

ضمان عقدی

ضم ذمه به ذمه

یا

نقل ذمه به ذمه

یا...؟

سید مصطفی محقق داماد

تعریف ضمان

ضمان در لغت به معنای پذیرفتن التزام ، اشمال کفالت ، طی و خلال و امثال آنست^۱ و فقهاء آنرا به معنای التزام به پرداخت دین ثابت در ذمه یا احضار نفس دیگری می‌دانند و سبب آن گاه عقد و زمانی امور دیگر از قبیل غصب و اتلاف و تسبیب است و به اعتبار سبب ، ضمان گاه عقدی و گاه ضمان قهری است . از ضمان قهری در جای خود گفتگو میشود^۲. ما در این مقام از ضمان عقدی سخن خواهیم گفت .

محقق و علامه حلی ضمان عقدی را چنین تعریف می‌کنند :

« هو عقد شرع للتعهد بمال او نفس^۳ »

ضمان عقدی است که برای تعهد به مال یا نفس تشریح شده است .

- ۱ . لغت نامه دهخدا - جوهری در صحاح - ابن اثیر در نهجیه - قاسوس المحيط فیروزآبادی .
- ۲ . رجوع شود به کتاب قواعد فقه ، بحثهای نگارنده ، مبحث قاعده اتلاف و تسبیب و ضمان ید .
- ۳ . شرایع الاسلام ، چاپ بیروت ، ج ۲ ، ص ۱۰۷ - تذکره الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۸۵ .

سایر فقیهان امامی^۴ و بعضی از فقیهان عامه نیز نظیر همین تعبیر را آورده‌اند^۵، این تعریف، ضمان به معنای عام را در بر می‌گیرد، که شامل حواله و کفالت نیز میشود، چون کفالت عقدی است که بموجب آن متعهد در مقابل ذینفع احضار شخص ثالث را تقبل می‌کند و این همانست که محقق حلی و علامه از آن به تعهد به نفس تعبیر کرده‌اند و حواله نیز عقدی است که بموجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه ثالث منتقل میگردد و عبارت تعهد به پرداخت، این عقد را نیز شامل میشود.

تقارن معنای لغوی ضمان و کفالت و حواله موجب شده است که در بسیاری از متون فقهی^۶ و قانونی واژه‌های مزبور بجای یکدیگر بکار رود. در متن قانونی «مجلة الاحکام العدلیه»^۷ و نیز متون قانونی مصر^۸ و عراق کفالت بجای ضمان بکار رفته است.

شهیدثانی در کتاب مسالک الافهام میان «مطلق ضمان» و «ضمان مطلق» تفاوت نهاده است، با این توضیح که مطلق ضمان مفهوم کلی است و ضمان مطلق «ضمان عقدی بمعنای اخص» و عقد حواله و کفالت مصداقی آن میباشند. ولی بهر حال متبادراز عقد ضمان همان ضمان بمعنای اخص است و به همین جهت میتوان ضمان را حقیقت در این معنی و مجاز در

۴. شرح لمعه، ج ۱، ص ۴۱۹ - مسالک، ج ۱، ص ۲۵۱.

۵. هدایه سرغینانی و شرح فتح القدير بر آن، ج ۵، ص ۳۹۱.

۶. بسبوط سرخسی، ج ۱۹، ص ۱۶۱ - نهاية المحتاج، ص ۴۱۹. در متن لمعه، کتاب حواله، تکافی بمعنای تضامن آمده است (شرح لمعه، ج ۱، ص ۴۲۴) و در شرح آن حواله بمعنای ضمان بکار رفته است (... و اما علی مذهبننا من انه ناقل المال من ذمة المحیل الى ذمة المحال علیه - همانجا).

۷. مجلة الاحکام، سواد ۶۱۲، ۶۴۲، ۶۴۴، ۶۴۵، ۶۴۶، ۶۴۷، ۶۴۸، شرح المجله سلیم رستم، ص ۳۳۲ - ۳۵۳ به بعد - تحریر المجله، ج ۲، ص

۱۲۲ - در الاحکام علی حیدر، ج ۱، ص ۶۱۵.

۸. الوسيط فی شرح قانون المدنی، ج ۱۰.

حواله و کفالت دانست و بنابراین هر گاه ضمان بطور مطلق و بدون قرینه بکار رود بمعنای ضمان عقدی اخص است و چنانچه حواله و کفالت مقصود باشد بایستی بوسیله قرینه مشخص گردد.

هدف از تأسیس عقد ضمان چیست؟

آنچه مسلم است عقود و معاملات، مولود احتیاجات جوامع بشری و نیازهای انسانی است و همواره جامعه در جستجوی طریقی است که منافع مشروع افراد و اجتماع در آن تأمین گردد و در امور مربوط به تعهدات و الزامات مالی راهی انتخاب شود که اطمینان به ایفای تعهد بیشتر گردد. از این رو در تعهداتی که موضوع آن مالی است، به تأسیس انواع وثائق از شخصی و عینی اقدام گردیده است که ضمان را می‌توان نمونه‌ای از آن دانست، لکن به اعتبار نحوه تصور فقیهان و حقوقدانان در باره ماهیت ضمان و در خصوص کیفیت تأمین و توفیق تعهدات بوسیله آن، دو نظریه بوجود آمده است، یکی نظری است که در حقوق اروپائی و نزد فقهای عامه پذیرفته شده است و آن را نوعی تضمین و وثیقه برای دین اصلی و در کنار این دین با بقای آن می‌شناسد^۹ و دیگر نظری که مورد قبول فقهای امامیه است، و آن را وسیله برائت ذمه مدیون اصلی می‌دانند. بر اساس این دو

۹. البته فقهای عامه نیز در خصوص نحوه این تضمین و توثیق اختلاف نظر دارند. بعضی معتقدند که مدیون و ضامن مسئولیت تضامنی پیدا می‌کنند و طلبکار می‌تواند از هر یک از آنها دوتاماسی طلب خود و یا بخشی از آنرا مطالبه نماید (ابوحنیفه و شافعی و احمد بن حنبل بر این عقیده‌اند. تذکره، ج ۲، ص ۹۲- شرح فتح القدیر، ج ۵، ص ۳۸۹- المعنی، ج ۵، ص ۷۰- مجلة الاحکام، ص ۶۴۴). ولی گروهی از عامه ذمه مدیون اصلی را ممتاز و ذمه ضامن رافعی و تبعی می‌شناسند، بدین معنی که طلبکار در صورتی می‌تواند به ضامن مراجعه کند که وصول طلب از مدیون اصلی بعلت غیبت و یا اعسار و یا جهات دیگر برای او غیر ممکن گردد. (مالک بر این عقیده است. تذکره الفقها، ج ۲، ص ۹۲).

نحوه تصور، یک دسته اقتضای ضمان را ضم ذمه بذمه می‌دانند و دسته دیگر آن را مفید نقل ذمه بذمه می‌شناسند .

در این باره فخر المحققین از فقهای امامیه می‌نویسد :

«عرف جمهور الاصحاب الضمان بانه نقل المال من ذمة الى ذمة و عرفه آخرون بانه ضم ذمة الى ذمة ، فعلى الاول يبرء المضمون عنه وعلى الثانى لاء بل يتغير والمضمون له فى الرجوع على من شاء منهما . . . ۱۰»

«ضمان را اصحاب (جمهور فقهای امامیه) چنین تعریف کرده‌اند که نقل مال از ذمه‌ای بذمه دیگر است و دیگران (علمای سنت و جماعت) آن را ضم ذمه بذمه می‌شناسند . در معنای اول ، مضمون عنه بری الذمه میشود و در مفهوم ثانی مضمون عنه برائت نمی‌یابد ، بلکه مضمون له اختیار می‌یابد که به هر یک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد رجوع نماید . »
بعبارت دیگر ، بموجب نظریه اخیر وقتی عقد ضمان بین ضامن و مضمون له برقرار میشود ، ضامن و مضمون عنه توأمأ در مقابل مضمون له مسئول خواهند بود .

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه نقل ذمه را پذیرفته و در ماده ۶۹۸ به این امر تصریح نموده است . مفاد ذیل ماده ۶۹۹ (التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد) مبنی بر اینکه ضامن می‌تواند التزام بر تأدیه را معلق بر فرض عدم پرداخت مدیون اصلی نماید ، بی تردید دلیل بر آنست که قانونگذار مدنی با قبول نظریه فقهای امامیه در پی راه حلی بوده است که در چارچوب فتوای این دسته از فقیهان ، طرفین بتوانند ضمان را بصورت وثیقه دین درآورند در این بررسی کوتاه می‌خواهیم دلائل طرفین را مطرح کنیم و به تحلیل حقوقی و فقهی آن بپردازیم .

