

# راه کارهای توسعه قلمرو عقد ضمان در فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۲/۱۶

تاریخ تأیید: ۱۳۹۸/۱۰/۸

اسماعیل نعمت‌اللهی\*

## چکیده

عقد ضمان مصطلح در فقه امامیه از قلمرو مضیق برخوردار است و این قلمرو محدود مشکلات عدیده‌ای را به وجود آورده و موجب محرومیت از برخی فوائد این نهاد شده است. البته عرف عادی و تجاری همواره از الزامات فقه تبعیت نکرده و گهگاه راهی متفاوت پیموده است. نظریه فقهی نیز توانسته تحولات و نیازهای عرفی را نادیده بگیرد و در برخی موارد تسلیم این نیازها گردیده است. در این نوشته تلاش می‌شود که ابتدا عوامل متعددی که موجب تضییق قلمرو عقد ضمان گردیده شمارش شود و سپس راه کارهایی که در فقه در جهت توسعه قلمرو آن و همگامی با نیازهای عرفی مطرح گردیده یا قابل طرح است مورد بررسی قرار گیرد. بسیاری از این راه کارها می‌تواند به تنهایی موضوع تحقیق مستقلی قرار گیرد؛ از این رو در این نوشته صرفاً تا حدی که به موضوع بحث مرتبط است به این راه کارها پرداخته می‌شود.

واژگان کلیدی: عقد ضمان، دین، تعهد، ضمان تکلیفی، تضامن.

۲۷۳

حقوق اسلامی / سال هفدهم / شماره ۶۵ / تابستان ۱۳۹۹

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم (esmail\_nematollahi@Yahoo.com).

## مقدمه

واژه ضمان در ادبیات فقهی و حقوقی ما کاربرد گسترده و معانی متعددی دارد. در یک تقسیم‌بندی کلی، ضمان را می‌توان به لحاظ منبع آن به ضمان قهری و قراردادی تقسیم کرد. ضمان قهری تعهدات و مسئولیت‌هایی است که در نتیجه یک واقعه حقوقی به وجود می‌آید مانند ضمان ناشی از غضب و اتلاف. ضمان قراردادی نیز به نوبه خود معنای گسترده‌ای دارد که می‌توان آن را به اعتبار چگونگی ارتباط با قرارداد به سه دسته تقسیم کرد: ۱. ضمان معاوضی، یعنی تعهد طرفین عقد معاوضی به تسلیم مورد معامله به طرف دیگر، ۲. ضمان ناشی از نقض تعهدات و تکالیف قراردادی، که به موجب آن طرف ناقض ملزم به جبران خسارت است و ۳. ضمان عقدی یعنی تعهد شخص به پرداخت دین دیگری یا احضار مدیون. ضمان در معنای اخیر شامل سه عقد ضمان، عقد حواله و عقد کفالت است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۱-۲۲۲). مقصود ما در این مقاله، عقد ضمان در معنای اخیر است.

فقه‌های امامیه در مورد عقد ضمان رویکرد خاصی را اتخاذ کرده‌اند که موجب مضیق شدن قلمرو آن گردیده است: قائل شدن به نظریه نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن و رد تضامن قراردادی (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۱۳). این رویکرد همراه با مجموعه‌ای از عوامل دیگر موجب کاهش کارآمدی و سودمندی این نهاد برای عرف تجاری و مدنی ما گردیده است. فقه‌های امامیه این نکته را دریافته و برخی از شرائط و احکام عقد ضمان را تعدیل کرده‌اند. در فقه و حقوق معاصر شمار این تعدیلات و نیز عمق و گستره آنها افزایش یافته و انحراف از قواعد اولیه زاویه‌ای بیشتری یافته است. فتوا به جواز برخی از مصادیق مورد اختلاف، به ضرورت و نیاز مستند شده است؛ هرچند استناد به ضرورت نتوانسته است برخی از فقه‌های معاصر را برای پذیرش ضمان در مواردی مانند ضمان از مال الجعالة قانع کند.<sup>۱</sup>

مسئله اصلی این پژوهش این است که آیا می‌توان از بین نظریات فقه‌های امامیه،

۱. «و عن المختلف الإستدلال علی صحة الضمان بمسبب الحاجة إلیه، فجاز ضمانه، ... و هو کما تری، فإن ذلک لا یصلح لتشریح ما لم یشرع» (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۴۲).

راهکارهایی برای توسعه عقد ضمان جست‌وجو کرد؟ بررسی نظریات مذکور حاکی از پاسخ مثبت به این سؤال و وجود مجموعه‌ای از راهکارها در قالبی جدید است که می‌توان، به تعبیر برخی از فقها، نام «ضمان عرفی» یا «ضمان غیرمصطلح» را بر آن نهاد. مطالب این مقاله در کتب فقهی و حقوقی مربوط به عقد ضمان به صورت پراکنده مورد توجه حقوقدانان و فقها قرار گرفته است و ممکن است نوشته‌های مستقلی نیز در زمینه برخی از مصادیق آن یافت شود (ر.ک: محمدی و یحیی‌پور، ۱۳۸۹، ص ۹۳-۱۰۸ / دیلمی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸-۸۹)، اما آنچه که این نوشته را سایر آثار متمایز می‌سازد، رویکرد این مقاله به مباحث مطروحه به عنوان راهکارهایی برای توسعه عقد ضمان در فقه امامیه است. رویکرد مزبور موجب انسجام مطالب متفرقه‌ای است که در این مقاله گردآوری شده است. مطالب ارزنده برخی از اساتید حقوق در مباحث عقد ضمان (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۸۳) در الهام بخشیدن به نگارنده در انتخاب موضوع و اقتباس کلی برخی از مصادیق مؤثر بوده است. باین حال در خصوص موضوع این نوشته تحقیق مستقلی ملاحظه نمی‌شود.

در ادامه، عوامل تضییق قلمرو ضمان و سپس عوامل توسعه قلمرو آن بررسی می‌گردد.

## ۱. عوامل تضییق قلمرو عقد ضمان

عوامل مؤثر در تضییق قلمرو ضمان را می‌توان در چند مورد خلاصه کرد.

### ۱-۱. ماهیت ضمان و رد مفهوم تضامن

عقد ضمان در فقه اهل سنت (جزیری، ۱۴۱۹، ص ۲۶۵-۲۶۹) و نظام‌های حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۷) موجب ایجاد تضامن بین ضامن و مضمون‌عنه است و در نتیجه، مضمون‌له برای دریافت دین خود از پشتوانه دو ذمه برخوردار است. طبق نظریه مرسوم در فقه امامیه (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۱۳) و نیز قانون مدنی کشورمان (ماده ۶۹۸)، عقد ضمان موجب انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه مضمون‌عنه و براثت مدیون است. این وضعیت برای مضمون‌عنه کاملاً سودمند به نظر می‌رسد اما ممکن

است برای ضامن و مضمون‌له خطرات مالی در پی داشته باشد: ضامن باید به‌تنهایی از عهده پرداخت دین برآید و مضمون‌له فقط باید به دارایی و خوش‌حسابی وی اعتماد کند، اما در شرایط کنونی و خصوصاً در زمینه‌های تجاری، از یک‌سو، کمتر شخصی حاضر می‌شود که در قالب یک ضامن تبرعی و غیرمعوّض، دین دیگری را به ذمه خود منتقل کند و از سوی دیگر، طلبکار نیز به سادگی راضی نمی‌شود که طلب خود را به ذمه شخصی غیر از مدیون اصلی منتقل کند و خود را از پشتوانه مالی مدیون اصلی محروم کند. این در حالی است که با پذیرش مفهوم تضامن هر دو اشکال همزمان مرتفع گردیده یا از شدت آنها کاسته می‌شود. در نتیجه، هم ضامن و هم مضمون‌له تمایل بیش‌تری برای انعقاد ضمان تضامنی خواهند داشت.

