

# ضمان به مثابه حکم تکلیفی

تاریخ دریافت: ۸۹/۵/۱۲

تاریخ تأیید: ۸۹/۱۱/۲۷

اسماعیل نعمت‌اللهی\*

## چکیده

در فقه شیعه، ضمان عقودی به معنای قراردادی است که طبق آن، شخص ثالثی (ضامن) با توافق دائن (مضمون‌له)، دینی را که در ذمه مدیون (مضمون‌عنه) قرار دارد، به ذمه خود منتقل می‌کند. اثر اصلی این عقد، پیدایش دین در ذمه ضامن و بری‌الذمه شدن مدیون اصلی است. بر این اساس، پذیرش ضمان در موارد مهم و پرکاربردی که پیش از قرارداد، دینی بر ذمه مدیون قرار ندارد تا به ضامن منتقل شود، مورد اشکال قرار گرفته است.

این مقاله درصدد است با بررسی این موارد، نشان دهد. اولاً، هرچند در فقه شیعه، ضمان در معنای اصلی و شایع خود باعث پیدایش یک حکم وضعی (انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن) است؛ ولی پذیرش ضمان به عنوان قراردادی که اثر اصلی آن پیدایش یک حکم تکلیفی مستقل یعنی تعهد به پرداخت است، با اشکالی مواجه نیست و مشمول عمومات وفای به عقد است؛ ثانیاً، در بسیاری موارد که ضمان به عنوان حکم وضعی با اشکال مواجه است، به عنوان حکم تکلیفی قابل پذیرش است. اثبات این نکته، کلیدی برای حل برخی اشکالات درباره ضمان در حقوق مدنی و تجارت است و راه را برای پذیرش برخی مصادیق دشوار، هموار می‌سازد.

**واژگان کلیدی:** ضمان، حکم وضعی، حکم تکلیفی، دین، ذمه، ضمان مال لم یجب.

\* استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (esmail\_nematollahi@yahoo.com).

## مقدمه

«ضمان مصطلح»<sup>\*</sup> در فقه شیعه بدین معناست که ضامن، ذمه خود را به دینی که در ذمه مضمون‌عنه است، مشغول سازد. تحقق ضمان بدین معنا متوقف بر آن است که پیش از عقد، ذمه مضمون‌عنه به دینی مشغول باشد تا ضامن بتواند انتقال آن را به ذمه خود انشا کند (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۲۶۴). پس از تحقق ضمان به صورت صحیح، ذمه مضمون‌عنه از دین بری می‌شود و ذمه ضامن به آن دین مشغول می‌شود (حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۵۵۸ / حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۳۵)؛ بنابراین ضمان در فقه شیعه باعث تحقق یک حکم وضعی یعنی انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر می‌شود. روشن است که پس از تحقق ضمان و پیدایش حکم وضعی مذکور، حکم تکلیفی وجوب پرداخت دین بر ضامن نیز تحمیل می‌شود؛ ولی حکم اخیر از آثار حکم وضعی نخست و ناشی از اشتغال ذمه ضامن است؛ به عبارت دیگر، تکلیف ضامن به پرداخت دین، همواره مسبوق به وجود یک حکم وضعی یعنی پیدایش دین در ذمه اوست.

برای تحقق ضمان قراردادی، وجود هر دو عنصر (ثبوت دین در ذمه مضمون‌عنه و انتقال آن به ذمه ضامن) ضروری است؛ از این رو، امکان و جواز تحقق ضمان در برخی موارد با اشکال مواجه شده است و بررسی اشکالات و استدلال‌ها نشان می‌دهد منشأ اشکال، نبود یکی از دو عنصر مذکور است. از جمله این موارد عبارت‌اند از:

۱. «ضمان ما لم یجب» یعنی ضمان دینی که هنوز در ذمه مضمون‌عنه ثابت نشده است (ر.ک: طوسی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۲۶ / بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۳۷). منشأ تردید در این مسئله این است که انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، متوقف بر این است که پیش‌تر ذمه مضمون‌عنه به آن دین مشغول شده باشد، در حالی که در اینجا بنا به فرض، هنوز دینی در ذمه مضمون‌عنه ثابت نشده است.

<sup>\*</sup> برخی فقها عبارت «ضمان مصطلح» را برای بیان ضمان ناقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر و در برابر مواردی که ضمان فاقد چنین خصایصی است، به کار برده‌اند (به عنوان نمونه، ر.ک: نجفی، ۱۳۹۴، صص ۱۲۵، ۱۴۲ و ۱۵۰ / نجفی، ۱۳۶۶، ص ۱۳۰ / یزدی، ۱۴۲۰، صص ۴۰۲ و ۴۳۱).

۲. «ضمان اعیان مضمونه» یعنی ضمانی که موضوع آن عین خارجی است (ر.ک: نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۴۰). منشأ تردید در این مسئله اینکه در ضمان مصطلح، آنچه به ذمه ضامن منتقل می‌شود، دین است که امری اعتباری و پایگاه و ظرف تحقق آن، عالم اعتبار است؛ بنابراین جابجایی آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر امکان‌پذیر است، در حالی که اینجا موضوع ضمان، عین خارجی است که ظرف وجود آن، عالم خارج است و انتقال و جابجایی آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر بی‌معناست.

۳. ضمان قراردادی به گونه ضمّ ذمه به ذمه. اشکال در این شیوه ضمان قراردادی ناشی از آن است که نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن صورت نمی‌گیرد، بلکه با اینکه دین در ذمه مضمون‌عنه باقی است، مضمون‌له می‌تواند آن را از ضامن نیز مطالبه کند.

۴. تضامن قراردادی یعنی ضمان چند شخص نسبت به یک مال به گونه ضمّ ذمه به ذمه. اگر ضمان به معنای انتقال دین باشد، ضمان چند شخص نسبت به تمام یک دین و به طور هم‌زمان امکان‌پذیر نیست؛ چون دین واحد نمی‌تواند هم‌زمان چند ذمه را اشغال کند. این مورد را می‌توان مصداقی از مورد پیشین دانست.

به نظر می‌رسد منشأ اشکال در این گونه موارد، اصرار بر این نکته است که ضمان همواره باید حکم وضعی داشته، باعث انتقال دین به ذمه ضامن باشد و مواردی که در آنها ضمان جنبه وضعی ندارد، نباید ضمان نامیده شود و مشمول احکام ضمان عقدی مصطلح قرار گیرد.

این مقاله درصدد نشان‌دادن نادرستی این مطلب است. چنان‌که در مباحث بعد خواهیم دید، موارد زیادی وجود دارد که در آنها تکلیف به انجام کاری مانند ردّ عین یا پرداخت مال بر عهده شخص گذاشته می‌شود. این تکلیف یا مسئولیت، نخست حکمی تکلیفی است که ممکن است در صورت انجام ندادن آن، به پیدایش یک حکم وضعی یعنی دین و اشتغال ذمه منتهی شود. بنابراین می‌توان به مفهومی از ضمان قراردادی قائل شد که در آن پیش از انعقاد قرارداد، حکم وضعی دین و اشتغال ذمه ضامن به آن وجود ندارد و در اثر قرارداد حکم تکلیفی به رد عین یا بدل یا پرداخت مالی بر عهده او بار می‌شود. چنین ضمانی در صورت واجد بودن سایر شرایط عمومی صحت عقود

و قراردادها، مشمول عمومات وفای به عقد است و در درستی آن نباید شک کرد؛ هرچند در ذیل عنوان «ضمان مصطلح» نگنجد. برخی فقها این‌گونه ضمان را «ضمان عرفی» (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، صص ۳۴۶ و ۳۴۹ / زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۷۵-۷۶) یا «ضمان غیرمصطلح» نامیده‌اند (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۵۸): «و من هنا يتعين أن يكون المراد من الضمان غير المصطلح و هو العرفي» و برخی، فصل خاصی را به آن اختصاص داده‌اند (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۷۴-۷۸).

در ادامه، به بررسی اجمالی مواردی می‌پردازیم که در دو نکته مشترک‌اند: اولاً، صحت ضمان مصطلح درباره آنها با اشکال مواجه است؛ ثانیاً، درباره همه آنها ضمان به عنوان حکم تکلیفی قابل پذیرش است.

## ۱. ضمان ما لم یجب

در اینجا لازم است نخست مفهوم ضمان ما لم یجب، سپس برخی از مصادیق مهم آن و سرانجام حکم آن به اجمال بررسی شود.

