

عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی

سید محمد موسوی یجنوردی*

چکیده: عقد ضمان یکی از انواع عقود اسلامی است که در این مقاله در چهار مبحث مورد بررسی قرار گرفته است:

در مبحث اول، نویسنده پس از بحث لغوی در مورد معنای ضمان آن را به سه نوع ضمان معاوضی، قهری و عقدی یا قراردادی تقسیم می‌کند و سپس به تشریح ضمان قراردادی می‌پردازد و نظر فقهای گوناگون را در مورد آن ابراز می‌دارد. در مبحث دوم، نظریات فقهای امامیه را در مورد اینکه آیا ضمان قالب عقدی دارد یا ایقاعی مطرح می‌کند و پس از بیان نظر فقها در این خصوص به این نتیجه می‌رسد که اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه پیروی از قواعد و مقررات تشریفات عقدی را در مورد عقد ضمان لازم و ضروری نمی‌دانند.

در مبحث سوم، آثار ضمان با بیان سه نظریه نقل ذمه، تضامن و وثیقه معرفی می‌شود و پس از تشریح استدلالهای فقها در این مورد، به نقد و بررسی این دلایل می‌پردازد. در مبحث آخر، ضمان و شرایط معتبر در آن درباره موضوعات مختلف مطرح می‌شود و نویسنده پس از طرح یک یک این فروع آنها را شرح و توضیح می‌دهد.

* دانشیار دانشگاه تربیت معلم و مدیر گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی پژوهشکده امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی.

مبحث نخست: شناخت مفهوم ضمان

ضمان یکی از انواع روابط حقوقی در اسناد تجاری است که برای شناخت مفهوم آن از دیدگاه فقه اسلامی باید به نظریات فقهای عظام مراجعه کرد. با وجود اینکه اصولاً مطالعه کتب لغت در این زمینه‌ها - به دلیل احتمال نقل از معنی لغوی به معانی اصطلاحی در فتون مختلف و در نتیجه عدم حجیت کلام ایشان - نقشی در سرنوشت اینگونه قراردادها و مفهوم اصطلاحی آنها در قلمرو عرف و فقه و حقوق ندارد؛ اما به دلیل تأثیر اختلاف نظر فقها در مورد مفهوم و ریشه لفظی واژه «ضمان» در مفهوم اصطلاحی و ماهیت فقهی - حقوقی این عمل حقوقی و آثار ناشی از آن مطالعه و بررسی مفهوم واژه ضمان ضروری به نظر می‌رسد.

(۱) مفهوم ضمان در لغت

واژه «ضمان» از ریشه «ضمن» گرفته شده است. در کتب لغت عربی این ریشه را با قرائتها و معانی گوناگون آورده‌اند. از میان آنها ریشه «ضَمَنَ» به معنی «قبول مسئولیت، تعهد، ضمانت، پذیرفتاری و التزام» برای مفهوم ضمان قراردادی متناسب‌تر و قابل استفاده‌تر است.^۱ در کتب لغت فارسی نیز «ضمان» به معنی «قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن وام دیگری و ملتزم شدن»^۲ آمده است. در زبانهای دیگر نیز واژه ضمان به همین مفاهیم به کار رفته است.^۳

(۲) مفهوم ضمان در فقه و حقوق

حقوقدانان اسلامی در شناخت مفهوم ضمان نهج واحدی نپیموده‌اند. با وجود این، همگی متفقاً ضمان را به عنوان یکی از توابع و وثایق دین شمرده‌اند. برخی از ایشان واژه ضمان را از ریشه «ضم»^۴ دانسته و «ن» را زاید در نظر گرفته‌اند و برخی آن را از ریشه «ضمن» دانسته^۵ و «ن» را جزء اصلی کلمه دانسته‌اند؛ چون «ن» نه تنها در مصدر، بلکه در مشتقات هم نقش اصلی دارد. در حقیقت، هر دو گروه ریشه و مفهوم ضمان را مبتنی بر نظریه خویش در ماهیت فقهی - حقوقی آن مبنی بر ضم ذمه به ذمه و ضم مطالبه به مطالبه یا نقل و انتقال بدهی از ذمه‌ای به ذمه دیگر قرار داده و ظاهراً قرارداد ضمان را منحصر به شبه جزیره عرب پنداشته‌اند. درحالی‌که در تمامی جوامع با زبانهای گوناگون اینگونه قراردادها، متعارف و متداول است. چنانچه در فرهنگ

لغت و اصطلاحات زبان انگلیسی، الفاظی به معنای ضمان، تضمین، ضمان عقدی و وثیقه وجود دارد.^۶ در فرهنگ لغت و اصطلاحات زبان فرانسه که در حقوق مدنی و حقوق تجارت بسیاری از کشورها، از جمله کشور ایران، استفاده می‌شود نیز واژه‌هایی به معنای ضمانت، وثیقه، تأمین و تضمین به کار رفته است. واژه *Contrat de cautionnement* به معنی قراردادی است که به موجب آن شخص متعهد می‌شود بدهی‌ای را که بر ذمه دیگری است، بپردازد.^۷

بنابراین مفهوم ضمان به عنوان اصطلاح متعارف در قلمرو فقه و حقوق خصوصاً در ابواب معاملات، حقیقتی واحد به معنی تعهد، مسئولیت و التزام است. چنانچه وجود قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» با قطع نظر از کلیت یا عدم کلیت و موجبات ضمان در آن، شاهد بر مدعا نیست و سران ضمان را در تمامی ابواب معاملات می‌رساند. البته این مفهوم واحد به اعتبار اسباب گوناگون ایجاد تعهدات و مورد تعهد تکرر می‌یابد و تقسیم ضمان به معاوضی، قهری و عقدی یا قراردادی در متون فقهی و حدیث به همین اعتبار صورت گرفته است. ضمان معاوضی به موجب کلیه قراردادهای صحیح پدید می‌آید، زیرا طرفین قرارداد به موجب آن، خود را به انجام تعهدات ناشی از آن قرارداد ملتزم و متعهد می‌دانند. ضمان قهری التزام و تعهدی است که به موجب اسباب خاصی چون اتلاف، غصب، تسبیب و غیره به عنوان وقایع حقوقی ایجاد می‌شود. ضمان عقدی و قراردادی نوع دیگری از التزام و تعهد است که هم اکنون در صدد بیان آن هستیم.

۳) شناخت مفهوم ضمان قراردادی

در شناخت مفهوم ضمان قراردادی اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه - قدس الله اسرارهم - آن را به عنوان تعهد و مسئولیت و التزام در نظر گرفته‌اند.^۸ برخی نیز ضمان را شامل دو قسم دانسته‌اند: ضمان به معنای اعم به معنی تعهد و التزام به مال از جانب شخص بدهکار به متقاضی ضمان (حواله) یا از جانب شخص غیر بدهکار به متقاضی ضمان (حواله) یا از جانب شخص بدهکار به متقاضی ضمان (ضمان به معنای اخص) و تعهد و التزام به نفس (کفاله) دانسته‌اند.^۹ متن کلام فقهای عظام در تعریف ضمان به معنای اعم چنین است:

الضمان هو عقد شرع للتعهد بنفس او مال ممن علیه مثله اولاً.^{۱۰}

در این عبارت، که نظر اکثریت فقهاست، ضمان به معنای اعم به عنوان حقیقتی واحد به معنی نفس تعهد و التزام است که به اعتبار مورد تعهد متکثر می‌شود. در صورت تعهد به نفس، کفاله و در صورت تعهد به مال از طرف مدیون بر عهده شخص ثالث قرار می‌گیرد، ولو به طور فصولی. حواله از طرف غیر بدهکار، ضمان به معنای اخص است. در بیان مفهوم ضمان قراردادی به معنای اخص در متون فقهی چنین آمده است:

التعهد بالمال ممن لیس له علیه مال هو الضمان بالمعنی الاخص.^{۱۱}

اطلاق بالمعنی الاخص هو التعهد بالمال عیناً او منفعةً او عملاً.^{۱۲}

بدین ترتیب مفهوم ضمان قراردادی عبارت است از نفس تعهد و التزام به بدهی دیگری بنابراین، اموری چون نقل و انتقال بدهی از عهده مضمون عنه (بدهکار اصلی) به عهده ضامن و برائت ذمه مضمون عنه و زوال رابطه حقوقی مضمون له (بستانکار) با شخص اخیر و یا نقل و انتقال و پرداخت بدون زوال رابطه بستانکار و بدهکار اصلی و یا ضم ذمه ضامن در بدهی یا مطالبه به ذمه بدهکار اصلی در طول یکدیگر به طور وثیقه و یا در عرض یکدیگر به طور تضامنی داخل در مفهوم ضمان نیست و این امور به موجب شروط ضمنی که متأثر از وضعیت اجتماعی جوامع عقلایی هر منطقه هست، در قلمرو ضمان قراردادی وارد می‌شود. با وجود این، گروهی از فقها و حقوقدانان اسلامی مفهوم ضمان را با بیان آثار ناشی از آن تعریف کرده‌اند.^{۱۳} برخی بدون ارائه مفهومی از ضمان قراردادی صرفاً به ذکر شروط صحت ضمان قراردادی پرداخته‌اند.^{۱۴} برخی دیگر مفهوم ضمان قراردادی را در قالب کاربردی بیان کرده‌اند. مبنی بر اینکه هرگاه شخص بدهکاری از دیگری تقاضای ضمانت از بدهی اش را بکند و شخص اخیر بپذیرد و بستانکار نیز رضایت دهد، بدهکار اصلی از بدهی مزبور بری گردیده و پرداخت بدهی بر عهده ضامن قرار می‌گیرد.^{۱۵}

مبحث دوم: ماهیت فقهی - حقوقی ضمان

در قلمرو فقه و حقوق همواره سعی شده است تا اعمال حقوقی (تعهدات قراردادی) و وقایع حقوقی (الزامات خارج از قرارداد) در قالب و عنوانی از عناوین حقوقی - فقهی گنجانده، براساس قالبها و قواعد موجود در حقوق تجزیه و تحلیل شود. ضمان نیز یکی از اعمال حقوقی و

الزامات قراردادی است که ماهیت فقهی و نوع رابطه حقوقی آن محرکه آرا و نظریات علمای علم فقه بوده و در مورد آن اتفاق نظر وجود ندارد. البته در این مورد که ضمان از دایره الزامات خارج از قرارداد نیست، اختلاف نظر وجود ندارد و به اتفاق این تعهد را از مصادیق الزامات قراردادی می‌شمردند؛ اما در نوع این قرارداد که قالب عقدی دارد یا در قالب ایقاع می‌گنجد، اختلاف نظر وجود دارد. زیرا الزامات قراردادی منحصراً باید بر یکی از این دو عنوان و قالب حقوقی منطبق باشد و به ناچار ضمان هم باید تحت یکی از این دو عنوان قرار گیرد.

ضابطه کلی برای تمییز عقد و ایقاع عبارت است از اینکه عقد تعهدی وابسته به دو طرف است، ولی ایقاع تعهدی یکطرفه محسوب می‌شود و صرفاً با رضایت متعهد ایجاد و مؤثر می‌گردد. ضمان نیز براساس همین ضابطه سنجیده می‌شود که آیا از نوع تعهدی است که وجود یا تأثیرش متوقف بر رضایت دو طرف و منطبق بر ضابطه عقدی است یا به صرف رضایت یک طرف موجود و مؤثر می‌شود. به منظور روشن شدن وضعیت فقهی - حقوقی این تعهد و نوع رابطه فقهی - حقوقی آن به مطالعه و بررسی آرا و نظریات فقهای عظام و ادله ایشان می‌پردازیم و در این تتبع در مورد نظریات فقها به دو نظریه ضمان مساوی با عقد و ضمان مساوی با ایقاع دست می‌یابیم.

۱) نظریه عقدی

فقهای عظام در مورد ماهیت ضمان، به اتفاق چنین اظهار می‌دارند:

الضمان هو عقد شرع للتعهد بمال ممن ليس عليه مثله.^{۱۶}

بنابراین فقهای که به ارائه تعریفی برای ضمان به معنای اعم مبادرت کرده‌اند و اکثر قریب به اتفاق آنان از فقهای امامیه هستند، در ابتدا ضمان را به عنوان یک عقد معرفی می‌کنند و گویا عقد بودن را به عنوان جنس مشترک سه تعهد مندرج در ضمان به معنای اعم (کفالت، حواله و ضمان به معنای اخص) که به حسب «متعهد به» و «متعهد» به عنوان فصل ممیز آنها این سه تعهد تنويع می‌گردد، لحاظ کرده‌اند.

به منظور دستیابی به علت اتخاذ مبنای عقد توسط فقهای عظام و استدلالات ایشان ملزم به مطالعه متون فقهی آنان در مبحث شرایط یا عناصر و ارکان تشکیل دهنده عقد ضمان هستیم؛

چون در حقیقت آنان در این مبحث به تنقیح مبنای فقهی خود پرداخته و شرطی را تحت عنوان لزوم رضایت مضمون‌له یا اشتراط قبولی شخص اخیر جهت صحت یا مؤثریت ضمان قائل شده‌اند و ادله‌ای مشروح در مقام اثبات مدعایشان اقامه فرموده‌اند.

طرفداران نظریه عقد بودن ضمان در مورد کیفیت و نحوه ایجاد این تعهد دو جانبه و ارکان تشکیل دهنده آن اتفاق نظر ندارند و در این مسأله که عقد ضمان طبق روال معمول دیگر عقود صورت می‌گیرد و چون هر عقدی اصولاً نیاز به صیغه‌ای با کیفیت و الفاظ خاص، متشکل از ایجاب و ایجاد تعهد توسط موجب و قبولی از طرف قابل دارد و یا خیر، به دو گروه منشعب گشته‌اند.

برخی معتقدند در عقد ضمان برخلاف دیگر عقود، نیاز به صیغه با کیفیت مقرر نیست و صرف احراز رضایت مضمون‌له به هر شکل که باشد کافی است و برخی معتقدند در عقد ضمان همچون عقود دیگر صیغه با کیفیت مقرر مورد نیاز است.

هر گروه در مقام اثبات و استدلال در مورد نظریه ابرازی خویش برآمده‌اند که مطالعه و بررسی ادله ایشان و نقد آنها توسط نظریه پردازان در نتیجه‌گیری و اتخاذ مبنای خاص در این زمینه و تبیین وضعیت حقوقی و ماهیت ضمان حائز اهمیت است، لذا ما نیز از پرداختن به این مهم فروگذار نخواهیم کرد.

الف: نظریه عقد تشریفاتی

پیروان این نظریه نه تنها رضایت مضمون‌له را در تحقق ماهیت ضمان لازم شمرده‌اند، بلکه معتقدند این رضایت باید در قالب مخصوص عقود و با کیفیت و صیغه مخصوصی ابراز گردد تا مؤثر واقع شود و صرف وجود رضایت مضمون‌له به هر کیفیتی و در هر زمانی حاصل شود موجب عقد ضمان نخواهد بود و کفایت نخواهد کرد. این گروه به ادله متعددی از جمله روایات استناد کرده‌اند که فقها در متون فقهی خویش به نقل و بعضاً هم به نقد آنها پرداخته‌اند.^{۱۷}

ب: نظریه عقد غیر تشریفاتی

اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه با وجود اینکه ضمان را از عقود شمرده‌اند، اما پیروی از

قواعد و مقررات شکلی و تشریفات عقدی را در آن ضروری و لازم ندانسته‌اند.^{۱۸} در حقیقت، این بزرگواران با ابراز این نظریه در مقام بیان دو مطلب هستند: مطلب اول اینکه رضایت مضمون‌له به منظور صحت، لزوم یا تأثیر عقد ضمان، حسب نظریات مختلف ضروری است. مطلب دوم اینکه رعایت شرایط و مقررات حاکم بر شکل و نحوه ابراز عقود (ایجاب و قبول) در عقد ضمان لازم نیست. لذا در استدلالهایی که به منظور اثبات مدعایشان ارائه کرده‌اند گاهی لزوم صرف احراز رضایت مضمون‌له و گاهی عدم لزوم صیغه و نفی کیفیت خاص قبولی مقرر در سایر عقود محور قرار گرفته و در عین حال هدف واحدی دنبال شده است.

پیروان این نظریه در نقش رضایت مضمون‌له در عقد ضمان اتفاق نظر ندارند. گروهی رضایت مضمون‌له را شرط صحت عقد ضمان می‌دانند^{۱۹} و گروهی عقد ضمان را با ایجاب ضامن صحیح دانسته و در مرحله لزوم عقد ضمان، رضایت مضمون‌له را ضروری می‌شمرند.^{۲۰} برخی دیگر عقد ضمان را مادامی که طرف مقابل نپذیرفته، مؤثر و نافذ ندانسته و معتقدند رضایت مضمون‌له موجب تأثیر و نفوذ عقد ضمان خواهد شد.^{۲۱}

نظریه لزوم رضایت مضمون‌له و به عبارت دیگر، عدم لزوم پیروی از تشریفات عقدی در عقد ضمان حاصل گذشت زمان و سعی و تلاش پیگیر فقهای عظام است و بر این محور استوار گردیده که عقد ضمان عبارت است از وثیقه‌ای به نفع مضمون‌له و اعانت و التزامی به نفع مضمون‌له، بدون اینکه تملیک و تملکی در آن صورت پذیرفته باشد. بر همین اساس، رعایت ضوابط و تشریفات مقرر در عقود تملیکی از جمله ایجاب و قبول با الفاظ ویژه، توالی آنها و... ضروری نیست و صرف احراز رضایت مضمون‌له به منظور تحقق عقد ضمان مؤثر، کفایت می‌کند.

۲) نظریه ایقاع یا تعهد یک جانبه

برخی از فقها و حقوقدانان اسلامی ضمان را به عنوان تعهدی یک جانبه و به اصطلاح فقهی یک ایقاع شناسایی کرده^{۲۲} و معتقدند در هیچ یک از مراحل تشکیل یک تعهد مؤثر به عنوان ضمان (اعم از صحت، لزوم و تأثیر) قبول تشریفاتی و صرف رضایت مضمون‌له به هر شکل ممکن، دخالت و تأثیری ندارد.

الف: دلایل نظریه ایقاع

پیروان نظریه تعهد یک جانبه یا ایقاع به منظور اثبات نظریه ابرازی خود دلایلی را مبنی بر اطلاعات و عموماتی از آیات و روایات و نصوص روایی، به شرح ذیل، مورد استناد قرار داده‌اند:

دلیل اول: اطلاعات و عمومات

اطلاق و عموم آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^{۲۳} شامل عهود موثقه، از جمله نذر و عهد و یمین هم می‌شود، چه رسد به ضمان که پای حقوق مردم در میان است. اطلاق و عموم روایت «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^{۲۴} مبنی بر اینکه هم شامل شرایط ضمنی در عقد و هم شامل مطلق التزام، که معنای ظاهر از بین معانی شرط است، باشد. یکی از مصادیق این روایت التزام و تعهد ضامن حتی بدون قبول و رضایت بستانکار است.