۱۰. ایضاح الفوائد ، ج ۲ ص ۸۰ - جواهر الکلام ، ج ۲۶ ص ۱۱۶ - کفایه سبزواری ، ص ۱۱۴ - تعریرالاحکام علامه حلی ، ص ۲۲۲ .

واژه ذمه

پیش از ورود در توضیح این دو نظر و بیان ادله هر یک از طرفین جا دارد بدو معنی واژه « ذمه » روشن شود. صاحب کشف اصطلاحات الفنون میگوید :

« الذمة بالكسر ، قال بعض الفقهاء ان الذمة امر لامعنى له بل هي من مخترعات الفقهاء يعبرون عن وجوب الحكم على المكلف بثبوته في ذمته وهذا القول ليس بصحيح . . . فالذمة في قول الفقهاء يراد بها نفس المكلف ^{۱۱} »

« ذمه بکسر اول به گفته بعضی از فقهاء از نظر لغوی بلا معنی و اختراع شده فقهاء است که از وجوب حکم بر مکلف به ثابت شدن حکم در ذمه تعبیر می کنند ولی این قول صحیح نیست و مراد از ذمه در قول فقهاء نفس مکلف یا شخص مکلف است .»

جزیری می نویسد:

« والمراد بالذمة العهد المتعلق بالانسان فقولهم في ذمته كذا، اي في نفسه باعتبار عهدها المتعلق بها فقولهم ضم ذمة الى ذمة معناه ضم شخص الى شخص في التعهد بالحق وبعضهم يقول انها وصف شرعي متحقق به الاهلية بوجوب ماله وعليه والاول اوضح ^{۱۲} »

« مقصود از ذمه تعهد متعلق به انسان است . پس مراد از قول فقهاء که می گویند در ذمه او است ، یعنی در نفس او به اعتبار تعهدش هست و قول آنها مبنی بر اینکه ذمه ضمیمه ذمه شد به این معنی است که شخص بالحفاظ تعهد مورد نظر ضمیمه شخص دیگر شد . بعضی نیز می گویند که ذمه وصف شرعی است که اهلیت شخص ، برای وجوب آنچه که برای او یا علیه او است ، به آن محقق میگردد و معنی اول روشنتر است .»

باتوجه به تعریف ذمه روشن میشود که منظور از انتقال ذمه ، برائت

۱۱ . لغت نامه دهخدا.

۱۲ . الفقه على المذاهب الاربعة ، ج ۳ ، ص ۲۲۳ .

شخص مدیون و اشتغال ذمه شخص ضامن است و مراد از ضم ذمه بذمه مدیون شدن ضامن در معیت مضمون عنه در برابر طلبکار است ، که اولی مورد قبول فقهای شیعه و دومی مورد پذیرش علمای جماعت است ، بهتر است از هر یک از دو گروه در این مورد استشهاد بعمل آید :

محقق حلی میگوید :

«ومع تحقق الضمان ينتقل المال الى ذمة الضامن و يبرء المضمون عنه وتسقط

المطالبة عنه^{۱۳}»

«باتحقق ضمان، مال بذمه ضامن منتقل میشود و مضمون عنه برائت می یابد و حق

مطالبه دائن از مضمون عنه ساقط میگردد.»

جزیری از قول حنفی ها آن را چنین تعریف می کند :

« انها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بنفس اودين او عين فالاقسام ثلاثة . . .^{۱۴}»

«ضمان ضم ذمه بذمه است در مطالبه دين یا عين یا احضار نفس . . .»

هر یک از دو گروه بر صحت نظر خود دلائلی اقامه می کنند که می توان

دلائل مزبور را به دلائل لغوی ، نقلی و عقلی منقسم کرد .

دلیل لغوی

هر یک از دو دسته دلالت لفظ ضمان را بر معنای مقصود خود می دانند

بدین شرح :

امامیه می گوید لغت ضمان مشتق از ضمن است و وجود حرف نون در

کلیه تعاریف و مشتقات آن مانند ضامن ، ضمین ، مضمون ، تضامن ، تضمین

. . . مؤید این ادعا است و چون ضمن به معنی طی و خلال چیزی است ،

بنابراین ضمان دلالت بر نقل ذمه می کند و سبب میشود که ذمه مدیون

۱۳ . شرایع چاپ نجف ، ج ۲ ، ص ۱۰۸ .

۱۴ . کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه ، ج ۳ ، ص ۲۲۳ .

اصلی ضمن ذمه ضامن قرار گیرد. محقق عاملی در همین معنی چنین می گوید :
 « هو عندنا كما قاله المصنف في التذكرة والشهيدان وغيرهم مشتق من الضمن
 لانه يجعل ما كان في ذمة من المال في ضمن ذمة اخرى اولان ذمة الضامن تتضمن
 الحق فالنون فيه اصلية بناء على انه ينتقل المال من الذمة الى الذمة^{۱۵} ».

«ضمان در نزد ما همانطور که علامه در تذکره و شهیدین و دیگران گفته اند
 مشتق از ضمن است برای اینکه مالی را که در ذمه قرارداد ضمن و خلال ذمه
 دیگری قرار میدهد یا برای اینکه ذمه ضامن متضمن حق میگردد ، پس نون در
 کلمه اصلیه و جزء کلمه است ، بناءً بر اینکه موجب انتقال مال از ذمه ای
 بذمه دیگر میشود.»

متقابلاً عده ای از فقهاء اهل سنت می گویند ضمان مشتق از ضم است
 و الف و نون آن زائد است ، همانطور که در دوران و جریان (واژه هائی
 که حاوی مفهوم حرکت و دگرگونی است) الف و نون زائد است و معنی
 آن ضمیمه شدن ذمه ضامن بذمه مدیون اصلی است . ابن قدامه در این مورد
 می گوید « واشتقاقه من الضم »^{۱۶} و مصنف شرح کبیر نیز عیناً آن را مشتق
 از ضم می داند^{۱۷}

انتقاد از دلیل لغوی

بنظر میرسد که هیچیک از فریقین در استفاده از دلالت لفظ ضمان
 بر معنی مراد و مقصود خود موفق نباشند ، نه از آن جهت که بعضی از
 حقوقدانان اعلام کرده اند و این استدلال را بازی کردن در عالم الفاظ
 می دانند و اعتباری برای آن قائل نیستند^{۱۸} چون انتخاب الفاظ برای عقود

۱۵ . مفتاح الکرامه ، ج ۵ ، ص ۳۵۴ به بعد .

۱۶ و ۱۷ . المعنی ابن قدامه و شرح کبیر ابن قدامه مقدسی بر آن ، ج ۵ ، ص ۷۰ .

۱۸ . مصطفی عدل ، در کتاب حقوق مدنی .

بر اساس مناسبت با معنا و مقتضای عقد است و نمی‌توان باتمسک به اینکه نباید با لفظ بازی کرد از استفاده از دلالت لفظ منصرف شد بلکه ادعای اهل جماعت بر اینکه ضمان از «ضم» مشتق است بعلت وجود نون در کلیه مشتقات و مشدد نبودن میم، مردود است^{۱۹}، لذا عده‌ای از فقیهان اهل سنت علیرغم دیگران اشتقاق آن را از «ضمن» پذیرفته‌اند، هر چند که به عقیده خود نسبت به عدم ناقل بودن ضمان پافشاری دارند چنانچه جزیری می‌نویسد:

«الضمان فی اللغة التزام ما فی ذمه الغیر وهو مشتق من الضمن لان الذمه من ضمن البدن فی معناه الكفالة یقال كفل فلان فلاناً، بمعنی ضمه الیه»

«ضمان در لغت متعهد شدن به چیزی است که در ذمه غیر است و این کلمه مشتق از ضمن است، چون ذمه نیز ضمن بدن است همانند معنای کفالت که گفته میشود فلان کفیل فلان است، یعنی ضمیمه او شده است...»

بطوری که ملاحظه میشود همه فقهای اهل تسنن ضمان را مشتق از «ضم» نمی‌دانند و اشتقاق از ضمن را نیز مانع افاده ضم ذمه نمی‌شناسند. در واقع ضمن بودن ذمه‌ای در ذمه دیگر آنطور که فقهای امامیه ادعا می‌کنند نمی‌تواند به معنی نقل ذمه باشد چون اگر «ضمن» به معنای «کفل» باشد و کفل نیز در معنای «ضم» استفاده شود، «ضمن» مفید ضم ذمه می‌تواند باشد نه نقل آن ثانیاً ضمن بودن به معنی طی و خلال بودن با انضمام

۱۹. واژه ضمانت که در فارسی رایج است و در قوانین مدنی و آئین دادرسی و قانون تجارت مکرراً آمده است ظاهراً در عربی به این معنی وجود ندارد زیرا «ضمانت» به کسر ضاد بر وزن کتابت، اصلاً در کتب لغت عرب یافت نمیشود و استعمال آن غلط است و به فتح ضاد بر وزن شهادت هر چند آمده و استعمال آن صحیح است ولی به این معنی نمیباشد بلکه بمعنای مرض سزمن و بیساری دائمی است (رجوع شود به صحاح اللغة جوهری)، بمعنای عشق نیز آمده است (الضمانه الحسب - قاسوس المحيط فیروزآبادی).

ذمه‌ها مناسبت بیشتر دارد تا با انتقال آنها ، چنانچه از همین کلمه «ضمن» لغت «تضامن» تعریف شده است که در افاده انضمام آن تردیدی نیست. با توجه به این مراتب نمی‌توان گفت دلالت لفظ ضمان به معنای مراد فقهای امامیه است ، یا علمای اهل سنت و جماعت ، بلکه با هر تعبیری می‌تواند سفید یکی از دو معنا باشد . نتیجه آنکه برای اثبات نظر فریقین دلیل لغوی قابل استناد نیست .

دلایل نقلی

دلیل دیگر مورد استناد طرفین دلیل نقلی یعنی تمسک به احادیث و روایات است .

۱ . احادیث مورد استناد فقهای امامیه

فقهای شیعه در مورد اینکه ضمان موجب نقل ذمه بدمه است به احادیثی چند استناد کرده‌اند ، که ذیلا نقل و مورد بررسی قرار می‌گیرد :

۱-۱ . اولین روایت از ابی سعید خدری نقل شده است بدین شرح :

« محمد بن الحسن فی الخلاف عن ابی سعید الخدری قال کنا مع رسول الله فی جنازة فلما وضعت قال هل علی صاحبکم من دین ؟ قالوا نعم در همان ، فقال صلوا علی صاحبکم فقال علی علیه السلام هما علی یارسول الله و انالهما ضامن فقام رسول الله (ص) فصلی علیه ثم اقبل علی علی فقال جزاک الله عن الاسلام خیراً و فک رهانک کما فککت رهان اخیک ۲۰ »

« محمد بن الحسن در خلاف از ابوسعید خدری نقل می‌کند که گفت با رسول خدا در برابر جنازه‌ای بودیم حضرت فرمود آیا متوفی دینی دارد گفتند بلی دو درهم مدیون است ، حضرت فرمود خودتان بر جسد نماز بگذارید علی علیه السلام فرمود ، یا رسول الله آن دو درهم بعهده من و من برای آن

دودرهم ضامن هستم پس رسول خدا برخاست و بر جنازه نماز گزارد و سپس رو به علی(ع) کرد و فرمود خداتورا جزای خیر دهد و ذمهات را آزاد سازد همانطور که تو ذمه برادرت را آزاد کردی.»

۱-۲. روایت دیگری با همین مضمون از جابر بن عبدالله نقل شده

است بشرح زیر :

« عن جابر بن عبدالله ان النبي (ص) كان لا يصلي على رجل عليه دين فاتي بجنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم ديناران فقال صلوا على صاحبكم فقال ابوقتاده هما على يا رسول الله فصلي عليه . فلما فتح الله على رسوله قال انا اولى بالمؤمنين من انفسهم فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلى^{۲۱} »

« جابر بن عبدالله نقل می کند که رسول الله (ص) هیچگاه بر شخصی که مدیوناً وفات میکرد نماز نمی گزارد ، زمانی جنازه ای را نزد وی آوردند آنحضرت سؤال فرمود آیا برعهده دوست شما دینی وجود دارد ؟ پاسخ دادند آری وی دو دینار بدهکار است . فرمود خودتان نماز بگزارید ابوقتاده گفت آن دو دینار را من ضامن میشوم حضرت آنگاه نماز گزارد .»

در این روایت موضوع شبیه روایت خدری است ، النهایه بجای حضرت علی ابوقتاده ضامن شده است و معلوم نیست که این دو اتفاق جدا بوده یا آنکه یک واقعه بوده که به زعم یکی از راویان ضامن حضرت علی(ع) بوده و دیگری ابوقتاده را ضامن معرفی کرده است . اما آنچه که در این خبر جلب توجه بیشتر می کند اینست که پیغمبر (ص) پس از فتوحاتی که در نتیجه آن حکومت اسلامی تمکن بیشتری یافت ، این قسمت اخیر را اضافه فرموده که من از نفس مؤمنان بر آنها اولی هستم و تعریف این ولایت را چنین فرمود که اگر کسی مالی از خود بگذارد مال ورثه او است ولی

اگر دینی بجا بگذارد ولی مسلمین باید به اعتبار ولایت ، دین او را بپردازد .
 فقهای امامیه این دو روایت را دلیل ناقل بودن ضمان می دانند و
 می گویند اشتغال ذمه متوفی مانع از نمازگزاردن حضرت رسول (ص) بر میت
 شد یعنی با اشتغال ذمه پیامبر حاضر نبود بر میت نمازگزارد ولی با ضمان که
 ذمه میت فارغ وبری گردید پیغمبر بر جسد نمازگزارد و به حضرت علی
 فرمود که خداوند ذمهات را آزاد سازد چنانکه تودمه برادرت را آزاد کردی
 که این امر صراحت دارد بر این که با ضمان ، ذمه مضمون عنه بضامن
 منتقل میشود و مدیون اصلی بری می گردد ، مضافاً اینکه پیغمبر وقتی خود را
 پس از فتح و گشایش وضع مالی ضامن دین مسلمانان متوفی قرار میدهد این
 امر مفهومی جز ناقل بودن ضمان ندارد .

۱-۳ . روایت دیگری نیز از حضرت صادق (ع) بر ناقل بودن ضمان

بدین شرح نقل شده است :

« عن ابی عبدالله علیه السلام قال لما حضر محمد بن اسامة الموت دخل علیه
 بنو هاشم فقال لهم قد عرفتم قرابتی و منزلتی منکم و علی دین فاحب ان تقضوه عنی
 فقال علی بن الحسین علیه السلام ثلث دینک علی ثم سکت و سکتوا فقال علی بن الحسین
 علی دینک کلائم قال علی بن الحسین امانه لم یمنعنی ان اضمنه اولاً الا کراهه ان
 یقولوا سبتنا^{۲۲} »

« حضرت صادق علیه السلام فرمودند : هنگامی که محمد بن اسامه در
 بستر مرگ بود بنی هاشم بر او وارد شدند پس خطاب به آنها گفت قرابت
 و منزلت من نسبت به شما روشن است اما من دینی دارم که دوست دارم
 دین مرا ادا کنید علی بن الحسین (ع) فرمود ثلث دینت بر عهده من سپس
 ساکت شد و حاضران نیز ساکت ماندند پس حضرت سجاد (ع) فرمود همه

دین تو بر عهده من و اضافه کرد تنها چیزی که مانع شد که بار اول همه دین او را ضمانت کنم کراهت این موضوع بود که بگویند بردیگران سبقت گرفتیم.»

در این روایت نیز صریحاً ضمانت بمعنی پرداخت دین مضمون علیه آمده است چون اسامه تقاضا می کند که دین او را بپردازند و حضرت دین را به عهده میگیرد و این عمل را با کلمه « اضمنه » ، ضمانت می نماید که افاده انتقال ذمه می نماید .

۱-۴ . در روایت احتضار عبدالله ابن الحسن نیز ضمان ناقل ذمه است

روایت چنین است :

« احتضار عبدالله بن النعمان فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدین لهم فقال لهم ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا من شئتم من اخي و بنی عمی علی بن الحسین او عبدالله بن جعفر، فقال الغرباء : اما عبدالله بن جعفر فملی مطول و اما علی بن الحسین فرجل لامال له صدوق و هو احبهما لينا فارسل اليه فاخبره الخبر فقال عليه السلام اضمن لكم المال الي غلة ولم يكن له غلة فقال القوم قدر رضينا فضمنه فلما اتت الغلة اتاه الله تعالى له المال فاداه ۲۳ »

« عبدالله بن حسن^{۲۴} در حالت احتضار بود که طلبکارانش دور او را گرفتند و در همان حالت دین خود را مطالبه نمودند پاسخ داد که من چیزی ندارم که بشما بدهم ولی راضی شوید بضمانت هر یک از دو نفر که مایل باشید یا پسرعمویم علی بن الحسین و یا عبدالله بن جعفر ، طلبکاران گفتند اما عبدالله بن جعفر هر چند مالدار است ولی در ادای بدهی سهل انگار و طول دهنده میباشد و اما علی بن الحسین پس وی مردی است که سالی

۲۳ . وسائل الشیعه شیخ حر عاملی ، ج ۱۳ ، ص ۱۵۲ .

