



شرح
الظ
ممن
ممن
عليه

عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی

آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی

آورده‌اند.^۲ در زبانهای دیگر نیز واژه ضمان به همین مفاهیم به کار رفته است.^۳

◀ شناخت مفهوم ضمان

ضمان یکی از روابط حقوقی موجود در اسناد تجاری است که شناخت مفهوم آن از دیدگاه فقه اسلامی، مستلزم بررسی و مطالعه این نهاد فقهی - حقوقی، از نقطه نظر فقهای عظام، قدس الله اسرارهم، است. با وجود اینکه اصولاً مطالعه کتب لغت در این زمینه‌ها، به علت احتمال نقل از آن معنی به معانی اصطلاحی در فتنون مختلف و در نتیجه عدم حجیت کلام ایشان، نقشی در سرنوشت این گونه قراردادها و مفهوم اصطلاحی آنها در قلمرو عرف و فقه و حقوق ندارد، اما به دلیل تأثیر اختلاف نظر فقهای عظام پیرامون 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.

○ مفهوم ضمان در لغت

واژه ضمان از ریشه ضمن گرفته شده و در کتب لغت عربی این ریشه با قرائتهای گوناگونی آورده شده است، که هر یک معانی متفاوت دارند. اما از میان آنها ضمن به فتح ضاد و میم و سکون نون به معنی قبول مسؤولیت، تعهد، ضمانت، پذیرفتاری و التزام با مفهوم ضمان قراردادی متناسب و قابل استفاده است.^۱ در کتب لغت فارسی نیز ضمان را به معنی قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن وام دیگری و ملتزم شدن

○ مفهوم ضمان در فقه و حقوق

حقوقدانان اسلامی در شناخت مفهوم ضمان نهج واحدی را نیپموده‌اند. با وجود این، همگی متفقاً ضمان را به عنوان یکی از توابع و وثایق دین شمرده‌اند. برخی از ایشان واژه ضمان را از ضم^۴ و گروهی آن را از ضمن^۵ دانسته‌اند که در صورت اول «ن» زاید است و در صورت دوم «ن» اصلی است زیرا نه تنها در مصدر بلکه در مشتقات هم «ن» اصلی است. 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 در حالی که در تمامی جوامع با زبانهای گوناگون، این گونه قراردادها متعارف و متداول است. چنانچه در فرهنگ لغت و اصطلاحات زبان انگلیسی، الفاظی به معنای ضمان، تضمین، ضمان عقدی و وثیقه هست^۶ و در فرهنگ لغت و اصطلاحات زبان فرانسه که مادر حقوق مدنی و حقوق تجارت بسیاری از کشورها، از جمله کشور ایران، تلقی می‌شود نیز، واژه‌هایی به معنای ضمانت، وثیقه، تأمین و تضمین و واژه Contrat de cautionnement، به معنی قراردادی که به موجب آن کسی متعهد می‌شود که



عقد ضمان

ضمان به معنای اخص یعنی تعهد و التزام به نفس (کفاله) از جانب شخص بدهکار به متقاضی ضمان^۹.
متن کلام فقهای عظام در تعریف ضمان به معنای اعم چنین است:

«الضمان هو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه مثله أو لا».

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 ولو به طور فضولی و نیز حواله از طرف غیربدهکار، ضمان به معنای اخص است و در بیان مفهوم ضمان قراردادی به معنای اخص متون فقهی چنین می‌نویسد:

«التعهد بالمال ممن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الأخص»^{١١}.

«اطلاق بالمعنى الاخص هو التعهد بالمال عيناً أو منفعةً أو عملاً»^{١٢}.

بدین ترتیب مفهوم ضمان قراردادی، عبارت است از نفس تعهد و التزام به بدهی دیگری. و اموری چون نقل و انتقال بدهی از عهده بدهکار اصلی (مضمون عنه) به عهده ضامن و برائت ذمه بدهکار اصلی و زوال رابطه حقوقی 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 نیستند

بدهی‌ی راکه بر ذمه دیگری است بپردازد^۷، از وجود چنین نهادی در این جوامع حکایت می‌کند.

بنابراین مفهوم ضمان به عنوان اصطلاح متعارف در قلمرو فقه و حقوق، خصوصاً در ابواب معاملات، حقیقتی واحد به معنی تعهد، مسؤولیت 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 مدعاست و سریان 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 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 ملزم و متعهد به انجام تعهدات ناشی از آن قرارداد می‌کنند و ضمان قهری التزام و تعهدی است که به موجب اسباب خاص چون اتلاف، غضب و تسبیب به عنوان واقعه حقوقی ایجاد می‌شود و ضمان عقدی هم‌اکنون مورد بحث ماست.

☐ شناخت مفهوم ضمان قراردادی

در شناخت مفهوم ضمان قراردادی، اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه، قدس الله اسرارهم، آن را به عنوان تعهد و مسؤولیت و التزام دانسته اند^۸ و برخی نیز ضمان را شامل دو قسم دانسته اند: ضمان به معنای اعم یعنی تعهد و التزام به مال از جانب شخص بدهکار و یا از جانب شخص غیر بدهکار به متقاضی ضمان (حواله)، و



و به موجب شروط ضمنی که متأثر از وضعیت اجتماعی جوامع عقلایی هر منطقه هست، در قلمرو ضمان قراردادی وارد می‌شوند. 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، فقط به ذکر شروط صحت ضمان قراردادی پرداخته‌اند.^{۱۴} و برخی دیگر مفهوم ضمان قراردادی را در قالب کاربردی بیان کرده‌اند، مبنی بر اینکه هر گاه شخص بدهکاری از دیگری تقاضای ضمانت از بدهی‌اش را بکند و شخص اخیر بپذیرد و بستانکار نیز رضایت دهد، بدهکار اصلی از بدهی مزبور بری می‌شود و پرداخت بدهی بر عهده ضامن قرار می‌گیرد.^{۱۵}

□ ماهیت فقهی - حقوقی ضمان

در قلمرو فقه و حقوق همواره سعی شده است، نه تنها اعمال حقوقی انسانها (تعهدات قراردادی)، بلکه وقایع حقوقی (الزامات خارج از قرارداد)، در قالب و عنوانی از عناوین حقوقی - فقهی گنجانده شوند و بر اساس قالبها و فرمولهای موجود در حقوق تجزیه و تحلیل شوند. ضمان نیز یکی از اعمال حقوقی و الزامات قراردادی شمرده می‌شود که ماهیت فقهی و نوع رابطه حقوقی آن، معرکه آرا و نظرات علمای فقه است و درباره آن اتفاق نظر وجود ندارد. هر چند در این مسأله که ضمان از دایره الزامات خارج از قرارداد نیست، اختلاف نظر ندارند و به اتفاق، این تعهد را از مصادیق الزامات قراردادی می‌شمرند، اما در نوع این قرارداد که قالب عقدی دارد یا در قالب ایقاع می‌گنجد، اختلاف نظر دارند؛ زیرا الزامات قراردادی 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 که در تمییز عقد و ایقاع ارائه می‌شود، عبارت است از اینکه عقود، تعهداتی وابسته به دو طرف هستند ولی ایقاعات تعهداتی یک طرفه محسوب می‌شوند و تنها با رضایت متعهد، ایجاد و مؤثر می‌شوند. ضمان نیز بر اساس 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 اینکه 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 به دو نظریه ضمان به عنوان عقد و ضمان به عنوان ایقاع دست می‌یابیم.

○ ۱. نظریه عقدی

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

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

اکثر فقهای که مبادرت به تعریف ضمان به معنای اعم کرده‌اند، فقهای امامیه‌اند. این فقها ضمان را به عنوان یک عقد تعریف 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) لحاظ کرده‌اند که به حسب «متعهدبه» و «متعهد» تنوع می‌گردند.

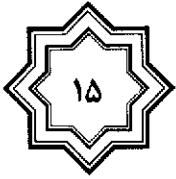
به منظور دستیابی به علت اتخاذ مبنای عقد، توسط فقهای عظام و استدالات ایشان، ملزم به مطالعه متون فقهی آنها در مبحث شرایط یا عناصر و ارکان تشکیل‌دهنده عقد ضمان هستیم که در حقیقت در این مبحث به تنقیح مبنای فقهی خود پرداخته و شرطی را، تحت عنوان لزوم رضایت مضمون‌له یا اشتراط قبولی شخص اخیر، جهت صحت یا تأثیر ضمان قائل شده‌اند و ادله‌ای مشروح در مقام اثبات مدعایشان اقامه کرده‌اند.

طرفداران نظریه عقد بودن ضمان، درباره کیفیت و نحوه ایجاد این تعهد دوجانبه و ارکان تشکیل‌دهنده آن اتفاق نظر ندارند و در این مسأله که عقد ضمان طبق روال معمول دیگر عقود گام برداشته است و چون هر عقدی به صیغه‌ای با کیفیت و الفاظ خاص، متشکل از ایجاب و ایجاد تعهد توسط موجب و قبولی از طرف قابل نیاز دارد، در عقد ضمان نیز وجود این دو رکن ضروری است و یا اینکه برخلاف دیگر عقود نیاز به صیغه با کیفیت مقرر ندارد و صرف احراز رضایت مضمون‌له به هر شکل که صورت پذیرد کفایت می‌کند، به دو گروه منشعب شده‌اند.

