



به فقیر، آیت‌الله محمدحسین معرفت

# ضمانت، گسترش یا انتقال محل پرداخت؟

«ضم ذمّة الی ذمّة ام نقل ذمّة الی آخری»

است که عهده ضامن را در راستای عهده مدیون می‌دانند و یک گونه گسترش در محل تأدیه (پرداخت) به شمار می‌آید.

بدین سان در شناخت حقیقت «ضمان» دو جناح متضاد، در مقابل یکدیگر قرار گرفته تا آنجا که مسأله را رنگ مذهبی داده، برخی را گمان بر آن شده، که شیوه فقهاء (امامیه) در تفسیر و تبیین حقیقت «ضمان» با شیوه فقهاء جمهور اختلاف بنیادی دارد.

در صورتی که چنین نیست، گر چه نظراً در تفسیر و تبیین آن اختلاف داشته ولی عملاً و در مقام تطبیق هر دو یکسان بوده، اختلافی ندارند.

اینک نظری به دلائل قائل به اختلاف:

سید محمد جواد عاملی چنین گوید: ضمانت، نزد ما (امامیه) همان گونه که علامه در تذکره و شهیدین و غیره گفته‌اند - از ریشه «ضَمَنَ» گرفته شده و نون آن اصلی است، زیرا ضامن آنچه را که در ذمه مضمون عنه بوده، در ضمن ذمه خویش در می‌آورد. مال مورد خواهان از ذمه‌ای به ذمه دیگر منتقل می‌گردد. ولی نزد بیشتر فقهاء (جمهور) ضمانت موجب انتقال نمی‌شود، و صرفاً اشتراک در عهده را می‌رساند و اشتقاق آن از «ضَم» می‌باشد و نون آن زائد است. ضمانت به معنای انضمام ذمه به ذمه دیگر خواهد بود. در نتیجه خواهان می‌تواند از هر کجا (مدیون یا ضامن) بخواهد مطالبه کند، بدان گونه که شرحش رفت.

آیا ضمانت، پیوند دو عهده ضامن و مضمون عنه است، بنا آن‌که عهده مضمون عنه (مدیون) آزاد و برعهده ضامن تعلق می‌گیرد، و ذمه دین انتقال یافته است؟

در صورت اول، دست خواهان باز بوده، می‌تواند از مدیون مطالبه کند، و اگر امتناع ورزد، یا امکان دسترسی به وی نباشد، طبق تعهد ضامن از او مطالبه می‌کند.

در صورت دوم، ذمه مضمون عنه (مدیون اصلی) بری گشته و طرف تعهد صرفاً ضامن خواهد بود که براین تقدیر، محل پرداخت از جایی به جای دیگر انتقال یافته.

می‌شود) عهده مدیون (مضمون عنه) آزاد گشته و در مقابل، بر عهده ضامن قرار می‌گیرد، و پس از آن خواهان را حق مراجعه به مضمون عنه (مدیون) نیست، زیرا با قبول ضمانت حقی بر عهده وی نخواهد داشت... این، درست برخلاف رأی دیگر فقهاء

از دیرباز، این مسأله در میان فقهاء مطرح بوده: آیا ضمانت به معنای گسترش محل پرداخت است، یا آن که عهده مدیون به ضامن منتقل می‌گردد؟

اصطلاحاً، مسأله بدین گونه طرح می‌شود: «هل الضمان ضَمٌّ ذِمَّةٍ الی ذِمَّةٍ ام هُوَ نَقْلٌ ذِمَّةٍ الی آخری» آیا ضمانت، پیوند دو عهده ضامن و مضمون عنه است، یا آن که عهده مضمون عنه (مدیون) آزاد و برعهده ضامن تعلق می‌گیرد، و ذمه دین انتقال یافته است؟

در صورت اول، دست خواهان باز بوده، می‌تواند از مدیون مطالبه کند، و اگر امتناع ورزد، یا امکان دسترسی به وی نباشد، طبق تعهد ضامن از او مطالبه می‌کند.

در صورت دوم، ذمه مضمون عنه (مدیون اصلی) بری گشته و طرف تعهد صرفاً شخص ضامن خواهد بود که براین تقدیر، محل پرداخت از جایی به جای دیگر انتقال یافته.