### ۱-۱. مفهوم ضمان ما لم یجب

یکی از شرایط مال مورد ضمان، ثبوت در ذمه است (حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۱۱ / حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۵). واژه «وجوب» در «ضمان ما لم یجب» به معنای ثبوت است و مقصود از این عبارت آن است که حقی که قرار است با عقد ضمان در ذمه ضامن قرار گیرد، هنگام عقد، در ذمه مضمون‌عنه تحقق نیافته است (مکی عاملی، ۱۴۱۶، ج ۹، ص ۳۸۰-۳۸۱ / بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۳۳ / حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۶ / حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۲۰).

برخی فقها «ضمان ما لم یجب» را اصطلاح عامی تلقی کرده‌اند که بسیاری از مواردی که در ذیل ضمان مصطلح نمی‌گنجد را دربرمی‌گیرد. توضیح اینکه مرحوم میرفتاح پس از شمارش اسباب متداول ضمان مانند ضمان ید و اتلاف (ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۸، صص ۴۱۵ و ۴۶۶)، سه سبب دیگر برای ضمان به شرح ذیل برمی‌شمارد: ۱. ضمان ناشی از خود شرع؛ ۲. ضمان ناشی از اسباب معاوضی مانند بیع،

صلح، اجاره و امثال آن، در صورتی که عوضین یا یکی از آنها در ذمه قرار داده شود؛ ۳. ضمان ناشی از عقد ضمان که خود سه قسم دارد: الف) ضمان عقدی مصطلح؛ ب) تعهد به مال به واسطه تعهد به نفس؛ مانند عقد کفالت که موضوع آن تعهد به بدن مکفول است؛ ولی اگر کفیل، مکفول را تسلیم نکرد، خود وی (کفیل) باید دین را بپردازد؛ ج) تعهد به امری غیر از این دو مورد که به آن «ضمان ما لم یجب» گفته می‌شود و چند صورت دارد:

صورت اول، شخصی بگوید «هر جنایت یا غضب یا اتلاف و امثال آن که فلان شخص انجام دهد، من ضامن آنم»، در حالی که مضمون‌عنه در هنگام ضمان هیچ‌یک از این کارها را انجام نداده باشد.

موارد دیگری را نیز می‌توان به این صورت ملحق ساخت: ۱. ضمان عهده در صورت انفساخ بیع؛ ۲. ضمان درک کارهایی که مشتری در مبیع انجام می‌دهد؛ مانند ساختن خانه یا کاشتن درخت، در صورتی که معلوم شود مبیع متعلق به دیگری است؛ ۳. ضمان عهده ارش در صورتی که مبیع معیوب از کار درآید؛ ۴. ضمان مال الجعاله، عوض در سبق و رمایه، دیه ارش جنایت پیش از استقرار آن در ذمه جانی، ضمان اجنبی نسبت به عوض خلع پیش از وقوع خلع و اشتغال ذمه زوجه به عوض خلع. صورت دوم، شخصی به دیگری دستور دهد مال خود را به شخص ثالثی بدهد یا اتلاف کند یا برای شخص ثالثی کاری انجام دهد و دستوردهنده، ضمان آن را به عهده بگیرد، بدون اینکه از این کارها نفعی به او برسد.

صورت سوم، مواردی که دستور به پرداخت یا اتلاف متضمن نفعی برای دستوردهنده است؛ مانند دستور به پرداخت دین یا نفقه زوجه یا تعمیر خانه با تصریح به اینکه «ضمان آن بر عهده من است».

صورت چهارم، دستور پرداخت یا اتلاف یا انجام عمل به دیگری در موارد پیش‌گفته بدون اینکه تصریح به ضمان کند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، صص ۶۸ و ۷۲).

## ۲-۱. حکم ضمان ما لم یجب

به نظر مرحوم مراغی، این نوع ضمان جایز نیست؛ یعنی ضامن به چیزی ملزم نمی‌شود

(همان). بسیاری از فقها نیز آن را صحیح ندانسته، حتی درباره عدم صحت آن نیز ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۳۵ / نیز، ر.ک: حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۱۱)؛ ولی این نظر مورد پذیرش برخی از فقهای متأخر و معاصر قرار نگرفته است. میرزای قمی می‌گوید:

اجماعی بودن بطلان «ما لم یجب»، در جایی است که نه اشتغال ذمه باشد و نه سبب آن حاصل شده باشد و نه ضرورتی بر آن داعی باشد و خصوص مثل «اللق متاعک فی البحر» و امثال آن به سبب اجماع و ضرورت ثابت باشد که آن نوع رابعی باشد از ضمان به معنای اعم ... پس حکم به اینکه «ضمان ما لم یجب» مطلقاً باطل است، یا ضمان آنچه در ذمه تعلق نگرفته، مطلقاً باطل است، یا عدم انتقال از ذمه مضمون‌عنه باطل است، صورتی ندارد؛ پس اگر خواهی فائل شو که ضمان به معنای اعم، بیش از سه قسمت است تا بعض امور مذکوره داخل آن باشد و خواهی بگو آن شرایط و لوازم، اغلبی هستند و در این موارد به اطلاق و عمومات، حکم ثابت است. یا آنکه [بگو] شرایط و لوازم از برای اصل ضمان به معنای اخص ثابت است و در این مواقع، تخصیص به دلیل است از اجماع یا ضرورت (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۸۴-۸۵).

سید یزدی نیز می‌گوید:

دلیلی از نص یا اجماع بر عدم صحت ضمان ما لم یجب در دست نیست، اگرچه عدم صحت در میان افواه شهرت یافته است، بلکه فقها در برخی موارد، حکم به صحت آن کرده، در برخی موارد نظرات مختلفی ابراز کرده‌اند که از این نکات معلوم می‌شود اجماعی در میان نیست (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۳۱).

به نظر ایشان، ضمان ما لم یجب به شرط تحقق سبب، صحیح است (همان، صص ۴۲۷، ۴۳۱، ۴۳۳ و ۴۳۴). مرحوم حکیم از این هم فراتر رفته، برای صحت آن تحقق سبب را نیز لازم ندانسته است. البته به نظر ایشان ضمان ما لم یجب، ضمان مصطلح نیست؛ ولی مشمول ادله عمومی صحت عقود است (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، صص ۳۵۲ و ۳۵۶).

### ۳-۱. برخی از مصادیق ضمان ما لم یجب

در بحث پیشین، به مصادیق ضمان ما لم یجب اشاره شد و در اینجا نخست به دو مصداق مهم آن که از قدیم‌الایام در فقه مورد بررسی تفصیلی قرار گرفته، اشاره می‌شود

و سپس به مورد نسبتاً جدید بیمه پرداخته می‌شود.

### ۱-۳-۱. دستور به اتلاف

در برخی موارد ممکن است شخصی به مالک دستور دهد مال خود را تلف کند و از این کار نفعی به دستوردهنده برسد. یکی از نمونه‌های این مسئله که در فقه مورد بررسی قرار گرفته، جایی است که کشتی در حال غرق شدن باشد و یکی از سرنشینان به مالک کالاها بگوید: «کالای خود را در دریا بینداز و ضمان آن بر من». این مسئله به «الْتَقَى مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلِيَّ ضَمَانُهُ» معروف است. برخی فقها گفته‌اند با اینکه این مسئله از مصادیق ضمان ما لم یجب است، درباره صحت آن، اجماع مستفیض نقل شده است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۴۷). ایشان برای توجیه این مورد، دو راه زیر را ارائه کرده‌اند: ۱. از مصادیق جعاله شمرده شود؛ ۲. ضمان ما لم یجب در صورتی ممنوع است که ضمان از شخص دیگری باشد؛ چون در این صورت، انتقال [دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر]، متوقف بر ثبوت آن است؛ ولی صرف ضمان در برابر مالک، به معنای تعهد به جبران مال وی به بدل، امری معقول است. البته چنین تعهدی وعده است و الزام شخص به این تعهد، نیازمند دلیل است، به خصوص که چنین عقدی متعارف نیست تا مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شود. اما درباره بحث «الْتَقَى مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ...»، چنین دلیلی وجود دارد و آن نقل اجماع مستفیض و حتی ادعای اتفاق اصحاب است. البته این مسئله باید به مورد آن یعنی ترس از غرق شدن اکتفا شود (همان).

