



Identify the Subject of the Contract in Customary Guarantee

Saeedeh Qanbari¹
Mohammad Sadeq Tabatabaei²

Received: 25/05/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

In civil law and Imamiyah jurisprudence, based on the theory of narration and basis of the contract of guarantee on the institution of Dhimmah, the subject of this contract is limited to the fixed religion in Dhimmah and existing at the time of the contract, to the extent that most of the jurists have considered the absence of these two aforementioned conditions as the cause of the invalidity of this contract. However, the subject of guaranteed and common contracts cannot be limited to these conditions. The adequacy of the existence of the cause is not enough to solve the issue. Therefore, it is necessary to correctly identify the subject of the contract, the conditions, and its effects on these conditions, based on the nature of this type of guarantee and appropriate techniques related to this nature, in the guarantees that are used in society. The current paper, in addition to proposing a general theory in the realm of guarantee, it has broken the monopoly of the subject on religion and made obligations in its broadest sense the subject of this contract, with a descriptive-analytical method and focusing on the customary approach to the guarantee contract, by analyzing the nature of the customary guarantee and its profound difference with the narrative guarantee, and using the responsible institution instead of the institution of dhimmah in explaining the subject of the contract.

Keywords

Dhimmah, responsibility, narrative guarantee, customary guarantee, subject of the contract.

-
1. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran, sd.ghambari@gmail.com
 2. Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran (Author in charge). tabatabaei@ase.ui.ac.ir

Qanbari, S. & Tabatabaei, M. S. (2020). Identify the Subject of the Contract in Customary Guarantee, *The Scientific-research Quarterly Journal of Fiqh*, 27(103), pp. 138-164. Doi:10.22081/jf.2020.57765.2056

شناسایی موضوع عقد در ضمان عرفی

سعیده قنبری^۱ محمدصادق طباطبایی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۰۵

چکیده

در قانون مدنی و فقه امامیه، مبتنی بر نظریه نقل و ابتناء عقد ضمان بر نهاد ذمه، موضوع این قرارداد منحصر به دین ثابت در ذمه و موجود در هنگام عقد گردیده است، تا جایی که مشهور فقها فقدان دو شرط مذکور را موجب بطلان این عقد دانسته‌اند. این در حالی است که موضوع قراردادهای تضمینی و متعارف نمی‌تواند محدود به این شرایط باشد. کفایت وجود سبب نیز کافی در حل موضوع نیست. بنابراین لازم است در ضمان‌هایی که در جامعه به کار می‌رود، بر اساس ماهیت این نوع از ضمان و تکنیک‌های مناسب و مرتبط با این ماهیت، موضوع عقد، شرایط و آثار مترتب بر این اوصاف، به درستی شناسایی شود. نوشتار حاضر، با روش توصیفی-تحلیلی و با تمرکز بر رویکرد عرفی بر عقد ضمان، با تحلیل ماهیت ضمان عرفی و تفاوت عمیق آن با ضمان نقل، و استفاده از نهاد عهده به جای نهاد ذمه در تبیین موضوع عقد، ضمن طرح نظریه عمومی در قلمرو ضمان، انحصار موضوع به دین را شکسته و تعهدات به معنای گسترده خود را موضوع این عقد قرار داده است.

کلیدواژه‌ها

ذمه، عهده، ضمان نقل، ضمان عرفی، موضوع عقد.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. Sd.ghambari@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول). tabatabaei@ase.ui.ac.ir

* قنبری، سعیده؛ طباطبایی، محمدصادق. (۱۳۹۹). شناسایی موضوع عقد در ضمان عرفی. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۷(۳)، ۱۳۸-۱۶۴.
Doi: 10.22081/jf.2020.57765.2056



فقه

سال بیست و هفتم، شماره سوم (پیاپی ۱۰۳)، پاییز ۱۳۹۹

مقدمه

عقد ضمان به عنوان یکی از قراردادهای کاربردی در روابط معاملی، نقش بسیار مهمی دارد. گسترش موضوعات قراردادهای تضمینی، عملاً دایره شمول این عقد را از انحصار به دین گسسته، به طوری که می توان گفت درصد بسیار کمی از این قراردادها بر دین ثابت و موجود منعقد می گردد و تعهد به معنای گسترده خود، موضوع این عقد گردیده است. با این حال ضمانت از تعهدات، فاقد شرایطی است که در قانون مدنی و فقه امامیه در خصوص موضوع این عقد ضروری دانسته شده است.

در ضمان مصطلح در فقه امامیه و قانون مدنی، موضوع عقد ضمان با دو شرط اعتبار شده است: ۱. موضوع این عقد منحصر به مال کلی در ذمه یا همان دین است؛ ۲. این موضوع حتماً باید در زمان عقد قرارداد موجود باشد. در صورت عدم وجود شرایط مذکور، رویکرد فقها را می توان به دو دسته تقسیم کرد؛ دسته ای از ایشان با ضروری دانستن این شرایط حکم به بطلان عقد داده و حتی ادعای اجماع کرده اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۳۵) و دسته دیگر با عدول از مبنای خویش با طرح مباحثی چون ضرورت و نیازهای اجتماعی (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۲۵) و یا به طور استثنایی (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۸) قائل به پذیرش این ضمانت ها گردیده و در نهایت با طرح نظریه کفایت وجود سبب، در صدد تعدیل این دیدگاه برآمده اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۷۶۲، ۷۷۸).

با این حال رویکرد قائلان پذیرش ضمان (نقل) در این موارد، تنها توجیهی برای این امر است؛ زیرا اولاً به طور کامل توان حل مشکل و پوشش تمام موارد را ندارد، چرا که در موارد زیادی حتی سبب دین نیز مفقود است، و ثانیاً مغایر با مبنای پذیرفته شده در این عقد است، چرا که منطقاً نمی توان قائل به ابتدای عقد ضمان بر نقل ذمه شد و از طرف دیگر ضمانت از غیر دین را صحیح دانست. پذیرش این ضمانت ها به طور استثنایی نیز فاقد وجهت است، چرا که دامنه استثنای بسیار گسترده است. بنابراین نتایج مذکور چند پرسش را پیش رو قرار می دهد: آیا قراردادهای تضمینی که دین در هنگام عقد موجود





نیست و یا اساساً موضوع در آنها دین نیست، قراردادهایی باطل و فاقد اعتبار هستند؟ قراردادهای ضمانی که هنگام عقد، حتی سبب دین نیز در آنها مفقود است، چه وضعیتی خواهند داشت؟ با وجود اجماع فقها بر بطلان چنین ضمانی از طرفی، و مبادرت به انعقاد این قراردادها در عرف جامعه از طرف دیگر، راه حل جامع در پذیرش آنها چیست؟ با توجه به ماهیت متفاوت ضمانت‌های عرفی امروز، آیا شرایط حاکم در قانون مدنی بر این نوع ضمانت‌ها نیز قابل تسری است؟

در یافتن پاسخ برای سؤالات فوق توجه به این امر ضروری است که عقد ضمان نمی‌تواند منحصر به ضمان نقل ذمه باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۷۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۸). هیچ دلیل عقلی یا نقلی بر انحصار عقد ضمان به نقل ذمه وجود ندارد و معنای ضمان به نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر از باب غلبه است، نه از باب تخصیص و انحصار (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، صص ۲۱۲، ۲۸۰). ضرورت‌های معاملی عرف، شناسایی نوع دیگری از عقد ضمان را اجتناب‌ناپذیر می‌کند. این ضرورت مورد توجه برخی از فقهای امامیه نیز قرار گرفته است، به طوری که در کنار ضمان نقل، به عنوان ضمان مصطلح، قائل به شناسایی ضمان عرفی گردیده‌اند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، صص ۷۴-۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۳۴۲، ۳۴۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۰۰).

مقاله حاضر ضمن حفظ و عدم تعرض به ضمان نقل با شرایط و محدوده خاص خود که مورد اجماع فقها است، در صدد حل مسئله با شناسایی نوع دیگری از ضمان در عرض ضمان نقل است؛ چنان که فقهای این نوع ضمان را مطرح کرده و مصادیقی از آن را بیان داشته‌اند. منظور از این نوع ضمان، هر نوع ضمانی است که شرایط ضمان نقل را ندارد اما در عرف و معاملات به آنها عمل می‌شود؛ از جمله می‌توان ضمان عهده، ضمان از نفقه آینده زوجه و ضمان اعیان را نام برد که بر مبنای ضمان نقل دارای اشکالات اساسی است، اما بر مبنای ضمان عرفی قابل پذیرش خواهد بود (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، صص ۷۴-۷۵). لازم به ذکر است که ضمان عرفی مورد بحث از جهات گوناگونی همچون ماهیت، شرایط، احکام و آثار با ضمان نقل متفاوت است، اما در این مقاله صرفاً «موضوع عقد» مورد بحث قرار می‌گیرد.