دلیل دوم: روایات باب ضمان

الف) روایت ابوسعید الخدری:

قال: كنّا مع رسول الله (ص) فی جنازة، فلما وضعت قال: هل علی صاحبکم من دین؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا علی صاحبکم، فقال علی (ع): هما علی یا رسول الله وانا لهما ضامن، فقام رسول الله (ص) فصلی علیه، ثم أقبل علی علی (ع) فقال: جزاک الله عن الاسلام خیراً، وفک رهانک كما فککت رهان اخیک. ۲۵

ب) روایت جابر بن عبد الله:

انّ النبی (ص) کان لا یصلّی علی رجل علیہ دین فأتی بجنازة فقال: هل علی صاحبکم دین؟ فقالوا: نعم دیناران. قال: فصلوا علی صاحبکم، فقال ابوقتیاده: هما علی یا رسول الله، قال: فصلّی علیه فلما فتح الله علی رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنین من انفسهم، فمن ترک مالا فلورثته، ومن ترک دیناً فعلى. ۲۶

استدلال به این دو روایت به منظور اثبات عدم لزوم رضایت بستانکار مبتنی بر این است که پیامبر (ص) به صرف تعهد ضامن و ایجاب ضمان از نمازگزاردن امتناع نورزیدند. خصوصاً در روایت اول به صرف ضمانت حضرت علی (ع) خطاب به ایشان چنین عباراتی را فرمودند: «جزاك الله من الاسلام خيراً و فك رهانك كما فككت رهان اخيك». بدون اینکه از بستانکار در این زمینه سؤال شود یا رضایت او احراز شود، آثار ضمان را در این مورد که انتقال بدهی باشد به صرف ایجاب ضمان توسط حضرت علی (ع) بر آن مترتب کرده و فرمودند: «فك رهانك كما فككت رهان اخيك».

(ج) موثقة اسحاق بن عمار:

عن ابی عبدالله (ع) فی الرجل یكون علیه دين فعضره الموت فيقول وليه: علی دینک، قال: بیروه ذلک و ان لم یوفه ولیه من بعده و قال: ارجو ان لا یأثم و انما اثمه علی الذی یحبسه. ۲۷

(د) موثقة حسن بن الجهم:

قال سألت ابا الحسن (ع) عن رجل مات وله علی دين و خلف ولداً رجلاً و نساءً و صبیاناً فجاء رجل منهم فقال: انت فی حلٍّ ممّا لأبی علیک من حصّتی و انت فی حلٍّ ممّا لإخوتی و أخواتی و أنا ضامن لرضاهم عنک؟ قال: تكون من سعة من ذلک حلّ، قلت: فان لم یعطهم؟ قال: کان ذلک فی عنقه، قلت: فان رجع الوریثة علیّ فقالوا: أعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلک فی الحکم الظاهر فأتمّا بینک و بین الله عزّ و جلّ فانت منها فی حلٍّ إذا کان الرجل الذی أحلّ لک یضمن لک عنهم رضاهم فیحتمل الضامن لک. ۲۸

(ه) صحیحة حبيب الخثعمی:

عن ابن ابی عمیر، عن حبيب الخثعمی، عن ابی عبدالله (ع) قال قلت له: الرجل یكون عنده المال و دیعة یأخذ منه بغير اذن صاحبه، فقال: لا یأخذ إلاّ ان یكون له وفاء. قال قلت: أرايت ان وجد من یضمنه و لم یکن له وفاء و اشهد علی نفسه الذی یضمنه یأخذ منه؟ قال: نعم. ۲۹

دلیل سوم: وثیقه بودن ضمان

صرفاً تحصیل وثیقه نموده و بر اعتبار بدهی اش افزوده می‌گردد بدون اینکه چیزی را از دست بدهد، مداخلیت ندارد و تعهد ضامن یا ضمانتش کامل و مؤثر است.

دلیل چهارم: اصل عملی

اصل عملی عدم اشتراط رضایت مضمون‌له (بستانکار) در ایجاد ضمانت و تأثیرش در مواقع شک در لزوم و اشتراط این رضایت، مثبت ایقاع بودن ضمان است.

ب: نقد و بررسی دلایل ایقاع

۱- نقد و بررسی دلیل اول:

اطلاقات و عموماتی را که مورد استناد این گروه قرار گرفته مصداقیت ایقاع از ابرای آنها مشکوک است و تمسک به عمومات تمسک به عموم عام است در شبهات مصداقیه خود عام.

۲- نقد و بررسی دلیل دوم:

فقها و حقوقدانان اسلامی در مورد روایات باب ضمان چنین اظهار نظر فرموده‌اند: ^{۳۰} الف) هرچند در دو روایت ضمان حضرت علی (ع) و ابو قتاده از میت بدهکار، پیامبر (ص) بدون سؤال از رضایت بستانکاران به این دو ضمانت ترتیب اثر دادند، لیکن این اشکالات بر این دو روایت وارد است:

اول: سند این دو روایت ضعیف است.

دوم: دلالت هر دو روایت ضعیف بوده و معارض دارد.

سوم: این دو روایت نهایتاً نسبت به لزوم و عدم لزوم رضایت بستانکاران در تحقق ضمان اطلاق دارد و صرف عدم لزوم رضایت آنها را ثابت نمی‌کند.

چهارم: این روایات اختصاص به ضمانت از میت بدهکار دارد که دست بستانکار از همه جا کوتاه گشته است و دلیلی اخص از مدعاست.

پنجم: چه بسا در این روایات قرینه‌هایی مبنی بر رضایت بستانکاران وجود دارد؛ زیرا از

یکسو، ضمانت از بدهکاری میت و مفلس صورت پذیرفته که امید به وصول طلب از آنها قطع گشته است و از سوی دیگر، ضمانت اشخاص و بزرگوارانی چون حضرت علی (ع) و ابوقتاده با وضعیت موجود دال بر رضایت بستانکاران است.

ششم: این دو روایت خلاف مقصود و نظریه استدلال‌کنندگان را می‌رساند؛ زیرا ایشان در صدد اثبات عدم لزوم رضایت بستانکار به عنوان طرف قرارداد ضمان هستند، در حالی که این دو روایت با قرینه‌های مذکور در ایراد قبلی بر وجود رضایت بستانکاران می‌باشند. هر چند این رضایت در قالب تشریفات عقدی ابراز نشده است، لیکن عدم نقل، بر وجود نداشتن دلالت ندارد و حداقل، این روایات عدم بطلان ضمان تا قبل از علم و رد بستانکاران را می‌رساند.

۳) جمع‌بندی نظریات در مورد ماهیت ضمان

ظاهراً بین این سه نظریه (نظریه عقد تشریفاتی، عقد غیر تشریفاتی و تعهد یک جانبه) تباین وجود دارد؛ اما می‌توان این نظریات را در نظریه‌ای جمع‌بندی و به هم نزدیک کرد.

براساس این نظریه تمام ماهیت عقد توسط موجب ایجاد می‌شود و طرف مقابل عقد هیچ نقشی در تقوم ماهیت عقد ندارد، هر چند در مؤثر بودن عقد دخالت دارد. عقد از مقوله معناست و موطن معنا در افق نفس است. وجود نفسی با قصد تمامیت می‌یابد و عقد نه تنها تابع قصد است، بلکه عین آن می‌باشد و انفکاک و جدایی میان آنها نیست تا تبعیتی به دنبال داشته باشد. بنابراین، عقد امری بسیط است نه مرکب از ایجاب و قبول. زیرا در واقع، موجودات معنوی ترکیب نمی‌پذیرند. اما از آنجا که امور معنوی و قصدهای اشخاص از طریق الفاظ به یکدیگر منتقل می‌شود عقد نیز از طریق الفاظ ابراز و اظهار می‌گردد و به طرف مقابل منتقل و تفهیم می‌شود.

الفاظ از جمله ابزار ابراز قصد و عقد در مقام ثبات هستند، هر چند در این راه موضوعیت ندارند و طرفین تعهد دو جانبه (عقد) و تعهد یک جانبه (ایقاع) به طرق متعارف می‌توانند به ابراز و اظهار مقاصد و عقود خود بپردازند. با این بیان، وجه تمایز عقد و ایقاع نیز واضح می‌شود. عقد در جهت تأثیر خارجی‌اش نیاز به احراز رضایت طرف مقابل دارد؛ زیرا شخص موجب با ایجاب خود به طور فضولی تعهداتی را بر عهده طرف مقابل نهاده و حقوقی را به طور

فضولی از او به خود منتقل می‌سازد. لذا جهت تنفیذ این امر فضولی، اجازه یا احراز رضایت طرف مقابل ضرورت دارد. اما در ایقاع موجب صرفاً تعهداتی را به نفع دیگری بر عهده خود می‌نهد و یا حقوقی را از خود به دیگری منتقل می‌سازد و در این راستا، نه تعهدی بر عهده دیگری می‌نهد و نه حقوقی از دیگران به خود یا ثالثی منتقل می‌سازد تا رضایت طرف مقابل ضرورت داشته باشد و به محض ایجاب موجب و ایراز آن به یکی از ابزار متعارف الزام‌آور خواهد بود.

براساس این ضابطه ماهیت ضمان نیز روشن می‌گردد. ضمان عبارت است از تعهدی که ضامن به نفع مضمون‌له (بستانکار) بر عهده می‌گیرد، اعم از اینکه طلب مضمون‌له را بر عهده بگیرد و خود را مقابل او بدهکار سازد یا صرفاً پرداخت بدهی مضمون‌عنه به مضمون‌له را تعهد کند، بدون اینکه خود را بدهکار سازد. این امور ناشی از نفس تعهد ضامن است، اما بقای بدهکاری بدهکار اصلی یا برائت ذمه شخص اخیر بستگی به شرایط طرفینی ضمن تعهد ضمان توسط ضامن دارد. در صورتی که در ضمن تعهد ضامن، مبنی بر مدیون بودن او یا صرف تعهد به پرداخت بدهی اعم از اینکه تعهد ضامن در عرض تعهد بدهکار اصلی یا در طول آن قرار گیرد، ضابطه تعهد یک جانبه از طرف ضامن به نفع مضمون‌له بر آن منطبق خواهد بود و رضایت مضمون‌له در آن هیچ گونه نقشی نه در صحت، نه در لزوم و نه در تأثیرش ندارد. در صورتی که برائت ذمه بدهکار اصلی در آن شرط شود و ضامن به تنهایی در مقابل بستانکار به جای مدیون اصلی بدهکار محسوب گردد، به دلیل تصرفاتی که در حقوق بستانکار صورت می‌پذیرد و متفاوت بودن مردم در حسن انجام معاملات و پرداخت بدهیها، رضایت بستانکار صرفاً در جهت تنفیذ این ضابطه عقدی بر آن منطبق می‌گردد.

اما در رابطه با نحوه ایراز این تعهدات هیچ گونه محدودیت و تشریفاتی وجود ندارد و تعهدکنندگان باید از اموری که نزد عرف عقلاً مبرزیت دارد در اظهار اراده خود استفاده کنند، مگر در مواقعی که به دلیل وجود مصالح اجتماعی و حفظ نظم عمومی و اهدافی دیگر، قانونگذار تشریفات خاصی را در ایجاد آن تعهد مقرر کند؛ مانند عقد نکاح در شرع مقدس و قوانین دیگر کشورها یا خرید و فروش املاک در قانون ثبت که تنظیم اسناد رسمی، در معامله آنها ضروری لازم شمرده شده است.

مبحث سوم: آثار ضمان

هدف از انجام اعمال حقوقی اصولاً دستیابی و برخورداری از آثار آنهاست. لذا در هر عمل حقوقی از جمله ضمان ناگزیر از معرفی آثار آن خواهیم بود. نظریات حقوقدانان اسلامی در زمینه آثار ضمان به دنبال اختلاف نظر ایشان در حقیقت و عناصر ضمان متفاوت است. زیرا آثار هر تعهدی اعم از عقد و ایقاع تابع تعریف و حدود ماهوی و عناصر آن تعهد خواهد بود و از آنجا که در حقیقت ضمان و ارکان متشکله آن بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد، در آثار ضمان ناشی از آن نیز به نظریه واحدی دست نیافته‌اند. به منظور معرفی آثار ضمان به مطالعه متون فقهی و حقوقی اسلامی در این زمینه و بررسی نظریات و آرای فقهای عظام و نقل و نقد استدلالهای ایشان می‌پردازیم. متون فقهی در این رابطه، به طور کلی، بیانگر سه نظریه مبتنی بر نقل ذمه، تضامن (ضم ذمه به ذمه عرضی) و وثیقه (ضم ذمه به ذمه طولی) می‌باشند.

۱) نظریه نقل ذمه

الف: طرح نظریه

این نظریه معمولاً تحت عنوان آثار ضمان نزد فقهای امامیه مطرح است و رأی اکثریت قریب به اتفاق ایشان را تشکیل می‌دهد. همان‌طور که فقها در تعریف ضمان در مورد نفس تعهد و مسئولیت و التزام اتفاق نظر داشتند، در رابطه با آثار ضمان نیز اتفاق نظر دارند. در صورتی که ضمان به طور صحیح ایجاد شود آثار ذیل بر آن مترتب می‌شود:^{۳۱}

۱- حق و طلب بستانکار و تعهدی که بر عهده بدهکار به نفع بستانکار است به عهده ضامن منتقل می‌شود.

۲- بدهکار اصلی نسبت به بدهی که به نفع بستانکار بر عهده داشت، بری الذمه می‌شود.

۳- شخص بستانکار حق رجوع به بدهکار اصلی را ندارد و حق مطالبه او از بدهکار اصلی ساقط می‌شود.

۴- رابطه حقوقی بین بستانکار و بدهکار اصلی زایل می‌شود.

۵- رابطه حقوقی بین بستانکار و ضامن برقرار می‌شود.

۶- اگر بستانکار، بدهکار اصلی را نسبت به بدهی‌اش ابرا نماید ضامن بری‌الذمه نمی‌شود؛ لیکن اگر ضامن را ابرا نماید هم ضامن و هم بدهکار اصلی بری‌الذمه می‌شوند. در حقیقت نخستین اثر، یعنی نقل ذمه محور اصلی این آثار و بقیه آنها از پیامدها و نتایج نقل ذمه می‌باشد. این اثر نزد فقهای امامیه نقش چشمگیری داشته و از اهمیت بسزایی برخوردار است. تا آنجا که این اثر را به عنوان عنصر ضمان و جزء حقیقت ضمان شمرده‌اند و فقدان آن را موجب انتفای ضمان دانسته‌اند.

ب: دلیلهای پیروان نظریه نقل ذمه و نقد آنها

هر چند کلیه فقهای امامیه، نظریه نقل ذمه را پذیرفته‌اند، اما تنها برخی از آنها به ذکر ادله و استدلال مبنی بر اثبات نظریه خود پرداخته‌اند.^{۳۲} دلایل مورد استناد پیروان این نظریه در سه قسم خلاصه می‌شود که عبارتند از سنت، اجماع و دلیل عقلی.

۱- سنت

طرح دلیل: در این مقام به روایات باب ضمان جهت اثبات اثر ضمان مبنی بر نقل ذمه، به عنوان انحصاری ضمان و یا به عنوان مقتضای ذات و حقیقت ضمان استناد شده است. لذا به مطالعه این روایات و مستندات از بُعد آثار مترتب بر ضمان در آنها می‌پردازیم.

(الف) موثقه اسحاق بن عمار:

فی الرجل یکون علیه دین فحضره الموت فیقول ولیه: علی دینک، قال: بپروژه ذلک وان لم یوفه ولیه من بعده و قال: ارجوان لا یأثم و انما اثمه علی الذی یحبسه.^{۳۳}

در مورد شخص بدهکار محتضر که ولی او بدهی‌اش را بر عهده می‌گیرد حضرت می‌فرمایند: این ضمانت ولی بدهکار، او را ابرا می‌نماید و در نتیجه بدهی از ذمه مولی علیه ساقط می‌شود. در ادامه، حضرت در پاسخ به این سؤال که اگر ولی وفای به عهد نکرد و بدهی مضمون را نپرداخت، می‌فرمایند: امیدوارم که او عهدشکنی و نقض پیمان نکند و این گناه و

عهدشکنی منحصرأ بر عهده خود اوست که بدهی را حبس کرده و پرداخت نمی‌کند.
(ب) موثقة حسن بن الجهم:

قال: سألت أبا الحسن^(ع) عن رجل مات وله عليّ دين و خلف ولدأ
رجالاً و نساءً و صبياناً فجاء رجل منهم فقال: انت في حلّ ممّا لأبي عليك
من حصّتي و انت في حلّ ممّا لأخوتي و اخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك؟
قال: تكون في سعة من ذلك و حلّ، قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في
عنته، قلت: فان رجع الورثة عليّ فقالوا: أعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك في
الحكم الظاهر فأما بينك و بين الله عزّ و جلّ فأنت منها في حلّ إذا كان الرجل
الذي أحلّ لك يضمن لك عنهم رضاهم فيحتمل الضامن لك.^{۳۴}

در این روایت راوی در مورد شخص بستانکار متوفی که وراثت متعدد دارد و یکی از وراثت بدهکار پدرش می‌آید و او را نسبت به حصه خود و حصص دیگر ورثه و به طور کلی نسبت به بدهی او با پدر متوفایش ابراً نموده و خود ضمانت رضایت ورثه را در این زمینه می‌کند و متعهد تحصیل رضایت آنها می‌شود از حضرت سؤال می‌کند و حضرت در پاسخ این موضوع را تنفیذ می‌فرمایند که آن شخص بدهکار به متوفی، در واقع، با این اعمال حقوقی وراثت، بری الذمه شده و ضامن، تحصیل رضایت بستانکاران را بر عهده دارد و با آن ابراً، خود باید متحمل پرداخت بدهی ورثه شود و در عین حال، در این دعوا باید براساس ادله اثبات دعوا حکم صادر شود.

نقد و بررسی دلیل: این روایات مجموع ادله نقلی هستند که فقهای امامیه در مقام اثبات اثر ضمان مبنی بر نقل ذمه، مورد استناد و استدلال قرار داده‌اند. هرچند در متون فقهی طیّ مباحث متعددی این روایات از ابعاد مختلف مورد نقل و نقد و بررسی واقع شده‌اند، با وجود این از نظر آثار مترتب بر ضمان نیز به خاطر اهمیت موضوع به طور گسترده مورد بازبینی و استدلال قرار گرفته‌اند.

