نشود و مال ناقص یا تلف شود، متصرف از باب تسبیب ضامن نقص یا تلف خواهد بود؛ یعنی تکلیف به جبران نقص یا رد بدل از تبعات نقص و تلف است نه از تبعات تصرف مال غیر؛ هرچند به طور غیرمستقیم از تبعات تصرف نیز هست. بنابراین، در صورت وجود عین، هیچ نوع ضمانی بر عهده متصرف وجود ندارد. قرار گرفتن مال در عهده شخص به عنوان یک حکم وضعی، امری تصنعی است که با تفسیر تحت اللفظی از واژه «علی» ارائه شده است. اما معنا و شیوه استعمال این واژه نمی تواند مؤیدی برای عهده به معنای یک امر وضعی باشد. چنان که برخی از فقها گفته اند، دلالت ترکیب «علی دین»، بر یک امر وضعی یعنی قرار داشتن دین در ذمه از واژه «علی» استفاده نمی شود بلکه از مدخول آن یعنی واژه دین استفاده می شود (ایروانی، ۹۳/۱). بنابراین، در عهده یا در ذمه بودن بر حسب مدخول «علی» تعیین می شود، اگر مدخول آن مال کلی یا دین باشد، دلالت بر حکم وضعی و استقرار در ذمه می کند، اما اگر مدخول آن عین معین باشد دلالت بر حکم تکلیفی و بر عهده بودن می کند.

۵-۲- ضمان عهده به صورت قراردادی

ضمان قراردادی از نظر فقهای شیعه موجب انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می شود (نک: نجفی، ۱۱۳/۲۶). بنابراین، مال مورد ضمان باید دین باشد تا انتقال آن از ذمه ای به ذمه دیگر ممکن باشد. اما در برخی موارد ضرورت اقتضا می کند که اموال دیگری غیر از دیون یعنی اعیان نیز مورد ضمان قرار گیرد. نوع اول «ضمان مال» و نوع دوم «ضمان عین» یا «ضمان عهده» نامیده می شود (بحر العلوم، ۳۳۵/۲-۳۳۶). ضمان اعیان مضمونه به این معنا است که شخصی عین مالی را که در ضمان متصرف آن است به نفع مالک آن ضمانت کند. برخی از مصادیق چنین ضمانی عبارتند از: ضمان مال مورد غصب، ضمان مال مقبوض به عقد فاسد، ضمان مال مقبوض بالسوم، و ضمان عاریه ای که در آن شرط ضمان شده است.

اما یکی از مصادیق مهم آن که مورد بررسی خاص و مفصل قرار گرفته، ضمان عهده بایع نسبت به ثمن است. (حلی، تذکرة الفقهاء، ۳۲۹/۱۴-۳۳۷؛ قمی، ۶۱/۳-۶۲؛ عاملی، ۲۰۰/۴-۲۰۱). ضمان عهده به چند صورت ممکن است تحقق یابد (نک: بحر العلوم، ۳۴۲/۲ به بعد). اما شرط اصلی آن این است که ثمن عین معین بوده، و به بایع تسلیم شده باشد. اگر ثمن عین معین بوده اما به بایع تسلیم نشده باشد، چنین ضمانی از قبیل «ضمان ما لم یجب» خواهد بود. در صورتی که ثمن دین بر ذمه مشتری باشد و به بایع تسلیم نشده باشد، این نوع ضمان، ضمان ثمن است نه عهده ثمن. (نک: قمی، ۶۳/۳)

در مورد حکم ضمان اعیان مضمونه و اثر آن اختلاف نظر است:

۱- بسیاری از فقها ضمان اعیان مضمونه را صحیح دانسته‌اند (از جمله نک: طوسی، *المبسوط*، ۳۲۶/۲؛ حلی، *السرائر*، ۷۳/۲؛ حلی، *شرائع الإسلام*، ۳۵۷/۲-۳۵۸)، اما در مورد این که مفاد ضمان چیست دو نظر دیده می‌شود:

(الف) پیدایش حق مطالبه عین از ضامن برای مضمون‌له. (حلی، *تذکرة الفقهاء*، ۳۲۱/۱۴-۳۲۳ و ۳۳۶-۳۳۵). بازگشت این نظر به پذیرش نوعی از تضامن نسبت به حق مطالبه عین یا بدل است.

