

امکان سنجی ضمانت از دین آینده در فقه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۶

تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۶/۱۴

محمد صالحی مازندرانی*

۷۹

حقوق اسلامی / سال هجدهم / شماره ۷۱ / زمستان ۱۴۰۰

چکیده

به موجب ماده ۶۹۱ ق.م. "ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است". حقوقدانان به تبعیت از فقیهان در تفسیر آن به تکاپو افتادند. باتوجه به ضرورت‌های زندگی و امور مرسوم در ضمانت‌ها و وثیقه‌ها، که غالباً قبل از استقرار دین صورت می‌گیرد، محتاطانه سعی کردند به تبعیت از برخی فقیهان واژه سبب را در غیر از معنای حقیقی‌اش - یعنی مقتضی - حمل کنند تا سنت متعارف هماهنگ با مقررات قانونی گردد. اگرچه عرف و عادت مسلم موجود تا حدی می‌تواند قاطع اختلاف باشد ولی از آنجاکه این اختلاف در فقه حل نشده، مفاد قانون مدنی در هاله‌ای از ابهام است، و نصوص شرعی هم ساکت است، به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی بایسته است حکم مسئله بر اساس موازین فقهی مشخص گردد. نتیجه پژوهش، باتوجه به قواعد و اصول فقهی حقوقی و همچنین جمع میان مفهوم م ۶۹۱ و منطوق م ۶۹۷، بیانگر این است که، ضمانت از دین آینده محقق الحصول به نظر عرف صحیح بوده و میان ضمانت دین آینده و موجود بالفعل موازنه برقرار است. و اصرار بر بطلان ضمانت از دین آینده ممکن الحصول، باتوجه به تبدیل شدن آن به عنوان یک ضرورت اجتماعی، موجب می‌گردد تا موجب اختلال نظام گردد.

واژگان کلیدی: ضمان، ضمانت، دین، دین آینده، دین موجود، دین محتمل.

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم (m.salehimazandarani@qom.ac.ir).

مقدمه

در ماده ۶۸۴ قانون مدنی آمده است: «عقدضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد» و بر اساس م ۶۹۸ «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌گردد». و در م ۶۹۱ مقرر گردید: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». در راستای تبیین مواد مذکور حقوقدانان شرایط عقد ضمان را بیان کردند که از جمله شرایط عبارت‌اند از، دین بودن، موجود بودن، کلی بودن و قابلیت نقل و انتقال داشتن. براین اساس ضمانت در دو حوزه عین خارجی و دین آینده مورد تردید قرار گرفت، ضمانت از عین به جهت فقدان سه ویژگی از موارد مذکور و ضمانت از دین آینده به جهت عدم ثبوت. از طرفی حکم ظاهری م ۶۹۷ راجع به ضمان عهده، بیانگر پذیرش در هر دو حوزه است. اما اختلاف راجع به هر دو حوزه خصوصاً دین آینده در فقه و میان فقیهان به قدری جدی است که تحمیل چنین تفسیری بسیار مشکل خواهد بود. در مقابل در عمل و روابط میان اشخاص و بانک‌ها و دیگر مصادر امر به قدری بدیهی است که هیچ‌گونه ابهام و سؤالی بر نمی‌انگیزد. و لذا مسئله به‌گونه‌ای در زمره مسائل سهل و ممتنع جای می‌گیرد. مشکل زمانی ایجاد می‌گردد که موضوع به‌عنوان یک مسئله حقوقی در دادگاه مطرح گردد و قاضی بخواهد بر اساس مقررات حقوقی فصل خصومت کند، اینجاست که با ابهام و حتی خلأ قانونی مواجه می‌گردد. در صورت پذیرش، با چالش‌گذار از «ضمان مالم یجب» و «نقل ذمه» مواجه می‌گردد، که مخالفت با مشهور لازم می‌آید و در صورت حکم به ابطال با مخالفت عرف مواجه می‌گردد که این هر دو به آسانی ممکن نیست. حال در این پژوهش درصدد بررسی این سؤال هستیم: آیا بر اساس اصول و قواعد فقهی - حقوقی ضمانت از دین آینده امکان‌پذیر است و می‌توان در حقوق ایران قائل به وجود موازنه میان ضمانت از دین آینده و دین موجود بالفعل شد؟

متذکر می‌گردد پژوهش حاضر فاقد سابقه پژوهشی می‌باشد، هرچند کتاب مختصری با عنوان ضمان از دین آینده نگارش یافته است که فهرست مطالب آن بیانگر مباحث کلی در خصوص ضمان می‌باشد و هیچ‌سختی از حیث محتوا با موضوع بحث حاضر ندارد و از میان ادله و مستندات موجود فقط در یک دلیل، آن هم با بیان و تحلیل بسیار متفاوت، مشترک می‌باشد.

مباحث مقاله در سه قسمت ارائه می‌گردد:

۱. مفاهیم: قبل از پاسخ به سؤال مذکور به بررسی برخی واژگان کلیدی خواهیم پرداخت که در

نتایج تحقیق تاثیر گذار است.

۲. بررسی دلایل و دیدگاه‌ها: در این قسمت انظار، دلایل و مستندات مخالف و موافق به صورت تحلیلی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.
۳. در قسمت سوم دیدگاه نویسنده به صورت تحلیلی ارائه می‌گردد.

۱. مفاهیم

در این قسمت صرفاً به مفاهیمی خواهیم پرداخت که در فهم و استنتاج موضوع تاثیر مستقیم دارند.

۱.۱. ضمان

واژه ضمان در کتب لغت فارسی به معنای «قبول کردن، پذیرفتن، بر عهده گرفتن وام دیگری و ملتزم شدن» (دهخدا، ۱۳۷۷، ص ۶۳/ معین، ۱۳۷۱، ص ۲۱۹۱) آمده است. و در لغت عربی مشتق از ضَمَن، به معنای اشمال و در برداشتن؛ و برای بیان احاطه و شمول است (جوهری، ۱۴۱۰، ص ۲۱۵۵/ ابن فارس، ۱۴۰۴، ص ۳۷۲/ فیروزآبادی، ۱۴۰۵، ص ۳۲۴/ زبیدی، ۱۴۱۲، ص ۳۴۸/ ابن اثیر، ۱۳۶۷، ص ۱۰۱). از آنجاکه در عقد ضمان، دین و تعهد دیگری در ذمه ضامن قرار می‌گیرد مانند این است که وجود ضامن، ظرف تعهد مضمون عنه است و وجود هر ضامن و متعهدی ظرف تعهد اوست (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۱۱۳/ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، ص ۷۵۹).

در فقه شیعه ضمان از «ضمن» به معنای قرار گرفتن و در برگرفتن چیزی در چیزی دیگر است. و لذا ضمان سبب تضمین و در برگرفتن ذمه ضامن به مال موضوع ضمان است. و ضامن دینی شدن بدین معناست که، آن مال بر ذمه او قرار گرفته و ذمه شخص دین را در خود جای داده است (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۱۱۳/ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، ص ۷۵۹). از این رو عقد ضمان، باعث تحقق یک حکم وضعی، یعنی انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر می‌گردد.

۱.۲. 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. عین، دارای وجود مادی مستقل که

ظرف آن عالم خارج، بخلاف دین، که مالی اعتباری و در ظرف ذمه قرار دارد، و دارای وجودی غیر مستقل است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۵). علاوه، در فقه اسلامی دین به‌عنوان ارتباط میان داین و مال کلی در ذمه مدیون مطرح شده است، نه به‌عنوان ارتباط میان داین و شخص مدیون، و نه به‌عنوان ارتباط میان دارایی داین و دارایی مدیون. اما در حقوق غربی از آنجا که تصویری از مال کلی نداشتند تا برای آن ظرفی اعتبار کنند، در ابتدا دین را به‌عنوان ارتباط میان داین و شخص مدیون می‌دانستند، تا اینکه کم کم دین به‌عنوان ارتباط میان داین و اموال و دارایی مدیون متصور شد و لذا دین را حق عینی بر دارایی مدیون دانستند. در نهایت به این نتیجه رسیدند که دین دارای دو عنصر شخصی، خارجی و عینی است. رکن شخصی آن همان ارتباط میان داین و مدیون و حق شخصی داین بر مدیون است. و رکن خارجی و عینی آن ارتباط داین و اموال دارایی مدیون و حق عینی داین بردارایی مدیون است. با این سیر تفکر بود که بالاخره به مفهوم دارایی برای ذمه رسیده و آن را مطرح کردند (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۱۸، ص ۵۲۴/ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۵۸-۶۳).