۲۴ . عبدالله بن حسن محض که باعتبار آنکه از پدر و مادر به حسنین (ع) منتسب است او را محض میخوانند .

ندارد ولی صادق و درست کردار است و نزد ما محبوب‌تر است . آنگاه عبدالله بن حسن نزد ایشان شخصی را روانه ساخت تا جریان را با ایشان در میان گذارد آنحضرت فرمود من ضامن تمامی طلبهای شما میشوم تا هنگام رسیدن غله در حالیکه آن زمان هیچ غله‌ای نداشت^{۲۵} ولی در فصل رسیدن غله خداوند برای او فراهم ساخت و آنگاه ادا نمود .»

این روایت را کلینی و شیخ صدوق نقل کرده‌اند^{۲۶} . چنین استدلال شده که در این روایت نیز ضمان به معنی نقل ذمه است چون در احتضار عبدالله بن حسن طلبکاران دورش گرد می‌آیند و مطالبه دین می‌کنند و به علت عجز او از پرداخت حضرت علی بن الحسین (ع) تعهد پرداخت میکند و ضامن میشود یعنی با عجز عبدالله مسئولیتی برای او باقی نمی‌ماند تا حضرت در مسئولیت ضمیمه او شود بلکه ضمان در اینجا به مفهوم تقبل مسئولیت به تنهایی است .

۱-۵ . حدیث الزعیم غارم : بالاخره حدیث دیگری که شیعه در اثبات نقل ذمه بدمه به آن تمسک می‌جوید حدیث نبوی « الزعیم غارم »^{۲۷} است و منقول این است که حضرت رسول (ص) در روز فتح مکه فرمود ، عاریه باید ادا گردد و هدیه پاسخ داده شود و دین اجراء گردد و زعیم (ضامن) مسئول است ، که حدیث دلالت بر اشتغال ذمه ضامن و مسئولیت او دارد .

نقد دلائل نقلی امامیه

بنظر میرسد که هیچیک از احادیث فوق بر اقتضای ضمان ، دلالت

۲۵ . در کتاب کافی در حدیث فوق چنین آمده است و لم تکن له غلة تجملا . یعنی ضمانت را بخاطر آبروی خویش کرد . در حالیکه چیزی نداشت (مرآت) .

۲۶ . من لایحضره الفقه ، ج ۳ ، چاپ نجف ، ص ۵۵- فروع کافی ، ج ۵ ، ص ۹۷ .

۲۷ . المستدرک ، ج ۲ ، ص ۴۸۹ .

به انتقال ذمه ندارد. اما در ضمانت حضرت علی و ابوقتاده به لحاظ فوت مدیون اصلی و نداشتن مال برای تأدیه دین، تعهد پرداخت قهراً متوجه ضامن میشده و تفاوتی نمیکرده است که ضامن مفید ضم ذمه باشد یا نقل آن، چون در مورد ضمان تضامنی نیز اگر مدیون قادر به پرداخت نباشد قهراً پرداخت دین متوجه ضامن خواهد بود و در مورد این دو حدیث نیز ضامن به طلبکاران می‌گوید که چون پرداخت دین از طرف متوفی به لحاظ فوت او متعسر است به من مراجعه کنید و من ملتزم به پرداخت آن هستم بنابراین حدیث دلالتی بر اقتضای ضمان به نقل ذمه ندارد، بلکه سورد از موارد رجوع به ضامن به لحاظ تعسر دریافت از مضمون عنه است. بعلاوه در هیچیک از سه روایت مزبور اشاره‌ای به وقوع عقد ضمان نگردیده زیرا اشاره‌ای نشده است که طلبکاران حضور داشته‌اند یا خیر و در صورت حضور موافقت با ضمانت کرده‌اند یا نه، بنظر میرسد ضمانت در روایت مزبور در یکی از معانی لغوی خود یعنی التزام و تعهد پرداخت دین و به عبارت دیگر ایفای دین از جانب غیر مدیون، تبرعاً بکار رفته است نه به معنی ضمانت در اصطلاح حقوقی (ضمان عقودی) که از عقود رضائی است و نیاز به قبول طلبکار دارد. در مورد ضمانت از عبدالله معضی نیز از روایت می‌توان استنباط کرد که با بیماری عبدالله، طلبکاران برای طلب خود احساس خطر کرده و وثیقه‌ای از او طلب نموده‌اند و او هم حضرت سجاد(ص) را به عنوان ضامن معرفی کرده و مورد قبول طلبکاران قرار گرفته است. بنابراین روایت به هیچوجه دلالت بر نقل ذمه نمی‌کند. باید اضافه کرد که وضع خاص در این حدیث و حدیث اسامه به هیچوجه قابل تسری در همه موارد نیست و نمی‌توان از آنها اقتضای نقل یا ضم ذمه را در ضمان استنباط کرد، بلکه می‌توان گفت که در ضمان از معسر که یکی از افراد ضمان است این معنی صحیح است و بنابراین در اینگونه ضمان‌ها که ضامن

با علم به عسرت مدیون از او ضمانت می‌کند مضمون‌له حق خواهد داشت بدون مراجعه به مضمون عنه به ضامن مراجعه کند .

اما حدیث الزعیم غارم ، اگر چه بر اشتغال ذمه دلیل است ولی بر انتقال ذمه دلالت نمی‌کند ، چون شک نیست ضامن مسئول است ولی مسئولیت ضامن در حدودی است که این مسئولیت را پذیرفته است و اگر ضامن مسئولیت را بدین نحو پذیرفته باشد که چنانچه مدیون اصلی به تعهد خود عمل نکرد من متعهد پرداخت آن خواهم بود مسلماً این یک نوع مسئولیت است و ضامن متعهد به اجراء و تنفیذ آن است .

بررسی دلائل نقلی عامه

علمای اهل سنت و جماعت نیز در اثبات صحت نظر خود به احادیثی استناد می‌کنند از جمله :

۱ . روایت جابر است بدین شرح :

« وروی الامام احمد فی المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فاتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فيخطا خطوة ثم قال اعليه دين قلنا ديناران فانصرف فتحملها ابوقتاده فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب حق الغريم ويري الميت منهما ؟ قال نعم فصلي عليه ثم قال بعد ذلك ما فعل الديناران قال انما مات امس قال فعاد اليه من الغد فقال قدوفيتهما فقال رسول الله الان بردت جلدته^{۲۷} »

« امام احمد در مسند از جابر روایت کرده است که گفت دوستی مصاحبی از مافوت شد پیغمبر (ص) را برای نماز گزاردن بر میت آوردیم و حضرت رسول (ص) قدمی برداشت پس از آن پرسید آیا او دینی بر عهده دارد ؟ گفتیم دو دینار وام دار است پس پیغمبر از نماز خواندن منصرف شد تا آنکه ابوقتاده آنرا قبول کرد و گفت دو دینار بعهده من است ،

پیغمبر سؤال فرمود آیا حق طلبکاران واجب از میت بری شد؟ ابوقتاده گفت بله یا رسول الله. پس پیغمبر بر میت نماز گزارد پس گفت، راجع به دینارها چه اقدامی شد؟ ابوقتاده پاسخ داد یا رسول الله هنوز دیروز متوفی در گذشته است، و فردا بازگشت و گفت من پرداختم، پس رسول خدا فرمود الان آتش بر او سرد شد.»

علمای اهل سنت برای استدلال به حدیث می گویند وقتی ابوقتاده گفت من دین را پرداختم پیغمبر (ص) فرمود الان آتش بر او سرد شد (یعنی پس از پرداخت دین)، پس برائت مدیون زمانی حاصل شد که دین پرداخت گردید و صرف ضمانت موجب پرداخت نشد و در جواب این ایراد که اگر صرف ضمانت موجب برائت نشد چرا پیغمبر (ص) با ضمانت، بر میت نماز گزارد؟ می گویند: این حالت نظیر حالتی است که متوفی مدیون باشد و ترکه کافی هم بجا گذاشته باشد، اگر چه دین هنوز پرداخت نشده ولی مال کافی برای پرداخت آن باقی است، یا آنکه متوفی دین داشته باشد و این دین مال معینی، به عنوان رهن، وثیقه داشته باشد در این فرض مورد نیز می توان گفت چون متوفی مدیون بوده است پیغمبر (ص) بر چنین سیتی نماز نمی گزارد و علت اجتناب پیغمبر (ص) از نماز خواندن بر میت نبودن محلی برای پرداخت دین متوفی بوده است و همینکه چنین محلی پیدا شد پیغمبر (ص) بر میت نماز گزارد. یعنی ضمانت موجب پیدایش وثیقه برای دین گردید و چون پیغمبر (ص) از ملائت ضامن مطلع بود بنابراین دین را با وثیقه مستبر می شناخت، یعنی دین را مالا پرداخت شده تلقی میکرد.