(ب) انتقال حکم تکلیفی وجوب رد عین از مضمون‌عنه به ضامن. (اردبیلی، ۲۹۷/۹-۲۹۸). در توضیح این نظر می‌توان افزود: در مورد دیون، خود دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود اما در اعیان، چون عین در عالم خارج قرار دارد نه در ذمه مضمون‌عنه، انتقال خود آن از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن ممکن نیست اما انتقال تکلیف وجوب رد عین از عهده مضمون‌عنه به عهده ضامن امکان‌پذیر است. البته پس از تحقق ضمان، در صورتی که عین در دست مضمون‌عنه باشد وی هم مکلف به رد آن است اما این تکلیف همان تکلیف اول که به ضامن منتقل شده نیست بلکه تکلیف دیگری است که منشأ آن «علی الید» و تسلط بر مال غیر است.

۲- به نظر اندکی از فقها، ضمان اعیان مضمونه قابل پذیرش نیست. صاحب حدائق (ره) در رد نظر علامه حلی و محقق اردبیلی می‌گوید: تفسیر ضمان به مطالبه عین از هر کس که عین در دست اوست مجازی بعید است و اگر دلیلی بر آن وجود نداشته باشد نمی‌توان آن را پذیرفت؛ چون معنای شرعی ضمان انتقال حق به ذمه ضامن است؛ و تفسیر نقل به وجوب رد، از آن هم بعیدتر است.^۱

۶- رابطه ذمه و عهده

۱-۶- یکسانی ذمه و عهده. از تعبیرات برخی از فقها استفاده می‌شود که ذمه و عهده مفهوم واحدی دارند (نک: قمی، ۶۱/۳-۶۲؛ بجنوردی، ۵۹/۴ و ۱۱۹/۶؛ حکیم، *نهج الفقاهة*، ۲۷۶ و ۲۷۷). برخی از حقوقدانان نیز همین نظر را تقویت کرده‌اند. خلاصه‌ای از نظر ایشان

۱. بحرانی، ۳۷/۲۱-۳۸. برخی از فقهای معاصر نیز ضمان اعیان مضمونه را جائز نمی‌دانند. نک: حواشی مرحوم گلپایگانی، امام خمینی، شیرازی، نائینی، اصفهانی در: یزدی، ۴۲۹/۵-۴۳۱

بدین شرح است: معنی لغوی و اصلی عهده، تعهد و التزام است و همین معنا قابل استناد و اعتماد است (جعفری لنگرودی، *ضمان عقدی در حقوق مدنی*، ۲۱۸ و ۲۲۰). به نظر ایشان، «به اعتبار متعهد به که ممکن است کلی یا جزئی باشد، عهده دو قسم است: عهده کلی و عهده جزئی» (همان، ۱۰۶). به تعبیر دیگر، عهده «شامل ضمان دین و ضمان عین می‌باشد، یعنی تعهد جزئی و کلی را شامل است». (همان، ۲۲۰). در مورد ذمه نیز گفته‌اند: «شک نیست که در لغت، ذمه مترادف تعهد و عهده است و از جهت متعهد به آن هم فرق نمی‌کند که کلی باشد یا جزئی. فقها نسبت به ذمه دو گروه شده‌اند: اول: کسانی که همین معنی لغوی را بدون دخل و تصرف در فقه به کار برده‌اند... دوم: عده‌ای که بدون مطالعه و مأخذ، تلویحاً ذمه را اختصاص به تعهداتی داده‌اند که مورد تعهد (متعهد به) کلی باشد... اقلیتی از امامیه هم در این اواخر به این نظر گرایش پیدا کرده‌اند. در هر حال نظر گروه اول که نظر قدما هم هست مشهورتر و با لغت عرب وفق می‌دهد و دلیلی بر تغییر اصطلاح از طرف شارع هم وجود ندارد» (۱۰۸-۱۱۱).

بنابراین، ایشان معتقدند که از دیدگاه فقهی، اختلافی در معنای ذمه و عهده نیست چون هر دوی آنها به معنای تعهد هستند بلکه اختلاف در این است که برخی از فقها متعهد به در عهده را تعهد جزئی و در ذمه، تعهد کلی می‌دانند. اما به نظر ایشان، متعهد به در هر دوی آنها ممکن است جزئی یا کلی باشد. در نتیجه، ذمه و عهده هم از جهت مفهوم واحدند و هم از جهت متعلق و مورد.