هر گروه در مقام اثبات و استدلال درباره نظریه ابرازی خویش برآمده‌اند که مطالعه و بررسی ادله ایشان و نقد آنها توسط نظریه پردازان، در نتیجه گیری و اتخاذ مبنای خاص در این زمینه و تبیین وضعیت حقوقی و ماهیت ضمان حایز 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 شود تا مؤثر واقع شود، و صرف وجود رضایت مضمون‌له به هر کیفیتی و در هر زمانی که حاصل شود، موجب عقد ضمان نخواهد بود و در این راستا کفایت نخواهد کرد. این گروه به ادله متعددی، از



دلیلای نظریه ایقاع

پیروان نظریه تعهد یک‌جانبه (ایقاع)، به منظور اثبات نظریه ابرازی خود، اطلاقات و عموماتی از آیات و روایات و نصوص روایی را به این شرح مورد استناد قرار داده‌اند:

۱. اطلاقات و عمومات

۱. اطلاق و عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود»^{۲۳} که شامل عقود موثقه از جمله نذر و عهد و یمین هم می‌شود، چه رسد به ضمان که پای حقوق مردم در میان است. و نیز اطلاق و عموم روایت «المؤمنون عند شروطهم»^{۲۴} مبنی بر اینکه هم شامل شرایط ضمنی در عقد و هم شامل مطلق التزام، که معنای ظاهر از بین معانی شرط است، بشود. یکی از مصادیق این روایت، التزام و تعهد ضامن، حتی بدون قبول و رضایت بستانکار است.

۲. روایات باب ضمان

- روایت ابوسعید الخدری: «قال: کنا 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 علیّ یا رسول الله وانا لهما ضامن. فقام رسول الله (ص) فصلی علیه ثم اقبل علی علی (ع) فقال (ص): جزاک الله من الاسلام خیراً و فک رهانک کما فککت رهان اخیک»^{۲۵}.

- روایت جابر بن عبد الله: «ان النبی (ص) کان لایصلی علی رجل علیه دین فأتی بجنازة فقال (ص) هل علی صاحبکم دین؟ فقالوا: نعم دیناران. قال (ص): فصلوا علی صاحبکم. فقال ابو قتاده: هما علیّ یا رسول الله (ص). قال: فصلی علیه. قال: لما فتح الله علی رسوله. قال (ص): انا اولی بالمؤمنین من انفسهم فمن ترک ما لا فلورثته و من ترک دیناً فعلی»^{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، بر جنازه نماز گزارد. در روایت اول در باب ضمانت حضرت علی (ع)، خطاب به ایشان چنین عبارتی را فرمودند: «جزاک الله من الاسلام خیراً و فک رهانک کما فککت رهان اخیک»، بدون اینکه از بستانکار در این زمینه سؤالی بشود و رضایت او احراز شود، آثار ضمان را در این مورد که انتقال بدهی است، به صرف ایجاب ضمان توسط حضرت علی (ع) بر آن مترتب کردند و فرمودند: «فک رهانک کما فککت رهان اخیک».

- موثقة اسحاق بن عمار و موثقة حسین بن الجهم؛ (شرح این دو روایت در همین مقاله خواهد آمد).

- صحیحة حبیب الخثعمی: «عن ابن ابی عمیر عن حبیب الخثعمی عن ابی عبد الله (ع) و قال: قلت له، الرجل یكون عنده المال و دبیعة یاخذ منه بغیر اذن صاحبه. قال: لیاخذ الا ان یكون له وفاء. قال: قلت رأیت ان وجدت من

جمله روایات، استناد کرده‌اند که فقها در متون فقهی خویش به نقل و گاه به نقد آنها پرداخته‌اند.^{۱۷}

ب. نظریه عقد غیر تشریفاتی

طرح نظریه: اکثر 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} این بزرگواران با ابراز این نظریه، در حقیقت در مقام بیان دو مطلب هستند. مطلب اول اینکه رضایت مضمون‌له به منظور صحت، لزوم یا تأثیر عقد ضمان، حسب نظریات مختلف ضروری است و مطلب دوم اینکه رعایت شرایط و مقررات حاکم بر شکل و نحوه ابراز عقود (ایجاب و قبول) در عقد ضمان، لازم نیست.

در استدلالهایی که به منظور اثبات مدعا 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 شمرده‌اند^{۱۹} و برخی عقد ضمان را با ایجاب ضامن صحیح دانسته و در مرحله لزوم عقد ضمان، رضایت مضمون‌له را ضروری دانسته‌اند^{۲۰} و گروه سوم عقد ضمان را مادامی که طرف مقابل نپذیرفته است، مؤثر و نافذ ندانسته‌اند 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 می‌باشد و بر این محور استوار شده است که عقد ضمان عبارت است از وثیقه‌ای به نفع مضمون‌له، بدون اینکه تملیک و تملیکی در آن صورت پذیرد. 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 (تعهد یک‌جانبه)

برخی از فقها و حقوقدانان اسلامی ضمان را به عنوان یک تعهد یک‌جانبه و به اصطلاح فقهی، یک ایقاع، دانسته‌اند^{۲۲} و معتقدند در هیچ یک از مراحل تشکیل یک تعهد مؤثر به عنوان ضمان (اعم از صحت، لزوم و تأثیر)، نه قبولی تشریفاتی و نه صرف رضایت او به هر شکل ممکن دخالت و تأثیری ندارد.

یضمنه و لم یکن له وفاء و اشهد علی نفسه الذی یضمنه
یاخذ منه؟ قال: نعم^{۲۷}».

۳. وثیقه بودن ضمان

در این صورت تحصیل وثیقه کرده است و بر اعتبار
بدهی اش افزوده می شود، بدون اینکه چیزی را از دست
بدهد. و تعهد ضامن با ضمانتش کامل و مؤثر است.

۴. اصل عملی

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



◀ نقد و بررسی دلیلهای نظریه ایقاع

۱. نقد و بررسی دلیل اول

اطلاعات و عموماتی که مورد استناد ایشان قرار
گرفته را در بخش «جمع بندی نظریات ابرازی پیرامون
ماهیت ضمان» بحث و بررسی می کنیم.

۲. نقد و بررسی دلیل دوم

فقها و حقوق دانان اسلامی پیرامون روایات باب
ضمان چنین اظهار نظر می فرمایند^{۲۸}:

هر چند پیامبر (ص)، در دو روایت ضمان حضرت
علی (ع) و ابی قتاده از میت بدهکار، 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 ضعیف است و معارض دارد.

سوم. این دو روایت نسبت به لزوم و عدم لزوم
رضایت بستانکاران در تحقق ضمان اطلاق دارند و
صرف عدم لزوم رضایت ایشان را ثابت نمی کنند.
چهارم. این روایات اختصاص به ضمانت از میت
بدهکار دارند که دست بستانکار از همه جا کوتاه شده
است و دلیلی اخص از مدعا هستند.

پنجم. چه بسا در این روایات قرینه هایی مبنی بر
رضایت بستانکاران وجود دارد زیرا، از سویی
ضمانت از بدهکاری میت و مفلس صورت پذیرفته
است که امید به وصول طلب از آنها قطع شده است و از
سوی دیگر ضمانت اشخاص و بزرگوارانی چون
حضرت علی (ع) و ابوقتاده با وضعیت موجود، کشف از
رضایت بستانکاران می کند.

ششم. این دو روایت خلاف مقصود و نظریه
استدلال کنندگان به آنها را می رساند زیرا ایشان در صدد
اثبات عدم لزوم رضایت بستانکار به عنوان طرف قرارداد
ضمان هستند، در حالی که این دو روایت با قرینه های
مذکور در ایراد قبلی، مبنی بر وجود رضایت بستانکاران
هستند، هر چند این رضایت در قالب تشریفات عقدی
ابراز نشده است، لیکن عدم نقل، دلالت بر وجود

نداشتن، ندارد و حداقل این روایات، عدم بطلان ضمان
تا قبل از علم و رد بستانکاران را می رسانند.

□ جمع بندی نظریات ابرازی

پیرامون ماهیت ضمان

در ظاهر بین سه نظریه عقد تشریفاتی، عقد
غیر تشریفاتی و تعهد یک جانبه تباین وجود دارد. پس به
منظور نزدیک کردن این نظریات، در جمع بندی آنها
می توان چنین اظهار نظر کرد:

بر اساس این نظریه، تمام ماهیت عقد توسط موجب
ایجاد می شود و طرف مقابل عقد، هیچ نقشی در تقویم
ماهیت عقد ندارد، هر چند در مؤثریت عقد دخالت دارد
زیرا، عقد از مقوله معناست و موطن معانی نیز در افق
نفس است و وجود نفسی با قصد، تمامیت می یابد و
عقد، نه تنها تابع قصد است، بلکه عین قصد است و
انفکاک و جدایی از هم ندارند تا تبعیتی به دنبال داشته
باشند. بنابراین عقد یک موجود بسیط است، نه مرکب از
ایجاب و قبول، زیرا موجودات معنوی ترکیب پذیر
نیستند. اما از آنجا که امور معنوی و قصدهای اشخاص از
طریق الفاظ به یکدیگر منتقل می شوند، عقد نیز از طریق
الفاظ، ابراز و اظهار می شود و به طرف مقابل منتقل و
تفهم می شود و الفاظ از جمله ابزار ابراز قصد و عقد در
مقام ثبات است، هر چند در این راه، موضوعیت ندارد و
طرفین تعهد دو جانبه (عقد) و تعهد یک جانبه (ایقاع) به
طرق متعارف می توانند به ابراز و اظهار مقاصد و عقود
خود بپردازند. با این بیان، وجه تمایز عقد و ایقاع نیز
واضح می شود. عقد برای تأثیر خارجی نیاز به احراز
رضایت طرف مقابل دارد، زیرا شخص موجب با ایجاب
خود، به طور فضولی تعهداتی را بر عهده طرف مقابل
نهاده است و حقوقی را، به طور فضولی از او به خود
منتقل می سازد. پس برای تنفیذ این امر فضولی، اجازه یا
احراز رضایت طرف مقابل، ضرورت دارد. اما در تعهد
یک جانبه (ایقاع)، موجب صرفاً تعهداتی را به نفع
دیگری بر عهده خود می نهد و یا حقوقی را از خود به
دیگری منتقل می سازد و از این راستا، نه تعهدی بر عهده
دیگری می نهد و نه حقوقی از دیگری به خود یا شخص
ثالثی منتقل می سازد تا رضایت طرف مقابل ضرورت
داشته باشد و به محض ایجاب موجب، و ابراز آن به
یکی از ابزار متعارف، الزام آور خواهد بود. بر اساس این
ضابطه، ماهیت ضمان نیز روشن می شود. ضمان عبارت
است از تعهدی که ضامن به نفع مضمون له (بستانکار)
بر عهده می گیرد، اعم از اینکه طلب بستانکار را بر عهده
بگیرد و خود را مقابل او بدهکار سازد یا فقط پرداخت
بدهی بدهکار (مضمون عنه) به طلبکار (مضمون له) را
تعهد کند، بدون اینکه خود را بدهکار سازد. این امور،
ناشی از نفس تعهد ضامن است اما بقای بدهکاری



تعهد و مسؤولیت و التزام، اتفاق نظر داشتند، در رابطه با آثار ضمان نیز به اتفاق معتقدند که، در صورتی که ضمان به طور صحیح ایجاد شود این آثار بر آن مترتب می شود^{۲۹}:

۱. حق و طلب بستانکار و تعهدی که بر عهده بدهکار به نفع بستانکار است، به عهده ضامن منتقل می شود.
۲. بدهکار اصلی (مضمون عنه) نسبت به بدهی که به نفع بستانکار (مضمون له) بر عهده داشت، بری الذمه می شود.
۳. شخص بستانکار حق رجوع به بدهکار اصلی (مضمون عنه) را ندارد و حق مطالبه او از بدهکار اصلی ساقط می شود.

۴. رابطه حقوقی بین بستانکار (مضمون له) و بدهکار اصلی (مضمون عنه) زایل می شود.
۵. رابطه حقوقی بین بستانکار (مضمون له) و ضامن برقرار می شود.

۶. اگر بستانکار (مضمون له) بدهکار اصلی را نسبت به بدهی اش ابراء کند، ضامن بری الذمه نمی شود، لیکن اگر ضامن را ابراء کند، هم ضامن و هم بدهکار اصلی بری الذمه می شوند.

در حقیقت نخستین اثر، یعنی نقل ذمه محور اصلی این آثار و بقیه آنها، از پی آمدها و نتایج نقل ذمه هستند. این اثر نزد فقهای امامیه نقش چشمگیری داشته و از اهمیت بسزایی برخوردار شده است، به قدری که این اثر را به عنوان عنصر ضمان و جزء حقیقت ضمان شمرده اند و فقدان این اثر را موجب انتفای ضمان دانسته اند.

دلیل های پیروان نظریه نقل ذمه و نقد آنها

هر چند کلیه فقهای امامیه، نظریه نقل ذمه را پذیرفته اند، اما تنها برخی از آنها به ذکر ادله و استدلال مبنی بر اثبات نظریه خود پرداخته اند^{۳۰}.
دلایل مورد استناد پیروان این نظریه در سه قسم خلاصه می شوند که عبارتند از: سنت، اجماع و دلیل عقلی.

۱. روایات

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 روایات و مستندات از بُعد آثار مترتب بر ضمان در آنها می پردازیم.

اول. موثقه اسحاق بن عمار: «فی الرجل یکون علیه دین فحضره الموت فیقول له ولیّه: علیّ دینک، قال (ع): یبرئه ذلک و إن لم یوفه ولیّه من بعده و قال (ع): أرجو لایأثم و أنما أثمه علی الذی یحبسه»^{۳۱}.

در مورد شخص بدهکار محضری که ولی او، بدهی اش را بر عهده می گیرد، حضرت می فرمایند: این ضمانت ولی بدهکار، او را ابراء می کند و در نتیجه، بدهی از ذمه مولی علیه ساقط است. در ادامه، حضرت درباره اینکه اگر ولی وفای به عهد نکرد و بدهی

بدهکار اصلی یا براثت ذمه او، 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 این که تعهد ضامن در عرض تعهد بدهکار اصلی یا در طول آن قرار گیرد، ضابطه تعهد یک جانبه از طرف ضامن به نفع بستانکار (مضمون له) بر آن منطبق خواهد بود و رضایت بستانکار در آن هیچ گونه نقشی، نه در صحت، نه در لزوم و نه در تأثیرش، ندارد. در صورتی که براثت ذمه بدهکار اصلی در آن شرط شود و ضامن به تنهایی در مقابل بستانکار، به جای مدیون اصلی (مضمون عنه) بدهکار محسوب شود، به دلیل تصرفاتی که در حقوق بستانکار صورت می پذیرد و تفاوت مردم، در حسن انجام معاملات و پرداخت بدهی ها، رضایت بستانکار در جهت تنفیذ این ضابطه عقدی بر آن منطبق می شود.

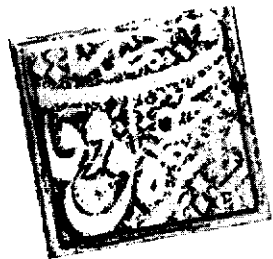
و اما در رابطه با نحوه ابراز این تعهدات، هیچ گونه محدودیت و تشریفاتی وجود ندارد و تعهدکنندگان باید از اموری که نزد عرف عقلا مبرزیت دارند، در اظهار اراده خود استفاده کنند، مگر در مواقعی که به خاطر وجود مصالحی اجتماعی و حفظ نظم عمومی و اهدافی دیگر، قانونگذار تشریفات خاصی را در ایجاد آن تعهد مقرر کند، مانند 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 و لازم شمرده شده است.

□ آثار ضمان

هدف از انجام اعمال حقوقی، برخورداری از آثار آنهاست. پس 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 نیافته اند. 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 می پردازیم. 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) هستند.

○ ۱. نظریه نقل ذمه

این نظریه معمولاً تحت عنوان آثار ضمان نزد فقهای امامیه مطرح است و رأی اکثریت قریب به اتفاق ایشان را تشکیل می دهد. همان طور که در تعریف ضمان، به نفس



مضمون را نپرداخت، می‌فرمایند: امیدوارم که او عهدشکنی و نقض پیمان نکند و این گناه و عهدشکنی فقط برعهده خود اوست که بدهی را حبس کرده است و آن را پرداخت نمی‌کند.

دوم. موثقه حسین بن الجهم: «قال: سألت ابا الحسن عن رجل مات وله على دين وخلف ولداً ونساءً وصبياناً. فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلٍّ ممّا لأبي عليك ومن حصّتي وانت في حلٍّ ممّا لإخوتي و اخواتي و انا ضامن لرضاهم عنك. قال: تكون في سعة من ذلك و حلّ. قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه. قلت: فان رجع الورثة على فقالوا: أعطنا حقنا. فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فامّا بينكم و بين الله عزّ و جلّ فانت منها في حلّ اذا كان الرّجل الذي أحلّ لك يضمن عنهم رضاهم فيحمل الضّامن لك»^{۳۲}.

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

نقد و بررسی

این روایات، مجموع ادله نقلی هستند که فقهای امامیه در مقام اثبات اثر ضمان مبنی بر نقل ذمه، مورد استناد و استدلال قرار داده‌اند. هر چند در متون فقهی، طی مباحث متعددی از ابعاد مختلف، این روایات نقل و نقد و بررسی شده‌اند با این حال از نظر آثار مترتب بر ضمان و اهمیت این 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 حق 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 مسؤول 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 است نیز به موجب شرط ضمنی مستفاد از قراین موجود، 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 در حقیقت نفس تعهد و مسؤولیت و التزام است و این آثار، تابع شرایط ضمنی ضمان خواهند بود و از این طریق وارد قلمرو ضمان می‌شوند.

در مورد روایت موثقه ابن‌الجهم چنین ایراد شده است:

۱. سند روایت ضعیف است.

۲. موضوع روایت از محل بحث خارج است زیرا براساس این روایت ذمه بدهکار بدون انتقال بدهی آن به ذمه دیگری و به طور مجانی، ابراء شده است، در حالی که در ضمان، ادعای انتقال بدهی برعهده ضامن و ابراء 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 استدلال به این روایت را جهت اثبات مدعا، غفلت شمرده‌اند^{۳۳}.

۴. مورد تعهد (مضمون‌به) در روایت مزبور، تحویل رضایت بستانکاران است تا در نتیجه این ضمان، ذمه بدهکار ابراء شود. لذا موضوع روایت خارج از محل بحث و نزاع است، علاوه بر اینکه، مخالف صریح قواعد و اصول مسلم شریعت است.

۲. اجماع

دومین دلیل فقهای امامیه^{۳۴} برای اثبات مدعایشان مبنی بر انتقال بدهی از عهده بدهکار اصلی (مضمون‌عنه) به عهده ضامن به موجب ضمان، اجماع است.

نقد و بررسی

علمای فقه و اصول به اتفاق اجماع را کاشف از رأی معصوم می‌دانند و طریقی برای رسیدن به سنت به شمار می‌آورند و آن را به عنوان یک دلیل، در عرض کتاب و سنت شناسایی نکرده‌اند بلکه آن را صرفاً محقق سبب می‌دانند و حجت بودن اجماع را به همان حجت بودن رأی معصوم بر می‌گردانند. بنابراین زمانی اجماع به عنوان یک دلیل و حجت مطرح می‌شود که نفس روایت در دست ما نبوده و به ما نرسیده باشد و با تحویل اجماع، یعنی احراز وحدت آرا و نظریات اصحاب



با چند بدهکار خلف است.^{۳۶}

نقد و بررسی دلیل عقلی

تحلیل نخست از اشکال عقلی تضامن به موجب ضمان از راه تشبیه تعهدات و موجودات اعتباری به اشیای مادی و اجسام سه بعدی و ناشی از جریان احکام موجودات مادی بر موجودات اعتباری است و چون اشغال دو چیز به یک شیء در آن واحد محال است، وقوع یک بدهی در دو ذمه در آن واحد، نیز محال است. بدیهی است چنین تشبیهی خالی از وجه شبه است و به اصطلاح قیاس مع الفارق است. به منظور ارائه تحلیلی روشن از این تشبیه بی وجه، برخی از حقوقدانان به بررسی مفهوم ذمه پرداخته‌اند^{۳۷} زیرا مستشکل ذمه را به منزله مکان و بدهی را به منزله جسم مادی فرض کرده است. لذا استقرار یک بدهی در چند ذمه در آن واحد را، مانند وقوع یک شیء در چند مکان در آن واحد، محال و غیرمعقول شمرده است. از این رو بررسی مفهوم ذمه از نظر لغوی و اصطلاحی ضروری است.

اول. مفهوم واژه ذمه در لغت: لفظ ذمه به اشکال مختلف قرائت می‌شود و در کتب لغت برای هر قرائتی معنای خاصی هست، اما قرائت مورد بحث ذمه به کسر ذال در مجموعه مشتقات ذم است. در کلیه کتب لغوی در ذیل واژه ذمه این معانی مکتوب است^{۳۸}: حق، پیمان، عهد، ضمانت، حرمت، امان، پیمان بستن، امان دادن، ضمان شدن و کفالت.

اینها لغاتی بود که در بررسی معانی لغوی واژه ضمان مشاهده کردیم و هیچ یک از آنها به معنی مکان نیستند. برخی کتب لغوی شواهدی از روایات و اصطلاحات را برای همین معانی ذمه نیز ذکر کرده‌اند^{۳۹} از جمله: حدیث حضرت علی (ع): «ذمتی رهینه و انا به زعیم ای ضمانتی و عهدهی رهن فی الوفاء به».

و حدیث دیگر: «من صلی الغداة والعشاء فی جماعة فهو فی ذمة الله تعالی (ای فی امانه و ضمانه) و من ترک الصلاة متعمداً فقد بری من ذمة الله تعالی و ذمة رسوله». و در اصطلاح نیز، کسانی که به موجب معاهده و پیمان با مسلمانان، در امان و ضمان حکومت اسلامی هستند و در عوض مبلغی را به عنوان جزیه می‌پردازند، اهل ذمه به معنی اهل عقد یا معاهد و اهل عهد نامیده می‌شوند^{۴۰}.

دوم. مفهوم واژه ذمه در فقه: برخی از فقها ذمه را به عنوان حقیقت فقهیه قلمداد می‌کنند و معتقدند، این لفظ هیچ معنایی نداشته، و ساخته و پرداخته دست فقهاست و مراد آنها از لفظ ذمه، وجوب حکم بر مکلف هنگام ثبوت آن در ذمه اوست. 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

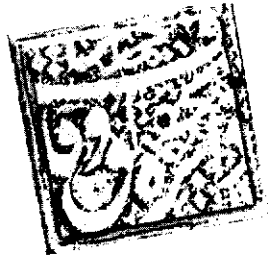
اجماع و قدمای متعبد از فقها، مبنی بر اینکه این بزرگواران اصل رأی معصوم و روایت را در دست داشته‌اند و براساس آن رأی معصوم افتا فرموده‌اند، رأی معصومین را کشف می‌کنیم و با وجود نفس روایات در دست ما، نیازی به جریان اجماع برای کشف از آن روایات نیست و چنین اجماعی موسوم به اجماع مدرکی، فاقد وصف کاشفیت از رأی معصوم است.

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

۳. دلیل عقلی

از جمله دلایل پیروان نظریه نقل ذمه، دلیل عقلی است^{۴۱} مبنی بر اینکه اگر با انعقاد ضمان، بدهی بدهکار (مضمون عنه) به عهده ضامن منتقل نشود و ملتزم به بری الذمه بودن بدهکار نشویم. به عبارت دیگر، اگر با انعقاد ضمان بدون برائت ذمه بدهکار اصلی، ضامن هم بدهکار شود، مستلزم امری محال و غیرمعقول است و مستحیل خواهد بود. زیرا اشتغال ذمه و بدهکار بودن 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 نیز، غیرمعقول و مستحیل است.

برخی از فقها استحالة عدم انتقال بدهی و اشتغال ذمه بدهکار و ضامن به موجب ضمان را چنین تحلیل می‌کنند: هر بدهی دارای دو حیثیت است که از جهت بدهکار، بدهی و نسبت به بستانکار، طلب نامیده می‌شود. اگر در اثر ضمان بدون برائت ذمه، هم بدهکار اصلی (مضمون عنه) بدهکار باشد و هم ضامن، این امر موجب تعدد بدهی و بدهکار در مقابل یک طلب و یک طلبکار می‌شود، در حالی که هر بدهی در عین حال طلب هم هست. اما در این جا دو بدهی با یک طلب خواهد بود که خلف و محال است. به عبارت دیگر متعهد شدن چندین نفر در عرض هم به یک بدهی غیر قابل تصویر 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



اعتبار تسمیه شیء به اسم حال شیء، ذمه نامیده‌اند 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 و استیفا را تحصیل می‌کند و قابلیت داشتن حقوقی به نفع خود و متعهد شدن به نفع دیگران را به دست می‌آورد. پس انسان متصف به این وصف خاص به منزله ظرف استقرار وجوب است 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.^{۲۲}

نتیجه: از بررسی معانی لغوی و اصطلاحی ذمه به این نتیجه می‌رسیم که ذمه هرگز به معنی مکان و محل نبوده است مگر از باب تسمیه محل به اسم حالش؛ یعنی، عهد و پیمان و تعهد و مسؤولیت و حالهای دیگر، نام محل استقرار آنها شوند. بنابراین مسأله حقیقت ضمان مبتنی بر نقل ذمه به ضم ذمه، به معنای مستقل شدن تعهد و مسؤولیت و یا ضمیمه شدن تعهدی به تعهد دیگر است، نه به معنا و مفهومی که مستشکل پنداشته است مبنی بر اینکه نقل ذمه به معنی نقل مکان، و ضم ذمه به معنی اضافه شدن مکانی به مکان دیگر است و مستلزم امر محال و غیر معقولی چون وقوع جسم در مکانهای متعدد در آن واحد است و در اثر استلزام چنین امر غیرممکن و محالی، نقل ذمه یا ضم ذمه را به عنوان آثار ضمان، مستحیل شمرده است.

دومین تحلیل از اشکال عقلی تضامن و عدم برائت بدهکار اصلی (مضمون‌عنه) 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 مسؤولیت تضامنی و تعدد و تکرار بدهکاران و متعهدین به پرداخت طلب بستانکاران (مضمون‌له) 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 (مضمون‌له) در مقام استیفای طلب، حق وصول طلب خود را فقط از یک نفر دارد نه از همه آنها و به محض وصول طلب خود از یکی از متعهدین، طلب او پرداخت شده است و طلبی باقی نخواهد ماند تا بستانکار (مضمون‌له) حق مطالبه و وصول آن را به موجب قرارداد ضمان از بقیه مسؤولین تضامنی ضمان داشته باشد.^{۲۳}

از طرف دیگر در جواب نقضی از هر دو تحلیل از اشکال عقلی می‌توان چنین اظهار داشت: همان‌طور که

در احکام تکلیفی مانند واجب کفایی و واجب تخییری و در احکام وضعی مانند ضمان عهده^{۲۴}، ضمان اعیان مضمونه^{۲۵} و ضمان ایادی متعاقبه در غصب^{۲۶}، تعهد و مسؤولیت چند نفر در عرض هم در آن واحد پذیرفته شده و هیچ‌کس این موارد را عقلاً مستحیل نشمرده است، مسؤولیت تضامنی به موجب ضمان قراردادی، بدین صورت که چند نفر در آن واحد در عرض یکدیگر به نفع یک شخص و یک بدهی (و از سویی یک طلب) متعهد و مسؤول باشند نیز، مستلزم محال عقلی نخواهد بود.^{۲۷} زیرا محالات عقلی قابل تخصیص نیستند و در هیچ موردی این امور محال، ممکن نخواهند شد.