محقق - در شرایع - گوید: «ومع تحقق الضمان یتنقل المال الی ذمّة الضامن ویبرأ المضمون عنه وتسقط المطالبة منه»

صاحب جواهر - در شرح عبارت فوق - گوید: «لعدم الحق له فی ذمّة ... بلاخلاف فی شیء من ذلک عندنا ولا اشکال. نعم قد عرفت مخالفة الجمهور فی ذلک باعتبار أن الضمان عندهم. ضم ذمّة الی ذمّة ...»<sup>(۱)</sup>

خلاصه: با انجام گرفتن عقد ضمانت (که میان ضامن و مضمون له - خواهان - بسته



ان شاء طالب الضامن). (۵)

خریدار، در موقع مقرر، می تواند به فروشنده مراجعه کند، و از وی مطالبه کند، زیرا او است که ذاتاً عهده دار است. و نیز می تواند در صورت عدم امکان دسترسی به وی - از ضامن مطالبه کند.

ملاحظه می فرمایید: که این عیناً همان

گسترش محل پرداخت را می رساند، و هرگز به «نقل ذمه» سازش ندارد.

فخرالمحققین گوید: ضمانت عهده - نزد اصحاب - صرفاً گسترش محل پرداخت است «ضمان العهده ضم عندهم ای عند اصحابنا ایضاً» (۶)

اصحاب، خواهی می فرمایید: ضمانت عهده - عیناً همان ضمانت عین یا ضمانت مال، در ذمه است و از آن جدا نیست. «ضمان العهده هو عینه ضمانت عین از ضمانت المال، هی الذمه و لیس هو شیئاً مستقلاً بالذات» (۷)

علامه ضمانت را به سه بخش تقسیم می کند: (۸)

الف - ضمانت عهده در موردی که «بیع کلی و سلفاً انجام گیرد.

ب - ضمانت عین در موردی که «عین مقصوبه» یا «مقبوض به عقد فاسد» بر عهده خاص یا قابض بوده باشد و عهده دار است که عین آن را یا بدل آن را در صورت تلف بازگرداند.

آنگاه شخص ضامن متعهد می شود، تا در صورت امتناع یا عدم امکان دسترسی وی آن را پرداخت کند.

ج - ضمانت مال، در موردی که شخص مسدود فعلی عاجز از پرداخت است، و شخص ضامن متعهد پرداخت می گردد.

علامه - آن گاه می فرماید: قسمت اول و دوم، جز گسترش محل پرداخت چیز دیگری نمی تواند باشد. زیرا غرض از ضمانت در این گونه موارد، صرفاً پشتوانه عهده مدیون است؛ و جنبه «وثیق» و کفالت را دارد. لذا خواهان ابتدا بایستی به شخص مدیون مراجعه کند، و در صورت تعذر به ضامن رجوع کند.

## ۲- ضمانت درک عین (ثمن یا مثن).

یکی از انواع ضمانت عرفی که مورد قبول شرع نیز می باشد، ضمان درک عوضین (ثمن یا مثن) است، به این معنی که اگر طرف معامله اطمینان ندارد، که طرف وی صادق باشد، و آن چه را که مورد معامله قرار داده سالم یا ملک وی بوده باشد، احتمال عیب و نقص یا سرقت و غصب می رود...

در این حالت شخص ثالث ضامن می گردد تا در صورت وجود عیب و بروز نقص یا غصبی بودن مورد معامله، او تدارک کند، و تمامی خسارت و زیانی را که طرف معامله در این باره متحمل گشته، پرداخت کند.

این گونه ضمانت، یک نوع ضمانت عرفی و مورد پذیرش شرع بوده و در فقه به عنوان یک اصل مسلم مطرح گردیده است.

در حالی که هیچگونه نقل ذمه ای در کار نیست و صرفاً گسترش محل پرداخت است، همان گونه که شرح آن رفت.

## ۳- ضمانت قرض (وام).

دیگر از انواع ضمانت متعارف، ضمانت کسی است که می خواهد وام بگیرد، که با ضمانت شخص ثالث، وام دهنده اطمینان می کند و وام را در اختیار وام گیرنده قرار می دهد و وام گیرنده شخصاً مدیون خواهد بود. البته در صورت تعذر به ضامن مراجعه می شود و هرگز با انعقاد عقد ضمانت، عهده مدیون منتقل نمی گردد...