### ۱-۳-۲. ضمان ما سیجِب

ضمان دینی که هنوز تحقق نیافته، بلکه در آینده تحقق خواهد یافت «ضمان ما سیجِب» نامیده می‌شود. مقصود از این نوع ضمان، ممکن است یکی از این سه گونه باشد: ۱. اشتغال ذمه ضامن، هنگام انعقاد قرارداد؛ این صورت صحیح نیست، چون هنوز دینی تحقق نیافته است؛ ۲. اشتغال ذمه ضامن به صورت معلق؛ در این صورت، تعلیق در انشا پیش می‌آید که مانع از صحت عقد است؛ ۳. ضمان به گونه واجب معلق؛ بدین شکل که ضمان فعلی باشد و مضمون در آینده تحقق یابد. در این نوع باید دانست ضامن تابع مضمون‌عنه است؛ پس چون دین یا حق در ذمه

مضمون‌عنه حتی به گونه واجب معلق، ثبوت و تحقق نیافته است، در ذمه ضامن نیز تحقق نمی‌یابد؛ بنابراین اگر مقصود اثبات ضمان به این گونه باشد، ضمان مصطلح نخواهد بود (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۴۶).

### ۳-۳-۱. بیمه

یکی از موارد مهم ضمان ما لم یجب، قرارداد بیمه است. در اینجا به طور مختصر به بررسی آن از دیدگاه فقهی می‌پردازیم. برخی فقها در تعریف قرارداد بیمه گفته‌اند: قراردادی است میان بیمه‌گر و بیمه‌گذار که طبق آن بیمه‌گر در مقابل پرداخت یا تعهد به پرداخت مبلغی به وسیله بیمه‌گذار، متعهد می‌شود که خسارت وارد به بیمه‌گذار را جبران کند (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۶۰۸ / سیستانی، [بی‌تا]، ص ۹۸)؛ بنابراین ماهیت قرارداد بیمه، تعهد به جبران خسارت یا به تعبیر دیگر، تعهد به پرداخت است.

درباره ماهیت بیمه از لحاظ فقهی، چند احتمال وجود دارد و بسیاری از فقهای معاصر،\* انعقاد قرارداد بیمه را به یک یا چند صورت ذیل ممکن دانسته‌اند:

۱. هبه معوضه: بدین معنا که بیمه‌گذار، مبلغی را به بیمه‌گر هبه می‌کند، به این شرط که اگر خسارتی به واهب (بیمه‌گذار) وارد شد، متهب (بیمه‌گر) آن را جبران کند (فیاض، [بی‌تا]، ص ۵۵).

۲. صلح معوض: بدین ترتیب که نماینده شرکت بیمه به بیمه‌گذار می‌گوید: «با تو مصالحه کردم که فلان مبلغ را به شرکت بیمه پردازی، در مقابل اینکه شرکت بیمه، فلان خسارت وارد به تو را جبران کند». البته ممکن است موجب، بیمه‌گذار باشد و قابل، نماینده شرکت بیمه (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۴۴۸).

۳. ضمان قراردادی: بدین معنا که بیمه‌گر تعهد به تحمل خسارت وارد به بیمه‌گذار را براساس شرایطی انشا می‌کند و با پذیرش بیمه‌گذار، عقد ضمان میان آن دو منعقد می‌شود (فیاض، [بی‌تا]، ص ۵۵).

\* جایز است آن را به هبه معوضه تنزیل کرد (خویی، ۱۴۱۰، ص ۴۲۱، مسئله ۲۸). قرارداد مستقلی است و می‌توان آن را به عنوان برخی عقود دیگر مانند صلح، منعقد کرد (سیستانی، [بی‌تا]، ص ۳۷۳، سؤال ۱۴۵۸). می‌توان آن را به هبه معوضه یا ضمان یا صلح تنزیل کرد و می‌توان گفت قرارداد مستقلی است (روحانی، ۱۴۲۰، ص ۳۹۶-۳۹۷). قرارداد مستقلی است و به سایر عقود باز نمی‌گردد؛ هرچند نتیجه آنها را داشته باشد (مقایسه کنید با: روحانی، ۱۴۱۴، ص ۷۲).



#### ۴. قرارداد مستقل: امام خمینی علیه السلام در این باره می‌فرماید:

ظاهراً قرارداد بیمه، قرارداد مستقلی است و در شکل رایج آن، صلح یا هبه معوضه نیست، بلکه احتمال می‌رود ضمان معوض باشد؛ ولی ظاهرتر این است که قرارداد مستقلی است و از باب ضمان عهده نیست، بلکه از باب تعهد به جبران خسارت است؛ هرچند می‌توان آن را به صورت صلح یا هبه معوضه یا ضمان معوض منعقد کرد و به هر یک از این صورت‌ها که منعقد شود، صحیح است (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۶۰۹).

بیمه‌های متعارف در همه یا غالب موارد، شرایط ضمان مصطلح را ندارند. در صورتی که بیمه در قالب هبه صورت گیرد، بدین گونه که بیمه‌گذار، مالی به بیمه‌گر هبه می‌کند به این شرط که بیمه‌گر انشای ضمان کند یا خسارت را در صورت وقوع، جبران کند، در این صورت ضمانی در کار نیست و فقط جبران خسارت وجود دارد.

نیز، اگر بیمه در قالب‌های دیگر محقق شود نیز با ضمان مصطلح، تفاوت‌های زیادی دارد؛ به عنوان مثال: ۱. مسئولیت بیمه‌گر در قبال خسارت‌های جسمی یا مالی که دارنده اتومبیل (بیمه‌گذار) به دیگران وارد می‌سازد و دینی که از این راه بر ذمه او مستقر خواهد شد، از مصادیق ضمان ما لم یجب است؛ زیرا تحقق ضرر و دین، اولاً، احتمالی؛ ثانیاً، به آینده مربوط است و ثالثاً، عقد میان ضامن و مضمون‌عنه منعقد می‌شود نه میان ضامن و مضمون‌له و در زمان عقد، مضمون‌له معین نیست؛ ۲. در بیمه بدنه اتومبیل، تعهد بیمه‌گر نسبت به جبران خسارت‌های وارد به اتومبیل، نوعی ضمان عهده است؛ ولی با موارد معمولی ضمان عهده متفاوت است؛ چون عقد میان ضامن و مضمون‌له منعقد می‌شود و در زمان عقد نیز مضمون‌عنه معین نیست، در حالی که در موارد معمولی ضمان عهده، مضمون‌عنه مشخص است. همچنین، نسبت به پرداخت بدل در صورت تلف عین، از مصادیق ضمان ما لم یجب است؛ بنابراین بیمه بدنه اتومبیل با موارد معمولی ضمان عهده و نیز ضمان ما لم یجب تفاوت دارد.

علاوه بر آن، از این جهت که شخص، ضامن مال خود نیست، به ضمان اعیان غیرمضمونه شباهت دارد که در آن متصرف مال غیر، ضامن آن نیست. البته این تشابه کامل نیست؛ چون در اینجا عین به خود بیمه‌گذار یعنی دارنده اتومبیل تعلق دارد، نه به دیگری. با این حال، برخی فقها انعقاد قرارداد بیمه به صورت ضمان

اعیان غیرمضمونه را ممکن دانسته‌اند؛ با این توضیح که اولاً، اگر مقصود از این نوع ضمان فقط اشتغال ذمه ضامن نسبت به آن باشد، می‌توان برای صحت آن به عموم ادله وفای به شرط و عهد و امثال آن تمسک کرد. در این صورت، اگر مال تلف شود، متصرف مال (امین) مسئولیتی ندارد؛ ولی ضامن به مقتضای انشای ضمان، ضامن خواهد بود؛ ثانیاً، بیمه‌های متعارف را نیز ممکن است از همین باب تلقی کرد، بدین گونه که مالک، مالی به بیمه‌گر می‌دهد تا ضامن شود یا انشای ضمان کند، ولی این نوع ضمان، ضمان مصطلح نیست؛ چون در آن مضمون‌عنه وجود ندارد، در حالی که در ضمان مصطلح، وجود مضمون‌عنه و اشتغال ذمه او نسبت به مال در هنگام عقد، ضرورت دارد (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۴۸-۳۴۹).