تضامن نیز اگر عقلاً مستحیل باشد، عمومیت دارد و قابل تخصیص نخواهد بود تا در جایی امکان وقوع پیدا کند.

در صورت عدم پذیرش جواب حلی و نقضی اشکال عقلی تضامن به موجب ضمان قراردادی و اصرار بر استحالة عقلی ضم ذمه به ذمه در اصل ذین و بدهکار شدن چند نفر به یک بدهی، می‌توان همانند برخی از حقوق‌دانان اسلامی با مسأله برخورد کرد و ضمان را فقط موجب ضم ذمه به ذمه در مطالبه قرار داد، نه موجب تعدد بدهی و بدهکاران به ازای یک طلب و یک طلبکار.^{۲۸} بنابر این نظریه، به موجب ضمان التزام و تعهد به پرداخت مضمون‌عنه ایجاد می‌شود، بدون اینکه شخص هیچ‌گونه بدهی را برعهده بگیرد و خود را مقابل بستانکار (مضمون‌له) بدهکار کند.

○ ۲. نظریه تضامن

پیروان این نظریه یعنی فقهای جمهور به اتفاق معتقدند به موجب قرارداد ضمان، شخص ضامن در عرض بدهکار اصلی (مضمون‌عنه)، مدیون بستانکار می‌شود و شخص اخیر می‌تواند طلب خود را از هر یک بخواهد مطالبه و وصول کند.^{۲۹} و گروهی از پیروان نظریه تضامن به دلیل اشکال عقلی تضامن در اصل ذین، معتقدند به موجب ضمان، شخص ضامن در عرض بدهکار اصلی (مضمون‌عنه)، بدون بدهکار شدن، متعهد و ملتزم پرداخت بدهی شخص اخیر می‌شود، به عبارت دیگر، ضم ذمه به ذمه در حق مطالبه بستانکار پدید می‌آید، نه در اصل بدهی که منجر به تعدد بدهی و بدهکاران شود.^{۳۰}

برخی از حقوق‌دانان اسلامی پیرو این نظریه، تضامن را از عناصر ضمان به عنوان جزء مقوم و از ذاتیات ماهیت قرارداد ضمان قلمداد کرده‌اند.^{۳۱} به طوری که با انتقای 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 دانسته‌اند و این موارد را از دایره ضمان اصطلاحی خارج کرده‌اند، هر چند تضامن اثر انحصاری ضمان باشد نه از مقتضیات ذات ضمان. در تعریف



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 طولیت تعهد تضامن و بدهکار اصلی را از طریق شرط طرفینی ضمن عقد پذیرفته‌اند^{۵۵}، نه به موجب مقتضای ذات ضمان و نه به موجب اثر ناشی از نفس ضمان بدون اشتراط در ضمن آن.

براساس 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.

دلیل‌های پیروان نظریه وثیقه

طرفداران این نظریه ضمن استدلال و ارائه دلیل‌های متعدد به منظور اثبات مدعای خود به اشکالات این نظریه نیز پاسخ گفته‌اند^{۵۶}.

۱. ضمان عبارت است از توثیق و حفظ حقوق طلبکار، و گویا جاری مجرای رهن است. 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 استیفاء طلب از شخص بدهکار (راهن)، در ضمان هم به عنوان وثیقه شخصی، بستانکار حق مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب را از او ندارد مگر با تعذر استیفاء طلب خود از مضمون‌عنه به دلیل افلاس، ماطله، 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 اوست و بر طبق قاعده شریعت، فقط 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 است.

۳. علت جعل ضمان، استیثاق و حفظ حق صاحب آن از هلاکت است. بنابراین برای نقل محل حق و یا برای تکرر و تعدد محل حق (تضامن) وضع نشده است، بلکه به موجب آن محلی برای صاحب حق پدید می‌آید تا هنگام تعذر استیفاء حق خود از محل اصلی بدهی، بدان محل وثیقه‌ای مراجعه کند و حق خود را از آن مطالبه و وصول کند.

به علاوه ضامن درصدد این نیست که به موجب ضمان با وجود و حضور بدهکار اصلی، و همراه با یسر و تمکن بستانکار در مطالبه و وصول طلب خود از بدهکار اصلی، خود را در معرض مطالبه بستانکار قرار دهد. و مردم چنین طلبکاری را با موقعیت یادشده نه تنها معذور در مطالبه و وصول طلب از ضامن نمی‌شمارند،

ضمان به ذکر این اثر انحصاری می‌پردازند و می‌گویند: ضمان عبارت است از ضم ذمه به ذمه در اصل دین یا در مطالبه. و در صورت عدم ترتب این اثر به دلایلی، قرارداد ضمان را منتفی دانسته‌اند و آن را به عنوان یک قرارداد بی‌نام تلقی می‌کنند.

پیروان نظریه تضامن، علاوه بر پاسخ‌گویی به اشکالات مخالفین ایجاد تضامن به موجب ضمان قراردادی، به اقامه و ارائه دلیل‌هایی به منظور اثبات نظریه خود، مبنی بر حصول تضامن به عنوان مقتضای ذات ضمان، یا به عنوان اثر انحصاری مترتب بر ضمان قراردادی پرداخته‌اند.

از جمله به اشتقاق واژه ضمان توجه داشته‌اند که به بیان آنها از ریشه لغوی ضم به معنی ضمیمه کردن و به هم پیوستن است، و این مستلزم ایجاد تضامن و ضم ذمه به ذمه در عرض یکدیگر به موجب ضمان قراردادی است و نتیجه آنکه «ن» در ضمان، نون زاید خواهد بود.

۳. نظریه وثیقه

ضمان قراردادی که موجب پیدایش تعهد ضامن به پرداخت بدهی بدهکار در طول شخص اخیر و یا موجب مدیونیت ضامن به بستانکار (مضمون‌له) در طول مدیونیت بدهکار اصلی شود، در اصطلاح به ضمان وثیقه‌ای معروف است. طبق این نظریه در صورتی که بستانکار به دلایلی 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 فقط تعهد به پرداخت بدهی را برعهده گرفته باشد.

پیروان این نظریه قرارداد ضمان را به مقتضای وثیقه بودن آن نزد عرف و عادت به طور ذاتی موجب پیدایش چنین اثری، بدون زوال رابطه حقوقی بستانکار (مضمون‌له) با بدهکار اصلی (مضمون‌عنه) می‌دانند^{۵۷}.

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 که حق مراجعه بستانکار به ضامن و مطالبه و وصول طلبش از شخص اخیر به موجب ضمان مشروط است نه 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، ماطله و یا غیبت و امتناع شخص اخیر، حق مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب خود را از او خواهد داشت نه به صورت مطلق^{۵۸}.

عده‌ای از فقهای پیرو نظریه نقل ذمه^{۵۹} به عنوان اثر



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، پیدایش این اثر و طولیت تعهد بدهکار اصلی و ضامن را متأثر از عرف عقلا می‌دانند و با نفی عمومیت از روایت «الزَّعِيم غارم»^{۵۷} در صورت تمکن مطالبه و دسترسی طلبکار به بدهکار حاضر مؤسر، و ظهور روایات ضمانت از میت^{۵۸} در تعذر استیفای طلب طلبکار از بدهکار اصلی، به تقویت نظریه ابرازی خود پرداخته‌اند و اشکالات وارد بر آن را نیز پاسخ داده‌اند و استلزام تضامن و نفی طولیت تعهد مضمون‌عنه و ضامن به موجب اشتقاق واژه ضمان از لفظ ضم، بر فرض پذیرش چنین امری به عنوان دلیل به رغم 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.

پی‌نوشت‌ها

۱. لسان العرب، ابن منظور، ج ۱۳، ص ۲۵۷؛ تاج العروس، زبیدی، ج ۹، ص ۲۶۵؛ اقرب الموارد، شرتونی، ج ۱، ص ۶۹۰؛ صحاح اللغة، جوهری، چاپ سنگی؛ صراح اللغة، جمال قرشی، چاپ سنگی، ص ۳۲۴؛ قاموس اللغة، فیروزآبادی، چاپ سنگی؛ نهایی، ابن اثیر، ج ۳، ص ۱۰۲؛ مجمع البحرین، طبریزی، ج ۶، ص ۲۷۵؛ کشف اصطلاحات الفنون، تهبانوی، ج ۱، ص ۸۹۵؛ معجم مقاییس اللغة، ابی‌الحسن احمد بن فارس بن زکریا، ج ۳، ص ۳۷۲؛ منتهی الارب، صفی‌پور، ج ۲، ص ۷۳۹؛ فرهنگ لاروس، خلیل جر، ج ۲، ص ۱۳۶۲.
۲. فرهنگ فارسی، محمد معین، ج ۲، ص ۲۱۹۱؛ لغت‌نامه دهخدا، ج ۴۳، ص ۶۶.
۳. فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی، لاهه، صص ۳۳، ۶۹ و ۷۵؛ فرهنگ حقوقی انگلیسی به فارسی، بهمن کشاورز، صص ۳۹، ۱۰۶، ۲۱۵ و ۲۳۱؛ فرهنگ لغت حییم، صص ۷۲، ۵۸۲، ۲۲۰ و ۶۵۵؛ فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، حسینقلی کاتبی، صص ۶۱، ۹۳ و ۱۷۷؛ فرهنگ فرانسه - فارسی، سعید نفیسی، ج ۱، صص ۲۷۴، ۲۷۵ و ۸۵۲.
۴. مبسوط، سرخسی، ج ۱۰، ص ۱۶۰؛ هامش فتاوی الهندی، ج ۲، ص ۲؛ تحریرالمجله، محمدحسین کاشف‌الغطاء، ج ۲، ص ۲۳۳؛ ردالمحتار، محمدبن عابدین، ج ۴، ص ۲۴۹؛ شرح فتح‌القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۳۸۹؛ هدایه، مرغینانی، هامش شرح فتح‌القدير، ج ۵، ص ۳۸۹؛ شرح عنایه، محمدبن محمود بابرتی، هامش شرح القدير، ج ۵، ص ۳۸۹.
۵. جواهرالکلام، محمدحسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ عروة الوثقی، سیدمحمدکاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۷۵۹؛ القواعد الفقهیه، سیدمیرزا حسن بجنوردی، ج ۶، ص ۸۴.
۶. فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی، لاهه، صص ۳۳، ۶۹ و ۷۵؛ فرهنگ حقوقی انگلیسی به فارسی، بهمن کشاورز، صص ۳۹، ۱۰۶، ۲۱۵ و ۲۳۱؛ فرهنگ لغت حییم، صص ۷۲، ۵۸۲ و ۶۵۵.
۷. فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، حسینقلی کاتبی، صص ۶۱، ۹۳ و ۱۷۷؛ فرهنگ فرانسه - فارسی، سعید نفیسی، ج ۱، صص ۲۷۴، ۲۷۵ و ۸۵۲.