این گونه ضمانت، صرفاً جنبه وثیقه را دارد، مانند رهن که وثیقه دین است. طبق همین برداشت، ضمانت های بانکی برای دریافت وام و نحوه جنبه شرعی دارد، و شخص ثالث که ضمانت می کند، ضمانت وی شرعی است و در صورت تعذر امکان وصول دین، از طرف بانک می تواند به شخص ضامن مراجعه کنند، البته در درجه اول، شخص مدیون (وام گیرنده) مورد مطالبه خواهد بود، و این نوع ضمانت، چون جنبه عقلانی دارد، و از نظر عرف و بازار امری معقول به شمار می رود، لذا تمامی جوانب عرفی آن کامل، و

مورد امضاء شرع قرار می گیرد. و مشمول «افو ابالعقود» می باشد... و بی جهت برخی گمان کرده اند، صحت شرعی ندارد... و از نظر تحقیق این گمان عجیب می نماید!

۴- ضمانت ید یا ضمانت عین مأخوذه دیگر از موارد ضمانت که صرفاً ضمانت عهده می آورد، و هرگز نقل و انتقالی در کار نیست، (ضمانت ید) در مسأله (تعاقب ایدی) است. بدین معنی که اگر کسی چیزی را از دیگری غصب نماید، سپس شیء مقصوب دست به دست بگردد، تمامی کسانی که عین مقصوبه در اختیارشان قرار گرفته، همگی ضامن می باشند. و هر یک بطور استقلال ضامن خواهد بود، و هرگاه مالک بخواهد به هر کدام می تواند رجوع کند. در نتیجه ضمانت هر یک در مقابل مالک، بدین معنی خواهد بود که دست او باز است از شخص اول تا آخرین فرد را می تواند مورد مطالبه قرار دهد، و همگی در مقابل او عهده دار هستند و این همان توسعه و گسترش محل پرداخت را می رساند.

شیخ انصاری - در توضیح این گونه تعهد گسترده - گوید:

«معنی کون العین الماخوذة علی الید، کون عهدها و درکها بعد التلف علیها فاذا فرضت ایدی متعددة تکون العین الواحدة فی عهده کل من الایدی و مبناه لزوم خروج کل منها عن العهده عند تلفها فالمالک یملک مافی ذمه کل منهم علی البدل..»

«... و نظیر ذلک ضمان المال علی طریقة الجمهور (ضم ذمه الی آخری) و ضمان عهده العوضین لکل من البایع و المشتري عندنا کما فی الايضاح و ضمان الاعیان المعصوبه کما استقر به العلامة التذکره و ضمان الاثنین لو احد کما اخبره ابن حمزة وعن العلامة نفی المنع من ضمان الاثنین علی وجه الاستقلال و نظیره فی العبادات - الواجب الکفائی و فی الاموال - الغاصب من الغاصب...» (۹)

۵- ضمانت دو نفر یا بیشتر

باز از موارد ضمانت که صرفاً گسترش محل پرداخت را می‌رساند، صورتی است که دونفر یا بیشتر ضامن کسی شوند که هرکدام بگونه استقلال و جدا از دیگری ضامن شوند. این گونه ضمانت بلامانع است چنانچه در کلام شیخ گذشت، و در عین حال گسترش محل پرداخت را می‌رساند... زیرا با ضمانت نفر دوم و سوم عهده ضامن اول فارغ نمی‌شود، و همچنان بر ضمانت خود باقی است علاوه بر دو ضامن عهده دار هستند و عهده ضامن اول به عهده ضامن دوم و سوم منتقل نمی‌شود.

در نتیجه ضمانت - به معنای نقل ذمه - هرگز موردی ندارد و از دیدگاه عرف و شرع مصداق روشنی نخواهد داشت. جز یک مورد احتمالی که اگر حضوراً کسی عهده دیگری را به گردن بگیرد، مثلاً کسی مورد مطالبه قرار گیرد که در آن حال عاجز آید باشد و دیگری عهده‌دار او شود، که در صورت پذیرفتن خواهان، حق مطالبه از مدیون - موقتاً - ساقط می‌شود.

در این گونه ضمانت‌ها، اگر مدیون هرگز قادر به اداء نباشد، مانند محتضری که در دام مرگ است یا مرده‌ای که چیزی به ارث نگذاشته (چنانچه در روایات فوق گذشت).

لذا این گونه ضمانت‌ها بیشتر به حواله شباهت دارد، البته اگر قائل شویم که با انجام عقد ضمانت، ذمه مدیون بری می‌شود، که ظاهراً چنین نیست و یک حالت موقت و اضطراری را دارد که اگر احیاناً مدیون قادر به اداء شود، واجب است دین خود را بپردازد.

