

ضمان از دین مجهول*

- احمد باقری^۱
- زهره نیک‌عمل^۲

چکیده

ضامن می‌تواند بی‌آنکه به میزان دین مضمون‌عنه (بدهکار) آگاهی داشته باشد از آن ضمانت کند، حتی اگر مقدار آن فراتر از حد تصور او باشد. قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقیهان امامیه در ماده ۶۹۴ به آن تصریح کرده است. در مقابل عده‌ای از فقیهان امامیه و اهل سنت چنین ضمانتی را باطل دانسته و به ادله‌ای چون نفی غرر و عدم صحت التزام به مال در صورت جهل استناد کرده‌اند. در این پژوهش ادله قائلان به بطلان این نوع ضمانت بررسی و در نهایت رد شده است. اطلاق نصوص آیات و روایات، اصل صحت، دلیل عقل و عدم منافات ضمان با غرر از طریق نفی معاوضی دانستن ضمان عقدی، مهم‌ترین ادله بر صحت چنین ضمانتی است. واژگان کلیدی: ضامن، مضمون‌له، مضمون‌عنه، مضمون‌به، دین مجهول، ضمان.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۸/۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱۲/۲۴.

۱. استاد دانشگاه تهران (a_bagheri41@yahoo.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی (نویسنده مسئول) (z.nikamal@yahoo.com).

مقدمه

عقد ضمان در شمار عقودی است که در مکاتب حقوقی مورد توجه قرار گرفته و اسلام نیز آن را امضا کرده و احکامی را بر آن مترتب ساخته است.

بر اساس نظر فقیهان امامیه که اثر ضمان عقدی را نقل دین از ذمه مضمون‌عنه (بدهکار) به ذمه ضامن می‌داند، بی‌تردید ضامن ملزم به پرداخت بدهی بدهکار است. هرچند به نظر می‌آید که نقل اقتضای ذات ضمان نباشد، بلکه اطلاق آن چنین اثری را به دنبال دارد. از این رو دلایلی که برای ناقل بودن ضمان آورده شده است، قابل نقد خواهند بود. با فرض توثیقی بودن ضمان نیز ضامن متعهد به پرداخت دین خواهد بود، با این تفاوت که ذمه بدهکار اصلی بری نشده و مضمون‌له (طلبکار) همچنان حق دارد به او مراجعه کند و طلب خود را از او بستاند و در صورتی که وی از ادای دین امتناع کند یا به هر دلیلی قادر به پرداخت نباشد، داین حق رجوع به ضامن خواهد داشت. علاوه بر آن بر مبنای نظر فقیهانی که اثر ضمان را ضمّ عرضی می‌دانند، مضمون‌له می‌تواند پیش از رجوع به مضمون‌عنه و صرف‌نظر از امتناع یا عجز او، طلب خود را از ضامن مطالبه کند.

حال اگر ضامن بی‌آنکه به میزان و اوصاف دین آگاهی داشته باشد از مضمون‌عنه ضمانت کند، عقد ضمان چه وضعیتی خواهد داشت؟ آیا جهل او مانع صحّت عقد ضمان است یا اساساً دخالتی در این امر نداشته، به عقد خدشه‌ای وارد نمی‌آورد؟ در پاسخ به این مسئله فقیهان آرای مختلفی دارند. نظر مشهور این است که علم ضامن به مقدار دین و اوصاف آن شرط نیست. بنابراین اگر کسی بی‌آنکه بداند مضمون‌عنه به چه میزان بدهکار است یا دین او حالاً یا مؤجلاً است و یا از چه جنسی و با چه خصوصیتی است، ضامن او شود و مضمون‌له (طلبکار) نیز بپذیرد، عقد ضمان صحیح است و او ملزم به پرداخت دین خواهد بود. قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور در ماده ۶۹۴ به این ضمانت تصریح کرده است. در مقابل نظر مشهور، گروهی از فقیهان امامیه و همه شافعیه و حزمیه و نیز گروهی از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که باید مقدار و اوصاف دین معلوم باشد و بر این اساس، ضمان از دین مجهول را باطل می‌داند.

تبيين نظريۀ مشهور

عقد ضمان از جمله عقود تبعی محسوب می‌شود؛ یعنی دین ضمانت‌شده از حیث مقدار و وصف و جنس تابع دینی است که مبنای تعهد ضامن قرار گرفته است. اگرچه بین فقیهان در توثیقی یا ناقل بودن ضمان اختلاف است و مشهور نزد فقیهان امامیه نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است، این اختلاف، تأثیری در حکم ایشان نسبت به ضمان از دین مجهول نداشته و آنان در صحت یا بطلان این نوع ضمان به ناقل بودن -نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ضامن- یا توثیقی بودن -ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه- ضمان استنادی نکرده‌اند.

مشهور فقیهان امامیه در صحت ضمان از دین مجهول توافق دارند و به منظور اثبات، دلایلی چند از جمله تمسک به اصل صحت و اطلاق نصوص و عدم منافات ضمان با غرر بیان فرموده‌اند. اگرچه مشهور، علم ضامن را حین عقد ضمان به مقدار و اوصاف و میزان دین شرط ندانسته‌اند و ضمانت ضامن را از دین مجهول صحیح دانسته‌اند، اما ظاهراً در بین آرای قائلان به صحت این نوع ضمان، در جزئیات حکم به صحت اختلاف است. برخی صحت ضمان از دین مجهول را مشروط به امکان علم به مقدار و اوصاف و شرایط دین بعد از عقد ضمان نموده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۵۵/۴). برخی نیز با اغماض بر این عقیده‌اند که اگر امکان علم در واقع بعد از ضمان به مقدار و اوصاف دین باشد برای صحت ضمان کافی است، اگرچه در ظاهر این امکان نباشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۶/۲۶؛ موسوی خمینی، *تحریر الوسیله*، بی‌تا: ۴۴/۳). برخی نیز بر این عقیده‌اند که اگر میزان و اوصاف دین دایر بین اقل و اکثر باشد و امکان علم در واقع باشد اگرچه در ظاهر ممکن نباشد ضمان صحیح است و اگر امر دایر بین اقل و اکثر نباشد از طریق قرعه یا غیر آن می‌توان مقدار و اوصاف دین را معلوم کرد (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۲/۱۳).

بنابراین فقیهان واژه علم را هم در اشتراط علم ضامن به مقدار و اوصاف دین و هم در اشتراط امکان علم بعد از ضمان به صورت مطلق به کار برده‌اند و آن را مقید به تفصیلی یا اجمالی بودن نکرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۲/۲۶؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۲/۱۳).