این پاسخ بهیچوجه قانع کننده نیست، چنانکه بر اساس همین حدیث از علمای عامه ابن ابی لیلی و ابن شبرمه و داود به ناقل بودن ضمان اعتقاد پیدا کرده اند، چون پیغمبر باوقوع ضمان فرمود «وجب حق الغریم وبری المیت سنهما؟» و برائت ذمه میت را با نفس ضمان استعلام و اعلام فرمود،

بالنتیجه ضمان را موجب برائت ذمه میت و انتقال ذمه دانست. بنابراین پاسخ علمای عامه در این مورد نمی‌تواند پذیرفته شود، بلکه همانطور که قبلاً گفتیم ضمان از میت به علت عدم قابلیت رجوع به میت به منظور پرداخت دین واقع میشود و بعلت تعسر مراجعه به میت، تنها موجب اشتغال ذمه ضامن میگردد و مسلماً ضامن مسئول خواهد بود.

۳. حدیث دیگری نیز مورد استناد فقهای عامه است و آن حدیث نبوی

است :

« نفس المؤمن معلقة بدینه حتی تقضى عنه^{۲۸} »

« نفس مؤمن تا زمانی که دین او پرداخت نشده به دینش متعلق

است . »

این حدیث نیز مؤثر در مقام نیست چون بنظر شیعه با ضمان، دین مدیون از ذمه او منتقل میشود و در نتیجه دین مدیون از نظر او پرداخت شده محسوب است، بعلاوه منظور، قضای دین است. در صورتی که انتقال ذمه هم در ضمان قبول شود باز نفس مدیون در مقابل ضامن معلق به دین خواهد بود و حدیث در امر انتقال ذمه یا انضمام دو ذمه قابل تمسک و توسل نیست.

بنابر آنچه گفته شد احادیث مذکور بطور قاطع دلیل بر اقتضای نقل یا ضم ذمه در ضمان نیست.

دلایل عقلی طرفین

دیگر از دلایل طرفین در اثبات نظر خود دلیل عقلی است :

علمای عامه می‌گویند بناء عقلا در عقد ضمان ایجاد وثیقه برای دین

۲۸. شرح الکبیر برالمغنی ابن قدامه، ج ۵، ص ۷۰ ببعده.

مضمون عنه است و هیچیک از ضامن و مضمون له عقلاً و عرفاً از عقد ضمان قصد ابراء ذمه مدیون اصلی را ندارند. مضمون له از این عقد می‌خواهد تحصیل وثیقه‌ای برای دین، علاوه بر دارائی مدیون اصلی، کند نه آنکه ذمه او را بری نماید. ضامن نیز با عقد ضمان می‌خواهد موجب اطمینان خاطر طلبکار گردد، نه آنکه خود را مستقیماً بدهکار نماید. ضامن از اعتبارش در پیش طلبکار برای آسودگی خیال او در وصول طلبش استفاده می‌کند. بعبارت دیگر هدف و غرض طلبکار و ضامن، تأمین وثیقه برای دین است، نه انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر، و اگر ضمان مقتضی نقل ذمه بدمه باشد در حقیقت منظور ضامن و مضمون له از این عقد حاصل نمی‌گردد و از طرفی طلبکار می‌خواهد دو دارائی را در قبال دین وثیقه داشته باشد که این منظور با انضمام دو ذمه حاصل خواهد شد ولی اگر فقط با عقد ضمان یک دارائی و آن هم دارائی ضامن وثیقه طلب باشد در حقیقت وثیقه‌ای بدست نیامده است چون همانگونه که احتمال عسرت مضمون عنه وجود داشته است این احتمال در مورد ضامن نیز وجود دارد.

بنظر می‌رسد این استدلال مخدوش است زیرا بر فرض آنکه عقد ضمان را نوعی تحصیل وثیقه و تأمین بدانیم با انتقال ذمه نیز این منظور حاصل می‌گردد چون معمولاً ضمانت کسی پذیرفته می‌شود که ملائت و اعتبار بیشتری از مضمون عنه داشته باشد و تفاوت ملائت و اعتبار ضامن و مضمون عنه خود نوعی وثیقه و تأمین است که با عقد ضمان حاصل می‌گردد.

ثانیاً، اگر با ضمانتی که مفید نقل ذمه بدمه است، بعلت خطر عسرت ضامن، دین کاملاً مصون از خطر نمیشود، در ضمان ضم ذمه به ذمه نیز چنین است، چرا که امکان عسرت ضامن و مضمون عنه هر دو نیز وجود دارد بنابراین در حالت انضمام دو ذمه هم تأمین مورد نظر تحصیل نمی‌گردد.

ثالثاً، ادعای اینکه عقلاً و عرفاً با انعقاد عقد ضمان نه ضامن خود را متعهد به دین مضمون‌له می‌داند و نه مضمون‌له، مضمون‌عنه را بری‌الذمه می‌شناسد مسموع نیست، نخست اینکه منع عقلی بر آن وجود ندارد، دیگر آنکه هر محلی عرف مخصوص خود را دارد و نمی‌توان باستناد آن حکم کلی صادر کرد، چه بسیار در محلهائی که ضمان را ناقل می‌شناسند، عرف نیز به تبعیت آن اقتضاء می‌کند که ضامن خود را مدیون مضمون‌له بشناسد و مضمون‌له نیز با قبول عقد ضمان مضمون‌عنه را بری‌بداند.

رابعاً، استناد به اینکه طلبکار می‌خواهد علاوه بر مدیون اصلی ضامن را منضم به آن کند، در همه جا و همه موارد صادق نیست چون در موارد زیادی طلبکار به اتکاء شخصیت و اعتبار ملائت ضامن اقدام به معامله می‌کند بی‌آنکه مدیون را بشناسد یا توجهی به اعتبار و ملائت او داشته باشد، پنحوی که اگر همین ضامن مستقیماً مورد معامله او باشد اساساً طلبکار نیاز به تأمین یا وثیقه دیگر نمی‌بیند بنا به مراتب، معتقدان به انضمام ذمه‌ها در عقد ضمان، از این دلیل راه بجائی نمی‌برند.

ممکن است بر تأیید نظر علمای عامه دلیل دیگری نیز اقامه شود، بدین شرح که اگر ضمان را مفید نقل ذمه بذمه بدانیم عقد ضمان عنوان تحصیل تأمین و وثیقه برای دین ندارد، بلکه واجد عنوان حقوقی تبدیل تعهد است و مقتضای این نوع تبدیل تعهد این است که ضامن در برابر طلبکار جانشین بدهکار و در قبال بدهکار جانشین طلبکار میشود. اگر عقد ضمان چنین نتیجه‌ای در برداشته باشد باید در انعقاد آن رضایت مضمون‌له و مضمون‌عنه هر دو شرط باشد، چون تبدیل تعهد، به اعتبار تبدیل مدیون، محتاج رضایت دائن است و تبدیل تعهد، به اعتبار تبدیل دائن، مستلزم رضایت مدیون است و ضمان در صورت انتقال واجد عنوان تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن و تبدیل مدیون است و محتاج رضای هر دو است ولی

چنانکه می‌بینیم فقهای امامیه رضایت مضمون عنه را در وقوع ضمان لازم نمی‌دانند و رجوع ضامن را به مضمون عنه، در صورتی که ضمان بی‌اجازه او واقع شده باشد، مجاز نمی‌شناسند.

براین استدلال نیز از این جهت ایراد وارد است که اگر هم ضمان ناقل تبدیل تعهد باشد، تبدیل تعهد از گونه قبول پرداخت دین متعهد است، که در این حالت نه تنها رضای مدیون لازم نیست بلکه مراجعه ضامن به مدیون در صورتی رواست که پرداخت دین با اجازه او صورت گرفته باشد و فقهای امامیه ضمان ناقل را دارای ماهیت و طبیعتی می‌دانند که در ردیف چنین تبدیل تعهدی است.

تمسک فقهای امامیه^{۲۹} به دلیل عقلی، در اثبات ناقل بودن ضمان، این است که عقلاً نمی‌توان تصور کرد ذمه دو نفر در آن واحد نسبت به یک دین مشغول باشد، همانگونه که شئی واحد در دو محل استقرار نمی‌یابد و دو محل را اشغال نمی‌کند. برای یک دین نیز دو ذمه یا بیشتر نمی‌تواند مشغول شود. این استدلال مورد قبول قدسآء و متأخرین از فقها قرار گرفته و ابن ابی لیلی و ابن شبرمه و داود از علمای عامه نیز به آن استناد کرده‌اند.^{۳۰} اشتباه این استدلال در این است که امور اعتباریه را حمل بر امور حقیقیه کرده است، درست است که در امور حقیقی وجود شئی واحد در امکان متعدد محال است ولی در امور عقلی نه تنها منع عقلی ندارد بلکه وقوع آن بهترین دلیل بر محال نبودن است و نمونه وقوع خارجی فراوان است از جمله:

۲۹. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۱۵: « بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتین فصاعداً بمال واحد وقد بینا ان المشغول به فی تعاقب الایدی علی المنصوب ذمة واحدة ».