نکته قابل توجه در نقد این روایات، این است که با وجود اینکه این ادله نقلی به منظور اثبات نقل ذمه به عنوان مقتضای ذات ضمان یا اثر انحصاری ضمان به طور مطلق اقامه شده‌اند، اما ضمانت موجود در آنها نوعاً از میت مفلسی صورت گرفته است که بستانکار از وصول طلب خود قطع امید کرده و به طور قهری حقّ مراجعه و مطالبه‌اش از دست رفته است. در عین حال،

ضامنی با ضمانت خود امکان وصول طلب را به او می‌دهد و با ضمانتش خود را در مقابل او مدیون یا مسئول پرداخت می‌کند. در نتیجه، زوال رابطه میان بدهکار متوفی و بستانکار نه از آثار ضمان، بلکه اثر قهری فوت بدهکار مفلس است و در آن دسته از روایات هم که ضمانت از بدهکار حی صورت پذیرفته نیز به موجب شرط ضمنی مستفاد از قراین موجوده نقل ذمه و زوال رابطه بدهکار اصلی و بستانکار بر ضمان مترتب می‌شود، نه به موجب مقتضای ذات ضمان و یا انحصاری ضمان، زیرا ضمان حقیقتاً نفس تعهد و مسئولیت و التزام است و این آثار تابع شرایط ضمنی ضمان خواهند بود و صرفاً از این طریق وارد قلمرو ضمان می‌گردد.

بر روایت موثقه ابن الجهم هم ایراداتی بدین قرار وارد شده است:

۱- سند روایت ضعیف است.

۲- موضوع روایت از محل بحث خارج است، زیرا بر این اساس این روایت ذمه بدهکار بدون انتقال بدهی آن به ذمه دیگری و به طور مجانی ابراً گردیده است؛ در حالی که در ضمان ادعای انتقال بدهی بر عهده ضامن و ابرای ذمه بدهکار اصلی می‌شود.

۳- مفاد روایت با قواعد و اصول مسلم شریعت به طور صریح مخالفت می‌کند، زیرا حرمت تصرف در مال غیر بدون اذن و اجازه مالک از مسلمات است و ابرای بدهکار توسط یکی از ورثه، نسبت به حصص کلیه وراثت مصداق این عمل حرام و مخالف صریح این اصل مسلم محسوب می‌شود، به طوری که برخی از فقها از استدلال به این روایت، جهت اثبات مدعا غفلت کرده‌اند.^{۳۵}

۴- مورد تعهد یا مضمون به در روایت مزبور، تحصیل رضایت بستانکار است، تا در نتیجه این ضمان، ذمه بدهکار ابراً شود. لذا موضوع روایت نه تنها خارج از محل بحث و نزاع است، بلکه مخالف صریح قواعد و اصول مسلم شریعت نیز می‌باشد.

۲- اجماع

طرح دلیل: دومین دلیل فقهای امامیه^{۳۶} جهت اثبات مدعایشان مبنی بر انتقال بدهی از عهده بدهکار اصلی به عهده ضامن به موجب ضمان، اجماع است.

نقد و بررسی دلیل: علمای فقه و اصول به اتفاق اجماع را صرفاً کاشف از رأی معصوم

می‌دانند و طریقی برای رسیدن به سنت به شمار می‌آورند و آن را به عنوان یک دلیل - نه در عرض کتاب و سنت و نه در طول آن دو - شناسایی نمی‌کنند، بلکه آن را صرفاً محقق سنت دانسته و حجت بودن اجماع را به همان حجت بودن رأی معصوم برمی‌گردانند. بنابراین، زمانی اجماع به عنوان یک دلیل و حجت مطرح می‌شود که یا نفس روایت در دست ما نباشد، یا روایت به ما نرسیده باشد و صرفاً با تحصیل اجماع، یعنی احراز وحدت آراء و نظریات اصحاب اجماع و قدمای متعبد از فقها، مبنی بر اینکه این بزرگواران اصل رأی معصوم و روایت را در دست داشته و بر اساس آن رأی معصوم فتوا فرموده‌اند، رأی معصومین را کشف کرده و با وجود نفس روایات در دست ما، نیازی به جریان اجماع جهت کشف از آن روایات نیست و چنین اجماعی موسوم به «اجماع مدرکی» فاقد وصف کاشفیت از رأی معصوم می‌باشد.

اجماع بر آثار ضمان مبنی بر انتقال بدهی از عهده بدهکار به عهده ضامن بر فرض تعدی بودن آن، با وجود روایاتی که ملاک استنباط فقها و متأخرین است از مصادیق اجماع مدرکی و فاقد حجیت می‌باشد، زیرا احتمال اینکه مبنای افتای ایشان به نقل ذمه همین روایات و مدارک باشد، وجود دارد. از آنجا که استنباط فقها، هرچند متقدمین، در حق فقهای دیگر حجیت ندارد، چنین اجماعی در حق دیگران هم دلیل محسوب نمی‌شود و با اختیار داشتن نفس روایات به عنوان «مکشوف عنه» نوبت به اجماع نخواهد رسید و باید با ملاحظه روایات، استنباط حکم نمود و استنباطات خود را ملاک و معیار افتا و اظهار نظر قرار داد.

۳- دلیل عقلی

طرح دلیل: از جمله دلایل پیروان نظریه نقل ذمه دلیل عقلی است.^{۳۷} مبنی بر اینکه اگر با انعقاد ضمان بدهی بدهکار به عهده ضامن منتقل نشود و به بری الذمه بودن بدهکار نینجامد، به عبارت دیگر، اگر با انعقاد ضمان هم بدهکار اصلی و هم ضامن بدهکار شوند، این امر غیر معقول و مستلزم امر محال است. زیرا اشتغال ذمه و بدهکار بودن هر دو (بدهکار اصلی و ضامن) موجب می‌شود یک شیء در آن واحد در دو مکان باشد. محال بودن وقوع یک شیء در آن واحد در دو مکان از بدیهیات است و هر چیزی که مستلزم چنین امر محالی باشد غیر معقول و محال نیز هست.

از نظر برخی از فقها، استحالة عدم انتقال بدهی و اشتغال ذمه بدهکار و ضامن به موجب ضمان موجب خلف است؛ چون «بدهی» دو حیثیت دارد: از جهت بدهکار «بدهی» است و از جهت بستانکار «طلب». اگر در اثر ضمان، بدهکار اصلی و ضامن هر دو بدهکار باشند این امر موجب تعدد بدهی و بدهکار در مقابل یک طلب و یک طلبکار می‌شود. در حالی که یک بدهی در مقابل یک طلب است. اما در این صورت دو بدهی در مقابل یک طلب خواهد بود که خلف و محال است. به عبارت دیگر، تعلق مال واحد به عهده دو شخص مستلزم این است که چندین نفر در عرض هم متعهد شوند یک بدهی را پرداخت کنند که البته چنین امری غیر قابل تصور و مستلزم خلف است؛ زیرا وجود یک بدهی مستلزم بدهکاری یک شخص است نه بیشتر، و بدهکاری چند شخص مستلزم تعدد بدهی است. لذا اجتماع یک بدهی با چند بدهکار خلف است.^{۳۸}

نقد و بررسی دلیل عقلی: تحلیل نخست از اشکال عقلی تضامن به موجب ضمان مبتنی است بر تشبیه تعهدات و موجودات اعتباری به اشیای مادی و اجسام سه بعدی به تعبیر دیگر خلط بین تکوین و تشریع است. بدین صورت که چون اشغال یک چیز در دو مکان در آن واحد محال است، وقوع یک بدهی در دو ذمه در آن واحد نیز محال می‌باشد. بدیهی است چنین تشبیهی خالی از وجه شبه و در نتیجه قیاس مع الفارق است. برخی از حقوق‌دانان، به منظور ارائه تحلیلی روشن از این تشبیه بی وجه، مفهوم ذمه را مورد بررسی قرار داده‌اند،^{۳۹} لذا ما نیز ضرورتاً به بررسی مفهوم ذمه از نظر لغوی و اصطلاحی می‌پردازیم.

مفهوم واژه ذمه در لغت

لفظ ذمه به اشکال مختلف قرائت می‌شود و در کتب لغت برای هر قرائتی معنای خاصی آورده‌اند. در قرائت مورد بحث ما، ذمه از مشتقات «ذم» است. در کتب لغوی^{۴۰} این معانی در مقابل واژه ذمه آورده شده است: «حق، پیمان، عهد، پذیرفتاری، ضمانت، حرمت، امان، پیمان بستن، امان دادن، ضامن شدن و کفالت». قبلاً دیدیم که کلیه این معانی در بررسی معانی لغوی واژه ضمان نیز آمده است و هیچ یک از آنها دلالت بر معنای مکان ندارد. برخی از کتب لغوی، شواهدی از روایات و اصطلاحات را برای همین معانی ذمه ذکر

کرده‌اند.^{۴۱} از جمله حضرت علی (ع) می‌فرمایند:

ذمتی رهینة و انا به زعیّم (ای ضمانی و عهدی رهن فی الوفاء به).

در حدیث دیگری آمده است:

من صلیّ الغداة والعشاء فی جماعة فهو فی ذمة الله تعالى (ای فی امانه و ضمانه) و من ترک الصلاة متمعداً فقد برىء من ذمة الله تعالى و ذمة رسوله

در اصطلاح نیز کسانی که به موجب معاهده و پیمان با مسلمانان، در امان و ضمان حکومت اسلامی در می‌آیند و در عوض مبلغی را به عنوان جزیه می‌پردازند، «اهل ذمه» به معنی «اهل عقد» یا «معاهد و اهل عهد» نامیده می‌شوند.^{۴۲}

مفهوم واژه ذمه در فقه^{۴۳}

برخی از فقها ذمه را به عنوان حقیقت فقهی قلمداد کرده و معتقدند این لفظ به طور مستقل هیچ معنایی ندارد و صرفاً ساخته و پرداخته فقهاست. مراد آنها از لفظ ذمه، وجوب حکم بر مکلف هنگام ثبوت آن در ذمه او می‌باشد. لیکن با بررسی معانی این لغت در کتب لغوی وضعیت این نظریه روشن است.

گروهی دیگر با توجه به معنی لغوی ذمه، یعنی عهد و امان و ضمان، محل التزام به عهد و پیمان و ذمه را به اعتبار تسمیه شیء به اسم حال شیء، ذمه نامیده و می‌گویند: «ثبت فی ذمتی کذا»، یعنی بر نفس مکلف فلان چیز واجب و ثابت است.

عده‌ای از حقوق‌دانان اسلامی معتقدند ذمه، وصفی است که انسان به واسطه اتصاف به آن اهلیت تمتع، اهلیت استیفاء، قابلیت داشتن حقوقی به نفع خود و متعهد گردیدن به نفع دیگران را تحصیل می‌کند. لذا انسان متصف به این وصف خاص، به منزله ظرف استقرار وجوب بوده و موضوع تکالیف واقع می‌شود نه صرف انسان عاقل.

گروهی هم مراد شرعی از ذمه را نفس و رقبه‌ای که عهد و حکم و تکلیفی بر آن مقرر شده باشد، می‌دانند. در حقیقت، ایشان همانند دسته دوم از تسمیه شیء به اسم حال استفاده کرده‌اند.^{۴۴}

پاسخ به دلیل عقلی: از بررسی معانی لغوی و فقهی ذمه به این نتیجه می‌رسیم که ذمه هرگز به معنی مکان و محل نیست، مگر از باب تسمیه محل به اسم حال. در این صورت، عهد، پیمان، تعهد، مسئولیت، ذمه و حالات دیگر، نام محل استقرار آنهاست. بنابراین، مسأله حقیقت ضمان مبنی بر نقل ذمه به ضم ذمه به معنای منتقل شدن تعهد و مسئولیت و یا ضمیمه شدن تعهدی به تعهد دیگر است نه به معنا و مفهومی که مستشکل پنداشته، مبنی بر اینکه نقل ذمه به معنی نقل مکان و ضم ذمه به معنی اضافه شدن مکانی به مکان دیگر است و چنین چیزی مستلزم امر محال و غیر معقولی چون وقوع جسم در مکانهای متعدد در آن واحد گردیده و در اثر استلزام چنین امر غیر ممکن و محالی نقل ذمه یا ضم ذمه را به عنوان آثار ضمان محال شمرده است.

همچنین، دومین تحلیل از اشکال عقلی تضامن و عدم برائت بدهکار اصلی یا انتقال بدهی او به عهده ضامن نیز مخدوش و مردود است. زیرا همان‌طور که برخی از فقهای اهل تسنن در پاسخ همین ایراد به ضم ذمه به ذمه در اصل بدهی علاوه بر مطالبه گفته‌اند، ایجاد مسئولیت تضامنی و تعدد و تکرار بدهکاران و متعهدین به پرداخت طلب بستانکار در عرض یکدیگر در آن واحد به موجب قرارداد ضمان سبب تعدد بدهی به ازای یک طلب و لزوم چند بدل برای یک مال نخواهد شد؛ زیرا بستانکار در مقام استیفای طلب فقط حق وصول خود را از یک نفر دارد نه از همه آنها و به محض وصول طلب خود از یکی از متعهدین، طلب او پرداخت گردیده و طلبی باقی نخواهد ماند تا بستانکار حق مطالبه و وصول آن را به موجب قرارداد ضمان از بقیه مسئولین تضامنی ضمان داشته باشد.^{۴۵}

از طرف دیگر، در جواب نقضی به هر دو تحلیل از اشکال عقلی می‌توان چنین اظهار داشت که همان‌طور که در احکام تکلیفی مانند واجب کفایی و واجب تخییری و در احکام وضعی مانند ضمان عهده،^{۴۶} ضمان اعیان مضمونه^{۴۷} و ضمان ایادی متعاقبه در غصب،^{۴۸} تعهد و مسئولیت چند نفر در عرض هم در آن واحد پذیرفته شده است و هیچ کس این موارد را عقلاً محال نشمرده است، مسئولیت تضامنی به موجب ضمان قراردادی بدین صورت که چند نفر در آن واحد در عرض یکدیگر به نفع یک شخص و یک بدهی (برای یک طلب) متعهد و مسئول باشند نیز مستلزم محال عقلی نخواهد بود.^{۴۹} زیرا امور عقلی و محالات عقلی قابل تخصیص نیست و در هیچ موردی ممکن نخواهد شد. در نتیجه، تضامن نیز اگر عقلاً محال باشد عمومیت

داشته و قابل تخصیص نخواهد بود تا در جایی امکان وقوعی پیدا کند.

در صورت عدم پذیرش جواب حلّی و نقضی اشکال عقلی تضامن به موجب ضمان قراردادی و اصرار بر استحاله عقلی ضمّ ذمه به ذمه در اصل دین و بدهکار شدن چند نفر به یک بدهی، می‌توان همانند برخی از حقوق‌دانان اسلامی با مسأله برخورد کرد و ضمان را صرفاً موجب ضمّ ذمه به ذمه در مطالبه قرار داد نه موجب تعدد بدهی و بدهکاران به ازای یک طلب و یک طلبکار.^{۵۰} بنابر این نظریه، به موجب ضمان صرفاً التزام و تعهد به پرداخت مضمون‌عنه ایجاد می‌گردد، بدون اینکه متعهد یا ضامن هیچ‌گونه بدهی را شخصاً بر عهده بگیرد و خود را مقابل بستانکار بدهکار کند.

۲) نظریه تضامن

پیروان این نظریه، یعنی فقهای جمهور به اتفاق معتقدند به موجب قرارداد ضمان شخص ضامن در عرض بدهکار اصلی مدیون بستانکار می‌شود و شخص اخیر می‌تواند طلب خود را از هر یک که بخواهد مطالبه و وصول کند.^{۵۱} گروهی از پیروان نظریه تضامن به دلیل اشکال عقلی تضامن در اصل دین، معتقدند به موجب ضمان، صرفاً شخص ضامن در عرض بدهکار اصلی بدون بدهکار شدن، متعهد و ملتزم پرداخت بدهی به شخص اخیر می‌گردد. به عبارت دیگر، ضمّ ذمه به ذمه صرفاً در حق مطالبه بستانکار پدید می‌آید نه در اصل بدهی که منجر به تعدد بدهی و بدهکاران شود.^{۵۲}

برخی از حقوق‌دانان اسلامی پیرو این نظریه، تضامن را از عناصر ضمان به عنوان جزء مقوم و از ذاتیات ماهیت قرارداد ضمان قلمداد کرده‌اند،^{۵۳} به طوری که با انتفای تضامن از طریق شرط برائت اصیل در ضمن قرارداد ضمان و یا در مورد ضمان از میت که تضامن به طور قهری منتفی است، حقیقت ضمان قراردادی را منتفی دانسته و این موارد را از دایره ضمان اصطلاحی خارج کرده‌اند؛ هر چند تضامن اثر انحصاری ضمان باشد نه از مقتضیات ذات ضمان. لذا به موجب این تعریف هم با ضمّ ذمه به ذمه در مطالبه فقط پدید می‌آید، به طوری که در تعریف ضمان به ذکر این اثر انحصاری پرداخته و می‌گویند که ضمان عبارت است از ضمّ ذمه به ذمه در اصل دین یا در مطالبه و در صورت عدم ترتب این اثر به دلایلی، قرارداد ضمان را منتفی دانسته و آن را به عنوان

یک قرارداد بی نام تلقی کرده‌اند.

دلیل پیروان نظریه تضامن

پیروان نظریه تضامن علاوه بر پاسخگویی به اشکالات مخالفین ایجاد تضامن به موجب ضمان قراردادی، به منظور اثبات نظریه خود مبنی بر حصول تضامن به عنوان مقتضای ذات ضمان یا به عنوان اثر انحصاری مترتب بر ضمان قراردادی، برخی به نقل و نقد این دلیله اقدام کرده‌اند. از آن جمله گفته‌اند: واژه ضمان از ریشه لغوی ضم به معنی «ضمیمه کردن و به هم پیوستن» مستلزم ایجاد تضامن و ضم ذمه به ذمه در عرض یکدیگر به موج ضمان قراردادی است و بدین ترتیب، قهراً «ن» در ضمان زاید خواهد بود.

۳) نظریه وثیقه

طرح نظریه: از ضمان قراردادی که موجب پیدایش تعهد ضامن به پرداخت بدهی بدهکار در طول شخص اخیر و یا موجب مدیونیت ضامن به بستانکار در طول مدیونیت بدهکار اصلی شود، اصطلاحاً به «ضامن وثیقه‌ای» تعبیر می‌شود. طبق این نظریه، در صورتی که بستانکار به دلالی از جمله: افلاس، ماطله، و یا غیبت بدهکار اصلی، نتواند طلب خود را سر موعد از شخص اخیر وصول کند، به موجب ضمان قراردادی، بستانکار حق مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب خود را از او خواهد داشت، اعم از اینکه ضامن در طول بدهکار اصلی خود را بدهکار به بستانکار کرده باشد و یا صرفاً تعهد به پرداخت بدهی را بر عهده گرفته باشد.

پیروان این نظریه، قرارداد ضمان را به مقتضای وثیقه بودنش نزد عرف و عادت ذاتاً موجب پیدایش چنین اثری بدون زوال رابطه حقوقی بستانکار با بدهکار اصلی می‌دانند.^{۵۴}

برخی از اهل تسنن نیز با وجود اینکه حقیقت ضمان را ضم ذمه ضامن به ذمه بدهکار اصلی می‌دانند، در آثار ناشی از ضمان معتقدند حق مراجعه بستانکار به ضامن و مطالبه و وصول طلبش از شخص اخیر به موجب ضمان مشروط می‌باشد نه به صورت مطلق. به عبارت دیگر، تعهد ضامن به پرداخت طلب بستانکار یا مدیونیت او به شخص اخیر در طول تعهد و مدیونیت بدهکار اصلی است و بستانکار در صورت عدم وصول طلب خود از بدهکار اصلی به دلیل

افلاس، مماطله و یا غیبت و امتناع شخص اخیر حقّ مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب خود را از او خواهد داشت نه به صورت مطلق.^{۵۵}

عده‌ای از فقهای پیرو نظریه نقل ذمه^{۵۶} به عنوان اثر ناشی از ضمان نه عنصر ماهوی آن، و گروهی از پیروان نظریه تضامن به عنوان اثر ضمان، نه مقتضای ذات ضمان، نیز نظریه وثیقه و طولی بودن تعهد ضامن و بدهکار اصلی را از طریق شرط طرفینی ضمن عقد پذیرفته‌اند.^{۵۷} نه به موجب مقتضای ذات ضمان و نه به موجب اثر ناشی از نفس ضمان بدون اشتراط در ضمن آن. بر اساس نظریه وثیقه، ضمان قراردادی برخلاف نظریه نقل ذمه و همانند نظریه تضامن نه تنها موجب زوال رابطه حقوقی میان بستانکار و بدهکار اصلی نمی‌شود و براثت ذمه بدهکار اصلی را در پی نخواهد داشت، بلکه به موجب آن شخص دیگری به نفع بستانکار در طول بدهکار اصلی متعهد به پرداخت بدهی شخص اخیر می‌شود.

دلایل پیروان نظریه وثیقه: طرفداران این نظریه ضمن استدلال و ارائه دلیلهای متعدد به منظور اثبات مدعای خود به اشکالات این نظریه نیز پاسخ گفته‌اند.^{۵۸}

۱- ضمان عبارت است از توثیق و حفظ حقوق طلبکار و گویا جاری مجرای رهن می‌باشد. با این تفاوت که رهن وثیقه عینی و ضمان وثیقه شخصی است. لذا همان‌طور که طلب بستانکار از عین مرهونه استیفا نمی‌شود، مگر با تعذر استیفای طلب از شخص بدهکار (راهن)، در ضمان هم به عنوان وثیقه شخصی، بستانکار حقّ مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب را از او ندارد، مگر با تعذر استیفای طلب خود از مضمون‌عنه به دلیل افلاس، مماطله، غیبت و یا امتناع از پرداخت شخص اخیر.

۲- تعهد ضامن به پرداخت بدهی بدهکار اصلی و یا مدیونیت او مقابل بستانکار، فرع بر تعهد بدهکار اصلی به پرداخت بدهی خود و مدیونیت او می‌باشد و بر طبق قاعده «شریعت» صرفاً با تعذر اصول نوبت به فروع می‌رسد. از جمله جواز طهارت با تراب که منوط بر تعذر و یا فقدان طهارت با آب است و یا اماره بودن شاهد فرع، منوط بر فقدان شاهد اصل می‌باشد.

۳- علت جعل ضمان، استیثاق و حفظ حقّ صاحب آن از هلاکت است. بنابراین تضامن برای نقل محلّ حق و برای تکثر و تعدد محلّ حق وضع نشده است، بلکه به موجب آن محلی برای صاحب حق پدید می‌آید تا هنگام تعذر استیفای حقّ خود از محلّ اصلی بدهی، بدان محلّ

وثیقه‌ای مراجعه کرده و حق خود را از آن مطالبه و وصول کند.

به علاوه ضامن در صدد این نیست که به موجب ضمان با وجود و حضور بدهکار اصلی و یسر او همراه با تمکن بستانکار در مطالبه و وصول طلب خود از بدهکار اصلی، خود را در معرض مطالبه بستانکار قرار دهد. خصوصاً که مردم چنین طلبکاری را با موقعیت فوق نه تنها معذور در مطالبه و وصول طلب از ضامن نمی‌شمارند، بلکه او را در مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب خود از ضامن در صورت دسترسی طلبکار به بدهکار اصلی که حاضر مؤسر است تقبیح می‌کنند. به این طریق، پیروان نظریه حصول وثیقه به موجب ضمان ظاهراً پیدایش این اثر و طولی بودن تعهد بدهکار اصلی و ضامن را متأثر از عرف عقلا می‌دانند و با نفی عمومیت از روایت «الزعم غارم»^{۵۹} در صورت تمکن مطالبه و دسترسی طلبکار به بدهکار حاضر مؤسر و ظهور روایات ضمانت از میت^{۶۰} در تعذر استیفای طلب طلبکار از بدهکار اصلی، به تقویت نظریه ابرازی خود پرداخته و اشکالات وارد بر آن را نیز پاسخ داده‌اند و استلزام تضامن و نفی طولی بودن تعهد مضمون‌عنه و ضامن به موجب اشتقاق واژه ضمان از لفظ ضم، بر فرض پذیرش چنین امری به عنوان دلیل علی‌رغم بازی با الفاظ بودن این استدلال، آن را دلیلی اعم از مدعا دانسته‌اند. زیرا ضم ذمه به ذمه و تضامن قدر مشترک بین مطالبه استقلالی از ضامن یا مضمون‌عنه و مطالبه هر یک از آن دو به طور بدلی و طولی است و دلیل عام نمی‌تواند مستلزم ثبوت خاص باشد.

مبحث چهارم: ضمان و شرایط معتبر در آن

تنجیز در عقد ضمان

قصد موجب برای ایجاد مسئولیت در افق نفس، حقیقت عقد ضمان را می‌سازد. در عقد تغایر انشاء و منشاء اعتباری است. انشاء عبارت است از ایجاد تعهد و منشاء عبارت است از وجود تعهد. لذا انشاء و منشاء یکی هستند. پس اگر کسی بگوید: «اگر او نداد، من ضامن هستم»، نه انشاء معلق است نه منشاء. اصل مسئولیت پس از انشاء ایجاد و موجود می‌شود. اما ممکن است برخی احکام (مانند اداء) پس از آن بیاید. تنجیز قید توضیحی است و جزء اصول اولیه عقود می‌باشد، مانند انشاء که برای هر عقدی لازم است. لذا نیاز نیست تنجیز را شرط کرد و

انشاء بدون تنجیز محال است.

توضیح: حقیقت انشاء چیست؟ هر حادثی نیاز به علت دارد، خواه در عالم عین، خواه در عالم اعتبار. عقد هم اعتباری است و هم عینی. فقها می‌گویند عقد مرکب از قصد و الفاظ است و موجب، ایجاب و قابل، قبول می‌کند. پس این گره و عقده اعتباری معلول اعتبار دو طرف است. آیا معقول است که گره به صورت معلق موجود شود؟ خیر. واجب معلق هم نداریم، بلکه واجب همواره مشروط است. لذا «وجوب فعلی و واجب استقبالی» صحیح نیست. وجوب هیچ وقت منفک از واجب نیست. هر جا زجر و بعث باشد انبعاث و انزجار نیز هست. معقول نیست که معلول اعتباری به صورت معلق موجود شود. وقتی انشاء فعلی است و نمی‌توان تعلیق کرد، منشاء هم باید فعلی باشد، و تغایر آنها مانند ایجاد و وجود اعتباری و وحدت حقیقی است. مبادی تکوین از مبادی تشریع جداست. یکی علت تامه و دیگری جعل جاعل است، ولی قانون علیت تخلف ندارد. هویت عقد در افق نفس محقق می‌شود. عقد که در افق نفس موجود می‌شود، عارض آن است. نفس از امور عینی است، پس عقد حقیقتاً در عالم عین موجود می‌شود؛ مانند مالیت که برای طلا اعتبار می‌کنیم، مالیت روی عین می‌رود. در عقد نیز انشاء ایجاد است و ایجاد از وجود منفک نیست. اگر انشاء موجود شد منشاء باید موجود باشد، مگر اینکه بگوییم عقد از مقوله معنی نیست که هست یا ظرف آن نفس نیست که هست یا از مقوله عین نیست که هست. بنابراین تعلیق در انشاء و منشاء معقول نیست.

شرط استقرار دین بر ذمه مضمون عنه

مشهور فقها اشتغال ذمه مضمون عنه را شرط کرده‌اند؛ اعم از اینکه اشتغال به نحو مستقر باشد، مانند بیع بدون خیار و قرض یا به طور متزلزل باشد، مانند عقود خیاری.^{۶۱} بر مبنای نقل ذمه به ذمه یا ضم ذمه به ذمه ظاهراً اشتغال ذمه مضمون عنه لازم است، اما بر مبنای مختار اشتغال ذمه شرط نیست؛ زیرا ضمان تنها مسئولیت و تعهد است. مثلاً وقتی کسی بگوید: «من ضامم تو به او قرض بده» اشکال می‌کنند که وقتی دینی وجود ندارد چگونه ضامن می‌شود؟ پاسخ این است که چون مقتضی مسئولیت وجود دارد و عمومات نیز آن را می‌گیرد، اشکالی ندارد.

صاحب عروه می‌فرماید این مثال را می‌توان صحیح دانست، اگر چه ضمان مصطلح نباشد و حتی می‌توان آن را ضمان دانست.^{۶۲} در ماده ۶۹۱ قانون مدنی آمده است: «ضمان دینی که سبب آن هنوز ایجاد نشده باطل است.» مفهوم این ماده آن است که اگر سبب آن موجود باشد، اگرچه اشتغال ذمه فعلی نباشد ضمان صحیح است.

لزوم عقد ضمان

بعد از اثبات عقد بودن ضمان، اصالة اللزوم در عقود، ضمان را لازم می‌کند. در مدرک قاعده «اصالة اللزوم» آیاتی مانند: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عموم افرادی و اطلاق احوالی و ازمانی دارد. این لزوم، حکمی و قانونی است. گروهی معتقدند لزوم (لزوم حق) معلول اراده متعاقدين است. به عبارت دیگر، هر یک تسلط خود را به دیگری تملیک می‌کند و اراده فسخ نیز ندارد (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً).

نظر دیگر این است که لزوم از لوازم ذاتی عقد است، مانند حجیت در باب قطع. ماهیت قابل جعل نیست، حتی اعراض غیر مفارق نیز قابل جعل نیست و با جوهر همراه است. جعل در چیزی واقع می‌شود که قبلاً موجود نباشد، و الاً تحصیل حاصل لازم می‌آید. بنابراین حجیت همزمان با وجود قطع به صورت انجعالی حاصل می‌شود.

عقد وقتی موجود شد نه اراده در لزوم آن دخالت دارد و نه قانونگذار. لازمه عقد این است که مستحکم و لازم باشد و تنها به اراده طرفین اقاله و فسخ می‌شود.

اشکال: اگر از لوازم ذاتی باشد جعل جواز نمی‌توان کرد.

پاسخ: عقلاً می‌گویند که وقتی عقد در عالم عین موجود شد کسی نمی‌تواند عقد را فسخ کند؛ ولیکن عقلاً در همین مورد استثنا می‌کنند و می‌گویند: «مگر اینکه اراده طرفین بر اقاله و یا فسخ تعلق بگیرد.»

صحیح‌تر این است که لزوم فقط حکمی است. شارع مقدس ما را به حکم عقلاً، یعنی «يجب الوفاء بكل عقد» ارشاد فرموده است. لزوم معلول اراده متعاقدين نیست. وقتی عقد از جمله خصوصیاتش لزوم است، عقلاً نمی‌توانند آن را تغییر دهند و به این دلیل لزوم حکمی است. برخی گفته‌اند هر چیز که لزومش حکمی است امکان جعل خیار در آن وجود ندارد، برخلاف

لزوم حقی. به طور مثال در عقد نکاح چون لزوم، حکمی است خیار وجود ندارد. اما این مسأله صحیح نیست، زیرا همان‌گونه که گفته شد همه عقود لازم لزومشان حکمی است و خیار در همه عقود حتی نکاح وجود دارد. عدم خیاری بودن نکاح دلایل جداگانه‌ای (مانند اجماع یا شبه عبادت بودن نکاح یا...) دارد. علاوه بر اینکه در نکاح نیز اسباب فسخ برای زن و مرد وجود دارد. در ضمان بر مبنای مختار رضایت مضمون‌له دخالت ندارد. لذا معنا ندارد که او حق فسخ داشته باشد. در صورت جاهل بودن مضمون‌له به اعسار ضامن برای او حق فسخ قائل شده‌اند. با توجه به مسأله اعسار و نظریه نقل ذمه یا حتی ضم ذمه ظاهراً باید ضمان را باطل دانست، زیرا عقلاً ضمان چنین شخصی را نمی‌پذیرند. در مبنای مختار نیز مسأله همین‌گونه است. اگر در این مورد قائل به بطلان نباشیم دلیل مناسبی برای وجود حق فسخ پیدا نمی‌کنیم.

شرط خیار در ضمان

آیا شرط خیار در عقد ضمان، مخالف کتاب، سنت و مقتضای عقد است یا خیر؟ آیا خلاف حکمت جعل ضمان است؟ شرط خیار در ضمان مخالف کتاب، سنت، مقتضای عقد یا حکمت ضمان نیست و قاعده «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» آن را شامل می‌شود.^{۶۳} گفته شده چون لزوم ضمان حکمی است، لذا شرط خیار مخالف نظر قانونگذار (کتاب و سنت) است. اما همان‌گونه که بیان شد لزوم همواره حکمی است و قانونگذار حکم عقلاً را امضا کرده است. عقلاً نیز پذیرفته‌اند که اگر متعاقدين جعل خیار نمودند، عقد صحیح است و عموم و اطلاق «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» آن را می‌گیرد. بنابراین، چون جایز بالذات نداریم، جواز همواره حقی است؛ یعنی جواز ناشی از اراده متعاقدين است. پس در عقد ضمان لزوم حکمی و جواز حقی است و جواز اجازه فسخ آن را می‌دهد.

بنابر نظریه مختار چون اراده مضمون‌له در ضمان نقشی ندارد، لذا شرط حق فسخ برای او عقلایی نیست؛ زیرا اصولاً مضمون‌له می‌تواند مراجعه نکند. اما در مورد حق خیار برای ضامن، بنا بر نظر مختار، اگرچه ضامن ضمان را ایجاد می‌کند اما جعل خیار برای او اشکال ندارد؛ زیرا نفع عقلایی دارد. بنابر نظر نقل ذمه و ضم ذمه، چون جواز ناشی از اراده طرفین است یکطرفه نمی‌توان جعل خیار نمود.

ضمان مؤجل از دین حال

گفته‌اند ضمان مؤجل از دین حال صحیح و اجماعی است.^{۶۴} البته چون امر یک مسئله عقلایی است نه تعبدی، لذا اجماع در آن کاربرد ندارد. برخی گفته‌اند «تأجیل در دین»، اما بهتر است گفته شود «تأجیل در ضمان».^{۶۵}

به هر حال، این عبارت که «يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً» به طور مطلق صحیح نیست، زیرا در مبنای نقل ذمه که مضمون عنه از دین و مسئولیت بری می‌شود ضمان دین حال، حال است و تأجیل با نقل ذمه قابل جمع نیست، مگر اینکه شرط شده باشد. در مبنای مختار نیز همین‌طور است. زیرا اگر چه نقل ذمه یا ضم ذمه خارج از حقیقت ضمان است و ذمه ضامن به طور طولی در کنار مضمون عنه مشغول می‌شود، اما این تعهد فعلی است و ضامن از لحظه ضمان مسئولیت طولی پیدا می‌کند؛ مگر اینکه شرط شود به طور مثال: «هر چند الان متعهدم، اما شش ماه دیگر پرداخت می‌کنم».

در ماده ۶۹۲ قانون مدنی نیز اشکالی وجود ندارد و وفا را با شرط مؤجل کرده است.^{۶۶}

ضمان حال از دین مؤجل

براساس نظر مشهور، یعنی نقل ذمه به ذمه پس از ضمان، ضامن مسئول می‌شود و چون دین مؤجل است می‌توان با شرط ضمان آن را تعجیل و حال نمود. البته ضامن می‌تواند حتی بدون شرط دین را زودتر پرداخت کند.

بر مبنای ضم ذمه نیز تعجیل اشکالی ندارد. از آنجا که مدیون اصلی می‌تواند این کار را انجام دهد، انجام این کار از سوی ضامن نیز بدون اشکال است. اما بنابر مبنای مختار چون ضمان طولی است و ضامن پس از عدم تأدیه مدیون اصلی باید دین را پرداخت کند، لذا ضمان حال از دین مؤجل بدون شرط نباید صحیح باشد.

زیرا ادا به نحو شرط ضمنی به صورت طولی است و اگر در ضمان قرار بگذارند که ضامن حالاً مسئولیت ادا داشته باشد دیگر ضمان اصطلاحی نیست؛ اگرچه با اطلاعات و عمومات، صحیح باشد.

البته شاید بتوان گفت چون ضمان نفس مسئولیت و تعهد است و نحوه ادا در آن تأثیری ندارد، این صورت نیز مشمول فرمایش پیغمبر اکرم (ص) که «الزعیم غارم» و همچنین ضمان اصطلاحی می‌شود.

برخی ضمان دین مؤجل به صورت حال را جایز ندانسته‌اند، زیرا فرع نمی‌تواند اقوی از اصل باشد. اما این کلام صحیح نیست، زیرا همان‌گونه که اصل می‌توانست این کار را انجام دهد براساس نقل ذمه نیز ضامن (فرع) می‌تواند این کار را انجام دهد.

مسئولیت مضمون‌عنه در مقابل ضمان

در صورتی که مضمون‌عنه اذن به ضمان داده باشد، آیا می‌توان مضمون‌عنه را مسئول دانست؟

به صورت یک قاعده باید گفت عمل مسلم محترم است و اگر کسی با امر دیگری کار کند بر اساس ضمان امری مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، چرا که «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» است. اگر مضمون‌عنه بگوید: «از طرف من ضامن بشو» و ضامن نیز ضمانت دند، چون ذمه‌اش مشغول می‌شود و این مستلزم ادای دین است.^{۶۷} ضامن می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند، زیرا به امر او ضامن شده و اقدام به ضمان متبعت از امر و درخواست مضمون‌عنه است. اما اگر بدون اجازه ضامن شود و مضمون‌عنه به ادا امر کند بر مبنای نظر امامیه، چون نقل ذمه صورت گرفته، امر مضمون‌عنه ارشادی است و ربطی به ضمان امری ندارد، زیرا ادای دین پس از ضمان شرعاً و عقلاً لازم است و امر مضمون‌عنه چیز جدیدی نیست و ضامن متبعت از امر مضمون‌عنه نیست تا ضمان امری ایجاد شود.

در مبنای ضم ذمه نیز چنانچه شخص بدون امر مضمون‌عنه ضامن شود هیچ مسئولیتی برای مضمون‌عنه نیست؛ چون ضامن برای مضمون‌عنه کاری نکرده است. اما اگر امر کند که «دین را ادا کن» و ضامن ادا کند، دو کار انجام شده است. هم ذمه مضمون‌عنه تفریغ شده و هم ذمه ضامن. حال، آیا این امر ایجاد داعی و اتبعات می‌کند؟

در این نوع ضمان نیز شرع و عقلاً به ضامن حکم می‌کنند که ذمه‌ات را تفریغ کن و ادا لازم است. لذا امر مضمون‌عنه ارشادی است.

پرسش: ادای ضامن برای مضمون‌عنه فایده دارد، پس چرا مسئول نباشد؟
 پاسخ: صحیح است که پس از ادای دین از طرف ضامن ذمه مضمون‌عنه فارغ می‌شود، اما بحث این است که امر به ادا انبعاث نمی‌آورد. لذا ضمان امری وجود ندارد.
 اما بر مبنای نظر مختار ضامن مسئولیت فعلی دارد، اما پرداخت دین او طولی است. اگر مضمون‌عنه برای اصل ضمان امر کند هر خسارتی که به ضامن وارد شود مضمون‌عنه مسئول است. اگر مضمون‌عنه امر به ادا کند در واقع می‌گوید: «دین من را ادا کن»، زیرا ضامن ابتدا مکلف به پرداخت نیست، پس ضمان امری تحقق می‌یابد. ضامن تنها وقتی امر به ادا دارد که مضمون‌عنه امتناع کند. اگر بعد از امتناع مضمون‌عنه، امر به ادا بیاید ضامن منبعث از امر او نیست. در ماده ۷۰۹ قانون مدنی اصل^{۶۸} مسئولیت مضمون‌عنه نفی نشده، بلکه مسئولیت پس از ادا آورده شده است.

رجوع به مضمون‌عنه پس از ادا

در کتب فقهی مطرح شده است که اصل ضمان اگر بر اساس اجازه و امر مضمون‌عنه باشد، بنابر اجماع مسئولیت مضمون‌عنه بعد از ادا ایجاد می‌شود.
 بر مبنای نظر امامیه، اگر ضمان براساس امر مضمون‌عنه باشد چنانچه قاعده احترام و ضمان امری جریان یابد، آیا مسئولیت مضمون‌عنه منوط به ادای ضامن است یا به محض حدوث امر، مضمون‌عنه مسئول می‌شود؟ نظر دوم مطابق قاعده و صناعیت می‌باشد.

پرسش: اینگونه ضمان چه فایده‌ای برای مضمون‌عنه دارد؟

پاسخ: ادا می‌کند که مضمون‌عنه می‌گوید: «من مسئولم، اگر ادا کردی من هم ادا می‌کنم.»
 پس احتمالات مسأله را می‌توان بدین شرح بیان کرد:

۱- اشتغال ذمه بعد از اداست.

۲- اشتغال ذمه از زمان حدوث عقد است، ولی می‌تواند به صورت شرط متأخر مراجعه کند. مرحوم آخوند - قدس سره - می‌گوید شرط به وجود لحاظی و علمی، وجود پیدا می‌کند؛ اما این کلام صحیح نیست و وجود لحاظی کافی نیست. شرط باید در مشروط تأثیر کند و در خارج امر متقدم بر متأخر تأثیر می‌گذارد نه بر عکس. لذا اصولاً شرط متأخر صحیح نیست، بلکه

لایعقل است.

۳- مبدأ اشتغال ذمه مضمون عنه از زمان حدوث عقد ضمان است، اما براساس شرط ضمنی ضامن وقتی می تواند به مضمون عنه مراجعه کند که دین را ادا کرده باشد.

ضمان به هر معنایی که مورد نظر باشد این شرط ضمنی که «اگر ادا کردی می توانی به من (مضمون عنه) مراجعه کنی» در آن وجود دارد.

در مبنای نقل ذمه اگر بگوییم اشتغال ذمه مضمون عنه بعد از اداست، صحیح نیست؛ زیرا به محض عقد ذمه مضمون عنه بری می شود و ربطی به ادا ندارد و آنچه برای ضامن اشتغال ذمه می آورد نفس ضمان است و ادا دخالتی در ضمان ندارد. مسئولیت مضمون عنه نیز باید در همان جهتی باشد که ضامن مسئولیت پیدا کرده است. امر مضمون عنه به ضامن سبب می شود که ضامن مسئولیت را بپذیرد. نهایتاً، ضمان ضامن عقدی و ضمان مضمون عنه امری و قهری است.

بر مبنای مذهب عامه نیز وجهی برای دخالت ادا وجود ندارد. اصولاً ضمان مضمون عنه را بر ضمان امری بنا کردیم. ادا مربوط به ضامن است و باعث مسئولیت مضمون عنه نیست. بنابراین، اشتغال ذمه از زمان حدوث ضمان است و به واسطه وجود شرط ضمنی پس از ادا حق رجوع وجود دارد. بر مبنای مختار نیز چون مسئولیت پیدا می کند، پس از ادا (براساس شرط ضمنی) می توان به او مراجعه نمود.^{۶۹} در شرایع نیز عباراتی وجود دارد که مؤید این نظر است:

إذا ضمن عنه ديناً باذنه فدفعه الى الضامن فقد قضى ما عليه و يرجع

الضامن الى المضمون عنه بما اداء اذا ضمن باذنه.^{۷۰}

از عبارت اول استنباط می شود که ضمان مضمون عنه از زمان حدوث عقد ضمان بوده و عبارت دوم نیز مسأله ادا را برای رجوع ضامن مطرح کرده است، نه برای اصل مسئولیت. صاحب عروه - قدس سره - می فرماید: «ظاهر قول مشهور، بلکه اجماع این است که اشتغال بعد از ادا است؛ اگرچه قاعده خلاف آن است».^{۷۱}

البته اجماعی که نقل شده نهایتاً اجماع مدرکی است و چند روایتی که در اینجا وجود دارد به احتمال قوی مدرک مجمعی است و لذا اجماع حجت نمی باشد.

رجوع به تعداد ادا

در برخی روایات این مضمون آمده است:

عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال له الا الذي صالح عليه.^{۷۲}

در توجیه این روایات باید توجه داشت که مسأله اشتغال ذمه غیر از رجوع ضامن به مضمون عنه است. اشکالی وجود ندارد که بگوییم به محض عقد، اشتغال ذمه ایجاد می شود و مقدار پرداختی بر اساس شرط (مصالحه) تعیین می شود. طرفین مبنیاً بر این شرط مصالحه که «به مقداری که ضامن ادا می کند به مضمون عنه مراجعه کند» عقد را منعقد می کنند.

روایت می گوید مقدار قابل رجوع بیش از تعداد پرداخت نیست، اما نسبت به زمان اشتغال ذمه مضمون عنه ساکت است و باید طبق قاعده عمل کرد. این شرط ضمنی که بعد از ادا به مقدار ادا می توانی مراجعه کنی، یک امر عقلایی است.

در مورد ابرای ضامن نیز می توانیم همین مطلب را بپذیریم. به صورت شرط اعلام شده که اگر ذمه ضامن ابرا شد، ذمه مضمون عنه نیز ابرا می شود. این شرط صحیح و عقلایی است. البته طبق قاعده (بدون شرط) باید اشتغال ذمه را باقی بدانیم.

در مواد ۷۱۸ و ۷۱۹ قانون مدنی^{۷۳} نیز باید براثت را به دو اعتبار بگیریم و مسأله را با شرط تصحیح کنیم.

احتساب مورد ضمان به عنوان خمس، زکات، صدقه واجبه، هبه یا ارث

اگر ضامن با اذن و امر مضمون عنه ضامن شود و سپس مضمون له از بابت خمس، زکات، صدقه واجبه، هبه یا مالکیت مافی الذمه ضامن را ببری کند، عده ای می گویند ضامن حق رجوع ندارد؛ زیرا خسارتی بر ضامن وارد نشده تا به مضمون عنه مراجعه کند.

ما نظریات مختلف را بر مبنای مسئولیت مضمون عنه بیان کردیم و ضمان او را ضمان امری دانستیم. اگر ملاک رجوع ورود خسارت باشد در هیچ یک از موارد فوق حق رجوع نیست، زیرا ضرر اصطلاحی وجود ندارد. در مورد هبه یقیناً حق رجوع وجود دارد. در صدقه، خمس، زکات و هبه (همه ذمه و مال) تفاوتی از جهت اشتغال ذمه مضمون عنه وجود ندارد و به محض حدوث عقد ضامن می شود. در این چهار مورد مسأله ادا مطرح نیست تا طبق نظر مشهور گفته شود بعد

از ادا، حق مطالبه دارد. اصولاً ما ادا را طرح نمی‌کنیم. ضامن وقتی می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند در مقابل مضمون‌له ذمه‌اش بری یا به تعبیر بهتر مرتفع می‌گردد و این بری شدن یا به وسیله ادا تحقق می‌یابد یا به تبرع یا به وارث شدن نسبت به مضمون‌له. بنابراین، حکم ماده ۷۱۳ قانون مدنی در مورد ارث فرقی با حکم موارد دیگر ندارد و حق رجوع باقی است.^{۷۴}

ادای مال به ضامن از طرف مضمون‌عنه قبل از ادای ضامن

اگر مضمون‌عنه قبل از ادای ضامن مقدار ضمانت شده را به ضامن بدهد، چنانچه به عنوان امانت داده باشد که بعد از ادای ضامن به عنوان ادای مسئولیت مضمون‌عنه باشد، ید ضامن امانی است و تنها با تعدی و تفریط مسئول است. اما در صورتی که آن را به عنوان ادای دین داده باشد، باید با توجه به نظریات مربوط به اشتغال ذمه مضمون‌عنه، مسأله را بررسی کرد. بنابر نظر مشهور چون هنوز ضامن ادای دین نکرده، مضمون‌عنه مشغول‌الذمه نیست. پس دفع مال به عنوان ادای دین توسط مضمون‌عنه محسوب نمی‌شود. همچنین بنابر صحت شرط متأخر، براساس دو نظر دیگر که مبدأ اشتغال حین عقد می‌باشد، پرداخت مال به عنوان وفا و ادا محسوب می‌شود. اما در صورت اعتقاد به نظر مشهور آیا مال پرداخته شده، مانند مقبوض به عقد فاسد است که در حکم غصب می‌باشد یا خیر. برخی گفته‌اند مال را به عنوان مفرغ ذمه می‌دهد و چون در قید مفرغاً للذمه اشتباه شده انحلال قید و مقید می‌شود و به دلیل اینکه در دادن مال اجازه وجود دارد، پس ید غیر مأذونه نیست تا قاعده «و علی الید» آن را شامل شود. اما تحقیق آن است که قید و مقید قابل انحلال نیستند و یک وجود دارند. لذا ضامن ید غیر مأذونه دارد و قاعده «و علی الید» جاری می‌شود.^{۷۵}

تضمینات دین بعد از ضمان

آیا بعد از ضمان، تضمینات دین ضامن منتقل می‌شود یا بر ذمه مضمون‌عنه باقی می‌ماند و یا به طور کلی از بین می‌رود؟ بعضی می‌گویند عقد رهن مستقل است و ربطی به ضمان ندارد. البته اگر ضامن دین را ادا کند رهن از بین می‌رود. اگر مبنای مشهور امامیه را جداً بپذیریم، چون مدیون بوده و پس از ضمان، رهن مدیون نیست و رهن نیز وثیقه دین بوده است، لذا تضمینات

منفک می‌گردد. البته قاعده «العقود تابعة للقصود» جریان دارد و اگر ضامن قصد رهن بودن را داشته باشد طبق آن عمل می‌شود، اما صرف ضمان دلالتی بر این امر ندارد.

بر مبنای عامه وجهی برای این بحث نیست و رهن از بین نمی‌رود. بر مبنای مختار نیز وقتی عناوین رهن، رهن و مرتهن بر هم نخورد، مضمون‌عنه مدیون رهن است و مضمون‌له مرتهن و دائن. لذا دلیلی برای انفکاک رهن و تضمینات وجود ندارد.^{۷۶}

پرداخت از مال معین

اگر ضامن یا مضمون‌له شرط کند که در مقام ادا طلب مضمون‌له از مال معین پرداخت شود، برخی فقها می‌فرمایند پرداخت گاه به صورت شرط است و گاه به صورت تعیید که هر یک ثمره متفاوتی نسبت به دیگری دارد.^{۷۷}

به نظر ما معقول نیست که موجود خارجی به صورت تعیید باشد. تقابل اطلاق و تعیید تقابل عدم و ملکه است. تعیید در جایی است که اطلاق ممکن باشد. وجود مساوق با تشخیص است و اطلاق در موجودات خارجی راه ندارد، پس تعیید نیز راه ندارد. تعییدی که «قید و مقید یک وجود و غیر قابل انفکاک هستند و اگر قید نباشد اصل عقد نیز باطل است» معنای صحیح تعیید است. اما اگر به نحو مشروط باشد و موضوع شرط از بین برود، خیار فسخ وجود دارد. به نظر ما تعیید در این موارد وجود ندارد و تعیید به شرط یا وصف برمی‌گردد.

براساس نظریه مختار چون ادا، خارج از ضمان است حتی بر فرض صحت تعیید، اگر مال تلف شود ضمان باطل نیست؛ چون ادا خارج از ماهیت ضمان است و باید مثل یا قیمت را بدهد. البته همان‌گونه که گفته شد اصولاً تعیید صحیح نیست و هیچ فرقی بین توصیف به شرط و تعیید نیست و باید مثل یا قیمت داده شود. البته طرف نیز خیار تخلف شرط و وصف را دارد.

ضمانت پیش از یک ضامن

چنانچه دو نفر یا بیشتر ضامن شوند، آثار حقوقی آن چیست؟ نحوه تعلق ضمان چگونه است؟ رضایت و قبول مضمون‌له چه نقشی دارد؟ اگر به شکل تعاقب ضمانت کنند، بر طبق نظری که قبول را شرط می‌دانند، چنانچه قبول بدون تخیل قبول یا رضایت هر ضامن قبل از

دیگری باشد عقد محقق می‌شود و بر مبنای نقل ذمه، ذمه ضامن مشغول می‌گردد و ضامن دوم معنا ندارد؛ زیرا محلی برای ضمان دوم نیست و مضمون عنه بری شده است. اگر گفته شود رضایت مضمون له کافی است، این بحث مطرح می‌شود که در صورت تعاقب ضمانها، رضایت به کدام ضامن برمی‌گردد. برخی گفته‌اند چون به طور مطلق رضایت می‌دهد به طبع باید به ضامن اول برخورد کند که ظاهراً صحیح نیست.

در این مورد باید بین نظریه کشف و نقل تفاوت قائل شویم. اگر قائل به کشف باشیم ذمه از همان زمان بوده و جایی برای ضمانهای بعدی وجود ندارد. اما اگر نظر نقل را بپذیریم مسأله قابل اشکال خواهد بود.

بنابر مبنای عامه اشکالی در مسأله وجود ندارد، اگر یک دین بتواند دو مدیون یا مسئول داشته باشد، بیش از دو نفر نیز می‌توانند مسئول باشند. بر مبنای مختار نیز اشکالی وجود ندارد و چند نفر می‌توانند تضامنی داشته باشند. در مورد نحوه رجوع نیز باید به شرط توجه کرد، یعنی چگونه می‌توان به چند نفر رجوع کرد، آیا در صورت امتناع اولی می‌توان به دومی رجوع کرد و در صورت امتناع دومی به سومی و...؟ در صورتی که ضمانها به طور دفعی باشد مسئولیت چگونه است؟

در صورتی که قبول یا رضایت را شرط بدانیم و اینکه مضمون له رضایت دهد یا قبول کند با چند نفر مواجهیم. برخی این نوع ضمان را باطل دانسته‌اند، زیرا حق واحد در یک لحظه به ذمه‌های متعدد منتقل نمی‌شود.

مرحوم علامه احتمال دیگری را مطرح کرده‌اند که مسئولیت به طور مساوی تقسیم شود.^{۷۸} احتمال دیگر مسئولیت تضامنی است که مضمون له بتواند به هر یک از ضامن‌ها مراجعه کند. مرحوم صاحب عروه این نظر را پسندیده است.^{۷۹}

قانون مدنی در ماده ۷۲۱ با بیان این عبارت که «اگر به نحو تسهیم ضمانت کنند...» مسأله را نسبت به غیر تسهیم مجمل نموده و از این حیث ناقص است.

بر مبنای نظر امامیه می‌توان فرض کرد که پس از وقوع ضمانها شخصیت حقوقی تشکیل می‌شود و ضمان به شخصیت حقوقی منتقل می‌شود و سپس بین آنها علی السویه تسهیم می‌گردد.

برخی گفته‌اند ضامنهای متعدد مانند تعاقب ایادی در عرض هم مسئولیت تضامنی دارند و آن را مثلاً با واجب کفایی مقایسه کرده‌اند. اما باید توجه داشت که قیاس احکام وضعی و تکلیفی قیاس مع الفارق است. در احکام تکلیفی قضایا انحلالی است و در واجبات عینی هر یک از افراد عصیان و امتثال جداگانه دارند، اما در واجب کفایی یک امتثال بیشتر وجود ندارد. ولی در مورد اشتغال ذمه معقول نیست وجود اعتباری به ذمه چند نفر عرضاً تعلق بگیرد. تحقیق آن است که در تعاقب ایادی، ید اول مشغول به نفس عین است و ید دوم مشغول به عین مضمون ید اول، و ید سوم مشغول به عین مضمون ید دوم و... مؤید این مطلب آن است که دومی حق رجوع به اولی را دارد به خلاف عکس. به هر حال، سخن مرحوم صاحب عروه با مبنای نقل ذمه سازگار نیست. بر مبنای مختار، چون ضمان را نفس تعهد دانستیم و طولی بودن رجوع در صورت امتناع را به صورت شرط ضمنی پذیرفتیم، لذا در صورت امتناع مضمون عنه فرقی بین رجوع به فرد یا جمع وجود ندارد و از این جهت اشکالی در مسأله نخواهد بود.

علم ضامن به اصل دین و مقدار آن

آیا علم ضامن به دین و مقدار آن شرط صحت ضمان است؟

بسیاری از فقها در مسأله جهل به مقدار دین ادعای اتفاق و اجماع کرده‌اند که علم به مقدار دین شرط نیست؛ اگرچه علم به اصل دین شرط است. زیرا در صورت عدم علم به اصل دین ضمان از مصادیق ضمان ما لم یجب است.

در معاوضات مانند بیع نیز علم به عوضین شرط دانسته شده است. در این مورد گاه به اجماع و روایات و گاه به بناء استناد می‌شود. به طور مثال، در روایت «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» اگر غرر به معنی جهل باشد، منظور این است که بیع مجهول مورد امضای شارع نیست.

مرحوم صاحب عروه همچون مقدار دین، علم به اصل دین را نیز شرط ندانسته است.^{۸۰}

برخی در این مورد به روایاتی که قبلاً بیان شد استناد کرده‌اند، زیرا در آنها مقدار دین مجهول بوده است. برخی به عمومات اصالة الصحة «الرَّعِيْمُ غَارِمٌ» و «أَوْشُوا بِأَلْفَقُود» تمسک کرده و مشکوک الجزئی و الشرطیه و المانعیه را دفع کرده‌اند. (البته جریان اصالة الصحة مشکل است، زیرا باید احراز شود که موضوع تمام است.)

اصولاً باید دید ضامن بر مبنای نقل ذمه چه می‌کند؟ ضامن ذمه مضمون‌عنه را خلع کرده و به خود انتقال می‌دهد. آیا بدون علم به مقدار دین می‌تواند این کار را انجام دهد؟ آیا بنای عقلا این را می‌پذیرد؟ بر مبنای مشهور امامیه پذیرفتن جهل مشکل است. از طرف دیگر، روایت «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» مختص به معاوضات نیست و مشکل ایجاد می‌کند. در اصل دین هم مسأله به همین شکل است. مبنای دین باید مشخص باشد، علاوه بر اینکه اگر غرر به معنی جهالت باشد بر تمام مبانی جهل به اصل دین و مقدار آن می‌تواند ضامن را باطل کند. در ماده ۶۹۴ قانون مدنی علم به اصل دین به خلاف مقدار و اوصاف شرط دانسته شده است.

ضمان و بینه برای شهادت

در مواردی نسبت به طلب اختلاف پیش می‌آید. ضامن می‌گوید: «اگر بینه بیاوری من ضامنم». در اکثر متون گفته شده این ضمان باطل است، چون حین ضمان علم ندارد و از مصادیق ضمان ما لم یجب می‌باشد.^{۸۱} مرحوم صاحب عروه می‌گوید اگر ثابت شود در حین تکلم ذمه‌اش مشغول بوده واجب است دین را ادا کند.^{۸۲} نظر ایشان به طور کلی این است که وجود دین قبل از ضمان شرط نیست. بنابر مبنای مختار این مسأله اشکال ندارد، چون ضامن اصل مسئولیت را می‌پذیرد و ما نیز وجود دین ثابت بر ذمه مضمون‌عنه را قبل از ضمان شرط ندانستیم.

ضمان نفقه زوج

«نفق» به معنی «پرکردن خلاء و نیاز» است، لذا زوج باید نیاز زوجه را در غذا، مسکن، دارو و... رفع کند. نفقه یک مسأله عرفی است و تعبد در آن راه ندارد. نفقه به مقدار نیاز بر ذمه زوج می‌آید و نسبت به گذشته و حال ذمه او را مشغول می‌کند. حال، آیا در هر زمان بنا به مورد ذمه زوج مشغول می‌شود؛ مثلاً صبح صبحانه بر ذمه او می‌آید، ظهر ناهار و...؟ بر مبنای نظر امامیه نفقه گذشته و حال مشکلی ندارد. اما نسبت به نفقه آینده گفته‌اند ضامن ما لم یجب است،^{۸۳} مگر اینکه از باب وجود مقتضی که بعضی مطرح کرده‌اند مسأله را تصحیح کنیم.^{۸۴}

البته نسبت به نفقه آینده نیز اگر پذیرفتیم که مسأله عرفی است و مثلاً نفقه ماهیانه یا هفتگی

باید پرداخت شود نسبت به نفقه آینده نیز می توانیم ضمان را صحیح بدانیم؛ اما نسبت به آینده ضمان ما لم یجب است بر مبنای مختار، چون این مسأله را شرط ندانستیم. لذا ضمان نفقه آینده امکان پذیر است.

ضمان جعاله و سبق و رمایه

در جعاله عامل پس از انجام عمل، مالک جعل می شود. در سبق و رمایه پس از پیروزی در مسابقه مالک رهان می شود. آیا ضامن می تواند ضامن جعل و رهان قبل از عمل باشد؟ گروهی گفته اند چون قبل از عمل اشتغال ذمه نیست، پس ضمان ما لم یجب است. برخی نیز گفته اند اشتغال به نفس عقد حاصل می شود و ادای آن بعد از عمل است.

البته بنابر نظریه مختار اشکالی در مسأله وجود ندارد.

مرحوم صاحب عروه از باب آیه شریفه سوره یوسف «وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنُوبَیْهِ رَئِیمٌ» می فرماید ضمان در جعاله حتی قبل از عمل نیز صحیح است. حال، آیا این آیه می فرماید حضرت یوسف همان زمان ضامن شد یا اینکه پس از آوردن حمل بعیر مسئولیت پیدا کرد؟ ظاهر آیه دال بر این است که به نفس عقد اشتغال ذمه پیدا می شود و ادا به آینده موکول می شود و اگر کار انجام نشود تعهد ایجاد شده بی اثر خواهد بود.^{۸۵}

ضمان اعیان مضمونه ای چون: غضب، مقبوض به عقد فاسد و...

آیا می توان از اعیان مضمونه ضمانت کرد؟ محقق در شرایع می فرماید: یجوز. در مبسوط، تحریر و ارشاد آمده است: الأشبه الجواز. صاحب جامع المقاصد، شهید ثانی و صاحب جواهر نیز اشکال نموده اند.

در ضمان وجود اعتباری عین بر ذمه واقع می شود، اما مثل یا قیمت در مرحله ادا مطرح می شود. به محض اینکه ید، غیر مأذونه شد قاعده «و علی الید» جاری می شود و ضمان ایجاد می کند. پس از ورود علی الید اگر عین باقی باشد دلیل «المغضوب مردود» عین باید برگردد، چون عین به هویت شخصیه مصداق مفرغ ذمه است و واجد جهات نوعیه، صنفیه و شخصیه می باشد. اما اگر عین موجود نبود، چون جهات شخصیت معدوم است مفرغ ذمه طبق حکم

عقلاً باید دارای جهات نوعیه و صنفیه باشد که قاعدتاً مثل مال است و در مرحله بعد قیمت. پس مقام اشتغال ذمه نباید با مقام تفریغ ذمه خلط گردد.

به دلیل اختلاف در مطالب فوق، برخی ضمان را بعد از تلف می‌دانند، زیرا عین خارجی در ذمه وارد نمی‌شود و قبل از تلف تنها حکم تکلیفی به رد مال وجود دارد. لذا گفته شده بر مبنای نقل ذمه، ضمان قبل از تلف معنا ندارد، زیرا حکم تکلیفی قابل نقل به ضامن نیست. اگر ضامن بگوید: «ضامن است عین را برگرداند و اگر تلف شد مثل یا قیمت را بدهد» یا «اگر تلف شد ضامن است مثل یا قیمت را بدهد» علامه و ابوحنیفه هر دو صورت را درست دانسته‌اند.

صاحب جامع المقاصد در هر دو مورد اشکال می‌کند، زیرا در فرض اول ضمان حکم معنا ندارد و حکم قابل نقل نمی‌باشد و در فرض دوم نیز ضمان ما لم يجب است، زیرا چیزی که هنوز بر ذمه نیامده ضمانش صحیح نیست.^{۸۶}

به نظر می‌رسد نظر صاحب جامع المقاصد اشکال داشته باشد، زیرا به محض غیر مأذون شدن ید، وجود اعتباری عین بر ذمه می‌آید و ید مشغول می‌شود، لذا ضمان صحیح می‌باشد. برخی گفته‌اند اگر این ضمان را بپذیریم مانند عامه ضم ذمه به ذمه را پذیرفته‌ایم.^{۸۷} اما اولاً، بر مبنای نظر امامیه نیز مسأله اشکال ندارد، زیرا بحث اصلی و علی‌البدل و اشتغال ذمه است که در صورت تحقق نقل ذمه ممکن است. ثانیاً، بر مبنای مختار، بدون شک صحیح است عقد ضمان منجزاً واقع شود و اگر ادا نکرد ضامن ادا می‌کند.

سوالی که مطرح می‌شود این است که بر مبنای مختار آیا در صورت وجود عین می‌توان ضامن شد یا خیر؟ زیرا عین یک مصداق بیشتر ندارد و اگر مضمون عنه امتناع از ادا کند ضامن نمی‌تواند عین را تحویل دهد. در جواب باید بگوییم یک شرط ضمن عقد وجود دارد که «اگر عین تلف شد» و مضمون عنه امتناع کرد ضامن باید بپردازد. البته اشتغال ذمه ضامن صحیح است، ولی در مقام تفریغ ذمه و مقام رجوع باید شرط باشد، زیرا ضامن مکلف به پرداخت چیزی است که در سلطه او باشد.

ضمان اعیان مضمونه‌ای چون: عین مرهونه، عین مستأجره و...

در این موارد ید ذوالید امانی است و تخصیصاً از قاعده «و علی‌البدل» خارج است، مگر اینکه

تعدی و تفریط کند. آیا قبل از تحقق سبب ضمان (تعدی و تفریط) ضامن می‌تواند بگوید «اگر تلف شد من ضامنم» یا بگوید اگر ذوالید تعدی و تفریط کرد و تلف شد ضامن است. اگر تعدی و تفریط نشده و ضامن شود (در صورت تلف) همه قبول کرده‌اند که در اینجا ضمان معنا ندارد، زیرا نفس عین غیر مضمونه است. بر مبنای نظر امامیه چون تلف رخ نداده اشتغال ذمه وجود ندارد تا منتقل شود. بر مبنای نظر عامه نیز ذمه‌ای وجود ندارد تا ضم شود. بر مبنای نظر مختار که ضمان صرفاً وثیقه است. در این موارد استیثاق معنا ندارد، زیرا قانونگذار قبل از تعدی و تفریط مسئولیتی ایجاد نکرده و اعیان مذکور را غیر مضمونه دانسته، لذا این ضمان لغو و فاقد اثر حقوقی است. اما در قسم دوم که صاحب عین می‌گوید «اگر ذوالید تعدی و تفریط کرد و تلف شد، طبق قاعده می‌توانی به او رجوع کنی و من ضامنم.» بعد از تعدی و تفریط «و علی‌الید» می‌آید تا وقتی عین باقی است و اگر عین تلف شد مصداق امر اعتباری را می‌باید پرداخت کند و اگر از پرداخت امتناع کرد می‌تواند به ضامن رجوع کند، این مورد عقلایی و دارای ثمره است. فقها در این مورد نیز اشکال کرده‌اند، زیرا اشتغال ذمه وجود ندارد و هنوز تعدی و تفریط رخ نداده است. البته این مسأله را با مسأله فوق خلط کرده‌اند، ولی به هر حال بر اساس آن مبنا، هر دو مورد اشکال دارد. مرحوم صاحب عروه کلاً این نوع ضمان را به دلیل عمومات صحیح دانسته است.^{۸۸}

ضمان درک ثمن، فسخ، اقاله و تلف

اگر، به طور مثال، در عقد بیع احتمال مطابق با قرارداد نباشد یا متعلق به غیر درآید یا فاسد باشد آیا می‌توان از ثمن ضمانت کرد یا خیر؟ فقها می‌گویند اگر ثمن قبض شود ضمان صحیح است و قبل از قبض ضمان معنا ندارد؛ زیرا بعد از قبض، ضمان مقبوض به عقد فاسد می‌آید و از قبل ضمانتی وجود ندارد.^{۸۹}

اگر بیع به طور صحیح واقع شود و اطلاعات و عمومات نیز آن را دربرگیرد و سپس معامله فسخ یا اقاله شود یا تلف قبل از قبض رخ دهد، در تمام این حالات مال به صاحبان اولیه خود برمی‌گردد. آیا می‌توان ضامن شد که ثمن را به مشتری یا مبیع را به بایع برگرداند؟ در پاسخ گفته شده ضمان ما لم یجب است چون در زمان ضمان حقی ثابت نشده و مشتری باید به بایع رجوع

کند نه ضامن.^{۹۰}

به نظر ما ضمان صحیح است. ضامن مسئولیت را می‌پذیرد که اگر فسخ، اقاله یا تلف رخ داد و بایع از دادن ثمن امتناع کرد، ضامن باشد.

اگر ثمن عبارت از عین باشد آیا ضامن صحیح است؟ چون عین در سلطه ضامن نیست وی نمی‌تواند ضامن آن باشد، بلکه ضامن (مثلاً بعد از تلف) قیمت است. البته اگر ثمن اسکناس و پول باشد اشکال ندارد چون پول مال معین نیست در مواردی که عین وجود دارد به شرط تلف و امتناع، ضمان محقق می‌شود.

قانون مدنی در ماده ۶۹۷ ضمان درک مبیع یا ثمن را جایز دانسته است. البته حصر حکم به درک مبیع و ثمن وقتی مستحق للغير درآید صحیح نیست و باید گفته شود ضمان در صورت انحلال در یکی از شرایط جایز است.

اما در مورد خیار عیب مسائلی مطرح می‌شود. اگر عیب سابق بر عقد باشد و مشتری نیز جاهل بوده خیار عیب وجود دارد. ویژگی این خیار آن است که حق فسخ یا امضا و ارش در آن می‌باشد. محقق در شرایط می‌فرماید که اگر قبل از قبض تلف یا اقاله شود تنها به مشتری مراجعه می‌شود نه به ضامن و همین‌طور در صورت وجود عیب سابق. استدلال صاحب جواهر آن است که عقد از زمان فسخ منحل می‌شود، لذا باید به بایع مراجعه کند؛ زیرا از زمان فسخ ذمه باید مشغول شود در حالی که ضمان قبل از آن بوده و ضمان ما لم یجب می‌شود.^{۹۱}

علامه در قواعد می‌فرماید: ضمان صحیح است، چون سبب فسخ (عقد) وجود داشته و این برای ضمان کافی است^{۹۲} و قانون مدنی نیز همین نظر را دارد.

خیار عیب

بنای عقلا بر این است که هنگام معامله، معامله را مبنیاً علی شروط منعقد می‌کنند. یکی از این شروط تساوی ارزش عوضین است و اگر بعد از معامله مشخص شد یکی گرانتر فروخته، خیار تخلف شرط ضمنی وجود دارد. این امر دلیل خیار غبن است. این خیار از زمان حدوث غبن وجود دارد، چون تخلف شرط ضمنی شده است.

در مورد خیار عیب نیز برخی گمان کرده‌اند مسأله تعبدی است، اما باید توجه داشت که این

مسأله نیز عقلایی است. بنای عقلا در معاوضات بر «اصالة السلامة» است. این شرط به صورت ضمنی در معاوضات وجود دارد، لذا اگر مبیع معیوب باشد چون تخلف از شرط شده، از زمان حدوث عقد، خیار وجود دارد.

به نظر ما ثمن در مقابل تمام مضمن است، وصف صحت و سلامت در بازار، ارزش دارد و وصف عیب ارزش را کم می‌کند چون شرط صحت مفقود است مبیع، جزء وصف سلامت را ندارد و این جزء در ثمن، فاقد ما به ازاء می‌باشد. ثمن در مقابل کل مضمن توزیع می‌شود و حقیقتاً یک قسمت از ثمن به بایع منتقل نمی‌شود و آن قسمت حکم قبوض به عقد فاسد را دارد و لذا «و علی الید» جاری می‌شود. بنابراین حتی ارزش نیاز به مطالبه ندارد و بایع مکلف به رد ارزش است.

در صورتی که ظهور عیب سبب فسخ باشد بنا به نظر مشهور ضمان صحیح نیست. بر مبنای مختار حتی اگر خیار تعبدی و از زمان ظهور عیب حق فسخ باشد، چون اشتغال ذمه را شرط می‌دانیم ضمان صحیح است. اصولاً بنابر نظر مختار در خیار عیب و غبن، عقد از زمان حدوث، خیاری است و اگر خیاری بودن کافی باشد ضمان، از زمان حدوث عقد صحیح است چون سبب ضمان از همان زمان وجود داشته است.

سبب استحقاق ارزش

اگر ظهور عیب سبب شرعی خیار باشد شخص، مخیر بین فسخ و ارزش است و سبب ضمان ارزش، بعد از ظهور عیب می‌آید؛ اما اگر ظهور عیب، کاشف عقلی باشد که از زمان حدوث عقد، سبب وجود داشته ضمان ارزش، از زمان حدوث عقد صحیح است.

اما بنابر مبنای مختار در ارزش، چون از زمان حدوث عقد، در صورت قبض ثمن «و علی الید» جریان دارد، پس اشتغال ذمه وجود دارد و در صورت عدم قبض تکلیف به دادن ارزش ندارد.

مستحق للغیر در آمدن بعضی از مبیع

در صورتی که ضامن عهده ثمن را ضمانت کند و برخی از آن مستحقاً للغیر درآید، گفته شده نسبت به مقدار مستحق للغیر می‌توان به ضامن رجوع کرد، به دلیل اینکه تبعوض صفقه در باقی

خیار وجود دارد و در مقدار زاید بر مستحق للغیر به دلیل ضمان ما لم یجب نمی‌توان به ضامن مراجعه کرد. مرحوم شیخ - قدس سره - رجوع به ضامن برای تمام مبیع را جایز دانسته، زیرا سبب استحقاق در حال عقد (مانند عیب) وجود داشته است.^{۹۳}

خیار تبعیض صفقه

بسیاری از فقها این مسأله را بر انحلال بنا کرده‌اند. قسمتی که «یملک» است منتقل می‌شود و قسمت دیگر منتقل نمی‌شود و چون بنای عقلا این است که معامله صفقه واحده بوده و الان بعضی از آن منتقل نشده خیار وجود دارد.

به نظر ما بازگشت این خیار نیز به تخلف شرط ضمنی است. متعاقدين معامله را به شرط انضمام (اجزای مبیعی که مرکب از اجزاست) انجام می‌دهند. بنای عقلا بر مبنای این شرط معامله را منعقد می‌داند و مجموع من حیث المجموع را در نظر می‌گیرد. آیا در صفقه واحده، لحاظ قید و مقید است؟ در قید و مقید انحلال ممکن نیست. در مرکب، به لحاظ قید و مقید عدم وجود یک جزء مقید، مساوی فقدان نفس مقید است و در این مورد باید بگوییم عقد باطل می‌شود. بر مبنای ما ضمان برای کل ثمن صحیح است و به همان گونه که در مستحق للغیر بودن بیان کردیم، نظر می‌دهیم.

ضمان مخارج مشتری در مبیع

اگر مشتری در مبیع مخارجی هزینه کند و مبیع مستحقاً للغیر درآید آیا برای دلگرمی مشتری می‌توان از این مخارج ضمانت کرد؟

مشهور فقها، محقق در شرایع، علامه و دیگران فرموده‌اند: «ضمان ما لم یجب است». شهید اول و ثانی در لمعه و شرح آن فرموده‌اند: «ضمان درست است» و ظاهر دلیل آنان این است که عقد را سبب و کافی می‌دانند.^{۹۴}

به نظر می‌رسد در این مورد قاعده غرور جریان داشته باشد. مشتری مغرور به عمل بایع غار شده است. ضمان بایع به محض حدوث عقد ایجاد می‌شود.

مدرک قاعده غرور

بعضی در این مورد به روایاتی اشاره کرده‌اند مانند: «لانه غرالرجل و خدعه». ادعای اجماع نیز در مسأله وجود دارد، گاه به بنای عقلا نیز تمسک می‌شود. برخی نیز با قاعده «لاضرر» مسأله را درست می‌کنند.

باید توجه داشت که قاعده «غرور» مقدم بر قاعده «لاضرر» است. قاعده «لاضرر» بعد از تحقق ضرر می‌آید و قاعده «غرور» بعد از عقد. معقول نیست که لاضرر مبنای غرور باشد. همچنین در قاعده «اتلاف» که از باب مباشر و سبب مسأله را مطرح کرده‌اند اشکال لاضرر وجود دارد.

ثانیاً، در قاعده «تسبیب» شرایطی است (شدت علیت) که در اینجا وجود ندارد. پس اگر قاعده «غرور» جاری شود از زمان عقد حق رجوع به غار (یعنی بایع) وجود دارد. پس ضمان از بایع غار نیز صحیح است و ضمان ما لم یجب نخواهد بود.

والحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطاهیرین

یادداشتها:

- ۱) ابن منظور، لسان العرب، جلد ۱۳، ص ۲۵۷؛ زبیدی، تاج العروس، جلد ۹، ص ۲۶۵؛ شرتونی، اقرب الموارد، جلد ۱، ص ۶۹۰؛ جوهری، صحاح اللغة، چاپ سنگی؛ جمال فرش، صراح اللغة، چاپ سنگی، ص ۳۲۴؛ فیروزآبادی، قاموس اللغة، چاپ سنگی؛ ابن اثیر، النهاية، جلد ۳، ص ۱۰۲؛ طریحی، مجمع البحرین، جلد ۶، ص ۲۷۵؛ تهانوی، کشاف الاصطلاحات و الفتون، جلد ۱، ص ۸۹۵؛ ابی العسین احمد بن فارسی بن ذکریا، معجم مقاییس اللغة، جلد ۳، ص ۳۷۲؛ صفی‌پور، منتهی الارب، جلد ۲، ص ۷۳۹؛ خلیل جبر، فرهنگ لاروس، جلد ۲، ص ۱۳۶۲.
- ۲) محمد معین، فرهنگ فارسی، جلد ۲، ص ۲۱۹۱؛ لغتنامه دهخدا، جلد ۹، ص ۱۳۳۹۰ - ۱۳۳۹۱.
- ۳) فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی، لاهه، ص ۲۳ و ۶۹ و ۷۵؛ بهمن کشاورز، فرهنگ حقوقی انگلیسی به فارسی، ص ۳۹ و ۱۰۶ و ۲۱۵ و ۲۳۱؛ فرهنگ لغت حبیب، ص ۷۲ و ۲۲۰ و ۵۸۲ و ۶۵۵؛ حسینی‌کاتبی، فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، ص ۶۱ و ۹۳ و ۱۷۷؛ سعید نفیسی، فرهنگ فرانسه - فارسی، جلد ۱، ص ۲۷۴ و ۲۷۵ و ۸۵۲.
- ۴) سرخسی، المبسوط، جلد ۱۰، ص ۱۱۶۰؛ هامش فتاوی الهندی، جلد ۲، ص ۲؛ محمدحسین کاشف الغطاء، تحریر المجلة، جلد ۲، ص ۲۳۳؛ محمدبن عابدین، ردالمختار، جلد ۴، ص ۲۴۹؛ سیواسی، شرح فتح القدیر، جلد ۵، ص ۳۸۹؛ مرغینانی، هدایه، هامش شرح فتح القدیر، جلد ۵، ص ۳۸۹؛ محمدبن

- محمود بابرنی، شرح عنایه، هامش شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۸۹.
- (۵) محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۶، ص ۱۱۳؛ سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، جلد ۲، ص ۱۷۵۹؛ سید میرزا حسن بجنوردی، قواعد الفقہیہ، جلد ۶، ص ۸۴.
- (۶) فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی، لاهه، ص ۳۳ و ۶۹ و ۱۷۵؛ بهمن کشاورز، فرهنگ حقوقی انگلیسی به فارسی، ص ۳۹ و ۱۰۶ و ۲۱۵ و ۲۳۱؛ فرهنگ لغت حبیب، ص ۷۲ و ۲۲۰ و ۵۸۲ و ۶۵۵.
- (۷) حسینقلی کاتبی، فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، ص ۶۱ و ۹۳ و ۱۷۷؛ سعید نفیسی، فرهنگ فرانسه - فارسی، جلد ۱، ص ۲۷۴ و ۲۷۵ و ۸۵۲.
- (۸) میرزای قمی، جامع الشتات، جلد ۱، ص ۲۰۸؛ سید محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ۲؛ علامه حلی، مختصر النافع، بنایع الفقہیہ، جلد ۱۵، ص ۲۳۲؛ احمد محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ سنگی، ص ۱۷۸۸؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، جلد ۲، ص ۸۰؛ علامه حلی، تذکره، جلد ۲، ص ۸۴؛ سید علی طباطبائی، ریاض، جلد ۱، ص ۱۴۸۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، چاپ سنگی، ص ۳۱۵؛ میرفناح مراغه‌ای، هناوین، چاپ سنگی، ص ۳۳۰؛ شیخ یوسف بحرانی، الحقائق الناضرة، جلد ۲۱، ص ۲ و ۴؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک، جلد ۳، ص ۳۷۹؛ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، جلد ۵، ص ۳۵۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، چاپ سنگی، جلد ۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، جلد ۴، ص ۱۱۳؛ سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، جلد ۲، ص ۱۷۵۹؛ شهید اول، اللعة الدمشقیة، ص ۱۴۴؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۶، ص ۱۱۱۴؛ سید میرزا حسن بجنوردی، قواعد الفقہیہ، جلد ۶، ص ۸۴؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ۲، ص ۳۵۵؛ مرتضی مطهری، ربانک، بیمه، ص ۲۸۲؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ص ۷۵ به بعد؛ ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۳، ص ۲۲۱؛ روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع، جلد ۴، ص ۱۴.
- (۹) همان منابع، مجز چهار منبع آخر.
- (۱۰) همان منابع.
- (۱۱) همان منابع.
- (۱۲) سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، جلد ۲، ص ۲۵۸.
- (۱۳) شیخ نظام، الفتاوی الهندیة، جلد ۳، ص ۲۵۲؛ مرغینانی، هدايه، هامش شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۸۹؛ سیواسی، شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۸۹؛ سرخسی، المبسوط، جلد ۱۰، ص ۱۱۶۰؛ محمد حسین کاشف الغطاء، تحریر المجلة، جلد ۲، ص ۲۳۳؛ محمد بن محمود بابرنی، شرح عنایه، هامش شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۸۹؛ سعدی جلی، حاشیه بر شرح عنایه، هامش شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۸۹؛ محمد بن عابدین، رد المختار، جلد ۴، ص ۲۴۹؛ هامش الفتاوی الهندیة، الفتاوی البزازیة، جلد ۶، ص ۳؛ عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۳، ص ۲۲۱ - ۲۲۳.
- (۱۴) کبذری، اصباح الشیعه، بنایع الفقہیہ، جلد ۱۵، ص ۲۴۴؛ ابن زهره، غنیة النزوع، جوامع الفقہیہ، چاپ سنگی، ص ۵۹۰؛ ابن ادریس، السرائر، جلد ۲، ص ۷۰.
- (۱۵) شیخ طوسی، النهایة، جوامع الفقہیہ، چاپ سنگی، ص ۲۸۶؛ شیخ صدوق، مقننه، بنایع الفقہیہ، جلد ۱۵، ص ۲۳۱؛ ابن براج، جواهر الفقه، جوامع الفقہیہ، چاپ سنگی، ص ۴۸۶.
- (۱۶) سید محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ۲؛ محقق حلی، مختصر النافع، بنایع الفقہیہ، جلد ۱۵، ص ۲۵۷؛ علامه حلی، تذکره، چاپ سنگی، ص ۳۱۵؛ میرفناح مراغه‌ای، هناوین، چاپ سنگی، ص ۳۳۰؛ شیخ

يوسف بحراني، الحقائق الناضرة، جلد ٢١، ص ٣ و ٤؛ سيد احمد خوانساري، جامع المدرک، جلد ٣، ص ٣٧٩؛ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، جلد ٥، ص ١٣٥؛ شهيد ثاني، مسالك الافهام، چاپ سنگی، جلد ١؛ سيد محمد کاظم يزدي طباطبائي، العروة الوثقى، جلد ٢، ص ١٧٥٩؛ شهيد ثاني، الروضة البهية، جلد ٤، ص ١١١٣؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ٢٦، ص ١١١٤؛ سيد ميرزا حسين بجنوردی، القواعد الفقهية، جلد ٦، ص ١٨٤؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ٢، ص ٣٥٥؛ شهيد اول، اللسعة الدمشقية، ص ١٤٤.

(١٧) شهيد ثاني، مسالك الافهام، چاپ سنگی، جلد ١١؛ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، جلد ٥، ص ٣٦٦؛ ميرزای قمی، جامع الشتاة، جلد ١، ص ٢٨١؛ محمد حسين کاشف الغطاء، تحرير المجلة، جلد ١، ص ٢٣٩ و جلد ٢، ص ٢٣٤؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، چاپ سنگی، ص ٣١٦؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، چاپ سنگی، ص ١٧٧؛ جعفر بن سعيد حلی، نکه النهاية، جوامع الفقهية، ص ٣٨٩؛ سيد علی طباطبائي، رياض، جلد ١، ص ٢٨٣؛ سيد محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ٢، ابن ادریس، السرائر، جلد ٣، ص ١٧٠؛ سيد احمد خوانساري، جامع المدرک، جلد ٣، ص ٣٨٠؛ محمد بن عابدين، رد المختار، جلد ٤، ص ٢٥١ و ٢٦٩؛ فخر المحققين، ايضاح الفوائد، جلد ٢، ص ٨٣؛ علامه حلی، تذکره، جلد ٢، ص ١٨٨؛ يحيى بن سعيد، جامع الشرايع، يتابع الفقهية، جلد ١٥، ص ٢٥٨؛ ابن حمزه، الوسيلة، جوامع الفقهية، چاپ سنگی، ص ١٧١٤؛ کيدري، اصباح الشيعة، يتابع الفقهية، جلد ١٥، ص ٢٢٤؛ محقق حلی، مختصر النافع، يتابع الفقهية، جلد ١٥، ص ٢٥٧؛ ابن زهره، غنية النزوع، جوامع الفقهية، ص ٥٩٥؛ شيخ مفيد، مقننه، يتابع الفقهية، جلد ١٥، ص ٢٣١؛ احمد محقق اردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان، چاپ سنگی، ص ٧٨٩.

(١٨) محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، جلد ٥، ص ٣٦٥؛ ابن حمزه، الوسيلة، جوامع الفقهية، ص ٧١٤؛ سيد محمد کاظم يزدي طباطبائي، العروة الوثقى، جلد ٢، ص ١٧٥٩؛ سيواسی، شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٣٩٠؛ شهيد ثاني، الروضة البهية، جلد ٤، ص ١١١٩؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ٢٦، ص ١٢٤ و ١٢٥؛ شهيد ثاني، مسالك الافهام، چاپ سنگی، جلد ١؛ سيد علی طباطبائي، رياض، چاپ سنگی، جلد ١، ص ٤٨٣؛ فخر المحققين، ايضاح الفوائد، جلد ٢، ص ٨٣؛ احمد محقق اردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان، چاپ سنگی، ص ٧٨٩؛ ميرزای قمی، جامع الشتاة، جلد ١، ص ٢١١ و ٢١٧؛ علامه حلی، تذکره، جلد ٢، ص ١٨٨؛ شيخ طوسي، المبسوط، جلد ٢، ص ٣٢٣؛ شيخ يوسف بحراني، الحقائق الناضرة، جلد ٢١، ص ١١٠؛ ابن ادریس، السرائر، جلد ٣، ص ٧٠؛ علامه حلی، مختلف، چاپ سنگی، ص ١٥١؛ سيد محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ٢؛ محمد جعفر جعفری لنکرودي، دانشنامه حقوقی، جلد ٤، ص ٦٥٨.

(١٩) شهيد ثاني، مسالك الافهام، چاپ سنگی، جلد ١١؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، چاپ سنگی، جلد ٢، ص ٨٨ (به اکثر فقهای اهل سنت و ابوحنيفه و محمد و شافعی نسبت داده است).

(٢٠) سيد محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ٢؛ شيخ يوسف بحراني، الحقائق الناضرة، جلد ٢١، ص ١١٠؛ علامه حلی، مختلف، چاپ سنگی، ص ١٥١؛ ابن ادریس، السرائر، جلد ٣، ص ٧٠؛ سيد محمد کاظم يزدي طباطبائي، العروة الوثقى، جلد ٢، ص ٧٥٩.

(٢١) سيواسی، شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٣٩٠ (از قول ابو يوسف).

(٢٢) شيخ يوسف بحراني، الحقائق الناضرة، جلد ٢١، ص ١١٠؛ سيد محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ٢؛ علامه حلی، تذکره، جلد ٢، ص ٨٧ (نقل قول شافعی)؛ شيخ طوسي، خلاف، جلد ٢، ص ٧٩.

محمد حسین کاشف الغطاء، تحرير المجلة، جلد ۲، ص ۲۳۴؛ عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۳، ص ۲۳۶ (مذهب شافعيه).

(۲۳) مائده (۵)، ۱.

(۲۴) شيخ طوسي، تهذيب، جلد ۷، ص ۳۶۷؛ شيخ كليني، فروع كافي، جلد ۵، ص ۱۶۹؛ شيخ حر عاملی، وسائل الشيعه، جلد ۱۵، ص ۳۰؛ طبرسي، مستدرک الوسائل، جلد ۲، ص ۴۷۲.

(۲۵) شيخ حر عاملی، وسائل الشيعه، جلد ۱۳، ص ۱۵۱؛ طبرسي، مستدرک الوسائل، جلد ۲، ص ۴۹۷.

(۲۶) همان منابع.

(۲۷) شيخ طوسي، تهذيب الاحكام، جلد ۶، ص ۱۸۸.

(۲۸) شيخ كليني، فروع كافي، جلد ۷، ص ۲۸؛ شيخ طوسي، تهذيب، جلد ۹، ص ۱۶۷؛ شيخ حر عاملی، وسائل الشيعه، جلد ۱۳، ص ۱۵۲.

(۲۹) شيخ حر عاملی، وسائل الشيعه، جلد ۱۳، ص ۲۳۲؛ صدوق، من لا يحضره الفقيه، جلد ۳، ص ۱۹۴.

(۳۰) علامه حلي، مختلف، چاپ سنگي؛ ميرزا قمي، جامع الشتاة، چاپ سنگي، جلد ۱، ص ۲۱۱؛ شيخ يوسف بحراني، الحقائق الناضرة، جلد ۲۱، ص ۱۱؛ علامه حلي، تذكرة، جلد ۲، ص ۸۸؛ محمد جواد عاملی، مفتاح الكرامة، جلد ۵، ص ۳۸۶؛ سيد علي طباطبائي، رياض، چاپ سنگي، جلد ۱، ص ۴۸۳؛ احمد محقق اردبيلي، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ سنگي، ص ۱۷۸۹؛ فخر المحققين، فوايد الايضاح، جلد ۲، ص ۸۳؛ محقق كركي، جامع المقاصد، چاپ سنگي، ص ۳۱۶؛ سيد محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگي، جلد ۲.

(۳۱) ميرفتاح مراغه‌اي، عناوين، چاپ سنگي، ص ۳۳۰؛ احمد محقق اردبيلي، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ سنگي، ص ۱۷۸۹؛ شيخ يوسف بحراني، الحقائق الناضرة، جلد ۲۱، ص ۱۵؛ شيخ طوسي، المبسوط، جلد ۲، ص ۳۳۱؛ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، جلد ۲، ص ۲۶۰؛ سيد احمد خوانساري، جامع المدارك، جلد ۳، ص ۳۸۰ و ۳۸۱؛ سيد محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگي، جلد ۲، ميرزا قمي، جامع الشتاة، چاپ سنگي، جلد ۱، ص ۲۱۶؛ محمد جواد عاملی، مفتاح الكرامة، جلد ۵، ص ۳۸۲؛ سيد ميرزا حسن موسوي بجنوردي، القواعد الفقهية، جلد ۶، ص ۸۴؛ شهيد ثاني، الروضة البهية، جلد ۴، ص ۱۲۱؛ محقق حلي، شرايع الاسلام، جلد ۲، ص ۳۵۶؛ محمد حسن نجفي، جواهرالكلام، جلد ۲۶، ص ۱۲۷؛ سيد محمد كاظم يزدي طباطبائي، العروة الوثقى، جلد ۲، ص ۱۷۶۴؛ علامه حلي، تذكرة، جلد ۲، ص ۱۹۲؛ سيد علي طباطبائي، رياض، جلد ۱، ص ۲۸۳؛ شيخ طوسي، خلاف، چاپ سنگي، جلد ۲، ص ۱۷۹؛ ابن براج، جواهر الفقه، جوامع الفقيه، چاپ سنگي، ص ۴۸۶؛ شيخ طوسي، النهاية، جوامع الفقيه، چاپ سنگي، ص ۲۸۶؛ ابن زهره، فنية النزوع، جوامع الفقيه، چاپ سنگي، ص ۵۹۵؛ مسحق حلي، مختصر النافع، ينابيع الفقيه، جلد ۱۵، ص ۲۵۷؛ كذري، اصباح الشيعه، ينابيع الفقيه، جلد ۱۵، ص ۲۴۴؛ ابن حمزة، الوسيلة، جوامع الفقيه، چاپ سنگي، ص ۱۷۱۴؛ سلا، مراسم، جوامع الفقيه، چاپ سنگي، ص ۱۶۵۱؛ شيخ مفيد، مقننه، ينابيع الفقيه، جلد ۱۵، ص ۲۳۱؛ ابن ادریس، السرائر، جلد ۳، ص ۷۰؛ جعفر بن سعيد حلي، نكه النهاية، جوامع الفقيه، چاپ سنگي، ص ۳۸۵؛ علامه حلي، قواعد الاحكام، ينابيع الفقيه، جلد ۱۵، ص ۲۶۰.

(۳۲) احمد محقق اردبيلي، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ سنگي، ص ۱۷۸۹؛ سيد محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگي، جلد ۱۲؛ شيخ يوسف بحراني، الحقائق الناضرة، جلد ۲۱، ص ۱۵؛ سيد احمد خوانساري، جامع

- المدارك، جلد ۳، ص ۳۸۱: علامة حلی، تذکره، چاپ سنگی، جلد ۲، ص ۹۲: سید علی طباطبایی، ریاض، چاپ سنگی، جلد ۱، ص ۲۸۳: میرزای قمی، جامع الشتات، جلد ۱، ص ۲۱۶: ابن ادریس، السرائر، جلد ۳، ص ۷۰: ابن زهره، غنیة النزوع، جوامع الفقهیه، ص ۵۹۵: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۶، ص ۱۱۲۷: محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ۲، ص ۳۵۶: سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، جلد ۶، ص ۸۴: سید محمد کاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، جلد ۲، ص ۱۷۶۴.
- (۳۳) شیخ کلینی، فروع کافی، جلد ۷، ص ۲۸: شیخ طوسی، تهذیب، جلد ۹، ص ۱۱۶۷: شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۳، ص ۱۵۲.
- (۳۴) شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، جلد ۶، ص ۱۸۸.
- (۳۵) سید محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ۲.
- (۳۶) فخر المحققین، ایضاح القوائد، جلد ۲، ص ۸۰: میرفتاح مراغه‌ای، عناوین، چاپ سنگی، ص ۳۱۷ و ۳۱۸: احمد محقق اردبیلی، مجمع الفایده و البرهان، چاپ سنگی، ص ۱۷۸۹: شیخ طوسی، خلاف، جلد ۲، ص ۷۹: شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضیه، جلد ۲۱، ص ۱۱۵: سید احمد خوانساری، جامع المدارک، جلد ۳، ص ۳۸۱: علامه حلی، تذکره، جلد ۲، ص ۹۲: سید علی طباطبایی، ریاض، جلد ۱، ص ۲۳۸: میرزای قمی، جامع الشتات، جلد ۱، ص ۲۱۶: سید محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ۲: ابن ادریس، السرائر، جلد ۳، ص ۷۰: ابن زهره، غنیة النزوع، جوامع الفقهیه، ص ۵۹۵: سید محمد کاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، جلد ۲، ص ۱۷۶۴: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۶، ص ۱۱۲۷: محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ۲، ص ۳۵۷: سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، جلد ۶، ص ۸۴.
- (۳۷) سرخسی، المبسوط، جلد ۱۰، ص ۱۱۶۱: میرفتاح مراغه‌ای، عناوین، ص ۳۱۷ و ۳۱۸: سید محمد کاظم یزدی طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۸۴: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۶، ص ۱۱۳: میرزای نائینی، منیه الطالب، ص ۲۹۹ و ۳۰۴: سیواسی، شرح فتح القدیر، جلد ۵، ص ۳۸۹: علامه حلی، تذکره، جلد ۲، ص ۹۵.
- (۳۸) محمد بن عابدین، ردالمختار، جلد ۴، ص ۲۵۰: سیواسی، شرح فتح القدیر، جلد ۵، ص ۳۹۸: میرزای نائینی، منیه الطالب، ص ۲۹۹: میرفتاح مراغه‌ای، عناوین، ص ۳۱۷ و ۳۱۸: محقق کرکی، جامع المقاصد، چاپ سنگی، ص ۳۳۶: علامه حلی، قواعد الاحکام، چاپ سنگی، ص ۲۰۲: سید محمد کاظم یزدی طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۸۴: فخر المحققین، فواید الايضاح، جلد ۲، ص ۹۲: عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۳، ص ۲۲۱ و ۲۲۲: الفتاوی البزازیه، هامش الفتاوی الهندیه، جلد ۶، ص ۲۵۳.
- (۳۹) محمد جعفر جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی، عقد ضمان، ص ۱۰: میرزا حبیب الله رشقی، فحصب، ص ۱۱.
- (۴) ابن منظور، لسان العرب، جلد ۱۲، ص ۲۲۰: طریحی، مجمع البحرین، جلد ۶، ص ۶۶: ابن اثیر، النهاية، جلد ۲، ص ۱۶۸: جمال قرشی، صراح اللغة، چاپ سنگی، ص ۲۹۱: جوهری، صحاح اللغة، چاپ سنگی: فیروزآبادی، قاموس اللغة، چاپ سنگی: صفی پور، منتهی الارب، جلد ۱، ص ۴۱۳: شرتونی، اقرب الموارد، جلد ۱، ص ۳۷۳: خلیل جبر، فرهنگ لاروس، جلد ۱، ص ۱۱۰۹: محمد معین، فرهنگ فارسی، جلد ۲، ص ۱۶۱۱: زبیدی، تاج العروس، جلد ۹، ص ۳۸۷: تہانوی، کشاف الاصطلاحات و الفنون، جلد

۱، ص ۵۱۶.

(۴۱) زیبدی، تاج العروس، ص ۳۸۷؛ ابن اثیر، النهاية، جلد ۲، ص ۱۶۸؛ طریحی، مجمع البحرين، جلد ۶، ص ۶۶؛ فیروزآبادی، قاموس اللغة، چاپ سنگی؛ جوهری، صحاح اللغة، چاپ سنگی.

(۴۲) طریحی، مجمع البحرين، جلد ۶، ص ۶۶؛ ابن اثیر، النهاية، جلد ۲، ص ۱۶۸؛ شرنوتی، اقرب الموارد، جلد ۱، ص ۳۷۳؛ محمد معین، فرهنگ فارسی، جلد ۲، ص ۱۶۱۱؛ جمال قرشی، صراح اللغة، چاپ سنگی، ص ۲۹۱؛ جوهری، صحاح اللغة، چاپ سنگی؛ خلیل جر، فرهنگ لاروس، جلد ۱، ص ۱۰۱۹؛ زیبدی، تاج العروس، جلد ۹، ص ۳۸۷.

(۴۳) تیهانوی، کشف الاصطلاحات و الفنون، جلد ۱، ص ۵۱۶ (نقل آرای فقها).

(۴۴) همان.

(۴۵) سیواسی، شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۸۹؛ عبدالرحمن جزیری، الفقه على المذاهب الاربعة، جلد ۳، ص ۲۲۲؛ محمد بن عابدین، ردالمختار، جلد ۴، ص ۲۴۹؛ سرخسی، المبسوط، جلد ۱۰، ص ۱۶۱.

(۴۶) احمد محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ص ۱۷۹؛ سید محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ۲؛ میرزای قمی، جامع الشتات، جلد ۱، ص ۲۱۲؛ علامه حلی، تذکره، جلد ۲، ص ۱۹۰؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ص ۳۱۷؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۱۷۸؛ یحیی بن سعید، جامع الشرايط، یتابع الفقهیه، جلد ۱۵، ص ۲۵۸؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، چاپ سنگی، جلد ۱؛ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، جلد ۵، ص ۳۷۱؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ۱، ص ۳۵۸؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، جلد ۴، ص ۱۲۳؛ سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، جلد ۲، ص ۷۷۷؛ سیواسی، شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۴۰۳.

(۴۷) ابن قیم جوزیه، اعلام الموقعین، جلد ۲، ص ۳۲؛ ابن ادریس، السرائر، جلد ۲، ص ۷۴؛ احمد محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ص ۱۷۹؛ میرزای قمی، جامع الشتات، جلد ۱، ص ۲۱۶؛ علامه حلی، تذکره، جلد ۲، ص ۱۹۱؛ سید محمد مجاهد، مناهل، چاپ سنگی، جلد ۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ص ۳۱۷؛ شیخ طوسی، المبسوط، جلد ۲، ص ۳۲۶؛ شیخ یوسف بحرانی، الحقائق الناضرة، جلد ۲۱، ص ۳۳ تا ۳۵؛ سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، حاشیه مکاسب، ص ۱۸۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، چاپ سنگی، جلد ۱؛ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، جلد ۵، ص ۳۷۲؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ۱، ص ۳۵۷؛ سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، جلد ۲، ص ۷۷۶؛ سیواسی، شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۹۰.

(۴۸) میرزا حبیب الله رشتی، غصب، ص ۱۱؛ میرفتاح مراغه‌ای، عناوین، چاپ سنگی، ص ۳۱۸؛ ابن براج، جواهر الفقه، یتابع الفقهیه، جلد ۱۵، ص ۸۶؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ۲، ص ۱۷۱؛ محقق حلی، مختصر النافع، یتابع الفقهیه، جلد ۱۵، ص ۱۴۳؛ محمد باقر اشرفی، شعائر الاسلام، چاپ سنگی، ص ۳۸۷؛ شیخ انصاری، مکاسب، چاپ سنگی، ص ۱۴۸؛ سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۸۶؛ میرزای نائینی، منیه الطالب، ص ۲۹۹؛ آخوند خراسانی، حاشیه بر مکاسب، ص ۸۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، چاپ سنگی، جلد ۲؛ محمد نراقی، مشارق الاحکام، ص ۳۰۳.

(۴۹) سیواسی، شرح فتح القدير، جلد ۵، ص ۳۹۶؛ میرفتاح مراغه‌ای، عناوین، چاپ سنگی، ص ۳۱۷ و ۳۱۸؛ میرزا حبیب الله رشتی، غصب، چاپ سنگی، ص ۱۱؛ عبدالرحمن جزیری، الفقه على المذاهب الاربعة، جلد ۳، ص ۲۲۱ و ۲۲۲؛ محمد بن محمود بابرزی، شرح هنایه، هامش شرح فتح القدير، جلد

٥. ص ٣٩٥ و ٤٠٣؛ ابن حمزه، الوسيلة، جوامع الفقهية، ص ٧١٤؛ ابن قيم جوزيه، اعلام الموقعين، جلد ٣، ص ٣٩٨.
٥٠. سيواسي، شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٤٠٣؛ عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، جلد ٣، ص ٢٤٦ و ٣٣٩؛ محمد بن عابدين، ردالمختار، جلد ٤، ص ٢٥٠؛ سرخسي، الميسوط، جلد ١٠، ص ١٦٠.
٥١. عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، جلد ٣، ص ٢٤٩ و ٢٤٥ و ٢٤٦؛ محمد بن عابدين، ردالمختار، جلد ٤، ص ٢٤٩؛ سيواسي، شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٤٠٣؛ سرخسي، الميسوط، جلد ١٠، ص ١٦٠؛ مرغيناني، هدايه، هامش شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٤٠٣؛ محمد بن محمود بابرني، شرح عنايه، هامش شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٤٠٣؛ محمد بن شافعي، الام، ص ١٠٨؛ محمد شوكتاني، نيل الاوطار، جلد ٥، ص ٢٦٩؛ شيخ نظام، الفتاوى الهندية، جلد ٣، ص ٢٥٢؛ الفتاوى البزازية، هامش الفتاوى الهندية، جلد ٦، ص ٣.
٥٢. محمد بن عابدين، ردالمختار، جلد ٤، ص ٢٤٩؛ سيواسي، شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٣٨٩؛ عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، جلد ٣، ص ٢٢٠.
٥٣. عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، جلد ٣، ص ٢٤٥ (مذهب حنيفه)؛ شيخ نظام، الفتاوى الهندية، جلد ٣، ص ٢٥٣.
٥٤. ناصر كاتوزيان، حقوق مدني، عقود معين، جلد ٣، ص ٢٢٨؛ محمد جعفر جمفري لنگرودي، عقد ضمان، ص ١٩٣؛ مصطفى عدل، حقوق مدني، ص ٤٣٣؛ محمد بروجردي عبده، حقوق مدني، ص ٣٨٤؛ حسن امامي، حقوق مدني، جلد ٢، ص ٢٧١؛ ناصر كاتوزيان، حقوق مدني، عقود معين، جلد ٢، ص ٢٥٤؛ ابن قيم جوزيه، اعلام الموقعين، جلد ٣، ص ٣٩٨؛ موسوي بخنوردي، تقريرات درس قواعد فقهيه، ص ٢٦.
٥٥. سيواسي، شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٤٠٣؛ مرغيناني، هدايه، هامش شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٤٠٣؛ عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، جلد ٣، ص ٢٢٣ (مذهب مالكيه)؛ محمد بن محمود بابرني، شرح عنايه، هامش شرح فتح القدير، جلد ٥، ص ٤٠٣.
٥٦. سيد محمد كاظم يزدي طباطبائي، سؤال و جواب، چاپ سنگي، ص ٢١٧؛ ميرزاي قمي، جامع الشتات، چاپ سنگي، جلد ١، ص ٢١٦.
٥٧. شيخ نظام، الفتاوى الهندية، جلد ٦، ص ٨؛ الفتاوى البزازية، هامش الفتاوى الهندية، جلد ٦، ص ٣١؛ سرخسي، الميسوط، جلد ١٠، ص ٢٨؛ الفتاوى الخانيه هامش الفتاوى الهندية، جلد ٣، ص ٥٣؛ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، جلد ٢، ص ٢٥٥؛ شيخ نظام، الفتاوى الهندية، جلد ٣، ص ٢٧١؛ ابن قيم جوزيه، اعلام الموقعين، جلد ٤، ص ٢٧.
٥٨. ابن قيم جوزيه، اعلام الموقعين، جلد ٣، ص ٣٩٨.
٥٩. طبرسي، مستدرك الوسائل، جلد ١، ص ٤٩٧؛ شيخ حر عاملي، وسائل الشيعه، جلد ١٣، ص ١٤٩؛ شيخ صدوق، من لا يحضره الفقيه، جلد ٣، ص ٩٦؛ شيخ كليني، فروع كافي، جلد ٥، ص ١٠٤.
٦٠. طبرسي، مستدرك الوسائل، جلد ٢، ص ٤٩٧؛ شيخ حر عاملي، وسائل الشيعه، جلد ١٣، ص ١٥١.
٦١. محمد حسن نجفي، جواهر الكلام، جلد ٢٦، ص ١٣٠.
٦٢. سيد محمد كاظم يزدي طباطبائي، العروة الوثقى، ضمان، مسألة ٨.
٦٣. همان، ضمان، مسألة ٥.
٦٤. محمد حسن نجفي، جواهر الكلام، جلد ٢٦، ص ١٢٩.

(۶۵) «إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً باذن المضمون عنه فالأجل للضمان لالدين، فلو أسقط للضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه، لأن الذي عليه كان حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان، وكذا إذا مات...» العروة الوثقى، ضمان، مسألة ۸.

(۶۶) «در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین می‌تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.»

(۶۷) محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۶، ص ۱۳۴.

(۶۸) «ضامن حق رجوع به مضمون عنه را ندارد، مگر بعد از آدای دین. ولی می‌تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور منقضی شده باشد، رجوع کند.»

(۶۹) زیرا لازم نیست که شرطی شود، بلکه این شرط به طور ضمنی همیشه وجود دارد.

(۷۰) محقق حلی، شرائع الاسلام، جلد ۲، ص ۱۰۹ و ۱۱۱.

(۷۱) سیدمحمد کاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، ضمان، مسألة ۱۳.

(۷۲) شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۳، باب ۶ از احکام ضمان.

(۷۳) ماده ۷۱۸: «هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراکند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند.»

ماده ۷۱۹: «هرگاه مضمون له ضامن را ابرا با دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع به مضمون عنه را ندارد.»

(۷۴) سید محمدکاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، ضمان، مسألة ۱۴.

(۷۵) همان، ضمان، مسألة ۱۶.

(۷۶) همان، ضمان، مسألة ۲۳.

(۷۷) همان، ضمان، مسألة ۲۴.

(۷۸) علامه حلی، مختلف، کتاب ضمان، ص ۴۳۱.

(۷۹) سید محمد کاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، ضمان، مسألة ۲۶.

(۸۰) همان، ضمان، مسألة ۲۸.

(۸۱) محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۶، ص ۱۴۴.

(۸۲) سید محمد کاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، ضمان، مسألة ۲۹.

(۸۳) محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۶، ص ۱۳۹.

(۸۴) سیدمحمد کاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، ضمان مسألة ۳۵: «وَأما النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم؛ لأنه من ضمان ما لم يجب. ولكن لايبعد صحته، لكفاية وجود المقتضى و هو الزوجية.»

(۸۵) برای بررسی اختلاف نظر رجوع کنید به: جواهرالکلام، جلد ۲۶، ص ۱۳۷؛ مرحوم صاحب شرایع تردید می‌کند و صاحب جواهر می‌فرماید: «شاید منشأ این نظر این باشد که عقد جماله سبب ثبوت مال در ذمه نیست، بلکه جزء سبب است و آیه نیز بر تعهد عرفی دلالت می‌کند نه تعهد عقدی.»

(۸۶) برای ملاحظه نظریات رجوع کنید به: جواهرالکلام، جلد ۲۶، صص ۱۴۰ و ۱۴۱.

(۸۷) سیدمحمد کاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، ضمان، مسألة ۳۸.

(۸۸) همان، ضمان، مسألة ۳۷: «أما ضمان الاعيان غير المضمونة كمال المضاربة و الرهن و الوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعدأ و تفریط فلا خلاف بينهم في عدم صحته و الاقوى بمقتضى العمومات صحته ايضاً.»

- (٨٩) محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ٢٦، ص ٢٤٦ و ٢٤٧؛ سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، ضمان، مسألة ٣٩.
- (٩٠) همان، جلد ٢٦، ص ١٤٦ و ١٤٧؛ همان، ضمان، مسألة ٣٩.
- (٩١) محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ٢٦، ص ١٤٧.
- (٩٢) همان.
- (٩٣) همان، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، العروة الوثقی، ضمان، مسألة ٤٠.
- (٩٤) محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ٢٦، ص ١٤٨ و ١٤٩.