موسوی خمینی، *تحریر الوسیله*، بی تا: ۴۴/۳)، اما برخی با دقت نظر بیشتری چنین گفته‌اند که معرفت ضامن به مقدار مضمون به در هنگام عقد ضمان شرط نیست (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۵۵/۴؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۰/۱۳). معرفت به تصریح لغت‌شناسان متوجه ذات مسمی و علم متوجه احوال مسمی است (دوری، ۲۰۰۶: ۱۸۹-۱۹۰)، از این رو معرفت ادراک امر جزئی یا بسیط است در حالی که علم در مقابل آن و ادراک امر کلی یا مرکب است (معین، ۱۳۶۰: ۴۲۲۸/۳). شاید بتوان از به کارگیری واژه معرفت در کلام این فقیهان چنین استفاده کرد که مراد از علمی که در صحت ضمان از دین مجهول شرط نیست علم تفصیلی یعنی همان ادراک امر جزئی یا بسیط باشد و علم اجمالی ضامن به مضمون به شرط صحت ضمان از دین مجهول است. همچنان که بسیاری از حقوق‌دانان قید علم اجمالی را در تبیین حکم مشهور فقیهان به صحت ضمان از دین مجهول آورده‌اند و برخی حتی شرط علم اجمالی را به کلام فقیهان مستند کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۸۸).

بر اساس ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شرایط اساسی صحت معامله، معلوم بودن مورد معامله است و از طرفی علم اجمالی به مورد ضمان کافی دانسته شده است؛ بنابراین حقوق‌دانان ضمان را از عقود دیگر که مشمول ماده ۱۹۰ می‌شوند مستثنا کرده و علت آن را ارفاقی بودن ضمان مطرح کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۲: ۲۶۶/۲). این در حالی است که در ماده ۵۶۳ قانون مدنی درباره عقد جعاله - که مانند ضمان عقدی ارفاقی است - قید عدم شرط معلوم بودن من جمیع الجهات ذکر شده است. در نتیجه می‌توان گفت که در قانون مدنی، ضمان تنها عقدی نیست که علم تفصیلی در آن شرط نیست و با وحدت ملاک بین جعاله و ضمان می‌توان ادعا کرد که در ضمان نیز معلوم بودن دین من جمیع الجهات شرط نیست، اگرچه در قانون مدنی به این نکته تصریح نشده است. به عبارت دیگر با تنقیح مناط بین جعاله و ضمان می‌شود گفت که باید مقدار و اوصاف دین از همه جهت برای ضامن مجهول و مبهم نباشد. این گفته با ذیل ماده ۶۹۴ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است»، سازگار است.

مشهور فقیهان همچنین شناخت ضامن را نسبت به وصف و نسب مضمون له

(طلبکار) و مضمون‌عنه (بدهکار) نیز شرط ندانسته و شناخت ایشان را در حد تمیز مضمون‌عنه از مضمون‌له کافی دانسته‌اند و برای تعلیل این مطلب فرموده‌اند که غرض از ضمان ایفای دین است و ایفای دین متوقف بر شناخت نسب و وصف مضمون‌له و مضمون‌عنه نیست (عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۱۱۸/۴). پس می‌توان گفت عدم اشتراط علم تفصیلی و جزئی ضامن نسبت به مضمون‌به و مضمون‌له و مضمون‌عنه به ارفاقی بودن ضمان برمی‌گردد. به عبارت دیگر چون ضمان عقد مسامحی است در نتیجه علم اجمالی به موضوع و طرف قرارداد کافی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۵۵).

ادله بطلان ضمان از دین مجهول

۱- وجود غرر در ضمان از دین مجهول

بر اساس حدیث مشهور «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۴۴۸/۷)، پیامبر اکرم ﷺ از بیع غرری نهی فرموده‌اند و در برخی کتب، حدیث مذکور به این شکل روایت شده است: «نهی النبی ﷺ عن الغرر» (حلی، ۱۳۸۸: ۲۹۱). اما به نظر می‌رسد مراد کسانی که حدیث را به شکل مطلق آورده‌اند همان حدیث مشهور باشد (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۱/۱۳). گروهی از فقیهان ادعا کرده‌اند که این حدیث به دلیل اجماع، در مطلق معاوضات جاری است (همان: ۲۷۱/۳). با استناد به حدیث شریف نبوی و تعمیم حدیث به سایر معاملات، در ضمان از دین مجهول، نوعی غرر حاکم است و از آنجا که نهی در معاملات دلالت بر بطلان دارد و دلیل بر صحت ضمان از دین مجهول با وجود نهی پیامبر ﷺ نداریم، پس این نوع ضمان باطل است (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۹/۳).

به عقیده گروهی از اندیشمندان حقوق اسلامی، جاری شدن قاعده نهی از معامله غرری در ضمان از دین مجهول، به این برمی‌گردد که ضمان را عقدی معاوضی می‌دانند، با این استدلال که از اینکه مضمون‌له در برابر ضامن تعهد به امری نمی‌کند نباید نتیجه گرفت که ضمان عقدی رایگان است. درست است که ضامن در برابر مضمون‌له متعهد به تأدیه دین می‌شود و از او چیزی به عنوان عوض معامله دریافت نمی‌کند ولی آنچه که در این عقد در برابر تعهد ضامن قرار می‌گیرد هم طبق نظر

نقل و هم طبق نظر ضم به سود مضمون عنه است که بر اساس نقل، او بریء الذمه می شود و بر اساس ضم وثیقه شخصی در برابر دین او ضمانت می کند و باز عوض معامله نصیب مضمون عنه می شود. در عقد معوض ضرورتی ندارد که عوض عاید کسی شود که معوض را می دهد. تعهد ضامن به تأدیة دین، معوض معامله و بریء الذمه شدن مضمون عنه - طبق نظریه نقل که دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می شود - یا قبول وثیقه از او - طبق نظریه ضم که ضمانت ضامن به منزله وثیقه ای برای مضمون له است - عوضی است که مضمون له در برابر معوض می پردازد. برخی حقوق دانان مصری نیز از این تعبیر استفاده کرده و گفته اند در عقد معاوضی ضرورتی ندارد که عوض حتماً به یکی از متعاقدین داده شود (سنهوری، ۱۹۷۰: ۲۵/۱۰). طبق استدلال فوق ضمانت عقودی معاوضی محسوب می شود و روایت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله شامل مطلق معاوضات می شود پس غرر در ضمانت از دین مجهول، راه یافته و مانع از صحّت این عقد می گردد.

نقد و بررسی

فقیهان امامیه عقد معوض غرری را به استناد حدیث نبوی صلی الله علیه و آله در نهی از غرر باطل می دانند (طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۳۰۴). اما ضمانت عقودی معاوضی نیست؛ درست است که طبق نظر نقل، مضمون له آنچه را که بر ذمه مضمون عنه دارد با عقد ضمانت از دست می دهد و در مقابل، آنچه را که در ذمه ضامن است به دست می آورد، اما معنای این امر انتقال دین است نه تعویض و معاوضه در معنای اصطلاحی - که به دست آوردن چیزی است که شخص آن را در اختیار ندارد در برابر واگذاری آنچه که در اختیار دارد، بنابراین مضمون له چیزی را از دست نداده و در حقیقت - بر خلاف ضامن نسبت به مضمون عنه - هیچ تبرّعی ندارد.

