

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۰  
پاییز ۱۳۹۶، ۵۰-۳۱

## تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران\*

دکتر محمد مهدی الشریف<sup>۱</sup>

دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

Email: alsharif46@yahoo.com

رضا قاسمی

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

Email: ghasemi.rostami@yahoo.com

### چکیده

قانون مدنی به تبع فقه، عقد ضمان را ناقل ذمه دانسته و موضوع ضمان را به اموال کلی یا دیون محدود کرده است. هر چند نتیجه این تعریف نادرستی ضمان از اعیان خارجی است اما همین قانون در ماده ۶۷۹ به این نتیجه پایبند نمانده و همداستان با اغلب فقیهان، حکم به درستی ضمان عهده که خود قسمی از ضمان اعیان مضمونه است، داده است. بسیاری از فقیهان معاصر با استفاده از نهاد «عهده» که بر خلاف «ذمه» ظرف اموال خارجی است، ضمان اعیان را عقدی مستقل از ضمان دیون قلمداد کرده و با استناد به عمومات، حکم به صحت ضمان اعیان اعم از مضمونه و غیر مضمونه و نیز درستی بیمه مالی که در تصرف مالک آن است، کرده-اند. بر پایه این تحلیل، نتیجه اعتبار نمودن عین خارجی بر عهده این است که ضامن، نخست ملزم به رد عین و در فرض تلف، ضامن رد بدل به مالک می‌گردد. با توجه به عمومات قانونی هم‌چون ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم به درستی اعیان مضمونه در حقوق موضوعه نیز با مانع خاصی روبرو نیست.

**کلیدواژه‌ها:** ضمان اعیان، ضمان اعیان مضمونه، ضمان اعیان غیر مضمونه، ضمان عهده، عقد بیمه

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۶/۲۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۳/۱۸.

## مقدمه

ضمان در اصطلاح فقها، عقدی است که به موجب آن مالی از ذمه شخصی بیرون شده و در ذمه شخص دیگر قرار می‌گیرد (اردبیلی، ۲۲۰) و به تعبیر کوتاه‌تر ضمان عبارت است از نقل حق از ذمه مدیون به ذمه ضامن (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۲/۷۷۶). یکی از مباحث اصلی در «ضمان»، بحث از شرایط موضوع ضمان یا حق مضمون یا مضمون به است. تقریباً در تمامی کتب فقهی مرتبط، به این موضوع تصریح شده که «حق مضمون» باید دارای دو شرط باشد: یکی مالیت و دیگری ثبوت بر ذمه. برخی از فقهاء بر این دو شرط ادعای اجماع نموده‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۶/۳۹۷). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۶۸۴ به تبع از پیشینه روشن فقهی در تعریف عقد ضمان چنین مقرر می‌دارد: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد». چنان‌که پیداست هم در تعریف فقهی و هم در تعریف قانون مدنی، موضوع عقد ضمان یا «مضمون به»، مال ثابت بر ذمه است. روشن است که مال ثابت بر ذمه مالی کلی است زیرا شرط ثبوت مال بر ذمه کلیت آن است و مال جزئی قابل استقرار بر ذمه نیست. مال بر ذمه مفهومی جز «دین» ندارد و از همین رو فقها در تعریف دین آن را به مال کلی ثابت بر ذمه تعریف کرده‌اند (گلپایگانی، ۲/۶۵). بنابر این عقد ضمان مفهومی جز انتقال «دین» یا مال کلی از ذمه مدیون به ذمه ضامن ندارد (حکیم، ۱۳/۲۴۴). در هر حال نتیجه منطقی این تعاریف آن است که مال خارجی و بطور خاص عین خارجی نمی‌تواند موضوع عقد ضمان قرار گیرد (بجنوردی، ۶/۱۱۷)؛ زیرا مال خارجی به حسب فرض در خارج تحقق دارد و بر ذمه مستقر نیست. به بیان روشن‌تر چنان‌چه مالی در خارج موجود باشد، ضمانت در مورد آن امکان‌پذیر نیست، زیرا مال خارجی بر ذمه شخص قرار ندارد تا بتوان به کمک عقد ضمان، آن مال را از ذمه او خارج و به ذمه ضامن منتقل نمود. لکن با وجود آن‌چه گفته شد در اکثر کتب فقهی، بخشی تحت عنوان ضمانت از اعیان خارجی وجود دارد، که در آن بحث درباره ضمانت از اعیانی مطرح است که در زمان عقد ضمان در خارج موجود بوده و بر ذمه مضمون عنه مستقر نیستند. هر چند با وجود تعریف ضمان به نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر و نیز شرایطی که فقهاء برای حق موضوع ضمان لازم دانسته‌اند، بحث از ضمان اعیان خارجی فاقد توجیه به نظر می‌رسد اما چنان‌که گفته شد تقریباً تمامی مؤلفان به بحث در خصوص این موارد پرداخته‌اند و احیاناً حکم به صحت برخی از این موارد داده‌اند که از جمله مهم‌ترین و معروف‌ترین آن‌ها می‌توان به ضمان عهده اشاره نمود. اصطلاح «ضمان دین» و «ضمان عین» برای نشان دادن این دو قسم از ضمان در کلمات فقها بکار رفته است.

قانون مدنی نیز هر چند در تعریف ضمان از قول حاکم در فقه تبعیت کرده و آن را به بر عهده گرفتن

مال بر ذمه تعریف نموده است و در نتیجه نباید به ضمان اعیان خارجی روی خوش نشان دهد، اما نویسندگان قانون مدنی در این موضوع نیز از فقه تبعیت نموده و حداقل در مورد یکی از اقسام مهم ضمان اعیان یعنی ضمان عهده، حکم به صحت ضمان داده‌اند. ماده ۶۹۷ ق.م مقرر می‌دارد: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر درآمدن آن جایز است». به موجب این ماده در عقد بیع، ثالث می‌تواند از بایع یا مشتری در مقابل طرف دیگر عقد ضمانت نماید که چنانچه مبیع یا ثمن ملک غیر بوده و معامله فضولی درآید، آنچه بایع یا مشتری از طرف مقابل گرفته به او بازگرداند و در صورت تلف، بدل آن را بدهد. همان‌گونه که پیداست ضمان عهده شامل صورتی که عین مبیع یا ثمن در نزد مضمون‌عنه (مشتری یا بایع) موجود است نیز می‌گردد در حالی که در این فرض که مال تلف نشده و بصورت دین بر ذمه بایع یا مشتری قرار نگرفته، ضمان به معنای مصطلح آن یعنی به عهده گرفتن دین یا مال ثابت بر ذمه دیگری، تصور ندارد.

حکم به صحت مواردی چون ضمان عهده در عین ناسازگاری با تعریف ضمان و با اشتراط ثبوت مال بر ذمه در موضوع ضمان پرسش‌های متعددی را ایجاد می‌کند. آیا همان‌گونه که برخی فقهاء احتمال داده‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۶/۳۹۸) شرط ثبوت مال بر ذمه شرط ضروری برای تحقق ضمان نبوده و ناظر به مورد غالب است؟ (سبزواری، ۲۰/۲۸۰) یا برعکس، این شرط ضروری بوده و مواردی همچون ضمان عهده، حکمی استثنائی و مبتنی بر دلیل خاص بوده و از این رو در سایر موارد ضمان اعیان همچون ضمان اعیان مغصوبه قابل تعمیم نیست؟ در هر صورت چه این حکم استثنائی بوده یا مطابق قاعده و قابل تعمیم باشد، اثر این‌گونه ضمانات چیست؟ مسلماً اثر ضمان اعیان، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن که اثر ضمان مصطلح یا همان ضمان دیون است نمی‌باشد. زیرا به حسب فرض در حین ضمان، دینی وجود ندارد تا سخن از نقل آن به میان آید. پرسش دیگر این‌که در ضمان دیون که نقل ذمه صورت می‌پذیرد با تحقق ضمان، دیگر مضمون‌عنه مسئولیتی نداشته و مراجعه به او معنا ندارد اما آیا در ضمان اعیان نیز اثر ضمان، عدم مسئولیت مضمون‌عنه نسبت به رد عین یا بدل آن است یا این‌که در ضمان اعیان، تکلیف مضمون‌عنه یا کسی که عین در تصرف اوست ساقط نشده و او نیز کماکان مکلف به رد عین است و تنها اثر ضمان این است که مسئولیت ضامن به مسئولیت مضمون‌عنه افزوده می‌شود؟ در فرض اخیر آیا ضمان اعیان مستلزم ضم ذمه به ذمه که قول فقهای عامه است نمی‌گردد؟ اساساً آیا مفهوم ضمان در ضمان دیون با مفهوم ضمان در ضمان اعیان و مثلاً ضمان عهده، یکسان است یا مراد از ضمان در ضمان عهده و امثال آن که دینی به ذمه نقل نمی‌شود، معنایی دیگر است؟

از دیگر پرسش‌های مطرح در این بحث این است که آیا بر فرض امکان تصحیح ضمان اعیان، این

حکم تنها ناظر به اعیان مضمونه همچون عین مغضوب است یا شامل اعیان غیر مضمونه همچون عین مورد عاریه یا اجاره یا رهن و امثال آن نیز می‌گردد؟ و بالاخره آیا می‌توان برای توجیه عقد بیمه اشیاء نیز که عین در نزد صاحب آن است از قالب ضمان اعیان استفاده نمود؟

### مفهوم ضمان اعیان

با توجه به کاربردهای مختلف ضمان اعیان در کلمات فقهاء احتمالات مختلفی در خصوص مراد دقیق از ضمان اعیان وجود دارد که برای جلوگیری از نقض و ابرام‌های بی‌حاصل، ضروری است محل دقیق نزاع و معنای مورد نظر این مقاله به دقت تبیین گردد. اما پیش از طرح این استعمالات یا احتمالات مختلف یادآوری این نکته لازم است که مراد از عین در تمامی این اصطلاحات، تنها عین خارجی است و عین کلی و بر ذمه مورد نظر نیست. زیرا چنان‌که گفته شد عین کلی و بر ذمه خود قسمی از دیون است و در ضمانت آن و نقل آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر هیچ مشکلی وجود ندارد و اساساً موضوع عقد ضمان مصطلح چیزی جز دیون و اموال بر ذمه که از جمله آن‌ها اعیان بر ذمه است، نیست.

به هر روی یکی از احتمالات در باب معنای ضمان از اعیان این است که ضامن صرفاً بازگرداندن یک عین خارجی را که در نزد غیر مالک است را ضمانت می‌کند و مسئولیت و ضمانت او فرض تلف را شامل نمی‌شود. نتیجه این احتمال این است که در صورت تلف عین مورد ضمانت، مسئولیتی متوجه ضامن نیست.

احتمال دیگر در باب ضمانت از عین این است که ضامن در حین وجود عین در قبال مالک تعهد می‌کند که چنانچه مال وی در نزد متصرف و بطور مثال در نزد غاصب تلف شد، او مسئول جبران خسارت و رد بدل خواهد بود (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۲/ ۷۷۶). این احتمال بر خلاف احتمال سابق در زمان بقاء عین، مسئولیتی را متوجه ضامن نمی‌داند و تنها مسئولیت او مربوط به پس از تلف است. تفاوت این فرض با ضمان مصطلح این است که در ضمان مصطلح در زمان انعقاد ضمان، دین موجود بوده و مثلاً مال در نزد غاصب تلف شده است و به محض ضمان، دین ناشی از تلف به ذمه ضامن منتقل می‌گردد در حالی که در این معنا از ضمان اعیان، در زمان تحقق ضمان، دینی موجود نیست و ضامن بصورت تعلیقی دین را بر عهده می‌گیرد. به تعبیر کوتاه‌تر در این جا تفاوت ضمان عین و ضمان دین در تعلیق و تنجیز دین (و نه عقد) است و ضامن در این قسم از ضمان، «دین معلق» را بر عهده می‌گیرد. بنابر این تحلیل، اشکال ضمان اعیان به موضوع «ضمان ما لم یجب» باز می‌گردد. نتیجه این‌که بنابر این معنا، استفاده از عین در اصطلاح ضمان اعیان مبتنی بر نوعی مسامحه بوده و در واقع آن‌چه مورد ضمان قرار گرفته، نه عین خارجی

بلکه دین احتمالی ناشی از «تلف عین» یا یک دین معلق است.

احتمال سوم این است که مراد از ضمان اعیان التزام به رد عین در صورت بقاء و رد مثل یا بدل در صورت تلف عین مضمون‌عنه است (بحرالعلوم، ۱۸۲/۲). به بیان دیگر ضمانت از اعیان خارجی یعنی تعهد ضامن به این که عین را به مالک بازگرداند و چنانچه عین تلف شد نسبت به جبران خسارت و رد مثل یا قیمت آن اقدام نماید.

هر چند برای استعمال ضمان اعیان در هر یک از احتمالات بالا و بطور خاص کاربرد دوم و سوم می‌توان در کلمات فقیهان نمونه‌هایی را سراغ گرفت اما تتبع در آراء فقهاء نشان می‌دهد، اصطلاحی که محل نزاع و گفتگو بوده و نقض و ابرام‌ها پیرامون آن شکل گرفته است، عمدتاً اصطلاح سوم یعنی التزام ضامن به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در فرض تلف است. دلیل این مدعا در درجه نخست این است که اغلب فقهای که تعریفی از ضمان اعیان بدست داده، همین معنا را به عنوان تعریف ارائه و مورد بحث و گفتگو قرار داده‌اند (نجفی، ۱۴۰/۲۶). نکته دیگری که نشان می‌دهد مراد اغلب فقهای که از ضمان اعیان سخن گفته‌اند، التزام به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در فرض تلف است، اشکالاتی است که در کتب فقهی در خصوص ضمان از اعیان مطرح شده است. نگاهی اجمالی به این اشکالات نشان می‌دهد، بحث از ضمان اعیان به هر دو مقطع یعنی زمان وجود عین و هنگام تلف آن ناظر بوده و از همین رو برخی از اشکالات مربوط به امکان یا عدم امکان ضمان از عین در حال وجود آن باز می‌گردد و برخی دیگر به امکان ضمان و التزام به جبران مثل یا قیمت قبل از تلف عین راجع است. به عنوان مثال صاحب جواهر در بحث از ضمان اعیان، ضمان اعیان را به دو مرحله ضمان رد (که مربوط به فرض وجود عین است) و ضمان مثل و قیمت (که مربوط به مقطع تلف عین است) تقسیم کرده و بر هر کدام جداگانه اشکال کرده است. ایشان چند اشکال بر ضمان رد عین مطرح نموده از جمله اینکه «وجوب رد» یک تکلیف است و نه «مال بر ذمه» تا بتوان آن را از ذمه مضمون‌عنه منتقل نمود و سپس می‌نویسد این اشکال‌ها همگی مربوط به مرحله نخست بود و اما در مورد مقطع دوم یعنی ضمان مثل و قیمت نیز ما با اشکال ضمان مالم یجب و برو هستیم (نجفی، همان، ۱۴۱). نظیر این وضعیت را در بسیاری دیگر از کتب فقهی می‌توان مشاهده نمود (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۱۹۵/۴). به طور خلاصه می‌توان گفت هر چند بسیاری از کتب فقهی تعریفی از ضمان اعیان بدست نداده‌اند و کاربرد اصطلاح ضمان اعیان در معانی دیگر و به‌ویژه معنای دوم نیز کما بیش وجود دارد، اما با توجه به مجموعه استدلال‌ها و اشکالات مطرح در بحث ضمان اعیان، می‌توان گفت که اصطلاح اصلی و متنازع‌فیه ضمان اعیان معنای سوم است که شامل دو صورت بقاء و تلف عین می‌گردد. با وجود این صرف‌نظر از آن که مراد برخی از فقهاء از اصطلاح ضمان اعیان معنای اول یا دوم