چنان‌که در بند بعد خواهیم دید، به نظر ما، از سخن فقها استنباط می‌شود که اولاً ذمه و عهده در ابواب و اصطلاحاتی که به آنها اشاره شد به معنای تعهد نیستند بلکه به عنوان یک ظرف استعمال می‌شوند. ثانیاً اختلاف عهده و ذمه فقط در کلی یا جزئی بودن مظروف و به تعبیر ایشان، متعهد به نیست بلکه مظروف عهده و ذمه ماهیتاً متفاوتند: ذمه ظرف دین است که یک حکم وضعی است اما عهده ظرفی برای حکم تکلیفی است.

۶-۲- دوگانگی ذمه و عهده. از عبارات بسیاری از فقها چنین برمی‌آید که ایشان بین واژه عهده و ذمه تفاوت قائل شده، برای اعیان از واژه عهده و برای دیون از واژه ذمه استفاده کرده‌اند. به عنوان نمونه، عبارت زیر از علامه حلی قابل توجه است: «اگر طلبکار به بدهکار بگوید: حق مرا به این کودک بده، و بدهکار به اندازه حق طلبکار به کودک بدهد، از دین بری نمی‌شود و ... دین باقی است چون دین در ذمه، مطلق و رها (مرسل) است و تنها با قبض

صحیح متعین می‌گردد. ... برخلاف جایی که [مالک و دیعه] به مستودع بگوید: مال مرا به این کودک بده یا در دریا بیانداز، و وی چنین کند. چون مستودع دستور مالک و دیعه را در مورد حق معین او امتثال کرده و لذا از عهده بیرون می‌آید» (حلی، *نهایة الإحکام*، ۴۵۵/۲). چنانکه ملاحظه می‌شود، ایشان در مورد دین از واژه ذمه و در مورد عین معین از واژه عهده استفاده کرده است.

اما مورد مهم‌تری که از قدیم الایام در بین فقها مطرح بوده و شاهی بر جدایی مفهوم عهده و ذمه است، مورد ضمان عهده است. چنان‌که گفته شد، یکی از شرایط ضمان مصطلح، این است که مورد ضمان (مضمون^۱ به) دین باشد، و در صورتی که مورد ضمان دین نباشد، صحت ضمان مورد تردید قرار گرفته است. یکی از مهم‌ترین این موارد، جایی است که مضمون^۲ به، عین باشد مانند ثمن یا مبیع معین در عقد بیع. فقها از قدیم الایام از این مورد به «ضمان عهده» تعبیر کرده‌اند. برای واژه عهده در عبارت «ضمان عهده» معانی متعددی ذکر شده (حلی، *تذکرۃ الفقهاء*، ۳۲۹/۱۴-۳۳۷؛ عاملی، ۲۰۰/۴-۲۰۱)، که یکی از آنها تعهد و التزام است. علامه حلی در بیان وجه تسمیه ضمان عهده می‌گوید: این نوع ضمان را به این دلیل «ضمان عهده» می‌گویند که ضامن، آن‌چه را که رد آن بر عهده^۳ بایع است به عهده می‌گیرد (حلی، همان، ۳۲۹). چنان‌که ملاحظه می‌شود، ایشان در مورد حکم تکلیفی رد عین، واژه عهده را استعمال کرده است. بنابراین، در موردی که مضمون^۴ به عین معین، و مفاد ضمان، استرداد آن عین است، به ضمان عهده تعبیر شده است.

مفاد ضمان عهده در کلام برخی فقها با صراحت بیشتری مطرح شده است. از جمله، محقق اردبیلی (ره) می‌گوید: «ضمان اعیان به معنای جواز مطالبه عین از هر کسی که عین در دست اوست بعد از ندارد؛ و بعد از تحقق چنین ضمانی، ضامن منخیر است که عین و در صورت تلف، بدل آن را رد کند. بلکه ناقل بودن چنین ضمانی هم بعید نیست به این معنا که تکلیف وجوب رد از بایع به ضامن منتقل شود و مشتری، عین را از ضامن مطالبه کند و او هم عین را از مضمون^۵ عنه بگیرد و به مشتری بدهد. البته پذیرش چنین نقلی منوط به این است که دلیل ناقل بودن ضمان، عام باشد و اعیان را هم شامل شود. در غیر این صورت، ناقل بودن ضمان اختصاص به اموالی خواهد داشت که در ذمه قرار دارد» (اردبیلی، ۲۹۷/۹).