۱-۳. دین محتمل (آینده)

این نوع از دین، که در فقه از آن تعبیر به «حق لیس بلازم ولكن يؤول إلى اللزوم» شده، دینی است که به واسطه عدم تحقق برخی اسباب و شرایط و یا وجود مانع به‌طور کامل محقق نشده است. براین اساس، ممکن است برخی از اسباب وجودی دین، مثل مقتضی، محقق باشد و لیکن هنوز شرایط آن بوجود نیامده است. و یا مقتضی و شرایط تحقق دین موجودند و لیکن با مانع مواجه هستند. براین اساس، حق مطروحه احتمالی است، یعنی حقی است که به‌جهت فقدان یکی از عناصر جوهری آن فعلاً موجود نیست و از این جهت با حق مشروط تفاوت دارد؛ زیرا شرط، عنصر جوهری محسوب نمی‌شود و امری است عارضی و ازطرفی زمانی که شرط در حق مشروط محقق گردد، دارای اثر رجعی بوده و به گذشته سرایت می‌کند، بر خلاف حق احتمالی که با کامل شدن تمامی عناصر محقق می‌شود و اثر رجعی ندارد (سنه‌وری، ۱۹۷۸، ص ۲۵). موضوع پژوهش ضمانت از چنین دینی است که در عمل بانک‌ها و روابط میان اشخاص مرسوم است و در فقه اسلامی، خواه ضمان مقتضی نقل ذمه باشد یا ضم ذمه، محل بحث و گفتگوی فقیهان قرار گرفته و در قانون مدنی نیز حکم آن در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته است.

در راستای این مسئله و برای روشن شدن مفاد م ۶۹۱ قانون مدنی متذکر می‌گردم، در فقه و به

تبع آن در حقوق با دو دیدگاه مواجهیم. جمعی از فقیهان امامیه، ضمانت از آن را پذیرفته و در مقابل فقیهان بزرگی آن را باطل و بی اثر دانسته‌اند. براین اساس در ذیل نخست دلایل و مستندات مخالفین به صورت مستوفای تبیین و سپس به صورت علمی و بیطرفانه در بوطه نقد قرار می‌گیرد. و در مرحله بعد نظر برگزیده و سپس نتایج تحقیق ذکر می‌گردد.

۲. بررسی دلایل و مستندات مخالفان

در مبحث حاضر، نخست دلایل و مستندات مخالفان به صورت منقح، تبیین می‌گردد و سپس به نقد و بررسی علمی دلایل خواهیم پرداخت.

۲-۱. ضمان مالم یجب

ضمان مالم یجب مهمترین دلیلی است که تمامی مخالفین اعم از فقیهان شیعه و سنی بدان استدلال کردند. دلیل مذکور مبتنی بر یک مقدمه بدیهی است به این بیان؛ وجود موضوع در هر عقدی ضروری است و لذا تصور عقد فاقد موضوع ممکن نیست. موضوع ضمان نیز مال و به تعبیر برخی دین است که باید در زمان عقد ضمان موجود باشد. از طرفی، ضمان اصطلاحی موجب نقل ذمه است و مقتضی وجوب وفا به هر عقدی بر حسب مقتضایش می‌باشد، که در ضمان شرطش ثبوت مال بر ذمه است (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۱۴۰). بر همین اساس، اگر شخصی از دیگری ضمانت از مالی بکند که بهر جهتی، اعم از فقدان مقتضی یا شرایط و یا وجود مانع، بالفعل موجود نباشد به آن ضمان مالم یجب اطلاق می‌گردد، و بطلانش نیاز به دلیل خاصی از نص و اجماع ندارد؛ زیرا از جمله قضایایی است که قیاساتها معها. و اگر ضمانتی شکل بگیرد، و چنین ضمانتی بخواهد صحیح و دارای اثر باشد، ضمان اصطلاحی نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۴۲) بلکه به معنای ضمان عرفی است، یعنی التزام و تعهدی که موجب نقل ذمه نیست (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص ۳۲۲/عاملی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۱/ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۴۹). و به دلیل بنای عقلا و عموم امر به وفای به عقود، صحت چنین التزامی بلا اشکال است (خویی، ۱۴۱۸، ص ۲۰۲) حتی در این مفهوم ضمان به جهت عدم ضرورت اشتغال ذمه ی مضمون عنه در وقت ضمان، اشکال ضمان مالم یجب بر آن گرفته نمی‌شود (همان، ص ۲۰۴).

اگر ضمانت بخواهد به معنای ضمان عقدی باشد، حتی نمی‌توان به عموم وفای به عقد تمسک

کرد، زیرا در فرض مزبور ضمانت از باب وعده است نه از باب وضع و عقد. براین اساس در ضمانت از عین مضمون، اگر ضمانت از عین مربوط به بعد از تلف، یعنی تعهد به مثل یا قیمت باشد؛ این نوع ضمانت مصداق ضمان مالیم یجب و باطل است؛ زیرا هنگام بقای عین، ضمانت موکول به تلف شده است و حال آنکه مادام که تلف صورت نگرفته، سبب تعهد به پرداخت بدل محقق نشده است. و از آنجا که هنوز ذمه مشغول نگردیده پس ضمانت مالیم یجب است (عاملی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۱/ بحرانی، ۱۴۱۴، ص ۳۳). و یا در ضمانت از جعل قبل از عمل، چون عقد جعاله سبب تام برای ثبوت مال بر ذمه جاعل محسوب نمی‌گردد بلکه فقط جزئی از سبب است که همراه با عملی مشروط یا رد مال می‌تواند سبب ثبوت ذین بر ذمه جاعل باشد و قبل از انجام عمل هیچ دینی بر ذمه جاعل نیامده است، ضمانت از قبیل ضمان مالیم یجب و باطل است (عاملی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۲/ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص ۳۲۰/ اردبیلی، ۱۴۰۴، ص ۲۹۲).

اگر کسی مدعی گردد با توجه به استقرار عرف بر پذیرش چنین ضمانتی، و همچنین به موجب جریان عموماًت حاکم نمی‌توان منکر صحت چنین ضمانتی گردید، گفته می‌شود عرف صلاحیت تصدیق این موضوع را ندارد بلکه این امر محتاج به قبول شارع است و بدون قبول شارع صحیح نیست، بلکه با وجود نهی شرعی و ثبوت ضمانت از نظر نص و فتوی جای دخالت عرف نیست. براین اساس، ادعای ثبوت شرعیت چنین ضمانتی به‌طور مطلق ممنوع است، چون عموماًت عقود، مقتضی مشروعیت این فعل نیست و دلالتی بر قابلیت محل برای آن ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۴۶).

و همچنین نمی‌توان به ادله خاصی مثل آیه شریفه "و لمن جاء به..." (یوسف: ۷۲) تمسک کرد؛ زیرا مفاد آیه شریفه یا دلالت بر مشروعیت تعهد قبل از شروع عمل دارد، که در این صورت دلالتی بر ضمانت محل بحث ندارد و یا اینکه صرفاً بیانگر وعده است که در این صورت وجوب وفاء ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۴۲). به عبارت دیگر، به دلیل وجود اجماع و اخبار آیه شریفه «ولمن جاء به...» دلالتی بر ضمانت مشروع ندارد، بلکه اشاره به مشروعیت جعل و ضمانت از آن قبل از شروع عمل در شریعت قبل از ما دارد (اردبیلی، [بی‌تا]، ص ۴۵۸).