طبق نظر نقل، ضامن ذمه خود را در برابر برائت ذمه مضمون عنه مشغول می سازد و در واقع نسبت به او تبرّع دارد. پس ضامن که یک طرف عقد است در برابر تعهد به پرداخت دین چیزی از مضمون له دریافت نمی کند. استدلالی که در بحث وجود غرر در ضمانت از دین مجهول آمده - که قائلان به بطلان آن را مطرح کرده اند، مبنی

بر اینکه نیازی نیست عوض عاید کسی شود که معوض را پرداخت می‌کند، صحیح نیست. اگر با قدری مسامحه بگوییم که ضمان در این بخش از اثر خود، معاوضه را تداعی می‌کند باید بخش دیگر آن یعنی تبرّع ضامن را نیز ملاحظه کرد و گفت که ضمان نسبت به ضامن تبرّعی و نسبت به مضمون له معاوضی است. اما حتی اگر در این صورت عقد را معاوضی بدانیم آن هم فقط نسبت به مضمون له، زمانی که ضامن ضمن عقد، عدم برائت ذمه مضمون عنه را شرط می‌کند عقد جنبه معاوضی بودن خود را از دست می‌دهد، در این صورت باید چنین شرطی هم باطل و هم مبطل باشد؛ به دلیل اینکه در عقود معاوضی شرط عدم عوض یا معوض کردن، شرطی بر خلاف مقتضای ذات عقد است و چنین شرطی باطل و مبطل است.

همچنان که در عقود معوض مثل بیع، مشتری نمی‌تواند بگوید کالا را خریدم به شرط اینکه عوض را ندهم! اما شرط ضامن هنگام عقد بر عدم برائت مضمون عنه، نه تنها مبطل عقد نیست، بلکه در ضمن عقد چنین شرطی صحیح و نافذ است. پس معلوم می‌شود عقد ضمان به هیچ وجه داخل در عقود معاوضی نمی‌تواند باشد. در عقود تبرّع هم همین استدلال جاری است؛ یعنی اگر در هبه، عوض شرط شود هرگز هبه چهره تبرّعی خود را از دست نمی‌دهد. اندیشمندان حقوق اسلامی هبه معوضه را یک عمل حقوقی تبرّعی می‌دانند نه مقابله و معاوضه (انصاری، ۱۴۱۸: ۹/۳). قابل ذکر است گروهی از فقیهانی که از طرفی به ضم بودن ضمان - به معنای ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه در مقابل نظر نقل که انتقال ذمه ضامن به مضمون عنه است - معتقدند و از طرف دیگر قائل به بطلان ضمان از دین مجهولند، منافات ضمان با غرر را در زمره دلایل خویش بر بطلان چنین عقدی ذکر نکرده‌اند (ابن قدامه، بی تا: ۷۲/۵)؛ زیرا طبق نظر ضم، دین هم چنان بر عهده مضمون عنه است و با ضمانت ضامن، مضمون عنه بری الذمه نمی‌شود، بلکه ضمانت ضامن، فقط به منزله وثیقه‌ای برای ادای دین است که اگر مضمون عنه دین را ادا نکرد، ضامن پرداخت کند و این قرینه‌ای می‌شود بر اینکه بر مبنای نظر ضم، بحث معاوضی بودن ضمان، اصلاً قابل طرح نیست تا به غرر - که عقود معاوضی را باطل می‌کند - برای بطلان ضمان از دین مجهول استناد شود. چرا که در مقابل عمل ضامن که به منزله وثیقه

است، مضمون عنه بری‌الذمه نمی‌شود. پس هیچ عملی از مضمون له - طلبکار - صادر نشده که عوض عمل ضامن محسوب شود. ضمن اینکه حتی بری‌الذمه شدن مضمون عنه - که اثر عقد طبق نظر نقل است - نیز عوض عمل ضامن محسوب نمی‌شود. آری، قصد ضامن بری کردن دین مدیون و تبرع در حق او بوده، ولی قصد او عوض عقد به حساب نمی‌آید، اگرچه قصدش محقق شود و مدیون بری‌الذمه شود. مشهور فقیهان امامیه که قائل به نقل بودن ضمان هستند، اذعان دارند که ضمان با غرر منافات ندارد (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۲۵/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۲۰: ۱۱۵/۴؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۲/۱۳).

استدلالی که برخی فقیهان فرموده‌اند: «چون ضمان عقدی معاوضی نیست، پس منافاتی با غرر ندارد» (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۵/۴)، درست نیست؛ زیرا در میان معاملات معاوضی نیز معاملاتی هستند که با غرر باطل نمی‌شوند از جمله جعاله؛ همان‌طور که در ماده ۵۶۳ قانون مدنی چنین تصریح شده است:

در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست. اگر کسی ملتزم شود که هر کس گمشده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن، مال او خواهد بود جعاله صحیح است.

همچنین در ماده ۵۶۴ قانون مدنی آمده است:

در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد. گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

در باره مورد معامله در ماده ۲۱۶ قانون مدنی چنین ذکر شده است:

مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

موارد خاصه را قانون معین می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۱۰). پس اولاً درست است که بگوییم آن معامله معاوضی با غرر باطل می‌شود که مغابنی هم باشد مثل بیع، ثانیاً اگر بپذیریم که غرر و جهل عقود غیر معاوضی را هم باطل می‌کند - همان‌طور که بعضی از فقیهان چنین ادعایی کرده‌اند که اختصاص نفی غرر به معاوضات ممنوع

است، اگرچه این نظر، توسط دیگران مورد نقد جدی است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۲/۱۳). باید گفت که ضمان را در بر نخواهد گرفت؛ زیرا طبیعت ضمان، غرری است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۵/۴). عقودی که مبتنی بر تسامح و نوعی ارفاق هستند با غرر باطل نمی‌شوند، فرقی نمی‌کند که مثل ضمان و عاریه، غیر معاوضی یا چون جعاله و هبه معوضه، معاوضی باشند. از استقرا در مواد پراکنده‌ای که در این زمینه در قانون مدنی وجود دارد (مواد ۵۶۳، ۵۶۴، ۶۹۴، ۷۵۲ و ۷۶۶) برمی‌آید که هر جا عقد بر مبنای مسامحه و ارفاق و احسان پایه‌ریزی شده یا نیاز و اقتضای کار مورد نظر ایجاب می‌کند که دو طرف درجه‌ای از احتمال را در روابط خود بپذیرند، علم اجمالی کافی است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۸۴/۲).

۲- ضرر احتمالی در ضمان از دین مجهول

فقیهان عمدتاً قاعده‌لاضرر را بر ادله احکام اولیه مقدم می‌دارند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۵۱)؛ یعنی با وجود اینکه ضمان از عقود معین در اسلام است اما جایی که ضمان با ضرر تداخل پیدا کند، قاعده‌لاضرر بر صحت ضمان مقدم است و ضمان باطل خواهد بود. علاوه بر این زمانی که موضوع متضمن ضرر است، حکم متعلق به موضوع برداشته می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۸۱) و اگر قائل شویم که قاعده‌لاضرر هیچ ربطی به سایر احکام اولیه ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۶)، بنا بر دلیل وفای به عقد، ادای تعهد واجب است و از طرفی به حکم قاعده‌لاضرر، ایراد زیان به انسان حرام است.