در مجموع، بیمه جزء یکی از این دو گونه تعهد است:

۱. بیمه‌گر به بیمه‌گذار می‌گوید: هر خسارتی به جان یا مال دیگران وارد کنی، من مسئول خواهم بود. در این صورت، به تعبیر عقد ضمان، قرارداد میان ضامن و مضمون‌عنه است و مضمون‌له مشخص نیست.
۲. بیمه‌گر به بیمه‌گذار می‌گوید: هر خسارتی به جان یا مال وارد شود یا دیگران به جان یا مال وارد سازند، من مسئول خواهم بود. در این صورت، به تعبیر عقد ضمان، قرارداد میان ضامن و مضمون‌له است و مضمون‌عنه وجود ندارد یا معین نیست. بر این اساس، در بیمه هنگام انعقاد قرارداد، مضمون‌له یا مضمون‌عنه حتی در واقع نیز معین نیستند، در حالی که در ضمان مصطلح، مضمون‌له و مضمون‌عنه اگر در ظاهر معین نباشند؛ باید دست‌کم در واقع معین باشند، حتی اگر برای ضامن معین نباشند (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۰۴).

به هر حال، قرارداد بیمه چه به عنوان قرارداد مستقلی پذیرفته شود و چه به عنوان ضمان قراردادی، از مصادیق تعهد به جبران خسارت و به تعبیر دیگر، تعهد به پرداخت مال است. آنچه در همه انواع قراردادهای بیمه قابل مشاهده است و می‌توان آن را عنصر عمومی و مشترک آنها به شمار آورد، همین تعهد به پرداخت است که حکمی تکلیفی است و مسبوق به دین و حکم وضعی نیست، در حالی که در ضمان مصطلح، وجود دین در ذمه مضمون‌عنه پیش از انعقاد قرارداد ضروری است.

## ۲. ضمان اعیان مضمونه

ضمان اعیان مضمونه بدین معناست که شخصی عین مالی را که در ضمان متصرف آن است، به نفع مالک عین ضمانت کند. برخی از مصادیق چنین ضمانی عبارت‌اند از: ضمان مال مورد غصب، ضمان مال مقبوض به عقد فاسد، ضمان مال مقبوض بالسوم، و ضمان عاریه‌ای که در آن شرط ضمان شده است.

در ضمان اعیان مضمونه، اگر ضامن متعهد به رد عین به مالک شود، از سه جهت با ضمان مصطلح متفاوت است: ۱. آنچه ضامن به عهده می‌گیرد مال نیست، بلکه رد مال است، حال آنکه در ضمان مصطلح، به ذمه گرفتن مال لازم است؛ ۲. پس از تحقق ضمان متعارف، ذمه مضمون‌عنه بریء می‌شود؛ ولی در ضمان اعیان مضمونه، مضمون‌عنه بریء نمی‌شود، بلکه او هم به دلیل تصرف مال غیر، مکلف به رد است؛ ۳. با توجه به نکته مذکور در ضمان اعیان مضمونه، ضمّ ذمه به ذمه صورت می‌گیرد، در حالی که در ضمان مصطلح، نقل ذمه صورت می‌گیرد. علاوه بر این، اگر مقصود از ضمان اعیان مضمون، ضمان بدل عین در صورت تلف باشد، حکم ضمان ما لم یجب را خواهد داشت.

در مورد حکم ضمان اعیان مضمونه چند نظر در فقه دیده می‌شود:

### ۲-۱. صحت ضمان

بسیاری از فقها ضمان اعیان مضمونه را صحیح دانسته‌اند (ر.ک: طوسی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۲۶ / حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۳ / قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۸۴-۸۵ / حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۵۷-۳۵۸)؛ ولی در این باره که مفاد ضمان چیست، چند نظر وجود دارد:

اول، پیدایش حق مطالبه عین از ضامن برای مضمون‌له: علامه حلی در تذکره می‌گوید: ضمان اعیان مضمونه به دو صورت ممکن است تحقق یابد: اول، ضمان رد عین؛ دوم، ضمان قیمت در صورت تلف. ایشان هر دو صورت را صحیح می‌دانند (حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۲۱-۳۲۳) و در جای دیگری از کتاب می‌گوید:

به نظر ما فقهای شیعه، ضمان مال موجب انتقال مال از ذمه مدیون به ذمه ضامن می‌شود؛ [اما] در مورد [ناقل بودن ضمان در] ضمان اعیان مضمونه و ضمان عهده، اشکال وجود

دارد. به نظر من مضمون‌له می‌تواند [عین را] از هریک از ضامن و مضمون‌عنه مطالبه کند: از ضامن به دلیل ضمان و از مضمون‌عنه به دلیل وجود یا تلف عین در دست وی. در ضمان عهده نیز مشتری می‌تواند [ثمن] از بایع یا ضامن مطالبه کند؛ زیرا مقصود از ضمان در این مورد صرفاً توثیق است (حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۳۶-۳۳۵).

بنابراین بازگشت این نظر به پذیرش نوعی تضامن نسبت به حق مطالبه عین یا بدل است. دوم، انتقال حکم تکلیفی وجوب رد عین از مضمون‌عنه به ضامن: محقق/اردبیلی در توجیه این سخن علامه که مشتری می‌تواند در صورت وجود عین در دست بایع، عین را از او نیز مطالبه کند، می‌گوید:

ممکن است گفته شود با وجود عین نیز ضمان ناقل وجوب رد است [و وجوب رد عین از مضمون‌عنه (بایع)، به ضامن منتقل می‌شود، اما] مضمون‌عنه هم مکلف به رد عین است و تکلیف وی به این دلیل است که عین به طور غضبی در دست اوست؛ بنابراین تکلیف وجوب رد بر بایع (مضمون‌عنه) به دلیل ناقل نبودن ضمان نیست، بلکه به دلیل وجود عین در دست اوست. خلاصه اینکه ... عموم ادله ضمان مانند «المسلمون عند شروطهم» شامل اعیان هم می‌شود و احتیاط نیز همین حکم را اقتضا می‌کند؛ بنابراین ناقل بودن ضمان در همه موارد بعید نیست و علامه حلی در کتب دیگرش (غیر از تذکره)، همین نظر را اختیار کرده است (اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۲۹۷-۲۹۸).

در توضیح این نظر می‌توان افزود: درباره دیون، خود دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود؛ ولی در اعیان چون عین در عالم خارج قرار دارد نه در ذمه مضمون‌عنه، انتقال خود آن از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن ممکن نیست؛ ولی 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 نیز مکلف به رد آن است؛ ولی این تکلیف همان تکلیف اول که به ضامن منتقل شده نیست، بلکه تکلیف دیگری است که منشأ آن «علی‌الید» و تسلط بر مال غیر است.

سوم، صحت ضمان، خواه مقصود از آن تعهد به رد عین یا مثل یا قیمت در صورت تلف باشد و خواه فقط تعهد به رد مثل یا قیمت در صورت تلف باشد. این نظر را سید یزدی انتخاب کرده و در تعلیل آن می‌گوید: چنین ضمانتی مشمول روایت «الزعیم غارم» (احسائی، ۱۴۰۳، ص ۲۲۳) و عمومات وفای به عقد مانند «أوفوا بالعقود»

(مأده: ۱) است. ممکن است اشکال شود که در صورت اول، ضمان نسبت به رد عین از قبیل ضمان اعیان مضمونه، یعنی تعهد به رد عین است؛ در حالی که ضمان، نقل از ذمه‌ای به ذمه دیگر است و علاوه بر آن، غاصب هم مکلف به رد عین است؛ بنابراین از قبیل ضمّ ذمه به ذمه است که مطابق با مذهب شیعه نیست و نسبت به رد مثل یا قیمت از قبیل ضمان ما لم یجب است. در صورت دوم نیز از قبیل ضمان ما لم یجب است. در پاسخ گفته‌اند: این اشکالات وارد نیست؛ زیرا این گونه ضمان‌ها مشمول عموماً است و نهایت اینکه از قبیل ضمان مصطلح نیستند. ضمان ما لم یجب در صورتی که پس از ثبوت مقتضی صورت گیرد اشکالی ندارد، علاوه بر آن، دلیلی از نص و اجماع بر بطلان ضمان ما لم یجب در دست نیست (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۲۹-۴۳۱).

