

سید محمد موسوی بجنوردی



نگرشی جدید بر ضمان
عقدی و احکام آن



بحث ضمان در دو بخش ضمان بالمعنی الاخص و ضمان بالمعنی الاعم مطرح میشود. مقصود از ضمان اول، ضمان عقدی و منظور از ضمان دوم کفالت و حواله است گروهی از فقهاء مانند شهید در مسالك و علامه در تذکره میفرمایند: ضمان منصرف به ضمان عقدی است و کفالت و حواله موونۀ زایده میخواهند.

- حقیقت ضمان در ضمان تهری

در ضمان تهری، در حقیقت ضمان شی به وجود اعتباریش بر ذمه قرار میگیرد و مسأله مثلثیت و قیمت خارج از حقیقت ضمان است و در مرحله اداء مطرح میشود. آنچه در ذمه مستقر میشود وجود اعتباری شی است لذا در مقبوض به عقد فاسد به محض قبض قاعده و علی الید جاری میگردد نه بعد از تلف. با وجود اعتباری شی در ذمه، عقلاء و شارع مقدس حکم میکنند که تا وقتی شی به هویته موجود است باید نفس شی داده شود و اگر شی از جهات شخصی معدوم شد عقلاء حکم میکنند مصداق شی پرداخت گردد. عقلاء این حکم را در مقام تفریغ ذمه اعلام میکنند نه در مقام شغل ذمه. لذا بنظر میرسد بحثهای فراوانی در مکاسب شیخ ره در مورد مثلاً مثلثیات بواسطه خلط این دو مقام و مرحله است. در تمام ضمانتهای تهری (تسیب، اتلاف مقبوض به عقد فاسد، غصب) ضمان به یک معنی است.

- حقیقت ضمان در ضمان عقدی

آیا در ضمان عقدی نیز همان هویت استقرار وجود اعتباری شی در ذمه وجود دارد؟

بله مسأله از این جهت با ضمان قهری تفاوت ندارد زیرا گاهی ضمان معلول اراده است و گاهی معلول حکم قانونگذار.

- نظرات مختلف در ضمان

آیا ضمان عقدی مسؤولیت تضامنی ایجاد میکند یا تنها ضامن مسئول است؟ یک اختلاف کلی بین فقهاء شیعه و سنی وجود دارد. البته باید توجه داشت که این یک مسأله عقلائی است نه کلامی و عقیدتی. بطور مثال عبارت «الزعیم غارم»^(۱) روشی بوده که قبل از اسلام نیز وجود داشته و نهایتاً اسلام آنرا امضاء و تأیید نموده است.

غالب علماء شیعه قول دوم را قبول دارند^(۲) و در کتب ماقول اول به اهل سنت نسبت داده میشود.

گروهی از اهل سنت میگویند «ن» در ضمان، زاید است و ضمان از ضم گرفته شده پس ضم ذمه به ذمه است. فقهاء شیعه میگویند «ن» اصلی است زیرا نه تنها در مصدر بلکه در مشتقات هم «ن» اصلی است^(۳).

عده‌ای از حنفیه معتقدند که در تضامن هم ضم دین است و هم ضم تعهد، همچنین شافعیه و مالکیه و گروهی از حنیفه و حنابله ضم ذمه را به معنای تضامن در تعهد دانسته‌اند نه دین و مضمون له را برای رجوع به هر یک معیر میدانند^(۴).

۱- متدرک ج ۲ ص ۴۹۷.

۲- شیخ، خلاف ج ۳ ص ۳۱۴ مسأله ۳.

۳- جواهر ج ۲۶ ص ۱۱۳ / مفتاح الکرامه ج ۵ ص ۳۴۸ / الفقه علی المذاهب الاربعه

ج ۳ ص ۲۲۱.

۴- خلاف ج ۳ ص ۳۱۴ مسأله ۳ / مختصر المزنی ص ۱۰۸، المجموع ج ۱۴ ص

۲۴-۲۵، کفایه الاختیار ج ۱ ص ۱۷۱، مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۰۸، السراج الوهاج ص

۲۴۳، الاقناع ج ۲ ص ۱۷۶، المحلی ج ۸ ص ۱۱۳، المغنی لابن قدامه ج ۵ ص ۸۱-

۸۲ بدایه المجتهد ج ۲ ص ۲۹۲، البحر الزخار ج ۶ ص ۷۷ - برای تعریف ضمان در مذاهب

اربعه رکن الفقه علی المذاهب الاربعه جزء ثالث ص ۲۲۱ تا ۲۲۵.

وعدۀ ثالثی مسئولیت تضامنی در عالم تعهد را طولی میدانند یعنی مضمون له ابتدا به مضمون عنه و سپس به ضامن مراجعه میکند. اکثر نظام های حقوقی خارجی این نظر را پذیرفته اند^(۱).

بنابراین احتمالات موجود در مسأله بدین شکل خواهد بود :

۱- ضمان نقل ذمه به ذمه است. مدیون بعد از ضمان ضامن، هم دین و هم ذمه اش ساقط میشود.

۲- ضمان نقل ذمه به ذمه است. اما دین منتقل نمیشود فقط ذمه منتقل میشود و مضمون له حق مطالبه از مضمون عنه ندارد.

۳- ضمان مسوولیت تضامنی است. دین و ذمه بر مدیون و ضامن مستقر میشود و مضمون له مخیر است.

۴- مسئولیت تضامنی طولی است. مضمون له مخیر نیست بلکه ابتدا باید به مضمون عنه مراجعه کند و اگر او نداد به ضامن مراجعه شود. ذمه ضامن مشغول است ولی وی مأمور به اداء نیست مگر اینکه مضمون عنه اداء نکند.

۵- اگر ضامن بگوید اگر مضمون عنه پرداخت نکرد من ضامن هستم. به عبارت دیگر ضمان طولی با اراده و شرط. نمونه هائی مشابه در فقه وجود دارد مثلاً « اگر دین حال باشد و شخص بگوید اگر دین مؤجل باشد ضامن هستم » مورد پذیرش واقع شده است.

- نظریه نقل ذمه به ذمه

معتقدین به این نظریه برای فرار از یک اشکال عقلی، نقل ذمه به ذمه را پذیرفته اند. در این مورد گفته شده معقول نیست در آن واحد نسبت به یک دین، دو ذمه مشغول باشد. اگر وجود اعتباری بر ذمه ای مستقر شد معقول نیست وجود اعتباری دیگری ایجاد شود لذا باید نقل ذمه به ذمه باشد نه ضم ذمه به ذمه^(۲). بنظر میرسد اشکال فوق صحیح نباشد زیرا در مورد ضمان اراده متعاقبین

۱- لنگرودی عقد ضمان ص ۱۹۰ / ماده ۲۰۱۱ ق.م.فرانسه: همان منبع ص ۱۹۴.

۲- الفوائد المدینه ص ۲۶ / مبسوط ج ۱۹ ص ۱۶۱ / المحلی ج ۸ ص ۱۱۴ / بدایه-

المجتهد ج ۲ ص ۲۹۶، جواهر ج ۴ ص ۴۰. منیه الطالب ج ۱ ص ۲۹۹.

چیزی را احداث نموده است. اشتغال ذمه معلول دین نیست بلکه اراده ضامن و مضمون له علت اشتغال ذمه است لذا دو سبب موجب ایجاد دو اشتغال شده است. بهمین دلیل برخی از فقهاء اهل سنت معتقدند در ضمان، ضم اشتغال است و دین منتقل نمیشود مانند رهن و وثیقه. همچنین علماء شیعه در مورد نقل ذمه به ذمه ادعای اجماع نموده‌اند و اتفاق دارند که در ضمان، ضامن تعهد میکند دین و تعهد مضمون عنه ساقط و به او منتقل شود.

در پاسخ باید گفت اولاً اجماع منقول حجت نیست و در مورد اجماع محصل نیز اگر کشف قطعی از رأی معصوم (ع) بنماید در واقع کاشف از سنت است. مضافاً بر اینکه این امر یک مسأله عقلانی است و تعبد در آن راه ندارد. همچنین چون در این خصوص روایاتی هستند قرار گرفته نیازی به اجماع وجود ندارد. فقهاء در این مسأله گاهی به روایات استناد مینمایند بطور مثال:

۱- عن ابی عبدالله (ع) قال: لما حضر محمد بن امامه الموت دخل علیه بنوه اشتم فقال لهم قد عرفتم قرابتی ومنزلتی منکم و علی دین فاحب ان تقضوه عنی فقال علی بن الحسین (ع) ثلث دینک علی ثم سکت و سکتوا فقال علی بن الحسین (ع) علی دینک کله ثم قال علی بن الحسین (ع) اما انه لم یمنعنی ان اضمنه اولاً الا کراهة ان یقولوا سبقنا. در این روایت چون حضرت (ع) دین را بر عهده گرفته میگویند دین منتقل شده است.

۲- عن ابی سعید الخدری قال کنامع رسول الله (ص) فی جنازه فلما وضعت قال هل علی صاحبکم من دین قالوا نعم در همان فقال صلوا علی صاحبکم فقال علی (ع) هما علی یا رسول الله وانا لهما ضامن فقام رسول الله (ص) فصلی علیه ثم اقبل علی فقال جزاک الله عن الاسلام خیراً وفک رهانک کما فککت رهان اخیک.

۳- عن جابر بن عبدالله ان النبی (ص) کان لایصلی علی رجل علیه دین فاتی بجنازه فقال هل علی صاحبکم دین فقالوا نعم دیناران فقال صلوا علی صاحبکم فقال ابوقناده هما علی یا رسول الله قال فصلی علیه فلما فتح الله علی رسوله قال انا اولی بالمؤمنین من انفسهم فمن ترک مالا فلورثته ومن ترک دیناً فعلی (۱).