به نظر می‌رسد مفاد اصلی و اولی ضمان عهده، تعهد ضامن به رد عین است و تعهد به پرداخت بدل در صورت تلف عین، از آثار وجود عین در عهده و مترتب بر آن است. یعنی

ضمان عهده به معنای حکم تکلیفی وجوب رد عین است. اما اگر متعهد، عین را رد نکرد و در دست او تلف شد، مکلف به پرداخت بدل می‌شود. به تعبیر دیگر، در صورت تلف عین، حکم تکلیفی رد عین به حکم وضعی دین منجر می‌شود و لذا ضامن، از باب مدیون بودن، مکلف به پرداخت بدل می‌شود نه از باب ضمان عهده. پس ضمان عهده یا ضمان عین به معنای حکم تنجیزی به تسلیم عین، و حکم تعلیقی یا تقدیری به وجوب پرداخت بدل است (نک: رشتی، ۱۱ و ۱۲۳).

علاوه بر مطالب فوق که به کاربرد این دو واژه در متون فقهی و مفهوم ضمان عهده مربوط می‌شد، برخی از فقهای معاصر، نظریه جدایی ذمه و عهده، و تقابل آن دو را به صراحت مطرح کرده‌اند. در زیر به چند نمونه اشاره می‌شود:

(۱) یکی از صریح‌ترین موارد تفکیک عهده و ذمه، در کلام مرحوم شیخ فضل الله نوری مشاهده می‌شود. به نظر ایشان، همان طور که ذمه امر معتبری نزد عقلا است که می‌توان به وجود یا عدم وجود مالی در آن حکم کرد، عهده نیز اعتباری عقلایی است که می‌توان ثبوت یا عدم ثبوت عین معینی را در آن اعتبار کرد. فرق ذمه و عهده در این است که به ذمه، مطلق مال کلی اسناد داده می‌شود ولی به عهده، مالی که به واسطه تشخصات عینی، مقید گردیده است (نوری، ۲۰-۲۶).

(۲) مرحوم اصفهانی نیز در موارد متعددی تصریح می‌کند که عهده ظرف اعیان خارجی، و ذمه ظرف اموال است (اصفهانی، حاشیه مکاسب، ۳۱۳/۲؛ ۱۱۰/۳؛ ۳۸۸/۵)، و در برخی موارد، قرار داشتن عین در ذمه متصرف را صریحاً نفی می‌کند (همان، ۳۲۵/۲).

(۳) یکی از فقهای معاصر در جواب اشکالی که بر ضمان اعیان مضمونه و غیرمضمونه وارد شده می‌گوید: «همان‌طور که نقل و ضمّ در مورد آن‌چه در ذمه قرار دارد [یعنی دین] امکان‌پذیر است، در مورد آن‌چه در عهده قرار دارد یعنی اعیان نیز ممکن است» (روحانی، فقه الصادق (ع)، ۱۶۲/۲۰). همچنین، ایشان در بسیاری موارد، عهده را به عنوان ظرف عین ذکر می‌کند (المسائل المستحثة، ۶۹-۷۰).

(۴) فقهای دیگری نیز به این تفکیک تصریح کرده‌اند مانند: محمد جواد مغنیه،^۱ آیت الله

۱. فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۱۳: فرق بین الضمان فی العهدة و الضمان فی الذمة، فإن ضمان العهدة يتعلق فی الغالب بالأعیان ... أما ضمان الذمة فيتعلق بالأموال التي تستقر فی الذمم.

منتظری،^۱ و سید محمود شاهرودی (کتاب/الخمس، ۳۵۰).

۵) شهید صدر (ره)، نظریه جدایی عهده از ذمه را با تفصیل بیشتری مطرح کرده است (حواله، ۷-۴). خلاصه‌ای از نظریه ایشان به شرح ذیل است:

۱- ذمه و عهده از مفاهیمی هستند که فقه اسلامی آنها را وضع کرده و هرکدام یک ظرف اعتباری از اعتبارات عقلایی محسوب می‌شوند که از جهت مظروف با هم تفاوت دارند. اگر مظروف، یک شیء مشخص و عین خارجی باشد ظرف آن «عهده» نامیده می‌شود و اگر مظروف، کلی باشد، ظرف آن «ذمه» نامیده می‌شود.

۲- بین عهده و ذمه یک تفاوت اساسی وجود دارد و آن این است که عقلاً در بسیاری موارد در مقام تملیک و تملک بوده‌اند اما عین خارجی در دسترسشان نبوده تا تملیک و تملک را بر آن واقع سازند. در این موارد، ظرفی به نام ذمه اختراع کردند که وجود اموالی در آن فرض شده است. این اموال در حقیقت، مفاهیم خارجی‌اند که معنای حرفی در آنها لحاظ شده است نه معنای اسمی. به این معنا که نسبت مال موجود در ذمه به مال خارجی، نسبت معنای حرفی به معنای اسمی است؛ از این لحاظ که اولی یک رمز و نماد و معنای آلی است ولی دومی معنای استقلالی دارد. بنابراین، ذمه، ظرف اموال نمادین است نه ظرف اموال خارجی.