## ۲-۲. بطلان ضمان

به نظر برخی فقها، ضمان اعیان مضمونه قابل پذیرش نیست. صاحب *حداائق* در رد نظر علامه *حلی* و *محقق اردبیلی* می‌گوید: تفسیر ضمان به مطالبه عین از هرکس 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.\*

اما نظریه صحت این گونه ضمان علاوه بر اینکه طرفداران زیادی دارد، از پشتوانه تحلیلی قوی‌تری برخوردار است و گذشته از آن، بر فرض که این گونه ضمان از مصادیق ضمان مصطلح نباشد، مشمول عموماً صحت عقد و عهد است.

## ۳. ضمان عهده

ضمان عهده بدین معناست که شخصی در برابر مشتری تعهد کند که اگر پس از بیع معلوم شود مبیع، متعلق به بایع نیست یا بیع به جهتی باطل بوده، ثمنی را که به بایع داده

\* برخی فقهای معاصر نیز ضمان اعیان مضمونه را جایز نمی‌دانند (بحرانی، ۱۳۶۳، ص ۳۷-۳۸ / نیز، ر.ک: حواشی مرحوم گلپایگانی، امام خمینی، شیرازی، نائینی و اصفهانی در: یزدی، ۱۴۲۰، ص ۴۲۹-۴۳۱).

است بر عهده ضامن باشد. ضمان عهده مصادیق متعددی دارد که مهم‌ترین آنها در ذیل «ضمان ما لم یجب» یا «ضمان اعیان مضمونه» می‌گنجد.

چنان‌که برخی فقها گفته‌اند (حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۲۹-۳۳۷ / قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۶۱-۶۲ / مکی عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۰۰-۲۰۱)، واژه عهده در «ضمان عهده» ممکن است به معنای تعهد، ضعف و سستی یا ثمن باشد. طبق معنای اول، ضامن متعهد می‌شود آنچه را در عهده بایع است، رد کند و براساس معنای دوم، ضامن متعهد می‌شود ضعف و سستی معامله را جبران کند.

برخی فقها اصطلاح «ضمان عهده» را مرادف «ضمان عین» و در برابر «ضمان مال» به کار برده‌اند. ضمان مال مفید، انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر است؛ ولی مقصود از «ضمان عهده»، تعهد و متدارک بودن مضمون‌علیه است؛ مانند ضمان غاصب در قبال عین مغضوبه و بلکه مطلق اعیان مضمونه در دست متصرف. تفاوت میان این دو گونه ضمان در این است که در اولی وجود مضمون‌عنه لازم است تا نقل مال از ذمه وی به ذمه ضامن تحقق یابد، ولی در نوع دوم، برای تحقق ضمان وجود ضامن و مضمون‌له کافی است؛ زیرا در این نوع ضمان، نقل و انتقالی صورت نمی‌گیرد (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۳۵-۳۳۶ / نیز، ر.ک: طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۸۰).

ضمان عهده به چند صورت ممکن است تحقق یابد (ر.ک: بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۴۲ به بعد). در اینجا به دو صورت از ضمان عهده ثمن به نفع مشتری که به بحث ما ارتباط دارد، پرداخته می‌شود:

۱. ثمن به بایع تسلیم شده باشد: برای صحت این صورت به عموم ادله وفای به عقد، عموم ادله ضمان، اجماع و نیز ضرورت تمسک شده است؛ زیرا در بسیاری موارد، بایع مورد اعتماد مشتری نیست یا ممکن است بایع پس از دریافت ثمن و پیش از تسلیم مبیع، فرار کند و دسترسی به او ممکن نباشد (اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۲۹۷ / نیز، ر.ک: قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۶۲-۶۳).

البته در صورتی که عین ثمن در دست بایع موجود باشد، چنین ضمانتی از باب ضمان اعیان مضمونه خواهد بود و حکم آن به مسئله ضمان اعیان مضمونه بستگی خواهد داشت و اگر کسی ضمان اعیان مضمونه را قبول نداشته باشد، در اینجا

نمی‌تواند به صحت قائل شود، مگر آنکه به اطلاق اجماع و وجود ضرورت تمسک کند؛ ولی اگر ثمن تلف شده باشد، ضمان حتی بنا به عقیده کسانی که ضمان اعیان مضمونه را قبول ندارند، صحیح است (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۶۳).

۲. ثمن به بایع تسلیم نشده باشد: در این صورت، اگر ثمن دینی در ذمه مشتری باشد و به بایع تسلیم نشده باشد، ضمان آن با اشکالی مواجه نیست؛ چون ثمن در این صورت دینی همانند سایر دیون است و ضمان آن صحیح است. البته این نوع ضمان، ضمان ثمن است، نه عهده ثمن (ر.ک: قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۶۳)؛ ولی اگر ثمن عین معین بوده، به بایع تسلیم نشده باشد، چنین ضمانی از قبیل «ضمان ما لم یجب» خواهد بود و حکم آن به مسئله «ضمان ما لم یجب» وابسته است. از این رو، برخی فقها صحت ضمان را مقید به تسلیم ثمن کرده‌اند (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۳۲۳) و حتی برخی تصریح کرده‌اند در صورت عدم تسلیم ثمن، ضمان صحیح نیست (حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۳۱). در مقابل، برخی مانند میرزای قمی و کرکی آن را صحیح دانسته‌اند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۶۳ / کرکی، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۳۲۲).

درباره حکم ضمان عهده، نظرات گوناگونی دیده می‌شود. محقق اردبیلی می‌گوید:

ضمان اعیان به معنای جواز مطالبه عین از هرکسی که عین در دست اوست، بُعدی ندارد، 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 مضمون‌عنه 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، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۲۹۷).

میرزای قمی می‌گوید:

باید در حین ضمان، حقی در ذمه مضمون‌عنه ثابت باشد؛ هرچند آن حق، استحقاق مطالبه و وجوب رد عین باشد؛ چنان‌که در مسئله ضمان اعیان مضمونه، بنا بر قول به آن ... و در صورتی که به هیچ نحو حقی در ذمه او نباشد، ضمان صحیح نیست (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۶۴).

در مقابل، به نظر برخی فقها درباره اعیان مضمونه پیش از تلف، ناقل بودن

ضمان به گونه‌ای که ذمه مضمون‌عنه، بریء و ذمه ضامن به آن مشغول شود، صحیح نیست؛ چون دلیلی بر صحت این نوع ضمان در دست نیست (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۴۶-۳۴۷).

به نظر می‌رسد عهده به معنای حکم تکلیفی به وجوب حفظ و رد عین است؛ ولی اگر متعهد عین را رد نکرد و در دست او تلف شد، مکلف به پرداخت بدل می‌شود؛ به عبارت دیگر، حکم تکلیفی به رد عین، به حکم وضعی دین تبدیل می‌شود و متعهد از باب مدیون‌بودن مکلف به پرداخت بدل می‌شود؛ پس ضمان عین به معنای حکم تنجیزی به حفظ و تسلیم عین و حکم تعلیقی یا تقدیری به وجوب پرداخت بدل است.

#### ۴. ضمان قراردادی به گونه ضمّ ذمه به ذمه

ضمان در فقه شیعه باعث نقل ذمه به ذمه است و ضمان به گونه ضمّ ذمه به ذمه هر چند در باب ضمان قهری پذیرفته شده است، ایجاد آن به صورت قراردادی و در قالب ضمان عقدی مصطلح پذیرفته نیست؛ ولی در این باره نیز می‌توان با پذیرش ضمان عرفی که ثمره آن پیدایش حکم تکلیفی به پرداخت بر عهده ضامن باشد، به این مقصود دست یافت. در این صورت فقط یک دین در ذمه مدیون اصلی (مضمون‌عنه) وجود دارد و علاوه بر وی، شخص دیگری (ضامن) نیز به پرداخت دین مکلف خواهد بود.

پرسش و پاسخ ذیل درباره ضمان‌های متعارف هنگام گرفتن وام، قابل توجه است: پرسش: سفته‌هایی که در بازار و بنگاه‌ها معمول است، از ضامن می‌گیرند و به محض امضا، ضامن محسوب می‌شود، پس از آن بانک یا صندوق قرض‌الحسنه وام می‌دهد و در صورت عدم پرداخت، از صاحب سفته می‌گیرند، آیا صورت شرعی دارد؟ و یا از قبیل ضمان ما لم یجب است؟

پاسخ: در صورت تعارف و معهودیت در بازار، صورت شرعی دارد و از باب ضمان خارج است، بلکه تعهد مستقلی محسوب می‌شود (اراک، ۱۴۱۵، ص ۵۵۳).