در ضمان از دین مجهول احتمال ایراد ضرر به ضامن می‌رود؛ زیرا نسبت به میزان و اوصاف دین جاهل است و قاعده‌لاضرر مختص امور وجودی نیست، بلکه امور عدمی را هم شامل می‌شود. اگر از فقدان یک امر وجودی، ضرر و خسران پدید آید قاعده‌لاضرر بر این فقدان حاکم است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۱). در ضمان از دین مجهول چون ضامن فاقد علم به مقدار و اوصاف دین است می‌توان امر عدمی را به وجودی برگرداند و قاعده‌لاضرر را عامل بطلان چنین عقدی دانست. وقتی ضامن در برابر مضمون‌له، متعهد به تأدیه دینی مجهول می‌شود چه بسا تعهد به امری

می‌کند که به ضرر او تمام می‌شود، به دلیل اینکه شاید تمکن مالی لازم را برای ادای دین مزبور را نداشته باشد و به مشقّت و سختی بیفتد یا اینکه تکلیفی بر عهده خویش آورد که ادای آن مستلزم تحمّل ضرر است، در حالی که اگر علم به میزان و اوصاف دین می‌داشت شاید قبول چنین ضرری را نمی‌کرد و چون در اسلام عملی که مستوجب ضرر باشد محکوم به بطلان است، چنین عقدی نیز باطل محسوب می‌گردد.

نقد و بررسی

استناد به قاعده «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام» برای بطلان ضمان از دین مجهول نمی‌تواند درست باشد. مشهور قائلند که اقدام به ضرر اعم از علم و جهل است؛ زیرا همچنان که اگر مغبون قیمت روز کالا را بداند و با علم به ضرر اقدام به معامله کند، اقدام صدق می‌کند، در صورتی هم که احتمال ضرر بدهد یا ظنّ به ضرر داشته باشد و معامله را انجام دهد و خيارات را اسقاط کند، اقدام به معامله ضرری صدق می‌کند (سیستانی، ۱۳۸۹: ۲۴۳). با بررسی نظرات فقیهان در بحث غبن که بیشترین تصوّر ضرر در معامله است، مصادیق رجوع به قاعده لا ضرر روشن‌تر می‌شود. قاعده لا ضرر مهم‌ترین دلیلی است که مشهور فقیهان امامیه معتقد به خیار غبن، به آن استناد کرده‌اند. لازم بودن معامله برای شخص مغبون ضروری است و با حدیث لا ضرر لزوم، نفی می‌شود. مغبون وقتی خیار دارد که از قیمت روز اطلاع نداشته باشد، اگر از قیمت اطلاع داشت بلاخلاف و بلااشکال مغبون نیست و خیار ندارد، چون خودش به ضرر اقدام کرده است (انصاری، ۱۴۱۸: ۱۷۹/۴). مشهور نمی‌خواهند بگویند که لا ضرر شامل مورد علم به ضرر نمی‌شود و مقید به جهل است، بلکه می‌خواهند بگویند که لا ضرر شامل مورد اقدام نمی‌شود (سیستانی، ۱۳۸۹: ۲۱۳).

بنابراین همچنان که در عقد بیع هر یک از طرفین می‌توانند بدون اینکه از قیمت اطلاع داشته باشند، خیار غبن را ساقط کنند، در مورد بحث ما نیز علم ضامن به مقدار و اوصاف دین، عامل عدم جاری شدن قاعده لا ضرر نیست، بلکه اقدام ضامن که با قصد و میل و اراده خویش تن به چنین ضمانتی داده مانع تمسک به چنین

قاعده‌ای است. تصوّر بطلان این ضمان از جهت اینکه ممکن است به ضرر ضامن باشد و او نداند، خود تصوّری باطل است. اگر قرار بود قاعده لاضرر، احکام ضرری امضایی را هم که خود فرد عاقل، عالماً و عامداً به آن اقدام کرده نفی کند، اساساً لازم بود که بیع غبن باطل باشد در حالی که به عقیده همه فقیهان معامله غبنی صحیح است. در احکام امضایی دیگر - مثل احکام ضمان - نیز حکم همین است (همان: ۲۴۶). علاوه بر اینکه قاعده لاضرر امری حکومتی و اجرایی است و فقط با قاعده تسلیط تعارض دارد و در مقام معارضه و برخورد، محدوده دایره تسلیط را که از احکام اولیه است محدودتر می‌کند و با ادله دیگر برخوردی ندارد؛ یعنی قاعده لاضرر در سایر ابواب فقه هیچ نقشی ندارد (موسوی خمینی، *الرسائل*، بی تا: ۶۳/۱).

درست است که فقیهان در توضیح لاضرر از مثال خیار غبن استفاده کرده‌اند، اما اینکه در خیار غبن دلیل موجه دیگری جز قاعده لاضرر نداریم، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا مغبون شدن در معاملات همواره امکان داشته و عملاً هم از قدیم معاملات غبنی واقع می‌شده و وجود خیار در این گونه معاملات عقلایی بوده و شارع هم با عدم رد این بنا، آن را امضا کرده است. بر فرض اینکه دلیل دیگری هم بر اثبات خیار غبن نداشته باشیم، لزومی ندارد حکمی را مسلّم فرض نماییم و در صدد اثبات آن برآییم. اگر در خیار غبن یا هر حکم دیگری در اسلام دلیل وجود نداشته باشد باید گفته شود که آن امر ثابت نیست، نه اینکه با ثابت انگاشتن آن در صدد دلیل تراشی باشیم (همان: ۶۳/۱). از طرفی ضمان در اسلام عقدی امضایی است، در حالی که قاعده لاضرر با ظهور اسلام بنا نهاده شده است؛ یعنی ضمان از دین مجهول حتی قبل از اسلام نیز متصوّر است. با تصوّر حالتی که ضامن عاقل، بالغ، مختار، قاصد و دارای تمامی شرایط لازم برای صحّت عقد، اقدام به ضمان از دین مجهول نموده و دلیلی هم برای اعلام بطلان عقد او وجود ندارد، نمی‌توان از قاعده لاضرر صرفاً برای ارائه دلیل در جایی که دلیلی نیست استفاده کرد؛ زیرا او خودش اقدام به این عقد کرده و به جهل خویش نیز آگاه بوده است و ضرر و غرر منهی، ضرر و غرری است که عقلاً به آن اقدام نمی‌کنند. اگر خود فرد عالماً و عامداً اقدام کرد جریان قاعده لاضرر برای او منتفی است.

۳- عدم سازگاری التزام به مال با جهل

گروهی از فقیهان مذاهب اربعه در ردّ ضمان از دین مجهول چنین استدلال کرده‌اند که ضمان التزام به مال است و التزام به مال با جهل سازگار نیست، همان‌طور که جهل به ثمن در بیع، عامل بطلان بیع است (ابن قدامه، بی‌تا: ۷۲). در بیع اگر برای هر یک از طرفین از سه جهت مقدار، جنس و وصف هر یک از عوضین جهل یا تردیدی وجود داشته باشد بیع باطل است و فرقی نمی‌کند که جهل و تردید نسبت به اصل ثمن و مُثمن باشد یا نسبت به بخشی از آن؛ یعنی همان‌طور که در بیع معلوم بودن عوضین از شرایط صحّت معامله است، در ضمان نیز که همچون بیع عقدی لازم است جهل در میزان و اوصاف دین موجب بطلان می‌شود.