۱- وسائل ج ۱۳ باب ۳ از ابواب احکام ضمان.

روایت سوم : روایت از طرق عامه نقل شده لذا اصالة الصدور ندارد و ادله حجیت خبر واحد آنرا در بر نمیگیرد. اما صرف نظر از سند، دلالت اشکال دارد. حکم حضرت (ع) یک حکم ولائی است و در جامعه فقیر اگر مدیونین نتوانند دیون خود را بپردازند مردم دچار مشکلات میشوند.

روایت دوم: اینکه حضرت (ع) نماز نمیخواند به احتمال قوی یک مسأله اخلاقی است زیرا نماز بر همه واجب است. و فرض این است که میت مال ندارد و فقیر است و نمیتوان قبول کرد که اصولاً این کلام متعلق به پیامبر (ص) باشد.

روایت اول: حضرت (ع) استجابت میکند و میپذیرد دین را اداء کند و دلالتی بر نقل یا ضم ذمه ندارد.

اثر این روایات این بوده که علماء با استناد به این روایات موجب بی تأثیری اجماع شده اند.

بنظر میرسد مسأله تعبد منتفی باشد و باید به سراغ دلایل عقلی و عقلانی برویم. در نظامهای قبیله ای قبل از اسلام در بین عرب عرف قبیله ای حکومت میکرد. در عصر جاهلی اگر کسی مدیون میشد و فقیر بود و دائن نیز مطالبه مینمود رئیس قبیله میگفت: «هوعلی» یعنی براساس یک قرارداد ذمه مدیون را تفریح میکرد. بنظر میرسد نقل ذمه به ذمه از همان سابقه وارد اسلام شده است. اسلام نوع ضمان را مشخص نمیکند و تنها نفس ضمان را بیان نموده و نوعش را بر اساس شرایط زمانی و مکانی معین مینماید. عموماً در حقوق دنیا ضمان ضم ذمه به ذمه است نهایتاً ابتداء به مدیون اصلی رجوع میشود. اسلام ضمان مطلق را امضاء کرده است از نظر عرفی نیز ضامن به عنوان پشت گرمی است و اگر تنها جای مدیون و ضامن عوض شود مشکلی حل نمیشود علاوه بر اینکه با «اوفوا بالعقود» میتوان نقل ذمه به ذمه را درست کرد که ارتباطی به ضمان عقدی ندارد

- فقه عامه

علماء عامه مسئولیت تضامنی را پذیرفته اند و مضمون له را در رجوع به مضمون عنه یا ضامن مخیر دانسته اند. اما در این مسأله اختلاف دارند که آیا در ضم ذمه به ذمه، ضامن بعلاوه مدیون نیز میشود (ضم دین و ذمه) یا خیر؟

گروهی معتقدند مسوولیت تضامنی در عالم تعهد (مسئولیت) است ولی در عالم دین تضامن نیست و در اینجا یک مدیون بیشتر وجود ندارد .

عده‌ای نیز معتقدند که مسوولیت تضامنی در عالم تعهد طولی است و ابتدا باید به مضمون عنه مراجعه نمود. البته یک‌صورت نیز تضامن طولی مشروط است بطور مثال بگوید: «من ضامنم اگر او پرداخت نکرد من میپردازم». یعنی لزوم مراجعه به مدیون قبل از مراجعه به ضامن تصریحاً شرط میشود.

مرحوم صاحب عروه میفرماید این قسم صحیح نیست زیرا بهر حال تعلیق در ضمان است (۱).

بنظر میرسد این بیان صحیح نباشد زیرا تعلیق در نفس ضمان نیست بلکه تعلیق در پرداخت است و پرداخت در مقام تفریغ ذمه است و در حقیقت و ماهیت ضمان دخالتی ندارد. همچنین تعلیق در اینجا بحسب لب به شرط برمیگردد هم آنگونه که در فلسفه میگویند قضایای حمله به قضایای شرطیه برمیگردد. در ضمان که ضامن میگوید من ضامنم چون مسوولیت فعلی است و تفریغ، مؤجل، لذا تعلیق در ضمان نیست.

البته اگر گفته شود عرفاً و ارتکازاً ضمان یعنی: «من متعهدم اگر مدیون پرداخت نکرد.» دیگری نیازی به تعلیق یا شرط در پرداخت نیست و ضمان مبنیاً علی هذا الشرط الارتکازی ایجاد میگردد.

۱- عروه کتاب الضمان مسأله السابع ص ۶۴۸: التخیز فلو علق الضمان علی شرط کان یقول انا ضامن لما علی فلان ان اذن لی ابی اوانا ضامن ان لم یف المدیون الی زمان کذا اوان لم یف اصلاً بطل علی المشهور لکن لادلیل علیه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامه الادعوی الاجماع فی کلی العقود علی ان اللزوم ترتب الاثر عند انشاء العقد من غیر تأخیر او دعوی متافات التعلیق للانشاء و فی الثانی مالایخفی و فی الاول منع تحققه فی المقام و ربما یقال لایجوز تعلیق الضمان و لکن یجوز تعلیق الوفاء علی شرط مع کون الضمان مطلقاً و فیه ان تعلیق الوفاء عین تعلیق الضمان و لایعقل التفکیک نعم فی المثال الثانی یکن ان یقال بان کان تحقق الضمان منجزاً مع کون الوفاء معلقاً: علی عدم وفاء المضمون له لانه یمصدق انه ضمن الدین علی نحو الضمان فی الاعیان المضمونه اذ حقیقته قضیه تعلیقیه الا ان یقال بالفرق بین الضمان العقدی و الضمان الیدی.

- ثمره بحث در رهن

بر اساس نظریه نقل ذمه به ذمه اگر عین مرهونه به دائن داده شود و ضامن ضمانت نماید آیا رهن فک میشود یا خیر؟ اگر ضمان نقل دین باشد چون مدیون دینش منتقل میشود فک رهن نیز میشود. اگر دین منتقل نشود بلکه تنها تعهد در پرداخت را قابل انتقال به ضامن بدانیم در صورتی که رهن را وثیقه دین بدانیم رهن فک نمیشود و اگر وثیقه تعهد پرداخت باشد ازین می‌رود.
در ماده ۶۹۸ و ماده ۷۱۸ ق. م. ظاهراً ذمه را در نظر گرفته‌اند نه دین را (۱).

- احتمالات تضامن

آیا معقول است دو ذمه نسبت به یک دین در پرداخت آن مشغول باشند؟ بنظر میرسد اشکالی نداشته باشد زیرا شخص مخیر است به هر یک رجوع نماید. از نظر عقلاء آیا این دو ذمه در عرض هم هستند یا در طول؟ آیا یکی اصلی است و دیگری تبعی؟

بنظر می‌آید عرف عقلاء معنای تبعی را می‌فهمد که در نتیجه ضمان طولی است. در عالم تعهد مسوولیت تضامنی است و رجوع به آنها طولی یعنی اگر مضمون عنه پرداخت نکرد ضامن باید بپردازد.

فرق این مسأله با صورتی که معلول اراده بود چیست؟ از نظر لبی تفاوتی ندارند تنها در این مورد تقیید قانونی است اما در مورد «اراده» تقیید نتیجه توافق است. مرحوم سید محمد کاظم یزدی می‌فرماید ممکن است این صورت از نظر ضمان اشکال داشته باشد ولی از نظر عمومات (اوفوا بالعقود) صحیح است (۲).
بهر حال بنظر میرسد بناء عقلاء بطور ضمنی این شرط طولی را در ضمان درج کرده است.

- ضمان عقد است یا ایقاع؟

معروف است که عقد مرکب از ایجاب و قبول میباشد. ادعای ما به تبع

۱- «بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن بمضمون له مشغول میشود».

۲- پاورقی ص ۱۲.

حضرت امام‌ره این است که قبول در ماهیت عقد نقشی ندارد. قبول فقط پذیرش ایجاب موجب است در تحقق و هویت عقد قبول، دخالتی ندارد. مثلاً حقیقت بیع مبادله مال بمال است این معنا را چه کسی ایجاد میکند؟ موجب اگر بگوید این کتاب را پنجاه تومان فروختم دو خلع و دو اضافه انجام میدهد. اضافه مالکیت بایع خلع و اضافه مالکیت مشتری ایجاد میشود در مورد ثمن نیز همینطور. قبول در این ماهیت دخالتی ندارد. عمل بایع نسبت به ثمن مشتری، فضولی است و قابل نسبت به آن رضایت میدهد و مانند عقد فضولی رضایت مالک شرط تأثیر است نه شرط صحت.

شیخ در مکاسب میفرماید عقد از مقوله معناست یعنی تمام هویت آن با قصد موجود میشود. انشاء یعنی موجود کردن آن امر اعتباری در عالم اعتبار بوسیله قصد. جنبه ثبوتی عقد، قصدی است که قبل از ابراز آن به لفظ و غیره موجود میشود اما لفظ و امثال آن عقد را در مقام اثبات موجود میکنند. و در تعریف نباید به عالم اثبات وارد شویم اثر مقام اثبات این است که وجودش برای فهم مردم لازم است.

حتی اینکه در هنگام لفظ، قصد انشاء باشد صحیح نیست زیرا در این زمان همیشه اخبار وجود دارد و قبل از بیان لفظی شخص در افق نفس با قصد خود عقدا انشاء میکند. لذا اگر بدانند قابل راضی است عقد نیازی به قبول ندارد. ضمان را با هر لفظ و اشاره و... میتوان موجود کرد چون اینها از سببهاست و ماهیت ضمان مانند عقود دیگر تنها قصد است.

قانون مدنی ضمان را عقد دانسته است. گروهی از فقها نیز قائل به ایقاع بودن ضمان هستند^(۱).

صاحب عروه (ره) در حواله اعتقاد به ایقاع دارد^(۲).