یکی از ثمرات چنین ضمانی این است که اگر ضمان ضمّ ذمه به ذمه باشد، در صورتی که پس از تحقق ضمان، مضمون‌له (دائن) به مضمون‌عنه (مدیون اصلی) بدهکار شود، ذمه ضامن بریء می‌شود.



## ۵. تضامن قراردادی

نخست باید تذکر داد که در برخی موارد ضمان قهری مانند ضمان اعیان مضمونه، تضامن نسبت به دین واحد مورد پذیرش قرار گرفته است: در صورتی که چند شخص مال دیگری را به ترتیب تصرف کنند، همه آنها مکلفاند که عین مال و در صورت تلف، بدل آن را به مالک بدهند. پیش از تلف عین، نه تنها متصرف فعلی بلکه تمام متصرفان پیشین نیز به رد عین مکلفاند. پس از تلف عین هم مالک می تواند بدل آن را نه تنها از کسی که مال در دست او تلف شده، بلکه از همه کسانی که مال وی را در تصرف داشته اند، مطالبه کند. در این صورت مصداقی از وحدت دین و تعدد ضامن تحقق یافته است.

پس از ذکر این مقدمه باید گفت در صورتی که دو نفر همزمان در قالب ایجاب عقد ضمان، دین یک نفر را به عهده بگیرند و مضمون له نیز همزمان به هر دو رضایت دهد، درباره حکم چنین ضمانی چند نظر دیده می شود:

۴۵

حقوق اسلامی / ضمان به مثابه حکم تکلیفی

اول، بطلان هر دو عقد: چون انتقال یک مال به ذمه دو شخص در آن واحد، محال است. این نظر را علامه حلی (حلی، ۱۴۱۵، ص ۴۶۶-۴۶۷ / کرکی، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۳۴۲) اختیار کرده، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۵۲) آن را تقویت کرده است.

دوم، صحت هر دو عقد و تقسیم دین بر هر دو ضامن: این نظر ابن جنید است (ر.ک: ابن علامه، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۸۹).

سوم، صحت هر دو عقد و مخیر بودن مضمون له در رجوع به هر یک از دو ضامن: این نظر را صاحب وسیله (طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۸۱) اختیار کرده است و صاحب جواهر گفته است فقها در باب دیات و در مسئله «القی متاعک [فی البحر] و علی کل واحد منّا ضمانه؛ مالت را [در دریا] بینداز و هر یک از ما ضامن آنیم»، به طور جزم همین نظر را انتخاب کرده اند (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۵۲). علامه حلی نیز در درس خود در محال بودن نظریه بطلان، تردید کرده، گفته است که چنین ضمانی در امور عبادی (مانند واجبات کفایی) و امور مالی (مانند تعاقب ایادی در بحث غصب) وجود دارد (ر.ک: ابن علامه، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۸۹). به عقیده صاحب عروه، نظر اخیر به دلیل عموم ادله و عدم وجود مانع و... اقوی است و حقیقت این است که ضمان به قصد ضمّ ذمه به ذمه - همان گونه

که در مذهب اهل سنت رایج می‌باشد - صحیح است؛ زیرا [ادله صحت عقود مانند] «أوفوا بالعقود» عام است [و این نوع ضمان را شامل می‌شود]، هرچند در زمره ضمان مصطلح نیست؛ بنابراین ناقل بودن ضمان در نزد شیعه، منافاتی با صحت قسمی دیگر ندارد؛ در صورتی که مشمول عمومات مانند «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» باشد (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۸۴).

## ۶. بررسی و مقایسه ضمان مصطلح با ضمان غیر مصطلح

پس از بیان مصادیقی که در آنها ضمان مصطلح مورد اشکال قرار گرفته است، اکنون به بررسی و مقایسه ضمان مصطلح با ضمان غیر مصطلح یا عرفی می‌پردازیم. این دو گونه ضمان از جهت ماهیت، عناصر، موضوع، اثر و اعتبار، قابل مقایسه‌اند.

### ۱-۶. ماهیت ضمان

چنان‌که مکرر گفته شد، ضمان در فقه شیعه به معنای به عهده‌گرفتن دین دیگری است. در نتیجه این تعهد (به عهده‌گرفتن)، دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود؛ بنابراین باید پیش از تحقق ضمان، دینی در ذمه مدیون (مضمون‌عنه) وجود داشته باشد تا ضامن آن را به ذمه خود منتقل کند.

اما گاه پیش از انعقاد ضمان، دینی در ذمه مضمون‌عنه وجود ندارد تا به ذمه ضامن منتقل شود؛ زیرا: ۱. موضوع ضمان عین است نه دین؛ ۲. موضوع ضمان اگرچه دین است؛ ولی دین هنوز در ذمه مضمون‌عنه استقرار نیافته است؛ ۳. نه تنها دین، بلکه حتی مضمون‌عنه یا مضمون‌لهی در کار نیست و فقط دو طرف برای عقد وجود دارد.

در این موارد هنگام انعقاد ضمان، دینی وجود ندارد؛ پس مقصود از ضمان، انتقال دین به ذمه ضامن نیست، بلکه ایجاد دین یا تکلیف در ذمه اوست؛ یعنی عقد ضمان بر حسب مورد باعث به وجود آمدن دین فعلی یا حکم تکلیفی به پرداخت دین در صورت تحقق آن در آینده است.

## ۲-۶. عناصر ضمان

در ضمان مصطلح، سه شخص وجود دارد: ضامن، مضمون‌له و مضمون‌عنه و عقد میان دو طرف یعنی ضامن و مضمون‌له (دائن) منعقد می‌شود و مضمون‌عنه (مدیون) نه تنها طرف عقد نیست، بلکه حتی رضای او نیز شرط نیست؛ ولی ضمان عرفی یا غیر مصطلح از لحاظ اطراف عقد، صورت‌های گوناگونی دارد:

الف) گاه سه طرف برای عقد وجود دارد؛ مانند ضمان عهده ثمن که در آن، شخص ثالث، ضامن، بایع، مضمون‌عنه و مشتری، مضمون‌له است.

ب) گاه فقط دو طرف وجود دارد و طرف سوم یا اصلاً در کار نیست یا در زمان عقد معلوم نیست؛ بنابراین چند صورت دیگر دیده می‌شود:

۱. طرفین عقد عبارت‌اند از ضامن و مضمون‌له و مضمون‌عنه در کار نیست؛ مانند جایی که شخص به مالک دستور می‌دهد مال خود را برای سبک‌شدن کشتی به دریا بیندازد.

۲. طرفین عقد عبارت‌اند از: ضامن و مضمون‌له و مضمون‌عنه در زمان عقد، معلوم نیست؛ مانند جایی که ضامن به مضمون‌له بگوید هر خسارتی دیگران به تو وارد سازند، من پرداخت می‌کنم.

۳. طرفین عقد عبارت‌اند از: ضامن و مضمون‌عنه و مضمون‌له در زمان عقد، معلوم نیست؛ مانند جایی که ضامن به مضمون‌عنه بگوید هر خسارتی به دیگران وارد سازی، پرداخت می‌کنم.

۴. جایی که عقد میان ضامن و مضمون‌عنه منعقد شود و مضمون‌له اصلاً در کار نباشد، درست نیست؛ چون دین و تعهد نیازمند دو طرف است و بدون دائن و متعهدله، متصور نیست.

بر این اساس، برای تحقق ضمان عرفی، وجود مضمون‌له ضرورت دارد؛ خواه عقد با او منعقد شود یا نشود و خواه در زمان عقد، معلوم باشد یا نباشد؛ ولی وجود مضمون‌عنه ضرورت ندارد و در مواردی که مضمون‌عنه وجود دارد، معلوم یا طرف عقد بودن وی لازم نیست.

### ۳-۶. موضوع ضمان

به طور کلی مورد ضمان ممکن است دین یا تکلیف باشد و هریک از آن دو ممکن است در زمان انعقاد ضمان، محقق باشد یا قرار باشد در آینده محقق شود؛ بنابراین چهار صورت قابل تصور است: ۱. وجود دین فعلی در ذمه مدیون؛ ۲. وجود تکلیف فعلی بر عهده متعهد؛ ۳. دینی که در آینده بر ذمه ضامن یا متعهد استقرار خواهد یافت؛ مانند نفقه زوجه یا دین ناشی از اتلاف یا تسبیب. در این صورت، ممکن است سبب آن ایجاد شده یا نشده باشد؛ ۴. تکلیفی که در آینده بر عهده ضامن یا متعهد استقرار خواهد یافت؛ مانند تحویل ثمن یا مبیع معین یا پرداخت مال الجعالة. در این صورت نیز ممکن است سبب آن ایجاد شده یا نشده باشد.