## ۲-۱. موضوع عقد ضمان و مفهوم دین

موضوع عقد ضمان، انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است، و دین مالی کلی تلقی می‌شود که در ذمه مدیون قرار دارد.<sup>۱</sup> باتوجه به این نکته، برخی موارد نمی‌توانند موضوع ضمان ناقل دین قرار گیرند:

### ۱-۲-۱. دین آینده

در برخی موارد ممکن است دین در آینده محقق شود اما در زمانی که نیاز به انعقاد قرارداد ضمان احساس می‌شود دینی در ذمه مضمون‌عنه تحقق نیافته باشد (ر.ک: بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ص ۳۳۷). دین آینده یکی از موارد «ضمان ما لم یجب» است. برخی از فقها برای این نوع ضمان قلمرو بسیار گسترده‌ای در نظر گرفته‌اند که شامل چند صورت کلی است از جمله: ضمان از جنایت یا غضب یا اتلاف و امثال آن قبل از ارتکاب این اعمال و دستور به اتلاف مال یا انجام کار با تصریح به ضمان یا بدون آن (مراغی، ۱۴۱۷،

۱. «الدین مال مجهول‌العین، لیس بقائم، و لا مشار إليه» (عمانی، ۱۴۱۳، ص ۳۷۸)، «الدین مال کلی ثابت فی ذمه شخص لآخر بسبب من الأسباب» (خمینی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۶۴۷) و «الفقه الغربی ... یری‌الدین عبارة عن الإلتزام - و هو خیط بین الدائن والمدین - لا مالاً موجوداً فی ذمه المدین و... الفقه الإسلامی ... یری أن‌الدین مال موجود فی ذمه المدین يتصور النقل والإنتقال فيه علی حدّ تصوّرهما فی المال الخارجی» (حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۶۸).

ص ۶۸-۷۲). بسیاری از فقها «ضمان ما لم یجب» را صحیح ندانسته‌اند و حتی در مورد عدم صحت برخی از مصادیق آن ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۳۵/ نیز ر.ک: حلی، ۱۴۲۵، ص ۳۱۱).

## ۲-۱. تعهدات و احکام تکلیفی

جوهر دین، «مال» بودن آن در ذمه مدیون است و تعهد یا تکلیف مدیون به پرداخت دین از آثار آن است. از لحاظ فقهی تکلیف و تعهد نمی‌توانند موضوع ضمان ناقل دین واقع شوند. این در حالی است که امروزه روابط مالی افراد در بسیاری موارد مصداق تعهد است نه دین؛ و بنابراین ضمان مصطلح نسبت به آن امکان‌پذیر نیست؛ برای مثال کارفرما برای اطمینان از حسن انجام کار توسط پیمان‌کار و نیز جبران خسارت‌هایی که وی ممکن است به تجهیزات و مصالح کارفرما وارد کند، از پیمان‌کار ضامن طلب می‌کند. در این موارد هنوز دین به معنای دقیق به وجود نیامده و تحقق آن احتمالی است؛ آنچه که هست تعهد مستخدم و پیمان‌کار به انجام کار به صورت مطلوب و نیز تعهد به جبران خسارت احتمالی است. پس ضمان ناقل دین از دو جهت با مشکل مواجه است: احتمالی بودن تحقق دین در آینده، که از این جهت مصداقی از «ضمان ما لم یجب» است، و دین نبودن موضوع ضمان. برای امکان تحقق ضمان ناقل دین باید صبر کرد تا خسارتی وارد و دینی ایجاد گردد.

از مصادیق سنتی این نوع ضمان می‌توان به ضمان از اعیان مضمونه مانند عین مغصوبه یا مقبوض به عقد فاسد (یزدی ۱۴۱۹، ص ۴۳۵) یا ضمان از اعیان غیرمضمونه مانند عین مورد عاریه یا اجاره (همان، ص ۴۳۷) اشاره کرد. موضوع ضمان در این گونه موارد عین خارجی است و انتقال آن به ذمه مضمون‌عنه بی‌معنا است؛ بنابراین ضامن یا باید تعهد به ردّ عین کند، که چنین تعهدی با توجه به اینکه خود متصرف (مانند غاصب) نیز مکلف به ردّ عین است، به جمع دو تکلیف در عهده متصرف و ضامن منجر می‌شود و بازگشت این امر به تضامن است که با نظریه مصطلح در فقه امامیه سازگار نیست یا اینکه ضامن باید تعهد به جبران خسارت مالک در صورت تلف یا نقصان مال کند، که در این صورت، «ضمان ما لم یجب» و نیز ضمان تعلیقی است

(نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۴۰-۱۴۱).

## ۲. عوامل توسعه قلمرو عقد ضمان

برای توسعه قلمرو عقد ضمان راه کارهای متعددی در فقه امامیه یافت می شود. در ادامه به این راه کارها پرداخته می شود و در موارد مقتضی به انعکاس این راه کارها در قانون مدنی، به عنوان مهم ترین قانون مبتنی بر فقه امامیه، اشاره می شود.

### ۲-۱. توسعه مفهوم ضمان

توسعه مفهوم ضمان از راه پذیرش سه مفهوم متفاوت از ضمان میسر است: ضمان تضامنی، ضمان تکلیفی و ضمان به معنای تعهد به پرداخت. این سه مفهوم با یکدیگر متفاوتند و از لحاظ مصداق نیز هریک قلمرو اختصاصی خود را دارد، هرچند که مصدق آنها ممکن است هم پوشانی هایی با یکدیگر داشته باشند. هم پوشانی مصدق، صورت های متعددی دارد که به چند نمونه آنها اشاره می شود:

هم پوشانی ضمان تضامنی با دو نوع دیگر: ضمان تضامنی ممکن است در مورد تکالیف صورت گیرد یا در مورد تعهد به پرداخت. در مقابل، ضمان تکلیفی و تعهد به رد مال مغضوب ممکن است به صورت ناقل برقرار شوند نه به صورت تضامنی.

هم پوشانی ضمان تکلیفی با تعهد به پرداخت: در صورتی که مضمون عهده مکلف به پرداخت مالی باشد، ضمانت از وی هم ضمان تکلیفی است و هم تعهد به پرداخت. در مقابل، ضمان از رد مال مغضوب، چه به این صورت که خود ضامن متعهد به رد مال شود و چه به این صورت که ضامن، متعهد به الزام غاصب به رد مال شود، ضمان تکلیفی است اما تعهد به پرداخت مال نیست. در تعهد به پرداخت، ضامن باید مالی از اموال خود را تأدیه نماید، در حالی که در ضمان از رد مال مغضوب، تعهد ضامن رد مال متعلق به مضمون له است. همچنین چنان که خواهیم دید، مفهومی که شهید صدر از تعهد به پرداخت ارائه کرده، هم با تضامن متفاوت است و هم با ضمان ناقل.

در ادامه، پذیرش هریک از ضمان تضامنی، ضمان تکلیفی و ضمان به معنای تعهد به پرداخت به صورت جداگانه بررسی می شوند.

## ۱-۱-۲. ضمان تضامنی

ضم ذمه ضامن به ذمه مدیون به دو صورت عرضی و طولی قابل تصور است: گاه تعهد ضامن وثیقه دین قرار می‌گیرد و تعبیری، تعهد وی در طول تعهد مضمون‌عنه است. در این صورت، مضمون‌له باید برای وصول طلب خود ابتدا به مضمون‌عنه رجوع کند و اگر موفق به دریافت طلب نگردد، به ضامن مراجع می‌کند و گاه تعهد ضامن و مضمون‌عنه در عرض یکدیگرند و طلبکار می‌تواند همزمان برای وصول تمام یا بخشی از طلب خود به هریک از آن دو مراجعه کند. صورت اول را ضمان وثیقه‌ای و صورت دوم را ضمان تضامنی نامیده‌اند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۴۰). ضمان تضامنی در صورت تعدد ضامنان به سه صورت قابل تصور است: اول: تضامن بین هریک از ضامنان و مضمون‌عنه باشد، اما بین ضامنان با یکدیگر رابطه‌ای نباشد. دوم: تضامن بین ضامنان بدون اینکه مضمون‌عنه تعهدی به پرداخت دین داشته باشد. به این معنا که ضمان به صورت ناقل دین منعقد شود نه به صورت ضم ذمه به ذمه. سوم: تضامن بین ضامنان و مضمون‌عنه و نیز بین ضامنان با یکدیگر. به طور معمول هنگامی که در ادبیات حقوقی ما از ضمان تضامنی صحبت می‌شود، نوع اخیر مقصود است (همان، ص ۳۷۵-۳۷۶). تضامن در حقوق تجارت ما<sup>۱</sup> پذیرفته است (همان، صص ۳۳۵ و ۳۴۴)، اما در حقوق مدنی خلاف اصل است و نیاز به تصریح دارد (همان، صص ۳۴۵ و ۳۷۶).