۸. جامع‌الشتاة، میرزای قمی، ج ۱، ص ۲۰۸؛ مناهل، سیدمحمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ مختصرالنافع، علامه حلی، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۳۲؛ مجمع‌الفاواید و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۸؛ سطر ۲۱؛ ایضاح‌الفاواید، فخرالمحققین، ج ۲، ص ۸۰؛ تذکره، علامه حلی، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۸۴؛ سطر ۱۱۴؛ ریاض، سیدعلی طباطبائی، ج ۱، ص ۴۸۲؛ مجامع‌المقاصد، محقق کرکی، چاپ سنگی، ص ۳۱۵؛ س ۲۱؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، چاپ سنگی، ص ۳۳۰؛ الحدائق الناضرة، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲۱، صص ۲ و ۴؛ جامع‌المدارک، سیداحمد خوانساری، ج ۳، ص ۳۷۹؛ مفتاح‌الکرامه، محمدجواد عاملی، ج ۵، ص ۳۵۰؛ مسالک، شهید ثانی، چاپ سنگی، ج ۱؛ روضة‌البهیة، شهید ثانی، ج ۴، ص ۱۱۳؛ العروة الوثقی، سیدمحمدکاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۷۵۹؛ اللعة الدمشقیة، شهید اول، ص ۱۱۴؛ جواهرالکلام، محمدحسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۱۴؛ القواعد الفقهیه، سیدمیرزا حسن بجنوردی، ج ۶، ص ۸۴؛ شرایع‌الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۳۵۵؛ ربانک، بیمه، مرتضی مطهری، ص ۲۸۲؛ عقد ضمان، محمدجعفر جعفری لنگرودی، ص ۷۵؛ به بعد؛ عقد معین، ناصرکاتوزیان، ج ۳، ص ۲۲۱؛ کتاب البیعه، امام خمینی، ج ۴، ص ۱۴.

۹. جامع‌الشتاة، میرزای قمی، ج ۱، ص ۲۰۸؛ مناهل، سیدمحمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ مختصرالنافع، علامه حلی، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۳۲؛ مجمع‌الفاواید و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۸؛ سطر ۲۱؛ ایضاح‌الفاواید، فخرالمحققین، ج ۲، ص ۸۰؛ تذکره، علامه حلی، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۸۴؛ سطر ۱۱۴؛ ریاض، سیدعلی طباطبائی، ج ۱، ص ۴۸۲؛ مجامع‌المقاصد، محقق کرکی، چاپ سنگی، ص ۳۱۵؛ سطر ۲۱؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، چاپ سنگی، ص ۳۳۰؛ الحدائق الناضرة، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲۱، صص ۲ و ۴؛ جامع‌المدارک، سیداحمد خوانساری، ج ۳، ص ۳۷۹؛ مفتاح‌الکرامه، محمدجواد عاملی، ج ۵، ص ۳۵۰؛ مسالک، شهید ثانی، چاپ سنگی، ج ۱؛ الروضة البهیة، شهید ثانی، ج ۴، ص ۱۱۳؛ العروة الوثقی، سیدمحمدکاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۷۵۹؛ اللعة الدمشقیة، شهید اول، ص ۱۱۴؛ جواهرالکلام، محمدحسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۱۴؛ القواعد الفقهیه، سیدمیرزا حسن بجنوردی، ج ۶، ص ۸۴؛ شرایع‌الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۳۵۵.

۱۰. همان منابع.

۱۱. همان منابع.

۱۲. العروة الوثقی، سیدمحمدکاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۲۵۸.

۱۳. الفتاوی الهندی، شیخ نظام، ج ۳، ص ۲۵۲؛ هدایه، مرغینانی، هامش شرح فتح‌القدير، ج ۵، ص ۳۸۹؛ شرح فتح‌القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۳۸۹؛ مبسوط، سرخسی، ج ۱۰، ص ۱۶۰؛ تحریرالمجله، محمدحسین کاشف‌الغطاء، ج ۲، ص ۲۳۳؛ شرح عنایه، محمدبن محمود بابرتی، هامش شرح فتح‌القدير، ج ۵، ص ۳۸۹؛ حاشیه بر شرح عنایه، سعدی، جلی، هامش شرح فتح‌القدير، ج ۵، ص ۳۸۹؛ ردالمحتار، محمدبن عابدین، ج ۴، ص ۲۴۹؛ فتاوی البرازیه، هامش فتاوی الهندی، ج ۶، ص ۳؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، صص ۲۲۱ و ۲۲۳.

۱۴. اصباح‌الشیعه، کیدری، (از ینابیع الفقهیه)، ج ۱۵، ص ۲۴۴؛ غنیة النزوع، ابن‌زهره، (از جوامع‌الفقهیه)، چاپ سنگی، ص ۵۹۰؛ سرائر، ابن‌ادریس، ج ۲، ص ۷۰.

۱۵. نهایی، شیخ طوسی، از جوامع‌الفقهیه، چاپ سنگی، ص ۲۸۶؛ مقنعه، شیخ صدوق، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۳۱؛ جواهرالفقه، ابن‌براج، از جوامع‌الفقهیه، چاپ سنگی، ص ۴۸۶.

۱۶. مناهل، سیدمحمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ مختصرالنافع، محقق حلی، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۵۷؛ تذکره، علامه حلی، چاپ سنگی، ص ۳۱۵؛ س ۱۲؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، چاپ سنگی، ص ۳۳۰؛ الحدائق الناضرة، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲۱، صص ۲ و ۴؛ جامع‌المدارک، سیداحمد خوانساری، ج ۳، ص ۳۷۹؛ مفتاح‌الکرامه، محمدجواد عاملی، ج ۵، ص ۳۵۰؛ مسالک، شهید ثانی، چاپ سنگی، ج ۱؛ العروة الوثقی، سیدمحمدکاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۷۵۹؛ الروضة البهیة، شهید ثانی، ج ۴، ص ۱۱۳؛ جواهرالکلام، محمدحسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۱۴؛ القواعد الفقهیه، سیدمیرزا حسین بجنوردی، ج ۶، ص ۸۴؛ شرایع‌الاسلام، محقق



کرکی، چاپ سنگی، ص ۳۱۶؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲.

۲۹. عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، چاپ سنگی، ص ۳۳۰؛ مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۹؛ سطر ۱۷ الحدائق الناصره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، ص ۱۱۵؛ مبسوط، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۳۳۱؛ تحریر المجله، محمد حسن کاشف الغطاء، ج ۲، ص ۲۶۰؛ جامع المدارک، سید احمد خوانساری، ج ۳، صص ۳۸۰ و ۳۸۱؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ جامع الشتات، میرزای قمی، چاپ سنگی، ج ۱، ص ۲۱۶؛ مفتاح الکرامه، محمد جواد عاملی، ج ۵، ص ۳۸۲؛ القواعد الفقهیه، سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، ج ۶، ص ۸۴؛ الروضة البهیة، شهید ثانی، ج ۴، ص ۱۲۱؛ شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۳۵۶؛ جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۲۷؛ العروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۱۷۶۴؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۹۲؛ سطر ۱۳، ریاض، سید علی طباطبائی، ج ۱، ص ۲۸۳؛ خلاف، شیخ طوسی، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۷۹؛ جواهر الفقه، ابن براج، از جوامع الفقهیه، چاپ سنگی، ص ۵۹۵؛ مختصر النافع، محقق حلی، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۵۷؛ اصباح الشیعه، کبذری، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۴۴؛ الوسيله، ابن حمزه، از جوامع الفقهیه، چاپ سنگی، ص ۷۱۴؛ مراسم، سلاز، از جوامع الفقهیه، چاپ سنگی، ص ۶۵۱؛ مقفنه، شیخ مفید، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۳۱؛ سرایر، ابن ادریس، ج ۳، ص ۷۰؛ نکتة النهایه، جعفر بن سعید حلی، از جوامع الفقهیه، چاپ سنگی، ص ۳۸۵؛ قواعد، علامه حلی، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۶۰.