۱- حدائق ج ۴ ص ۲۹۳-۲۹۴ / مناهل ص ۱۱۹ / المغنی ج ۴ ص ۴۰۰ / ابن حجر الفتاوی الکبری ج ۳ ص ۷۳ / المحلی ج ۸ ص ۱۱۱-۱۱۲ / نهایه المحتاج ج ۴ ص ۴۲۴ / الانوار ج ۱ ص ۴۶۴ / المجموع ج ۱۳ ص ۴۵۰ / اعانة الطالبین ج ۳ ص ۷۸ / قلیوبی ج ۲ ص ۳۲۵ / الفمراوی ص ۲۴۰ / فتح الوهاب ج ۱ ص ۲۱۴ / مغنی المحتاج ج ۲ ص ۲۰۰ / المنتقی ج ۶ ص ۸۳ / المدونة ج ۵ ص ۲۵۹ / لسان الحکام ص ۴۷ .
 ۲- عروة الوثقی کتاب الحواله مسأله ۱.

مسئله قبول در ضمان چه وضعیتی دارد؟ آیا در مورد ضمانت ضامن به قبول

مضمون له نیاز است یا خیر؟

بر مبنای نظریه نقل ذمه به ذمه، چون طرف مضمون له تغییر کرده و در وضع مضمون له تصرف میگردد باید رضایت مضمون له را لازم بدانیم.

اما بر مبنای مختار، که ذمه و دین مضمون عنه باقی است و در صورت عدم پرداخت مضمون عنه، ضامن باید بپردازد چون تصرف و دخالتی در کار مضمون له نشده و ضامن صرفاً وثیقه و پشت گرسی بوده نیازی به قبول و رضایت مضمون له نیست. بنابراین حقیقت ضمان را ضامن ایجاد و انشاء میکند و طبق نظر مختار نیازی به قبول و رضایت مضمون له نیست.

- بحث روایی

در روایاتی که در مورد ضمان از میت نقل شد چون حضرات (ع) فرمودند که ضامن هستیم و قبول مضمون لهم را اخذ نکردند عدم شرطیت رضایت رامیتوان استنباط نمود. اما در مقابل روایتی نقل شده که ظاهراً رضایت را شرط دانسته است: صحیحہ عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله (ع) فی رجل یموت و علیہ دین فیضمنه ضامن للغرماء فقال اذا رضی به الغرماء فقد برئت ذمة المیت^(۱).

در اینجا رضایت غرماء (مضمون لهم) را ذکر کرده است. سؤال این است که آیا روایت واقعیتی را بیان میکند یا اخبار میدهد؟

این روایت با روایات اداء تبرعی دین از طرف مدیون معارض است و در آن روایات رضایت دائن را شرط ندانسته اند. لذا این روایت را باید محمول بر معنائی نمود که با روایات معارض هماهنگ گردد. اگر مبنای نقل ذمه به ذمه را بپذیریم قبول لازم است اما بنابر نظر مختار معنای روایت را باید هماهنگ با روایات متعدد معارض آن نمود. اما ظاهر روایت معنای صحیحی ندارد زیرا اینکه چه کسی دین را اداء میکند ارتباطی به مضمون له ندارد.

- شرط تکلیف

از شرایطی که برای عقد ضمان ذکر گردیده شرایط عامه تکلیف برای ضامن

۱- وسایل باب ۱۴ از ابواب الدین والقرض حدیث ۱.

است (۱). آیا بلوغ به معنای سن بلوغ است یا رشد معاملی؟ آیا روایتی مبنی بر سن بلوغ متعاقدین وجود دارد؟

البته صحیح است که رفع قلم از صبی شده است اما بحث این است که رفع تکلیف از الزام است یا از صحت؟ اگر بجهت نابالغی که تشخیص معامله را میدهد معامله‌ای با شرایط و اجزاء انجام دهد چرا عقد نافذ نباشد؟ در این مورد دلیل تبعدی وجود ندارد.

بنظر میرسد بین احکام تکلیفی و وضعی خلط شده است. بلوغ و رفع قلم مربوط به تکلیف میباشد.

- تنجیز در عقد ضمان

قصد موجب برای ایجاد مسؤولیت در افاق نفس، حقیقت عقد ضمان رامیسازد. در عقد تغایر انشاء و منشاء اعتباری است. انشاء عبارتست از ایجاد تعهد و منشاء عبارتست از وجود تعهد لذا انشاء و منشاء یکی هستند. پس اگر بگویند من ضامنم اگر او نداد نه انشاء معلق است نه منشاء. اصل مسؤولیت پس از انشاء موجود میشود (ایجاد و موجود)، ولی ممکن است برخی احکام پس از آن بیاید (مانند اداء). تنجیز قید توضیحی است و جزء اصول اولیه عقود میباشد مانند انشاء که برای هر عقدی لازم است لذا نیازی نیست تنجیز را شرط کرد و انشاء بدون تنجیز محال است.

- توضیح :

حقیقت انشاء چیست؟ هر حادثی نیاز به علت دارد. چه در عالم عین و یا در عالم اعتبار، باید اسباب ایجاد شود، عقد هم اعتباری است و هم عینی. فقهاء میگویند عقد مرکب از قصد و الفاظ است و موجب، ایجاب و قابل، قبول میکنند پس این گره و عقده اعتباری معلول اعتبار و طرف است. آیا معقول است که گره بصورت معلق موجود شود؟ خیر. واجب معلق هم نداریم بلکه واجب همواره مشروط است. لذا «وجوب فعلی و واجب استقبالی» صحیح نیست. وجوب هیچوقت منفک

۱- عروه کتاب الضمان مسأله ثالث ص ۶۴۸.

از واجب نیست هر جاز جزو بعث باشد انبعاث و انزجار نیز هست. معقول نیست که معلول اعتباری بصورت معلق موجود شود. وقتی انشاء فعلی است و نمیتوان تعلیق نمود منشاء هم باید فعلی باشد تغایر آنها مانند ایجاد و وجود اعتباری و وحدت حقیقی است. مبادی تکوین از مبادی تشریح جداست یکی علت تاسه و دیگری جعل جاعل ولی قانون علیت تخلف ندارد. هویت عقد در 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 می رود در عقد نیز انشاء ایجاد است و ایجاد از وجود منفک نیست. تمام قوانین علیت باید رعایت شود اگر انشاء موجود شد منشاء باید موجود باشد مگر اینکه بگوئیم 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 فقهاء اشتغال ذمه مضمون عنه را شرط کرده اند اعم از اینکه اشتغال بنحو مستقر باشد مانند بیع بدون خیار و قرض یا بطور متزلزل باشد مانند عقود خیاری^(۱).

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 مسؤولیت و تعهد است. مثلاً بگوید «من ضامنم تو به او قرض بده» اشکال میکنند که وقتی دینی وجود ندارد چگونه ضامن میشود؟ چون مقتضی مسؤولیت وجود دارد و عموماً نیز آنرا میگیرد اشکالی ندارد.

صاحب عروه میفرماید مثال فوق را میتوان صحیح دانست اگر چه ضمان مصطلح نباشد و حتی میتوان آنرا ضمان دانست^(۲). ق. م در ماده ۶۹۱ میگوید:

۱- جواهر ج ۲۶ ص ۱۳۵.

۲- عروه، ضمان مسأله الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمه المضمون عنه سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه او متزلزلاً كاحد العوضين في البيع الخياري ←

«ضمان دینی که سبب آن هنوز ایجاد نشده باطل است.» مفهوم ماده این است که اگر سبب آن موجود باشد اگر چه 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 مدرك قاعدة اصالة اللزوم آیاتی مانند «اوفوا بالعقود» عموم افرادی و زمانی دارند. این لزوم، حکمی و قانونی است. گروهی معتقدند لزوم معلول اراده متعاقدين است (لزوم حقی) به عبارت دیگر هر یک تسلط خود را به دیگری تملیک میکند و اراده فسخ ندارند (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً). نظردیگر اینکه لزوم از لوازم ذاتی عقد است مانند حجیت در باب قطع. ماهیت قابل جعل نیست حتی عوارض مفارق نیز قابل جعل نیست و با جوهر همراه است. جعل در چیزی است که قبلاً موجود نباشد والا تحصیل حاصل است. حجیت همزمان با وجود قطع حاصل میشود (انجعلی).

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

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

جواب: وقتی عقد در عالم عین موجود شد عقلاء میگویند کسی نمیتواند عقد را فسخ کند ولیکن عقلاء در همین مورد استثناء دارند: مگر اینکه اراده طرفین بر اقاله تعلق بگیرد.

اصح این است که لزوم فقط حکمی است. شارع مقدس ما را ارشاد به حکم عقلاء (يجب الوفاء بكل عقد) فرموده است. لزوم معلول اراده متعاقدين

→ كما اذا ضمن الثمن الكلي للبائع اوالمبيع الكلي للمشتري اوالمبيع الشخصي قبل القبض و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك فلو قال اقرض فلاناً كذا وانا ضامن او بعه نسيه و انا ضامن لم يصح على المشهور بل عن كره الاجماع قال لوقال لغيره بهما اعطيت فلاناً فهو على لم يصح اجماعاً ولكن ما ذكره من الشريفاي جمله من الفروع الاتيه ويمكن ان يقال بالصحة از احصل البتضي المشبوت و ان لم يثبت فعلا بل مطلقاً لصدق الضمان و شمول العمومات العاسه و ان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم بل يمكن منع عدم كونه منه ايضاً.

نیست. وقتی عقد از جمله خصوصیاتش لزوم است عقلاء نمیتوانند آنرا تغییر دهند لذا لزوم حکمی است.