آن باشد یا نباشد، به جهت شمول و توسعه‌ای که معنای سوم نسبت به دو معنی دیگر دارد، با بحث از ضمان اعیان به معنای سوم و بررسی اشکالات وارد بر آن، در واقع تمام معانی ضمان اعیان مورد بحث و بررسی قرار گرفته‌اند. ما در ادامه به دلیل اهمیت بحث اشکالات وارد بر ضمان اعیان، نخست اقسام ضمان اعیان را مطرح نموده و سپس اشکالات وارد بر هر قسم و امکان پاسخ و رد این اشکالات را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

### انواع ضمان اعیان

هر چند از دیرباز فقهاء امامیه ضمان اعیان را به سه قسم ضمان اعیان مضمونه، ضمان اعیان غیر مضمونه، و ضمان عهده تقسیم می‌نمودند (محقق حلی، ۲/ ۹۰-۹۱) و حقوق‌دانان نیز به تبع فقه از همین تقسیم سه‌گانه یاد کرده‌اند (کاتوزیان، حقوق مدنی؛ عقود اذنی و وثیقه‌های دین، ۴/ ۳۱۸-۳۱۹) اما برخی از فقهای معاصر، قسم چهارمی را نیز بر این سه قسم افزوده‌اند (روحانی، ۲۰/ ۱۶۰). اقسام چهارگانه ضمان اعیان به قرار زیر است:

#### الف) ضمان اعیان مضمونه

مقصود از ضمان اعیان مضمونه، ضمانت از اموالی است که در تصرف غیر مالک است و ید متصرف نسبت به آن‌ها ضمانتی است مانند غصب و مقبوض به عقد فاسد یا اموال امانی پس از تعدی یا تفریط (کاتوزیان، همان، ۳۱۸).

#### ب) ضمان اعیان غیر مضمونه یا امانی

مقصود از اعیان غیر مضمونه اعیانی است که ید متصرف نسبت به آن امانی بوده و نه متصرف در حین ضمان، مکلف به رد است و نه در صورت تلف، ضامن مثل یا قیمت آن است. بنابراین ضمانت از مستودع یا مستعیر یا عامل مضاربه یا وکیل یا مستأجر یا مرتهن نسبت به رد عین در فرض بقاء و رد بدل در صورت تلف از مصادیق ضمانت از اعیان غیر مضمونه است.

#### ج) ضمان عهده

قانون مدنی در ماده ۶۹۷ اصطلاح «ضمان عهده» را بدون این که تعریفی از آن بدست دهد به کار برده و صرفه به جواز آن حکم نموده است. در توضیح ضمان عهده توجه به اصطلاح ضمان درک که قانون‌گذار ایران در ماده ۳۶۲ ق.م.ب.د. اشاره نموده لازم است. چنان که می‌دانیم اگر بیع به دلیل مستحق‌الغیر درآمدن مبیع یا ثمن باطل باشد، بایع یا مشتری فضولی ضامن بوده و باید عین مالی را که دریافت کرده‌اند و یا در فرض تلف آن، بدل آن را بازپس دهند (علامه حلی، ۱۴/ ۳۲۹). حال چنان چه کسی از این مسئولیت

قانونی بایع با مشتری در فرض درک مبیع یا ثمن، در قبال طرف مقابل ضمانت نماید به آن ضمان عهده گفته می‌شود. روشن است که ضمان عهده هم شامل تکلیف رد عین مبیع یا ثمن در صورت بقاء و هم شامل فرض تلف عین مبیع یا ثمن می‌گردد و از همین روست که ضمان عهده از مصادیق ضمان اعیان به معنای خاص آن می‌باشد.

#### د) ضمانت از اعیانی که در تصرف مالک است

چنانچه پیش‌تر اشاره شد برخی از فقهای محقق معاصر قسم دیگری از ضمان اعیان را مطرح نموده‌اند که در آن ضامن از مالی ضمانت می‌کند که در نزد مالک آن قرار دارد (روحانی، همان). از این قسم تعبیر به ضمان اعیان شخصیه نیز شده است (حلی، بحوث فقهیه، ۳۴). صورت عقلایی و کاربردی این فرض را می‌توان در بیمه اشیاء مشاهده نمود که بیمه‌گر در قبال دریافت عوض، مسئولیت تلف یا نقص احتمالی کالای متعلق به مالک را که در تصرف خود اوست، بر عهده می‌گیرد و ملتزم می‌شود که اگر کالای بیمه شده تلف یا ناقص شد، بدل آن را به مالک بپردازد.

#### اشکالات وارد بر ضمان اعیان

چنانکه اشاره شد ضمان اعیان دارای اقسام متفاوتی است و بر همین اساس اشکالاتی که بر ضمان اعیان وارد گردیده نیز متفاوت است. برخی اشکالات عام بوده و برخی دیگر صرفاً در خصوص برخی از اقسام قابل طرح است. در ادامه به این اشکالات و صحت و سقم آنها می‌پردازیم.

#### الف) وجوب رد عین، مال بر ذمه نیست

این اشکال به مقطع اول ضمان اعیان یعنی تکلیف به رد عین مربوط می‌شود. گفتیم که به حسب تعریف، عقد ضمان موجب انتقال مالی که بر ذمه مدیون یا مضمون‌عنه است به ذمه ضامن می‌گردد. بنابراین شرط لازم برای مضمون به یا حق مضمون آن است که از جنس اموال، آن هم اموال بر ذمه و کلی باشد تا بتوان از نقل آن به ذمه ضامن سخن گفت. حال می‌دانیم که بر فرض بقاء عین، غاصب خود مکلف به رد عین به مالک است و وجوب رد، که یک حکم تکلیفی است، مال بر ذمه نیست تا بتوان از انتقال آن با ضمانت ضامن سخن گفت. به دیگر سخن وجوب رد از مقوله احکام است و نقل احکام بر خلاف اموال در اختیار مکلفین نیست. عبارت صاحب جواهر در این خصوص شنیدنی است. وی در مقام بیان نخستین اشکال وارد بر ضمانت از اعیان خارجی می‌نویسد: «عقد ضمان در نزد ما امامیه موجب نقل ذمه است و لذا شرط صحت ضمان ثبوت مال بر ذمه است در حالی که در مورد اعیان مضمونه سخن بر سر «وجوب است و وجوب (که یک حکم شرعی است) مال بر ذمه نیست تا بتوان از نقل آن به ذمه ضامن سخن

گفت. به بیان روشن تر وقتی کسی مثلاً از غاصبی که عین مال دیگری در ید اوست ضمانت می‌کند، اجماع وجود دارد که تکلیف یا همان وجوب رد مال همچنان در مورد غاصب وجود دارد و ضمانت دیگری باعث نمی‌شود که وجوب رد مال، از دوش غاصب برداشته شود». (نجفی، همان، ۱۴۰).

این اشکال که مهم‌ترین اشکال وارد بر ضمان اعیان است با تعابیر دیگری همچون اشتراط ثبوت حق مضمون بر ذمه، عدم امکان ثبوت عین خارجی بر ذمه، عدم امکان نقل مال خارجی به ذمه دیگری و تعابیری از این دست نیز مطرح گردیده است.