نقد و بررسی

هرچند که ضمان نوعی التزام و تعهد به مال است، مقایسه آن با عقدی چون بیع اشتباه است؛ زیرا بیع نه تنها عقدی معاوضی بلکه عقدی مغابنی است و جهل به هیچ وجه در آن راه ندارد. بیع عقدی انتفاعی، مغابنی است که طرفین با انجام آن در صدد کسب سود بیشتر یا دفع زیان محتمل هستند. اگر ثمن و مثن را در بیع چون دو کفه ترازو بدانیم، بایع و مشتری در صدد هستند دو کفه را تا حد ممکن به هم نزدیک کنند. در صورتی که ضمان عقدی مسامحی، ارفاقی و غیر انتفاعی است و اساساً ضمانت ضامن از مضمون‌عنه نوعی ارفاق یا شاید امتنان نسبت به او محسوب می‌شود. پس مقایسه آن با عقدی که مغابنی بودن و معاوضی بودن مقتضای ذاتش است، از اساس باطل است.

ادله صحت ضمان از دین مجهول

۱- اطلاق آیات و روایات

گروهی از فقیهان که قائل به صحّت ضمان از دین مجهول هستند به اطلاق نصوص استناد کرده‌اند (عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۱۱۵/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۲/۲۶؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۱۳؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۳۲۴/۵) که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

الف) آیه «أوفوا بالعقود»

یکی از مبانی اصل آزادی قراردادی در حقوق اسلامی آیه مبارکه «أوفوا بالعقود» (مانده/ ۱) است. این آیه شریفه مؤمنان را امر می‌کند که به پیمان‌های خود وفادار باشید. بعضی از فقیهان وفای به عقد را عمل بر طبق مقتضای عقد و التزام به مفاد آن معنا کرده‌اند، از این دیدگاه «أوفوا بالعقود» وجوب عمل به مفاد عقد و ترتیب اثر دادن به پیمان است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱/۲۷۵). بعضی دیگر از فقیهان وفا را به معنای تمام کردن و امر به ایفا را به لزوم عقد و وجوب التزام به آن تفسیر کرده‌اند، از این دیدگاه «أوفوا بالعقود» به معنای وجوب اتمام عقد و ادامه آن و لزوم پایبندی به عقد است (انصاری، ۱۴۱۸: ۳/۴۶). بر این مبنا لزوم عقد دلالت مطابقی و صحّت عقد دلالت التزامی این آیه شریفه است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۰۴). مطابق قواعد زبان عربی جمع همراه با «ال» افاده عموم می‌کند و حکم «أوفوا بالعقود» به نحو عام استغراقی شامل تمام عقود است (مظفر، ۱۳۷۰: ۱/۱۳۵). «أوفوا بالعقود» هم عموم افرادی و هم عموم زمانی دارد. این «ال» عهدی نیست که مخصوص زمان پیامبر ﷺ باشد بلکه «ال» جنس است که شامل تمام عقود اعم از معین و غیر معین می‌گردد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۵/۲۹۶). پس وفای به عقد شامل عقد ضمان نیز می‌شود و چون آیه اطلاق دارد، عقد ضمان مقید به علم و جهل نیست و صحیح است ولو ضامن جاهل به مقدار و اوصاف دین باشد. مضافاً اینکه سخن بعضی از فقیهان مبنی بر اینکه شمول آیه مبارکه «أوفوا بالعقود» فقط در حد عقود متعارف است، پذیرفته نمی‌شود (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۳۷۹).

ب) روایت «خُذْ مَا اشْتَهَرَ بَيْنَ أَصْحَابِكَ»

مستند برخی فقیهان در صحّت ضمان از دین مجهول روایت «خُذْ مَا اشْتَهَرَ بَيْنَ أَصْحَابِكَ» است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۴۳). به عبارت دیگر از آنجا که صحّت ضمان از دین مجهول در کلام بسیاری از فقیهان امامیه با کلمات «علی الأقوی» (ر.ک: حلی، ۱۴۱۸: ۲/۱۵۸؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۳۲۴؛ موسوی خمینی، *تحریر الوسیله*، بی‌تا: ۳/۴۴)، «علی أضحّ القولین» (ر.ک: عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۴/۱۱۵)، «الأشهر» (ر.ک: همو، ۱۴۱۳: ۴/۱۹۷)، «هذا قول

الشیخ وأكثر الأصبحاب» (ر.ک: کرکی، ۱۴۱۴: ۳۲۴/۵) و «علی الأشبه بأصول المذهب من العمومات» (ر.ک: حلی، ۱۳۸۴: ۳۷۰) آمده است، پس به استناد حدیث فوق، ضمان از دین مجهول محکوم به صحّت است.

بنابراین اگرچه شهرت فتوایی فقیهان متقدّم و متأخّر حجّیت دارد (سبحانی، ۱۳۸۴: ۶۰)، استدلال به این روایت جهت اثبات حجّیت شهرت فتوایی مورد قبول بیشتر فقیهان نیست. علاوه بر اینکه اگر فرض شود این روایت می‌تواند مثبت حجّیت شهرت فتوایی باشد، طبق نظر اصولیان، شهرت فتوایی در موضوعی می‌تواند حجّت باشد که دلیل دیگری برای اثبات آن موضوع نباشد (همان). در صورتی که در صحّت ضمان از دین مجهول دلایل دیگری اعم از اطلاق آیه مبارکه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و اصل صحّت موجود است، لذا تمسّک به چنین روایتی برای اثبات بحث ما خالی از اشکال نیست.

ج) قاعده «الزعیّم غارم»

آیه شریفه ﴿لَنْ يَأْتِيَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْغَارِ﴾ (یوسف/ ۷۲) نیز مورد استناد فقیهان قرار گرفته است (ر.ک: کرکی، ۱۴۱۴: ۳۲۴/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۴). هنگامی که حضرت یوسف علیه السلام جام را مخفیانه در بار برادرش قرار داد، به کاروانیان ندا داد که هر کس جام را بیاورد یک بار شتر به او می‌دهم و من زعیّم او هستم. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: «الزعیّم غارم» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۱۳/۳۷۰). بعضی فقیهان آورده‌اند که ضمان، حواله و کفالت مترادفند (سیوری، بی‌تا: ۶۵/۲). بعضی فرموده‌اند که زعیّم و کفیل و ضمین هر سه به یک معنایند ولی گاهی زعیّم را در رئیس قوم که متکفّل امور قوم است به کار می‌برند (طباطبایی، ۱۳۷۰: ۱۱/۳۴۹) و برخی فقیهان به مضمون این آیه و عموم قول پیامبر صلی الله علیه و آله استناد کرده‌اند که ضمان از دین مجهول جایز و جعاله از مجهول نیز مشروع است (سیوری، بی‌تا: ۶۶/۲). به این صورت که وقتی حضرت یوسف علیه السلام پرداخت یک بار شتر را که کمیت آن نامعلوم است تعهد می‌کند، در اصل دینی مجهول به گردن گرفته است، پس ضمان از دین مجهول صحیح است. نکته قابل توجه این است که استناد به روایت «الزعیّم غارم» از نظر سندی و