از مزایای تضامن این است که طلبکار می‌تواند از پشتوانه مالی دو یا چند شخص به صورت طولی یا عرضی برای دریافت طلب خود بهره‌مند شود. با اینکه تضامن در فقه امامیه به عنوان یکی از آثار ضمان قهری در بحث تعدد غاصبین پذیرفته شده،<sup>۲</sup>

۱. ماده ۴۰۲ قانون تجارت: ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو<sup>۱</sup> به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت نامه) این ترتیب مقرر شده باشد. ماده ۴۰۳ ق. ت.: در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکاری می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتماً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.

۲. «و تعاقب الأیدی العادیة علی العین یوجب تضمین کل واحد منهم، و قرار الضمان علی من تلفت فی یدیه، فیرجع غیره علیه لو رجع» (عاملی، ۱۴۱۷، ص ۱۰۸).

تضامن قراردادی مورد انکار اکثر فقهای امامیه قرار گرفته است. در واقع می‌توان گفت مقصود فقهای (ر.ک: حواشی مراجع در: یزدی، ۱۴۱۹، ص ۴۱۱) که تضامن قراردادی را انکار یا تضعیف کرده‌اند، انکار تضامن به‌عنوان اثر عقد ضمان مصطلح است اما پذیرش ضمان تضامنی به‌عنوان قراردادی مستقل و به اراده طرفین با مشکلی مواجه نیست؛ از این رو به‌نظر امام خمینی، ضم ذمه به ذمه بر حسب قواعد صحیح است هرچند به ضمان مورد نظر در فقه امامیه باز نمی‌گردد.<sup>۱</sup> همچنین سیدیزدی تصریح می‌کند که اگر طرفین تصریح به ضمان تضامنی کنند می‌توان حکم به صحت چنین ضمانی کرد (همان). محقق اردبیلی نیز تصریح می‌کند که دلیلی وجود ندارد که ضمان باید در همه موارد ناقل باشد.<sup>۲</sup>

یکی از مصادیق ضمان عرضی جایی است که دو نفر به‌طور همزمان و با ایجاب عقد ضمان، دین یک نفر را به‌عهده بگیرند، و مضمون‌له نیز همزمان به هر دو رضایت دهد. به‌نظر برخی از فقها هر دو عقد صحیح است و مضمون‌له مخیر است همزمان به هر یک از دو ضامن مراجعه کند (طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۸۱). علامه حلی در مُحال‌بودن نظریه بطلان این نوع ضمان تردید کرده و گفته است که چنین ضمانی در امور عبادی (مانند واجبات کفایی) و امور مالی (مانند تعاقب ایادی در بحث غصب) وجود دارد (ر.ک: حلی، ۱۳۸۸، ص ۸۹). محقق یزدی نیز این نظر را به دلیل عموم ادله و عدم وجود مانع تقویت می‌کند و می‌گوید: حقیقت این است که ضمان به قصد ضم ذمه به ذمه، به شیوه رایج در مذهب اهل سنت، صحیح است زیرا «اوفوا بالعقود» عام است [و این نوع ضمان را شامل می‌شود]، هرچند در زمره ضمان مصطلح نمی‌باشد؛ بنابراین ناقل‌بودن ضمان در نزد شیعه منافاتی با صحت قسمی دیگر، در صورتی که مشمول عموماً مانند «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» باشد، ندارد (یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۸۴/ یزدی، ۱۴۱۹، ص ۴۲۷). برخی از فقهای امامیه در باب دیات و در مسئله «اللق متاعک و علی کل واحد منّا ضمانه» (مالت را [در دریا] ببنداز و ضمان آن بر عهده هر یک از ماست)،

۱. «... فإنه من قبیل ضم الذمة إلى الذمة، و یصح بحسب القواعد و إن لم یرجع إلى الضمان علی المذهب الحق» (خمینی، [بی‌تا]، ص ۶۱۲).

۲. «... لا دلیل علی کون الضمان مطلقاً ناقلاً» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۲۹۷-۲۹۸).



به‌طور قاطع همین نظر یعنی جواز مطالبه همزمان از هر دو ضامن را که در واقع نوعی تضامن است، انتخاب کرده‌اند (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۹، ص ۴۶۹/ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۵۲).

## ۲-۱-۲. ضمان تکلیفی

نمونه سنتی ضمان از حکم تکلیفی را می‌توان در ضمان از اعیان مضمونه ملاحظه کرد. چنان‌که می‌دانیم، متصرف عین مضمونه مکلف به رد آن به مالک عین است. به‌نظر طرفداران صحت این نوع ضمان، شخص دیگری می‌تواند در برابر مالک از تکلیف متصرف به رد عین مال ضمانت کند؛ بنابراین چنین ضمانی ضمان از حکم تکلیفی است. از سخنان طرفداران صحت استفاده می‌شود که ضمان از احکام تکلیفی به دو صورت قابل تصور است: ضمان تکلیفی به صورت ضمّ و ضمان تکلیفی به صورت نقل. در صورت اول، تکلیف بر عهده مضمون‌عنه (مکلف سابق) باقی است و در کنار وی ضامن نیز تکلیف مشابهی به عهده می‌گیرد. علامه حلی در این باره می‌گوید: «... در [ناقل بودن ضمان در مورد] ضمان اعیان مضمونه ... اشکال وجود دارد. به‌نظر 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» (حلی، ۱۴۲۵، ص ۳۳۵-۳۳۶).

در صورت دوم، تکلیف از عهده مکلف سابق ساقط می‌شود و به عهده ضامن و مکلف جدید منتقل می‌گردد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۲۹۷-۲۹۸).

به‌عنوان نمونه دیگر برای محل بحث می‌توان به تسلیم مبیع معین مثال زد که از تکالیف بایع است. ضمان مصطلح از چنین تکلیفی امکان‌پذیر نیست چراکه فروش عین معین بر خلاف فروش مبیع کلی، موجب اشتغال ذمه فروشنده نمی‌شود و فقط وی را مکلف به تسلیم عین می‌سازد.<sup>۱</sup> در صورتی که خریدار بخواهد تضمین شخصی در مورد تسلیم مبیع معین را دریافت کند، ضمان تکلیفی به دو صورت امکان‌پذیر است: اول اینکه تکلیف فروشنده به تسلیم عین ساقط شود و ضامن به‌تنهایی مکلف به تسلیم آن

۱. «فی المعاملات الواقعة علی أشخاص الأموال الخارجة لا يشتغل ذمته بشيء، ... و إنما يجب علیه أدائه إلی صاحبه الجدید تکلیفاً» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۹).