#### ب) اشکال استلزام ضم ذمه به ذمه

این اشکال مبتنی بر اشکال سابق است. به این معنی که لازمه پذیرش ضمان اعیان به معنای ضمان رد عین خارجی، پذیرش دیدگاه ضم ذمه به ذمه است که با قول منتخب فقه امامیه یعنی نقل ذمه به ذمه ناسازگار است. توضیح این که نتیجه پذیرش ضمان اعیان جز این نیست که ضامن نیز مکلف به رد مال به مالک می‌گردد اما از آنجاکه این تکلیف منافات با تکلیف خود غاصب به رد مال نداشته و به حسب اجماع فقهاء غاصب در هر حال مکلف به رد مال مغضوبه به مالک است، لازمه صحت ضمان رد، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه غاصب است در حالی که در فقه امامیه ضمان موجب نقل ذمه است و به محض تحقق ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌گردد. جالب است که مرحوم علامه در «تذکره» در عین پذیرش همراه با تردید ضمان اعیان مضمونه، تصریح می‌کند که در این صورت، ضامن و غاصب هر دو مکلف به رد بوده و مضمون‌له در مراجعه به هریک از آن‌ها مخیر است (علامه حلی، همان، ۳۳۶) البته این امر اعتراض صاحب جواهر را برانگیخته و گفته این حکم با حکم به ناقل ذمه بودن ضمان که خود علامه بدان اذعان دارد غیر قابل جمع و متناقض است (همان).

#### ج) اشکال فقدان مضمون‌عنه

این اشکال به ضمان اعیان غیر مضمونه اختصاص دارد. ماحصل این اشکال این است که در ضمان اعیان مضمونه حداقل تکلیف غاصب به رد مال وجود داشت ولی در ایادی امانی نه تنها دین و ضمان به معنای اشتغال ذمه به بدل وجود ندارد، بلکه تکلیف به رد نیز موجود نیست. بنابراین ضمان از اعیان امانی ضمانت از غیر مدیون و غیر مکلف است در حالی که یکی از ارکان ضمان، وجود مدیون و مضمون‌عنه است که در این گونه موارد منتفی است (حسین حلی، ۳۲).

#### د) اشکال ضمان ما لم یجب

این اشکال به تمامی اقسام ضمان اعیان مربوط می‌شود. در مورد ضمان اعیان غیر مضمونه مادام که امانت باقی است و رد مال مطالبه نشده، تکلیف به رد وجود ندارد؛ از این رو اگر کسی رد عین امانی را



ضمانت کند در واقع انجام کاری را ضمانت کرده که بر خود مضمون عنه نیز واجب نیست و به تعبیر برخی فقهاء (علامه حلی، همان، ۳۲۰) اعیان غیر مضمونه، «مضمونه الود» نیستند و به تعبیر برخی دیگر (نجفی، همان، ۱۴۱) اعیان امانی «مضمونه الاصل» نیستند یعنی در وقت ضمان نه رد خود عین و نه رد عوض آن در فرض تلف، مضمونه نیست. اما در باب ضمان مثل یا قیمت عین خارجی در فرض تلف، اشکال ضمان ما لم یجب هم در خصوص اعیان مضمونه مطرح شده و هم در مورد اعیان غیر مضمونه زیرا به حسب فرض در وقت ضمان، ذمه مضمون عنه به بدل عین مشغول نیست و مادام که چیزی بر ذمه ثابت نیست انتقال آن به ذمه ضامن، معنا ندارد. البته باید توجه داشت که این اشکال در مورد اعیان غیر مضمونه از قوت و شدت بیشتری برخوردار است؛ چه این که در ایادی امانی نه تنها فعلاً ذمه امین به چیزی مشغول نیست بلکه حتی با فرض تلف نیز ذمه او به بدل مشغول نمی‌گردد. از همین رو علامه در «تذکره» با همین استدلال بر نادرستی ضمان تلف اعیان غیر مضمونه ادعای اجماع کرده است (علامه حلی، همان، ۳۲۰)، اما در ورود این اشکال به اعیان مضمونه اختلاف شدید وجود دارد و بسیاری از فقهاء ضمانت از عین مضمونه را مصداق ضمان مالیم یجب ندانسته (خرازی، ۴۱) و معتقدند همین که ید متصرف را ضمانتی می‌شماریم برای رفع اشکال ضمان مالیم یجب کافی است. به بیان دیگر همینکه غاصب مال غیر را غصب می‌کند ید او از باب ضمان ید، ضمانتی می‌گردد هر چند هنوز عین تلف نشده است و با عقد ضمان، همین وضعیت به ضامن منتقل می‌گردد.

#### ه) اشکال عدم شمول ادله ضمان بر ضمان اعیان

اشکال دیگری که مخالفان ضمان اعیان مطرح کرده‌اند این است که ادله و روایاتی که در آن از عقد ضمان صحبت شده همگی ناظر به ضمان ناقل ذمه است و در بین این ادله، دلیل مطلق یا عامی که بتوان از آن‌ها مشروعیت و صحت ضمان اعیان را استفاده نمود وجود ندارد (روحانی، همان، ۱۶۱).

#### ماهیت ضمان اعیان و پاسخ به اشکالات وارده

بر اساس اشکالات یاد شده فقهاء در قبال اقسام ضمان اعیان، مواضع مختلفی اتخاذ کرده‌اند. اشکالات مذکور باعث گردیده که تقریباً تمامی فقیهان ضمان اعیان غیر مضمونه را نادرست بشمارند و بر آن ادعای اجماع کنند (علامه حلی، همان، ۳۲۰) در خصوص اعیان مضمونه، صحت ضمان محل اختلاف شدید است و برخی از فقهاء به صحت و برخی دیگر به بطلان آن قائل‌اند اما این اختلاف در خصوص ضمان عهده که خود قسمی از ضمان اعیان مضمونه است، وجود ندارد و چنان‌که پیش‌تر اشاره شد قول به صحت ضمان عهده، مورد اتفاق و اجماع فقهاءست (بحرانی، ۳۸/۲۱). این تفکیک این پرسش را در ذهن ایجاد

می‌کند که چگونه می‌توان از یکسو ضمان اعیان را نادرست شمرد و در عین حال فتوا به صحت ضمان عهده داد؟ مراجعه به کلمات فقیهان نشان می‌دهد که خود آنان به این تعارض توجه داشته‌اند و بر همین اساس برای تخلص از این تعارض، برای توجیه حکم به صحت ضمان عهده به نیاز جامعه به وجود چنین نهادی در عرصه معاملات تمسک جسته‌اند<sup>۱</sup> (کرکی، جامع المقاصد، ۵/۳۲۵). با وجود آن چه گفته شد و بر خلاف این شهرت فقهی، گرایش به صحیح شمردن ضمان اعیان به نحو مطلق در بین فقهای معاصر به چشم می‌خورد. سرشناس‌ترین فقیه مخالف مشهور که ضمان اعیان را به نحو مطلق تجویز نموده و برخی فقهای پس از وی نیز در این موضوع از وی تبعیت کرده‌اند محمد کاظم طباطبائی یزدی صاحب کتاب «العروه الوثقی» است. این دسته از فقهاء تمامی اشکالات پیش گفته را ناتمام دانسته و با پاسخ تک تک آن‌ها، درستی ضمان اعیان را نتیجه گرفته‌اند.

#### الف) تفکیک بین ضمان اعیان و ضمان ناقل ذمه و ضمان ضم ذمه به ذمه

یکی از نکات کلیدی که در کلام باورمندان به درستی ضمان اعیان به چشم می‌خورد و براساس آن به تعدادی از این اشکالات پاسخ داده شده است این است که این دسته از فقهاء بجای تلاش بر تطبیق قواعد ضمان دیون یا همان ضمان ناقل ذمه بر ضمان اعیان، بر این نکته پای فشرده‌اند که ضمان اعیان با ضمان ناقل ذمه متفاوت بوده و خود عقد مستقلی به حساب می‌آید و نباید به صرف عدم اجتماع شرایط صحت ضمان ناقل ذمه، حکم به عدم صحت این قسم از ضمان داد. از همین رو در کلمات این فقیهان از ضمان ناقل ذمه با عنوان «ضمان مصطلح» یاد شده تا آن را از ضمان اعیان به عنوان یک عقد جداگانه متمایز سازند (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی «المحشی»، ۵/۴۳۶) به گفته این فقهاء، به عهده گرفتن عینی که در نزد دیگری است در قبال مالک، خود یک عقد متعارف و مستقل است و با عقدی که کسی دین دیگری را به ذمه می‌گیرد یا همان ضمان مصطلح متفاوت است و بنابراین هر چند اطلاقات ادله ضمان مصطلح، ضمان اعیان را در بر نمی‌گیرد اما شمول عمومات صحت عقود هم چون اوفوا بالعقود و امثال آن، برای تصحیح این عقد کفایت می‌کند (روحانی، ۲۰/۱۶۲). با این تمهید این اشکال که شرط صحت عقد ضمان این است که مضمون به مال ثابت بر ذمه باشد، خود بخود منتفی می‌شود؛ زیرا این شرط مربوط به ضمان مصطلح است نه عقد ضمان مورد بحث.

علیرغم اینکه در ضمان اعیان، پس از تحقق ضمان و مسئولیت ضامن به رد عین، مسئولیت مضمون عنه همچنان پابرجاست اما این نوع از ضمان با ضمان موجب ضم ذمه به ذمه که در فقه عامه مطرح است تفاوت بنیادی دارد. موضوع ضمان ضم ذمه به ذمه همچون ضمان نقل ذمه، دین ثابت بر ذمه است با این

۱. «و قد جوز الأصحاب ضمان العهده علی تقدیر الاستحقاق، لمسیس الحاجة، فلا یتعدی»

تفاوت که در رویکرد فقه امامیه، پس از ضمان، ذمه مضمون عنه برئ می‌شود ولی در رویکرد فقه عامه، مسئولیت ضامن به مسئولیت مضمون عنه ضمیمه می‌شود و این در حالی است که موضوع ضمان اعیان، عین خارجی است نه دین ثابت بر ذمه.

#### ب) تمایز ذمه و عهده و امکان استقرار عین خارجی بر «عهده»

مبنای دیگری که در استدلال موافقین ضمان اعیان جنبه محوری دارد تمرکز بر مفهومی به نام «عهده» در قبال «ذمه» است. عهده مانند ذمه ظرفی اعتباری است با این تفاوت که ذمه ظرف اموال کلی یا همان دیون و عهده ظرف اعیان و اموال خارجی است. به تعبیر یکی از فقیهان معاصر: «الذمه مع العهده متشابهان نسباً فی الاصطلاح الفقہی و القانونی. لأنهما معا یتضمنان معنی المسؤولیه، إلا أن الذمه هی ظرف المال الکلی و العهده هی، ظرف المال أو العین الخارجی.» (صدر، ما وراء الفقه، ۴/۳۲۲).

چنان‌که اشاره شد یکی از اشکالات اساسی وارد بر ضمان اعیان، اشکال ضمان مالم یجب بود، به این معنی که در ضمانت از عین موجود در خارج، در وقت ضمان، مالی بر ذمه نیست تا منتقل شود و مال بر ذمه پس از تلف عین بر ذمه مستقر می‌شود. این اشکال خود بر این پیش فرض استوار است که ذمه ظرف اموال کلی و دیون است (بحرالعلوم، همان، ۱۸۷) و در مورد اعیان خارجی نمی‌توان از ثبوت بر ذمه سخن گفت. در ضمان اعیان در وقت ضمان، آن‌چه موجود است عین خارجی است که قابل تعلق به ذمه نیست و آن‌چه قابل ثبوت بر ذمه است یعنی دین ناشی از تلف عین نیز فعلاً موجود نبوده و منوط به تلف عین در آینده است.

باورمندان به درستی ضمان اعیان و دست کم ضمان اعیان مضمونه، برای حل این معضل، بجای تاکید بر نهاد «ذمه» به عنوان ظرف اعتباری اموال کلی، بر مفهومی به نام «عهده» - که البته نباید آن را با اصطلاح عهده در «ضمان عهده» اشتباه نمود - انگشت نهاده‌اند و با این تمهید کوشیده‌اند برای اعیان خارجی نیز ظرفی اعتباری دست و پا کنند تا با مشکل ضمان مالم یجب روبرو نشوند. این دسته از فقهاء در عین پذیرش ظرفی اعتباری به عنوان ذمه که ظرف دیون و اموال کلی است، بر این باورند که از ادله می‌توان وجود ظرف اعتباری دیگری به عنوان «عهده» را استفاده نمود که امکان ثبوت عین خارجی در خصوص آن امکان پذیر است و نتیجه ثبوت عین بر عهده، اولاً وجوب رد عین است مادام که موجود است و ثانیاً التزام به جبران بدل آن است در فرض تلف عین. مهم‌ترین دلیلی که این فقهاء را به شناسایی چنین مفهومی سوق داده است مفاد دلیل «علی الید» است. زیرا مطابق این حدیث شریف، آن‌چه بر ذمه متصرف غیر مأذون است «ما لخذت» است یعنی همان چیزی که از سوی غاصب اخذ شده نه آن‌چه در دست وی یا توسط وی تلف شده است. به بیان دیگر بر اساس ظاهر حدیث، موضوع ضمان با آن‌چه بر عهده غاصب است،

نفس عین مأخوذ یا همان عین خارجی است (طباطبائی یزدی، همان، ۹۹). بنابراین مبدأ تحقق موجود اعتباری که بر عهده مستقر می‌شود زمان وقوع غصب است نه زمان تلف عین. به گفته یکی از فقهای معتقد به این دیدگاه، ظاهر سخن پیامبر گرامی (ص) که می‌فرماید: «علی البید ما أخذت حتی تؤدی» آن است که ذات آن چیزی که مورد غصب قرار گرفته است بر عهده غاصب مستقر می‌گردد و شکی نیست که این معنی، یعنی «استقرار مغضوب بر عهده غاصب»، یک حکم وضعی و ثابت در عالم اعتبار است، هر چند خود مال مغضوب، عینی خارجی و موجود در خارج است (بجنوردی، همان، ۷۵). ثبوت عین خارجی بر عهده یک حکم وضعی است که بر آن آثاری مترتب است که از جمله آن رد عین در صورت وجود و رد بدل در فرض تلف است<sup>۱</sup>.

استناد به دلیل «علی البید» برای اثبات وجود نهادی به نام عهده که در آن شارع، عین خارجی و مأخوذ را بر عهده متصرف قرار می‌دهد راه را برای اعتبار عین خارجی بر عهده از طریق انشاء و اراده انشائی هموار می‌سازد. همان‌گونه که ضمان عین خارجی به معنای ثبوت عین بر عهده، به حکم شارع امکان پذیر است، ضمان انشائی به معنای بر عهده گرفتن ارادی عین خارجی یا التزام و تعهد به اداء عین نیز امکان پذیر است و اشتغال ذمه به مثل یا قیمت عین در فرض تلف نیز از آثار مترتب بر این تعهد است (صدر، البنک اللاربوی، ۲۴۱). جالب است بدانیم در حالی که پذیرش مفهوم نوینی از ضمان که در آن نه دین، بلکه مال خارجی بر عهده مستقر می‌شود، سابقه چندانی در فقه ندارد اما استفاده از این مفهوم برای تحلیل ماهیت عقد کفالت سابقه‌ای دیرینه دارد؛ زیرا به حسب تعریف در عقد کفالت، آن چه بر عهده کفیل ثابت می‌شود، شخص مکفول عنه است که شخص خارجی است و جنبه کلی ندارد.

به هر روی با این تحلیل و پذیرش نهادی به نام «عهده» اغلب اشکالات وارد بر ضمان اعیان پاسخ داده می‌شود. اولاً با امکان ثبوت نفس عین خارجی بر عهده، دیگر جایی برای اشکال ضمان مالم یجب باقی نمی‌ماند؛ چه این که بر اساس این تحلیل در همان لحظه وقوع ضمان، عین بر عهده مستقر می‌شود؛ ثانیاً با این تحلیل معلوم می‌گردد، و جوب رد عین که یک حکم تکلیفی است از آثار ضمان اعیان به معنای بر عهده گرفتن عین است نه این که مفاد خود ضمان اعیان، انتقال نفس حکم تکلیفی و جوب رد باشد تا اشکال شود که احکام تکلیفی نه قابل انتقال اند و نه می‌توانند موضوع عقدی از عقود قرار گیرند. ثالثاً با این تحلیل اشکال ضم ذمه به ذمه نیز منتفی می‌شود چون بر بنیاد این تحلیل، دینی بر ذمه ضامن قرار نمی‌گیرد تا ضم ذمه به ذمه لازم آید بلکه عین خارجی بر عهده ضامن مستقر می‌شود و در نتیجه سخن از اشتغال دو

۱. «الذمة؛ فإن اشتغالها انما هو بأمر کلی، و أما العهدة فهی متعلقة بالموجود فی الخارج مع وصف وجوده فی الخارج، فالعین المأخوذة فی الحدیث قد تعلقت العهدة بها، ... و یرتب علی هذا الضمان الذی هو حکم وضعی اعتباری حکمان تکلیفیان: أحدهما وجوب رد العین ما دامت باقیة، ثانيهما وجوب رد بدلها مثلاً أو قيمة بعد تلفها و انعدامها» (القواعد الفقهية (للفاضل)، ۹۹۹)

ذمه به دین واحد مطرح نیست. البته به گفته برخی از فقهای بزرگ اگر قصد طرفین ضم ذمه به ذمه نیز باشد، هر چند آنچه واقع می شود ضمان مصطلح یا ناقل ذمه نیست اما فی نفسه خود یک عقد صحیح بوده و عموماً صحت عقود آن را در بر می گیرد (طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ۱/ ۱۸۴). اشکال فقدان مضمون عنه که در خصوص اعیان امانی مطرح شده بود نیز با این تحلیل مرتفع می شود، زیرا مراد از ضمان در اینجا، به ذمه گرفتن دین دیگری نیست تا گفته شود در ایادی امانی مدیون یا مضمون عنه وجود ندارد و حال آنکه یکی از ارکان تحقق ضمان وجود مضمون عنه یا مدیون است؛ بلکه مراد از ضمان در این موارد، بر عهده گرفتن عین موجود در خارج است که اثر آن وجود رد عین در فرض استحقاق یا مطالبه مالک و جبران مثل یا قیمت در فرض تلف آن است.

به هر تقدیر با این تحلیل نه تنها راه برای تصحیح ضمان اعیان مضمونه و حتی غیر مضمونه باز می شود، بلکه ضمان عهده نیز از حالت استثنائی و خلاف قاعده خارج شده و یکی از مصادیق عقد ضمان البته نه به معنای ضمان مصطلح بلکه به معنای تعهد به عین می گردد. از دیگر نتایج این تحلیل تصحیح بیمه اشیاء بر مبنای ضمان اعیان است؛ زیرا با تحلیل ضمان اعیان به بر عهده گرفتن یک عین خارجی و نه بر ذمه گرفتن دین دیگری که بر اساس آن شرط لزوم دین ثابت بر ذمه مضمون عنه منتفی می گردد تفاوت نمی کند که عینی که ضامن مسئولیت آن را بر عهده می گیرد، در نزد مالک باشد یا در نزد غیر مالک.

از آن چه در مقام تحلیل ماهیت ضمان اعیان و ارجاع آن به معنای تعهد یا بر عهده گرفتن عین خارجی گفته شد به خوبی معلوم می شود که نهاد ضمان اعیان را نمی توان با التزام به تأدیه مقایسه نمود؛ چه این که در التزام به تأدیه سخن بر سر ادای دین موجود است البته بدون اینکه این دین به ذمه ملتزم منتقل گردد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۴۵۹)، اما در ضمان اعیان به حسب فرض در وقت ضمان، دینی وجود ندارد و سخن بر سر بر عهده گرفتن عین موجود در خارج است.

در پایان این بخش از سخن، عبارات زیر از آیت الله خوئی که عیناً از سوی اغلب شاگردان ایشان هم چون آیت الله تبریزی و آقایان سید محمد صادق روحانی و وحید خراسانی و فیاض تکرار شده و نمونه ای از گرایش بسیاری از فقهای معاصر به تصحیح ضمان اعیان است را می توان به عنوان فشرده آن چه تاکنون گفته شد مورد توجه قرار داد:

«یصح ضمان الاعیان الخارجیه، بمعنی کون العین فی عهده الضامن فعلاً، و أثر ذلك وجوب ردها مع بقاء العین المضمونه ورد بدلها من المثل أو القیمه عند تلفها... و الضابط أن الضمان فی الاعیان الخارجیه بمعنی «التعهد» لا بمعنی «الثبوت فی الذمه»، فهو قسم آخر من الضمان» (خویی، ۲/ ۱۸۵).

چنان که از متن بالا بر می آید اولاً عین خارجی فوراً و منجزاً بر عهده قرار می گیرد و استقرار بر عهده

منوط به تلف نیست؛ ثانیه و جوب رد عین یا بدل آن، از آثار ضمان عین و وقوع عین بر عهده است نه مفاد مطابقی ضمان از عین و بالاخره ضمان در این گونه موارد به معنی بر عهده گرفتن یک عین است نه به معنای ثبوت دین دیگری بر ذمه و از همین رو این نوع از ضمان، با ضمان مصطلح یا ضمان نقل ذمه متفاوت است.

### اثر ضمان اعیان

پس از تعریف ضمان اعیان و اشکالات وارد بر آن و اثبات تفاوت این قسم از ضمان، از ضمان مصطلح و ابتنای آن بر مفهوم عهده، اکنون نوبت به واکاوی اثر ضمان مذکور رسیده است. چنان که می دانیم اثر ضمان مصطلح، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است و بر همین اساس پس از تحقق ضمان ذمه مضمون عنه بریء و ذمه ضامن مشغول می گردد. نتیجه روشن این انتقال این است که طلبکار صرفاً حق مراجعه به یک نفر یعنی ضامن را دارد و دیگر نمی تواند از مضمون عنه مطالبه ای داشته باشد. نکته دیگری که در ضمان مصطلح وجود دارد این است که مسئولیت ضامن به اداء دین یا همان عین کلی که پیش از عقد بر ذمه مضمون عنه ثابت بود و با عقد بر ذمه خود او مستقر گردید، محدود می شود و سخن از الزام به رد عین خارجی، نه در مورد ضامن و نه در مورد مضمون عنه مطرح نیست.

اکنون با توجه به تفاوت ضمان اعیان از ضمان مصطلح، باید دید این آثار در مورد ضمان اعیان چگونه است. در ادامه به مهم ترین آثار ضمان اعیان می پردازیم:

**الف) تکلیف ضامن به رد عین -** نخستین اثر ضمان اعیان که آن را از ضمان دیون متمایز می سازد، تکلیف ضامن به رد عین است. این تکلیف نتیجه قرار گرفتن عین بر عهده یا تعهد ضامن نسبت عین است.

**ب) امکان رجوع همزمان به ضامن و مضمون عنه برای دریافت عین -** چنانکه گفته شد با تحقق ضمان و قرار گرفتن عین بر عهده ضامن، تکلیف رد مال از دوش مضمون عنه برداشته نشده و همچنان این تکلیف متوجه مضمون عنه نیز هست. البته این امر در خصوص اعیان مضمونه مطرح است که ید مضمون عنه بر مال ضمانی بوده و مکلف به رد آن به مالک می باشد. نتیجه مهمی که بر این تفاوت بین ضمان اعیان مضمونه و ضمان ناقل ذمه مترتب است، امکان رجوع به ضامن و مضمون عنه برای دریافت عین است. به بیان دیگر در ضمان اعیان، تکلیف ضامن به رد عین که از آثار ضمان از عین است در کنار وجوب رد عین از سوی خود مضمون عنه و به عنوان مثال غاصب، قرار می گیرد. یعنی هر دو نفر همزمان مکلف به رد عین اند منتهی با این تفاوت که تکلیف ضامن ریشه در قرارداد داشته و ناشی از بر عهده گرفتن عین است و تکلیف مضمون عنه ریشه در حکم قانون گذار به رد مال غیر دارد. به تعبیر صریح مرحوم علامه

حلی در تذکره: «و فی ضمان الاعیان المضمونه و العهده إشکال أقربه عندی جواز مطالبه کل من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبه أما الضامن: فللضامن و أما المضمون عنه: فلو جود العين فی یده أو تلفها فیه» (علامه حلی، همان، ۳۳۶). این ویژگی باعث گردیده که برخی از فقهاء، ضمان اعیان را با ضمان ضم ذمه به ذمه مورد قبول اهل سنت نزدیک بدانند، در حالی که چنان که گفته شد در این جا سخن از دین نیست تا مسأله ضم ذمه به ذمه و ثبوت یک دین بر دو ذمه مطرح گردد بلکه سخن بر سر اجتماع دو تکلیف در خصوص عین واحد است. به هر تقدیر فقیهان بزرگی هم چون محقق حلی و علامه حلی که فتوا به درستی ضمان اعیان داده‌اند تصریح نموده‌اند که مضمون له برای دریافت عین، حق مراجعه به ضامن و مضمون عنه را دارد. عبارت مرحوم محقق در شرایط این است: «و فی ضمان الاعیان المضمونه مع من فی یده تردد و الاشبه الجواز» (محقق حلی، ۹۰/۲).

**ج) لزوم اداء بدل عین در فرض تلف** - از دیگر آثار ضمان اعیان یا قرار گرفتن عین بر عهده، لزوم تدارک بدل عین در صورت تلف آن است. گفتیم که برخی از فقهاء با توجه به این که در حین ضمان هنوز مال تلف نشده و دین ثابت نیست مورد را مشمول ضمان مالیم یجب دانسته و بر آن ایراد گرفته‌اند. به این اشکال پاسخ‌های متعددی داده شده است. برخی از اساس در بطلان ضمان مالیم یجب تردید کرده‌اند (طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/۱۸۴)، برخی دیگر وجود مقتضی یا سبب را که همان ید ضمانی است برای صحت ضمان و خروج از ضمان ما لم یجب کافی دانسته‌اند (روحانی، همان، ۱۶۰) که این پاسخ تنها در مورد اعیان مضمونه کاربرد دارد و بالاخره بسیاری از فقهای معاصر با استفاده از نهاد عهده به این اشکال پاسخ داده و گفته‌اند در ضمان اعیان، عین از لحظه عقد بر عهده ضامن مستقر می‌شود و تکلیف به تدارک بدل آن در صورت تلف، از آثار این التزام و برعهده گرفتن عین است. به بیان دیگر وقتی شخصی عینی را بر عهده می‌گیرد، خروج از عهده مراتبی دارد که مرتبه نخست آن رد خود عین و مرتبه بعد رد مثل آن و مرحله نهایی تدارک قیمت آن است و البته در تمامی این مراحل آنچه بر عهده مستقر است نفس عین مورد ضمان است و مثل یا قیمت ابزارهایی برای خروج عین از عهده است یعنی مادام که خود عین یا مثل یا قیمت آن داده نشده همچنان عین بر عهده ضامن قرار دارد.

**د) امانی شدن ید مضمون عنه** - برخی از فقهای موافق صحت ضمان اعیان این احتمال را نیز داده‌اند که با قبول مضمون له و تحقق ضمان، دیگر ید مضمون عنه ضمانی نبوده و تنها در فرض تأخیر در رد، ید او مجدداً ضمانی می‌شود (حلی، بحوث فقهیه، ۳۰). به عنوان مثال اگر کسی مالی را غصب کند و دیگری در مقابل مالک از غاصب ضمانت کرده و عین را بر عهده بگیرد و مالک این ضمانت را بپذیرد، دیگر ید غاصب ضمانی نبوده و مال در نزد او امانت شرعی است و یا خود وی یا ضامن باید آن را فوراً به مضمون له

(مالک) بازگرداندند و چنانچه در رد تأخیر نماید ضمان جدیدی بر وی بار می‌شود (روحانی، همان، ۱۶۲).

### وضعیت ضمان اعیان در حقوق مدنی ایران

هر چند قانون مدنی ایران در ماده ۶۸۴ همانند مشهور فقهاء ضمان را بر مبنای نقل مال بر ذمه یا دین استوار نموده و وجود مال بر ذمه را در ماهیت و تعریف این عقد اخذ نموده است اما این امر برای منتفی دانستن ضمان اعیان از منظر قانون مدنی کفایت نمی‌کند؛ زیرا قانون مدنی در ماده ۶۹۷ همچون قول نزدیک به اجماع فقهاء صراحتاً از درستی یکی از اقسام عمده ضمان اعیان یعنی ضمان عهده سخن گفته است. چنان‌که گفته شد و از اطلاق ماده ۶۹۷ نیز قابل برداشت است، ضمان عهده شامل فروض مختلفی می‌گردد که یکی از آن‌ها فرض بقاء عین مورد ضمان است که در این صورت ضامن عهده ملزم به رد عین به مضمون‌عنه است و این امر نشان می‌دهد که ضمان در قانون مدنی ما منحصر به قبول دین دیگری نبوده و در خصوص اعیان خارجی نیز قابل تصویر است. با وجود این برای استفاده صحت تمام اقسام ضمان اعیان از ماده ۶۹۷ دو اشکال به نظر می‌رسد: نخست اینکه از درستی ضمان عهده حداکثر می‌توان درستی ضمان اعیان مضمونه را برداشت نمود و صحت ضمان اعیان غیر مضمونه یا امانی و نیز اعیانی که نزد مالکان آن‌ها است از این ماده قابل برداشت نیست؛ چه این‌که در عقد فضولی و فاسد که مجرای ضمان عهده است، هر چند در حین تحقق ضمان عهده فساد عقد برای طرفین معلوم نیست اما به هر حال دریافت مال در اثر عقد فاسد، مصداق مقبوض به بیع فاسد بوده و یدگیرنده نسبت به مال مأخوذ ضمانی است هر چند خود مطلع نباشد. دومین اشکال این است که ممکن است قانون مدنی همچون بسیاری از فقهاء صحت ضمان عهده را امری استثنائی و خلاف قاعده دانسته باشد که در این صورت نمی‌توان از آن برای درستی ضمان اعیان به نحو مطلق استفاده نمود.

به نظر می‌رسد این دو اشکال هر دو قابل رفع است. چنان‌که توضیح داده شد اغلب فقهای معاصر پذیرفته‌اند ضمان اعیان عقدی مستقل از ضمان ناقل ذمه یا همان ضمان مصطلح است و منشأ و محتوای این دو عقد متفاوت است. آن‌چه در عقد ضمان اعیان انشاء می‌شود، اعتبار نمودن عین خارجی بر عهده ضامن به نحو منجز و فعلی است در حالی که عقد ضمان مصطلح عبارت است از انشاء انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن. نتیجه استقلال ضمان اعیان از ضمان مصطلح این است که برای تصحیح ضمان اعیان می‌توان از عمومات قانون مدنی همچون ماده ۱۰ و ماده ۱۸۳ که مطلق عقد را تعریف نموده است، استفاده نمود. بدین ترتیب برای صحت ضمان اعیان از منظر قانون مدنی تنها وجود شرائط عمومی همچون قصد و رضا و اهلیت و امثال آن‌ها کافی است و روشن است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم به



صحت یک عقد متعارف هر چند در قالب هیچ‌یک از عقود معین نگنجد چندان دشوار نیست؛ اگر چه در فقه راه پذیرش عقود غیر معین چندان هموار نبوده و محل اختلاف است. به هر تقدیر همداستان با اغلب فقهای معاصر و به کمک عمومات قانون مدنی می‌توان حکم به درستی ضمان اعیان به نحو مطلق داد و از آنجا که ضمان اعیان بر وجود دین یا تکلیف رد استوار نیست، در این خصوص فرقی بین اقسام ضمان اعیان اعم از اعیان مضمونه یا اعیان امانی و غیر مضمونه و حتی اعیانی که در تصرف مالکین آنهاست وجود ندارد.