۳۰. به حکایت شرح الکبیر بر المغنی ابن قدامه مقدسی، ج ۵، ص ۱۰۷.

۱. مورد غصب

در غصب اگر کسی مال مغضوب را از غاصب غصب کند و یا بخرد آن شخص هم غاصب است و صاحب مال می تواند عین و در صورت تلف شدن آن مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا غاصب و یا غاصبین بعدی مطالبه کند ، بنابراین ذمه همه غاصبین در برابر حق مالک مشغول است و همه فقها اشتغال این ذمه ها را قبول کرده اند.^{۳۱}

۲. ضمان عهده

همچنین عده ای از فقهاء که به جواز ضمان اعیان و ضمان عهده قائلند حق رجوع به ضامن و مضمون عنه هر دو را، برای مضمون له شناخته اند ، می دانیم در عقد یعنی در این دو مورد ضمان را مقتضی ضم ذمه بذمه می دانند . بطوریکه میدانیم در عقد بیع مشتری ضامن درک ثمن و بایع ضامن درک مبیع است ، حال ممکن است کسی در حین عقد بیع ضامن شود که اگر مبیع یا ثمن مستحق للغیر درآید از عهده تدارک آن برآید که آن را ضمان عهده گویند . اشکال این ضمان در صورتی است که اگر مبیع یا ثمن ضمانت شده درید بایع یا مشتری باشد مضمون له باید به چه کسی رجوع کند به بایع یا مشتری که ثمن یا مبیع درید او است یا به ضامن که ضمانت عهده مشتری یا بایع را کرده است؟ علامه در تذکرة الفقهاء می گوید :

« فی العهدة ان شاء مشتری طالب البایع وان شاء طالب الضامن لان القصد هنا بالضمان التوثیق لا غیر ولا فرق بین ان یرجع المبیع مغضوباً و بین ان یکون شقفاً قد ثبت فیہ الشفعة بیع سابق فاخذ الشفیع بذلك البیع^{۳۲} »

« در ضمان عهده (در صورتی که مبیع مستحق به غیر درآید) اگر

۳۱. جواهر ، همانجا .

۳۲. تذکرة الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۹۲ .

مشتری بخواهد می‌تواند از بایع مطالبه کند و اگر بخواهد از ضامن مطالبه نماید چون قصد از ضمان در اینجا وثیقه گرفتن است. نه غیر آن و فرقی نیست بین آنکه بیع منصوب باشد یا حصه‌ای باشد که بعلت بیع سابق شفعه در آن پدید آمده و شفیع اخذ به شفعه کرده باشد.»

بطوریکه ملاحظه میشود علامه در ضمان عهده صریحاً ضم دو ذمه را پذیرفته و جالب‌تر آنکه این گونه ضمان را تأمین و وثیقه شناخته است حال آنکه بین این ضمان و سایر ضمانها از حیث ماهیت و طبیعت عقد تفاوتی بنظر نمی‌رسد.

۳. ضمان اعیان

در مورد ضمان اعیان نیز موضوع مشابه است البته در خصوص اینکه آیا ضمان اعیان، التزام به رد عین در صورت بقاء آن و یا مثل و یا قیمت آن در صورت تلف است، یا آنکه فقط التزام به مثل یا قیمت در صورت تلف است؟ در جای خود سخن بمیان خواهد آمد آنچه در این مقام مورد نظر است این است که موافقان صحت چنین ضمانی، اعم از اینکه عین مضمونه باشد یا غیر مضمونه، به ضم ذمه بدمه در این ضمان نظر می‌دهند.

مرحوم سید محمد کاظم یزدی می‌گوید:

« اختلافی بجز ضمان اعیان المضمونه کالخصب والمقبوض بعقد الفاسد ونحوهما علی قولین ذهب الی کل منهما جماعة والاقوی الجواز سواء کان المراد ضمانها بمعنی التزام ردها عیناً و مثلها اوقیمتها علی فرض التلف او کان المراد ضمانها بمعنی التزام مثلها اوقیمتها اذلت وذلک لعموم قوله الزعیم غارم والعمومات العامة مثل قوله تعالی اوفوا بالعقود و دعوی انه علی التقدير الاول یكون من ضمان العین بمعنی الالتزام بردها مع ان الضمان نقل الحق من ذمة الی اخری وایضاً لا اشکال فی ان الغاصب ایضاً مکلف بالرد فیكون من ضم ذمة الی اخری و لیس من مذهبنا وعلی الثانی یكون من ضمان مالهم یجب کما انه علی الاول ایضاً کذلک بالنسبة الی رد المثل

او القيمة عند التلف مدفوعة بانه لاساع منه بعد شمول العمومات غاية الامرانه ليس من الضمان المصطلح^{۳۳}»

« درجواز ضمان اعيان مغمصوبه مانند غصب و مقبوض به عقد فاسد و مانند اينها اختلاف کرده‌اند بنا بر دو قول و به دنبال هر قولی دسته‌ای رفته‌اند و اقوی جواز است ، خواه مراد از ضمان به معنی التزام رد آن مال باشد عیناً یا مثل و یا قیمتش بر فرض تلف و یا مراد ضمان به معنی التزام مثل یا قیمت در صورت تلف باشد و علت جواز تمسک به عموم قول رسول الله الزعيم غارم و عمومات عامه مثل اوفوا بالعقود است و ادعای اینکه بر تقدير اول ضمان راجع به عین و رد عین است حال آنکه ضمان نقل ذمه بدمه میباشد اشکالی ندارد همانگونه که در مورد غاصب که مکلف به رد است و این از باب ضم ذمه به دیگری است و این از معتقدات و مذهب ما نیست و بنا بر تقدير دوم ضمان مالم يجب است چنانکه بنا بر تقدير اول چنین است ، همچنین نسبت به رد مثل یا قیمت در صورت تلف نیز منعی بر اینکه مشمول عمومات باشد نیست ، نهایتاً اینکه این نوع ضمان از ضمان اصطلاحی نیست .^{۳۴}»

بطوری که ملاحظه میشود صاحب عروه در این مورد ضم ذمه را قبول کرده ، النهایه معتقد است که این ضمان از نوع ضمان های معمولی نیست ، حال آنکه چه ضمان از نوع ضمان های معمولی باشد یا نباشد آنچه که مسلم است ایشان ضم دو ذمه را پذیرفته‌اند بی آنکه کوچکترین اشکالی پیش آید .

۳۳ . عروة الوثقی ، کتاب ضمان ، مسئله ۳۸ .
 ۳۴ . عروة الوثقی ، کتاب ضمان ، مسئله ۳۸ .

بسیاری از قوانین کشورهای از جمله در قانون تجارت ایران^{۳۵} و قانون امور حسبی^{۳۶}، قانون چک بی محل^{۳۷} (ساده ۱۴) قانون مدنی فرانسه ماده (۲۰۱۱)^{۳۸} و قانون مدنی مصر (ماده ۷۷۲) و قانون مدنی عراق (ماده ۱۰۰۸)^{۳۹} و نیز قوانین مدنی سوریه ، لبنان و بیشتر کشورهای اروپائی ضم ذمه بدمه و به عبارت دیگر مسئولیتهای تضامنی را در موارد مختلف پذیرفته اند و در عمل نه تنها اشکالی بوجود نیامده بلکه از نظر تجاری و اجتماعی پیشرفتی نیز محسوب گردیده است .

آنچه بیان شد در باب امکان اشتغال دو ذمه در قبال دین واحد بود ولی واقع امر در ضمان این است که دو ذمه در قبال دین مشغول نیست ، بلکه فقط یک ذمه اشتغال فعلی دارد و اشتغال ذمه دیگر استبدالی است .