بنابراین با توجه به ابتدای مقررات قانون مدنی بر فقه امامیه در خصوص این عقد از طرفی و توجه فقها به این موضوع از طرف دیگر، بحث حاضر نیازمند واکاوی مجدد در دلایل مطرح شده و یافتن راه‌حلی جامع است.

در این نوشتار با توجه به اینکه ضمان مقرر در قانون مدنی مبتنی بر فقه امامیه، ضمان نقل است، با مبنای قرارداد این نوع ضمان به بررسی موضوع می‌پردازیم. از این رو ابتدا با آسیب‌شناسی شرایط حاکم بر موضوع عقد ضمان در قانون مدنی، ماهیت متفاوت ضمانت‌های عرفی را مورد شناسایی قرار داده و سپس شرایط حاکم بر موضوع را در این نوع ضمانت‌های عرفی مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

۱. پیشینه تحقیق

– میرزائزاد جویباری (۱۳۸۸) در مقاله «تأملی اجمالی در مفهوم عرفی بودن حقوق قراردادهای» نقش عرف را در قراردادها بررسی نموده و به این نتیجه رسیده است که منطق حقوقی اقتضا می‌کند که در صورت تغییر عرف مبنای وضع قانون، در مقام اعمال عرف تازه برآییم و در تبیین موضوع به‌عنوان یکی از مصادیق، عقد ضمان را معرفی کرده است، اما آن را مورد بررسی قرار نداده است.

– محقق داماد (۱۳۸۱) در کتاب «قواعد فقه بخش مدنی ۲» به بررسی مباحث کلی عقد ضمان پرداخته و آن را از جمله معاملات عرفی دانسته که به اقتضای عرف وقوع عقد می‌تواند مفید ضم یا نقل ذمه باشد و آنچه در قانون مدنی پذیرفته شده، به دلیل تبعیت قانون از فقه امامیه است. بنابراین اگرچه اشاره‌ای کوتاه به عرفی بودن عقد ضمان و موضوع حاضر شده، اما به موضوع عقد ضمان عرفی پرداخته نشده است.

– کاتوزیان (۱۳۷۷) در کتاب «فلسفه حقوق» در خصوص نقش عرف در حقوق قراردادهای و اینکه بخش عمده حقوق قراردادهای ناظر به روابط مالی و خصوصی افراد است و منطقاً باید هدف و مبنای وضع مقررات این حوزه، رفع نیازهای متعارف مردم باشد بحث نموده، اما به‌طور مشخص بحثی در خصوص عقد ضمان مطرح نکرده است.

– موسوی بجنوردی (۱۳۸۵) در کتاب «عقد ضمان» با طرح این سؤال که چرا فقهای





امامیه آنچه را که میان عقلا متعارف است نمی‌پذیرند و بر نقل ذمه اصرار دارند، نقل ذمه را مورد نقد قرار داده و آنچه متعارف عقلای امروز است را ضمان وثیقه می‌داند و بیان داشته که امروزه اکثر ضمان‌ها قبل از ایجاد دین است و ضامن برای مضمون‌له در حکم وثیقه است و در نهایت مقررات قانون مدنی را دارای اشکال عقلایی می‌داند؛ چرا که معهود و متعارف میان عقلا نیست.

- کاتوزیان (۱۳۷۸) در کتاب «حقوق مدنی: عقود اذنی-وثیقه‌های دین» عقد ضمان را مورد بررسی قرار داده است. وی به‌طور خیلی خلاصه در چند خط اشاره کرده است که عرف کنونی ضمان را وثیقه اعتباری، و تعهد ضامن را فرعی می‌داند و برائت ذمه مضمون‌عنه و اشتغال ذمه ضامن را خلاف مقصود ضامن بیان داشته، اما به همین حد کفایت کرده و در خصوص تحلیل عقد ضمان با توجه به عرف کنونی و ضمانت‌های امروزی چیزی مطرح نکرده و در بحث از این عقد، موضوع را مبتنی بر نظریه نقل ذمه بررسی کرده است.

- جعفری لنگرودی (۱۳۸۲) در کتاب «مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام» در خصوص مقرراتی که بر اساس عرف زمان تدوین گشته است، تغییر این مقررات را در صورت تغییر عرف مطرح کرده است.

- جعفری لنگرودی (۱۳۸۵) در کتاب «عقد ضمان»، این عقد را به‌طور کلی مورد بررسی قرار داده و مطرح نموده است که قانون مدنی با پیروی از سابقه تاریخی خود (فقه امامیه) نظریه نقل ذمه را پذیرفته ولی در عرف مسلم عقد ضمان از عقود وثیقه است و این است آنچه که در عرف مسلم به آن عقد ضمان گفته می‌شود، با این وجود به تحلیل این عقد مطابق با نیازهای عرفی و تلقی متفاوت عرف از عقد ضمان نپرداخته است.

- نعمت‌اللهی (۱۳۸۹) در مقاله «ضمان به مثابه حکم تکلیفی»، پذیرش عقد ضمان به‌عنوان قراردادی که اثر اصلی آن پیدایش حکم تکلیفی مستقل یعنی تعهد به پرداخت است، در مقابل معنای شایع عقد ضمان که باعث پیدایش حکم وضعی (انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن) است را مطرح نموده و در این مقاله موضوع ضمان عرفی

به‌عنوان یکی از مباحث جزئی مقاله مورد بررسی قرار گرفته که موضوع در این ضمان می‌تواند غیر از دین بوده و حتی موضوع احتمالی آینده را نیز شامل شود.

- محقق داماد (۱۳۹۵) در مقاله «نوآوری‌های سید یزدی در ضمان عقدی» به‌طور کلی در مباحث عقد ضمان نظریات صاحب عروه را که در بسیاری جهات متفاوت از نظر مشهور است، مطرح نموده و از جمله در برخی موارد به موضوع این عقد که می‌تواند دین نباشد نیز اشاره نموده و به این نتیجه رسیده است که در کلام صاحب عروه ضمان به دو دسته تقسیم می‌شود؛ یکی ضمان ملکی که همان ضمان نقل ذمه است که موجب انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگری می‌شود، و دیگری ضمان عهدی. در این نوع، ضمان به معنای تعهد و التزام است که می‌توان موضوع غیر از دین را نیز موضوع ضمان قرار داد.

- الشریف (۱۳۹۶) در مقاله «تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان»، ضمانت از اعیان را مطرح کرده و به این نتیجه رسیده است که ضمانت از اعیان مطابق ضمان نقل دارای اشکال است، اما با راهکارهایی مثل جایگزینی عهده به جای ذمه و نیز با مبتنی نمودن این نوع از ضمان بر ضمان غیر مصطلح و ضمان عرفی، ایرادات مرتفع می‌گردد.

- محقق داماد (۱۳۶۸) در مقاله «ضمانت در تعهدات» به بررسی ضمان عهده پرداخته و به این نتیجه رسیده است که نباید ضمان عهده را استثنا دانست و می‌توان با مبنای قرارداد این نوع ضمان، قائل به صحت ضمانت در تعهدات به‌طور کلی شد.

در جمع‌بندی می‌توان گفت که عمدتاً این پژوهش‌ها در مورد عقد ضمان به‌طور کلی و احکام و آثار مترتب بر آن و مبتنی بر ضمان نقل نگارش یافته است و به‌طور اجمالی به بررسی موضوع پرداخته‌اند و در بعضی موارد با نگاهی گذرا به موضوع حاضر اشاره شده است و برخی تنها به بررسی یک مورد از مصادیق ضمانت‌های فاقد شرایط نقل ذمه پرداخته‌اند و هیچ‌کدام به بررسی خاص موضوع عقد ضمان در ضمانت‌های عرفی نپرداخته‌اند.

آنچه موضوع حاضر را متفاوت از پژوهش‌های مذکور می‌نماید، این است که تحقیق حاضر در پی اثبات این امر است که عقد ضمان که از جمله عقود و قراردادها



است، یک موضوع عرفی است، بنابراین تمام احکام مترتب بر آن نیز باید متناسب با این موضوع و تغییرات عرفی آن باشد؛ بنابراین مقاله حاضر با بررسی شرایط عقد ضمان مطرح در قانون مدنی و مقایسه آن با آنچه در عرف و جامعه کنونی مورد عمل واقع می‌گردد، و به‌طور خاص در «موضوع عقد ضمان»، با نگاهی عرفی و جامع در پی حل مشکلاتی است که ناشی از شکاف بین قانون مدنی و آنچه در عمل اتفاق می‌افتد است.

۲. آسیب‌شناسی شرایط حاکم بر موضوع در عقد ضمان

توجه محض به مبانی نظری، بدون ملاحظه واقعیت‌های معاملی، کارکرد قراردادها را به حداقل خود می‌رساند و حتی منجر به متروک ماندن آنها می‌گردد. شرایط مقرر در ضمان نقل، قابل انطباق بر بسیاری از قراردادهای تضمینی، چه موارد بحث‌شده در فقه و چه ضمانت‌های حال حاضر، نیست. در اکثر کتب فقهی علی‌رغم تصریح به نقل ذمه در تعارض با این مبنا، مواردی از عقد ضمان مورد بحث قرار گرفته است که موضوع در آنها دین نیست. از آن جمله ضمانت از اعیان را می‌توان نام برد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۶۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۷۶). همچنین ضمان عهده از دیگر مواردی است که علی‌رغم دین نبودن موضوع، مورد پذیرش فقها و قانون مدنی قرار گرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۶). با بررسی انواع ضمانت‌هایی که مورد توافق قرار می‌گیرد، دیده می‌شود که موضوع این ضمانت‌ها بسیار متنوع است؛ مثلاً برخی از فقهای معاصر، قسم دیگری از ضمان اعیان را مطرح کرده‌اند که در آن ضامن مالی را ضمانت می‌کند که نزد مالک آن قرار دارد (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۶۱). 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 او است بر عهده می‌گیرد و ملتزم می‌شود که اگر کالای بیمه‌شده تلف یا ناقص شد، بدل آن را به مالک بپردازد (الشریف، ۱۳۹۶، ص ۳۷)، یا مانند جایی که شخصی به مالک دستور می‌دهد مال خود را به دریا بیندازد و از آن ضمانت می‌نماید. همچنین مانند جایی که ضامن به مضمون‌له بگوید هر خسارتی که



فقه

دیگران به تو وارد سازند من پرداخت می‌کنم، یا اینکه ضامن به مضمون‌عنه بگوید هر خسارتی به دیگران وارد سازی پرداخت می‌کنم. در ضمانت از نفقه اقارب، نفقه آینده زوجه، مال‌الجعاله و بسیاری موارد دیگر نیز موضوع فاقد شرایط مقرر است؛ همچنین ضمانت از حسن انجام تعهد، ضمانت‌نامه‌های بانکی، ضمانت در بورس و اسناد تجاری، ضمانت در قراردادهای پیمانکاری و دولتی، ضمانت در اخذ وام، خرید اقساطی و بسیاری موارد دیگر که موضوع ضمانت، دین در ذمه نیست.

برخی فقها در پذیرش این موارد به ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای عرفی استناد کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۲۵)، اما این دلایل در تعارض با مبنای پذیرفته‌شده در خصوص این عقد (نقل ذمه) است. به همین دلیل نیز برخی از ایشان این موارد را به‌عنوان استثنا ذکر کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۸). استثنا تلقی کردن این موارد با این اشکال مواجه است که گستره قراردادهای تضمینی امروز به حدی است که نمی‌توان تمام آنها را تحت‌عنوان استثنا توجیه نمود. از این رو نیازمند طرح نظریه‌ای عمومی است تا توان پوشش تمام قراردادهای تضمینی را داشته باشد. بنابراین لازم می‌آید اولاً مفهوم دیگری از ضمان را مورد شناسایی قرار دهیم و با توسعه قلمرو این عقد، راه برای گسترش مفهوم ضمان و انطباق آن با فهم عرفی و همسو با نظام‌های حقوقی دیگر هموار گردد و ثانیاً موضوع را در پرتو این مفهوم جدید مورد واکاوی قرار دهیم.

از این رو در ادامه در مبحث اول، به شناسایی مفهوم ضمان عرفی، و در مبحث بعد، شرایط حاکم بر موضوع در این نوع ضمان را تحلیل می‌نماییم.

۳. شناسایی ضمان عرفی

تلقی متفاوت عرف از عقد ضمان باعث شده است که برخی از فقها در کنار ضمان نقل که آن را به‌عنوان ضمان مصطلح عنوان کرده‌اند، به نوع دیگری از ضمان تحت‌عنوان ضمان غیرمصطلح یا عرفی اذعان نموده و با تحلیلی دقیق به تمایز میان این دو اشاره نمایند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، صص ۷۴-۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۳۴۲، ۳۴۹؛ موسوی





خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۰۰). در این رویکرد عقد ضمان منحصر در تعریف مصطلح نیست، بلکه معنای حقیقی این عقد، تعهد مالی شخصی از دیگری دانسته شده است که عبارت است از تعهد پرداخت و توثیق طلب که منجر به ایجاد اعتبار برای مضمون‌عنه و توثیق طلب طلبکار می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۲۵). این نوع ضمان با ماهیت متفاوت، دارای ویژگی‌ها و شرایط خاص خود است که فقهای امامیه با توجه به نیازهای عرفی، به مناسبت در مباحثی از عقد ضمان، هم‌چون تنجیز در ضمان، تعلیق در ضمان، ضمان از اعیان و... مطرح کرده‌اند و در بسیاری از مباحث این عقد را که قرارداد مورد بحث با تطبیق ضمان مصطلح، دارای اشکال و حتی باطل است، صحیح شناخته و در اثبات صحت به ضمان عرفی استدلال کرده‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۳۴۶، ۳۵۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۰۵).

در این مفهوم عقد ضمان، انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن دانسته نشده است؛ بلکه ضمان به صرف تعهد و مسئولیت پرداخت ضامن در برابر مضمون‌له تعریف شده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶)، و در حالی که مدیون دین، خود مضمون‌عنه است، ضامن، پرداخت توسط او را تضمین می‌نماید و مضمون‌له مطمئن می‌شود که دینش پرداخت می‌گردد؛ بدین وسیله که در صورت عدم پرداخت مدیون، حق مطالبه از شخص دیگری (ضامن) را خواهد داشت (فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۷۲). این مفهوم از ضمان به معنای تعهد به انجام کاری مانند پرداخت دین یا تسلیم مال بیان شده است که به‌عنوان نوعی وثیقه و اعتبار بدون قصد انتقال دین، بلکه به قصد تعهد به پرداخت، در صورت عدم پرداخت مضمون‌عنه منعقد می‌گردد (موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۱۱۴-۱۱۶).

اثر اصلی این مفهوم از ضمان، پیدایش حکم تکلیفی مستقل، یعنی تعهد به پرداخت است که مبتنی بر عموماً وفای به عقد، صرفاً ایجاد تعهد می‌نماید (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص ۳۱) و با ویژگی‌هایی همچون عدم اشتغال ذمه ضامن، عدم ضرورت وجود دین ثابت، استقلال تعهد ضامن، متمایز از ضمان مصطلح پذیرفته شده در فقه و قانون مدنی است که می‌توان گفت به‌عنوان یک عقد کامل توان پوشش بسیاری از قراردادهای تضمینی

را دارد که در حال حاضر منعقد می‌گردد.

ضمان مصطلح (نقل) ضمان ملکی، و مفاد آن مالکیت مافی‌الذمه برای مضمون‌له است که پس از تحقق ضمان اولاً ضامن مشغول‌الذمه می‌گردد و نه صرفاً متعهد، و ثانیاً مضمون‌له نسبت به ذمه ضامن، مالکیت می‌یابد. به عبارت دیگر دارایی مثبت دائن به مقدار ذمه ضامن افزایش می‌یابد و در مقابل دارایی منفی ضامن نیز به همان مقدار افزوده می‌شود. در مقابل ضمان عرفی ضمان عهدی است که بدون اینکه متضمن تملیک و تملک باشد، صرفاً ایجاد تعهد می‌نماید، به گونه‌ای که مفاد آن التزام و تعهد محض است (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۱۵). لازم به ذکر است که منظور از مبتنی‌بودن ضمان مصطلح بر نظریه تملیک که در مباحث دیگر این مقاله نیز بیان می‌شود، این تحلیل است.