قدر متیقن از ضمان عقدی مصطلح فقط صورت اول است و سه صورت دیگر، به یک یا چند دلیل نمی‌توانند مورد ضمان مصطلح قرار گیرند: (صورت دوم) به این دلیل که موضوع ضمان، تکلیف است نه دین؛ (صورت سوم) به این دلیل که موضوع ضمان، اگرچه دین است، ولی هنوز تحقق نیافته است و (صورت چهارم) به این دلیل که موضوع ضمان اولاً، تکلیف است و ثانیاً، هنوز تحقق نیافته است.

اما تحقق این سه صورت در قالب ضمان عرفی امکان‌پذیر است؛ بنابراین موضوع ضمان عرفی یکی از این موارد است: ۱. تعهد به پرداخت دینی که در آینده به طور قطع مستقر خواهد شد؛ ۲. تعهد به رد عین؛ ۳. تعهد به پرداخت بدل؛ ۴. تعهد به جبران خسارت احتمالی؛ ۵. تعهد به پرداخت مال؛ ۶. حکم تکلیفی به پرداخت؛ مانند ضمان مال الجعالة؛ ۷. تعهد به انجام کار به نیابت از دیگری؛ مانند آنکه شخصی ضامن اجیری شود که عمل در ذمه اوست؛ با این توضیح که به تصریح برخی فقها، دین مورد ضمان ممکن است عمل باشد (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۳۹۴): «... و هوالتعهد بالمال عیناً أو منفعةً أو عملاً».

برخلاف ضمان مصطلح، موضوع ضمان عرفی از قبل ثبوت و تحقق نیافته است، بلکه با خود ضمان ثابت می‌شود (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۴۶).

## ۴-۶. اثر ضمان

اثر ضمان مصطلح، انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن و در نتیجه، برائت ذمه مضمون‌عنه است؛ ولی درباره اثر ضمان غیر مصطلح، نخست باید میان دو مورد تفاوت قائل شد:

الف) در صورتی که عقد میان ضامن و مضمون‌له باشد و مضمون‌عنه در کار نباشد، اثر ضمان فقط پیدایش دین یا حکم تکلیفی به انجام کار حقوقی یا مادی است.  
ب) در صورتی که مضمون‌عنه در کار باشد (خواه طرف قرارداد با ضامن باشد یا نباشد)، باید دید اثر ضمان، انتقال دین است یا تضامن.

به نظر می‌رسد نتیجه این‌گونه ضمان به قصد طرفین وابسته است و طرفین می‌توانند هریک از انتقال یا تضامن را قصد کنند. در برخی موارد، مقصود طرفین روشن است؛ مثلاً در قرارداد قید شود مضمون‌له حق مطالبه دین از هریک از ضامن و مضمون‌له را داشته باشد؛ ولی در صورتی که مقصود طرفین معین نباشد، اثر ضمان بر حسب موضوع آن متفاوت است:

۱. موضوع ضمان، عین موجود در دست مضمون‌عنه است. چنان‌که پیش‌تر آمد، فقهای که به صحت این نوع ضمان قائل بودند، درباره اثر آن، سه نظر ارائه کرده‌اند که می‌توان آنها را به دو نظر بازگرداند: اول، پیدایش حق مطالبه عین از ضامن برای مضمون‌له، علاوه بر حق مطالبه آن از مضمون‌عنه (حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۳۳۵-۳۳۶)؛ به عبارت دیگر، پذیرش نوعی تضامن نسبت به حق مطالبه عین؛ دوم، انتقال حکم تکلیفی وجوب رد عین از مضمون‌عنه به ضامن. البته در صورتی که عین در دست مضمون‌عنه باشد، وی نیز به دلیل تصرف مال غیر، مکلف به رد عین است (اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۲۹۷-۲۹۸). تفاوت این دو نظر در این است که پس از تحقق ضمان، بنا بر نظر اول، تکلیف مضمون‌عنه به رد عین از میان نمی‌رود، بلکه تکلیف دیگری شبیه به آن بر عهده ضامن بار می‌شود، در حالی که بنا بر نظر دوم، تکلیف مضمون‌عنه از میان می‌رود.

در صورتی که عین در دست مضمون‌عنه باشد، نتیجه این دو نظر تفاوت چندانی ندارد؛ چون بنا بر هر دو نظر، ضامن مکلف به رد عین است؛ ولی در صورتی که عین

در دست مضمون‌عنه نباشد، نتیجه آنها متفاوت است. طبق نظر اول، مضمون‌عنه نیز مکلف به رد عین است، ولی بنا بر نظر دوم، وی چنین تکلیفی ندارد.

۲. در صورتی که موضوع ضمان عین موجود در دست مضمون‌عنه نباشد، بلکه ضمان راجع به پرداخت بدل عین یا پرداخت دین یا انجام کار باشد، ممکن است گفته شود اثر ضمان انتقال حکم تکلیفی (به پرداخت بدل عین یا پرداخت دین یا انجام کار) از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است. البته انتقال به معنای حقیقی صدق نمی‌کند؛ چون در زمان انعقاد ضمان هنوز دین یا تکلیفی در ذمه یا عهده مضمون‌عنه وجود ندارد؛ پس انتقال بدین معناست که هرگاه دین یا تکلیف در آینده به وجود آمد، در عهده یا ذمه ضامن به وجود می‌آید؛ به عنوان نمونه، در عقد جعاله تا پیش از انجام عمل، ذمه جاعل مشغول به دین نمی‌شود، پس ضمان مال‌الجعاله پیش از انجام عمل فقط باعث پیدایش حکم تکلیفی وجوب پرداخت بر ضامن است. به گفته یکی از فقها، اثر این‌گونه ضمان و امثال آن، انتقال تعهد از ذمه جاعل به ذمه ضامن نیست، بلکه از میان‌رفتن تعهد جاعل و پیدایش تعهد برای ضامن است (ر.ک: حاشیه نائینی در: یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۰۲، پاورقی ۲ / همان، ص ۴۲۹، پاورقی ۳).

به نظر می‌رسد این نظریه قابل پذیرش نیست؛ زیرا مقصود از ضمان به طور معمول این است که تضمین و وثیقه جدیدی به نفع مضمون‌له ایجاد شود و لازمه این امر از میان‌رفتن تعهد مضمون‌عنه نیست؛ بنابراین مفاد ضمان در این موارد ایجاد یک حکم تکلیفی جدید بر عهده ضامن علاوه بر حکم تکلیفی موجود بر عهده مضمون‌عنه است. در نتیجه، در موارد شک در مقصود طرفین، اصل بر تضامنی بودن ضمان است.

## ۵-۶. اعتبار ضمان

در اعتبار «ضمان مصطلح» تردیدی نیست؛ ولی اعتبار ضمانی که اثر آن نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر نباشد، جای صحبت است. منشأ اشکال در صحت ضمان غیرمصطلح این نیست که چنین ضمانی نامعقول یا مخالف شرع است، بلکه منشأ دیگری دارد که بر حسب موارد، متفاوت است:

۱. درباره ضمان اعیان مضمونه، با توجه به اینکه مورد آن عین است، نه دین یا هنوز

ذمه مضمون‌عنه و استحقاق مضمون‌له منجز نشده است، ضمان نمی‌تواند ناقل دین و باعث براءة مضمون‌عنه باشد؛ ولی چنین ضمانی ممکن است به عنوان یک حکم تکلیفی و به یکی از این دو صورت تحقق یابد: الف) حکم تکلیفی به رد عین یا پرداخت بدل؛ بدین معنا که ضامن متعهد شود در صورت وجود عین، خود آن را رد کند و در صورت تلف عین، بدل آن یعنی مثل یا قیمت را بپردازد؛ ب) حکم تکلیفی به پرداخت بدل؛ بدین معنا که ضامن ممکن است فقط متعهد شود که در صورت تلف عین، بدل آن یعنی مثل یا قیمت را بپردازد (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۲۹-۴۳۰).