۳- تقسیم دین به دو شکل ذمه و عهده، تقسیمی خودسرانه و بی‌دلیل نیست بلکه بازگشت آن به طبیعت ظرف دین است. تا زمانی که عین مال مغضوب در دست غاصب است، معنا ندارد در ذمه او باشد زیرا ذمه، ظرف مال نمادین است نه ظرف عین موجود در خارج. این تملک ذمی همان است که در کلمات فقها از آن به اشتغال ذمه تعبیر شده است و از مالی که در ذمه قرار دارد، تعبیر به دین و از مالک، تعبیر به دائن می‌شود.

اما عهده یک ظرف اعتباری دیگر و مظروف آن نیز چیزی دیگر است که با مظروف ذمه تفاوت دارد. عهده، ظرف مسوولیت‌ها و تعهداتی است که بر شخص قرار داده می‌شوند خواه این تعهدات توسط خود شخص جعل شده باشند مانند التزاماتی که شخص در قراردادهای عهده می‌گیرد، یا به شکل قانون عمومی جعل شده باشند مانند نفقه اقارب، و نه زوجه. برای این تعهدات و مسوولیت‌ها ظرف دیگری به نام عهده وجود دارد.

۴- عهده همان گونه که می‌تواند ظرف اعیان خارجی باشد، می‌تواند ظرف اعیان کلی

۱. *دراسات فی المکاسب المحرمه*، ۲۲۳؛ و اعتبار العهده عندهم [العقلاء] مغایر لاشتغال الذمه، إذ العین مع وجودها لا تنتقل إلى الذمه مع فرض تحقق الضمان بالنسبة إليها.

باشد. اولی، مانند غاصب که عین خارجی موجود، در عهده او است و او مسئول آن عین است. دومی، مانند بدهکار که دین، در مرتبه اول بر ظرف ذمه ثابت می شود و ذمه بدهکار به آن دین مشغول می شود و بعد از آن، مسئولیت پرداخت بر او واجب می شود.

۵- دین دارای دو مرتبه است: یکی مرتبه ذمه یا اشتغال ذمه، که عبارت است از این که شخص، چیزی را که مرتبط به ذمه دیگری است تملک کند، و دیگری، عهده، که عبارت است از مسوولیت پرداخت که بر دوش بدهکار قرار دارد.

۶- بین ذمه و عهده، نسبت عموم و خصوص من وجه است. ماده اجتماع روشن است. برای ماده افتراق عهده از ذمه، چند مثال قابل ذکر است: الف) در صورتی که عین مال در اختیار غاصب باشد و تلف نشده باشد، عهده او مشغول می باشد نه ذمه او. ب) در صورتی که عین مغضوب، دست به دست شود و در دست آخرین نفر تلف گردد، به نظر برخی از فقها (نجفی، ۳۴/۳۷-۳۵)، غاصبی که عین مغضوب نزد او تلف شده، ذمه اش مشغول است و غاصبان پیش از وی عهده شان مشغول است. ج) در صورتی که بایع ثمن را بگیرد، اما مبیع را تحویل ندهد، عهده اش مشغول است نه ذمه اش.

ماده افتراق ذمه از عهده جایی است که بدهکار نتواند بدهی خود را بپردازد. در این صورت ذمه اش مشغول است اما مسئولیت ندارد یعنی بر عهده او چیزی نیست. در نقد و تعدیل این نظریه نکات زیر قابل ذکر است:

۱- چنان که قبلاً گفتیم، از لحاظ فقهی تفسیر عهده به ظرف اعیان و اموال جزئی با این اشکال مواجه است که اعیان، خود دارای ظرف هستند و آن، جهان طبیعت و خارج است. برخلاف دیون و اموال کلی که هم خودشان و هم محلشان اعتباری است، اموال خارجی، هم خودشان و هم محلشان دارای تحقق عینی و خارجی است. بنابراین، ضرورتی که برای جعل محلی برای اموال کلی وجود دارد در مورد اعیان وجود ندارد.

۲- عهده نمی تواند ظرفی برای اموال کلی باشد و بنابراین رابطه ذمه با عهده تباین است نه عموم و خصوص من وجه. چنانکه در تفسیر مذکور آمده، عهده به تعبیر مسامحی ظرف تکالیف و تعهدات است و تکلیف و تعهد تا زمانی که تعیین و تشخیص نیافته باشد، قابل اجرا نیست. بنابراین، عهده فقط ظرف تکالیف و تعهدات جزئی است.