گردد. دوم اینکه علاوه بر فروشنده، ضامن نیز مکلف به تسلیم عین شود. البته در برخی از موارد که مقصود از ضمان تکلیفی نقل تکلیف به عهده ضامن است، مضمون‌عنه ممکن است از باب دیگری مشابه همان تکلیفی را که با ضمان از عهده وی ساقط گردیده، به عهده داشته باشد و نوعی تضامن ایجاد گردد. به عنوان نمونه، غاصب از لحاظ تکلیفی باید عین مغضوبه را به مالک رد کند. حال اگر شخصی از تکلیف وی در قالب ضمان ناقل تکلیف ضمانت کند، تکلیف رد مال به ضامن منتقل می‌شود اما تکلیف منتقل شده تکلیفی است که غاصب از باب غصب بر عهده داشته است. این تکلیف بنا به فرض از عهده غاصب به عهده ضامن منتقل شد و وی از باب غصب تکلیفی به تسلیم عین ندارد، اما اگر غاصب همچنان متصرف مال مورد غصب باشد، از باب تصرف مال غیر، مکلف به رد مال به مالک است و این تکلیف حتی پس از ضمان ناقل تکلیف نیز بر عهده وی باقی است.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۲. ضمان به مثابه تعهد به پرداخت

یکی از تفاسیر عقد ضمان در کلام فقها، تفسیر آن به تعهد به پرداخت است.<sup>۲</sup> با این مفهوم بسیاری از موارد و مصادیق اختلافی ضمان مصطلح می‌تواند مورد ضمانت قرار گیرد. نمونه‌های متعددی از این تفسیر در کلام فقها یافت می‌شود که با توجه به اهمیت این مطلب، به برخی از آنها اشاره می‌شود:

– مرحوم آیت‌الله خوئی در مورد معنای واژه ضمان در روایت معروفی که در آن حضرت رسول ﷺ از خواندن نماز میت بر مدیون خودداری کرد تا اینکه حضرت امیر □ از وی ضمانت نمود می‌فرماید: ضمان مذکور در این روایت ربطی به ضمان ناقل دین ندارد بلکه به معنای تعهد به پرداخت است. استعمال واژه ضمان در این معنا امر

۱. «يمكن إن يقال: مع وجود العين أيضا ناقل لوجوب الرد و ان كلف المضمون عنه، لأن تكليفه بإعتبار وجود العين عنده و تحت يده غضباً» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۲۹۸) و «... و هذا المعنى منتقل من ذمته إلى ذمة الضامن المستلزم لبراءة المضمون عنه إلا ان تجدد الدخول في عهده إنما هو لتجدد السبب بعد الضمان لفرض بقاء العين» (بحر العلوم، ۱۳۶۳، ص ۳۳۸).

۲. «... الضمان بالمعنى الثالث هو تعهد بالأداء» (صدر، ۱۴۰۱، ص ۲۳۲).

متعارفی است.<sup>۱</sup> ایشان در جای دیگر نیز می‌گویند: مقصود از ضمان در برخی موارد مانند شرط ضمان در مورد مال عاریه یا ضمان غاصب، تعهد و مسئولیت ضامن در باره آن مال است نه ضمان مصطلح. مقصود از ضمان این است که ضامن بدون اینکه ذمه‌اش به مال مشغول شود، عین مال را رد کند و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را بدهد (خویی، ۱۴۱۸، ص ۴۰۳). همچنین ضمان ثالث از زوج در مورد مهریه به معنای تعهد به پرداخت است<sup>۲</sup> و این نوع ضمان، امری متعارف بین عقلا، و مشمول عمومات و اطلاعات و جوب وفای به عقد است (همان، ص ۴۰۴).

- برخی از فقها برای ضمان سه معنا در نظر گرفته‌اند که یکی از آنها تعهد و التزام شخص به پرداخت مالی است که برای شخصی دیگر ثابت شده است (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۱۲).

- آیت‌الله سیستانی تصریح کرده است که ضمان به دو صورت واقع می‌شود: به صورت نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، و به صورت تعهد ضامن در برابر مضمون‌له به پرداخت مال. نتیجه این نوع ضمان صرفاً وجوب تکلیفی پرداخت مال است نه اشتغال ذمه ضامن به مال؛ و از این رو اگر ضامن فوت کند، مالی از ترکه وی برای پرداخت دین برداشت نمی‌شود (سیستانی، [بی‌تا]، ص ۳۵۱).

- تعهد به پرداخت در کلام شهید صدر به صورتی متفاوت تفسیر شده است و توجه ویژه‌ای را می‌طلبد. وی در برابر ضمان ناقل دین و ضمان موجب ضم ذمه به ذمه، معنای سومی برای ضمان در نظر گرفته است. بر اساس این نوع ضمان، شخص دیگری غیر از مدیون مسئولیت پرداخت دین را به عهده می‌گیرد و برای مثال به دائن می‌گوید: «من تعهد می‌کنم که طلب به تو پرداخت شود». ضمان در اینجا، ضمان خود دین به صورت نقل دین یا ضم ذمه به ذمه نیست بلکه ضمان «پرداخت» دین است؛ از این رو دین در ذمه مدیون اصلی باقی است و لذا نقل دین صورت نمی‌گیرد؛ ضم ذمه هم صورت نمی‌گیرد چراکه در ضم ذمه، مدیون و ضامن هر دو در برابر دائن مسئول

۱. «فیکشف ذلك على أن الضمان هنا إنما هو بمعنى التعهد بالأداء ... و استعماله في هذا المعنى كثير و متعارف» (خویی، ۱۴۱۸، ص ۳۹۲).

۲. «... الظاهر أن المراد من الضمان التعهد بالأداء، لا الضمان الإصطلاحی» (سیستانی، [بی‌تا]، ص ۲۹۵).

پرداخت دین هستند و موضوع مسئولیت هر دوی آنها شیء واحد یعنی خود مبلغ مورد دین است؛ لذا دائن به هریک از آن دو که بخواهد می‌تواند رجوع کند، اما در ضمان به معنای سوم، هرچند هر دوی مدیون و ضامن مسئولیت دارند اما موضوع مسئولیت آن دو متفاوت است: مدیون مسئول خود دین است و ذمه وی مشغول به دین است اما ضامن مسئول پرداخت شدن دین و به تعبیر دیگر، مسئول خروج مدیون از عهده مسئولیت و تفریغ ذمه اوست؛ از این رو دائن نمی‌تواند ابتدا به ضامن رجوع، و طلب خود را از وی مطالبه کند چون ضامن مسئولیت مستقیم نسبت به دین ندارد بلکه تنها می‌تواند در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین، به ضامن مراجعه کند، چراکه با امتناع مدیون معلوم می‌شود که موضوع تعهد ضامن یعنی پرداخت دین توسط مدیون تحقق نیافته است. و از آنجاکه عمل «پرداخت» فی نفسه دارای ارزش مالی است و بنا به فرض، با امتناع مدیون، تلف شده است، از این به بعد ذمه ضامن نسبت به ارزش عمل «پرداخت» مشغول می‌شود، و ارزش عمل «پرداخت»، همان ارزش دین موضوع آن است.

بنابراین ضمان در معنای سوم، تعهد به پرداخت است نه تعهد به خود مبلغ مورد دین، و تعهد ضامن در عرض تعهد و مسئولیت مدیون قرار ندارد. در صورتی که مدیون دین را پرداخت نکند، تعهد ضامن به ضمان وی نسبت به ارزش مورد تعهد یعنی عمل «پرداخت» منجر می‌شود و از آنجاکه ارزش مالی عمل پرداخت صرفاً به لحاظ ارزش مالی مبلغ دین است، هنگامی که طلبکار قیمت عمل «پرداخت» را از ضامن دریافت کند، در واقع قیمت دین را دریافت کرده و در نتیجه، دین ساقط می‌شود. صحت معنای سوم ضمان علاوه بر حکم عقلا، از عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» استفاده می‌شود (صدر، ۱۴۰۱، ص ۲۳۰-۲۳۲).

سخن شهید صدر را می‌توان به نهاد حقوقی تعهد به فعل ثالث بازگرداند، چراکه ضامن در واقع، «عمل پرداخت» را که موضوع تعهد ضامن است، تعهد و ضمانت می‌کند، اما با توجه به نظریه شهید صدر، می‌توان موضوع ضمان و تعهد ضامن را تعهد به نتیجه فعل ثالث یعنی نتیجه عمل پرداخت که «پرداخت شدن دین» است در نظر گرفت. تفاوت این دو نظریه به تفاوت تعهد به فعل و تعهد به نتیجه شباهت دارد.

در صورت اول با توجه به اینکه موضوع عمل تأدیه، دارای ارزش مالی است، خود عمل تأدیه نیز ارزش مالی پیدا می‌کند. این صورت مانند کفالت است که موضوع آن تعهد به فعل یعنی عمل احضار مکفول است. مسئولیت قانونی کفیل به ادای دین در صورت عدم تأدیه مدیون (مکفول) (ر.ک: ماده ۷۴۰ ق.م.ا)، ضمانت اجرای تعهد کفیل است نه انجام تعهد مکفول.