اساتید حقوق مدنی ایران نیز بر درستی ضمان اعیان به نحو مطلق یا دست کم ضمان اعیان مضمونه حکم نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۲۳۶). در تحلیل این اساتید، از نهاد عهده که فقهاء برای تصحیح ضمان اعیان از آن بهره جسته‌اند اثری به چشم نمی‌خورد در عوض نهاد «تضمین فعل ثالث» یا «تعهد به فعل ثالث»، نهادی است که از سوی برخی از شارحان قانون مدنی برای توجیه درستی ضمان اعیان مورد استفاده قرار گرفته است (کاتوزیان، همان، ۲۸۹). از نظر اینان در ضمان اعیان بر خلاف ضمان دیون، موضوع تعهد ضامن با موضوع تعهد مضمون‌عنه متفاوت است: موضوع تعهد ضامن در ضمان اعیان «راضی کردن مضمون‌عنه به رد مال» یا «دادن خسارت در فرض تلف» است در حالی که موضوع تعهد مضمون‌عنه «رد مال» است. (همان، ۲۶۹). هر چند این دیدگاه از آن جهت که ضمان اعیان را از حوزه ضمان مصطلح خارج دانسته و برای آن ماهیتی مستقل قائل شده و از همین رو برای اعتبار آن استناد به ماده ۱۰ و رعایت شرایط اساسی را کافی دانسته است، با دیدگاه فقهای موافق با صحت ضمان اعیان به عنوان ضمان غیر مصطلح همداستان است اما نکته قابل تأمل در این تحلیل این است که ضامن متعهد به رد مال شناخته نشده و صرفاً متعهد به راضی کردن مثلاً غاصب به رد مال دانسته شده در حالی که نگاهی به پیشینه فقهی موضوع حکایت از این دارد که نقض و ابرام فقیهان بر سر تکلیف ضامن به رد عین بوده، نه راضی کردن مضمون‌عنه به رد عین؛ هر چند راضی کردن غاصب به رد عین نیز می‌تواند از سوی ضامن به‌عنوان یکی از ابزارهای انجام تکلیف به رد عین مورد استفاده قرار گیرد. در هر صورت در این که از منظر فقهاء اثر اولیه ضمان اعیان، وجوب رد عین از سوی ضامن است، تردیدی نیست و از همین رو مخالفان به اشکالاتی همچون عدم امکان انتقال حکم تکلیفی وجوب رد عین یا اشکال ضم ذمه به ذمه در فرض پذیرش انتقال متوسل شده‌اند و بر عکس موافقان تصریح نموده‌اند که با تحقق ضمان، هر چند ضامن از باب قرارداد مکلف به رد مال می‌گردد اما این امر منافاتی با استمرار حکم وجوب رد در مورد خود مضمون‌عنه که ناشی از حکم قانونگذار در خصوص استیلاء بر مال غیر است، ندارد و از سوی دیگر چون سخن از «تکلیف» ضامن و مضمون‌عنه به رد مال است نه ثبوت دین بر ذمه آن دو، جایی برای استناد به اشکال ضم ذمه به ذمه

نیز وجود ندارد.

### نتیجه‌گیری

هر چند بر مبنای فقه امامیه، عقد ضمان ناقل ذمه است و بر این اساس مضمون به در عقد ضمان همواره باید مال بر ذمه یا دین باشد تا بتوان از نقل آن به ذمه دیگری سخن گفت اما همان‌گونه که بسیاری از فقهای معاصر تصریح نموده‌اند، این امر منافاتی با وجود نوع دیگری از ضمان که موضوع آن عین موجود در خارج است، ندارد. از نظر این فقها، عقد ضمان ناقل ذمه یا ضمان دین که از آن به ضمان مصطلح نیز تعبیر شده است، بر مفهوم ذمه که ظرفی اعتباری برای ثبوت و استقرار اموال کلی و دیون است استوار شده اما ضمان اعیان یا ضمان غیر مصطلح مبتنی بر وجود مفهومی به نام عهده است که ظرفی است اعتباری برای اعیان جزئی و خارجی. وجود چنین مفهومی را از حدیث «علی البید» می‌توان استنباط نمود؛ چه این که بر مبنای ظاهر این حدیث، خود عین مأخوذ بر عهده غاصب ثابت است تا آن که آن را بازگرداند و البته رد مثل یا قیمت عین در فرض تلف، راه‌های خروج از عهده عین است. اکنون که اعتبار عین خارجی بر عهده در عین خارجیت آن به حکم شارع و به عنوان ضمان قهری یا همان ضمان ید امکان پذیر است و رد عین یا رد بدل آن از آثار مترتب بر اعتبار عین بر عهده است، مانعی وجود ندارد که شخص با اراده انشائی خود چنین ضمانی را انشاء کرده و عینی را به عهده گرفته یا بر عهده خود اعتبار نماید که از آن تعبیر به ضمان اعیان خارجی می‌نماییم. بنابراین ضمان اعیان عبارت است از تعهد و التزام شخص نسبت به عین خارجی متعلق به دیگری. اثر این ضمان در درجه اول تکلیف به رد عین در فرض بقاء عین و التزام به جبران مثل یا قیمت عین در فرض تلف آن است. از آنجا که در این تحلیل سخن از اعتبار نمودن عین بر عهده ضامن است، جایی برای شبهه ضمان مالم یجب وجود ندارد؛ چه اینکه ضمان منجز و بالفعل است و عین بالفعل بر عهده مستقر می‌گردد و دادن بدل در فرض تلف از طرق تخلص و خروج از عهده عین است نه این که با تلف، عین یا دین ناشی از تلف آن بر ذمه مستقر گردد. از دیگر نتایج این تحلیل عدم تفاوت بین اقسام ضمان اعیان اعم از ضمان عهده یا ضمان اعیان مضمونه یا اعیان امانی یا اعیان موجود در تصرف مالکان خود است. قسم اخیر چنانچه بصورت معوض و در قبال عوض باشد می‌تواند برای تحلیل و توجیه بیمه اشیاء مورد استفاده قرار گیرد.

## منابع

- اردبیلی، عبدالکریم، *فقه الشركة و کتاب التامین*، قم: منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۴ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *عقد ضمان*، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های حقیقی، ۱۳۵۲ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم: مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
- حلی، حسین، *بحوث فقهیه*، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.
- خرازی، محسن، *التامین*، مجله فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعربیة)، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابو القاسم، *منهاج الصالحین*، قم: نشرالمدينة العلم، ۱۴۱۰ ق.
- روحانی، صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم: دار کتاب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام*، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- صدر، محمد باقر، *البنک اللاربوی*، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
- صدر، محمد، *ما وراء الفقه*، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۴۲۰ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی؛ عقود اذنی وثیقه‌های دین*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- \_\_\_\_\_، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.
- گلپایگانی، محمد رضا، *هدایة العباد*، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی (المحشی)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

\_\_\_\_\_، العروة الوثقى، بيروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ١٤٠٩ ق.  
\_\_\_\_\_، حاشية المكاسب، قم: مؤسسه اسماعيليان، ١٤٢١ ق.