۳- در مورد رتبه عهده و ذمه و تقدم یا تأخر آنها دو وضعیت متفاوت ملاحظه می شود. این دو وضعیت را می توان با توجه به نکته فوق، به تقدم و تأخر حکم وضعی و تکلیفی

بازگرداند:

الف) تقدم عهده بر ذمه. تکالیفی که به عهده تعلق دارد به دو قسم قابل تقسیم‌اند: برخی از تکالیف اگر در زمان خود انجام نشوند از بین می‌روند و به صورت دین در نمی‌آیند لذا جبران آنها واجب نیست. مانند تکلیف غذا دادن به شخص گرسنه‌ای که در سال قحطی و در حال مرگ است یا تکلیف انفاق خویشاوندان (یزدی، ۵۰۱/۴).^۱ بالعکس، برخی از تکالیف اگر انجام نشوند ممکن است به یک حکم وضعی متعلق به ذمه منجر شوند. در این گونه موارد می‌توان گفت که عهده در مرتبه قبل از ذمه قرار دارد؛ یعنی ابتدا یک حکم تکلیفی متعلق به عهده وجود دارد که اگر مکلف آن را انجام ندهد، این تکلیف به صورت دین درآمده و به ذمه او منتقل می‌گردد. به عنوان مثال متصرف مال غیر ابتدا مکلف به رد عین آن است و اگر این تکلیف را انجام ندهد و مال تلف شود بدل مال در ذمه وی مستقر می‌شود و وی باید بدل آن را بدهد. در دسته اخیر، عهده در مرتبه قبل از ذمه قرار دارد.

ب) تقدم ذمه بر عهده. در برخی موارد، ابتدا یک وضع یا حکم وضعی متعلق به ذمه وجود دارد که از آن یک یا چند تکلیف متعلق به عهده ناشی می‌شود. به عنوان نمونه، کسی که مال دیگری را تلف کند، ابتدا ذمه‌اش مشغول به دین می‌شود و سپس مکلف به ادای آن به مالک می‌شود. نفقه زوجه نیز از این قبیل است.

۴- در مقایسه عهده و ذمه می‌توان گفت: تشابه عهده و ذمه در این است که هر دوی آنها در رابطه مالی بک شخص با شخصی دیگر مطرح می‌شوند. به تعبیر دیگر، برخلاف مالکیت عین معین که رابطه‌ای بین شخص و یک شیء معین است و برای تحقق آن وجود شخص دیگری لازم نیست (انصاری، ۹/۳)؛ مفهوم ذمه و عهده تنها در رابطه بین دو شخص معنا پیدا می‌کند، و در هر دوی آنها، متعهد و مدیون باید مالی را به دیگری تسلیم کنند؛ لذا در مورد یک شخص به تنهایی و صرف از نظر رابطه وی با دیگری، ذمه و عهده صدق نمی‌کند. اما تفاوت عهده و ذمه در این است که اولاً عهده مربوط به اموال عینی، و ذمه مربوط به دیون و اموال غیرعینی است؛ یعنی متعلق عهده، عین معین است اما متعلق ذمه، عین معین نیست بلکه کلی است. ثانیاً اثر حقوقی عهده، یک عمل مادی یعنی حفظ مال و انتقال تصرف است نه عمل

۱. البته اگر شخص واجب النفقه به دستور حاکم و به حساب کسی که مکلف به انفاق است مالی قرض کند، پرداخت مال قرض بر عهده مکلف به انفاق است. در مورد این نکته و نیز این که وجوب نفقه اقارب حکم تکلیفی است. نک: یزدی، ۴۲۷/۵-۴۲۸.

حقوقی یعنی انتقال مالکیت؛ چون ملکیت عینی که در عهده متصرف قرار دارد پیش از تصرف نیز به مالک عین تعلق داشته است. اما اثر حقوقی ذمه، ابتدا یک عمل حقوقی (نک: شهیدی، حقوق مدنی، ۳، ۱۶۷) یعنی تعیین و تخصیص بخشی از اموال مدیون و انتقال مالکیت آن به دائن، و سپس تسلیم آن است. به تعبیر دیگر، چنان که در بالا گفته شد، هم در مورد عهده و هم در مورد ذمه، متعهد و مدیون باید مالی را به دیگری تسلیم کنند، با این تفاوت که در مورد عهده، مال خود شخص به او تسلیم می شود ولی در مورد ذمه، مالی از مدیون به دائن تملیک می شود.