باید متذکر شد که برخی از فقها ضمان به معنای پرداخت را عقدی مستقل و برخی آن را ضمان عرفی تلقی کرده‌اند. از جمله،

- به نظر مرحوم حکیم، تعهد به پرداخت دینی که هنوز بر ذمه مضمون‌عنه استقرار نیافته، نوعی از انواع عقد و مشمول عمومات صحت عقود است اما ضمان مصطلح نیست و احکام آن را ندارد، از جمله این که، به محض انعقاد آن، دین از ذمه مضمون‌عنه ساقط نمی‌شود و به ذمه ضامن انتقال نمی‌یابد (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۲۶۵/ نیز ر.ک: همان، صص ۳۴۶ و ۳۴۹).

- به نظر مرحوم زین الدین نیز در مورد نفقه آینده زوجه، ضمان مصطلح قابل تحقق نیست چراکه هنوز دینی در ذمه زوج تحقق نیافته است، اما پس از تحقق مقتضی ثبوت نفقه، یعنی رابطه زوجیت، تعهد و التزام به آن توسط شخصی دیگر صحیح است و بر ضامن و متعهد واجب می‌شود که در آینده و هنگام نیاز زوجه، نفقه وی را پرداخت کند (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ص ۷۵). ایشان این نوع تعهد را ضمان عرفی نامیده و باب مستقلی برای آن گشوده و مصادیق بسیاری را برای آن شمارش کرده است، از جمله: تعهد به پرداخت جُعل قبل از انجام عمل توسط عامل، تعهد به پرداخت جایزه در عقد سبق و رمایه قبل از برنده شدن، و ضمان از اعیان مضمونه و غیرمضمونه قبل از تحقق سبب ضمان (همان، صص ۷۶-۷۷).

## ۲-۲. توسعه موضوع ضمان؛ ضمان از حقوق مالی

توسعه موضوع ضمان به دو طریق قابل تحقق است: توسعه مفهوم دین و پذیرش ضمان از تکالیف. مورد دوم در بحث سابق ذیل ضمان تکلیفی توضیح داده شد. مورد اول نیز تاجایی که به بحث از رد اعیان مضمونه و غیرمضمونه مربوط می‌شود، به ضمان

تکلیفی باز می‌گردد. باین‌حال اشاره دیگری به بحث از توسعه مفهوم دین مناسب به‌نظر می‌رسد. ابتدا باید تذکر داد که معنای اخص واژه دین همان معنای مشهور آن یعنی مال ثابت در ذمه مدیون است، اما مفهوم دیگر آن، مطلق حقوق مالی است اعم از اینکه دین به معنای اخص باشد یا عین یا چیزی که مقصود نهایی از آن عین یا دین باشد (رشتی، ۱۴۰۱، ص ۱۳). پس از این توضیح باید گفت: برخی از فقها ضمان از اعیان مضمونه قبل از تلف را صحیح دانسته (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ص ۳۳۵) و تصریح می‌کنند: موضوع ضمان لازم نیست همواره مال ثابت در ذمه مدیون باشد بلکه حق نیز می‌تواند مورد ضمان واقع شود.<sup>۱</sup> در ادامه این سخن آمده است: عین مضمونه نیز عهده آن در ذمه مضمون‌عنه است و ثبوت آن در ذمه بدین معنا است که در صورت وجود عین، خود آن باید مسترد شود و در صورت تلف، باید بدل آن داده شود. همین معنا با ضمان از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون‌عنه بری می‌گردد.

بنابراین چنان‌که ملاحظه می‌شود، طبق این نظر، حق مالک نسبت به استرداد عین (در صورت وجود) یا بدل آن (در صورت تلف) یک حق مالی است و متناظر با آن وجوب ردّ (مال در صورت وجود) یا بدل آن (در صورت تلف عین) در عهده یا ذمه متصرف قرار دارد و با تحقق عقد ضمان این تکالیف از متصرف به ضامن منتقل می‌شود.

### ۳-۲. کفایت تحقق سبب دین برای تحقق ضمان

ماده ۶۹۱ قانون مدنی با اعلام بطلان «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است»، با مفهوم خود صحت ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده را تأیید کرده است. برخی از فقهای امامیه نیز بر صحت چنین ضمانی تأکید کرده‌اند. مقصود از سبب همان‌طور که در برخی تعابیر فقهی آمده، مقتضی است نه سبب به معنای فلسفی آن؛ از این‌رو مرحوم یزدی در برخی موارد از تعبیر «سبب» (ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹، صص ۴۳۹، ۴۴۰ و ۴۵۹) و در برخی موارد از تعبیر «مقتضی» (همان، صص ۴۰۷، ۴۳۳، ۴۳۵ و ۴۳۷)

۱. «لا دلیل علی اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت فی ذمته مالاً بل اللازم ثبوت مضمون اعم من كونه حقاً أو مالاً» (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ص ۳۳۸).

استفاده کرده است.

کفایت تحقق سبب در مورد ضمان عرفی و تعهد به پرداخت نیز مطرح شده است (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ص ۷۵) و در مورد این نوع ضمان با مشکلی مواجه نیست، اما کفایت تحقق سبب برای ضمان ناقل دین با این اشکال مواجه است که قبل از تحقق دین، ضامن چگونه می‌تواند دینی را که در ذمه مدیون موجود نیست، به ذمه خود منتقل کند؟ بنابراین بازگشت آن به «ضمان ما لم یجب» است. در پاسخ ممکن است گفته شود که معدوم به منزله موجود و وجود سبب به منزله وجود مسبب فرض می‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ص ۳۴۱). همچنین برخی فقها که کفایت سبب را به شرط اینکه عرفاً سبب نزدیک باشد، پذیرفته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۷۹)، تصریح کرده‌اند که در صورت تحقق سبب، جایی برای توهم اینکه ضمان، مصداق «ضمان ما لم یجب» است وجود ندارد (همان، ص ۲۹۰). به نظر برخی، مقتضی وجود شیء منشأ اعتبار عقلاً در مورد مرتبه‌ای از وجود شیء است و عقلاً بعضی از آثار را بر آن مترتب می‌کنند (ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹، ص ۴۳۳، حاشیه نائینی).

با اینکه عدم کفایت وجود سبب برای تحقق ضمان مصطلح را به ظاهر کلام فقها نسبت داده شده (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۵۶)، تصریح به کفایت تحقق سبب در کلمات چند تن از فقها ملاحظه می‌شود، از جمله، محقق یزدی در موارد متعددی تصریح می‌کند که «ضمان ما لم یجب» به شرط تحقق سبب (یا مقتضی) صحیح است (یزدی، ۱۴۱۹، صص ۴۰۷، ۴۳۳، ۴۳۵، ۴۳۷، ۴۳۹، ۴۴۰، ۴۴۰ و ۴۵۹).

از آثار مهم پذیرش کفایت تحقق سبب این است که با وجود تحقق سبب دین، ضمان، «ما لم یجب» نخواهد بود.<sup>۱</sup>

## ۴-۲. پذیرش ضمان بدون مضمون‌عنه یا مضمون‌له

ضمان مصطلح و ناقل دین همواره مستلزم وجود سه شخص به‌عنوان ضامن، مضمون‌عنه و مضمون‌له است؛ بنابراین در ضمان اصطلاحی، وجود مدیون به‌عنوان

۱. «و دعوی آنه من ضمان ما لم یجب مدفوعه بکفایة وجود السبب» (یزدی، ۱۴۱۹، ص ۴۳۹) و «و کونه من ضمان ما لم یجب لایضر بعد ثبوت المقتضی» (همو، ۱۳۷۸، ص ۴۳۷).