برخی از فقیهان، آیه شریفه را از محل بحث خارج می‌دانند به این استدلال که، بحث ما در ضمانت به معنای مصطلح است، یعنی انتقال مال ثابت در ذمه شخصی به ذمه دیگری که مستلزم تغایر ضامن و مضمون عنه است، و حال آنکه ظاهر آیه شریفه پیامگر اتحاد ضامن و جاعل است.

و لذا باید ضمان را در آیه شریفه حمل بر تأکید جعل و التزام به آن نمود که خارج از محل بحث است. اگر از این گفته کوتاه بیاییم و دلالتش را بر مدعای ضمان مسلم بگیریم، تعدی از مورد به موارد مشابه مشمول قیاس باطل است و لذا امکان مساعده با آن وجود ندارد. بنابراین، با اعتراف به عدم اشتغال ذمه جاعل و عاقد در زمان انشاء، التزام به صحت ضمان به معنای مصطلح و نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر، غیر ممکن و سالبه به انتفای موضوع است (خویی، ۱۴۱۸، ص ۲۰۰).

در نقد استدلال مذکور نکات ذیل قابل تامل است؛

۱ - اولاً؛ تتبع در منابع فقهی نشانگر آن است که در هیچ منبع روایی شاهد مخالفت صریح و یا ضمنی معصوم راجع به ضمانت از دین آینده نیستیم و لذا ادعای مخالفت اخبار و وجود نهی نسبت به مشروعیت چنین ضمانتی فاقد وجهت است. ثانیاً؛ بدون شک ضمان از جمله عناوینی نیست که در ادبیات فقهی دارای حقیقت شرعیه باشد و در هیچیک از متون روایی نیز ردی نسبت به ضمانت از دین آینده به عمل نیامده است و ضمان همانند سایر عناوین عقود و ایقاعات از مفاهیم عرفیه است، و مادامی که شارع از آن ردع ننموده باشد، تحقق آن دائر مدار صدق عرفی است. بنابر این هر وقت صدق عنوان صحیح باشد، بدون شک ادله نیز شامل آن می‌گردد. ثالثاً؛ ضمان بهر وجهی که باشد، اعم از ضمان عقدی یا ضمان ید، ربطی به حکم شرعی ندارد و لذا ضمانت نیر در اینجا ضمان مصطلح است (سبزواری، ۱۴۰۴، ج ۱۸، ص ۲۰).

این ادعا که تمسک به عمومات و اطلاقات از قبیل تمسک به دلیل در موضوع مشکوک است، ممنوع است؛ زیرا مطابق فرض، عرف آن را ضمان می‌بیند و لذا موضوع محرز است و ادله نیز ناظر به موضوع عرفی اند و در این صورت بدون اشکال بر مورد بحث به گونه‌ی حقیقت عرفی ضمان صدق می‌کند. برفرض پذیرش ادعای مذکور، که به حسب اصطلاح فقیهان ضمان در غیر این معنی عرفی و به صورت عرف خاص حقیقت پیدا کرده است، مانع از حمل اخباری مثل "الزعم غارم" بر آن نمی‌گردد، چون عرف خاص معارض عرف عام نیست (حائری طباطبایی، [بی تا]، ص ۱۳۱).

۲ - این ادعا که مضمون به باید موجود بالفعل باشد، همانند دین بودن موضوع ضمان، صرفاً مبتنی بر امور غالب و فاقد دلیل موجه است، بلکه در مواردی که مقتضی ثبوت دین بر ذمه وجود داشته باشد برای صحت ضمان کافی است و نیازی به ثبوت فعلی دین نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۴، مسئله ۳۷)؛ زیرا عرف در این حالت مضمون به را محقق می‌داند و آن را از قبیل ایجاد بنا بر

امر موهوم و معدوم تلقی نمی‌کند.

مرحوم شیخ عباس قمی در جواب سؤال، ضمان مال الجعالة پیش از بجا آوردن عمل و ضمان مال سبق و رمایه، می‌نویسد: اقوی جواز آن است زیرا مقتضی ثبوت آن موجود است (قمی، [بی‌تا]، ص ۲۲۸) تعهد و دینی که بر ذمه جاعل قرار می‌گیرد ناشی از عقدی است که میان او و دیگری واقع شده است و لذا برای تحقق عقد ضمان، وجود سبب دین کفایت می‌کند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص ۳۱۹/ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۳۲۵). و در مسئله ۴۱ کتاب «الغایة القصوی» آمده است: متعلق ضمان منحصر به خصوص حق ثابت نیست که از ذمه کسی به ذمه دیگر نقل شود، بلکه ضمان گیردین و دین غیر ثابت نیز صحیح است (قمی، [بی‌تا]، ص ۲۲۸).

۳ - اولاً: باتوجه به منشأیت قریبه عرفیه موضوع بحث به نظر عرف از قبیل «ضمان مالم یجب» نیست، هرچند به دقت عقل این‌گونه باشد درحالی که امور شرعی مبتنی بر دقتهای عقلی نیست (سبزواری، ۱۴۰۴، ج ۱۸، ص ۲۰).

ثانیاً: ضمانت از دین آینده غالباً به صورت معلق انجام می‌گیرد. و از طرفی منظور از ضمان مالم یجب، ضمان مالم یشیت فی الذمه است، هرچند به صورت واجب معلق باشد. درحالی که آنچه به نحو واجب معلق ثابت می‌گردد، ثابت و واجب است نه مالم یجب، و اختصاص به ضمان مصطلح پیدا می‌کند که امکان فرض چیزی ثابت در ذمه غیر ضامن می‌باشد (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۳۶).

۴ - حتی اگر بپذیریم ضمان نسبت به دین آینده مالم یجب است، این‌گونه نیست که ضمان مالم یجب در همه موارد باطل باشد (سبزواری، ۱۴۰۴، ج ۲۰، ص ۳۳۰). ضمان مالم یجب در صورتی باطل است که در مثل ضمان از بدل، منشا آن اشتغال فعلی به بدل باشد ولیکن در صورتی که اشتغال به بدل بعد از تلف باشد محذوری ندارد (روحانی، ۱۳۸۷، ص ۱۶۲).

و همچنین در مواردی علی‌رغم اینکه به طور مسلم ضمان مالم یجب است حکم به صحت شده است، که ظاهراً تنها جهت توجیه آن‌ها این است، چون آن موارد عرفاً در معرض وقوع و تحققند به گونه‌ای که اشخاص متعارف نسبت به صحت ضمان در موردشان شک نمی‌کند (حائری طباطبایی، [بی‌تا]، ص ۲۸۴)، مثل صورت وجود مقتضی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، ص ۷۵۹) خصوصاً اگر عرفاً در آینده بسیار نزدیک در معرض وقوع باشد (سبزواری، ۱۴۰۴، ج ۲۰، ص ۳۳۰). و در همین خصوص در جامع الشتات آمده است: ... و ادعای عدم صحت ضمان مالم یجب هم

عموما در ضمان درک حادث ممنوع است، زیرا با وجود سبب ضمان دلیلی بر بطلان ضمان مالیم
یجب عموما و خصوصا وجود ندارد (محقق قمی، ۱۳۷۱، ص ۹۰). و یا ضمان از غاصب در صورت
تلف شدن مال، که غصب «سبب» است و «تلف» شرط، یعنی وجود ضمان نسبت به بدل در حین
ضمان وجود دارد و تلف تنها کاشف تعلقش به ذمه است، شبیه اجازه در معامله فضولی، این نوع
ضمانت از این جهت با مانعی مواجه نبوده و مشمول عموماً می‌گردد (حائری طباطبایی، [بی‌تا]،
ص ۱۳۲).