اینک نظری به استدلال صاحب مفتاح الکرامه و مرحوم صاحب جواهر:

۱- اولاً ریشه اشتقاقی کلمه، هیچگونه ربطی به معنی و مفهوم آن ندارد، باید دیه مقصود عرف و عقلاً از این گونه قرارداد (ضمانت) چیست، آیا تیره نه مدیون است یا تعهد ذمه او؟ که قطعاً تیره نیست و همان تعهد در تعهد است که جنبه وثیقه دین را دارد.

۲- در مسأله کفالت، هرگز عهد مکفول

تبرئه نمی‌شود، بلکه صرفاً شخص مکفول از بند آزاد می‌شود، نه آن که عهده او آزاد شده باشد.

۳- و در موارد ضمانت اشیاء تلف شده، اگر نسبت به عهده دیگری باشد، فرقی با دیگر ضمانت‌ها ندارد، و شخص تلف کننده، یا تلف شده در دست او، ابتداء ضامن است و اگر دیگری ضمانت او نماید، همانند دیگر ضمانت‌ها، گسترش محل تأدیه خواهد بود.

۴- حدیث «الزعیم غارم» (ضامن شونده عهده دار است) جز این را نمی‌رساند که در صورت تعدد یا امتناع به مدیون عهده دار پرداخت می‌باشد.

۵- و نیایستی امور اعتباریه را به امور حقیقیه قیاس نمود. و مرحوم شیخ انصاری، جواب صاحب جواهر را بدین گونه می‌دهد: که تعهد ضامن مشروط است و حالت (بالقوه) را دارد. و با تعهد مدیون که حالت (بالفعل) را دارد منافاتی ندارد.



در پایان نتیجه‌ای را که صاحب مفتاح الکرامه گرفته‌اند هرگز قابل قبول نیست، زیرا با بری‌الذمه نمودن مدیون از طرف خواهان، قطعاً هر دو (ضامن و مضمون عنه - مدیون) تبرئه (آزاد) می‌شوند. و لذا خود ایشان در جای دیگری از تفسیری که برای ضمانت کرده عذر خواسته گفته: شاید غالباً چنین باشد (۱۵) که غالباً هم چنین نیست!!!

پاورقی:

- ۱- جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۲۷.
- ۲- رجوع شود به: مفتاح الکرامه ج ۵ ص ۳۲۸ - ۳۲۹.
- ۳- جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۱۳.
- ۴- رجوع به ایضاح الفوائد لغیرالمحققین، ج ۲ ص ۸۱.
- ۵- تذکره الفقهاء، ج ۲ ص ۹۲ سطر ۲۴.
- ۶- ایضاح الفوائد، ج ۲ ص ۸۱.
- ۷- جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۳۶.
- ۸- تذکره الفقهاء، ج ۲ ص ۹۲ سطر ۲۳.
- ۹- مکاسب شیخ انصاری (بع) ص ۱۲۸.
- ۱۰- مفتاح الکرامه، ج ۵ ص ۳۷۲.

مقاله‌های مندرج در این شماره در مجله حقوقی، شماره ۱۵، بهار ۱۳۷۷، ص ۱۵-۱۸.

اصل می‌شود و چهارم دادگشایی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادگشایی به دادگاههای صالح رجوع نماید، همه افراد تحت حق دارند اینگونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگشایی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را محروم کرد.

اصل می‌شود و پنجم در همه دادگاهها طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد.

اصل می‌شود و ششم حکم به مجازات و جرم آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

اصل می‌شود و هفتم اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

اصل می‌شود و هشتم هرگونه شکایه برای گرفتن اقرار و کسب اطلاع مندرج است، اجبار شخص به شهادت یا سایر اسباب مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سرگذشتی فاقد ارزش و اعتبار است.

مختلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود. اصل می‌شود و نهم: تنگ حرمت و حرکت کسی که به حکم قانون دستگیر یا بازداشت، زندانی یا ابرید شده به هر صورت که باشد ممنوع و محروم مجازات است.

اصل چهارم ترحیم کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

اصل پنجم و ششم تابعیت کشورایران حق مسلم هر فرد ایرانی است و دولت نمی‌تواند از هیچ ایرانی سلب تابعیت کند، مگر به درخواست خود او یا در صورتی که به تابعیت کشور دیگری درآید.

اصل ششم و هفتم اتباع خارجی می‌توانند در حدود قوانین به تابعیت ایران درآیند و سلب تابعیت اینگونه اشخاص در صورتی ممکن است که دولت دیگری تابعیت آنها را بپذیرد یا خود آنها درخواست کنند.