مضمون‌عنه<sup>۱</sup> و نیز وجود دائن و مالک مال در ذمه مدیون به‌عنوان مضمون‌له ضروری است.<sup>۲</sup> البته عقد ضمان بین ضامن و مضمون‌له منعقد می‌شود و اراده مضمون‌عنه نقشی در انعقاد ضمان ندارد. در ضمان مصطلح، مضمون‌له و مضمون‌عنه باید دست‌کم در واقع معین باشند، هرچند برای ضامن معین نباشند (همان، ص ۴۰۴)، اما در برخی از موارد که نیاز به انعقاد قرارداد ضمان احساس می‌شود، مضمون‌له یا مضمون‌عنه مشخص نیستند و نیز در برخی موارد، ممکن است ضرورت اقتضا کند که ضمان بین ضامن و مضمون‌عنه منعقد شود. در این‌گونه موارد انعقاد ضمان مصطلح با دشواری مواجه می‌شود اما تشکیل ضمان غیر مصطلح امکان‌پذیر است.

برای این مورد می‌توان به قرارداد بیمه مثال زد که برخی از فقها (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ص ۲۲۲/حلی، ۱۴۱۵، ص ۳۸۲۴) آن را در قالب ضمان توجیه کرده‌اند اما چنین ضمانتی از جهات مختلفی با ضمان مصطلح متفاوت است. این تفاوت‌ها را با دو مثال زیر توضیح داد. بیمه‌گر در بیمه خودرو متعهد می‌شود که خسارات جسمی یا مالی که دارنده خودرو (بیمه‌گذار) به دیگران وارد می‌کند را پرداخت کند. قرارداد بین ضامن (بیمه‌گر) و مضمون‌عنه (بیمه‌گذار) منعقد می‌شود نه بین ضامن و مضمون‌له (زیان‌دیدگان ثالث)، و در زمان عقد مضمون‌له معین نیست. همچنین در بیمه بدنه خودرو، تعهد بیمه‌گر نسبت به جبران خسارات وارد به خودرو، نوعی ضمان عهده است اما در زمان عقد، مضمون‌عنه (عامل ورود زیان) معین نیست.

در مورد ضمان‌های تکلیفی و تعهد به پرداخت در واقع مضمون‌عنه به‌معنای مصطلح وجود ندارد چراکه در ضمان مصطلح مضمون‌عنه مدیون است، درحالی‌که در ضمان تکلیفی، بنا به فرض، مدیونی وجود ندارد. از این گذشته، چنان‌که برخی تصریح کرده‌اند،<sup>۳</sup> ممکن است حتی مضمون‌له نیز وجود نداشته باشد.

۱. «... و من ذلك يظهر عدم صحة الضمان الإصطلاحی فی المقام، الذی یتوقف علی وجود مضمون‌عنه، و یکون قصد الضامن الضمان‌عنه» (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۵۴).

۲. «فان الضمان لا یصح إعتباره إلا مع وجود مضمون‌له یکون مالکاً للمضمون» (همان، ج ۱۲، ص ۲۱۸).

۳. «لکنه یکون المضمون فی الذمه بدون مضمون‌له لفرض عدم حصول السبب الملک‌له» (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۲۶۵). درجای دیگر احتمال می‌دهد بیمه، نوعی ضمان عهده باشد: «و لعل من ذلك ضمان شركة التأمين المتعارف فی هذا العصر ... و کیف کان فهذا لیس من الضمان الذی نحن فیه بل هو معنی آخر، إذ لیس فیه»



## ۲-۵. تفکیک ضمان از تعهد به پرداخت

یکی از تحولات مهم در بحث ضمان در فقه امامیه که می‌توان آن را به نوعی منشأ برخی از دیگر تحولات و عوامل توسعه به شمار آورد، تفکیک ضمان از تعهد به پرداخت و به تعبیر دیگر، تفکیک حکم وضعی عقد ضمان (انتقال دین) از حکم تکلیفی آن (وجوب پرداخت) است.<sup>۱</sup> چنان‌که گفته شد، اثر اصلی عقد ضمان همان حکم وضعی و انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است و از آثار این انتقال، وجوب پرداخت دین بر عهده ضامن است. در موارد معمولی، انتقال دین و وجوب پرداخت ملازم یکدیگرند اما ممکن است در برخی موارد بین این دو فاصله افتد. این فاصله را در نظریه برخی از فقهای اهل سنت (جزیری، ۱۴۱۹، ص ۲۵۶) می‌توان مشاهده کرد که در آن دین در ذمه مدیون باقی می‌ماند و ضامن بدون اینکه ذمه‌اش در برابر مضمون‌له مشغول شود، صرفاً ملزم به پرداخت می‌شود.

متناسب با این مورد در فقه امامیه، تفکیک تعلیق در ضمان از تعلیق در پرداخت است که در ادامه به‌طور مختصر به آن پرداخته می‌شود، اما قبل از آن باید متذکر شد که هر چند ممکن است تعلیق در ضمان و تعلیق در پرداخت را به ترتیب تعلیق در انشاء و منشأ تلقی نمود، اما اگر بپذیریم که انتقال دین در عقد ضمان، یک حکم وضعی<sup>۲</sup> است که حکم تکلیفی وجوب پرداخت بر آن مترتب می‌شود، تفکیک مذکور را می‌توان به تفکیک حکم وضعی عقد ضمان از حکم تکلیفی آن تفسیر کرد.

چنان‌که می‌دانیم، یکی از شرایط عقد ضمان منجز بودن آن است و به‌نظر مشهور، تعلیق ضمان مانند آن که ضامن بگوید: «من ضامن هستم اگر پدرم اذن دهد» یا «من ضامن هستم اگر مدیون تا فلان مدت پرداخت نکند» یا «من ضامن هستم اگر مدیون

مضمون‌عنه أصلاً» (همان، ص ۳۴۸-۳۴۹).

۱. تفاوت این نوع ضمان با آنچه پیش‌تر با عنوان «ضمان به‌مثابه تعهد به پرداخت» گفته شد، این است که در این مورد، ضمان ناقل دین واقع می‌شود.

۲. این نکته که ضمان حکم وضعی است در کلام فقها تکرار شده است. از جمله، یکی از فقها شرط ضمان عین مستأجره بر مستاجر، را به‌صورت شرط فعل جایز دانسته و تصریح می‌کند: «أداء القيمة أو مقدار مخصوص ليس من الضمان بمعناه المصطلح فإن وجوب الأداء بمقتضى الشرط حكم تكليفي والضمان حكم وضعي، والأداء فعل والضمان حكم» (خلخالی، ۱۴۲۷، ص ۴۰۸).

پرداخت نکند» موجب بطلان آن است (یزدی، ۱۴۱۹، ص ۴۰۴)، اما در مورد ضمان منجز با تعلیق در پرداخت نظرات مختلفی دیده می‌شود:

سید یزدی تعلیق در ضمان را مساوی با تعلیق در پرداخت تلقی کرده و تفکیک این دو را نامعقول دانسته است (همان)؛ باین حال در مثال تعلیق ضمان بر عدم پرداخت مدیون، صحت انشاء ضمان به صورت منجز اما معلق بر عدم پرداخت مدیون را محتمل دانسته و آن را به ضمان اعیان مضمونه تشبیه کرده است (همان، ص ۴۰۵). نظریه تفکیک تعلیق در ضمان از تعلیق در پرداخت به صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸، ص ۲۷۰) در بحث از ضمان دین حال به صورت مؤجل منسوب شده است (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۲۶۰ / سبزواری، ۱۴۱۸، ص ۲۲۳). برخی از فقها این تفکیک را پذیرفته‌اند (خراسانی، [بی تا]، ص ۹۴) و برخی تفکیک را نه تنها صحیح بلکه آن را واقع و موجود دانسته و برای آن به ضمان از دین حال به صورت مؤجل و بالعکس مثال زده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۸، ص ۲۲۳).

بسیاری از فقهای معاصر این تفکیک را نپذیرفته و دلیل آن در کلام برخی، منجر شدن آن به ضمّ ذمه به ذمه و نظریه اهل سنت بیان شده است (ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹، ص ۴۰۵، حواشی اصفهانی، بروجردی و نائینی). توضیح دلیل مذکور این است که از تعلیق ضمان بر عدم پرداخت مدیون اصلی (مضمون‌عنه) استفاده می‌شود که دین هنوز در ذمه مدیون باقی است و الا به چه دلیل می‌توان مضمون‌عنه را ملزم به پرداخت دین دانست؟ (ر.ک: حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۲۶۱ / خوئی، ۱۴۱۸، ص ۴۰۲).