از آنجاکه در نتیجه عقد جعاله برای جاعل تعهدی بوجود می‌آید که به موجب آن، هرگاه عمل
مطلوب انجام شود جاعل مدیون پاداش می‌گردد، و ضامن نیز در واقع همین تعهد را به عهده
می‌گیرد تا در التزام جانشین جاعل شود. این تعهد در عین حال که تنها پس از پایان عمل به دین
مربوط، به تأدیة پاداش منجر می‌شود دارای وجودی مستقل است و بر عهده جاعل قرار گرفته است.
پس چرا باید در امکان انتقال آن به ذمه ضامن تردید کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۸۶) با اینکه عقد
جعاله به تنهایی سبب تعهد جاعل است و عمل، شرط به ثمر رساندن عقد جعاله است. بین سبب و
شرط فرق است در حالی که بین سبب و مسبب تناسب ذاتی وجود دارد و حال اینکه بین شرط و
مشروط تناسب ذاتی وجود ندارد... در مورد جعاله هم تناسب ذاتی بین عقد جعاله و مال الجعاله
وجود دارد، ولی بین عمل عامل جعاله و مال الجعاله، این تناسب دیده نمی‌شود. به همین جهت؛
اگر تعهد جاعل در عقد جعاله نباشد، مزدی به نام جعل داده نمی‌شود. چنین نیست هرکس
گمشده‌ای را بیابد به او مال الجعاله بدهند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۱۷۴).

به عبارت دیگر، تعهد به عوض در مقابل درخواست عمل مخصوصی برای تحقق عنوان جعاله
کافی است ولو عملی که مطلوب جاعل بوده در خارج واقع نشود، زیرا وقوع آن در خارج مدخلیتی
در تحقق این عنوان ندارد، بلکه جاعل به وسیله انشای التزام سبب‌سازی کرده است؛ زیرا قبل از
تحقق جعاله، بین عمل مطلوب و حقی که در مقابل اتیان به آن به جعل جاعل معین گردیده
هیچ‌گونه ملازمه و رابطه وجود نداشته، به طوری که اگر کسی عمل را قبل از وقوع جعاله ولو به
قصد استحقاق عوض بجای آورد مستحق چیزی نمی‌شود (بروجردی عبده، ۱۳۹۷، ص ۲۷۶).

تقریب استدلال مطابق نص آیه شریفه نیز این‌گونه است که، یک بار شتر برای یابنده پیمان
ملک به عنوان مال الجعاله معین شده و از طرف منادی حضرت تضمین شده است، یعنی ضمان از
جعل قبل از عمل صورت گرفته و این چیزی جز ضمان مالیم یجب نیست. این مطلب به ضمیمه

استصحاب شرایط سابق، صحت چنین ضمانی را اثبات می‌کند.

باتوجه به نمونه‌های پذیرفته شده؛ دلیلی از قبیل نص یا اجماع، بر بطلان و عدم صحت ضمان مالم یجب نداریم، بلکه فقها در مواردی حکم به صحت آن نمودند و در مواردی هم راجع به آن اختلاف دارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، ص ۷۵۹). پس ضمان در تمامی موارد مذکوره و متعارف میان مردم، بر اساس جریان عموم و اطلاق و اصالة الصحه، صحیح و موثر است (سبزواری، ۱۴۰۴، ص ۲۷۹).

۴ - معلوم نیست نقل ذمه و برائت ذمه مضمون عنه به موجب ضمان از لوازم ضمان است یا از شرائط آن (اردبیلی، [بی تا]، ص ۴۵۸). مضافاً دلیلی نداریم که ضمان در همه موارد ناقل ذمه باشد، بلکه انتقال مضمون به، به ذمه ضامن و برائت مضمون عنه در ضمان جنبه غالبی دارد نه کلی. به گونه‌ای که برخی از مشایخ گفته‌اند؛ آنچه که معروف گردیده ضمان از باب غالب موجب نقل ذمه است نه تخصیص. براین اساس، ممکن است نزاع فقیهان در مثل این موارد صغروی باشد نه علمی کبروی (سبزواری، ۱۴۰۴، ج ۲۰، ص ۲۷۹ / حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ص ۴۱۲). و همچنین مربوط به ضمان از دیون و حقوق مالیه مستقر در ذمه یا حقوقی است که به ذمه تعلق می‌گیرند (حائری طباطبایی، [بی تا]، ص ۱۳۲). شاهد بر این ادعا کلمات فقهای مخالف در پذیرش ضمان عهده و فقدان چنین خاصیتی در کفالت هست با اینکه کفالت از مصادیق ضمان است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ص ۴۱۲).

۵ - فقیهان بزرگی از جمله شیخ در مبسوط و خلاف، ابن زهره در غنیه در مقام اثبات صحت ضمان به آیه شریفه «لمن جاء به حمل بعیر...» احتجاج کردند. شیخ در خلاف می‌فرماید: «یصح ضمان مال الجعالة اذا فعل ما شرط الجعالة له. دلیلنا قوله تعالی. و لمن جاء... و هذا نص» (طوسی، ۱۴۰۷، ص ۶۳۹). و در جای دیگر می‌فرماید: «دلیلنا قوله □: "الزعم غارم" و لم یفصل و الاصل جواز ذلك و المنع محتاج الی الدلالة» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۳۱۸).

منظور شیخ از "اذا فعل ما شرط الجعالة له" نمی‌تواند صحت ضمان بعد از عمل باشد، چون در این حالت قطعاً ضمان صحیح است و نیازی به استدلال به آیه شریفه سوره یوسف ندارد، بلکه باید مقصود شیخ این باشد که ضامن می‌تواند مال جعاله را برای عامل تضمین کند در صورتی که عامل کاملاً عمل را انجام دهد. بعد از انجام عمل، مال الجعاله در ذمه ضامن است و ضامن ملتزم به آن خواهد بود.

ابن قدامه در مغنی (ابن قدامه، ۱۹۶۸، ص ۴۸۳) ابن قسیم در اعلام الموقنین (ابن قسیم، ۱۴۲۳، ص ۳۹۶) و بهوتی در کشف القناع (البهوتی، [بی تا]، ص ۳۶۷) از فقهای برجسته عامه نیز به همین آیه شریفه استدلال کرده‌اند.

صاحب عروه راجع به ضمان از مال الجعاله قبل از انجام عمل می‌نویسد: ... هماهنگ و مطابق با قول جماعتی، اقوی بر جواز ضمان است، نه از باب ادعای ثبوت جعل به ذمه از اول و سقوط آن در صورت عدم انجام عمل و نه از این جهت که از اول بشرط انجام عمل در آینده بر ذمه ثابت شده باشد، بلکه علت جواز آن آیه شریفه «ولمن جاء به حمل بعیر و أنابه زعیم» است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، ص ۷۷۶).

۲-۲. لزوم تعلیق

ضمانت نسبت به دین آینده، مثل ضمانت از بدل در صورت تلف عین، برگشت به تعلیق در ضمان می‌کند؛ زیرا در این صورت ضمان اولاً و بالذات در ظرف تلف به بدل تعلق می‌گیرد که اجماع بر بطلان آن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، ص ۷۷۶/محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص ۳۱۹). توضیح اینکه، در این حالت اگر منظور از ضمان، التزام به رد باشد معنایش این است که نسبت به رد خود عین، حکم فعلی است و نسبت به مثل یا قیمت تعلیقی و بر فرض تلف، پس از آنجا که حکم اشتغال ذمه به بدل بر فرض تلف، تعلیقی و حکم ضمان در عین مضمونه مثل ضمان غاصب، تنجیزی است چگونه ممکن است یکی از آن دو معنای دیگری باشد (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۳۷)؟ اگر مراد اشتغال ذمه به صورت معلق باشد، از قبیل انشای معلق است که اجماعاً باطل است، چون تعلیق جز در موارد خاص مانع صحت عقد و ایقاع است. و اگر مراد ضمان به صورت واجب معلق باشد، در این صورت ضمان حالی و مضمون استقبالی است و از آنجا که ضامن، تابع مضمون عنه است و هر وقت چیزی هر چند به صورت واجب معلق بر ذمه مضمون عنه ثابت نباشد، در ذمه ضامن هم ثابت نمی‌شود، در این حالت ضمان اصطلاحی نیست بلکه ضمان عرفی است که محل بحث فقهاء نیست.