۳۵ . ماده ۱۱۶ قانون تجارت ایران : « شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت اسم مخصوصی برای اسورتجارتی بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل میشود اگر دارائی شرکت برای تادیقه تمام قروض کافی نباشد هر یک از شرکاء مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است . »

ماده ۲۴۹ قانون تجارت : « برات دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویسها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند . دارنده برات در صورت عدم تادیقه و اعتراض می تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید. »

۳۶ . ماده ۲۴ قانون امور حسبی : « در صورتی که قییم متعدد بوده و باشرکت یکدیگر در اسوال محجور تعدی یا تفریط نمایند هر یک از آنها مسئولیت تضامنی دارند. »

۳۷ . ماده ۱۵ قانون چک بی محل : « در صورتی که چک به وکالت و نمایندگی از از طرف صاحب حساب صادر شده باشد صادر کننده چک و صاحب حساب متضامناً مسئول پرداخت وجه چک بوده و اجرائیه بر اساس تضامن علیه هر دو صادر میشود. »

ART, 2011; celui qui se rend caution d'une obligation, soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-meme

۳۹ . ماده ۱۰۰۸ قانون مدنی عراق : « الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة به تنفيذ التزام. »

بیش از تشریح موضوع مناسب است گفته شود که انضمام ذمه بدمه به دو گونه است :

اول بنحوی که در حقوق اروپائی وجود دارد و در حقوق عامه ، مالک بن انس به آن معتقد است و این انضمام بگونه‌ای است که مضمون‌له در صورتی حق مراجعه به ضامن پیدا می‌کند که استیفاء طلب از مضمون‌عنه خواه به علت امتناع یا انکارش و خواه به علت افلاس یا غیبتش مقدور نمی‌باشد . از کشورهای اسلامی مصر اینگونه انضمام را پذیرفته است و می‌گوید :

« الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذالم يف به المدین نفسه »

« کفالت عقدی است که به مقتضای آن شخص ضمانت اجرای تعهد را می‌کند ، بنحوی که اگر مدیون ایفاء دین نکرد او تعهد را بنفع طلبکار وفا کند . »

دوم انضمام دو ذمه بنحوی است که مضمون‌له می‌تواند به هر یک از ضامن و مدیون اصلی که بخواهد مراجعه کند شافعی و ابوحنیفه و احمد ، براین نظرند و قانون مدنی عراق براساس این نظریه تدوین شده و می‌گوید :

« الطالب مخیر فی مطالبه ان شاء طالب الاصل وان شاء طالب الكفیل و مطالبه من احدهما لا یسقط مطالبه من الاخر وبعد مطالبه من احد هما ان یطالب الاخر و منهما معاً »

« طلبکار می‌تواند اگر بخواهد طلب خود را از مدیون اصلی و یا کفیل مطالبه کند و مطالبه از یکی از آنها و حق مطالبه او را از دیگری ساقط نمی‌کند و می‌تواند پس از مراجعه به یکی به دیگری نیز مراجعه کند و نیز حق دارد به هر یک از آنها منفرداً یا مجتمعاً رجوع کند . »

در مورد نظریه اول عدم اشتغال دو ذمه روشن است چون تا زمانی که

طلبکار به مدیون اصلی مراجعه نکرده ضامن دینی ندارد و تکلیفی ندارد و تنها ذمه مدیون اصلی مشغول است اما پس از مراجعه به مدیون اصلی و عدم امکان وصول وجه از او، آن زمان دین در ذمه ضامن مستقر و ثابت میشود که در این صورت هم فقط یک ذمه در مقابل یک دین مشغول است بنابراین استقرار دین واحد در دو ذمه منتفی است.

اما در صورت دوم آن هم بر دو گونه است گاه انضمام در مطالبه است نه اصل دین چنانکه حنفی‌ها می‌گویند:

«انها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بنفس اودين اوعين . . . ان ضم الكفيل الى الاصيل يجعل لصاحب الدين الحق في مطالبة بالدين من غير ان تشغل ذمة بذلك الدين لان الدين مشغولة بذمة الاصيل فقط ۴۰»

«همانا ضمان ضم ذمه بذمه است در مطالبه به نفس یا دین یا عین . . .»

به درستی که انضمام کفیل به اصیل برای طلبکار و حق مطالبه دین از ضامن و اصیل ایجاد می‌کند بی آنکه ذمه ضامن را مشغول به دین سازد چون فقط ذمه مدیون اصلی مشغول به دین است.»

با این تعریف و توجیه ایراد اشتغال دو ذمه برای دین واحد منتفی است چون انضمام در مطالبه غیر از انضمام در دین است در نظریه دیگر سببی بر اینکه ضم دو ذمه برای یک دین موجب اشتغال دو ذمه برای همان دین شود، اشتغال مورد بحث تعلیقی است نه تنجیزی چون قطعیت اشتغال هر یک از دو ذمه منوط به مطالبه طلبکار است و به محض مطالبه، ذمه مشغولیت قطعی مییابد. بنابراین به اینگونه اشتغال ذمه‌های متعدد، که فقط یکی از آنها قطعی و منجز خواهد شد، ایرادی وارد نیست. در این

باره استدلال شیخ انصاری در باب غصب در مکاسب قابل توجه است ایشان می‌فرماید :

«توضیح ذلك يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف و صيرورته في عهدة كل منهما مع ان شئ الواحد لا يقبل الاستقرار الا في ذمة واحدة وان الموصول في قوله على اليد ما اخذت شئ واحد كيف يكون على كل واحدة من الايدي المتعددة فنقول معنى كون العين الماخوذة على اليد كون عهدها و دركها ببدل التالف عليه فاذا فرض ايدي متعددة يكون العين الواحدة في عهدة كل من الايدي لكن ثبوت الشئ الواحد في العهدة المتعددة معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تافه وحيث ان الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا يزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البدل بمعنى اذا استوفى احدها سقط الباقي لخروج الباقي عن كونها تدارك الا ان المتدارك لا يتدارك والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي ان مطالبة مادام لم يصل اليه المبدل ولا بدله فايهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله فلو بقي شئ له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر ويتحقق مما ذكرنا ان المالك انما يملك البدل على سبيل البدلية ويستحيل اتصاف شئ منها بالبدلية بعد صيرورته احدها بدلا عن التالف و اصلا الى المالك ويمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث انه ضم ذمة الى ذمة اخرى^{۴۱}»

« توضیح این امر محتاج کشف چگونگی اشتغال ذمه هر یک از دو

ید به بدل تلف شده و قرار گرفتن آن در عهده هر یک از آن دو است ، با وصف اینکه شئ واحد مستقر نمیشود مگر در ذمه واحد و قاعده علی‌البدل ما اخذت که راجع به یک یدوشئی واحد است چگونه بر هر یک از ایادی متعدد صدق می‌کند . ما می‌گوئیم معنی بودن عین گرفته شده توسط ید اینست که عهده و درک آن بعد از تلف بر عهده ید است و زمانی که

فرض ایادی متعدد شود یک شئی در عهده هر یک از ایادی قرار گیرد لکن ثبوت یک‌شئی در ذمه‌های متعدد به این معنی است که هنگام تلف هر یک از آنها از عهده باید خارج شود و تنها امر واجب تدارک تلف است که با یک بدل تدارک می‌گردد نه بیشتر از آن و معنای آن این است که مالک، بر مطالبه هر یک از آنها بر اینکه از عهده تدارک در صورت تلف برآیند، تسلط دارد و مالک مافی‌الذمه هر یک از آنها نسبت به بدل تالف است و وقتی که یکی از آنها را استیفاء کرد باقی ساقط میشود به علت اینکه باقی از اینکه باید تدارک شود خارج میشود و چیزی که تدارک شد دوباره تدارک نمیشود و وجه سقوط حق در باقی ایادی بر اثر دفع یکی از آنها این است که مطالبه تا زمانی است که بدل تالف وصول نشده باشد، به محض اینکه بدل حاصل شد دیگر استحقاقی برای بدل باقی نمی‌ماند پس اگر چیزی در یک ذمه برای او باقی بماند به عنوان بدل نیست و مفروض اینست که چیزی دیگر نیز ثابت نیست و محقق میشود از آنچه ذکر کردیم که مالک بدل را تملک می‌کند از طریق بدلیت و بعد از آنکه یکی از آنها بدل تالف شود و مالک آن را به این عنوان تملک کند دیگر محال است چیز دیگری عنوان بدل تالف پیدا کند و نظیر این امر ضمان مال بر طریق اهل سنت است از حیث اینکه ضمان ذمه‌ای را بذمه دیگر ضمیمه میکند.»

دلیل دیگر فقهای امامیه اجماع است محقق عاملی میگوید :

« بدلیل اجماع الطائفة کما فی الغنیة و عند علماءنا اجماع کما فی التذکرة ۴۲»

« دلیل اجماع است چنانکه در غنیه آمده است و نزد علمای ما ادعای

اجماع شده است چنانکه در تذکره هست.»