برخی از فقها تفکیک مذکور را به این صورت توجیه کرده‌اند که ضمان در اینجا به معنای ضمان ناقل دین نیست بلکه مقصود از آن تعهد به مال و مسئول بودن ضامن در قبال آن است (خوئی، ۱۴۱۸، ص ۴۰۳ / روحانی، [بی تا]، ص ۱۴۹-۱۵۰). این سخن ممکن است فی نفسه صحیح باشد و بتواند تعلیق در ضمان را توجیه کند، اما در تفسیر سخن طرفداران تفکیک درست به نظر نمی‌رسد چراکه مقصود آنان تعلیق در ضمان ناقل دین است.

هچنین، در پاسخ از اشکال ضمّ ذمه به ذمه گفته شده که ضمّ ذمه در صورتی تحقق می‌یابد که هر دو ذمه موجود فرض شوند، در حالی که در اینجا ذمه مدیون اصلی معدوم

فرض می شود (سبزواری، ۱۴۱۸، ص ۲۲۴). معنای این سخن ممکن است این باشد که در بحث حاضر ضم ذمه و عهده تحقق می یابد نه ضم دو ذمه؛ با این توضیح که ذین به ذمه ضامن منتقل می گردد و ذمه وی مشغول به ذین می شود اما در مورد مدیون، ذمه وی براثت می یابد ولی عهده وی مشغول به پرداخت ذین می گردد. شبیه این نظریه را صاحب جواهر در بحث تعاقب ایادی در غصب مطرح کرده است. ایشان امکان رجوع مالک به همه یا برخی از غاصبان را با این نکته توجیه می کند که همه آنها غاصب و مخاطب به ردّ عین یا قیمت اند؛ اما ضمان در نهایت بر عهده غاصبی استقرار می یابد که مال در دست او تلف شده است؛ بنابراین اگر مالک به کسی که مال در دست او تلف شده، مراجعه کند، شخص اخیر حق مراجعه به دیگران را ندارد اما اگر به شخصی غیر از کسی که مال در دست او تلف شده، مراجعه کند، آن شخص نیز می تواند به کسی که مال در دست او تلف شده، مراجعه کند. ایشان در توضیح تفاوت ضمان غاصبی که مال در دست او تلف شده با ضمان غاصبان دیگر تصریح می کند که خطاب به پرداخت، نسبت به کسی که مال در دست او تلف شده، شرعی است، نه ذمی (نجفی، ۱۳۸۴، ج ۳۷، ص ۳۳-۳۴). به تعبیر دیگر، کسی که مال در دست او تلف شده مشغول الذمه است اما سائر غاصبان مشغول الذمه نیستند بلکه عهده آنها مشغول است.

قانون مدنی در ماده ۶۹۹ تفکیک تعلیق در ضمان از تعلیق در تعهد به پرداخت را پذیرفته است. از سیاق مواد قانون مدنی و اینکه نظریه مورد پذیرش این قانون، نظریه نقل ذین است استفاده می شود که در این مورد نیز نقل ذین به ذمه ضامن صورت می گیرد و تنها ضامن متعهد به پرداخت است نه مدیون. توجیه این تفکیک در سخن حقوقدان برجسته کشورمان این گونه بیان شده است که «ضامن نیز مانند هر مدیون دیگر می تواند التزام به تأدیه را معلق به شرایطی کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۶). پاسخ ایشان به اشکال ضم ذمه به ذمه نیز در خور توجه است: «هرگاه قرار شود که ضامن ابتدا ذین را از مضمون عنه بخواهد و در صورت تعذر در وصول، از ضامن مطالبه کند، موردی برای اشتغال ذمه های متعدد باقی نمی ماند؛ زیرا در این صورت، هیچگاه بیش از یک ذمه مشغول به ذین نیست؛ مدیون واقعی مضمون عنه است و ضامن مدیون احتمالی است و فقط در صورتی ملزم به پرداخت می شود که مضمون عنه از پرداخت ذین

خودداری کند» (همان، ص ۲۳۹-۲۴۰).

### ۳. ارزیابی راه‌کارها

بسیاری از راه‌کارهایی که نام برده شد در قالبی که برخی از فقهای معاصر آن را «ضمان عرفی» (خمینی، ۱۳۷۸، ص ۲۲۴) یا «غیرمصطلح» (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۵۸) یا «عقلائی» (جوهری، [بی‌تا]، ص ۲۰۶)<sup>۱</sup> نامیده‌اند جای می‌گیرد. این دو تعبیر، در مقابل ضمان شرعی یا مصطلح، بیانگر تحولات مهمی در مفهوم، موضوع و شرائط عقد ضمان در رویکرد مصطلح و در نتیجه، تحول در احکام عقد ضمان است. مجموعه این تحولات و پذیرش ضمان عرفی ممکن است ما را متقاعد کند که در واقع امروزه با نوع جدیدی از عقد ضمان مواجه‌ایم که علی‌رغم اشتراک در نام، تفاوت‌های اساسی با ضمان مصطلح دارد.

در مورد اعتبار این نوع ضمان می‌توان گفت: فقهایی که از این نوع ضمان نام برده‌اند در آثار خود به مبنای اعتبار آن نیز توجه کرده‌اند و این نکته در عبارت‌هایی که از ایشان نقل شد، به اجمال دیده شد. در اینجا به چهار مورد اشاره می‌شود:

۱. بناء عقلا. مهم‌ترین دلیل اعتبار ضمان غیرمصطلح یا عرفی را می‌توان بنای عقلا دانست. امام خمینی در یک مورد تصریح می‌کند که بنای عقلا در باب ضمان، ضم ذمه به ذمه است و فقهای اهل سنت مطابق این بنا پیش‌رفته‌اند اما حکم فقهای شیعه به نقل ذین اذمه‌ای به ذمه دیگر امری شرعی و تعبدی و خلاف بنای عرف و عقلا است (خمینی، ۱۳۷۸، ص ۲۲۴/ نیز ر.ک: خوبی، ۱۴۱۸، ص ۴۰۴).

۲. عمومات صحت عقد. چنان‌که بسیاری از فقها تصریح کرده‌اند، ضمان غیرمصطلح یا عرفی مشمول عمومات صحت عقد و شرط است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۲۹۸/ حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۲۶۵/ یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۸۴/ همو، ۱۴۱۹، ص ۴۲۷/ صدر، ۱۴۰۱، ص ۲۳۰-۲۳۲)؛ بنابراین طرفین قرارداد می‌توانند، در صورت تمایل و رعایت شروط عمومی صحت قراردادها، قرارداد ضمان را به صورت تضامنی منعقد کنند یا

۱. «... و هذا ضمان عقلائی یختلف عن الضمان الإصطلاحی و یتصور فی الدیون والأعیان».

ضمانی منعقد کنند که موضوع آن، حق یا حکم تکلیفی باشد نه دین، یا پرداخت دین توسط ضامن را معلق به شروطی مانند عدم پرداخت دین توسط مضمون‌عنه نمایند.

۳. بازخوانی ادله سنتی عقد ضمان. برخی از فقها برای مستند کردن مدعای خود به تفسیر جدیدی از ادله عقد ضمان روی آورده‌اند. در زیر سه نمونه ذکر می‌شود:

الف) صحت ضمان از اعیان به این مطلب مستند شده است که دلیلی بر لزوم ناقل بودن ضمان در همه موارد وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۲۹۷-۲۹۸).

ب) تسری دادن موضوع ضمان از دین به حق، به عدم وجود دلیل بر لزوم دین بودن موضوع ضمان مستند شده است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ص ۳۳۸).