دلالتی مخدوش است. فقیهانی چون صاحب جواهر رحمته الله علیه و مرحوم حکیم به سند این روایت خدشه وارد کرده و فرموده‌اند که در خبر حسین بن خالد تکذیبش روایت شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۲/۲۶؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۲/۱۳). شهید ثانی رحمته الله علیه در *مسالك الافهام* فرموده‌اند که از این آیه کریمه صحّت ضمان از دین مجهول برداشت می‌شود چون در کمیت حمل اختلاف است. مرحوم حکیم از این نظر انتقاد کرده و فرموده‌اند که چون ظاهر این است که حمل مقدار معینی از وزن است که در زمان ما شامل دو وزن می‌شود (۱۶۰ حقهٔ اسلامبول یا ۲۰۰ کیلو تقریباً)، پس این آیه شامل دین مجهول نمی‌شود. با وجود چنین اختلافاتی بین فقیهان در دلالت و سند روایت، استدلال به آن برای اثبات صحّت ضمان از دین مجهول، صحیح به نظر نمی‌رسد.

(د) روایت امام سجاده علیه السلام

در روایتی آمده است که عبدالله بن حسن در حال احتضار بود. طلبکارانش جمع شدند و طلبشان را مطالبه کردند. او ایشان را نزد امام سجاده علیه السلام فرستاد تا امام از طرف او، دینش را ادا کند. امام علیه السلام فرمودند: «ضامن می‌شوم تا غلّه»، در حالی که آن زمان برای ایشان غلّه‌ای نبود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۶/۱۸). نیز در روایت دیگری آمده است که فرد در حال احتضار از خویشان خود درخواست کرد که دینش را بپردازند، امام سجاده علیه السلام ضمانت او را برای پرداخت کل دینش قبول کرد (همان: ۴۲۳/۱۸). فقیهان به این دو روایت استناد کرده‌اند. از آنجا که امام سجاده علیه السلام بدون علم به میزان دین و اوصاف آن، دین را پذیرفت، پس ضمان از دین مجهول صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۳/۲۶؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۱۳).

شایان ذکر است که فقیهان قائل به صحّت ضمان از دین مجهول، در استمساک به این روایت برای اثبات مدّعای اتفاق نظر ندارند؛ برخی فقیهان به استناد به این دو روایت اشکال گرفته‌اند که این دو حکایت از واقعه هستند و حکایت، مجمل است و دلالتی بر ضمان از دین مجهول، نفیاً یا اثباتاً ندارد و بعد تأکید کرده‌اند که دلیل عمده، عمومات ادلّه است (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۷۰/۱۳). لذا با ورود خدشه به دلالت روایت فوق، ذکر آن در زمرهٔ دلایل مثبت صحّت ضمان از دین مجهول، لازم نیست.

۲- اصل صحّت

مشهور فقیهان امامیه قائلند که بر پایهٔ تمسّک به اصل، علم ضامن به مقدار و اوصاف دین شرط نیست (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۵/۴؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۳۲۴/۵؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۷/۱۳) و برخی از فقیهان تصریح کرده‌اند که مراد از اصل، عموم دال بر صحّت عقود است (حکیم، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۳). منظور از اصل صحّت در این بحث، اصل صحّت به مفهوم وضعی است. در معنای وضعی نوعی تلقّی (صحّت) نسبت به اعمال دیگران در ایفا یا اسقاط تکلیف و تنظیم روابط عبادی یا حقوقی مؤثر است (محقّق داماد، ۱۳۸۸: ۱۹۸). شکی که در معاملات حاصل می‌شود چند حالت دارد: ۱. شک در ارکان معامله؛ ۲. شک در شرایط متعاقدین؛ ۳. شک در مقرّرات شکلی؛ ۴. شک در وجود شرط فاسد یا مانع.

طبق نظر بسیاری از فقیهان در شک در ارکان معامله اصل صحّت جاری نمی‌شود (همان: ۲۰۵). در مسئلهٔ ضمان از دین مجهول، اصل دین از ارکان معامله است و شک در اصل دین، موجب بطلان ضمان است. در بقیهٔ شک‌ها طبق نظر بسیاری از فقیهان اصل صحّت جاری است (همان). بنابراین شک در جهل ضامن به مقدار و اوصاف دین، شک در وجود مانع است؛ پس اصل صحّت جاری می‌شود و چنین عقدی صحیح دانسته می‌شود. البته شایان ذکر است که شیخ انصاری رحمته الله علیه اصل صحّت را حتی در جایی که شک در ارکان معامله هست جاری می‌داند و قانون مدنی ظاهراً به تبعیت از نظر شیخ انصاری در مادهٔ ۲۲۳ چنین تصریح می‌کند: هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحّت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود. (همان).

پس چه طبق نظر بیشتر فقیهان و چه با استناد به مادهٔ ۲۲۳ قانون مدنی، اصل صحّت در ضمان از دین مجهول جاری می‌شود. البته قانون‌گذار در مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی از شرایط اساسی صحّت معامله، موضوع معین داشتن را ذکر کرده و ممکن است این شبهه پیش بیاید که در ضمان از دین مجهول چون موضوع ضمان - که دین مدیون اصلی است - از لحاظ مقدار و اوصاف نامعین است پس یکی از شرایط

اساسی صحت معامله مفقود است و معامله طبق ماده ۱۹۰ باطل است. اما در جواب باید گفت طبق ماده ۲۱۶ قانون مدنی «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» و موارد خاصه را که علم اجمالی به آن کافی است قانون معین می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۱۰). بنابراین در کنار قاعده عمومی، پاره‌ای موارد وجود دارند که قانون‌گذار تسامح را ضروری می‌بیند و علم تفصیلی به مورد معامله را شرط نمی‌داند (همو، ۱۳۷۹: ۱۸۴/۲). پس عقد ضمان در قاعده لزوم معلوم بودن مورد معامله که یکی از شرایط اساسی صحت است، مستثنا می‌باشد؛ همچنان که در بعضی عقود دیگر مانند جعاله که مبنی بر ارفاق است نیز قانون مدنی علم اجمالی را کافی می‌داند (امامی، ۱۳۷۲: ۲).