پاسخ اینکه، اولاً: تنها دلیل بر بطلان ضمان معلق، اجماع است و حال اینکه با توجه به پذیرش ضمان معلق در موارد متعددی، از جمله ضمانت از بدل در مستحق للغیر در آمدن عین، توسط بزرگانی از فقه مثل شیخ در مبسوط (طوسی، ۱۴۰۶، ص ۳۲۶)، محقق در شرایع (محقق حلی،

۱۴۰۳، ص ۱۰۹)، علامه در تذکره (علامه حلی، ۱۴۱۴، ص ۲۵۳) و قواعد (حلی، ۱۴۱۳، ص ۱۷۸) ادعای اجماع وجهی ندارد.

ثانیا: این نوع ضمانت در واقع از اقسام تعلیق بر مقتضای عقد است، که صحت آن بلامنازع است، و براین اساس مناقشه بر ادعای اجماع نسبت به اصل مسئله ظاهر می‌گردد. پس دلیلی بر بطلان ضمان از این جهت هم نیست.

ثالثا: مفهوم ضمان همان تعهد است که مطلقاً فعلی است و تعلیق نیز در اثر آن است نه در ذات تعهد. در چنین مواردی اصلاً دلیلی بر بطلان نیست، بلکه در بسیاری از عقود مانند جعاله، سبق، رمایه، سلف، نسیه و... واقع شده است (سبزواری، ۱۴۰۴، ج ۲۰، ص ۲۷۹).

۲-۳. اصل عدم ترتب اثر

هرگاه نسبت به صحت و ترتب اثر بر ضمانت از دین آینده شک حادث گردد، از آنجا که در منابع فقهی دلیل روشن بر چنین ضمانتی اقامه نشده است، پس نظر مانعین و مخالفین صحت تایید و اصل عدم جواز جاری می‌گردد (بحرانی، ۱۴۱۴، صص ۳۰ و ۳۵) زیرا ادعای وجود سبب، به تنهایی در ضمان موجب نقل ذمه کفایت نمی‌کند. مضافاً، لااقل نسبت به ترتب اثر بر چنین ضمانتی شک حادث می‌گردد، که اصل عدم ترتب اثر جاری است (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۱۴۰).

تمسک به ادله عام هم نیز در این خصوص محمولی ندارد، زیرا استدلال به ادله‌ای مثل «اوفوا بالعقود» از قبیل تمسک به دلیل در موضوع مشکوک است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴، ص ۳۴۶). به این جهت که نمی‌دانیم اساساً ضمانت از دین آینده محقق می‌شود تا مصداق عقد باشد یا نه؟ «اوفوا بالعقود» و امثال آن دلالت بر صحت عقد محقق و تحقق مضمون چنین عقدی دارد. اما در جایی که تحقق عقد محل مناقشه است، تمسک و استدلال به آن صحیح نیست. همچنین تمسک به نبوی «الزعم غارم» نیز ممکن نیست؛ اولاً: مشکل سندی دارد چون روایت عامی السند است و از طریق امامیه ثابت نیست حتی در برخی اخبار تکذیب آن آمده است (همان، ص ۳۴۵/ نجفی، ۱۴۰۴، ص ۱۴۰).

ثانیاً: بر فرض پذیرش سند، از نظر دلالت نمی‌تواند مثبت ادعا باشد. چون نبوی دلالتی بر موارد صحت و یا عدم صحت ضمان ندارد، بلکه در جایی که ضمان صحیح و محقق باشد دلالت بر استقرار غرم و مسئولیت ضامن دارد ولی متکفل بیان صحت ضمان دین آینده نیست (خویی،

۱۴۱۸، ص ۲۰۶).

آنچه در نقد استدلال مذکور به نظر می آید؛ اولاً: با وجود عرفی بودن مفهوم ضمان و شکل گیری موضوع آن و در نتیجه وجود عموماتی مثل «اوفوا بالعقود» و «الزعیم غارم» و المومنون عند شروطهم و اطلاعات اوامری که امر به معروف می کنند، شکی حادث نمی گردد تا نوبت به جریان اصل برسد؛ زیرا عمومات مذکور بدون تردید دلالت بر صحت چنین ضمانی دارند، هر چند قائل شویم در عرف خاص فقیهان این گونه ضمانها در یک معنای دیگر حقیقت پیدا کرده باشند (حائری طباطبایی، [بی تا]، ص ۱۳۱). براین اساس، اصل جواز در این خصوص جاری است، زیرا نص و اجماعی نداریم خصوصاً اینکه دلیل عقلی نیز مانع نیست.

ثانیاً: به قصور سند «الزعیم غارم» اشکال شده، همان گونه که رسم فقها در نبویات است، با این حال ظاهر متن شهادت به صدورش دارد (سبزواری، ۱۴۰۴، ج ۱۸، ص ۲۴۲) و فقیهان نیز در موارد مختلف بحث ضمان به آن استناد کردند به گونه ای که می توان مدعی شد، مضمون آن شهرت فتوایی پیدا کرده است.

۲-۴. تبعی بودن عقد ضمان

عقود به اعتبار ایجاد و تحقق یا اصلی اند و یا تبعی. بدین معنی، که در ایجاد و انشا یا محتاج به وجود یک امر و رابطه پیشینی نیستند بلکه خود بدواً قابلیت انشا و در نتیجه موجد اثرند، مثل عقد بیع، و یا اینکه بدون وجود یک رابطه پیشینی قابل تحقق نیستند تا بخواهند اثر بخش باشند. و لذا موضوع آن ها باید از قبل یا به موجب یک عمل حقوقی و یا واقعه حقوقی وجود یابد تا بتوانند قابلیت تحقق داشته باشند، عقود مثل ضمان، کفالت و رهن در زمره این عقودند. بر همین اساس نیز در م ۶۸۴ ق.م. در تعریف عقد ضمان آمده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد». پس وقتی وجود عقد تبعی ضمان وابسته به وجود رابطه پیشین است، ضمانت از دین آینده به این معنی است که ضمان بخواهد رابطه پیشین را بعداً ایجاد کند، که مستلزم تقدم فرع بر اصل است، یعنی یک نتیجه غیر عقلایی و باطل. بر همین اساس فقیهان ضمان مالم یجب، ابراء و اسقاط مالم یجب را باطل و غیر عقلایی می دانند (عاملی، ۱۴۱۷، ص ۱۲۲).

در پاسخ می توان گفت: قاعده ای که به موجب آن تابع در وجود خود وابسته متبوع است در

تحقق ضمان از دین آینده تأثیری ندارد؛ زیرا اثر اصلی عقد آن است که ضامن در هنگام ایجاد تعهد مدیون اصلی، همزمان با او در برابر مضمون له متعهد و مکلف به ایفاء دین گردد (غمامی، ۱۳۸۷، ص ۸۱). مضافاً، موضوع بحث ما از باب اسباب و مسببات تکوینیه نیست بلکه از باب حکم و موضوع است. پس امکان جعل حکم بر موضوع کلی قبل از وجود مصداقی برای آن در خارج هم هست، آنگونه که در وقف بر اولاد قبل از به دنیا آمدنشان با فرض تملیکی بودن وقف مطرح است. نهایت امر آن است که بگوییم ملکیت در آن طلق نیست بلکه مقید به عدم فروش و عدم وراثت است (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۱۱۴-۱۱۶).

۳. نظر برگزیده

دین آینده ممکن است با توجه به تحقق اسباب و شرایط متفاوت باشد بدین صورت؛ ممکن است گاهی به گونه‌ای باشد که عقلاء آن را در معرض وجود می‌بینند و عدم تحقق آن را مرتبط به عارض شدن حادثه‌ای بدانند، مثل موردی که مقتضی تحقق آن موجود باشد، و در برخی موارد امکان تحقق آن وابسته به امر نادری باشد، مثل اینکه در زمان ضمانت فقط شرایط موجود است. اگرچه توجیه صحت ضمانت در فرض دوم مشکل است با اینحال ضمانت از دین آینده در فرض اول عقلایی و فاقد اشکال است و بر این ادعا می‌توان به دلایل ذیل تمسک نمود.