ج) اجماع و ضرورت. میرزای قمی در مطلب مفصلی در باره ضمان از اعیان مضمونه چنین نتیجه می‌گیرد: «پس حکم به اینکه ضمان ما لم یجب مطلقاً باطل است، یا ضمان آن چه در ذمه تعلق نگرفته مطلقاً باطل است، یا عدم انتقال از ذمه مضمون‌عنه باطل است، صورتی ندارد. پس اگر خواهی قائل شو که ضمان به معنای اعم بیش از سه قسمت است تا بعضی امور مذکوره داخل آن باشد، و خواهی بگو آن شرایط و لوازم، اغلبی هستند، و در این موارد به اطلاقات و عمومات، حکم ثابت است. یا آن که [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» (گیلانی، ۱۴۱۳، ص ۸۵).

د) از مهم‌ترین ادله اعتبار عقد ضمان دو روایت معروف است که هم مورد استناد فقهای شیعه (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۲۲) و هم فقهای اهل سنت (کاسانی، ۱۴۰۹، ص ۲) قرار گرفته است. براساس این دو روایت پیامبر □ از نمازگزاردن بر مرده‌ای که دو دینار مدیون بود خودداری نمود و پس از آن که حضرت امیر □ یا ابو قتاده دین او را به ذمه گرفت، پیامبر □ نماز را بر وی اقامه کرد. فقهای شیعه از این روایت ناقل بودن ضمان را نتیجه گرفته‌اند چراکه مضمون‌عنه در مورد روایت، میت است و ذمه ندارد؛ از این رو نمی‌توان ضم ذمه ضامن با ذمه وی را پذیرفت و چاره‌ای جز قائل شده به ضمان ناقل دین نیست. ناقل بودن ضمان در قضیه مذکور در روایت به دلیل خصوصیت مورد است، باین حال فقهای امامیه این خصوصیت را نادیده گرفته و در سایر موارد نیز حکم به ناقل بودن ضمان کرده‌اند. در مقابل، چنان‌که در بحث از «پذیرش ضمان به مثابه تعهد

به پرداخت» آمد، یکی از فقهای معاصر در مورد این روایت می‌نویسد: ضمان مذکور در این روایت ربطی به ضمان ناقل دین ندارد بلکه به معنای تعهد به پرداخت است و استعمال واژه ضمان در این معنا امر متعارفی است (خویی، ۱۴۱۸، ص ۳۹۲).

## نتیجه

عوامل متعددی موجب تضییق دامنه عقد ضمان مصطلح در فقه امامیه گردیده است که مهم‌ترین آنها رد نظریه تضامن و ضم ذمه به ذمه و نیز پذیرش مفهوم مضیق از دین به عنوان مال کلی در ذمه و به عنوان موضوع عقد ضمان است.

در مقابل، تلاش‌های گسترده‌ای از سوی فقها برای توسعه قلمرو ضمان صورت گرفته است که می‌تواند در چند محور خلاصه شود: توسعه مفهوم ضمان و پذیرش تضامن، پذیرش ضمان به معنای تعهد به پرداخت، توسعه موضوع ضمان و تسری آن به تعهدات و احکام تکلیفی، کافی دانستن تحقق سبب یا مقتضی دین برای تحقق ضمان، و تفکیک دین از تعهد به پرداخت. برخی از این راه‌کارها مورد پذیرش قانون مدنی نیز قرار گرفته است مانند کفایت تحقق سبب دین و تفکیک تعلیق ضمان از تعلیق در پرداخت.

با این که، اغلب این تلاش‌ها و راه‌کارها نتوانسته مشهور فقها را قانع سازد، بسیاری از فقهای معاصر ضمان عرفی را در برابر ضمان مصطلح و ناقل دین پذیرفته‌اند. با پذیرش چنین مفهومی از ضمان، بسیاری از مشکلات ضمان مصطلح مانند عدم صحت «ضمان ما لم یجب» و نیز عدم امکان ضمان از احکام و تکالیف حلّ و فصل می‌شود. در واقع می‌توان گفت که امروزه در کنار عقد ضمان مصطلح که ناقل دین است عقد دیگری وجود دارد که علی‌رغم ضمان نامیده شدن، بسیاری از احکام و آثار عقد ضمان مصطلح را ندارد و می‌تواند مکمل آن به شمار آید.

## منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ ج ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۲. امامی خوانساری، محمد؛ الحاشیة الثانية على المكاسب؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۳. بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۵، چ ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۴. بحر العلوم، سید محمد؛ بلغة الفقيه؛ ج ۲، چ ۴، تهران: انتشارات مكتبة الصادق □، ۱۳۶۲.
۵. جزیری، عبدالرحمن، سید محمد غروی و یاسر مازح؛ الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت □؛ ج ۳، چ ۱، بیروت: دارالتقنين للطباعة والنشر، ۱۴۱۹ق.
۶. جواهری، حسن؛ بحوث في الفقه المعاصر؛ ج ۲، چ ۱، بیروت: دارالذخائر، [بی تا].
۷. حائری، سید کاظم؛ فقه العقود؛ ج ۲، قم: مجمع انديشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۸. حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۲ و ۱۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۹. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت □ لإحياء التراث، ۱۴۲۵ق.
۱۰. حلّی (فخر المحققین)، محمد بن حسن؛ إيضاح الفوائد؛ ج ۲، چ ۱، قم: مطبعة العلمية، ۱۳۸۸ق.
۱۱. حلّی، حسین؛ البحوث الفقهية؛ ج ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ق.
۱۲. خلخالی، سید محمد مهدی؛ فقه الشيعة: كتاب الإجارة؛ چ ۱، تهران: مرکز فرهنگي انتشارات منیر، ۱۴۲۷ق.
۱۳. خمینی، سید روح الله؛ الرسائل العشرة؛ چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی □، ۱۳۷۸.

۱۴. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریرالوسیله؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، [بی تا].
۱۵. خویی، سیدابوالقاسم؛ موسوعه الإمام الخوئی؛ ج ۳۱، چ ۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
۱۶. دیلمی احمد؛ «تأملی در قرائت‌های مختلف از مسئولیت تضامنی»، فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۱۸-۱۸۹.
۱۷. رشتی، میرزاحبیب‌الله؛ کتاب القضاء؛ ج ۲، چ ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱ق.
۱۸. روحانی، سیدصادق؛ فقه الصادق □؛ ج ۲۰، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۱۹. زین‌الدین، محمد امین؛ کلمة التقوی؛ ج ۶، چ ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۳ق.
۲۰. سبزواری، سیدعبدالأعلی؛ مهذب الأحکام؛ ج ۲۰، چ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
۲۱. سیستانی، سیدعلی؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۲۲. صدر، سیدمحمدباقر؛ البنك اللاربوی؛ چ ۷، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ق.
۲۳. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ ج ۹، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البت □، ۱۴۱۸ق.
۲۴. طوسی، محمدبن علی؛ وسیله إلى نیل الفضیلة؛ چ ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله‌العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
۲۵. طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیة؛ چ ۳، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
۲۶. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ الدروس الشرعیة؛ ج ۳، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۷. عاملی، سیدجواد؛ مفتاح‌الکرامه؛ ج ۱۶، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۸. عمانی، حسن بن علی بن ابی‌عقیل حداء؛ حیاة ابن‌أبی‌عقیل و فقهه؛ چ ۱، قم: السيد شرف الموسوی، ۱۴۱۳ق.
۲۹. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین؛ ج ۴، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
۳۰. کاسانی، ابی‌بکر؛ بدائع الصنائع؛ ج ۶، چ ۱، پاکستان: المكتبة الحبیبية، ۱۴۰۹ق.



۳۱. گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ۳، چ ۱، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.
۳۲. محمدی، سام و جمشید یحیی پور؛ «تضامن عقدی در حقوق مدنی ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۳، زمستان ۱۳۸۹، ص ۹۳-۱۰۸.
۳۳. مراغی، سید میر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۳۴. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام؛ تحقیق و تعلیق شیخ علی آخوندی؛ ج ۲۶ و ۳۷، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۹۴ق.
۳۵. یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۵، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق.
۳۶. یزدی، سید محمد کاظم؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.