۲. درباره ضمان ما لم یجب و ضمان شخص در برابر مسئولیت‌های قهری، منشأ اشکال این است که هنگام ضمان، تحقق دین و حتی سبب ضمان به وسیله مضمون‌عنه منجز نیست. در این موارد، ضمان فقط به معنای تعهد ضامن به پرداخت دین در آینده به عنوان یک حکم تکلیفی است.

۵۱

حقوق اسلامی / ضمان به مثابه حکم تکلیفی

همان‌گونه که برخی فقها گفته‌اند، تعهد به پرداخت دینی که هنوز بر ذمه مضمون‌عنه استقرار نیافته، امکان‌پذیر است. این‌گونه تعهدات، نوعی از انواع عقد و مشمول عموماً صحت عقود است؛ ولی ضمان مصطلح نیست و احکام آن را ندارد، از جمله اینکه به محض انعقاد آن، دین از ذمه مضمون‌عنه ساقط نمی‌شود و به ذمه ضامن انتقال نمی‌یابد (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۲۶۵). به تصریح برخی فقها، ضمان در این‌گونه موارد به معنای تعهد و مسئولیت است و این نوع ضمان، امری متعارف میان عقلا و مشمول عموماً و اطلاعات و وجوب وفای به عقد است (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۱۵-۱۱۶).

برخی فقها این‌گونه تعهدات را «ضمان عرفی» نامیده، گفته‌اند: برخلاف ضمان مصطلح که در آن دین پیش از عقد در ذمه مضمون‌عنه به سببی از اسباب ثابت شده است، این نوع ضمان، خود منشأ ثبوت و پیدایش دین [و به تعبیر بهتر، تکلیف به وجوب پرداخت] بر عهده ضامن می‌شود. علاوه بر آن، در این نوع ضمان، مضمون‌له به معنایی که در ضمان مصطلح مورد نظر است، وجود ندارد؛ زیرا سببی که باعث تملیک دین به وی گردد، تحقق نیافته است (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۴۶).

ضمان عرفی اگر میان دو نفر (ضامن و مضمون‌له یا ضامن و مضمون‌عنه) باشد و شخص سومی (مضمون‌عنه در حالت اول و مضمون‌له در حالت دوم) در کار نباشد،

تعهد به انجام کار مادی یا حقوقی مانند پرداخت مال است و اگر شخص سومی (مضمون‌عنه یا مضمون‌له) در کار باشد، نیابت در انجام کار مادی یا حقوقی است. چنین تعهداتی حتی اگر مسبوق به وجود حکم وضعی دین نباشد، در صورتی که در قالب شرط ضمن عقد یا عقود مانند صلح و جعاله یا قراردادی بی‌نام و معوض تحقق یابد، الزام‌آور است؛ هرچند ضمان مصطلح نامیده نمی‌شود.

### نتیجه

درباره برخی مصادیق ضمان مانند ضمان ما لم یجب و ضمان اعیان مضمونه که تحقق ضمان متعارف و مصطلح در فقه شیعه با اشکال مواجه است، ممکن است با تفسیری موسع از معیارهای ضمان مصطلح، این موارد را نیز به ضمان مصطلح بازگرداند؛ ولی حتی اگر این کار ممکن نباشد، پذیرش صحت این موارد به عنوان قراردادی مستقل که اثر آن پیدایش تعهد به پرداخت است و مشمول عمومات وفای به عقد است، قابل تردید نیست.

وجود «ضمان مصطلح» در فقه شیعه که باعث پیدایش حکم وضعی و نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است، با جواز و صحت نوعی دیگر از ضمان که اثر آن پیدایش حکم تکلیفی است، منافاتی ندارد. این نوع ضمان ممکن است در قالب شرط ضمن عقد صورت گیرد یا در قالب عقدی به نام ضمان و یا در قالب قراردادی بی‌نام. اثر این نوع ضمان ممکن است انتقال حکم تکلیفی از مضمون‌عنه به ضامن باشد یا پیدایش حکم تکلیفی دیگری بر عهده ضامن و در نتیجه، برای گونه‌ای از تضامن مفید باشد. برخی فقهای معاصر این نوع ضمان را ضمان غیر مصطلح یا عرفی نامیده‌اند. ضمان در این گونه موارد به معنای تعهد و مسئولیت است و چنین ضمانی میان عقلاً متعارف است و عمومات و اطلاقات وجوب وفای به عقد آن را شامل می‌شود.

در اغلب این گونه تعهدات و ضمان‌های عرفی، سه شخص وجود دارد؛ شخص ثالث ممکن است در زمان انعقاد معین باشد یا در زمان اجرا معین شود. این نکته‌ای است که باعث تشابه آنها با ضمان مصطلح می‌شود و به ظاهر آنها را از تعهدات متعارف (که اغلب فقط دارای دو طرف یعنی متعهد و متعهدله‌اند) دور می‌سازد.



## منابع

۱. ابن علامه (فخرالمحققین)، محمدبن حسن؛ ایضاح الفوائد؛ ج ۲، چ ۱، قم: مطبعة العلمية، ۱۳۸۸ق.
۲. احسائی، ابن ابی جمهور؛ عوالی اللثالی؛ چ ۱، قم: سیدالشهداء علیه السلام، ۱۴۰۳ق.
۳. اراکی، محمدعلی؛ توضیح المسائل؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۴. اردبیلی، مولی احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ ج ۹، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق.
۵. انصاری، مرتضی؛ المکاسب؛ ج ۳، چ ۲، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق.
۶. بحرالعلوم، سیدمحمد؛ بلغة الفقیه؛ ج ۲، چ ۴، تهران: انتشارات مكتبة الصادق علیه السلام، ۱۳۶۲.
۷. بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضرة؛ ج ۲۱، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
۸. حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۹. حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۱۰. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف؛ تحریر الاحکام؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۱۱. —؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۵ق.
۱۲. —؛ مختلف الشیعة؛ ج ۵، چ ۱، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۵ق.
۱۳. حلّی (محقق)، نجم الدین جعفر؛ شرایع الاسلام؛ تصحیح سیدصادق شیرازی؛

- ج ۲، چ ۲، تهران: استقلال، ۱۴۰۹ق.
۱۴. حلّی، ابن‌ادریس؛ السرائر؛ ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۱۵. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۱ و ۲، چ ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰ق.
۱۶. خوبی، سیدابوالقاسم؛ کتاب المساقاة، ج ۱، چ ۱، قم: مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۹ق.
۱۷. —؛ منهاج الصالحین؛ ج ۱، چ ۲۸، قم: انتشارات مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
۱۸. روحانی، سیدمحمدصادق؛ المسائل المستحدثة؛ ج ۴، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۴ق.
۱۹. —؛ المسائل المنتخبة؛ ج ۲، قم: سپهر، ۱۴۲۰ق.
۲۰. زین‌الدین، محمدامین؛ کلمة التقوی؛ ج ۴ و ۶، چ ۲، قم: نشر اسماعیلیان، ۱۴۱۳ق.
۲۱. سیستانی، سیدعلی؛ استفتانات؛ [بی‌جا]، [بی‌تا].
۲۲. —؛ فقه الحضارة؛ بیروت: دارالمورخ العربی، [بی‌تا].
۲۳. طوسی (ابن‌حمزه)، محمدبن‌علی؛ الوسیلة الی نیل الفضیلة؛ ج ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمدبن‌حسن؛ المبسوط؛ تصحیح و تعلیق سیدمحمدتقی کشفی؛ ج ۲، تهران: المكتبة المرتضویة، [بی‌تا].
۲۵. فیاض، محمداسحاق؛ احکام البنوک والاسهم والسندات والاسواق المالیة (البورصة)؛ ج ۱، قم: امیر، [بی‌تا].
۲۶. قمی، میرزاابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ۳، چ ۱، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
۲۷. کرکی (محقق ثانی)، علی‌بن‌حسین؛ جامع المقاصد؛ ج ۵، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البتیة علیه‌السلام للاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
۲۸. مکی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین‌بن‌علی؛ مسالک الافهام؛ ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۲۹. —؛ مسالک الافهام؛ ج ۹، چ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۰. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ تحقیق و تعلیق علی آخوندی؛ ج ۲۶،

- چ ۶، تهران: دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۹۴ق.
۳۱. —؛ جواهر الکلام؛ تحقیق و تعلیق محمود قوچانی؛ ج ۳۱، چ ۲، تهران:  
دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۶.
۳۲. یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
۳۳. —؛ العروة الوثقی؛ ج ۵، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۰ق.