برخی گفته اند هرچیز که لزومش حکمی است امکان جعل خیار در آن وجود ندارد برخلاف لزوم حقی. بطور مثال در عقد نکاح، چون لزوم، حکمی است خیار وجود ندارد. اما این مساله 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 دلیل جداگانه مانند اجماع یا شبه عبادت بودن نکاح و یا... دارد. علاوه بر اینکه در نکاح نیز اسباب فسخ برای زن و مرد وجود دارد.

در ضمان بر مبنای مختار رضایت مضمون له دخالت ندارد لذا معنا ندارد که او حق فسخ داشته باشد. در صورت جاهل بودن مضمون له به اعسار ضامن برای او حق فسخ قایل شده اند. با توجه به مسأله اعسار و نظریه نقل ذمه یا حتی ضم ذمه ظاهراً باید ضمان را باطل دانست زیرا عقلاء ضمان چنین شخصی را نمیپذیرند در مبنای مختار نیز مساله همانگونه است. اگر در این مورد قایل به بطلان نباشیم دلیل مناسبی برای وجود حق فسخ پیدا نمیکنیم.

- شرط خیار در ضمان

آیا شرط خیار در عقد ضمان، مخالف کتاب، سنت، مقتضای عقد میباشد یا خیر؟ آیا خلاف حکمت جعل ضمان است؟ شرط خیار در ضمان مخالف کتاب، سنت، مقتضای عقد و یا حکمت ضمان نیست و المومنون عند شروطهم آنرا شامل میشود^(۱). گفته شده چون لزوم ضمان حکمی است لذا شرط خیار مخالف نظر قانونگذار است (کتاب و سنت) اما همانگونه که بیان شد لزوم همواره حکمی است و قانونگذار حکم عقلاء را امضاء کرده است. و عقلاء پذیرفته اند که اگر متعاقدين جعل خیار نمودند عقد صحیح است و عموم و اطلاق المؤمنون عند شروطهم آنرا

۱ - عروه ضمان مسأله ه : يجوز اشتر اطلاق خيار في الضمان للضامن والمضمون له لعموم ادله الشروط والظاهر جواز اشتراط شي لكل منهما كما اذا قال الضامن انا ضامن بشرط ان تخيط لي ثوباً او قال المضمون له اقبل الضمان بشرط ان تعمل لي كذا ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط .

میگیرد. بنابراین چون جائز با لذات 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 آنرا میدهد.

بنابر نظریه مختار چون اراده مضمون له در ضمان نقشی ندارد لذا شرط حق فسخ برای او عقلائی نیست زیرا مضمون له میتواند اصولا سراجعه نکند. اما در مورد حق خیار برای ضامن بنابر نظر مختار اگر چه ضامن ضمان را ایجاد میکند اما جعل خیار برای او اشکال ندارد زیرا نفع عقلائی دارد. بنابر نظر نقل ذمه و ضم ذمه چون جواز ناشی از اراده طرفین است یک طرفه نمیتوان جعل خیار نمود.

- ضمان ثوجل از دین حال

گفته اند ضمان ثوجل از دین حال صحیح و اجماعی است^(۱). البته چون این امر یک مسأله عقلائی است نه تعبدی، لذا اجماع در آن کار برد ندارد. برخی گفته اند «تاجیل در دین»، اما بهتر است گفته شود تاجیل در ضمان^(۲).

بهر حال این عبارت که «يجوز ضمان الدين الحال ثوجلا» بطور مطلق صحیح نیست زیرا در مبنای نقل ذمه که مضمون عنه از دین و مسؤولیت بری میشود ضمان دین حال، حال است و تاجیل با نقل ذمه قابل جمع نیست مگر اینکه شرط شده باشد. در مبنای مختار نیز همینطور، زیرا اگر چه نقل یا ضم خارج از حقیقت ضمان است و ذمه ضامن بطور طولی در کنار مضمون عنه مشغول میشود اما این تعهد فعلی است و ضامن از لحظه ضمان مسؤولیت طولی پیدا میکند مگر اینکه شرط شود بطور مثال: «هر چند الان متعهدم اما ۶ ماه دیگر پرداخت میکنم».

ساده ۶۹۲ ق. م نیز اشکالی ندارد و با شرط، وفاء را موجب کرده است.^(۳)

۱- جواهر ج ۲۶ ص ۱۳۹.

۲- اذا ضمن الدين الحال موجلا باذن المضمون عنه فالاجل للضمان لالدين فواسقط الضامن اجله و ادى الدين قبل الاجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه لان الذى عليه كان حالا ولم بصرموجلا بتاجيل الضمان وكذا اذا مات... عروه، ضمان مسأله ۸.

۳- «در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین میتواند در دین موجب تمهد پرداخت فوری آنرا بنماید».

- ضمان حال از دین مؤجل -

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

برسبنای ذمه نیز تعجیل اشکالی ندارد زیرا مدیون اصلی میتواند اینکار را انجام دهد پس ضامن نیز میتواند. اما بنا بر سببای مختار چون ضمان طولی است و ضامن پس از عدم تادیه مدیون اصلی باید پرداخت نماید لذا ضمان حال از دین مؤجل بدون شرط نباید صحیح باشد.

زیرا اداء بنحو شرط ضمنی بصورت طولی است و اگر در ضمان قرار بگذارند که ضامن حالا مسؤولیت اداء داشته باشد دیگر ضمان اصطلاحی نیست اگر چه با عمومیات، صحیح باشد.

البته شاید بتوان گفت چون ضمان نفس مسؤولیت و تعهد است و نحوه اداء در آن تأثیری ندارد این صورت نیز مشمول «الزعیم غارم» و ضمان اصطلاحی میباشد. برخی ضمان دین مؤجل بصورت حال را جایز ندانسته اند زیرا فرع نمیتواند اقوی از اصل باشد. اما این کلام صحیح نیست زیرا همانگونه که اصل میتواند این کار را انجام دهد براساس نقل ذمه نیز ضامن (فرع) میتواند اینکار را بکند.

- مسؤولیت مضمون عنه در مقابل ضامن

در صورتی که مضمون عنه اذن در ضمان داده باشد آیا میتوان مضمون عنه را مسؤول دانست؟

بصورت یک قاعده باید گفت عمل مسلم محترم است و اگر کسی با امر دیگری کار کند براساس ضمان امری مستحق اجرت المثل خواهد بود (حرمة مال المسلم كحرمة دمه). اگر مضمون عنه بگوید «از طرف من ضامن بشو» و ضامن نیز ضمانت کند چون ذمه اش مشغول میشود و این مستلزم اداء دین است^(۱) ضامن میتواند به مضمون عنه مراجعه کند زیرا به امر او ضامن شده و اقدام به ضمان

۱- جواهر ج ۲۶ ص ۱۳۴.

منبعث از امر و درخواست مضمون‌عنه است. اما اگر بدون اجازه ضامن شود و مضمون‌عنه به‌اداء امر کند بر سببای امامیه چون نقل ذمه صورت گرفته، امر مضمون‌عنه‌ارشادی است و ربطی به‌ضمان امری ندارد زیرا اداء دین پس از ضمان شرعاً و عقلاً لازم است و امر مضمون‌عنه‌چیز جدیدی نمیباشد و ضامن منبعث از امر مضمون‌عنه نیست تا ضمان امری ایجاد شود.

در سببای ضم ذمه نیز چنانچه شخص بدون امر مضمون‌عنه ضامن شود هیچ مسؤولتی برای مضمون‌عنه نیست چون ضامن برای مضمون‌عنه کاری نکرده است. اما اگر امر کند که «دین را اداء کن» و ضامن اداء کند دو کار انجام شده هم ذمه مضمون‌عنه تفریغ میشود و هم ذمه ضامن. آیا این امر ایجاد داعی و انبعاث میکند؟

در این نوع ضمان نیز شرع و عقلاء به‌ضامن حکم میکنند که: ذمه‌ات را تفریغ کن و اداء لازم است. لذا امر مضمون‌عنه‌ارشادی است.

سؤال: اداء ضامن برای مضمون‌عنه فایده دارد پس چرا مسؤول نباشد؟

جواب: صحیح است که پس از اداء دین از طرف ضامن ذمه مضمون‌عنه فارغ میشود اما بحث این است که امر به‌اداء انبعاث نمیآورد لذا ضمان امری وجود ندارد.

اما بر سببای نظر مختار ضامن مسؤولیت فعلی دارد اما پرداخت دین او طولی است. اگر مضمون‌عنه برای اصل ضمان امر کند هر خسارتی که به‌ضامن وارد شود مضمون‌عنه مسؤول است. اگر مضمون‌عنه امر به‌اداء کند در واقع میگوید دین من را اداء کن زیرا ضامن ابتداءً مکلف به‌پرداخت نیست پس ضمان امری تحقق مییابد. ضامن تنها وقتی امر به‌اداء دارد که مضمون‌عنه امتناع نماید. اگر بعد از امتناع مضمون‌عنه، امر به‌اداء بیاید ضامن منبعث از امر او نیست. در ماده ۹ و ۷ ق.م‌اصل (۱) مسؤولیت مضمون‌عنه نفی نشده بلکه مسؤولیت پس از اداء آورده شده است.

۱- «ضامن حق رجوع به‌مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از اداء دین ولی میتواند در صورتیکه مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم‌منقضی شده باشد رجوع کند».

- رجوع به مضمون عننه پس از اداء

این مساله در کتب فقهی مطرح شده است که اصل ضمان اگر براساس اجازه و امر مضمون عننه بوده بنا بر اجماع مسؤولیت مضمون عننه بعد از اداء بوجود میآید. بر مبنای امامیه اگر ضمان براساس امر مضمون عننه باشد چنانچه قاعده احترام و ضمان اسری جریان یابد آیا مسؤولیت مضمون عننه منوط به اداء ضامن است؟ یا به محض حدوث امر، مضمون عننه مسئول میگردد؟

نظر دوم مطابق قاعده و صناعیت میباشد.

سؤال: اینگونه ضمان چه فایده ای برای مضمون عننه دارد؟

جواب: اداء با اصل ضمان فرق دارد. ضامن پس از ضمان با توجه به این شرط ضمنی اداء میکند که مضمون عننه میگوید: «من مسؤولم اگر اداء کردی من هم اداء میکنم»

پس احتمالات مساله را میتوان به شکل زیر بیان نمود:

۱- اشتغال ذمه بعد از اداء است.

۲- اشتغال ذمه از زمان حدوث عقد است ولی بصورت شرط متأخر میتواند مراجعه کند. مرحوم آخوند میگوید شرط بوجود لحاظی، وجود پیدا میکند اما این کلام صحیح نیست و وجود لحاظی کافی نیست شرط باید در شروط تأثیر کند و در خارج امر متقدم بر متأخر تأثیر مینماید نه برعکس. لذا اصولاً شرط متأخر صحیح نیست بلکه لایعقد است.

۳- مبداء اشتغال ذمه مضمون عننه از زمان حدوث عقد ضمان است اما براساس شرط ضمنی ضامن وقتی میتواند به مضمون عننه مراجعه کند که دین را اداء کرده باشد. ضمان بهر معنائی که مورد نظر باشد این شرط ضمنی که «اگر اداء کردی میتوانی به من (مضمون عننه) مراجعه کنی» وجود دارد.

در مبنای نقل ذمه اگر بگوئیم اشتغال ذمه مضمون عننه بعد از اداء است صحیح نیست زیرا به محض عقد ذمه مضمون عننه بری میشود و ربطی به اداء ندارد و آنچه که برای ضامن اشتغال ذمه میآورد نفس ضمان است و اداء دخالتی در ضمان ندارد. مسؤولیت مضمون عننه نیز باید در همان جهتی باشد که ضامن مسؤولیت پیدا نموده، امر مضمون عننه به ضامن سبب شد که ضامن مسؤولیت را بپذیرد نهایتاً

ضمان ضامن عقدی و ضمان مضمون عنه امری و قهری است.

برسبنای مذهب عامه نیز وجهی برای دخالت اداء وجود ندارد. و اصولاً ضمان مضمون عنه را برضمان امری بنا نمودیم. اداء مربوط به ضامن است و باعث مسؤلیت مضمون عنه نیست. بنابراین اشتغال ذمه از زمان حدوث ضمان است و بواسطه وجود شرط ضمنی پس از اداء حق رجوع وجود دارد.

برسبنای مختار نیز چون مسؤلیت فعلی است به محض حدوث عقد ضمان، مضمون عنه مسؤلیت پیدا میکند و پس از اداء (بر اساس شرط ضمنی) میتوان به او مراجعه نمود. (۱)

در شرایع نیز عباراتی وجود دارد که مؤید نظر فوق میباشد (۲).

- اذا ضمن عنه ديناً باذنه فدفعه الي الضامن فقد قضى ما عليه

- و يرجع الضامن الي المضمون عنه بما اداء اذا ضمن باذنه

از عبارت اول استنباط میشود که ضمان مضمون عنه از زمان حدوث عقد ضمان بوده و عبارت دوم نیز مسأله اداء را برای رجوع ضامن مطرح نموده است و نه برای اصل مسؤلیت. صاحب عروه میفرماید: ظاهر قول مشهور، بلکه اجماع این است که اشتغال بعد از اداء است اگر چه قاعده خلاف آن است (۳).

۱- زیرا لازم نیست که شرطی شود بلکه این شرط بطور ضمنی همیشه وجود دارد.

۲- شرایع ج ۲ ص ۱۰۹ و ۱۱۱.

۳- عروه، ضمان مسأله ۱۳: ليس للضامن من الرجوع على المضمون عنه في صورة الاذن الابعاد اداء مال الضمان على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه و انما يرجع عليه بمقدار ما اذى فليس له المطالبة قبله اما لان ذمه الضامن و ان اشتغلت حين الضمان و بمجرد الا ان ذمه المضمون عنه لا تشتغل الا بعد الاداء و بمقداره و اما لانها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء فالاداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه و اما انها و ان اشتغلت بمجرد الضمان الا ان جواز المطالبة مشروط بالاداء و ظاهر هم هو الوجه الاول و على اى حال لا خلاف في اصل الحكم و ان كان مقتضى القاعده جواز المطالبة و اشتغال ذمه من حين الضمان في قبيل اشتغال ذمه الضامن سواء ادى اولم يود فالحكم المذكور على خلاف القاعده ثبت بالاجماع و خصوص الخبر عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه بدعوى الاستفاده منه ان ليس للضامن الا ما خسرو يتفرع على ما ذكره -

البته اجماعی که نقل شده نهایتاً اجماع مدرکی است و چند روایتی که در اینجا وجود دارد به احتمال قوی مدرک مجعین بوده لذا اجماع حجت نمیباشد.

- رجوع به تعداد اداء

در برخی روایات این مضمون آمده است که «عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح علیه قال ليس له الا الذی صالح علیه»^(۱) 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 میشود و مقدار پرداختی براساس شرط (بصالحه) تعیین میگردد. طرفین مبنیاً بر این شرط بصالحه «که به مقداری که ضامن اداء میکند به مضمون عنه مراجعه کند» عقد را منعقد میکنند.

روایت میگوید مقدار قابل رجوع بیش از تعداد پرداخت نیست اما نسبت به زمان اشتغال ذمه مضمون عنه ساکت است و باید طبق قاعده حمل کرد. این روایت در خصوص اداء، به شرط ضمنی بین مردم ارشاد میکند. این شرط ضمنی که بعد از اداء به مقدار اداء میتوانی مراجعه کنی، یک امر عقلانی است.

در مورد ابراء ضامن نیز میتوانیم همین مطلب را بپذیریم. بصورت شرط اعلام شده که اگر ذمه ضامن ابراء شد ذمه مضمون عنه نیز ابراء میشود. این شرط صحیح و عقلانی است. البته طبق قاعده (بدون شرط) باید اشتغال ذمه را باقی بدانیم.

در مواد ۷۱۸ و ۷۱۹ ق.م. (۲) نیز باید براءت را به دو اعتبار بگیریم و مساله

→ ان المضمون له لو ابره ذمه الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه اصلا وان ابرئه من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا الوصالح معه بالاقول كما هو مورد الخبر وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فانه حيث لم يخسر بشئ لم يرجع على المضمون عنه وان كان باذنه وكذا الوفاء عنه غيره تبرعاً.

۱- وسایل ج ۱۳ باب ۶ از احکام ضمان.

۲- ۷۱۸.م: هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری

میشوند.

۳- ۷۱۹.م: هرگاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع

به مضمون عنه ندارد.

را با شرط تصحیح نمائیم.

- احتساب مورد ضمان به عنوان خمس، زکات، صدقه واجب، هبه یا ارب

اگر ضامن با اذن و امر مضمون‌عنه ضامن شود و سپس مضمون‌له از بابت خمس، زکات، صدقه واجب، هبه یا مالکیت مافی‌الذمه ضامن را بری کند عده‌ی میگویند ضامن حق رجوع ندارد زیرا خسارتی برضامن وارد نشده تا به مضمون‌عنه مراجعه کند.

با نظرات مختلف در مبنای مسؤلیت مضمون‌عنه را بیان کردیم و ضمان او را ضمان امری دانستیم.

اگر ملاك رجوع ورود خسارت باشد در هیچیک 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 (هبه ذمه و مال) تفاوتی از جهت اشتغال ذمه مضمون‌عنه وجود ندارد و به محض حدوث عقد ضامن میشود. در این چهار مورد مسأله اداء مطرح نیست تا طبق نظر مشهور گفته شود بعد از اداء حق مطالبه دارد. اصولاً ما اداء را طرح نمیکنیم. ضامن وقتی میتواند به مضمون‌عنه مراجعه کند که در مقابل مضمون‌له ذمه‌اش بری یا به تعبیر بهتر مرتفع گردد و این بری شدن یا بوسیله اداء تحقق مییابد یا به تبرع یا به وارث شدن نسبت به مضمون‌له. بنابراین حکم ماده ۱۲۷ ق.م در مورد ارب فرقی با حکم موارد دیگر ندارد و حق رجوع باقی است (۱).

- اداء مال به ضامن از طرف مضمون‌عنه قبل از اداء ضامن

اگر مضمون‌عنه قبل از اداء ضامن مقدار ضمانت شده را به ضامن بدهد چنانچه به عنوان امانت داده باشد که بعد از اداء ضامن به عنوان اداء مسؤلیت مضمون‌عنه

۱- عروه، ضمان مساله ۱۴: لو حسب المضمون له علی الضامن ما علیه خمساً او زكوه او صدقه فالظاهر ان له الرجوع علی المضمون عنه ولا يكون ذلك في حكم الا براء و كذا الواحدة منه ثم رده عليه هبه و امالو و هبه ما في ذمته فهل هو كما لا براء اولو جهان و لومات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به علی المضمون عنه.

باشد، ید ضامن امانی است و تنها با تعدی و تفریط مسؤول است. اما در صورتی که آنرا به عنوان اداء دین داده باشد باید با توجه به نظرات مربوط به اشتغال ذمه مضمون عنه، مسأله را بررسی کرده، بنا بر نظر مشهور چون هنوز ضامن اداء دین نکرده، مضمون عنه مشغول الذمه نمیباشد پس دفع مال به عنوان اداء دین توسط مضمون عنه محسوب نمیشود. همچنین بنا بر صحت شرط متأخر، بر اساس دو نظر دیگر که مبدأ اشتغال حین عقد میباشد پرداخت مال به عنوان وفاء و اداء محسوب میگردد. اما در صورت اعتقاد به نظر مشهور آیا مال پرداخته شده، مانند مقبوض به عقد فاسد است که در حکم غصب میباشد. برخی گفته اند مال را به عنوان مفرغ ذمه میدهد و چون در قید مفرغاً لذمه اشتباه شده انحلال قید و مقید میشود و بدلیل اینکه در دادن مال اجازه وجود دارد پس ید غیر ماذونه نیست تا علی الید آنرا شامل شود. اما تحقیق آن است که قید و مقید قابل انحلال نیستند و یک وجودند لذا ضامن ید غیر ماذونه دارد و علی الید جاری میگردد^(۱).