۵- به نظر می رسد مهم ترین تفاوت ذمه و عهده در این است که عهده مربوط به حکم تکلیفی و ذمه مربوط به حکم وضعی است و مطالبی که در این نظریه گفته شد با این مطلب سازگار است. بنابراین، تقابل بین عهده و ذمه را می توان به تقابل بین احکام تکلیفی و وضعی باز گرداند؛ تقابلی که می توان گفت بر تمامی مباحث راجع به تعهدات در فقه سایه افکننده است (نک: محقق داماد، ۳۰۱، پاورقی ۱).
در این صورت، بسیاری از احکامی که بر احکام وضعی و تکلیفی مترتب می شود، بر ذمه و عهده نیز بار می شود. به عنوان نمونه:

۱- بعد از مرگ، عهده میت از بین می رود اما ذمه او دست کم تا زمانی که مالی دارد، باقی است (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، ۳۸۱-۳۸۲). از این رو، ذمه میت ممکن است به خمس یا زکات یا مظالم یا کفاره یا نماز یا روزه یا نذر یا شرط در ضمن عقد و امثال آن مشغول باشد (یزدی، ۵۳۹/۶).

۲- اطفال صغار و مجانین عهده ندارند اما ذمه دارند (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، ۳۳۷؛ المکی العاملی، القواعد والفوائد، ۱۳۵/۲).

۳- ضمان از عهده و حکم تکلیفی اصولاً پذیرفته نیست اما ضمان از حکم وضعی دین مورد قبول است. همچنین، ضمان در فقه شیعه به اعتبار ذمه است نه عهده، در حالی که نزد اهل سنت به اعتبار عهده است نه ذمه.

۷- نتیجه گیری

۱- الفاظ ذمه و عهده در نصوص شرعی به معنای مصطلح آنها در فقه به کار نرفته است و به تعبیری، حقیقت شرعیه نیستند. از این رو، نمی توان احکام فقهی خاصی را بر موارد کاربرد

آنها در آیات و روایات مترتب کرد.

۲- بررسی کاربردهای دو واژه ذمه و عهده در ابواب معاملات مانند بیع، ضمان، حواله، و ضمان قهری مانند غصب و اتلاف نشان می‌دهد که برای واژه عین، عهده، و برای واژه دین، ذمه استعمال می‌شود، که این امر نشانه جدایی مفهوم عهده از ذمه، و تعلق اولی به عین و دومی به دین است. اما، صرف نظر از نحوه استعمال این دو واژه، تفاوت دو مفهوم ذمه و عهده از لحاظ ماهیت و احکام قابل انکار نیست. به نظر می‌رسد «عهده» یک ظرف اعتباری برای احکام تکلیفی است چه تکالیف مالی، چه غیرمالی. اما در امور مالی، ذمه ظرف نوع خاصی از حکم وضعی یعنی دین است. دین در ذمه قرار می‌گیرد اما عین در عهده قرار نمی‌گیرد بلکه چنانکه گفته شد، عهده فقط مشتمل بر یک حکم تکلیفی مانند حفظ و نگهداری، و رد و تسلیم عین است. از این رو، در مورد عین، همواره باید عملی مانند تسلیم یا نگهداری عین، به صراحت یا در تقدیر وجود داشته باشد. بنابراین، تفاوت ذمه و عهده، تا جایی که به بحث عین و دین مربوط است، در واقع به تفاوت حکم وضعی و تکلیفی باز می‌گردد و بهتر است به جای بررسی تقابل این دو واژه، به بررسی احکام وضعی و تکلیفی در امور مالی و تعهدات پرداخته شود.

منابع

- ابن الاثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث*، ج ۲، قم، مؤسسة إسماعيليان، چاپ چهارم، ۱۳۶۴
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۳ و ۱۲، بیروت، دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- احسائی، محمدبن علی، (ابن أبی جمهور)، *الأقطاب الفقهية*، ۱۲۵، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- اردبیلی، مولی احمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، ج ۹، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- اصفهانی، شیخ محمدحسین، *حاشية المكاسب*، ج ۱، ۲، ۴ و ۵، چاپ اول، علمیه، ۱۴۱۸ ق.
- انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب المكاسب*، قم، کنگره شیخ انصاری، ج ۳ و ۶، چاپ دوم، ۱۴۲۰ ق.