۳-۱. اعتباری بودن ضمان

ضمان عبارت از وجود اعتباری چیزی در عهده و ذمه است. در این مفهوم فرقی میان ضمان المسمی (قراردادی) و ضمان واقعی نیست. نهایت این که، در ضمان المسمی مالیت شئی را در مقدار مشخصی تعیین می‌کنند ولیکن در ضمان واقعی آنچه به ذمه می‌آید مالیت شئی، مثل یا قیمت، است. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۱۱۳). همان‌گونه که اعتبار دین موجود بالفعل در ذمه و نقل آن از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن صحیح است، اعتبار دین آینده ممکن الحصول نیز در ذمه صحیح است، بدون اینکه محذوری پیش آید، چون اعتبار کردن امری کم هزینه است (سبزواری، ۱۴۰۴، ص ۲۸۱). بر همین اساس، فقیهان ضمانت از عین مضمونه را جایز دانسته و گفته اند؛ امکان تصویر اعیان مضمونه به وجود اعتباری‌شان در ذمه هست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۱۲۰). وقتی شخصی بگوید: «من ضامن فلان عین هستم» آن عین در عهده و ذمه‌اش اعتبار می‌گردد و

ذمه‌اش بری نمی‌گردد مگر به رد عین در صورت بقا یا رد مثل و قیمت در صورت تلف. همین تصویر در اعتبار دین آینده ممکن‌الحصول به نظر عرف نیز امکان‌پذیر است، بدون اینکه مخالفت با عقل و یا نقلی گردد و یا محذوری بدنبال داشته باشد. براین اساس، مطابق مرسوم در همه ملل قبل از اینکه وامی پرداخت گردد راجع به بازپرداخت آن، وثیقه مطالبه می‌گردد و یا کفیل تعهد می‌کند اگر مکفول را در موعد مقرر تسلیم نکند از عهده بدهی‌هایش برمی‌آید، بدون اینکه راجع به صحت و الزام آوری آن کمترین شائبه‌ای پیش آید.

از طرفی می‌توانیم ادعا کنیم، ضمان منحصراً در یک قسم نیست، تا نسبت به دین آینده شک در صحت حادث گردد؛ بلکه دارای وجودی مشکک و ذو مراتب است که با توجه به موضوعات مختلف، ممکن است به چند صورت تقسیم شود: ۱ - موردی که موجب نقل ذمه مضمون عنه نسبت به دین فعلی گردد. ۲ - موجب نقل ذمه نسبت به دینی گردد که در معرض وجود است. ۳ - موردی که از باب تعهد و التزام به چیزی به نفع مضمون عنه صورت گیرد؛ ضمان از دین آینده داخل در قسم دوم بوده و منافاتی با نقل به ذمه بودن هم ندارد تا مبتلا به اشکال کیروی گردد. براین اساس، اجماع مورد ادعا راجع به «اشترای در ذمه بودن» (ناظر به موردی است که در زمان ضمان اصلاً چیزی در ذمه نباشد ولو به قیمت آن به شرط تلف یا وجوب رد در صورت بقا. مثل اینکه شخصی به دیگری بگوید: به فلانی هر آن چه را می‌خواهد بده و من ضامن او هستم. و همچنین منظور از وجود مال در ذمه این است که، متعلق ضمان نفس نیست، و فقیهان می‌خواستند با این قید کفالت خارج شود. در نتیجه، اجماعی بودن بطلان» ضمان مالیم یجب" مربوط به جایی است که نه اشتغال ذمه باشد و نه سبب آن حاصل شده باشد و نه ضرورتی بر آن باشد (محقق قمی، ۱۳۷۱، ص ۸۴).

۳-۲. کفایت وجود مقتضی ضمان

اما این گفته که، ضمان دین آینده چون منجر به «مالیم یجب و تعلیق» می‌شود باطل است؛ اولاً: با توجه به وجود مقتضی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۷، مسئله ۳۸)، خصوصاً اگر به نظر عرف در آینده نزدیک قابل تحقق باشد، عرفاً از قبیل ضمان مالیم یجب نیست، و مشمول عمومات می‌گردد، هر چند به دقت عقل مالیم یجب باشد، زیرا امور شرعی مبتنی بر دقت‌های عقلی نیست (سبزواری، ۱۴۰۴، ص ۲۸۴).

ثانیا: ظاهرا تصور مخالفین این است که ضمان قرار است بعد از تحقق دین و به صورت معلق محقق گردد، مثلا در ضمانت از عین، ضمان بعد از تلف محقق گردد، و لذا می گویند کسی که الان ضامن می شود و می گوید؛ «من ضامنم اگر مال تلف شود، مثل و قیمت آن را می دهم» این ضمان مالم یجب است. و حال اینکه، اگر واجب معلق باشد دیگر «ضمان مالم یجب» نیست، چون «ضمان مالم یجب» یعنی ضمانی که وجوب نداشته باشد. و در مقابل امضای وجوب معلق، یعنی وجوب فعلی و واجب استقبالی است. اگر وجوب فعلی باشد مشکلی وجود ندارد. مشکل در خود واجب معلق است که غیر عقلایی و غیر قابل پذیرش است. واجب معلق همیشه مشروط است. و مطابق بیان مرحوم آخوند در کفایه هر جا وجوب فعلی بود، واجب هم باید فعلی باشد هر جا وجوب استقبالی بود واجب فعلی معقول نیست (آخوند خراسانی، ۱۳۷۶، ص ۱۵۴). و لذا کسانی که این گونه ضمان را از قبیل واجب معلق می دانند، نباید به حکم ضمان مالم یجب باطل تلقی کنند. و در مقابل کسی که می گوید ضمان مالم یجب است دیگر مسأله واجب معلق را نباید مطرح کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ص ۱۰۰).

۳-۳. جریان قواعد عام اولیه و ثانویه

علاوه بر دلایل یاد شده می توان به عموم ادله مانند «اوفوا بالعقود» و «الزعم غارم» و اصل جواز معاملات، عمل مسلمین، ضرورت و حاجت، وجود مصلحت و وجود سبب تمسک کرد. گروهی از فقیهان در صحت چنین ضمانی به امر به اتلاف، ضمان عهده و... به نیاز و ضرورت تمسک نموده و گفته اند؛ از آنجاکه حاجت و نیاز مردم به چنین ضمانی وجود دارد، پس ضمانش جایز است.

محقق اردبیلی به عموم ادله ضمان، اجماع، ضرورت، حاجت و عمل مسلمین تمسک نموده و می نویسد: شاید بتوان برای صحت ضمان عهده به عموم ادله ضمان و اجماع تعلیل نمود، هر چند گفته شده است ضمان اعیان صحیح نیست. همچنین صحت ضمان مؤید به ضرورت و عمل مسلمین است، زیرا لازمه عدم صحت چنین ضمانی، تعطیلی برخی معاملات است و حال اینکه در غالب موارد معامله با غریبه ها ضروری و مورد نیاز است، زیرا بر فرض بطلان معامله و در صورت تلف ثمن، اعتمادی به آن ها وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۰۴، ص ۲۹۷).

محقق ثانی می گوید: «ولعل تجویز ضمانه لعموم البلوی و دعاء الحاجه و إطباق الناس علی ضمان

العهد» (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۳۲۶). صاحب بلغه الفقیه به کثرت وقوع و نیاز به آن تمسک کرده‌اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۴، ص ۳۴۲).

در فرازی از جامع الشتات آمده است: هر چند قائل باشیم که ضمان عهده، ضمان نیست به جهت اینکه ضمان مالم یجب است، ظاهراً خلافی در آن نیست و از جمعی ظاهر می‌شود که اجماعی است مثل علامه در تذکره و صاحب مسالک و آخوند ملا احمد اردبیلی و دلالت می‌کند بر آن «اوفوا بالعقود» و امثال آن و همچنین ضرورت عسر بدون آن، زیرا که بسیار است که احتیاج می‌شود به معامله و اعتمادی به بایع نیست و گاه است مال غیر را می‌فروشد و فرار می‌کند و به اودست نمی‌رسد (محقق قمی، ۱۳۷۱، ص ۶۲).

و بر همین اساس نیز گفته شده است: «هرگاه ظالمی اقدام به حبس شخصی نماید و از آن شخص بدون هیچ‌گونه حقی، درخواست مالی به‌عنوان جریمه نماید و شخص محبوس از دیگری درخواست ضمان آن وجه و مال مورد مطالبه را بنماید تا از حبس خلاصی یابد، چنین ضمانتی صحیح و ضامن پس از پرداخت حق رجوع به مضمون عنه را دارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ص ۴۰۱/ محقق قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۴۴). صحت چنین ضمانتی فقط بر مبنای حاجت و ضرورت قابل توجیه است چون در واقع دینی وجود ندارد و مضافاً جریمه مذکور نیز فاقد مشروعیت و باطل است. بهر حال، دفع ضرر و حاجت، اصلی است از اصول شرعیه، مستقل است در اثبات احکام (محقق قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۴۴).

شهید اول در قاعده ۹۸ کتاب القوائد می‌نویسد: «هر گاه دلیل دلالت بر حکمی نماید و علی‌رغم نیاز عموم به آن در زمانش یا نیاز عمومی بر خلافش بیانی در خصوص آن از پیامبر اکرم □ وارد نشده باشد آیا این امر موجب قده آن دلیل می‌گردد؟ در اصول در این خصوص مطلبی هست که عامه از آن به قیاس جزئی تعبیر می‌کنند. مثالهای متعددی در این خصوص وجود دارد از جمله ضمان درک که ضمان مالم یجب است که نیاز عمومی آن را تجویز نموده و از جانب پیامبر اکرم هم بیانی نیامده است. جواز خریدن مال از دیگری درحالی‌که قابض اقرار به خرید از دیگری می‌کند و حال آنکه مقتضای دلیل بر عدم جواز است چون اقرار به ملک غیر و ادعای حصول ملکیت خود را دارد و با این حال بر اساس کلام ائمه □ «لولا هذا لما قامت للمسلمین سوق» جایز شده است و در این خصوص علی‌رغم نیاز عمومی بیانی از پیامبر اکرم □ نیامده است (مکی عاملی، ۱۴۰۰، ص ۲۸۶).

در فقه اهل سنت نیز می‌بینیم که آن‌ها در مواردی از ضمان دین آینده به ضرورت و نیاز تمسک کردند. از جمله؛ در جواز اخذ وثیقه از فروشنده ناآشنا آمده است: وثایق سه گونه است؛ شهادت عدلین، رهن و ضمان. با شهادت عدلین حق به صورت کامل استیفا نمی‌گیرد. رهن نیز در این مورد به اجماع باطل است، زیرا موجب می‌گردد تا مال برای همیشه در گرو بماند پس تنها وثیقه ضمان است و اگر ضمان هم پذیرفته نشود معامله با بیگانه ممتنع گردیده که موجب ضرر بزرگی است. ضمانت از امری صورت می‌گیرد که در حال عقد واجب شده است زیرا در صورتی که مبیع به موجب مستحق للغیر در آمدن یا معیوب بودن در زمان عقد از دست خریدار خارج گردد در این صورت به ضمان حکم تعلق می‌گیرد. یعنی ضامن چیزی شده است که در زمان عقد واجب شده است (ابن‌قدامه، ۱۹۶۸، ج ۵، ص ۷۶ / نووی، ۱۹۸۷، ص ۳۶ / رافعی، ۱۳۸۷، ص ۳۶۵ / خطیب شربینی، ۲۰۰۹، ص ۲۰۰).

دکتر لنگرودی در این خصوص می‌نویسد: مواردی که به عنوان قاعده اضطرار مقررات تازه‌ای تلقی به قبول می‌شوند مانند ضمان عهده مبیع و ثمن که نص خاصی ندارد و فقهای اسلام اعم از امامیه و اهل سنت آشکارا می‌گویند که این قسم ضمان محل حاجت و اضطرار مردم است زیرا در گذشته که اسناد رسمی و نظام اداری نیرومند در معاملات با غرباء و مانند آن‌ها وجود نداشت و لذا نیاز به وثیقه داشتند که اگر مبیع یا ثمن مستحق للغیر در آید، تکلیف صاحب عوض روشن شود به این ترتیب که ثالثی ضامن شود که عین عوض را گرفته و به صاحب آن رد کند. از اینجا است که فقها می‌گویند، حاجت عمومی مانند اضطرار است و مورد حاجت را مشروع می‌گرداند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶، ص ۲۳۹). اینها نمونه اندکی از ده‌ها مورد است که فقیهان بر مبنای ضرورت و نیاز عمومی جهت صحت مصادیقی از ضمانت دین آینده بدان تمسک نمودند.

نتیجه

۱. از جمع مفهوم مخالف ۶۹۱ قانون مدنی و منطوق م ۶۹۷ ق.م. بر پذیرش ضمان عهده چاره‌ای جز این نداریم که سبب را در م ۶۹۱ به معنی مقتضی بگیریم. چون یکی از صورتهای ضمان عهده مربوط به دادن بدل در صورت تلف شدن عین است که از مصادیق ضمان از دین آینده است.
۲. بدون شک ضمان فاقد حقیقت شرعیه است و همانند سایر عناوین عقود و ایقاعات از

مفاهیم عرفیه است و مادامی که شارع از آن ردع ننموده باشد تحقق آن دائر مدار صدق عرفی است. با صدق عنوان عموماتی مثل «اوفوا بالعقود» و «الزعیم غارم» و المومنون عند شروطهم، بدون تردید دلالت بر صحت چنین ضمانتی داشته و دلالت بر الزامی بودن مفادش دارند

۳. دلیلی نداریم که ضمان در همه موارد ناقل ذمه باشد بلکه انتقال مضمون به، به ذمه ضامن و برائت مضمون عنه در ضمان جنبه غالبی دارد نه کلی. و همچنین با شرط ضم ذمه در عقد ضمان نه مخالفت با نقلی صورت گیرد و نه مخالفت عقلی. و لذا با حذف نقل ذمه به عنوان اثر ذاتی ضمان و در نتیجه پذیرش تضامن طولی، به عنوان قابل قبول‌ترین و مناسبترین امر با عرف مشکلی بر سر راه پذیرش صحت ضمان از دین احتمالی نیست.

۴. در مواردی از ضمانت که ادعای ضمان مالم یجب شده است، مثل ضمانت از عین نسبت به تلف نه ضمان مالم یجب لازم می‌آید و نه موجب تعلیق مبطل ضمان می‌گردد؛ زیرا منظور از ضمان مالم یجب، ضمان مالم یشیت فی الذمه است هر چند به صورت واجب معلق باشد. آنچه به نحو واجب معلق ثابت می‌گردد، ثابت و واجب است نه مالم یجب. از طرفی این نوع ضمانت در واقع از اقسام تعلیق بر مقتضای عقد است، که صحت آن بلامنازع است و باتوجه به وجود مقتضی خصوصا اگر عرفا در آینده بسیار نزدیک در معرض وقوع باشد ضمان مالم یجب بودن مضر نیست.

۵. اصرار بر بطلان ضمانت از دین آینده ممکن الحصول، باتوجه به فراگیری و عام البلوی شدن و پذیرش عرف و تبدیل شدن آن به عنوان یک ضرورت اجتماعی، موجب می‌گردد تا بگوییم: «لولا هذا لما قامت للمسلمین سوق». و لذا به نظر می‌رسد در حقوق ایران ضمانت از دین موجود بالفعل و دین آینده ممکن الحصول از یک وزان برخوردار بوده و میان آن دو موازنه برقرار است.