۳۰. مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۹؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ الحدائق الناصره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، ص ۱۱۵؛ جامع المدارک، سید احمد خوانساری، ج ۳، ص ۳۸۱؛ تذکره، علامه حلی، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۹۲؛ ریاض، سید علی طباطبائی، چاپ سنگی، ج ۱، ص ۲۸۳؛ جوامع الشتات، میرزا قمی، ج ۱، ص ۲۱۶؛ سرایر، ابن ادریس، ج ۳، ص ۷۰؛ غنیة النزوع، ابن زهره، از جوامع الفقهیه، ص ۵۹۵؛ جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۲۷؛ شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۳۵۶؛ القواعد الفقهیه، سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، ج ۶، ص ۸۴؛ العروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۱۷۶۴.

۳۱. تهذیب، شیخ طوسی، ج ۲، صص ۶۰، ۶۶ و ۱۸۸.

۳۲. تهذیب، شیخ طوسی، ج ۹، ص ۱۱۶۷؛ وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج ۱۳، ص ۱۵۲؛ فروع کافی، شیخ کلینی، ج ۷، ص ۲۵.

۳۳. مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲.

۳۴. ایضاح القوائد، فخرالمحققین، ج ۲، ص ۸۰؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، چاپ سنگی، صص ۳۱۷ و ۳۱۸؛ مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۹؛ خلاف، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۷۹؛ الحدائق الناصره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، ص ۱۱۵؛ جامع المدارک، سید احمد خوانساری، ج ۳، ص ۳۸۱؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۹۲؛ ریاض، سید علی طباطبائی، ج ۱، ص ۲۳۸؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۱، ص ۲۱۶؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ سرایر، ابن ادریس، ج ۳، ص ۷۰؛ غنیة النزوع، ابن زهره، از جوامع الفقهیه، ص ۵۹۵؛ العروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۱۷۶۴؛ جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۲۷؛ شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۳۵۷؛ القواعد الفقهیه، سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، ج ۶، ص ۸۴.

۳۵. مبسوط، سرخسی، ج ۱۰، ص ۱۱۶۱؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، صص ۳۱۷ و ۳۱۸؛ حاشیه بر مکاسب، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۱۸۴؛ جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ منیه الطالب، میرزای نائینی، صص ۲۹۹ و ۳۰۴؛ شرح فتح القدر، سیواسی، ج ۵، ص ۳۸۹؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۹۵.

۳۶. رد المحتار، محمد بن عابدین، ج ۴، ص ۲۵۰؛ شرح فتح القدر، سیواسی، ج ۵، ص ۳۹۸؛ منیه الطالب، میرزای نائینی، ص ۲۹۹؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، صص ۳۱۷ و ۳۱۸؛ جامع المقاصد، محقق کرکی، چاپ سنگی، ص ۳۶۶؛ قواعد، علامه حلی، چاپ

حلی، ج ۲، ص ۳۵۵؛ اللعنة الدمشقیه، شهید اول، ص ۱۴۴.

۱۷. مسالك، شهید ثانی، چاپ سنگی، ج ۱؛ مفتاح الکرامه، محمد جواد عاملی، ج ۵، ص ۳۶۶؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۱، ص ۲۸۱؛ تحریر المجله، محمد حسن کاشف الغطاء، ج ۱، ص ۲۳۹ و ج ۲، ص ۲۳۴؛ جامع المقاصد، محقق کرکی، چاپ سنگی، ص ۳۱۶؛ قواعد، علامه حلی، چاپ سنگی، ص ۱۷۷؛ نکتة النهایه، جعفر بن سعید حلی، از جوامع الفقهیه، ص ۳۸۹؛ ریاض، سید علی طباطبائی، ج ۱، ص ۲۸۳؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ سرایر، ابن ادریس، ج ۳، ص ۷۰؛ جامع المدارک، سید احمد خوانساری، ج ۳، ص ۳۸۰؛ رد المحتار، محمد بن عابدین، ج ۴، صص ۲۵۱ و ۲۶۹؛ ایضاح القوائد، فخرالمحققین، ج ۲، ص ۸۲؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۸۸؛ جامع للشرایع، یحیی بن سعید، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۵۸؛ الوسيله، ابن حمزه، از جوامع الفقهیه، چاپ سنگی، ص ۷۱۴؛ اصباح الشیعه، کبذری، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۴۴؛ مختصر النافع، محقق حلی، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۵۷؛ غنیة النزوع، ابن زهره، از جوامع الفقهیه، ص ۵۹۵؛ مقفنه، شیخ مفید، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۳۱؛ مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۹.

۱۸. مفتاح الکرامه، محمد جواد عاملی، ج ۵، ص ۳۶۵؛ الوسيله، ابن حمزه، از جوامع الفقهیه، ص ۷۱۴؛ العروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۱۷۶۴؛ شرح فتح القدر، سیواسی، ج ۵، ص ۳۹۰؛ الروضة البهیة، شهید ثانی، ج ۴، ص ۱۱۹؛ جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج ۲۶، صص ۱۲۴ و ۱۲۵؛ مسالك، شهید ثانی، چاپ سنگی، ج ۱؛ ریاض، سید علی طباطبائی، چاپ سنگی، ج ۱، ص ۲۸۳؛ ایضاح القوائد، فخرالمحققین، ج ۲، ص ۸۳؛ مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۹؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۱، صص ۲۱۱ و ۲۱۷؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۸۸؛ مبسوط، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۳۳۲؛ الحدائق الناصره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، ص ۱۱۰؛ سرایر، ابن ادریس، ج ۳، ص ۷۰؛ مختلف، علامه حلی، چاپ سنگی، ص ۱۵۱؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۸۷ (نقل قول شافعی)؛ خلاف، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۷۹؛ تحریر المجله، محمد حسن کاشف الغطاء، ج ۲، ص ۲۳۴؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۳۶ (مذهب شافعی).

۱۹. مسالك، شهید ثانی، چاپ سنگی، ج ۱؛ تذکره الفقه، علامه حلی، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۸۸ (به اکثر و ابوحنیفه و محمد و شافعی نسبت داده است).

۲۰. مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ الحدائق الناصره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، ص ۱۱۰؛ مختلف، علامه حلی، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۱۵۱؛ سطر ۱۳؛ سرایر، ابن ادریس، ج ۳، ص ۷۰؛ العروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۱۷۶۴.

۲۱. شرح فتح القدر، سیواسی، ج ۵، ص ۳۹۰ (از قول ابو یوسف).

۲۲. الحدائق الناصره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، ص ۱۱۰؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنگی، ج ۲؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۸۷ (نقل قول شافعی)؛ خلاف، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۷۹؛ تحریر المجله، محمد حسن کاشف الغطاء، ج ۲، ص ۲۳۴؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۳۶ (مذهب شافعی).

۲۳. مانند: ۱.

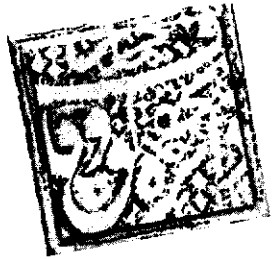
۲۴. تهذیب، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۳۶۷؛ فروع کافی، شیخ کلینی، ج ۵، ص ۱۶۹؛ وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج ۱۵، ص ۳۰؛ مستدرک الوسائل، طبرسی، ج ۲، ص ۴۷۲.

۲۵. وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج ۱۳، ص ۱۵۱؛ مستدرک الوسائل، طبرسی، ج ۲، ص ۴۹۷.

۲۶. همان.

۲۷. وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج ۱۳، ص ۲۳۲؛ من لایحضره الفقیه، صدوق، ج ۳، ص ۱۱۹۴؛ تهذیب، شیخ طوسی، ج ۷، ص ۸۰.

۲۸. مختلف، علامه حلی، چاپ سنگی، جامع الشتات، میرزای قمی، چاپ سنگی، ج ۱، ص ۲۱۱؛ الحدائق الناصره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲، ص ۱۱۱؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۸۸؛ مفتاح الکرامه، محمد جواد عاملی، ج ۵، صص ۳۶۵ و ۳۸۶؛ ریاض، سید علی طباطبائی، چاپ سنگی، ج ۱، ص ۲۸۳؛ مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، چاپ سنگی، ص ۷۸۹؛ سطر ۱۲؛ فواید الايضاح، فخرالمحققین، ج ۲، ص ۸۳؛ جامع المقاصد، محقق



سنکی، ص ۲۰۲؛ حاشیه بر مکاسب، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ص ۱۸۴؛ فرایده الايضاح، فخرالمحققین، ج ۲، ص ۹۲؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۲۱ و ۲۳۲؛ فتاوی البرزایه، هامش فتاوی الهندیه، ج ۶، ص ۲۵۳. ۳۷. دوره حقوق مدنی، عقد ضمان، محمدجعفر جعفری لنگرودی، ص ۱۱۰؛ غصب، میرزا حبیب الله رشتی، ص ۱۱. ۳۸. لسان العرب، ابن منظور، ج ۱۲، ص ۲۲۰؛ مجمع البحرین، طریحی، ج ۶، ص ۶۶؛ نهاییه، ابن اثیر، ج ۲، ص ۱۶۸؛ صراح اللغه، جمال قرشی، چاپ سنکی، ص ۲۹۱؛ صحاح اللغه، جوهری، چاپ سنکی، قاموس اللغه، فیروزآبادی، چاپ سنکی؛ منتهی الارب، صفی پور، ج ۱، ص ۴۱۳؛ اقرب الموارد، شرتونی، ج ۱، ص ۳۷۳؛ فرهنگ لاروس، خلیل جبر، ص ۱۰۱۹؛ فرهنگ فارسی، محمد معین، ج ۲، ص ۱۶۱۱؛ تاج العروس، زبیدی، ج ۹، ص ۳۸۷؛ کشاف الاصطلاحات الفنون، تهانوی، ج ۱، ص ۵۱۶. ۳۹. تاج العروس، زبیدی، ج ۹، ص ۳۸۷؛ نهاییه، ابن اثیر، ج ۲، ص ۱۶۸؛ مجمع البحرین، طریحی، ج ۶، ص ۶۶؛ قاموس اللغه، فیروزآبادی، چاپ سنکی؛ صحاح اللغه، جوهری، چاپ سنکی. ۴۰. مجمع البحرین، طریحی، ج ۶، ص ۶۶؛ نهاییه، ابن اثیر، ج ۲، ص ۱۶۸؛ اقرب الموارد، شرتونی، ج ۱، ص ۳۷۳؛ فرهنگ فارسی، محمد معین، ج ۲، ص ۱۶۱۱؛ صراح اللغه، جمال قرشی، چاپ سنکی، ص ۲۹۱؛ صحاح اللغه، جوهری، چاپ سنکی؛ فرهنگ لاروس، خلیل جبر، ج ۱، ص ۱۰۱۹؛ تاج العروس، زبیدی، ج ۹، ص ۳۸۷. ۴۱. کشاف الاصطلاحات الفنون، تهانوی، ج ۱، ص ۵۱۶ (نقل آرای فقها). ۴۲. همان. ۴۳. شرح فتح القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۳۸۹؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۲۲؛ رد المحتار، محمدبن عابدین، ج ۴، ص ۲۴۹؛ مبسوط، سرخسی، ج ۱۰، ص ۱۶۱. ۴۴. مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، ص ۱۷۰، ص ۳۰؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنکی، ج ۲؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۱، ص ۲۱۲؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۹۰، ص ۳۰؛ جامع المقاصد، محقق کرکی، ص ۳۱۷، ص ۲۳؛ قواعد، علامه حلی، ص ۱۷۸؛ جامع الشرائع، یحیی بن سعید، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۲۵۸؛ مسالک، شهید ثانی، چاپ سنکی، ج ۱؛ مفتاح الکرامه، محمدجواد عاملی، ج ۵، ص ۳۷۱؛ شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۱، ص ۳۵۸؛ الروضة البهیة، شهید ثانی، ج ۴، ص ۱۲۳؛ العروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۱۷۷؛ شرح فتح القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۴۰۳. ۴۵. اعلام الموقعین، ابن قیم جوزیه، ج ۲، ص ۳۲؛ سرائیر، ابن ادریس، ج ۲، ص ۷۴؛ مجمع الفایده و البرهان، احمد محقق اردبیلی، ص ۷۹۰، ص ۹؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۱، ص ۲۱۶؛ تذکره، علامه حلی، ج ۲، ص ۹۱، ص ۲۳؛ مناهل، سید محمد مجاهد، چاپ سنکی، ج ۲؛ جامع المقاصد، محقق کرکی، ص ۳۱۷، ص ۱۸؛ مبسوط، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۳۲۶؛ الحقائق الناضره، شیخ یوسف بحرانی، ج ۲۱، ص ۳۳-۳۵؛ حاشیه بر مکاسب، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ص ۱۸۴؛ مسالک، شهید ثانی، چاپ سنکی، ج ۱؛ مفتاح الکرامه، محمدجواد عاملی، ج ۵، ص ۳۷۲؛ شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۱، ص ۳۵۷؛ العروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ج ۲، ص ۱۷۶؛ شرح فتح القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۳۹۰. ۴۶. غصب، میرزا حبیب الله رشتی، ص ۱۱؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، چاپ سنکی، ص ۳۱۸؛ جواهر الفقه، ابن براج، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵، ص ۱۸۶؛ شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۷۷۱ (جز ۴)؛ مختصر الساناع، محقق حلی، از ینابیع الفقهیه، ج ۱۵،

ص ۱۲۳؛ شعائر الاسلام، محمدباقر اشرفی، چاپ سنکی، ص ۳۸۷، ص ۴۱؛ مکاسب، شیخ انصاری، چاپ سنکی، ص ۱۴۸؛ حاشیه بر مکاسب، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، ص ۱۸۶؛ منتهی الطالب، میرزای نائینی، ص ۲۹۹؛ حاشیه بر مکاسب، اخوند خراسانی، ص ۸۳؛ مسالک، شهید ثانی، چاپ سنکی، ج ۲؛ مشارق الاحکام، محمد نراقی، ص ۳۰۳. ۴۷. شرح فتح القدير، ج ۵، ص ۳۹۶؛ عناوین، میرفتاح مراغه‌ای، چاپ سنکی، ص ۳۱۷ و ۳۱۸؛ غصب، میرزا حبیب الله رشتی، چاپ سنکی، ص ۱۱؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۲۱ و ج ۴، ص ۳۷۳؛ شرح غنایه، محمدبن محمود بابرتی، هامش شرح فتح القدير، ج ۵، ص ۳۹۰ و ۴۰۳؛ الوسیله، ابن حمزه، از جوامع الفقهیه، ص ۱۷۱۴؛ اعلام الموقعین، ابن قیم جوزیه، ج ۳، ص ۳۹۸. ۴۸. شرح فتح القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۴۰۳؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۴۶ و ۳۳۹؛ رد المحتار، محمدبن عابدین، ج ۴، ص ۲۵۰؛ مبسوط، سرخسی، ج ۱۰، ص ۱۶۰. ۴۹. الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۴۹، ۲۴۵ و ۲۴۶؛ رد المحتار، محمدبن عابدین، ج ۴، ص ۲۴۹؛ شرح فتح القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۴۰۳؛ مبسوط، سرخسی، ج ۱۰، ص ۱۶۰؛ هدایه، مرغینانی، هامش شرح فتح القدير، ج ۵، ص ۴۰۳؛ شرح غنایه، محمدبن محمود بابرتی، هامش شرح فتح القدير، ج ۵، ص ۴۰۳؛ آلام، محمدبن شافعی، ص ۱۰۸؛ نیل الاوطار، محمد شوکانی، ج ۵، ص ۲۶۹؛ فتاوی الهندیه، شیخ نظام، ج ۳، ص ۲۵۲؛ فتاوی البرزایه، هامش فتاوی الهندیه، ج ۶، ص ۳. ۵۰. رد المحتار، محمدبن عابدین، ج ۴، ص ۲۴۹؛ شرح فتح القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۳۸۹؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۲۰. ۵۱. الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، ج ۳، ص ۲۲۵ (مذهب حنفیه)؛ فتاوی الهندیه، شیخ نظام، ج ۳، ص ۲۵۳. ۵۲. حقوق مدنی، عقود معین، ناصر کاتوزیان، ج ۳، ص ۲۲۸؛ عقد ضمان، محمدجعفر جعفری لنگرودی، ص ۱۹۳؛ حقوق مدنی، مصطفی عدل، ص ۴۳۳؛ حقوق مدنی، محمد بروجردي عبده، ص ۳۸۴؛ حقوق مدنی، حسن امامی، ج ۲، ص ۲۷۱؛ حقوق مدنی، عقود معین، ناصر کاتوزیان، ج ۲، ص ۲۵۴؛ اعلام الموقعین، ابن قیم جوزیه، ج ۳، ص ۳۹۸؛ تقریرات درس قواعد فقهیه نگارنده، دانشکده علوم انسانی تربیت مدرس، ص ۲۶. ۵۳. شرح فتح القدير، سیواسی، ج ۵، ص ۴۰۳؛ هدایه، مرغینانی، هامش شرح فتح القدير، ج ۵، ص ۴۰۳. ۵۴. سؤال و جواب، سید محمد کاظم یزدی طباطبائی، چاپ سنکی، ص ۲۱۷؛ جامع الشتات، میرزای قمی، چاپ سنکی، ج ۱، ص ۲۱۶. ۵۵. فتاوی الهندیه، شیخ نظام، ج ۶، ص ۱۸؛ فتاوی البرزایه، حاشیه فتاوی الهندیه، ج ۶، ص ۳۱؛ مبسوط، سرخسی، ج ۱۰، ص ۲۸؛ فتاوی الخانیه هامش فتاوی الهندیه، ج ۳، ص ۵۳؛ تحریر المجله، محمدحسین کاشف الغطاء، ج ۲، ص ۲۵۵؛ فتاوی الهندیه، شیخ نظام، ج ۳، ص ۲۷۱؛ اعلام الموقعین، ابن قیم جوزیه، ج ۴، ص ۲۷. ۵۶. اعلام الموقعین، ابن قیم جوزیه، ج ۳، ص ۳۹۸. ۵۷. مستدرک الوسائل، طبرسی، ج ۱، ص ۴۹۷؛ وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج ۱۳، ص ۱۴۹؛ من لایحضره الفقیه، صدوق، ج ۳، ص ۱۹۶؛ فروع کافی، شیخ کلینی، ج ۵، ص ۱۰۴؛ فقه الرضا. ۵۸. مستدرک الوسائل، طبرسی، ج ۲، ص ۴۹۷؛ وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، ج ۱۳، ص ۱۵۱.