این مفهوم از ضمان باعث اشتغال ذمه ضامن و مدیون شدن او نمی‌گردد، بلکه صرفاً او را متعهد و مسئول پرداخت توسط مضمون‌عنه می‌گرداند. از این رو برخلاف ضمان اصطلاحی در فقه و قانون مدنی که به محض انعقاد عقد، مضمون‌عنه بری و ضامن مدیون و قابل رجوع می‌گردد، اولاً مضمون‌عنه هم‌چنان مدیون اصلی باقی می‌ماند، ثانیاً مضمون‌له حق مراجعه به ضامن را نخواهد داشت، بلکه وی با عدم انجام تعهد از جانب مضمون‌عنه، مسئول و قابل رجوع خواهد بود (فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۷۳).
با توجه به ماهیت این نوع ضمان که مطلق تعهد و التزام است، و همان‌گونه که فقهای که این نوع ضمان را مطرح کرده‌اند در مصادیق آن بیان داشته‌اند، مصادیق ضمان عرفی مورد بحث، هم به صورت ضمان عقدی و هم به صورت ایقاع مثل ضمان امر به اتلاف و یا ضمان ناشی از وعده است.

۴. شرایط موضوع در قلمرو ضمان عرفی

بعد از شناسایی مفهومی از ضمان منطبق با فهم عرفی از آن، در این مبحث شرایط حاکم بر موضوع در این نوع ضمان را در پرتو مقایسه با شرایط حاکم در ضمان نقل، مورد تحلیل قرار می‌دهیم.





۴-۱. شرط اول: عدم انحصار به مال کلی در ذمه (دین)

بر مبنای پذیرفته شده در خصوص این عقد (ضمان نقل) و تأکید بر ذمه، موضوع عقد ضمان، مال کلی در ذمه (دین) دانسته شده است. با این توضیح که برای تحقق عقد ضمان، موضوع این عقد باید کلی باشد تا قابلیت استقرار بر ذمه را داشته باشد و با عقد ضمان قابل انتقال از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن باشد. تقریباً در تمام کتب فقهی به این امر تصریح شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۰) و حتی برخی در این موضوع ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۳۵). ابتدای عقد ضمان بر نقل ذمه منجر به انحصار موضوع در این عقد به دین می‌گردد. در واقع بر مبنای دو مؤلفه این نظریه، یعنی نقل و ذمه، منطقیاً موضوع عقد به جز دین نخواهد بود.

دین در حقوق اسلامی برخلاف حقوق خارجی، مفهومی کاملاً مستقل از تعهد یا التزام دارد و ماهیتاً نوعی مال اعتباری محسوب می‌شود که متضمن اوصاف مالکیت، از جمله نقل و انتقال است (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۴، ص ۵). از آنجا که در فقه امامیه عقد ضمان مبتنی بر نقل است، موضوع این عقد، دین تعیین شده است تا با انعقاد قرارداد از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل گردد.

مؤلفه دیگر نظریه مبنایی، یعنی ذمه نیز دین بودن موضوع را توجیه می‌نماید. در این رویکرد عقد ضمان از شئون ذمه دانسته شده است، در نتیجه موارد غیر از دین نمی‌تواند موضوع این عقد باشد. در واقع از منظر دیگر، این انحصار از ابتناء و تکیه بر مفهوم ذمه در این عقد ناشی می‌گردد. از این رو آنچه مظروف این ظرف اعتباری است، می‌تواند موضوع این عقد باشد. از اینجا است که انحصار موضوع به مال کلی که قابلیت استقرار بر ذمه را داشته باشد نتیجه می‌گردد (مغنی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۵۲).

در ضمان عرفی، از آنجا که ماهیت این نوع ضمان مبتنی بر نهاد عهده و تعهد است، موضوع نیز بر این مبنای استقرار خواهد یافت. بنابراین با جایگزینی عهده به جای ذمه، موضوع نیز در این قرارداد از مال کلی (مظروف ذمه) به تعهد و مسئولیت (مظروف عهده) متفاوت خواهد بود. بنابراین لازم است موضوع را با تحلیل ذمه و عهده بررسی نماییم.

۴-۱-۱. تحلیل بر اساس ذمه و عهده

عقد ضمان در اصطلاح فقهی و قانونی خود مبتنی بر نهاد ذمه اعتبار گردیده است، با این حال در کنار نهاد ذمه می‌توان این عقد را بر مفهوم اعتباری دیگری تحت عنوان عهده تحلیل و تطبیق نمود.

وضعیت اعتباری عقود، منحصر به وضعیت تملیکی نیست، بلکه می‌توان عقود را بر مبنای تعهد و عهده نیز اعتبار نمود. هم‌چنان‌که عقد در صورت نخست دارای الزام قانونی است، در این صورت نیز قانوناً دارای الزام خواهد بود و اثر آن تحمیل مسئولیت بر متعهد، درباره خسارات و ضرر حاصل از عدم انجام تعهد است. تحلیل مذکور را برخی از فقها در خصوص عقد استصناع مطرح کرده‌اند؛ با این توضیح که بر اساس نظریه تملیک در عقد استصناع، موضوع عقد باید قابل تملیک در زمان عقد باشد، اما اگر عقد را بر اساس عهده تحلیل نماییم، در صحت این قرارداد ایرادی نخواهد بود و طرف عقد، موضوع را که در آینده ایجاد خواهد شد بر عهده می‌گیرد. در همین بحث مصداق دیگر این تحلیل عقد ضمان بیان شده است، اما ضمان مبتنی بر عهده، نه ذمه (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۲۵۴). در عقد ضمان نیز بر اساس نظریه تملیک، بر عنصر وضعی و تملیکی موضوع تأکید شده است و ضروری دانسته شده که موضوع این عقد، دین در ذمه مضمون‌عنه باشد. اما با تحلیل مشابه در این عقد می‌توان موضوع را از انحصار تملیکی بودن عقد خارج ساخت و قائل به آن شد که در عقد ضمان، ضامن می‌تواند متعهد به پرداخت مضمون‌عنه شود، نه آنکه دین مستقر بر ذمه او را به ذمه و مالکیت خود در آورد.

از این رو برخی از فقها تفاوت میان ضمان در فقه امامیه و اهل سنت را فارغ از بحث ضم و نقل، مبتنی بر این بحث مبنایی و تفاوت در ذمه و عهده دانسته‌اند. در این بیان، ضمان در فقه شیعه متفاوت از ضمان در فقه اهل سنت است؛ به این اعتبار که ضمان در فقه شیعه به اعتبار ذمه دانسته شده است، در حالی که در فقه اهل سنت به اعتبار عهده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۰۰؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۰).

در نتیجه این تحلیل، تمام آثار متفاوت ذمه و عهده بر این دو دیدگاه در عقد ضمان





بار می‌گردد که یکی از مهم‌ترین آنها تفاوت در موضوع است.

در تحلیل اولیه از مظروف ذمه و عهده می‌توان گفت ذمه ظرف دیون و عهده ظرف اعیان است. از مواضعی که به این بحث پرداخته شده، بحث ضمان از اعیان است. فقهای قائل به صحت ضمان از اعیان گردیده‌اند، در پاسخ به ایراد مطرح شده در خصوص این ضمانت که به بحث حاضر و دین نبودن موضوع عقد ضمان بازمی‌گردد، با طرح مفهومی به‌نام عهده در مقابل ذمه که ظرف اعتباری اموال کلی است در پی حل مشکل برآمده‌اند. این دسته از فقها بر این باورند که می‌توان وجود ظرف اعتباری دیگری را به‌عنوان عهده اعتبار نمود که امکان ثبوت عین خارجی در خصوص آن امکان‌پذیر است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۹). مهم‌ترین دلیل قابل استناد در این بحث مفاد دلیل «علی‌الید» است که بحث را بر مبنای این حدیث استوار می‌نماییم. وجه استدلال به این حدیث شریف بدین جهت است: اولاً در تبیین مظروف عهده است که متفاوت از ذمه می‌باشد، و ثانیاً با امکان صحت ضمان قهری از اعیان مطابق این حدیث، امکان تحقق ضمان عقدی و انشائی از دین، درباره غیر نیز ممکن گردد.

مطابق این حدیث شریف آنچه بر ذمه متصرف غیرمأذون است «مأخذت» می‌باشد؛ یعنی همان چیزی که از سوی غاصب اخذ شده، نه آنچه در دست وی یا توسط او تلف شده است. به بیان دیگر بر اساس ظاهر حدیث، موضوع ضمان یا آنچه بر عهده غاصب است، نفس عین مأخوذ یا همان عین خارجی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۹).

برخی از فقها ذمه و عهده را مفهومی واحد دانسته‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۵۹؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص ۲۷۶)، با این حال اغلب فقها این دو مفهوم را از یکدیگر متمایز دانسته و عمده تفاوت را به مظروف این دو نهاد بازگردانده‌اند (فاضل لنگرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۹۹؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۶۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۱۱۳). در نظر ایشان عهده مانند ذمه ظرف اعتباری است، با این تفاوت که ذمه ظرف اعتباری اموال کلی است و عهده ظرف اعیان و اموال خارجی است (صدر، ۱۴۲۰ق، ص ۳۲۲). همان‌طور که ذمه امر معتبری نزد عقلا است که می‌توان به وجود یا عدم وجود مالی در آن حکم کرد، عهده نیز اعتباری

عقلایی است که می‌توان ثبوت یا عدم ثبوت عین معینی را در آن اعتبار کرد. فرق ذمه و عهده در این است که به ذمه، مطلق مال کلی اسناد داده می‌شود، ولی به عهده، مالی که به واسطه تشخیصات عینی مقید گردیده است (نوری، ۱۴۱۴ق، ص ۲۰).

با این تحلیل همان‌طور که ضمانت از دیون صحیح است، موضوع این عقد می‌تواند دین نبوده و اعیان موجود در خارج نیز مورد ضمانت واقع گردد و با استدلال به حدیث علی‌البد، همان‌طور که در ضمان قهری از طریق نهاد عهده مسئولیت عین خارجی بر عهده متصرف قرار می‌گیرد، راه برای اعتبار ضمانت از موارد غیر از دین، از طریق انشایی و ارادی نیز هموار می‌گردد. به عبارت دیگر همان‌طور که ضمان عین خارجی به معنای ثبوت عین بر عهده به حکم شارع امکان‌پذیر است، ضمان انشایی به معنای بر عهده گرفتن ارادی عین خارجی یا التزام و تعهد به ادای عین نیز امکان‌پذیر می‌شود (الشریف، ۱۳۹۶، ص ۴۲).

۴-۱-۲. ذمه و عهده ظرف احکام وضعی و تکلیفی

اغلب فقها عهده را ظرف اعیان خارجی دانسته و با این وصف، عهده متمایز از ذمه به‌عنوان ظرف دیون گردیده است. علی‌رغم چنین نظری که تفاوت این دو نهاد را به تقابل عین و دین بازگردانده، به نظر می‌رسد تفاوت را باید در امر دیگری جستجو کرد. دین امری اعتباری است و تحقق خارجی ندارد و لذا فقها برای آن ظرف اعتباری به نام ذمه وضع کرده‌اند، اما اعیان خارجی، هم خودشان دارای وجود حقیقی‌اند و هم ظرفشان؛ یعنی عالم حقیقت و خارج. بنابراین جعل مفهوم عهده به‌عنوان یک ظرف اعتباری برای اعیان، نه صحیح است و نه لازم (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۹۷). لذا با رویکرد گسترده‌تری می‌توان گفت که مهم‌ترین تفاوت ذمه و عهده که در بحث مقاله حاضر نیز راه‌گشا است، این است که عهده، ظرف احکام تکلیفی است و ذمه، ظرف احکام وضعی، و تقابل این دو نهاد را می‌توان به تقابل احکام وضعی و احکام تکلیفی بازگرداند (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۲)؛ تقابلی که می‌توان گفت بر تمامی مباحث راجع به تعهدات سایه افکننده و در بسیاری از مباحث راه‌گشا است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۳۰۱).





در این رویکرد، عهده ظرف مسئولیت‌ها و تعهداتی است که بر یک شخص مقرر شده است و فرقی نمی‌کند که این تعهدات از طرف خود شخص جعل شده باشد، مانند التزاماتی که یک شخص در قراردادها و پیمان‌ها به عهده می‌گیرد، یا اینکه تعهدات به شکل قانون عمومی تعیین شده باشد، مانند نفقه اقارب (صدر، ۱۳۹۷، ص ۴).

در این مبحث نیز با استناد به حدیث علی‌الید به شرح مطلب می‌پردازیم. در خصوص اینکه روایت مذکور بر چه نوع حکمی دلالت می‌نماید، دو نظر مطرح شده است. نظر مشهور فقها این است که روایت بر امری وضعی، یعنی ضمان دلالت دارد، اما نه ضمان منجز، بلکه ضمان شأنی و تقدیری، یعنی وجوب ردّ بدل در صورت تلف عین. چون در صورت وجود عین در دست متصرف و امکان ادای عین، ضرر فعلی وجود ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۰۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۸۱). در مقابل برخی از فقها دلالت حدیث را بر حکم تکلیفی دانسته و ضمان موضوع روایت مذکور را منتزع از حکم تکلیفی جعل شده بر ذوالید می‌دانند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۳۴۸؛ ابروانی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۹۳). در دیدگاه قائلان به حکم وضعی، ضمان به معنای اشتغال ذمه و مبتنی بر ذمه لحاظ شده است، به طوری که مرجع ضمان، اشتغال ذمه به مثل یا قیمت در صورت تلف عین دانسته شده است و از این رو قبل از تلف، ضمان را به طور منجز قابل تحقق ندانسته‌اند. در مقابل در دیدگاه دیگر، ضمان متمایز از اشتغال ذمه و ضرورت ثبوت حکم وضعی دانسته شده است. در واقع در حالی که اشتغال ذمه تنها درباره دین قابل تحقق است، در این دیدگاه ضمان می‌تواند بدون وجود دین و اشتغال ذمه، مسئولیت جبران را بر متعهد تحمیل نماید (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، صص ۹۸-۹۹). از دو دیدگاه فوق، نظر آن دسته از فقها که دلالت این حدیث را بر حکم تکلیفی دانسته‌اند، قابل قبول‌تر است و نمی‌توان مفهوم علی‌الید را حکم وضعی ثبوت عین در عهده دانست. واژه «علی» که در این حدیث بر «ید» اضافه شده است، دلالت بر حکم تکلیفی می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۹۳؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۴۰۸). روایت علی‌الید بر وجوب حفظ و رد مال غیر دلالت می‌نماید، تا زمانی که عین مال وجود دارد؛ در این حال تنها تکلیفی که بر عهده متصرف است، حفظ مال و رد آن است، زیرا در صورتی که عین مال دیگری در دست متصرف باشد،

وی باید همان را رد کند و در صورتی که این تکلیف انجام نشود و مال ناقص یا تلف شود، متصرف از باب تسبیب، ضامن نقص یا تلف خواهد بود. بنابراین در صورت وجود عین هیچ نوع ضمانی بر عهده متصرف وجود ندارد. قرار گرفتن مال در عهده شخص به عنوان حکم وضعی، امری تصنعی است که با تفسیر تحت اللفظی از واژه «علی» ارائه شده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۴).

در تطبیق بحث با ضمان قراردادی، ضمان در اصطلاح فقه و قانون مدنی، ضمان از حکم وضعی است، بنابراین موضوع این عقد نیز منحصر به دین می‌گردد و در این مفهوم اصولاً ضمان از حکم تکلیفی پذیرفته نیست. با تحلیل عهده به عنوان ظرفی برای احکام تکلیفی و نه تنها عین خارجی، التزام و تعهد درباره احکام تکلیفی و به طور کلی تعهدات امکان‌پذیر می‌گردد و آنچه مطروف این ظرف اعتباری است، قابلیت اینکه موضوع قرارداد تضمینی قرار گیرد را خواهد یافت. بنابراین انحصار موضوع عقد ضمان بر یک حکم وضعی (دین ثابت بر ذمه) شکسته می‌شود و تعهدات به معنای وسیع آن می‌تواند موضوع عقد ضمان قرار گیرد، تا جایی که می‌توان گفت با این تحلیل، موضوع در این مفهوم از عقد ضمان، ضمانت از تعهدات است و ضامن حتی در مواردی که موضوع مورد ضمانت دین است، دین را مورد ضمانت قرار نمی‌دهد، بلکه تعهد مدیون به پرداخت دین را تضمین می‌نماید (فیاض کابلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۳). با این توضیح که متعاقب حکم وضعی اشتغال ذمه مدیون، یک حکم تکلیفی و تعهد قانونی به پرداخت برای وی ایجاد می‌شود، ضامن در واقع این تعهد را ضمانت می‌کند که مدیون دین خود را ادا خواهد کرد و اگر نکرد ضامن تکلیف را انجام خواهد داد. از این رو، هم‌چنان که برخی از فقها بیان داشته‌اند: «و کما يتصور هذا المعنى من الضمان في الدين يتصور أيضا في الأعيان الخارجية الداخلة في عهدة غير المالك كالعين المغصوبة والمقبوض بالعقد الفاسد بل فيما يترقب استحقاق الغير له أيضا كمال الجعالة قبل العمل بل حتى مع فرض عدم العهدة سابقا و عدم ترقب استحقاق الغير له بان يكون نفس هذا الضمان مولدا للعهدة فلا يكون هناك مضمون عنه بل ضامن و مضمون له» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶)، تعهدات به معنای گسترده خود می‌تواند مورد ضمانت قرار گیرد





(کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۳۴۵) و در این امر تفاوتی نمی‌کند که موضوع و منشأ تعهد دین باشد، عین باشد، دین غیر ثابت باشد، دین آینده باشد، حکم تکلیفی باشد، الزامات قراردادی یا الزامات قانونی و... باشد؛ هر نوع تعهد قانونی می‌تواند مورد قرارداد ضمان واقع گردد.

۴-۲. شرط دوم: عدم ضرورت وجود موضوع هنگام عقد

دومین شرط در ضمان مصطلح (نقل) موجود بودن موضوع قبل از انعقاد عقد، مطرح شده است و در مواردی که هنوز دین موضوع عقد ایجاد نشده است، مشهور فقها ضمانت را باطل دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۰۸). در خصوص این شرط نیز ادعای اجماع مطرح شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۱۱).

ماهیت متفاوت ضمان عرفی، این شرط را نیز متفاوت از ضمان نقل می‌نماید. در واقع ضرورت وجود موضوع در ضمان نقل، از شرط اول در این عقد حاصل می‌گردد و شرط دوم، نتیجه منطقی شرط اول است، چرا که با تعریفی که از دین در شرط اول گفته شد، این تعریف موجود بودن در هنگام عقد را در دل خود دارد و اساساً تعریف دین، مال کلی موجود در ذمه است و این همان شرط دوم است، در حالی که با تغییر موضوع از دین به تعهد، چنین محذوری لازم نمی‌آید.

از طرف دیگر در ضمان نقل، از آنجا که این عقد مبتنی بر مالکیت است، بنابراین موضوع عقد باید هنگام قرارداد موجود باشد، اما در ضمان عرفی، این ضرورت نیز منتفی می‌گردد. با وجود این، چنین نیست که در این مفهوم از ضمان، عقد بر معدوم محقق گردد، بلکه مانند عموم قراردادهای دیگر باید موضوعی وجود داشته باشد تا محل عقد قرار گیرد، اما موجودیت در این نوع ضمان، شرایط متفاوتی دارد که در ادامه بررسی می‌شود.

۴-۲-۱. کفایت وجود عرفی موضوع

در عرف امروز نه تنها ضرورتی برای وجود دین قبل از عقد نیست، بلکه به عکس، ابتدا تضمینات کافی اخذ می‌گردد و سپس عقد موجب تحقق دین منعقد می‌شود. مثلاً یک

نهاد وام‌دهنده اول تضمینات کافی اخذ می‌کند و بعد به متقاضی وام پرداخت می‌شود. یا یک بنگاه فروش اقساطی ابتدا تضمینات را اخذ و سپس اقدام به انشای بیع اقساطی می‌کند. در این خصوص حتی برخی معتقدند معامله قبل از اخذ تضمینات، نوعی عمل سفهی است و در حقوق، توافقات سفیهانه مورد حمایت قرار نمی‌گیرد (باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۱۴۹). از این رو مسلم بودن چنین عرفی در بازار، منجر به این می‌گردد که وجود دین به معنای عرفی آن حمل گردد و عرفاً همین که برای شخصی فرصت استفاده از دین پدید آید، آن دین موجود تلقی شود.

چنین رویکردی درباره موضوع این قرارداد، ناشی از عرفی بودن ماهیت عقد ضمان است. تحقق یا عدم تحقق این عقد دایرمدار صدق عرفی آن است و تا زمانی که شارع از آن منع نکرده باشد، صحت آن قابل خدشه نخواهد بود. وجود قراردادهای تضمینی متعدد بدون موجود بودن موضوع در زمان انعقاد آنها و مبادرت به انعقاد عقد ضمان در خصوص آنها نزد عرف و عقلا، تأییدکننده صحت آن است و نمی‌توان بعد از صدق عنوان عرفی عقد ضمان بر چنین توافقاتی به دلیل موجود نبودن موضوع هنگام عقد، آنها را باطل دانست (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، صص ۲۸۰، ۲۸۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۹، ص ۲۵۷؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۵۰).

عرفی بودن عقد ضمان در میان فقهای متأخر و همچنین فقهای متقدم مورد اشاره و تصریح قرار گرفته است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۴؛ طباطبایی مجاهد، بی تا، ص ۱۳۳؛ اشتهاوردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص ۳۷۰) و به طور خاص در مورد بحث حاضر، در جمع بین بنای عقلا در صحت این تعهد از طرفی و اجماع فقها بر بطلان و فساد چنین ضمانی، صدق عرفی عنوان عقد ضمان نزد عرف و عقلا ملاک صحت و اعتبار قرار گرفته است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۴۸).

از این میان مرحوم سبزواری در کتاب مذهب الاحکام در مقابل اجماع فقها بر بطلان، عنصر عرف را مورد تصریح قرار داده است. در این تحلیل ملاک صحت، تشخیص عرف مطرح شده و موضوعی که عرفاً در خصوص آن مبادرت به انعقاد عقد ضمان شود موجود پنداشته و انعقاد ضمان در خصوص آن صحیح دانسته شده است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۲۶). در این تحلیل فارغ از دلایل دیگر، عنصر عرف به عنوان





دلیل مستقل که توان اثبات قراردادهای متعارف بین افراد جامعه را دارد، مورد تمسک قرار گرفته است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۵۳). این دسته از فقها قائل به اعتبار ضمان بدون وجود دین گردیده‌اند، اما نه با تمسک به دلیل وجود و کفایت سبب دین، بلکه به دلیل شناسایی و اعتبار چنین قراردادی نزد عرف (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۴۹).

۴-۲-۲. کفایت وجود اعتباری موضوع

اگرچه در ضمان نقل، موجودیت بالفعل موضوع ضروری است، در ضمان عرفی که صرف تعهد و التزام است، لازم نیست موضوع عقد بالفعل موجود باشد، بلکه صرف اعتبار وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع حصول محل، در اعتبار موجود بودن آن کافی است. معاملات عرفی از مقوله امورات اعتباری هستند و ضرورتی ندارد موضوع در این امور حتماً بالفعل موجود باشد و ممکن است محل و موضوع آن در ظرف اعتبار موجود باشد (قنوتی، ۱۳۸۲، ص ۴۶)؛ لذا اعتبار عقلایی موجودیت موضوع نیز بر همین مبنا در انعقاد قرارداد ضمان عرفی محقق عقد است. ضمان عرفی در واقع التزام به پرداخت است و در این صورت از لحاظ حقوقی و عقلی اشکالی وجود ندارد که این التزام به تعهد و دین احتمالی آینده تعلق گیرد، چرا که عقلاً چنین موضوعی را برای چنین تعهدی دارای اعتبار می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، صص ۲۷۰-۲۷۱). به عبارت دیگر، در ضمان عرفی رابطه معاملی منعقدشده، امری اعتباری است و تابع اعتبار عقلا و شارع است، چه آنکه مورد معامله موجود باشد یا وجود آن متوقع باشد. در عالم اعتباری معاملات، این امکان وجود دارد که موضوع را اعتباراً موجود پنداشت و عقد را بر آن منعقد نمود. بر این اساس، اعتبار موجود بودن امری به اعتبار عقلا، می‌تواند آن را موضوع عقد قرار دهد و اگر از لحاظ مبانی دیگر، آن چنان که در ضمان نقل چنین است، ضرورت وجود بالفعل در میان نباشد، موجودیت اعتباری کفایت می‌کند. بنابراین اعتبار وجود دین غیر موجود و صرف تعهد، به‌طور مثال در خصوص ضمانت در اعیان مضمونه و یا حتی تعهد و مسئولیت غیر موجود در زمان عقد قرارداد، مثل ضمانت در اعیان غیر مضمونه که در هنگام ضمانت، حتی تعهد و مسئولیت امین نیز موجود نیست و با تعدی و تفریط بعدی ایجاد می‌گردد، به‌عنوان موضوع عقد، خللی در صحت و اعتبار این قرارداد ایجاد نمی‌کند.

در این مفهوم از عقد ضمان، برای اعتبار وجود موضوع، حتی نیازی به وجود سبب نیز نیست. چنان که گفته شد، کفایت وجود سبب برای تحقق ضمان را برخی از فقهای امامیه در ضمان نقل مطرح کرده‌اند، با این حال به نظر می‌رسد طرح این نظر در چارچوب ضمان نقل، خالی از اشکال نیست و نیازمند تحلیل بیشتر در این مبحث است.

۳-۲-۴. نقش سبب در تحقق موضوع

برخی از فقها، قائل به صحت در صورت وجود سبب بدون تحقق کامل دین گردیده‌اند. به نظر ایشان حکم به بطلان عقد ضمان در این موارد با بسیاری از مصادیق این عقد منافات خواهد داشت (بیجوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۷۶۲، ۷۷۸).

صاحب عروه به‌عنوان فقیهی که بسیاری از مباحث را با مسائل روز جامعه و ضرورت‌های اجتماعی تحلیل می‌کند، در این خصوص حتی فراتر از این امر پیش رفته و عقد ضمان را حتی بدون وجود سبب، قابل تحقق و معتبر دانسته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۶۲).

در قانون مدنی نیز با اینکه از نظر نقل ذمه پیروی شده است، از مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ چنین برمی‌آید که پیدایش سبب برای درستی ضمان بسنده است (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۳۸۸). فقها و حقوق دانان با پذیرش این نظر متمایل بدان هستند که از بطلان پاره‌ای از ضمانت‌ها که از دیرباز مورد نیاز جامعه بوده پرهیز کنند و تا جایی که در قالب ایجاد سبب دین امکان دارد، ضمان دین آینده را بپذیرند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۸۲).

با وجود تأیید نظر قائلان به صحت در صورت عدم وجود دین و حتی عدم وجود سبب دین، باید گفت که این وسعت نظر در چارچوب مبنای پذیرفته شده در ضمان نقل، نمی‌تواند محقق ضمان اصطلاحی باشد و باید بر مبنای دیگری آن را تحلیل کرد (موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۱۹۷، ۲۰۱، ۲۰۷) و البته پرواضح است که به‌طریق اولی در صورت عدم وجود سبب نیز عقد ضمان به‌طور صحیح محقق نمی‌گردد. نظر فقهای متأخر مبنی بر کفایت سبب دین، نشان‌دهنده آن است که چگونه نیازها، نظریه‌ها را به دنبال خود می‌کشد، اما نمی‌توان این رویکرد را در قالب ضمان مصطلح پذیرفت. بی‌تردید مفاد چنین قراردادی نمی‌تواند مفاد ضمان عقدی، در اصطلاح فقهی و قانونی





آن باشد، چرا که مفاد ضمان اصطلاحی این است که ذمه ضامن همراه با عقد ضمان مشغول شده و مضمون عنه بری گردد. تردیدی نیست که چنین قراردادی بدون وجود دین ثابت امکان‌پذیر نیست (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۲۰).

در میان فقهای متأخر، صاحب کتاب کلمة التقوی، به صراحت ضرورت وجود دین و اشتغال ذمه بالفعل را برای تحقق ضمان مصطلح لازم دانسته و قائل به عدم کفایت سبب دین برای تحقق ضمان مصطلح شده است. در پرتو همین تحلیل مبنایی، شارحان کلام سید یزدی نیز نظر ایشان را خلاف مبنای پذیرفته‌شده در فقه امامیه دانسته و وجود دین را عنصر غیرقابل حذف در ضمان مصطلح دانسته‌اند. با این حال ایشان بعد از بیان عدم کفایت وجود سبب برای تحقق عقد ضمان، این رویکرد را خالی از اشکال نمی‌داند و تحلیل آن را به مباحث بعد ارجاع داده و در فصلی جداگانه تحت عنوان ضمان عرفی، عقد ضمان بدون وجود دین را صحیح دانسته است (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۵۷). شارحان کلام صاحب عروه نیز در تحلیل بحث، نهایتاً تحقق عقد ضمان را بر مبنای تحلیل دیگری از عقد ضمان (ضمان عرفی) پذیرفته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۲۵۶، ۲۶۵).

به نظر می‌رسد که با استدلال مطرح‌شده، حق با این دسته از فقها است و استناد به کفایت سبب برای اعتباربخشی به این ضمانت‌ها کافی نبوده و نمی‌توان در ضمان نقل، قائل به صحت به‌صرف وجود سبب گردید، بلکه با تحلیلی که از ضمان عرفی مطرح شد، در چارچوب و قلمرو مفهوم و ماهیتی که از این نوع ضمان ارائه شد، می‌توان قائل به صحت چنین ضمانت‌هایی شد. علاوه بر این، همان‌طور که سید یزدی مطرح نموده و شارحان، کلام ایشان را تکمیل کرده‌اند، در این مفهوم از ضمان (ضمان عرفی) است که حتی بدون وجود سبب نیز تحقق عقد ضمان معتبر و صحیح می‌نماید.

نتیجه‌گیری

بسیاری از قراردادهای عرفی ضمان، با ماهیت و شرایطی متفاوت از ضمان مصطلح در فقه امامیه و قانون مدنی منعقد می‌گردد. در منابع فقهی نیز متأثر از این امر، برخی از فقها در

کنار ضمان مصطلح، قائل به شناسایی ضمان غیر مصطلح یا ضمان عرفی گردیده و در این معنا از ضمان که در مقابل انتقال دین ثابت در ذمه، به معنای صرف تعهد ضامن در مقابل مضمون له است، شروط مقرر در خصوص موضوع ضمان نقل را ضروری ندانسته‌اند.

با تحلیل دو شرط مقرر در قانون مدنی و فقه امامیه در خصوص موضوع عقد ضمان (نقل) و در مقایسه با ضمان عرفی، روشن می‌گردد که انحصار موضوع در ضمان نقل، به مال کلی در ذمه (دین)، نشأت گرفته از ابتدای این عقد بر نهاد ذمه است. با تحلیل عقد ضمان بر نهاد عهده به عنوان ظرفی اعتباری برای احکام تکلیفی و تعهدات به طور کلی و نه فقط اعیان، در تقابل با ذمه به عنوان ظرف اعتباری دین، انحصار موضوع در این عقد به مال کلی در ذمه شکسته می‌شود و مطروف این ظرف اعتباری که تعهدات به معنای گسترده خود است، قابلیت این را می‌یابد که موضوع عقد ضمان قرار گیرد. در خصوص شرط دیگر و ضرورت موجود بودن موضوع در هنگام عقد نیز اگرچه فقها و حقوق دانان کفایت وجود سبب را برای حل مسئله مطرح کرده‌اند، اما نمی‌توان از طرفی قائل به ابتدای عقد ضمان بر نظریه نقل و نهاد ذمه شد و از طرف دیگر وجود سبب بدون تحقق کامل دین را کافی برای تحقق این عقد دانست. از این رو، این نتیجه حاصل می‌گردد که وجود موضوع هنگام عقد، از عناصر غیر قابل حذف در تحقق ضمان مصطلح در فقه و قانون مدنی است، اما در ضمان عرفی با توجه به ماهیت متفاوت این عقد، ضرورتی برای وجود موضوع در هنگام عقد وجود ندارد و وجود عرفی و اعتباری موضوع کافی است.

بنابراین صحت و اعتبار قراردادهای تضمینی که موضوع در آنها فاقد شرایط مذکور در ضمان نقل است، بر اساس تحقق عرفی این عقد و بر مبنای ضمان عرفی، قابل پذیرش است. با توجه به گسترش و تنوع قراردادهای تضمینی امروز و همچنین با توجه به شناسایی مفهوم دیگری از عقد ضمان در فقه امامیه مبتنی بر تلقی عرفی از این عقد، مقررات قانون مدنی در خصوص عقد ضمان، من جمله موضوع این عقد، نیازمند تعدیل و اصلاح است.



فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اشتهااردی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). مدارك العروة (چاپ اول). تهران: دار الأسوة للطباعة والنشر.
۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). مکاسب (چاپ اول). قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم.
۴. ایروانی، میرزاعلی. (۱۳۸۴). حاشیه مکاسب (چاپ اول). تهران: کیا.
۵. باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۷ (چاپ اول). تهران: انتشارات مجد.
۶. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). قواعد فقهیه (چاپ اول). قم: نشر الهادی.
۷. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (چاپ چهارم). تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۸. بصری بحرانی، زین الدین. (۱۴۱۳ق). کلمة التقوی (چاپ سوم). قم: سید جواد وداعی.
۹. جعفری خسروآبادی، نصراله. (۱۳۹۴). نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه آن با حقوق غرب. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۴)، صص ۱-۱۸.
۱۰. حسینی حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). فقه العقود (چاپ دوم). قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۱. حسینی عاملی، محمد جواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. روحانی قمی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (چاپ اول). قم: دارالکتاب.
۱۳. سزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام (چاپ چهارم). قم: مؤسسه المنار.
۱۴. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۶). تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران. فقه و اصول، (۱۱۰)، صص ۵۰-۳۱.
۱۵. صدر، محمد. (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه (چاپ اول). قم: دار الاضواء للطباعة والنشر والتوزیع.
۱۶. صدر، محمد باقر. (۱۳۹۷). حواله. فقه اهل بیت، (۲۱)، صص ۳-۲۰.
۱۷. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰ق). حاشیه منهاج الصالحین (چاپ اول). بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۱۸. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (چاپ اول). قم: مؤسسه دارالتفسیر.



۱۹. طباطبایی حکیم، سید محسن. (بی تا). نهج الفقاهة (چاپ اول). قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۲۰. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین (چاپ اول). قم: منشورات قلم الشرق.
۲۱. طباطبایی مجاهد، سید محمد. (بی تا). مناہل (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۲. طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). عروة الوثقی (چاپ دوم). بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۲۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۴. عاملی کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۵. عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام (چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقها (چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیہ السلام.
۲۷. غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۹ق). حاشیه مکاسب (چاپ اول). قم: محقق.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶ق). قواعد الفقہیة (چاپ اول). قم: چاپخانه مهر.
۲۹. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا: بی نا.
۳۰. فتواتی، جلیل. (۱۳۸۲). مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع. اندیشه‌های حقوقی، ش ۵، صص ۲۹-۶۱.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کاشانی، محمود. (۱۳۸۸). قراردادهای ویژه (چاپ اول). تهران: نشر میزان.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۴). نوآوری‌های سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در ضمان عقدی (۱). تحقیقات حقوقی، (۷۲)، صص ۱۱-۳۴.
۳۴. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۵). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۵. مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق علیہ السلام (چاپ اول). قم: مؤسسه انصاریان.
۳۶. موسوی خویی، ابوالقاسم. (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی (چاپ اول). قم: منشورات مدرسه دارالعلم.



۳۷. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (چاپ هفتم). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۸. نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۸۹). ضمان به‌مثابه حکم تکلیفی. حقوق اسلامی، (۲۷)، صص ۲۹-۵۵.
۳۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۹۱). ذمه و عهده در فقه شیعه. مجله فقه و اصول، (۹۰)، صص ۱۵۵-۱۷۶.
۴۰. نوری، فضل‌الله. (۱۴۱۴ق). رساله فی قاعدة ضمان الید (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ق). قراءات فقهیة معاصرة (چاپ اول). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.



۱۶۲

سال بیست و هفتم، شماره سوم (پیاپی ۱۰۳)، پاییز ۱۳۹۹

References

1. Allamah al-Hilli. (1414 AH). Note of jurisprudence (1st ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
2. Al-Sharif, Mohammad Mahdi. (1396 AP). Analysis of the nature and effects of aristocracy in Iranian jurisprudence and law. *Jurisprudence and Principles*, (110), pp. 31-50. [In Arabic].
3. Ameli Karaki, A. (1414 AH). Jami' al-Maqasid (2nd ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
4. Ameli, Z. (1413 AH). Masalik al-Ifham (1st ed.). Qom: Islamic Enlightenment Foundation.
5. Ansari, M. (1415 AH). al-Makasib (1st ed.). Qom: Congress in honor of Shaykh Azam.
6. Ardabili, A. (1403 AH). Al-Faida Walbarhan Assembly (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
7. Bahr al-Ulum, M. (1403 AH). Balgha al-Faqih (4th ed.). Tehran: Al-Sadiq School Publications.
8. Bariklo, A. (1388 AP). Civil Law 7 (1st ed.). Tehran: Majd.
9. Basri Bahrani, Z. (1413 AH). The word piety (3rd ed.). Qom: Seyed Javad Vedaei.
10. Bojnordi, S. H. (1419 AH). Rules of jurisprudence (1st ed.). Qom: Al-Hadi Publishing.
11. Eshtehardi, A. (1417 AH). Al-Urwa Documents (1st ed.). Tehran: Dar Al-Aswa for printing and publishing.
12. Fayyaz Kaboli, M. I. (n.d.). Minhaj Al-Salehin. n.p.
13. Fazel Lankarani, M. (1416 AH). Rules of Jurisprudence (1st ed.). Qom: Mehr.
14. Gharavi Isfahani, M. H. (1419 AH). Hashia al-Makasib (1st ed.). Qom: Mohaqiq.
15. Hashemi Shahroudi, S. M. (1423 AH). Contemporary jurisprudential readings (1st ed.). Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence Institute. [In Arabic].
16. Husseini Ameli, M. J. (1419 AH). The Key of Glory (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office.
17. HUSseini Haeri, S. K. (1423 AH). Jurisprudence of contracts (2nd ed.). Qom: Islamic Thought Association.
18. Irvani, M. A. (2005). Hashia al-Makasib (1st ed.). Tehran: Kia.
19. Jafari Khosrowabadi, N. (1394 AP). General Theory of Debt in Islamic Law and Its Comparison with Western Law. *Comparative Research of Islamic and Western Law*, (4), pp. 1-18.
20. Kashani, M. (1388). Special Contracts (1st ed.). Tehran: Mizan.
21. Katoziyan, N. (1378 AP). Certain contracts. Tehran: Enteshar Co.
22. Mohaqiq Damad, S. M. (1394 AP). Innovations of Seyyed Mohammad Kazem Tabatabaei Yazdi in Marriage Guarantee (1). *Legal Research*, (72), pp. 11-34.
23. Mohaqiq Damad, S. M. (1395 AP). General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center.

۱۶۳



فقه

24. Mousavi Khoei, A. (1409 AH). Foundations of Al-Urwa Al-Wathqi (1st ed.). Qom: Dar Al-Alam School Publications.
25. Mughniyeh, M. J. (1421 AH). Fiqh of Imam Sadiq (AS) (1st ed.). Qom: Ansarian Institute.
26. Najafi, M. H. (1404 AH). Jawahir al-Kalam (7th ed.). Beirut: Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
27. Nematollahi, I. (1389 AP). Guarantee as a mandatory sentence. *Islamic Law*, (27), pp. 29-55. [In Persian].
28. Nematollahi, I. (1391 AP). Duty in Shiite jurisprudence. *Jurisprudence and Principles*, (90), pp. 155-176. [In Persian].
29. Nouri, F. (1414 AH). Letter in the rule of guarantee (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
30. Qanawati, Jalil. (1382 AP). A comparative study of the time of transfer of ownership in a contract of sale. *Legal Thoughts*, (5), pp. 29-61. [In Persian].
31. Rouhani Qomi, S. S. (1412 AH). Fiqh al-Sadiq (1st ed.). Qom: Dar al-Kitab.
32. Sabzwari, S. A. A. (1413 AH). Civil Code (4th ed.). Qom: Al-Manar Foundation.
33. Sadr, M. (1420 AH). Transcendental jurisprudence (1st ed.). Qom: Dar Al-Azwa 'for printing, publishing and distribution.
34. Sadr, M. B. (1397 AP). Hawale. *Fiqh of Ahl al-Bayt*, (21), pp. 3-20.
35. Tabatabaei Hakim, S. M. (1410 AH). Hashia of Minhaj al-Salehin (1st ed.). Beirut: Press Office.
36. Tabatabaei Hakim, S. M. (1416 AH). Mostamsak Al-Urwah al-Wuthqa (1st ed.). Qom: Dar al-Tafsir Foundation. [In Arabic].
37. Tabatabaei Hakim, S. M. (n.d.). Approach to jurisprudence (1st ed.). Qom: 22 Bahman Publications.
38. Tabatabaei Mojahid, S. M. (n.d.). Manahel (1st ed.). Qom: Aal al-Albayt Institute.
39. Tabatabaei Qomi, S. T. (1426 AH). Basics of Minhaj Al-Salehin (1st ed.). Qom: Qalam-e Sharqi.
40. Tabatabaei Yazdi, M. K. (1409 AH). Al-Urwah al-Wuthqa (2nd ed.). Beirut: Scientific Foundation for Publications.
41. Tabatabaei Yazdi, M. K. (1421 AH). Hashia al-Makasib. Qom: Ismailiyan Institute.