- ایروانی، علی بن عبد الحسین، ج ۱، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهية*، ج ۴، ۶ و ۷، قم، نشر هادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- بحرالعلوم، سید محمد، *بلغة الفقيه*، ج ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مکتبه الصادق، ۱۳۶۲
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة*، ج ۲۱، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۳
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فرهنگ عناصر شناسی، حقوق مدنی حقوق جزا*، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ضمان عقدی در حقوق مدنی*، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶
- جوادی آملی، عبدالله، *کتاب الصلاة*، (تقریر بحث آیت الله سید محمد محقق داماد)، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن الحسن، *وسائل الشیعة (الإسلامية)*، ج ۵، ۸ و ۱۳، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا
- حکیم، سید محسن، *نهج الفقهامة*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا
- حلی، جعفر بن الحسن (محقق حلی)، *المعتبر*، ج ۱، قم، مدرسه الإمام أميرالمؤمنین (ع)، ۱۳۶۴
- حلی، جعفر بن الحسن (محقق حلی)، *شرائع الإسلام*، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *تذکرة الفقهاء*، ج ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۲۰ ق.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *قواعد الأحكام*، ج ۲، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *نهاية الأحكام*، قم، مؤسسه إسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۰
- حلی، محمد بن منصور (ابن إدريس)، *السرائر*، ج ۲، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- رازی، شیخ محمد تقی، *هدایة المسترشدين*، ج ۲، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، بی تا
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات غریب القرآن*، بی جا، دفتر نشر کتاب چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.

- راوندی، سعید بن هبة الله (قطب الدین)، *فقه القرآن*، ج ۱، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- رشتی، میرزا حبیب الله، *کتاب الغصب*، بی جا، بی تا
- روحانی، سید محمدصادق، *المسائل المستحدثة*، قم، مؤسسة دار الکتاب، چاپ چهارم، ۱۴۱۴ ق.
- روحانی، سید محمدصادق، *فقه الصادق (ع)*، ج ۱۹ و ۲۰، قم، دار الکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- زبیدی، سید محمدمرتضی، *تاج العروس*، ج ۵، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۸، قاهره، دار احیاء التراث العربی، بی تا
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، ج ۱، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۸۸
- شاهرودی، سید محمود هاشمی، *کتاب الخمس*، ج ۱، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق. چاپ دوم
- شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۳*، تهران، مجد، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۸
- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۰
- صدر، سید محمدباقر، «حواله»، *مجله فقه اهل بیت (ع)*، سال ششم، شماره ۲۱، بهار ۱۳۷۹، ص ۳-۱۶
- طباطبائی، سید محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۶، قم، انتشارات جامعه مدرسین، بی تا.
- طبرسی، فضل بن حسن، *تفسیر مجمع البیان*، ج ۵، بیروت، چاپ اول، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.
- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، ج ۶، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.
- طوسی، محمدبن الحسن، *الخلاف*، ج ۳، قم، مؤسسة انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- طوسی، محمدبن الحسن، *المبسوط*، ج ۳، المكتبة المرتضوية، بی جا، بی تا
- عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، *مسالك الأفهام*، ج ۴ و ۵، قم، مؤسسة معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، **مسالك الأفهام**، ج ۸، قم، مؤسسة معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

القرافی، أحمد بن إدريس، **الفروق**، ج ۳، بیروت، دار المعرفة

قمی، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۳، چاپ اول، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱

کرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی)، **جامع المقاصد**، ج ۹، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۸

مصطفوی، حسن، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، تهران، مرکز الكتاب للترجمة و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۲ ق.

مغنیه، محمد جواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، ج ۳، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ ق.

چاپ دوم

المکی العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، **القواعد والفوائد**، ج ۲، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، ۱۴۰۰

منتظری، حسین علی، **دراسات فی مکاسب المحرمه**، ج ۳، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ ق. چاپ اول

موسوی خمینی، روح الله (امام خمینی)، **الخلل فی الصلاة**، قم، مطبعة مهر، بی تا
موسوی خمینی، روح الله (امام خمینی)، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران، مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۳۷، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷

نحاس، ابوجعفر، **معانی القرآن**، ج ۳، عربستان، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق. جامعه أم القرى

نوری، شیخ فضل الله، **قاعده ضمان البید**، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

نووی، محیی الدین، **المجموع**، ج ۱۴، دار الفکر، بی جا، بی تا

یزدی، سیدمحمدکاظم، **العروة الوثقی**، ج ۴، ۵ و ۶، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرّسین، ۱۴۲۰ ق.