بنظر میرسد که در بحث ضمان ، تمسک به اجماع مؤثر نباشد زیرا اجماع در مسائل شرعیه بالحاظ کاشفیت آن از قول معصوم حجیت مییابد و در مسائل عرفی که اغلب معاملات من جمله ضمان از آن مقوله اندوشارع مقدس اسلام آنها را امضاء کرده است اجماع قابل استناد نیست و باید عرف و تداول را در این موارد ملحوظ داشت .

نظر سوم

از بررسی دلائل طرفین بطوری که گذشت این مسئله روشن میشود که هیچیک از طریقین دلائل کافی و قاطع بر اثبات نظر خودارائه نداده اند بالتیجه میتوان نظر دیگری انتخاب کرد که با منطق قضائی و عرف اقتصادی و اجتماعی بیشتر منطبق باشد و آن نظر به شرح زیر است :

مقتضای ذات عقد ضمان ، نه نقل ذمه بدمه است و نه ضم ذمه بدمه ، بلکه مهم و مؤثر اراده طرفین و نحوه تراضی و توافق آنان است که این توافق می تواند به نحو انضمام دو ذمه یا انتقال ذمه بدمه صورت گیرد در این مورد از فقهای اهل سنت حنفی ها قبول کرده اند که ضامن می تواند در ضمانت برائت مدیون اصلی را شرط کند و می گویند :

« فلو قال الضامن لصاحب الدين اضمن لك دينك بشرط ان تبری المدیون منه و فعل فان ذمة المدیون تبرع و تبقى ذمة الضامن مشغولة بالدين وحده لانها فی هذه الحالة تكون حوالة لا كفالة^{۴۳} »

« اگر ضامن بدائن بگوید من طلب ترا ضمانت می کنم بشرط آنکه مدیون برائت یابد و چنین کنند پس ذمه مدیون آزاد و ذمه ضامن مشغول میشود برای اینکه در این حالت عقد ، حواله است نه ضمانت . »

این موضوع کاشف از این است که بنظر حنفی ها اقتضای اطلاق

ضمان ضم ذمه است نه اقتضای ذات آن ، به همین جهت شرط خلاف اقتضای اطلاق یعنی شرط نقل ذمه بذمه را بلاشکال دانسته‌اند و این همان نظری است که ما به عنوان نظر سوم ابراز کردیم .

از بین فقهای شیعه مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی ، صاحب عروة الوثقی نیز امکان صحت شرط ضم ذمه بذمه را از نظر دور نداشته و می‌گوید :

« اذا تحقق الضمان الجماع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن و براءة المضمون عنه ، بالاجماع والنصوص خلافاً لجمهور حيث ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة و ظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو ويمكن الحكم بصحة حينئذ للعمومات^{۴۴} »

« همینکه ضمان با رعایت شرائط صحت تحقق یافت حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل میشود و ذمه مضمون عنه بری میگردد به دلیل اجماع و روایاتی که در این باب است بر خلاف اهل سنت و جماعت که ضمان در نزد آنها ضم ذمه بذمه است و ظاهر کلمات اصحاب (امامیه) عدم صحت اظهارات اهل سنت است ، حتی اگر در عقد تصریح به این موضوع (یعنی تصریح به ضم ذمه بذمه) شود ولی بر طبق عمومات ممکن است در صورت اخیر (یعنی تصریح) حکم به صحت چنین ضمانی داد . »

اظهارات مرحوم سید در این باب کاشف از این است که بنظر ایشان اقتضای ذات ضمان ، انتقال ذمه نیست ، به همین جهت طرفین می‌توانند ضمان را به نحو ضم ذمه منعقد کنند . البته تفاوتی نمی‌کند که شرط ضم ذمه کنند یا عقد ستبانی بر آن باشد . این نظر همانست که ، آنرا به عنوان نظریه سوم اعلام کرده‌ایم .

۴۴ . مستمسک ، جلد ۱۱ ، چاپ دوم ، ص ۲۳۶ و ۲۳۵ - عروة الوثقی ، کتاب ضمان ، مسئله ۲ .

حقیقت این است که ضمان از معاملات و عقود عرفی است چنانکه قبل از اسلام هم مردم ضامن یکدیگر میشده اند و شارع در کیفیت انعقاد آن از حیث انضمام دو ذمه یا انتقال ذمه بدمه دخالت تأسیسی نکرده است. دخالت شارع در معاملات در حد حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال بباطل است، نه آنکه مانع ضم ذمه یا نقل ذمه بدمه شود بدیهی است، بحث در اینکه اقتضای اطلاق ضمان نقل ذمه بدمه است یا ضم ذمه بدمه لازم است، ولی اظهار نظر سببی بر اینکه اقتضای ذات ضمان، نقل یا ضم است و شرط خلاف آن خلاف مقتضای عقد و یا شرط خلاف سنت و کتاب است نمی تواند قابل قبول باشد، بلکه ضمان عقدی است که می تواند به اقتضای عرف وقوع عقد یا به موجب شرط یا تبانی طرفین مفید ضم ذمه یا نقل ذمه بدمه باشد.

اشکالی که بر این نظر می توان وارد کرد این است که درست است که ذات عقد ضمان اقتضای نقل و ضم ندارد ولی اگر شرط انضمام یا انتقال ذمه نشود و عرف مسلمی در محل وقوع عقد مبنی بر نقل و ضم نباشد و بنای متعاملین در وقوع عقد روشن نباشد که بر نقل یا ضم است، تکلیف چیست و به عبارت دیگر اقتضای اطلاق ضمان چیست و اگر ضم ذمه ها باشد کیفیت انضمام چگونه خواهد بود.

بنظر میرسد در صورتی که قرینه حالیه یا مقالیه بر نقل یا ضم نباشد با توسل به اصول و ادله دیگر باید به حل موضوع پرداخت بدین شرح که:

با ثبوت دین مضمون عنه و شک در بقاء یا سقوط آن بقای دین مضمون عنه استصحاب میشود و با بقای دین تعهد ضامن تعهدی اضافه بر تعهد مدیون اصلی خواهد بود که ماهیت آن از این نظر با ماهیت وثیقه تطبیق می کند به همین جهت ضمان در این موارد مفید ضم بدمه خواهد بود به نحوی که ذمه ضامن وثیقه دین مضمون تلقی میشود و مراجعه به ضامن منوط

به مراجعه به مدیون اصلی و عدم ایفاء تعهد از جانب او خواهد بود .

کلام شیخ طوسی

نکته قابل توجه اینکه فقهای امامیه گاهی بدون توجه به سبب خود در موضوع ، سببی بر اینکه مفاد ضمان نقل است نه ضم ، در جاهای دیگر فتوا به مطلبی داده‌اند که لازمه آن ضم است نه نقل . شیخ طوسی در کتاب مبسوط گفته است هرگاه شخصی هزار دینار از دو نفر طلبکار باشد (هر یک پانصد دینار بوی بدهکار باشند) چنانچه طلبکار هزار دینار به شخص رابعی بدهکار باشد می‌تواند بر سر آن دو نفر (بدهکاران) حواله صادر کند ولی چنانچه بدهکاران هر کدام ضامن دیگری باشند این حواله صحیح نیست . شیخ در تعلیل بطلان گفته است :

« لانه یستفید بها مطالبه الاثنین کل واحد منهما یا لالف و هذا زیاده فی حق المطالبه بالحواله و ذلك لا یجوز »^{۴۰}

« زیرا از این حواله استفاده میشود که او بتواند از هر یک از دو نفر هزار دینار خود را مطالبه نماید و این زیاده در حق مطالبه است که جائز نیست . »

توضیح اینکه در حواله شیخ معتقد است که محال به باید با بدهی محال علیه از نظر جنس و وصف و قدر برابری داشته باشد و در مورد مسئله‌ایکه مطرح کرده‌اند از نظر وصف برابری ندارند زیرا محال قبل از حواله فقط می‌توانست حق خود را (محال به) از یک نفر بستاند در حالیکه بعد از حواله می‌تواند از دو نفر مطالبه کند و این زیادت ارتفاق است و لذا باطل است . با امعان نظر در کلام شیخ روشن میگردد که تعلیل و تحلیل ایشان منطبق با نظریه ضم است ، نه نقل زیرا بموجب نظریه نقل هر کدام از دو نفر بعد از

ضمانت نیز فقط پانصد دینار بدهکار هستند نه هزار دینار، لذا هیچگونه زیادت ارتفاقی به وجود نخواهد آمد.^{۴۶}

قانونگذار مدنی ایران در باب ضمان همچون اکثر ابواب این قانون از فقه امامیه پیروی کرده و نظریه مشهور فقهاء را در مسائل مربوط به آن پذیرفته، بالنتیجه به تبعیت از فقهای امامیه ضمان را عقد شناخته و اقتضای آن را نقل ذمه بدمه دانسته است.

والسلام