۳- دلیل عقلایی

همان طور که قبلاً اشاره شد، عقد ضمان ارفاقی و مسامحی است. به عبارت دیگر ضامن برای ارفاق به مدیون اصلی، دین او را ضمانت می‌نماید و چون نظر ارفاقی بوده و مقصود حصول برائت مدیون اصلی یا ایجاد اعتبار برای اوست، دیگر علم ضامن به مقدار، اوصاف و شرایط دین نباید شرط صحت عقد قرار داده شود. به علاوه خود ضامن باید در این موضوع حکومت کند که آیا می‌تواند از عهده ضمانت برآید یا نه؟ (عدل، ۱۳۱۷: ۴۰۰). فردی که هنگام عقد، عاقل، بالغ، مختار و قاصد است اگر خود را به امری متعهد کند، گرچه نداند میزان دین چقدر است، عقد باطل نیست، حتی اگر تصور سفهی بودن عقد بشود. عقلاً عقد سفیهانه را باطل نمی‌دانند بلکه عقد سفیه را باطل می‌دانند. چنانچه کسی بخواهد به گونه‌ای در اموال خود تصرف کند که غالباً نوع عقلاً چنین اقدامی نمی‌کنند تصرف او باطل نخواهد بود؛ مثلاً اموال خود را به قیمت فوق‌العاده ارزان بفروشد، هر چند معامله، سفیهانه و در ظاهر به زیان اوست ولی در صحت و نفوذ آن تردیدی نیست و نه تنها دلیلی بر بطلان آن نیست، بلکه بر پایه قاعده تسلیط، مؤثر است و تمامی آثار بیع بر آن مترتب می‌شود، مگر آنکه بتوان ثابت کرد که فرد مذکور سفیه و غیر رشید است (باقری، ۱۳۸۴: ۶۱). ضمن اینکه در عقد ضمان قبول مضمون‌له و رضایت به عقد لازم

می‌باشد، چون در زمره عقود لازم است و به عقیده فقیهان ایجاب و قبول در آن شرط است.

اگر مضمون‌له که به مقدار دین آگاه است بداند که ضامن توانایی و تمکن پرداخت دین را ندارد، می‌تواند عقد را قبول نکند تا تصور ضرر برای او هم منتفی شود. چه همان‌طور که در بحث ضرر گفته شد اقدام مانع جریان قاعده لاضرر است و عقد صحیح است. با تصور اینکه ضامن بدون تمکن از پرداخت دین اقدام به ضمان نموده و مضمون‌له به عدم ملائت او در هنگام ضمان علم نداشته قانون‌گذار و شارع مقدس برای مضمون‌له حق فسخ قائل شده‌اند که می‌تواند از حق خویش استفاده کرده و عقد را فسخ کند. در ماده ۶۹۰ قانون مدنی آمده است:

اگر مضمون‌له وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده می‌تواند عقد را فسخ کند.

پس طبعاً اگر عالم به عدم تمکن او بوده و تن به قبول داده، با این اقدام او جریان قاعده لاضرر به نفعش منتفی است.

بررسی اشتراط امکان علم به مضمون‌له بعد از ضمان

پیشتر گفته شد که مشهور فقیهان صحت ضمان از دین مجهول را متوقف بر اشتراط امکان علم به مضمون‌له بعد از عقد نموده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۵/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۳/۲۶؛ موسوی خمینی، *تحریر الوسیله*، بی‌تا: ۴۴/۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۲۷۱). قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور در ذیل ماده ۶۹۴ آورده است: «ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است». علت این مهم آن است که پس از عقد ضمان و در فرضی که ضامن ملزم به پرداخت دین مورد ضمان است، باید معلوم گردد که چه مقدار را ضمانت کرده است تا بتواند آن را ایفا کند و بدیهی است وقتی امکان معلوم کردن آن وجود نداشته باشد، در حقیقت انتقالی صورت نگرفته است؛ زیرا قصد ضامن به چیزی تعلق گرفته است که قابلیت تعیین ندارد. در صحت این سخن تردیدی وجود ندارد، چه آنکه از پشتوانه عقلی برخوردار بوده و انکار آن نوعی تحکم خواهد بود. اما آنچه قابل نقد است و نظر فقیهان و قانون‌گذار را با انتقاد

روبه‌رو می‌سازد، صغرای قضیه است.

به عبارت دیگر نزاع مورد بحث در کبرای قضیه و اشتراط امکان علم در دین مورد ضمانت پس از عقد ضمان نیست، بلکه سخن در این است که آیا در ضمان مجهول وقتی که ضامن یکی از چند دین مردّد را ضمانت می‌کند یا بخشی و چیزی از دین را تعهد می‌کند، آیا پس از عقد ضمان قابل تعیین خواهد بود تا حکم به صحّت ضمان شود یا اساساً قابلیت تعیین و معلوم کردن ندارد، آنچنان که فقیهان و قانون‌گذار به آن رأی داده‌اند؟ به نظر می‌رسد که چنین ضمانی صحیح باشد و بتوان پس از ضمان میزان دین را معین کرد و از ایراد ضرر به مضمون‌عنه و چه بسا مضمون‌له جلوگیری کرد و از عقدی که طرفین آن با همه شرایط صحّت واقع ساخته‌اند حمایت کرد و به قصد انشای آنها و حاکمیت و آزادی قراردادی احترام گذاشت. از این رو اگر برای تعیین دین مردّد و مبهم، قصد ضامن ملاک و مناط قرار گیرد، محذور برطرف می‌شود و چنین ضمانی مصداق عدم امکان تعیین نخواهد شد، چه آنکه قصد ضامن هنگام عقد نسبت به یکی از چند دین یا مقداری از یک دین محل نزاع است و مرجع تشخیص خود ضامن است که اعلام می‌کند قصد او چه بوده است. چنین راهکاری در احکام فقهی و قانون مدنی بی‌سابقه نیست. برای مثال در فرضی که مدیون دیون متعدّد داشته باشد که در برابر هر کدام رهن متفاوتی قرار دارد و برخی بدون رهن هستند و یکی از دیون را ادا می‌کند بی‌آنکه آن را مشخص کند، برای تعیین دین مورد نظر، قصد او ملاک خواهد بود؛ زیرا وی به قصد خود آگاه‌تر از دیگران است. از این رو رهنی آزاد می‌شود که در برابر دینی قرار دارد که مدیون (راهن) آن را پس از تأدیه معلوم می‌کند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۹۵/۴). همان‌طور که در بعضی احکام دیگر مشهور فقیهان و نیز قانون مدنی چنین نظری دارند. در ماده ۲۸۲ قانون مدنی نیز آمده است:

اگر کسی به یک نفر دیون متعدّد داشته باشد تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین بوده است با مدیون می‌باشد.

هر دو مسئله از این حیث که دایرمدار قصد شخص (ایفاکننده در ادای یکی از دیون متعدّد و ضامن در به عهده گرفتن یکی از چند دین یا ضامن شدن نسبت به

بخشی مبهم از دین) هستند با هم مشترکند و می‌توان با وحدت ملاک در خروج از نزاع و رفع آن حکم یکسانی را نتیجه گرفت.

نتیجه‌گیری

۱- نتایج حاصل از بررسی ادله ارائه شده بر بطلان ضمان از دین مجهول، نشان می‌دهد که این ادله قابل رد هستند و نمی‌توان آنها را مستند حکم به بطلان قرار داد، زیرا:

الف) اینکه ضمان از دین مجهول متضمّن غرر و در نتیجه موجب بطلان ضمان خواهد بود، قابل نقد است، چه اینکه غرر عقود معاوضی مغابنی را باطل می‌کند نه عقد ضمان را که در طبیعت خود غرری است و حتی اگر معاوضی بودن آن پذیرفته شود، مغابنی نبودن آن مورد اتفاق فقیهان است. پس ضمان تخصصاً از نهی نبوی از غرر، خارج است.