- تضمینات دین بعد از ضمان

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

۱- عروه مساله ۱۶ کتاب ضمان؛ اذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل ادائه فان كان ذلك بعنوان الامانه ليحتسب بعد الاداء عماله عليه فلا اشكال و يكون في يده امانه لا يضمن لوتلف الا بالتعدى او التفریط و ان كان بعنوان وفاء ما عليه فان قلنا باشتغال ذمه حین الضمان و ان لم يجب عليه دفعه الا بعد اداء الضامن او قلنا باشتغاله حینه بشرط الاداء و بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح و يحسب وفاء لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير الثاني و ان قلنا انه لا تشتغل ذمه الا بالاداء و حینه كما هو ظاهر المشهور فيشكل صحته وفاء لان المفروض عدم اشتغال ذمه بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد و بعد الاداء ليس له الاحتساب الا باذن جديد او العلم ببقاء الرضابه.

البته اصل « العقود تابعه 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 سبنای عامه وجهی برای این بحث نیست و رهن از بین نمیرود .
 بر سبنای مختار نیز وقتی عناوین رهن، رهن و مرتهن برهم نمیخورد مضمون عنه مدیون و رهن است و مضمون له مرتهن و دائن . لذا دلیلی برای انفكك رهن و تضمینات وجود ندارد (۱) .

- پرداخت از مال معین

اگر ضامن یا مضمون له شرط کنند که در مقام اداء طلب مضمون له از مال معین پرداخت شود برخی فقهاء میفرمایند پرداخت گاه بصورت شرط است و گاه بصورت تقييد که هر یک ثمره متفاوتی نسبت به دیگری دارد (۲) .
 بنظر ما معقول نیست که موجود خارجی بصورت تقييد باشد. تقابل اطلاق و تقييد تقابل عدم و ملکه است. تقييد در جایی است که اطلاق ممکن باشد. وجود ماوق با تشخیص است و اطلاق در موجودات خارجی راه ندارد پس تقييد نیز راه ندارد. تقييدی که «قید و مقید یک وجود و غیرقابل انفكك هستند و اگر قید نباشد اصل عقد باطل باشد». معنای صحیح تقييد است . اما اگر بنحو مشروط باشد و موضوع شرط از بین برود خیار فسخ وجود دارد. بنظر ما تقييد در این موارد وجود ندارد و تقييد به شرطیما وصف بر میگردد.

۱- عروه ضمان مساله ۲۳: اذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان اولا يظهر من المسالك والجواهر انفككاه لا نه بمنزله الوفاء لکنه لا يخلو عن اشكال هذا مع الاطلاق و أمانع اشتراط البقاء او عدمه فهو المتبع .

۲- عروه، ضمان مساله ۲۴: يجوز اشتراط الضمان فى مال معین على وجه التقييد او على نحو الشرايط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام وح يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه و على الاول اذا تلف ذلك المال يبطل الضمان و يرجع المضمون له على المضمون عنه كما انه اذا نقص يبقی الناقص فى عهده و على الثانى لا يبطل بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن او المضمون له او هما و مع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ و اما جعل الضمان فى مال معین غير اشتغال ذمه الضامن بان يكون الدين فى عهده ذلك المال فلا يصح .

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

- ضمانت بیش از یک ضامن

چنانچه دو نفر یا بیشتر ضامن شوند آثار حقوقی آن چیست؟ نحوه تعلق ضمان چگونه است؟ رضایت و قبول مضمون له 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 ضمان قبل از دیگری باشد عقد محقق میشود و بر مبنای نقل ذمه، ذمه ضامن مشغول میگردد و ضمان 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 بر میگردد برخی گفته اند چون به طور مطلق رضایت میدهد به طبع باید به ضامن اول بر خورد کند که ظاهراً صحیح نیست.

در این مورد باید بین نظریه کشف و نقل تفاوت قایل شویم اگر قایل به کشف باشیم نقل 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 مسؤول داشته باشد بیش از دو نفر نیز میتوانند مسؤول باشند. بر مبنای مختار نیز اشکالی وجود ندارد.

و چند نفر میتوانند مسؤولیت تضامنی داشته باشند در مورد نحوه رجوع نیز باید به شرط توجه کرد یعنی به چند نفر چگونه میتوان رجوع کرد آیا در صورت امتناع اولی به دومی و دومی به سومی و...؟

در صورتی که ضمانها به طور دفعی باشد مسؤولیت چگونه است؟ در صورتی که قبول یا رضایت را شرط بدانیم مضمون له رضایت دهد یا قبول کند با چند نظر مواجهیم برخی این نوع ضمان را باطل دانسته اند زیرا حق واحد در یک لحظه به ذمه های

متعدد منتقل نمی‌گردد.

مرحوم علامه احتمال دیگری را مطرح نموده که مسئولیت بطور مساوی تقسیم شود^(۱).

احتمال دیگر مسئولیت تضامنی است که مضمون‌له بتواند به هر یک از ضامنین مراجعه نماید مرحوم صاحب عروه این نظر را پسندیده است^(۲).

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

بر مبنای امامیه میتوان فرض نمود پس از وقوع ضمانتها شخصیت حقوقی تشکیل میشود و ضمان به شخصیت حقوقی منتقل میگردد و سپس بین آنها علی-السویه تسهیم میگردد.

برخی گفته‌اند ضامنان متعدد مانند تعاقب ایادی در عرض هم مسئولیت تضامنی دارند و آنرا مثلاً با واجب کفائی مقایسه نموده‌اند 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 کفائی یک امتثال بیشتر وجود ندارد و سقوط امر و امتثال، در این دو واجب تفاوت دارد ولی در مقام جعل فرقی ندارند. ولی در مورد اشتغال ذمه معقول نیست وجود اعتباری به ذمه چند نفر عرضاً برود. تحقیق آن است که در تعاقب ایادی یداول مشغول به نفس عین است و ید دوم مشغول به عین مضمون یداول،

۱- علامه، مختلف، کتاب ضمان ص ۴۳۱

۲- عروه، ضمان مساله ۲۶: اذا ضمن اثنان او ازیدعن و احد فاما ان يكون على التعاقب او دفعه فعلى الاول الضامن من رضى المضمون له بضمانه ولو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق و يحتمل قوياً كونه كما اذا ضمنا دفعه خصوصاً بناء على اعتبار القبول من المضمون له فان الاثر حاصل بالقبول نقلاً لا كسناً و على الثانى ان رضى باخذ همدون الاخر فهو الضامن و ان رضى بهما معاً ففى بطلانه كما عن لف و مع و صدو اختاره صاحب الجواهر او التقسيط بينهما بالتصف او بينهما بالثلث ان كانوا ثلثة و هكذا او ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبه من شاء كما فى تعاقب الايدى وجوه اقويها الاخير و عليه اذا ابرء المضمون له و احداً منهما ابرء دون الاخر الا اذا علم ارادته ابراء اصل الدين لا خصوص ذمه ذلك الواحد .

و ید سوم مشغول به عین مضمون ید دوم و... مؤید این مطلب آن است که دومی حق رجوع به اولی را دارد بخلاف عکس. بهرحال 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 بصورت 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 شرط صحت ضمان است (علم به دین و مقدار آن)؟

تعداد زیادی از فقهاء در مسأله جهل به مقدار دین ادعای اتفاق و اجماع کرده اند که علم به مقدار دین شرط نیست اگر چه علم به اصل دین شرط است زیرا در صورت عدم علم به اصل دین ضمان از مصادیق ضمان مالم 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 عقلاء استناد میشود. بطور مثال در روایت «نهی النبی ص عن بیع الغرر» اگر غرر به معنی جهل باشد منظور اینست که بیع مجهول مورد امضای شارع نیست.

مرحوم صاحب عروه همچون مقدار دین، علم به اصل دین را نیز شرط ندانسته است. (۱) برخی در این مورد به روایاتی که قبلاً بیان شد (علی دینه) استناد کرده اند زیرا در آنها مقدار دین مجهول بوده است. برخی به عمومات اصالة الصحة الزعیم

۱- عروه، کتاب ضمان مسأله ۲۸: لایشترط علم الضامن حین الضمان بثبوت الدین علی المضمون عنه کما لایشترط العلم بمقداره فلو ادعی رجل علی آخر دنیا فقال علی ما علیه صحیح و ح فان ثبت بالبینه یجب علیه ادائه سواء کانت سابقه و لاحقه و کذا ان ثبت بالاقرار السابق علی الضامن او بالبیمین المردوده کذلک و اما اذا اقر المضمون عنه بعد الضمان او ثبت بالبیمین المردوده فلا یكون حجه علی الضامن اذا انکره و یلزم عنه بادائه فی الظاهر ولو اختلف الضامن و المضمون له فی ثبوت الدین او مقداره فاقرا الضامن او ردالبیمین علی المضمون له مخلف لیس له الرجوع علی المضمون عنه اذا کان منکراً و ان کان اصل الضمان باذنه و لا بد فی البینه المثبتة للدین ان تشهد بثبوت حین الضمان فلو شهرت بالدین اللاحق او اطلقت ولم یعلم سبقه علی الضمان اولحقه لم یجب علی الضامن ادائه.

غارم و اوفوا بالعقود تمسك کرده و مشکوک الجزئیه و الشرطیه و المانعیه را دفع نموده‌اند. (البته جریان اصله الصححة مشکل است زیرا باید احراز شود که موضوع تمام است.)

اصولاً باید دید ضامن بر مبنای نقل ذمه چه میکند؟ ضامن ذمه مضمون عنه را خلع کرده و به خود انتقال میدهد. آیا بدون علم به مقدار دین میتواند اینکار را انجام دهد؟ آیا بناء عقلاء آنرا میپذیرد؟ بر مبنای مشهور امامیه پذیرفتن جهل مشکل است. از طرف دیگر روایت «نهى النبى عن الغرر» مختص به معاوضات نیست و مشکل ایجاد میکند. در اصل دین هم مسأله به همین شکل میباشد. بر مبنای مختار شاید این مشکل وجود نداشته باشد البته از نظر عقلائی بنظر میرسد مقدار دین باید مشخص باشد علاوه بر اینکه اگر غرر بمعنی جهالت باشد بر تمام مبانی جهل به اصل دین و مقدار آن میتواند ضامن را باطل نماید. ماده ۹۴۹ ق.م.ع. علم به اصل دین بخلاف مقدار و اوصاف را شرط دانسته است.

- ضمان آنچه بینة شهادت دهد -

ظاهراً در سواردی نسبت به طلب اختلاف وجود دارد که ضامن میگوید اگر بینة بیاوری من ضامنم. در اکثر متون گفته شده این ضمان باطل است چون حین ضمان علم ندارد و از مصادیق ضمان مالم یجب میباشد^(۱). مرحوم صاحب عروه میگوید اگر ثابت شود در حین تکلم ذمه اش مشغول بوده واجب است دین را اداء کند^(۲). نظر ایشان بطور کلی این است که وجود دین قبل از ضمان شرط نیست. بنابر مبنای

۱- جواهر ج ۲۶ ص ۱۴۴.

۲- عروه، ضمان مسأله ۲۹: لوقال الضامن على ما تشهد به البینه وجب علیه اداء ما شهدت بثبوتہ حین التکلم بهذا الکلام لانها طریق الی الواقع و کاشف عن کون الدین ثابتاً حینہ فما فی الشرایع من حکم بعدم الصحه لا وجه له ولالتعلیل الذی ذکره بقوله لانه لا یعلم ثبوتہ فی الذمه الا ان یکون مراده فی صدره اطلاق البینه المحتمل للثبوت بعد الضمان و اما ما فی الجواهر من ان مراده بیان عدمه صحه ضمان مایثبت بالبینه من حیث کونه كذلك لانه من ضمان مالم یجب حیث لم یجعل العنوان ضمان مافی ذمته لتکون البینه لتکون البینه طریقاً بل جعل العنوان مایثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوتہ بها فهو کماتری لا وجه له .

مختار این مسأله اشکال ندارد چون ضامن اصل مسؤولیت را میپذیرد و ما نیز وجود دین ثابت بر ذمه مضمون‌عنه، قبل از ضمان را شرط ندانستیم.

- ضمان نفقه زوجة

نفق به معنی پر کردن خلاء و نیاز است لذا زوج باید نیاز زوجه در غذا، مسکن، دارو و... را رفع کند. نفقه یک مسئله 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. آیا در هر زمان بنا به مورد مشغول میشود مثلاً صبح صبحانه بر ذمه میآید و ظهر... ملاک عرف هر زمان میباشد. بر مبنای امامیه نفقه گذشته و حال مشکلی ندارد اما نسبت به نفقه آینده گفته اند ضمان مالم یجب است^(۱) مگر اینکه از باب وجود مقتضی که بعضی مطرح نموده اند مسأله را تصحیح کنیم^(۲).

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 میتوانیم ضمان را صحیح بدانیم اما نسبت به سواردی که معمول نیست و در زمان خودش باید پرداخت شود ضمان مالم یجب است. بر مبنای عامه اگر اشتغال ذمه مضمون‌عنه قبل از ضمان را شرط بدانیم نسبت به آینده ضمان مالم یجب است بر مبنای مختار چون این مسأله را شرط ندانستیم لذا ضمان نفقات آینده امکان پذیر است.

- ضمان جعالة و سبق و رمایه

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

۱- جواهر ج ۲۶ ص ۱۳۹.

۲- عروه، ضمان مسأله ۳ «...اما النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم لانه من ضمان مالم یجب ولكن لا یبعد صحته لكفايه وجود المقتضى وهو الزوجیه...»

البته بنا بر نظریه مختار اشکالی در مسأله وجود ندارد.

مرحوم صاحب عروه میفرماید^(۱) از باب آیه شریفه سوره یوسف ضمان در جماله حتی قبل از عمل نیز صحیح است (ولمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم). آیا آیه میفرماید حضرت یوسف همان زمان ضامن شد یا اینکه پس از آوردن حمل بعیر مسوولیت پیدا نمود. ظاهر آیه دلیل بر این است که به نفس عقد اشتغال ذمه پیدا میشود و اداء در آینده میباشد و اگر کار انجام نشود تعهد ایجاد شده بی اثر خواهد بود^(۲).

- ضمان اعیان مضمونه: مانند، غصب، مقبوض به عقد فاسد و...

آیا میتوان از اعیان مضمونه ضمانت کرد؟ محقق در شرایع میفرماید: یجوز، در بسوط تحریر و ارشاد آمده است: الاشبه الجواز، صاحب جامع المقاصد، شهید ثانی و صاحب جواهر نیز اشکال نموده اند.

در ضمان وجود اعتباری عین بر ذمه واقع میشود اما مثل یا قیمت در مرحله اداء مطرح میشود. به محض اینکه ید، غیرمأذونه شد قاعده و علی الید جاری میشود و ضمان ایجاد میکند. پس از ورود علی الید اگر عین باقی است بدلیل: «المغصوب مردود» عین باید برگردد چون عین به هویت شخصیه مصادق مفرغ ذمه است و واجد جهات نوعیه، صنفیه و شخصیه میباشد. اما اگر عین موجود نبود چون جهات شخصیه معدوم است مفرغ ذمه طبق حکم عقلاء باید دارای جهات نوعیه و

۱- عروه، ضمان مسأله ۳۷: اختلفوا فی جواز ضمان مال الجعالة قبل الايتان بالعمل و كذا مال السبق والرمایه فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته فی الذمه قبل العمل والاقوی وفاقاً لجماعه الجواز للدعوی ثبوته فی الذمه من الاول و سقوطه اذالم يعمل ولا لثبوته من الاول بشرط سجي العمل فی المستقبل اذ الظاهر ان الثبوت انما هو بالعمل بل لقوله تعالی ولمن جاء به حمل بعیر وانا به زعیم ولكفایه المقترضی للثبوت فی صحه الضمان و منع اعتبار الثبوت الفعلی كما اشرنا اليه سابقاً.

۲- برای بررسی اختلاف نظر رك جواهر ج ۲۶ ص ۱۳۷ مرحوم صاحب شرایع تردد 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.

صنفيه باشد که قاعدتاً مثل مال است و در مرحله بعد قیمت . پس مقام اشتغال ذمه نباید با مقام تفریغ ذمه خلط گردد.

بدلیل 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 «یا» ضامن است اگر تلف شد مثل یا قیمت را بدهد» علامه و ابوحنیفه هر دو صورت را درست دانسته اند.

جامع المقاصد در هر مورد اشکال میکند زیرا در فرض اول ضمان حکم معنا ندارد و حکم قابل نقل نمیشود و در فرض دوم نیز ضمان مالم یجب است زیرا چیزی که هنوز بر ذمه نیامده ضمانش صحیح نیست^(۱).

بنظر میرسد نظر جامع المقاصد اشکال داشته باشد زیرا به محض غیر ماذون شدن ید، وجود اعتباری عین بر ذمه میآید و ید مشغول میشود لذا ضمان صحیح میباشد. برخی گفته اند اگر این ضمان را بپذیریم مانند عامه ضم ذمه به ذمه را پذیرفته ایم^(۲). اما اولاً بر مبنای امامیه نیز مسأله اشکال ندارد زیرا بحث اصلی و علی الید

۱- برای ملاحظه نظرات ر.ک جواهر ج ۲۶ ص ۱۴۰-۱۴۱.

۲- عروه ضمان مسأله ۳۸: اختلفوا فی جواز ضمان الاعیان المضمونه كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما علی قولین ذهب الی کل منهما جماعه والا قوی الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنی التزام ردها عیناً ومثلها او قیمتها علی فرض التلف او كان المراد ضمانها بمعنی التزام مثلها او قیمتها اذا تلفت وذلك لعموم قوله ص الزعیم غارم والعمومات العامه مثل قوله تعالی اوفوا بالعقود ودعوی انه علی التقدير الاول یكون من ضمان العین بمعنی الالتزام بردها مع ان الضمان نقل الحق من ذمه الی الی اخری و ایضاً لاشکال فی ان الغاصب ایضاً مکلف بالرد فیکون من ضم ذمه الی اخری ولیس من مذهبنا و علی الثاني یكون من ضمان مالم یجب كما انه علی الاول ایضاً كذلك بالنسبة الی رد المثل او القیمه عند التلف مدفوعه بانه لا مانع منه بعد شمول العمومات غایه الامر انه لیس من الضمان المصطلح و کونه من ضمان مالم یجب لا یضر بعد ثبوت مقتضی ولادلیل علی عدم صحه ضمان مالم یجب من نص او اجماع وان اشتهر فی جمله من الموارد حکموا بصحته وفي جمله منها اختلفوا به فلا اجماع...

و اشتغال ذمه است که در صورت تحقق نقل ذمه ممکن است. و ثانیاً بر مبنای مختار بدون شک صحیح است، عقد ضمان منجزاً واقع میشود و اگر اداء نکرد ضامن اداء میکند.

سؤالی 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 اداء نمود ضامن نمیتواند عین را تحویل دهد. باید بگوئیم 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 غیرمضمونه مانند عین مرهونه و عین مستأجره و...

در این موارد ذوالید امانی است و تخصیصاً از قاعده و علی الید 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 کرده اند که در اینجا ضمان معنا ندارد زیرا نفس عین غیر مضمونه است. بر مبنای امامیه چون تلف رخ نداده اشتغال ذمه وجود ندارد تا منتقل شود. بر مبنای عامه نیز ذمه ای وجود ندارد تا ضم شود. بر مبنای مختار که ضمان صرفاً وثیقه میباشد در این موارد استیثاق معنا ندارد زیرا قانونگذار قبل از تعدی و تفریط مسؤلیتی 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 و طبق قاعده میتوانی به او رجوع کنی من ضامنم.» بعد از تعدی و تفریط و علی الید میآید و تا وقتی عین باقی است عین و اگر تلف شد مصداق امر اعتباری را میباید پرداخت کند و اگر از پرداخت امتناع کرد میتواند به ضامن رجوع کند این مورد عقلائی و دارای ثمره میباشد. فقهاء در این مورد نیز اشکال کرده اند زیرا اشتغال ذمه وجود ندارد و هنوز تعدی و تفریط رخ نداده است. البته این مسأله را با مسأله فوق خلط کرده اند، ولی بهرحال بر اساس آن مبنای هر دو مورد اشکال دارد. مرحوم صاحب عروه کلاً این نوع ضمان را بدلیل عمومات صحیح

دانسته است(۱).

- ضمان درك ثمن، فسخ، اقاله و تلف

اگر بطور مثال در عقد بیع احتمال دهند که مبیع مطابق با قرارداد نباشد یا متعلق به غیر درآید یا فاسد باشد آیا میتوان از ثمن ضمانت نمود یا خیر؟ فقهاء می-گویند 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 قبل از قبض ضمانتی وجود ندارد(۲). اگر بیع صحیحاً واقع شود و اطلاعات و عمومات نیز آنرا دربر گیرد 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 بائع برگرداند. گفته شده ضمان مالم یجب است چون در زمان ضمان حقی ثابت نشده و مشتری باید به بائع رجوع کند نه ضامن(۳).

بنظر ما ضمان صحیح است. ضامن مسؤولیت را میپذیرد که اگر فسخ، اقاله یا تلف رخ داد و بائع از دادن ثمن امتناع کرد ضامن باشد. اگر ثمن عبارت از عین باشد آیا ضمان صحیح است؟ چون عین در سلطه ضامن نیست وی نمیتواند ضامن

۱- عروه ضمان مسأله ۳۸ : ... اما ضمان الاعیان الغير المضمونه کمال المضاربه والرهن والوديعه قبل تحقق سبب ضمانها من تعدا و تفریط فلاخلاف بینهم فی عدم صحته والاقوی بمقتضی العمومات صحته ایضاً.

۲ و ۳- جواهر ج ۲۶ ص ۱۴۶-۱۴۷ عروه ضمان مسأله ۳۹: یجوز عندهم بلاخلاف بینهم ضمان درك الثمن للمشتري اذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير او ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته اذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيد به الاكثرا و مطلقاً كما اطلق اخرو هوا لاقوی قیل و هذا مستثنى من عدم ضمان الاعیان هذا و أما لو كان البيع صحیحاً و حصل الفسخ بالخيار او التفاضل او تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور لم يلزم الضامن و يرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان مالم یجب بل لو صرح بالضمان اذا حصل الفسخ لم یصح بمقتضى التعلیل المذكور نعم فی... والاقوی فی الجمیع الدخول (فی العهده) مع الاطلاق والصحة مع التصريح و دعوی انه من ضمان مالم یجب مدفوعه بكفایه وجود السبب هذا بالنسبه الى ضمان عهده الثمن اذا حصل الفسخ اما بالنسبه الى مطالبه الارش...

آن باشد بلکه ضامن مثل یا قیمت است (بطور مثال بعد از تلف) 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، ضامن محقق میشود.

قانون مدنی در ماده ۶۹۷ ضمان ريك مبيع یا ثمن را جایز دانسته است. البته حصر حکم به درك مبيع و ثمن وقتی مستحق للغیر درآید صحیح نیست و باید گفته شود ضمان در صورت اخلاف در یکی از شرایط جایز است.

اما در مورد خيار عيب مسایلی مطرح میشود. اگر عيب سابق بر عقد باشد و مشتری نیز جاهل بوده خيار عيب وجود دارد ویژگی این خيار آن است که حق فسخ یا امضاء وارش در آن میباشد. محقق در شرایط میفرماید اگر قبل از قبض تلف یا اقاله شود تنها به مشتری مراجعه میشود نه به ضامن و همینطور در صورت وجود عيب سابق، استدلال صاحب جواهر آن است که عقد از زمان فسخ منحل میشود لذا باید به بايع مراجعه کند زیرا از زمان فسخ ذمه بايع مشغول میشود در حالی که ضمان قبل از آن بوده و ضمان مالم یجب میشود^(۱).

علامه در قواعد میفرماید ضمان صحیح است چون سبب فسخ (عقد) وجود داشته و این برای ضمان کافی است^(۲) و قانون مدنی نیز همین نظر را دارد.

خيار عيب: بناء عقلاء بر این است که هنگام معامله، معامله را سبباً علی شروط منعقد می کنند. یکی از این شروط تساوی ارزش عوضین است و اگر بعد از معامله مشخص شد یکی گران تر فروخته، خيار تخلف شرط ضمنی وجود دارد. این امر دلیل خيار غبن است. این خيار از زمان حدوث غبن وجود دارد چون تخلف شرط ضمنی شده است.

در مورد خيار عيب نیز برخی گمان نموده اند مسأله تبعیدی است، اما باید توجه داشت که این مسأله نیز عقلائی است بناء عقلاء در معاوضات بر اصاله السلامه است. این شرط بصورت ضمنی در معاوضات وجود دارد لذا اگر مبيع معيوب باشد چون تخلف از شرط شده از زمان حدوث عقد، خيار وجود دارد.

به نظر ما ثمن در مقابل تمام مثن 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 مابه ازاء میباشد. ثمن در مقابل کل مثن توزیع میشود و حقیقتاً یک قسمت از ثمن به بائع منتقل نمیشود و آن قسمت حکم مقبوض به عقد فاسدرا دارد لذا وعلی الید جاری میشود. بنابراین حتی ارش نیاز به مطالبه ندارد و بائع مکلف به رد ارش است.

در صورتی که ظهور عیب سبب فسخ باشد بنا بر 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 بنا بر 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.

- در مورد ارش سبب استحقاق چیست؟

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

اما بنا بر مبنای مختار در ارش، چون از زمان حدوث عقد، در صورت قبض ثمن وعلی الید جریان دارد پس اشتغال ذمه وجود دارد و در صورت عدم قبض، تکلیف به دادن ارش ندارد.

- مستحق للغير در آمدن بعضی از مبیع

در صورتی ضامن عهده ثمن را ضمانت کند و برخی از آن مستحقاً للغير درآید گفته شده نسبت به مقدار مستحق للغير میتوان به ضامن رجوع کرد، و بدلیل تبعض صفقه در باقی خیار وجود دارد و در مقدار زاید بر مستحق للغير بدلیل ضمان مالم یجب نمیتوان به ضامن مراجعه کرد. مرحوم شیخ (فده) رجوع به ضامن برای تمام مبیع راجائز دانسته زیرا سبب استحقاق در حال عقد (مانند عیب) وجود داشته است^(۱).

۱- جواهر ج ۲۶ ص ۱۴۸ عروه، ضمان مساله ۴۰.

خيار تبعض صفة- بسیاری از فقهاء این مسأله را بر انحلال بناء کرده‌اند. قسمتی که «یملک» است منتقل میشود و قسمت دیگر منتقل نمیشود و چون بناء عقلاء این است که معامله صفة واحده بوده والان بعضی از آن منتقل نشده خيار وجود دارد.

به نظر ما بازگشت این خيار نیز به تخلف شرط ضمنی است. متعاقدین معامله را به شرط انضمام (اجزاء مبیعی که مرکب از اجزاست) انجام میدهند. بناء عقلاء بر مبنای این شرط معامله را منعقد میداند و مجموع من حیث المجموع را در نظر میگیرد. آیا در صفة واحده، لحاظ قید و مقید است؟ در قید و مقید انحلال ممکن نیست در مرکب، بالحاظ قید و مقید عدم وجود یک جزء مقید، مساوی با فقدان نفس مقید است و در این مورد باید بگوئیم عقد باطل میگردد. بر مبنای ما ضمان برای کل ثمن صحیح است و به همانگونه که در مستحق للغیر بودن بیان کردیم نظر میدهیم.

- ضمان مخارج مشتری در مبيع

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

مشهور فقهاء، محقق در شرایع، علامه و... فرموده‌اند ضمان مالم یجب است. شهید اول و ثانی در لمعه و شرح آن فرموده‌اند ضمان درست است و ظاهر دلیلشان این است که عقد را سبب و کافی میدانند(۱).

بنظر 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. مدرك قاعده غرور- بعضی در این مورد به روایاتی اشاره کرده‌اند مانند: «لانه غرالرجل و خدعه».

ادعای اجماع نیز در مسأله وجود دارد، گاه به بناء عقلاء نیز تمسک میشود. برخی نیز با قاعده اتلاف و 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 و معقول نیست که لاضرر مبنای غرور باشد. همچنین در قاعده اتلاف که از باب مباشر و سبب مسأله را مطرح کرده اند اشکال لاضرر وجود دارد فتأمل. 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 مالم یجب نخواهد بود.

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