منابع

۱. ابن اثیر، مجدالدین؛ النهاية؛ ج ۲ و ۳، ج ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۷.
۲. ابن فارس، احمد؛ معجم مقانیس اللغة؛ ج ۳، قم: مکتب الإعلام الإسلامی، ۱۴۰۴ق.
۳. ابن قدامه، عبدالله بن احمد؛ المغنی؛ ج ۴، مصر: مکتبة القاهرة، ۱۹۶۸م.
۴. ابن ق، محمد بن ابی بکر؛ اعلام الموقعین عن رب العالمین؛ ج ۳، عربستان - احسا: دار ابن جوزی، ۱۴۲۳ق.
۵. اردبیلی، احمد؛ زیادة البیان؛ تهران: مکتبة المرتضویه، [بی تا].
۶. اردبیلی، احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ تصحیح و تعليق مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی؛ ج ۹، قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۴ق.
۷. بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۶ و ۷، قم: الهادی، ۱۴۱۹ق.
۸. بحر العلوم، سید محمد؛ بلغة الفقيه؛ ج ۲، ج ۴، تهران: نشر مکتبة الصادق، ۱۴۰۴ق.
۹. بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضرة؛ تحقیق محمد تقی ایروانی؛ ج ۲۱، قم: مؤسسة النشر الإسلامی وابسته به جامعه مدرسين، ۱۴۱۴ق.
۱۰. بروجردی عبده، محمد؛ حقوق مدنی؛ ج ۴، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۷.
۱۱. بهوتی، منصور بن یونس؛ كشف القناع عن متن الإقناع؛ ج ۳، بیروت: مکتبة النصر الحديثه، [بی تا].
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ عقد ضمان؛ تهران: شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۵۲.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ فن استدلال منطق حقوق اسلام؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۴، ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۵۶.
۱۵. جوهری، ابونصر اسماعیل بن حماد؛ الصحاح؛ ج ۶، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.

١٦. حائري طباطبايي، سيد محمد مجاهد؛ كتاب المناهل؛ قم: مؤسسه آل البيت □ لإحياء التراث، [بى تا].
١٧. حسيني عاملى، سيد محمد جواد؛ مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة؛ ج ١٦، بيروت: مؤسسة النشر الإسلامى، ١٤١٩ق.
١٨. حلى (علامه حلى)، حسن بن يوسف بن مطهر؛ تذكرة الفقهاء؛ ج ٢، قم: مؤسسة آل البيت □ لإحياء التراث، ١٤١٤ق.
١٩. حلى (علامه حلى)، حسن بن يوسف بن مطهر؛ قواعد الأحكام فى معرفة الحلال والحرام؛ ج ١، قم: مؤسسة آل البيت □ لإحياء التراث، ١٤١٣ق.
٢٠. حلى (محقق حلى)، جعفر؛ شرائع الإسلام؛ ج ٢، قم: مؤسسة آل البيت □ للطباعة والنشر (چاپخانه سيد الشهداء □)، ١٤٠٣ق.
٢١. خراسانى (آخوند خراسانى)، محمد كاظم؛ كفاية الأصول؛ ج ١، قم: مؤسسه آل البيت □ لإحياء التراث، ١٣٧٦.
٢٢. خطيب شريينى، محمد بن احمد؛ مغنى المحتاح إلى معرفة شرح أبى المنهاج؛ ج ٢، بيروت: دار الفكر، ٢٠٠٩م.
٢٣. خويى، سيد ابوالقاسم؛ كتاب المساقاة؛ ج ١، قم: مؤسسة إحياء الآثار الإمام الخويى، ١٤١٨ق.
٢٤. خويى، سيد ابوالقاسم؛ مباني العروة الوثقى؛ ج ٢، قم: مؤسسة إحياء الآثار الإمام الخويى، ١٤١٨ق.
٢٥. دهخدا، على اكبر؛ لغت نامه؛ ج ٣٢، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ١٣٧٧.
٢٦. رافعى، عبد الكريم بن محمد؛ فتح العزيز فى شرح الوجيز؛ ج ١٠، قم: مؤسسه فرهنگى تبيان، ١٣٨٧.
٢٧. روحانى، سيد محمد صادق؛ فقه الصادق □؛ ج ٢٠، قم: الإجتهد، ١٣٨٧.
٢٨. زبيدى، محمد تقى؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ١٨، بيروت: مكتبة الإحياء، ١٤١٢ق.
٢٩. سبزوارى، سيد عبد الأعلى؛ مهذب الأحكام فى بيان الحلال والحرام؛ ج ١٨ و ٢٠، قم:

- مؤسسة المنار، ١٤٠٤ق.
٣٠. سنهوري، عبدالرزاق؛ الوسيط في شرح القانون المدني؛ ج ٣، بيروت: منشورات الحلبيّة القانون، ١٩٧٨م.
٣١. صدر، سيد محمدباقر؛ «حواله»، فصلنامه فقه اهل بيت □؛ ش ٢١، بهار ١٣٧٩، ص ١٦-٣.
٣٢. طباطبائي حكيم، سيد محسن؛ مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، قم: مكتبة السيد المرعشي، ١٤٠٤ق.
٣٣. طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم؛ عروة الوثقى؛ ج ٥، قم: ميثم تمار، ١٤٢٧ق.
٣٤. طوسي، محمد بن حسن؛ الخلاف؛ ج ١، قم: موسسه النشر الاسلامي، ١٤٠٧ق.
٣٥. طوسي، محمد بن حسن؛ المبسوط في فقه الإماميه؛ ج ٢، بيروت: دارالأضواء، ١٤٠٦ق.
٣٦. عاملي كركي (محقق ثاني)، علي بن حسين؛ جامع المقاصد في شرح القواعد؛ ج ٥، قم: مؤسسه آل البيت □، ١٤١٤ق.
٣٧. عاملي، زين الدين؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ٤، قم: المؤسسة المعارف الإسلاميه (چاپخانه پاسدار اسلام)، ١٤١٧ق.
٣٨. غمامي، مجيد؛ «ضمن حسن اجراء قرارداد»، مجله دانشكده حقوق و علوم سياسي دانشگاه تهران؛ ش ٤٣، بهار ١٣٧٨، ص ١٠١-٧٧.
٣٩. فيروزآبادي، محمد بن يعقوب؛ قاموس المحيط؛ ج ٣، بيروت: دارالعلم، ١٤٠٥ق.
٤٠. قمي (محقق قمي)، ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ٢ و ٣، تهران: چاپ كيهان، ١٣٧١.
٤١. قمي، شيخ عباس؛ الغاية القصوى في ترجمة العروة الوثقى؛ ج ٢، قم: صبح پيروزي، [بي تا].
٤٢. كاتوزيان، ناصر؛ حقوق مدني - عقود معين؛ ج ٤، چ ٤، تهران: شركت انتشار با همكارى بهمن برنا، ١٣٧٤.
٤٣. كاتوزيان، ناصر؛ نظريه عمومي تعهدات؛ تهران: نشر يلدا، ١٣٧٥.
٤٤. معين، محمد؛ فرهنگ فارسي معين؛ ج ٢، تهران: مؤسسه انتشاراتي اميركبير، ١٣٧١.
٤٥. مكي عاملي (شهيد اول)، ابي عبدالله محمد؛ القواعد والفوائد؛ ج ٥، قم: دفتر تبليغات اسلامي، ١٤٠٠ق.
٤٦. نجفي، محمد حسن؛ جواهرالكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ٢٦، بيروت: دار إحياء

التراث العربي، ١٤٠٤ق.

٤٧. نعمت‌اللهی، اسماعیل؛ «ذمه و عهدہ در فقه شیعی»، مجله فقه و اصول؛ ش ٩٠، پاییز ١٣٩١، ص ١٥٥-١٧٦.

٤٨. نووی، یحیی بن شرف؛ روضة الطالبین و عمدة المفتین؛ ج ٣، بیروت: دارالفکر، ٢٠٠٥م.

٤٩. وزارت اوقاف و شئون اسلامیة کویت؛ الموسوعة الفقهية الكويتية؛ ج ٢، کویت: وزارت اوقاف، ١٤١٨ق.