ب) استناد قائلان به بطلان ضمان از دین مجهول، به قاعده لاضرر نیز با ملاحظه قاعده اقدام بی اعتبار است؛ زیرا ضامن، با وجود همه شرایط صحت و نیز توجه به عدم آگاهی خویش از میزان و اوصاف دین، اقدام به ضمان از دین مجهول نموده است. اگر قرار بود قاعده لاضرر، احکام ضرری امضایی را که فرد عاقل، عالم و عامداً به آن اقدام کرده، نفی کند، اساساً لازم بود که بیع غبن نیز - که مغبون با علم به قیمت روز انجام داده - باطل باشد، در حالی که به عقیده همه فقیهان و همه مذاهب معامله غبنی باطل نیست (سیستانی، ۱۳۸۹: ۲۴۶).

ج) استدلال عده‌ای از فقیهان اهل سنت در بطلان ضمان از دین مجهول، به دلیل عدم سازگاری التزام به مال با جهل، نیز قابل رد است، چرا که استدلال ایشان در پی مقایسه ضمان با بیع بوده است و مقایسه عقد ضمان که مسامحی و ارفاقی و غیر انتفاعی است با عقد مغابنی بیع که طرفین آن در صدد کسب سود بیشتر یا دفع زیان محتمل هستند، از اساس مقایسه باطلی است.

۲- علاوه بر این، دلایلی از جمله اطلاق آیات و روایات و اصل صحت مبتنی بر صحت ضمان از دین مجهول ارائه شد، ضمن اینکه ضمانت ضامن از دین نامعلوم،

حتی اگر تصوّر سفهی بودن آن نیز برود، از نظر عقلاً پذیرفته می‌شود چرا که عقلاً عقد سفیهانه را - به خلاف عقد سفیه - باطل نمی‌دانند.

۳- فقیهان در صحت این نوع ضمان، امکان علم بعد از ضمان را نسبت به دین مجهول شرط دانسته‌اند. ضمن پذیرش این شرط به عنوان کبری در نزاع، صغری که عدم امکان علم در ضمان از دین مردّد یا بخشی از دین است، پذیرفته نشد. چرا که با تنقیح مناط از بحث رهن، - همچنان که در دیون متعدّد یک فرد نسبت به دیگری، تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین بوده با مدیون است - در ضمان نیز مرجع تشخیص قصد ضامن نسبت به «یکی از چند دین» یا «مقداری از یک دین»، خود ضامن است. پس می‌توان هم عقد را به قوّت خود باقی گذاشت و هم از ایراد ضرر به مضمون‌عنه و مضمون‌له جلوگیری کرد. آری در ضمان از دین مجهول اگر بتوان موردی را پیدا کرد که نتوان بعد از عقد ضمان به آن علم پیدا کرد، قطعاً بر اساس کبرای یادشده، باید به بطلان ضمان حکم کرد. بنابراین در وهله اول باید سعی کرد به طریقی منطقی مقصود ضامن را کشف کرد و اگر ابراز نکرد یا مقصود او کشف نشد حاکم می‌تواند از طریق ولایتی که دارد او را وادار به ابراز نماید و در صورت عدم اعلام ضامن با وجود اجبار حاکم، خود حاکم می‌تواند با نظر به عرف، مقدار مجهول مضمون را تعیین کند یا از نظر کارشناسان قضایی در تعیین مقدار استفاده نماید. از این رو در پایان، پیشنهاد حذف فراز دوم ماده ۶۹۴ مبنی بر بطلان ضمان مردّد بین چند دین، داده شد.

پیشنهاد

طبق ماده ۲۸۲ قانون مدنی در مسئله تأدیه دیون متعدّد مدیون به داین، تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین بوده است با مدیون است. پس می‌توان گفت که اگر ایفای تعهد نوعی عمل حقوقی و مبتنی بر ایجاب و قبول باشد پذیرش مورد تأدیه از ناحیه مضمون‌له به منزله رضایت او به ایجابی است که بدهکار انشا کرده است و قطعاً خود موجب باید هرگونه ابهام را در ایجاب برطرف سازد، نه شخصی دیگر (باقری، ۱۳۸۲: ۱۰۸). اگرچه فقیهان بحث فوق را ذیل عقد رهن و با توجه به دین راهن

به مرتهن مطرح کرده‌اند (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۳۲/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۹۴/۴-۹۵)، از طریق وحدت ملاک می‌توان گفت ضامنی که به نحو تردید، یکی از چند دین را ضمانت نموده است نیز می‌تواند قصد خویش را اعلام کند؛ زیرا در جایی که مرجع نزاع میان دو نفر، قصد یکی از طرفین است، قطعاً خود وی به قصد خویش آگاه‌تر از دیگران است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۹/۹؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۹۵/۴)؛ پس برای حل نزاع باید از ضامن خواست تا قصد خویش را اعلام کند. اگر چنین نکرد حاکم او را وادار به اعلام قصد می‌کند و اگر باز ممانعت ورزید، حاکم با ولایتش می‌تواند مقدار مجهول یا مردّد را اعلام کند (الحاکم ولی الممتنع).

نهایت اینکه اعلام بطلان عقد در صورت ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید صحیح نمی‌باشد. در نتیجه فراز دوم ماده ۶۹۴ قانون مدنی که بیان داشته است: «لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است» باید حذف شود.



کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن قدامه، المعنی، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۳. اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد نمازی، قاعدة لاضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۴. امامی، حسن، حقوق مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۲ ش.
۵. انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۶. باقری، احمد، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات آن، ۱۳۸۲ ش.
۷. همو، فقه مدنی، عقود تملیکی بیع - اجاره، تهران، سمت، ۱۳۸۴ ش.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ضمان عقدی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، آل البیت (عج)، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق (علیه السلام)، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۱۱. حلّی، ابن فهد، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۲. حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ هفتم، قم، استقلال، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکرة الفقهاء، قم، آل البیت (عج)، ۱۳۸۸ ق.
۱۴. همو، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۵. دوری، محمد یاس خضر، دقائق الفروق اللغویة فی بیان القرآن، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۶ م.
۱۶. سجانی، جعفر، الوسیط، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۳۸۴ ش.
۱۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۷۰ م.
۱۸. سیستانی، سید علی، قاعدة لاضرر و لاضرار، به تقریر حسین سیستانی، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹ ش.
۱۹. سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدالله، کنز العرفان، تهران، المكتبة المرتضویة، بی تا.
۲۰. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. طباطبایی، سید محمد حسین، تفسیر المیزان، چاپ چهارم، قم، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، ۱۳۷۰ ش.
۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
۲۳. عاملی جبعی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، با حاشیة کلانتر، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ سوم، بی جا، کانون کتاب آفتاب، ۱۳۱۷ ش.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ پنجم، تهران، نشر، ۱۳۸۰ ش.
۲۷. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، تهران، مدرس، ۱۳۷۹ ش.
۲۸. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، آل البیت (عج)، ۱۴۱۴ ق.

۲۹. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز علوم اسلامی، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۸ ش.
 ۳۰. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ چهارم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
 ۳۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، تهران، سپهر، ۱۳۶۰ ش.
 ۳۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، الرسائل، قم، طباطبایی، بی تا.
 ۳۳. همو، تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
 ۳۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
 ۳۵. نوری طبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی