

عقد ضمان به مثابه وثیقه عینی

جلیل قنواتی*

محمد محلی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۷/۲۵

چکیده

قرارداد ضمان اگرچه ذاتاً ایجاد وثیقه شخصی به نفع طلبکار می‌کند اما چنانچه در ضمن آن بر ضامن شرط گردد که دین خود را از محل مال معینی بر پرداخت نماید، علاوه بر وثیقه شخصی، نوعی وثیقه عینی به نفع مضمون له ایجاد می‌کند. بر این اساس مضمون له نسبت به مال موضوع ضمان حقی عینی پیدا نموده که به استناد آن می‌تواند مال مزبور را مورد تعقیب قرارداد و مطالبات خود را مقدم بر دیگر طلبکاران از محل آن مال وصول نماید. در مواردی که ضمان از مال معین از طریق شرط ادای دین از محل مال معین در ضمن عقد ضمان حاصل شود، مشهور فقها حق مضمون له را هم‌ردیف حق الرهانه تلقی و آن را دارای اثری شبیه به وثیقه عینی پنداشته‌اند. از منظر فقهی پذیرش این دیدگاه منوط به تحلیلی است که از مفاد شرط فعل مالی ارائه می‌شود. چنانچه این نظر پذیرفته شود که مفاد شرط فعل صرفاً ایجاد تکلیف به انجام تعهد است و شرط بر ذمه مشروط علیه قرار نمی‌گیرد، ضمان از مال معین موجب ایجاد حقی که بتواند در مقابل اشخاص ثالث - به ویژه بعد از فوت و ورشکستگی مدیون - قابل استناد باشد نمی‌گردد؛ در این صورت، در فرض فوت ضامن و عدم انجام شرط از سوی ورثه، مضمون له نمی‌تواند وراثت را به انجام مفاد شرط وادار سازد بلکه صرفاً می‌تواند با فسخ قرارداد ضمان از حقوق خود دفاع نماید.

کلیدواژگان:

حکم تکلیفی، حکم وضعی، شرط، ضمان، وثیقه عینی.

* دانشیار دانشگاه تهران پردیس فارابی، رشته حقوق خصوصی (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران پردیس فارابی.

مقدمه

مصادیق وثیقه عینی در حقوق ایران محدود به قراردادهایی چون رهن و بیع شرط هستند که هر کدام از احکام و مقررات سختگیرانه‌ای تبعیت می‌کند؛ به‌گونه‌ای که تخطی از آن موجب بطلان قرارداد توثیقی می‌گردد. این در حالی است که از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، یکی از شاخصه‌های توسعه‌یافتگی اقتصادی وجود نظام توثیقی منعطفی است که به واسطه آن، از یک طرف بتوان اقسام مختلفی از اموال را مورد وثیقه قرار داد و از سوی دیگر وثیقه عینی بدون نیاز به تشریفات به وجود آمده، هزینه کمتری را برای دارندگان آن ایجاد نماید. یکی از راه‌های دسترسی به چنین هدفی متنوع نمودن اقسام وثیقه عینی و آزادی افراد در انعقاد این گونه وثایق است.

در حقوق ایران، قانون مدنی و حقوق دانان به مسئله آزادی اراده در ایجاد تعهد و قرارداد پرداخته‌اند، اما آزادی اراده اشخاص در خلق وثایق عینی جدید مورد تردید و انکار بسیاری از نویسندگان حقوقی قرار گرفته است. این تردیدها از آنجا نشئت می‌گیرد که حقوق دانان ایرانی به تبع برخی از حقوق دانان فرانسوی مفهوم حق عینی را مخالف اصل نسبی بودن روابط قراردادی پنداشته و بدین ترتیب اراده آزاد افراد را در خلق حقوق عینی جدید به تصور مغایرت با حقوق اشخاص ثالث محدود کرده‌اند.

اما در فقه امامیه، با وجود اختلاف نظرهای موجود در خصوص صحت و لزوم عقود نامعین، ایجاد نوعی حق وثیقه‌ای مشابه حق الرهانه (خارج از عقود معین توثیقی) تحت عنوان ضمان در مال معین (الضمان فی (من) مال المعین) مجاز دانسته شده است. توضیح اینکه عقد ضمان از وثایق شخصی است که توثیق در آن بنا به نظر پذیرفته شده در فقه امامیه مبتنی بر نقل مافی‌الذمه از ذمه مدیون به ذمه ضامن است. از این رو، اصولاً حق وثیقه‌گیر یا مضمون له بر مال معینی متعین نمی‌گردد. با وجود این، ممکن است طرفین ترتیبی اتخاذ نمایند که ضامن در محدوده مال معینی مبادرت به ضمان نماید که چنین ضمانی را ضمان در مال معین می‌نامند.

با توجه به اینکه در این نوع ضمان، مطالبات طلبکار از محل مال معینی توثیق می‌شود، این پرسش مطرح می‌گردد که چه رابطه‌ای میان طلبکار و مال موضوع ضمان وجود دارد و آیا این رابطه را می‌توان نوعی وثیقه عینی قلمداد کرد؟

برای پاسخ‌گویی به این پرسش لازم است ضمن تبیین مفهوم وثیقه عینی، مفهوم ضمان در مال معین و ماهیت آن، با توجه به توضیحات ارائه‌شده در خصوص مفهوم وثیقه عینی مشخص گردد، آیا حقی که مضمون‌له در نتیجه این نوع قرارداد به دست می‌آورد، ویژگی‌های یک وثیقه عینی را دارا می‌باشد یا خیر؟

۱. مفهوم وثیقه عینی

عبارت وثیقه عینی ترکیبی وصفی است که متضمن واژه وثیقه^۱ موصوف^۲ و عینی^۳ «وصف» است. وثیقه در لغت به معنای پیمان مؤکد، حجت، سند و سند تعهد^۴ و شیء محکم^۵ آمده است. منشأ این لغت، واژه وثیق است که دارای معنای وصفی بوده و لغویون به‌منظور نقل معنای وصفی به اسمی حرف (تا) را به انتهای واژه مزبور افزوده‌اند^۶. تا به واسطه آن، چیزی را که موجب استحکام می‌گردد، افاده نمایند. کاربرد اصلی واژه وثیقه در معنای مفعولی است^۷. باوجوداین، در نوشته‌های حقوقی^۸ و فقهی، این واژه در معنای فاعلی، یعنی توثیق و حق حاصل از وثیقه، نیز به کار رفته است. برای مثال، در باب لزوم موجود بودن دین گفته شده است که تحقق وثیقه بدون وجود دین ثابت‌شده در ذمه معقول نیست^۹. همچنین شهید اول در دروس معتقد است که اذن مرتهن به راهن در فروش وثیقه متضمن نقل وثیقه به بدل خواهد بود^{۱۰} که منظور او انتقال حق وثیقه‌ای از وثیقه نخست به بدل آن است. در این نوشتار منظور از وثیقه همین معناست.

واژه عین نیز در لغت به معنای نفس «خود» شیء آمده است. برای مثال، وقتی گفته می‌شود (اخذت عین مالی) یعنی خود مالم را گرفتم^{۱۱}. اما در اصطلاح معانی متعددی برای عین ذکر شده

۱. لنگرودی، جلد ۵، ۱۳۸۶ ش، ص ۳۷۳۷.

۲. جوهری، جلد ۴، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۵۶۲.

۳. طریحی، جلد ۵، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۴۵.

۴. طریحی، جلد ۵، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۴۵.

۵. کاتوزیان، جلد ۴، ۱۳۸۵ ش، ص ۲۱۹.

۶. کرکی، جلد ۵، ۱۴۱۴ ق، ص ۹۰.

۷. شهید اول، جلد ۳، ۱۴۰۷ ق، ص ۴۰۸.

۸. طریحی، جلد ۶، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۸۷.

است؛ از جمله اینکه «عین» به معنای اصل مال است که در مقابل مفهوم «منفعت» قرار می‌گیرد؛^۱ همچنین «عین» در معنای «اموال محسوس و مادی» به کار رفته است که بر این اساس، دیون و منافع و حقوق مالی از شمول مفهوم عین خارج هستند.^۲ باوجوداین، در عبارت «وثیقه عینی» هیچ‌یک از معانی فوق مدنظر نیست، بلکه کاربرد «عینی» برای اجتناب از شمول وثایق شخصی است؛ بنابراین، عین در مقابل شخص قرار گرفته است و معنای آن باید بر اساس این تقابل تبیین گردد. در نتیجه، مفهوم «عینی» در عبارت «وثیقه عینی» بسیار گسترده‌تر از معنای لغوی آن بوده و به معنای مال، صرف‌نظر از ماهیت آن است. از این‌رو، عبارت وثیقه عینی به معنای وثیقه حاصل از مال تفسیر می‌گردد.

با توجه به توضیحات بالا در تعریف وثیقه عینی می‌توان گفت وثیقه عینی رابطه حقوقی میان طلبکار و مال است که به موجب آن طلبکار می‌تواند وصول مطالبات خود را از طریق آن مال اطمینان‌آور نماید.

بر مبنای این تعریف، زمانی می‌توان یک رابطه حقوقی را وثیقه عینی دانست که اصل استیثاق و عینی بودن به عنوان اصول حاکم بر وثایق عینی تحقق یابد.^۳

بر اساس اصل استیثاق، هر چند وثیقه عینی ابزاری برای پرداخت دین نیست، ابزاری برای حمایت از احتمال پرداخت دین می‌باشد. حمایت از پرداخت دین از طریق ایجاد ارتباط میان دین به عنوان حق مورد توثیق و وثیقه به‌عنوان مال موضوع توثیق حاصل می‌شود. در نتیجه، توثیق عینی ذاتاً باید به‌گونه‌ای باشد که موجب تقویت احتمال پرداخت دین شود^۴ و هر عاملی که منافی با این مقصود باشد، منافی با مفهوم استیثاق در توثیق عینی خواهد بود.^۵ مفهوم استیثاق از طریق ایجاد حق حبس یا حق استیفای دین از مال حاصل می‌شود.^۶

به موجب اصل عینی بودن وثیقه، زمانی می‌توان وثیقه به وجود آمده را وثیقه عینی تلقی کرد که اولاً حق توثیقی به نفع وثیقه‌گیر بر اموال وثیقه‌گذار به وجود آمده باشد؛ ثانیاً حق توثیق نه

۱. باریکلو، ۱۳۹۰ ش، ص ۲۵.

۲. خوبی، بی‌تا، جلد ۲، ص ۱۶.

3. Simpson & Hendrik Rover, 1997, p73-81.

۴. بجنوردی، جلد ۶، ۱۴۱۹ ق، ص ۱۱.

5. Hendrik Rover, 2004, p76.

۶. اصفهانی، جلد ۱، ۱۴۱۸ ق، ص ۱۸۸.

فقط در رابطه طرفین، بلکه نسبت به اشخاص ثالث و حقوق ایشان نیز تأثیرگذار باشد؛ از این‌رو، وثیقه عینی در عین حال که نسبت به متعاقدين اثر اثباتی دارد و موجب می‌شود وثیقه‌گیر بتواند از محل وثیقه حقوق خود را استیفا نماید، نسبت به اشخاص ثالث نیز این اثر سلبی را دارد که مانع استیفای دین از محل وثیقه توسط ایشان قبل از وثیقه‌گیر می‌شود^۱. بر این اساس، لازم است وثیقه عینی منجر به پیدایش حق عینی به نفع طلبکار گردد.

۲. مفهوم ضمان در مال معین

ضمان در معنای عام، قراردادی است که به منظور تعهد نسبت پرداخت مال یا حاضر نمودن شخصی مقرر شده است^۲. چنانچه موضوع تعهد مال قرار گرفته در ذمه مضمون‌عنه باشد، قرارداد را ضمان به معنای خاص می‌نامند. اما چنانچه مال در ذمه مضمون‌عنه قرار نگرفته باشد یا اینکه موضوع تعهد حاضر نمودن شخصی باشد، قرارداد را حواله و کفالت می‌نامند.

از نظر لغوی در اینکه ضمان مشتق از «ضمن» است یا «ضم»، میان فقیهان خاصه و عامه اختلاف نظر وجود دارد^۳. همین اختلاف نظر موجب اختلاف برداشت در خصوص ماهیت و اثر ضمان شده است. فقیهان امامیه که ضمان را مشتق از ضمن می‌دانند، معتقدند در نتیجه ضمان، دین از ذمه مضمون‌عنه ساقط و به ذمه مضمون‌عنه انتقال می‌یابد و بدین ترتیب دین توثیق می‌گردد؛ حال آنکه اهل سنت بر این باورند که در نتیجه ضمان، ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه ضمیمه شود و همین انضمام ذمه موجب وثوق به پرداخت دین می‌شود.

صرف نظر از این اختلاف نظر مبنایی، ضامن پس از انعقاد ضمان در قبال مضمون‌له مدیون محسوب می‌شود و مکلف است دین را پرداخت کند. در حالت عادی محل پرداخت این دین همه اموال مدیون است و مضمون‌له می‌تواند در صورت خودداری ضامن از پرداخت دین، با رعایت موازین قانونی همگام با سایر طلبکاران، طلب خود را از محل اموال وی وصول نماید. با وجود این، ممکن است در ضمان شرط شود ادای دین از مال معینی صورت پذیرد. این شرط که به صورت‌های گوناگونی ممکن است در قرارداد ضمان درج گردد، شرط ادای دین از مال معین و

1. R. Wood, 1995, no5-1.

۲. محقق حلی، جلد ۲، ۱۴۰۸، ق، ص ۸۸؛ شهید ثانی، جلد ۴، ۱۴۱۰، ق، ص ۱۱۳.

۳. علامه حلی، جلد ۲، ۱۴۲۰، ق، ص ۵۴؛ شهید ثانی، جلد ۴، ۱۴۱۰، ق، ص ۱۱۳.

قرارداد حاوی چنین شرطی، قرارداد ضمان در مال معین نامیده می‌شود.^۱ چنین شرط و قراردادی با توجه به عمومات وفای به عقد و شرط صحیح است و فقیهان در خصوص صحت آن اتفاق نظر دارند.^۲ قانون مدنی ایران با اینکه حاوی مقررات نسبتاً مفصلی در باب ضمان است، فاقد هرگونه مقرره‌ای در خصوص این قسم از ضمان می‌باشد. از این‌رو، برای بررسی این نوع قرارداد ناگزیر باید به کتاب‌های فقیهان امامیه مراجعه نمود.

۲.۱. اقسام قرارداد ضمان از مال معین

بر مبنای نحوه توافق ضامن و مضمون‌له، ممکن است ضمان در مال معین به چند نحو تصویر شود:

- الف) ضامن شرط نماید که از مال معین مبادرت به پرداخت دین کند؛
 ب) وقوع ضمان مقید به پرداخت دین از محل مال معین باشد؛
 ج) قرار گرفتن ضمان در مال معین بدون اشتغال ذمه ضامن به گونه‌ای که دین در عهده آن مال باشد.^۳

۲.۱.۱. ضمان در مال معین به صورت شرط ضمن عقد

اصلی‌ترین شیوه انعقاد قرارداد ضمان در مال معین حالتی است که در ضمن عقد ضمان بر ضامن شرط می‌شود که دین خود را از محل مال معینی پرداخت کند. در چنین حالتی با توجه به عمومات وفای به عقد، شرط تردیدی در صحت شرط و عقد وجود ندارد.^۴ حتی گفته شده که قدر متیقن از اجماع فقیهان در صحت ضمان از مال معین همین فرض است.^۵

اثر اولیه عقد ضمان ایجاد وثیقه شخصی است، اما در نتیجه انعقاد این نوع از ضمان، حقی شبیه به حقوق عینی تبعی به نفع مضمون‌له در مال معین شده به وجود می‌آید که به موجب آن مضمون‌له می‌تواند مستقل از دیگر طلبکاران حق خویش را از محل آن استیفا نماید. این امر

۱. یزدی، جلد ۵، ۱۴۱۹ ق، ص ۴۲۴.

۲. کرکی، جلد ۵، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۳۱؛ نجفی، جلد ۲۶، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۱۸؛ حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۰۸.

۳. یزدی، جلد ۵، ۱۴۱۹ ق، صص ۴۲۳-۴۲۴.

۴. کرکی، جلد ۵، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۳۱؛ نجفی، جلد ۲۶، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۱۸؛ حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۰۸.

۵. سبزواری، جلد ۲۰، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۵۹.

موجب نزدیکی این قسم از قرارداد ضمان به وثایق عینی می‌گردد؛ به همین دلیل است که در فقه امامیه تردیدی در مشابهت این نوع قرارداد ضمان از مال معین با حق الرهانه وجود ندارد.^۱ باوجوداین، در خصوص کیفیت تعلق دین به مال دو احتمال مطرح شده است: در احتمال نخست کیفیت تعلق دین به مال از قبیل تعلق دین به رهن است؛ حال آنکه در احتمال دوم حق مضمون‌له بر مال قوی‌تر از حق مرتهن بر عین مرهونه بوده و از قبیل ارش تعلق گرفته به برده^۲ جانی^۳ در فقه اسلامی است.

مبنای احتمال نخست این است که در نتیجه ضمان، دین به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و مضمون‌له در عین حال که می‌تواند طلب خود را از محل مال معین شده وصول کند، می‌تواند به اقتضای مدیون بودن ضامن به وی رجوع و بر مبنای رابطه دینی موجود حقوق خود را مطالبه کند. اما بر مبنای احتمال دوم در این‌گونه ضمان، دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن انتقال نمی‌یابد، در نتیجه ذمه ضامن مشغول نشده و مضمون‌له صرفاً حقی برای استیفای دین از مال معین به دست می‌آورد، بدون اینکه بتواند دین را مستقیماً از ضامن مطالبه کند؛ از این‌رو، ضامن صرفاً در محدوده مال معین پاسخگوی پرداخت طلب مضمون‌له خواهد بود.^۴

در داوری میان دو تحلیل فوق مشهور فقیهان^۵ دیدگاه اخیر را مورد تردید قرار داده‌اند، زیرا اولاً بر مبنای نظریه پذیرفته شده در فقه امامیه ضمان موجب انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است و اگر انتقال دین به گونه‌ای باشد که ذمه مدیون بری، اما ذمه ضامن مشغول نگردد، نمی‌توان رابطه شکل گرفته را ضمان نامید؛ ثانیاً مال، اهلیت قانونی جهت تعلق به دینی را که در ذمه قرار نگرفته است، ندارد؛ ثالثاً بر اساس این مبنا تلف مال موجب اعاده دین در ذمه

۱. علامه حلی، بی‌تا، جلد ۱۴، ص ۳۸۲؛ کرکی، جلد ۵، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۴۳.

۲. حکیم، ج ۱۳، ص ۳۱۲؛ أن حق الرهانة مقرون باشتغال ذمه الراهن، بخلاف حق الجنایة فإنه غیر مقرون باشتغال ذمه المالك. الثاني: أن حق الرهانة مانع من التصرف فی الرهن، فكأنه قائم بالعین بما انها مضافة الى مالکها حال الرهن، بخلاف حق الجنایة، فإنه غیر مانع من التصرف، فلو باع المالك العبد الجنای صح البیع و انتقل الحق معه، فكان الحق قائم به غیر مقید بإضافة الى مالک بعینه.

۳. شهید ثانی، جلد ۴، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۷۷؛ حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۱۰.

۴. شهید ثانی، جلد ۴، ص ۱۷۷؛ نجفی، جلد ۲۶، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۱۸.

۵. شهید ثانی، جلد ۴، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۷۷؛ نجفی، جلد ۲۶، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۱۹.

مضمون عنه می‌شود، حال آنکه اشتغال مجدد ذمه مضمون عنه نیازمند دلیل است و چنین دلیلی وجود ندارد.

فایده اصلی این بحث در مسئله تأثیر تلف غیر عمدی مال در عقد ضمان آشکار می‌شود؛ بر مبنای تحلیل نخست، تلف غیر عمدی وثیقه موجب زوال حق طلبکار نمی‌شود، بلکه حق وی بر ذمه ضامن مستقر است و می‌تواند مطالبات خویش را از دیگر اموال مدیون وصول نماید.^۱

البته چنانچه ذی نفع این شرط، ضامن باشد، وی حق فسخ ضمان را خواهد داشت.^۲ با وجود این، برخی فقیهان که خیار و حق فسخ را در ضمان جاری نمی‌دانند، معتقدند که اثر تلف مال در چنین وضعیتی ایجاد حق فسخ برای ضامن نیست و وی مکلف است دین را از محل مال دیگری ادا نماید.^۳ برخی دیگر احتمال داده‌اند که تلف مال موجب بطلان ضمان گردد.^۴

بر مبنای دوم، از آنجا که ذمه ضامن به دین مشغول نشده تلف مال، منجر به انتقال دین به ذمه مضمون عنه به عنوان مدیون اصلی می‌شود؛ همان‌گونه که تلف برده جانی موجب سقوط حق از مالک آن به عنوان ضامن می‌گردد. در واقع، از آنجا که ضامن به نحو مطلق ادای دین را نپذیرفته، بلکه صرفاً ضمان را در محدوده مال پذیرفته، مقتضای عمل به شرط وی این است که در صورت تلف، عهده‌دار مسئولیت پرداخت نباشد. بنابراین، انتقال دین از ذمه مضمون عنه انتقال تام نیست و دینی به ذمه ضامن تعلق نگرفته، بلکه صرفاً تعلق ضعیف به مال پیدا کرده است. چنانچه مال تلف گردد، دین به جایی که قبلاً بوده است، اعاده می‌یابد.^۵

۲.۱.۲. ضمان در مال معین به نحو تقيید

در مواردی ممکن است ادای دین از محل مال معین قید عقد ضمان باشد؛ به این معنا که انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن^۶ یا نفس دین مورد ضمانت^۷ حسب تراضی طرفین، مقید

۱. علامه حلی، جلد ۲، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۵۹؛ کرکی، جلد ۵، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۳۲؛ عاملی، جلد ۱۶، ۱۴۱۹ ق، ص ۴۴۹؛ حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۱۰.

۲. صیمری، جلد ۲، ص ۱۹۸؛ نجفی، جلد ۴، ۱۴۰۴، ۲۶ ق، ص ۱۱۹.

۳. خوبی، جلد ۲، ۱۴۰۹ ق، ص ۱۶۵.

۴. شهید ثانی، جلد ۴، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۷۸.

۵. کاشف الغطاء، جلد ۳، ۱۴۲۳ ق، ص ۱۸۰؛ نجفی، جلد ۲۶، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۱۹.

۶. فخرالمحققین، جلد ۲، ۱۳۸۷ ق، ص ۸۷؛ یزدی، جلد ۵، ۱۴۱۹ ق، ص ۵۷۷.

۷. حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۰۹.

به پرداخت از محل مال معین گردد. این تصویر از ضمان از مال معین که به‌عنوان یک احتمال از سوی برخی از فقهای متقدم^۱ مطرح گردیده، اولین بار از سوی سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در کتاب *عروه‌الوثقی*^۲ به‌عنوان یکی از صورت‌های صحیح قرارداد ضمان از مال معین ارائه شده، که مورد نقد و بررسی حاشیه‌نویسان کتاب قرار گرفته است.

برخی از شارحین *عروه‌الوثقی* این صورت از ضمان را، خواه به صورت تقييد عقد ضمان و خواه تقييد دين مضمون به مال و خواه تقييد ادا، صحیح می‌دانند، زیرا غرض صحیح متعاقدين به این شرط تعلق گرفته است و اصل صحت و اطلاق ادله شروط شامل این فرض نیز می‌شود. ایشان در پاسخ این اشکال که قرارداد امری به‌عنوان ذاتی عقد، خارج از اختیار مکلف و تحت اراده شارع است و از این منظر وجهی برای صحت تقييد در قراردادها وجود ندارد، پاسخ داده‌اند، هرچند حکم عقود تحت سلطه شارع قرار دارد، همین که شارع در امری سکوت اختیار و آن را رد کرده است، برای تأیید آزادی اراده افراد کافی خواهد بود.^۳

در مقابل، برخی از فقیهان^۴ این صورت از ضمان را در هر حالتی باطل می‌دانند. به نظر ایشان، اگر مراد از تقييد ضمان به مال معین، تقييد اشتغال ذمه به مال باشد، به‌گونه‌ای که اشتغال ذمه ضامن منوط به این مال باشد، این امر صحیح نخواهد بود، زیرا تقييد مافی‌الذمه که موضوعی اعتباری است، به امر خارجی، یعنی مال، معقول نیست، زیرا اشتغال ذمه و مال، اموری متغایر با هم هستند و هیچ‌کدام صلاحیت تقييد دیگری را ندارند.

همچنین اگر منظور، تعلیق ضمان به ادا از مال معین باشد یا اینکه قبول ضمان از سوی مضمون‌له معلق بر ادای دین از آن مال باشد، هرچند این امر ممکن و معقول است، چنین قراردادی به دلیل اجماع فقهی بر بطلان تعلیق در ضمان، باطل خواهد بود. البته برخی از فقیهان برای گریز از این اشکال، این فرض را صرفاً متضمن تعهد به ادای دین از محل مال معین تلقی نمایند.^۵

۱. شهیدثانی، جلد ۴، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۷۸.

۲. یزدی، جلد ۵، ۱۴۱۹ ق، ص ۴۲۴.

۳. سبزواری، جلد ۲۰، ۱۴۱۳ ق، صص ۲۵۹-۲۶۰.

۴. اشتهدادی، جلد ۲۸، ۱۴۱۷ ق، ص ۴۰۴؛ خوبی، جلد ۲۰، ۱۴۰۹ ق، ص ۱۶۳.

۵. سبزواری، جلد ۲۰، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۶۰.

اگر مراد از این نوع ضمان، تقیید دین مضمون به باشد، به‌گونه‌ای که منظور تقیید دین به ادای دین از محل مال معین باشد، مجدداً اشکال عدم امکان تقیید امور اعتباری به امور مخارجی وارد می‌گردد.

بر فرض پذیرش صحت این قسم باید دید آیا در نتیجه این قرارداد، ذمه ضامن به دین مشغول می‌شود یا خیر؟ اشکالی که در این خصوص مطرح می‌شود، این است که اگر گفته شود ذمه ضامن به دین مشغول می‌شود، اراده طرفین بر تقیید و انحصار پرداخت دین از محل مال معین محقق نخواهد شد و اگر گفته شود این نوع ضمان موجب اشتغال ذمه نمی‌شود، اطلاق عنوان ضمان بر آن صحیح نخواهد بود.

باوجوداین، در مسئله تلف مال مورد ضمان، رویکرد نویسندگان به سمتی است که ضمان به‌نحو تقیید را نیز موجب اشتغال ذمه ضامن می‌دانند؛ در تحلیل گفته شده است که معنای تقیید در ضمان این است که از منظر اعتباری قوام ضمان مبتنی بر استیفای دین از محل مال است، بنابراین تلف مال به منزله انتفای مقومات اعتباری اراده طرفین است، در نتیجه ضمان باطل خواهد بود. همچنین نمی‌توان تقیید ضمان به ادا از مال معین را همانند شرط ضمن عقد تلقی و اثر آن را ایجاد حق فسخ تلقی کرد.

درمقابل، گفته‌اند انتفای قید موجب بطلان عقدی که صحیحاً واقع گردیده است، نمی‌شود؛ بلکه به دلیل انتفای قید ذی‌نفع صرفاً خیار تخلف از وصف خواهد داشت و از این منظر، تفاوتی میان انتفای قید و شرط وجود ندارد؛ زیرا مفاد قصد ضمنی تحلیلی طرفین دلالت بر صحت عقد فاقد قید دارد. به همین دلیل است که در فرض تبعض صفقه، صرفاً خیار ایجاد می‌شود، نه اینکه عقد باطل گردد.^۱ از جمع این دو نظر می‌توان دریافت که اثر چنین ضمانی در وهله نخست، اشتغال ذمه ضامن است؛ زیرا اگر ضمان در مال معین به‌نحو تقیید موجب اشتغال ذمه نگردد، بحث در خصوص اینکه اثر تلف مال بطلان ضمان است یا ایجاد حق فسخ، بی‌معنی خواهد بود.

۱. اشتهازی، جلد ۲۸، ۱۴۱۷ ق، ص ۴۰۴.

۲. حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۱۰.

۲.۱.۳. ضمان در مال معین به نحو اشتغال عهده مال

بر اساس این تصویر از ضمان در مال معین که نخستین بار در کتاب *عروه الوثقی* بیان شده است، طرفین توافق می‌نمایند بدون اینکه دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل شود، دین در عهده یکی از اموال ضامن که معین شده است، قرار گیرد، به‌گونه‌ای که طلبکار بتواند از محل آن مال حقوق خود را وصول کند.^۱ سید یزدی این صورت ضمان را صحیح نمی‌داند، اما به دلایل نظر خود نیز اشاره نکرده است.

برخی از حاشیه‌نویسان در توجیه نظر ایشان نوشته‌اند که این تصویر از ضمان مستلزم فراغ ذمه ضامن و مضمون‌عنه قبل از ادای دین و زوال حق مضمون‌له است که این امری غیرمعقول است، زیرا در این صورت دینی باقی نمی‌ماند تا از محل عین پرداخت شود.^۲ همچنین، مفهوم عهده نسبت به انسان محقق می‌گردد و نسبت به مال عهده‌ای متصور نیست تا محل قرار گرفتن حق غیر قرار گیرد.

برخی فقیهان از آن‌رو که قرارداد منعقد منطبق بر عنوان ضمان نیست، دیدگاه یادشده را موافق با اصول و قواعد می‌دانند، اما صحت آن به‌عنوان یک قرارداد نامعین را خالی از وجه ندانسته‌اند. به باور ایشان، در نتیجه این قرارداد حقی انحصاری همانند حق الجنایه تعلق گرفته به برده جانی به وجود می‌آید که به موجب آن طلب مضمون‌له در عین مال تعیین می‌یابد و مضمون‌له می‌تواند طلب خود را از محل آن مال استیفا نماید.^۳ در نتیجه این قرارداد ذمه مدیون اصلی بری نمی‌گردد و در صورت تلف مال، طلبکار می‌تواند به مدیون اصلی رجوع و حق خود را وصول کند.^۴

این تحلیل از اشتغال عهده مال به دین را می‌توان با رهن مال غیر از جانب غیرقیاس نمود؛ با این توضیح که در رهن مال غیر، مالک مال خود را وثیقه دین غیر قرار می‌دهد. در اینجا مالک به طلبکار حقی اختصاصی در استیفاء دین غیر از محل مال خود اعطا می‌کند.

۱. یزدی، جلد ۵، ۱۴۱۹ ق، ص ۴۲۴.

۲. خوبی، جلد ۲، ۱۴۰۹ ق، ص ۱۶۵.

۳. کاشف الغطاء، جلد ۳، ص ۱۸۰؛ حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۱۲؛ مکارم شیرازی، جلد ۲، ص ۷۱۱.

۴. حکیم، جلد ۱۳، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۱۲.

علاوه بر تحلیل فوق، ضمان از مال معین به نحوه اشتغال عهده مال را می‌توان این‌گونه تحلیل نمود که در نتیجه این قرارداد، ضامن و طلبکار توافق می‌کنند که طلبکار در ازای سقوط دین از ذمه مضمون‌عنه، حق استیفای مبلغی معادل مبلغ دین از محل مال را به‌دست می‌آورد. در نتیجه این قرارداد نوعی حق عینی برای طلبکار بر مال حاصل می‌گردد که نه از قبیل مالکیت است و نه از قبیل حق عینی تبعی، زیرا از یک طرف مال در مالکیت مالک یا همان ضامن باقی مانده است و به طلبکار منتقل نمی‌گردد و از سوی دیگر با توجه به سقوط دین از ذمه مضمون‌عنه حق مزبور به تبع دین و نوعی حق عینی تبعی نخواهد بود. از این‌رو، باید حق مزبور را هم‌ردیف حق انتفاع از حقوق عینی اصلی غیرمالکیت تلقی محسوب کرد.

۲.۲. ویژگی توثیقی ضمان در مال معین

به اعتقاد مشهور فقها، ضمان از مال معین موجب ایجاد حقی شبیه به حق الرهانه برای مضمون‌له می‌شود و در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد است و مضمون‌له به استناد آن حق می‌تواند مطالبات خود را از محل مال وصول نماید^۱. با توجه به اینکه یکی از فواید اصلی وثیقه عینی ایجاد حق تعقیب مال موضوع وثیقه و حق تقدم است (به ویژه در مواردی که اموال مدیون متعلق حقوق غرما قرار می‌گیرد)، باید دید آیا مضمون‌له نسبت به مال موضوع ضمان از حق تقدم و حق تعقیب برخوردار است؛ به عبارت دیگر آیا می‌توان حق مضمون‌له را بر مال مزبور حق عینی تلقی نمود؟

مشهور فقها در پاسخ به این پرسش، حق حاصل از ضمان مال معین را صرف‌نظر از اینکه به چه نحو منعقد گردد، حقی تعلق‌گرفته به مال معین تلقی می‌کنند و آن را هم‌ردیف با حق الرهانه و حق غرما بر ترکه دانسته‌اند^۲. از ظاهر عبارات فقیهان استنباط می‌شود که حق حاصل از ضمان همانند حق الرهانه، از یک‌سو موجب استیثاق و اطمینان‌آور شدن پرداخت دین می‌گردد و از سوی دیگر موجب پیدایش حق تقدم و تعقیب برای مضمون‌له نسبت به مال می‌شود.

۱. علامه حلی، جلد ۴، ۱۴۱۳ق، ص ۳۸۲؛ صیمری، جلد ۲، ۱۴۲۰ق، ص ۲۰۰؛ کرکی، جلد ۵، ۱۴۱۴ق، ص ۳۴۳؛ شهیدثانی،

جلد ۳، ۱۴۱۰ق، ص ۲۳۱؛ عاملی، جلد ۱، ۱۴۱۹ق، ص ۴۴۹.

۲. سیوری، ۱۴۰۳ق، ص ۳۹۹؛ احسایی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۱.

این نتیجه‌گیری در مواردی از قبیل قسم سوم ضمان از مال معین که به موجب آن مضمون‌له مستقیماً حقی بر استیفای دین از محل مال به‌دست می‌آورد، مورد تأیید است، زیرا لازمه احترام به حق مضمون‌له در استیفای دین از محل مال، ممنوعیت مدیون و مالک از انجام تصرفات منافعی با آن است. همچنین حق مزبور در مقابل غرمای مدیون فوت‌شده یا ورشکسته قابل استناد است و مضمون‌له می‌تواند حق خود را مقدم بر ایشان وصول نماید.^۱

اما چنانچه حق مزبور همانند قسم اول و دوم، در نتیجه شرط فعل و تعهد ضامن به عنوان مشروط‌علیه به وجود آید، پاسخ‌گویی به پرسش فوق منوط به تحلیلی است که از مفاد شرط فعل ارائه می‌گردد؛ به عبارت دیگر، باید دید در مواردی که موضوع شرط و تعهد انجام فعلی نسبت به مال معین است، آیا برای مشروط‌له حق عینی بر مال ایجاد می‌گردد یا خیر؟

۲.۲.۱. مفاد شرط ادای دین از محل مال معین

برخی فقیهان^۲ با بررسی آرای فقیهان نظریات سه‌گانه‌ای را در خصوص مفاد شرط ادای دین از مال معین به این قرار ذکر نموده است: ۱- ایجاد حق وضعی نسبت به مال؛ ۲- ایجاد تکلیف شرعی به وفای دین از محل مال؛ ۳- شرط نه موجب حق وضعی برای مضمون‌له می‌شود و نه تکلیفی برای ضامن ایجاد می‌کند، بلکه فقط ضمانت اجرای آن انقلاب، لزوم عقد ضمان به جواز در فرضی است که ضامن از شرط خود تخلف نماید.

بدیهی است، بر مبنای نظریه نخست، شرط منجر به ایجاد حقی برای مشروط‌له می‌شود و مقتضای احترام به حق افراد، قابل استناد بودن آن در مقابل اشخاص ثالث است. اما در نتیجه اعتقاد به ایجاد حکم تکلیفی صرف یا ایجاد حق فسخ به‌عنوان اثر شرط، حق تقدمی برای مضمون‌له متصور نخواهد بود، زیرا در صورت فوت مدیون، وراثت وی مکلف به انجام تکالیف وی نخواهند بود^۳ و از آنجا که حقی برای مضمون‌له در اموال ضامن ایجاد نشده است، حق تقدمی برای وی تصویر نمی‌شود.

از میان نظریات یادشده، نظریه حق وضعی و نظریه تکلیف شرعی بیشتر مورد توجه فقیهان قرار گرفته است. در ادامه هر یک از این نظریات را بررسی می‌کنیم.

۱. کاشف الغطاء، جلد ۳، ص ۱۸۰؛ حکیم، جلد ۱۳، ص ۱۴۱۶ق، ص ۳۱۲؛ مکارم شیرازی، جلد ۲، ص ۷۱۱.

۲. اصفهانی، جلد ۳، ص ۲۵۷.

۳. خوبی، بی‌تا، جلد ۷، ص ۳۶۶.

۲.۲.۱.۱. نظریه تکلیف شرعی

برخی از فقیهان معاصر اثر ایجاد شرط و تعهد را ایجاد حکم تکلیفی دانسته‌اند؛ با این توضیح که در نتیجه شرط، ذمه مشروط‌علیه مشغول نشده است، بلکه صرفاً عهده وی به انجام حکم تکلیفی مشغول می‌شود^۱. به نظر آنها، هرچند در نتیجه شرط حقی برای مشروط‌اله در مطالبه مفاد شرط به وجود می‌آید، اما این امر بدان معنا نیست که شرط به ملکیت مشروط‌اله درآمده است و در شمار دارایی‌های او در مقابل اشخاص ثالث قابل احترام باشد، زیرا بین حق مشروط‌اله با مورد شرط یک واسطه وجود دارد و آن خود شرط است؛ به این معنا که حق ابتدائاً به و به‌طور مستقیم به شرط تعلق گرفته، به‌طور غیرمستقیم و با واسطه به مورد شرط مطلق می‌گیرد؛ به تعبیر دیگر اسبابی مانند شرط فعل، بر فرض که اسباب تملیک باشند، موجب تملیک خود تعهد می‌شوند نه موضوع تعهد؛ در نتیجه شرط موجب پیدایش حقی برای مشروط‌اله در مال موضوع شرط نمی‌گردد^۲. بر مبنای این نظریه، چنانچه مشروط‌اله فوت نماید، ورثه وی اختیاری در مطالبه مفاد شرط ندارند و در صورت تخلف مشروط‌علیه از انجام مفاد شرط، صرفاً حق فسخ عقد اصلی را خواهند داشت.

۲.۲.۲. نظریه حق وضعی

برخی دیگر از فقیهان بر این باورند که اثر شرط صرفاً حکم تکلیفی نیست، بلکه در نتیجه شرط، حقی برای مشروط‌اله به وجود می‌آید. در واقع شرط به ملکیت مشروط‌اله درمی‌آید و در شمار اموال و دارایی‌های وی محسوب می‌گردد^۳. برخی فقیهان در این خصوص گفته‌اند: در نتیجه عقد موضوع تعهد به مالک تملیک می‌شود. از این رو، چنانچه عامل از انجام تعهد خویش خودداری نماید، مالک حق دارد عقد را فسخ نماید یا متعهد را به پرداخت اجرت عمل وادار

۱. خوبی، بی‌تا، جلد ۷، ص ۳۶۷؛ اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۹۴؛ خویی، جلد ۱، ۱۴۱۴ق، ص ۲۰۰؛ خمینی، خیرات، بی‌تا، جلد ۲، ص ۱۷۱.

۲. خوبی، بی‌تا، جلد ۷، ص ۳۶۶.

۳. انصاری، جلد ۶، ۱۴۳۱ق، ص ۷۰؛ یزدی، جلد ۵، ۱۴۱۹ق، ص ۳۶۱؛ امام خمینی، بیع، جلد ۵، ص ۳۲۷؛ اشرفی مازندرانی، بی‌تا، ص ۳۹۹؛ عراقی، ص ۶۰۴؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، جلد ۲، ص ۱۳۷۳ ق صص ۱۳۱-۱۳۴؛ حکیم پیشین، جلد ۱۳، ص ۱۷۶؛ صافی، جلد ۲، ۱۴۲۳ق، ص ۱۹۲؛ بحرانی، جلد ۲، ۱۴۲۳ق، ص ۸۴؛ شاهرودی، بی‌تا، جلد ۲، ص ۱۲۱؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق، صص ۵۱۲ و ۵۱۷.

نماید^۱. براین اساس، شرط موجب اشتغال ذمه مشروط علیه می شود و به اقتضای آن به مالکیت مشروطه درمی آید. به همین دلیل، حق حاصل از شرط قابل توارث^۲ و قابل مطالبه است. در تأیید این نظر می توان گفت، امر شارع به وفای به شرط و تعهدات مبتنی وجود حق الله در مفاد شرط نیست، بلکه ناشی از امر دیگر، یعنی حق الناس، است؛ به گونه ای که اگر آن حق وجود نداشته باشد یا مشروطه آن را ساقط کرده باشد، حکم مزبور بلاموضوع خواهد گردید؛ در نتیجه مفاد شرط هر چند به دلالت مطابقی متضمن تکلیف به انجام تعهد است، به دلالت التزامی متضمن حقی برای مشروطه است که حکم تکلیفی وجوب وفا را توجیه می نماید^۳. به علاوه، لازمه پذیرش نظریه تکلیفی بودن مفاد شرط، این است که شرط قابل اسقاط نباشد؛ حال آنکه به تلقی عرف و عقلا، به اراده مشروطه قابل اسقاط است^۴.

بر مبنای این نظریه، شرط ادای دین از محل مال معین بر ذمه ضامن قرار می گیرد و در صورت فوت وی، مضمون له حق مطالبه آن را از طریق اموال مدیون خواهد داشت.

۲.۳. ماهیت حق حاصل از شرط

کسانی که معتقدند در نتیجه شرط فعل، حقی برای مشروطه ایجاد می شود، در ادامه به این مسئله پرداخته اند که رابطه مشروطه و شرط چیست. آیا حق حاصل از شرط حقی دینی است یا عینی؟ چنانچه ماهیت حق حاصل از شرط، حقی دینی باشد، مضمون له نسبت به مال موضوع شرط، حق تعقیب و حق تقدمی نخواهد داشت؛ حال آنکه بر مبنای نظری که ماهیت این حق را عینی می پندارد، مضمون له نسبت به مال موضوع شرط حق تعقیب و حق تقدم خواهد داشت. در پاسخ به این پرسش، صراحتی در آرای فقهی دیده نمی شود، اما از تعابیر فقیهان در خصوص حق حاصل از این شرط که آن را همردیف با حق الرهانه تلقی کرده اند، نوعی حق عینی استنباط می شود^۵. در تأیید این استنباط می توان به عبارات شیخ انصاری در باب ضرورت طلق

۱. علامه حلی، جلد ۳، ۱۴۲۰ ق، ص ۱۵۲.

۲. یزدی، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۷۰.

۳. مدنی، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۶۰.

۴. نائینی، همان، جلد ۲، ص ۱۳۴.

۵. علامه حلی، جلد ۴، ۱۴۱۳ ق، ص ۳۸۲؛ صیمری، جلد ۲، ۱۴۲۰ ق، ص ۲۰۰؛ کرکی، جلد ۵، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۴۳؛ شهید ثانی، جلد ۳، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۳۱؛ عاملی، جلد ۱۶، ص ۴۴۹.

بودن مورد معامله اشاره کرد. ایشان پس از بیان اینکه حق حاصل از خیار و نذر، متعلق به عین از موارد خروج مبیع از طلق بودن است^۱، این حکم را در سایر شروط ضمن عقدی نیز که موضوع آن مال معین است، جاری می‌داند^۲. براین اساس، به منظور صیانت از حق مضمون‌له، ضامن نمی‌تواند مال موضوع شرط را انتقال دهد و در صورت انتقال، معامله ناقل وضعیتی همانند عقد ناقل عین مرهونه خواهد داشت.

برخی از حقوق‌دانان نیز بر این باورند، در مواردی که موضوع شرط فعل همانند فرض مسئله، عین معین باشد، در نتیجه شرط برای مشروطه نوعی حق عینی تبعی به وجود می‌آورد^۳. از این رهگذر تازمانی که استیفای دین از محل مال صورت نپذیرفته است، حق عینی باقی و سلطه مالکیت شخص ضامن محدود می‌گردد.

برخی نویسندگان حق حاصل از تعهداتی را که موضوع آن مال معین است، نوعی حق وثیقه‌ای قلمداد کرده و آن را فاقد ارزش مالی مستقیم دانسته‌اند^۴. ایشان در خصوص شروط ضمن عقد معتقدند: اولاً چنانچه در نتیجه شرط حقی به نفع مشروطه ایجاد شود، آن حق بر نفس شرط ایجاد می‌گردد، نه مال موضوع آن؛ ثانیاً بر فرض پیدایش حقی برای مشروطه بر مال معین موضوع شرط، حق مزبور نمی‌تواند ماهیت یک حق عینی تبعی را داشته باشد، زیرا از لحاظ حقوقی حق عینی تبعی در مواردی ایجاد می‌شود که در ابتدا طلبی وجود داشته باشد و به تبع آن، حقی بر عین همانند حق الرهانه ایجاد شود؛ حال آنکه در اینجا دینی وجود ندارد^۵.

در پاسخ به این اشکال باید گفت: اولاً، درست است که در نتیجه شرط برای مشروطه صرفاً حقی بر شرط به وجود می‌آید و مشروطه مستقیماً بر مالی که موضوع شرط است، استحقاقی پیدا نمی‌کند، اما لازمه احترام به حق حاصل از شرط آن است که مال معین موضوع آن از دخل و تصرف مصون باشد، در غیر این صورت جواز دخل و تصرف در موضوع شرط به منزله پایمال شدن حقی است که به تبع شرط به وجود می‌آید. البته نباید تصور شود که در این صورت اعطای

۱. انصاری، جلد ۴، ص ۳۱.

۲. انصاری، جلد ۵، ص ۶۰.

۳. محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۳۱۰.

۴. نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۷.

۵. نعمت‌اللهی، همان، صص ۱۹۵-۱۹۶.

حق فسخ از زوال حق شرط جلوگیری می‌کند، زیرا حق فسخ نه مابه‌ازای حق حاصل از شرط است و نه به‌طور مستقیم از آن حق حاصل می‌گردد، بلکه تصمیمی است که قانون‌گذار برای رفع ضرر از مشروط‌المقرر کرده است یا بنا به تحلیلی، منبعث از اراده‌ی ضمنی افراد می‌باشد؛ ثانیاً، بنا به تحلیل فوق، مفاد شرط دربرگیرنده‌ی دو حق برای مشروط‌المقرر است: یکی حق بر نفس شرط و دیگری حقی بر موضوع شرط. حق بر نفس شرط حقی دینی است که به موجب آن مشروط‌المقرر می‌تواند اجرای تعهد را از مشروط‌المقر علیه مطالبه نماید، حال آنکه حق بر موضوع شرط حقی عینی است که به تبع حق بر نفس شرط به نفع مشروط‌المقرر حاصل می‌گردد تا بدین ترتیب از تصرفاتی که مانع اجرای تعهد می‌شود، جلوگیری به عمل آید. در نتیجه، در فرض مورد بحث که ضامن در ضمن عقد متعهد می‌شود دین مضمون به را از طریق مال معین شده پرداخت کند، هم‌زمان با پیدایش حق دینی حاصل از تعهد شخص ضامن، حق عینی بر مال معین به منظور توثیق همین تعهد ضامن به وجود می‌آید که می‌توان آن را نوعی حق عینی تبعی تلقی نمود.

بنابراین، به نظر می‌رسد شروط مندرج در قسم اول و دوم ضمان در مال معین منجر به ایجاد نوعی حق برای مشروط‌المقرر می‌شود که لازمه‌ی احترام به آن و نیز رعایت اصل لزوم قراردادهای ممنوعیت مشروط‌المقر علیه از انجام تصرفات منافی در اموال موضوع آن شروط است؛ به علاوه شرط ادا از محل مال معین بنا به تحلیل فوق و نیز اراده‌ی ضمنی طرفین موجب خروج مال از وصف طلق بودن می‌گردد. از این‌رو، طلبکاران مشروط‌المقر علیه در فرض فوت و ورشکستگی، نمی‌توانند بر مبنای قواعد عام، مطالبات خود را از محل مال موضوع شرط استیفا نمایند، زیرا شرط اعمال مقررات مربوط به فروش اموال مدیون متوفا و ورشکسته و تقسیم آن میان غرما، امکان فروش آن است که این شرط به دلیل انتفای وصف طلق بودن مال منتفی است؛ بنابراین حق حاصل از شرطی که موضوع آن مال معین است، همانند حق الرهانه، در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد خواهد بود.

نتیجه‌گیری

ضمان از مال معین، صرف‌نظر از اینکه در چه قالبی منعقد گردد، موجب ایجاد حقی عینی شبیه به حق حاصل از عقد رهن می‌شود که دارای ویژگی‌های وثیقه عینی است. ضمان از مال معین ممکن است از طریق جعل مستقیم حق استیفای دین از محل مال معین در ضمن عقد ضمان به وجود آید. در این صورت، به محض انعقاد قرارداد ضمان، مضمون‌له حقی در مال معین شده به دست می‌آورد که به موجب آن می‌تواند مطالبات خود را از محل آن وصول نماید. این حق در خصوص مضمون‌له و مال ایجاد می‌شود و ماهیتی عینی دارد و برای مضمون‌له حق تقدم و حق تعقیب پدید می‌آورد.

در مواردی که ضمان از مال معین از طریق شرط ادای دین از محل مال معین در ضمن عقد ضمان حاصل شود، مشهور فقها حق مضمون‌له را هم‌ردیف حق‌الرهنانه تلقی کرده و آن را دارای آثاری شبیه به وثیقه عینی پنداشته‌اند. از منظر فقهی، پذیرش این دیدگاه منوط به تحلیلی است که از مفاد شرط فعل مالی ارائه می‌شود. چنانچه این نظر پذیرفته شود که مفاد شرط فعل صرفاً ایجاد تکلیف به انجام تعهد است و شرط بر ذمه مشروط‌علیه قرار نمی‌گیرد، ضمان از مال معین موجب ایجاد حقی که بتواند در مقابل اشخاص ثالث (به‌ویژه بعد از فوت و ورشکستگی مدیون) قابل استناد باشد، نمی‌گردد؛ در این صورت، در فرض فوت ضامن و عدم انجام شرط از سوی ورثه، مضمون‌له نمی‌تواند وراثت را به انجام مفاد شرط وادار سازد، بلکه صرفاً می‌تواند با فسخ قرارداد ضمان از حقوق خود دفاع نماید.

اما بر مبنای نظر بسیاری از فقیهان، مفاد شرط فعل موجب ایجاد حقی قابل مطالبه و قابل اسقاط به نفع مضمون‌له می‌شود که در ذمه ضامن قرار می‌گیرد. از این رو، اگرچه حق مضمون‌له اولاً و بالذات بر شرط و نه موضوع آن (مال معین) تعلق می‌گیرد، لازمه احترام به حق حاصل از شرط آن است که موضوع مال معین از دخل و تصرف مصون باشد؛ در غیر این صورت، جواز دخل و تصرف در موضوع شرط به منزله پایمال شدن حقی است که به تبع شرط به وجود آمده است.

در نتیجه، مفاد شرط در برگیرنده دو حق برای مضمون‌له است: یکی حق بر نفس شرط و دیگری حقی بر موضوع شرط. حق بر نفس شرط حقی دینی است که به موجب آن مشروط‌له می‌تواند اجرای تعهد را از مشروط‌علیه مطالبه نماید، حال آنکه حق بر موضوع شرط حقی عینی

است که به تبع حق بر نفس شرط به نفع مشروطه حاصل می‌گردد تا بدین ترتیب از تصرفاتی که مانع اجرای تعهد می‌شود، جلوگیری به عمل آید. در فرض مورد بحث ضامن در ضمن عقد متعهد می‌شود که دین مضمون به‌را از طریق مال معین شده پرداخت کند. هم‌زمان با پیدایش حق دینی حاصل از تعهد شخص ضامن حق عینی بر مال معین به منظور توثیق همین تعهد ضامن به وجود می‌آید که می‌توان آن را نوعی حق عینی تبعی تلقی نمود.

فهرست منابع

الف) منابع عربی

۱. قرآن کریم.
۲. احسای، ابن ابی جمهور، محمد بن علی، **الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية**، جلد ۱، ایران، قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۱۰.
۳. اراکی، محمد علی، **الخيارات (للأراكي)**، جلد ۲، ایران، قم: مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۴.
۴. اشرفی مازندرانی، محمد بن مهدی، **شعائر الاسلام**، چاپ سنگی، بی‌جا، بی‌تا.
۵. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، **حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني)**، ط - **الحديثة**، جلد ۵، ایران، قم: أنوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین انصاری، **كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري)**، ط - **الحديثة**، جلد ۶، ایران، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵.
۷. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی، **حاشية المكاسب (للایرواني)**، جلد ۲، ایران، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶.
۸. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، **القواعد الفقهية (للبجنوردي، السيد حسن)**، جلد ۷، ایران، قم: نشر الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۹.
۹. بحرانی، محمد سند، **سند العروة الوثقى - كتاب الحج**، مقرر: سید احمد الماجد - حسن آل عصفور، ۴ جلد، بیروت: مؤسسه أم القرى للتحقیق و النشر، ۱۴۲۳.
۱۰. تستری، اسدالله کاظمی، **مقابس الأنوار و نفاثات الأسرار في أحكام النبي المختار و عترته الأطهار**، جلد ۱، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی‌تا.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصالح - تاج اللغة و صحاح العربية**، جلد ۶، بیروت: دار العلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰.
۱۲. حکیم، سید محسن طباطبایی، **نهج الفقاهة**، جلد ۱، ایران، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول.
۱۳. حکیم، سید محسن طباطبایی، **مستمک العروة الوثقى**، جلد ۱۴، ایران، قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶.
۱۴. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)**، جلد ۶، ایران، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
۱۵. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تذکرة الفقهاء (ط - الحديثة)**، جلد ۱۴، ایران، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
۱۶. حلی، فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف، **إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد**، جلد ۴، ایران، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷.

۱۶. حلی، محقق، نجم‌الدین، جعفرین حسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، جلد ۴، ایران، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸.
۱۷. حلی، مقدادبن عبدالله السیوری، **نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية**، جلد ۱، ایران، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، چاپ اول، ۱۴۰۳.
۱۸. خمینی، سید روح الله موسوی، **کتاب البیع (للإمام الخميني)**، جلد ۵، ایران، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱.
۱۹. خمینی، شهید، سید مصطفی موسوی، **الخيارات (السيد مصطفى الخميني)**، جلد ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۲۰. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، **مباني العروة الوثقى**، جلد ۲، ایران، قم: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، چاپ اول، ۱۴۰۹.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، **مصباح الفقاهة (المكاسب)**، جلد ۷، بی‌تا.
۲۲. خویی، شهید، سید محمد تقی موسوی، **الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود**، جلد ۳، دار المؤرخ العربی، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۴.
۲۳. روحانی، سید صادق حسینی، **فقه الصادق عليه السلام (لروحاني)**، جلد ۲۶، ایران، قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۲.
۲۴. سبحانی جعفر سبحانی، **المختار في أحكام الخيار**، در یک جلد، ایران، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴.
۲۵. سبزواری، سید عبد الأعلى، **مهذب الأحكام (للسبزواري)**، جلد ۶، ایران، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، چاپ چهارم، ۱۴۱۳.
۲۶. شاهرودی، سید محمود بن علی حسینی، **کتاب الحج (لشاهرودي)**، جلد ۵، ایران، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.
۲۷. صافی گلپایگانی، لطف الله، **فقه الحج**، جلد ۴، ایران، قم: مؤسسه حضرت معصومه سلام الله علیها، چاپ اول ۱۴۲۳ هـ ق
۲۸. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، **غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد ۴، لبنان، بیروت: دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
۲۹. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، **غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد ۴، لبنان، بیروت: دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰.
۳۰. طریحی، فخرالدین، **مجمع البحرين**، جلد ۶، تهران: کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶.
۳۱. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، **المبسوط في فقه الإمامية**، جلد ۸، ایران، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷.

۳۲. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)**، جلد ۲۳، ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹.
۳۳. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، **الدروس الشرعية في فقه الإمامية**، جلد ۳، ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷.
۳۴. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)**، جلد ۱۰، ایران، قم: کتابفروشی داورى، چاپ اول، ۱۴۱۰.
۳۵. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، **حاشية شرائع الإسلام**، جلد ۱، ایران، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۳۶. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، جلد ۱۵، ایران، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳.
۳۷. عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی، **حاشية المكاسب (مقرر نجم ابادی)**، جلد ۱، ایران، قم: انتشارات غفور، چاپ اول، ۱۴۲۱.
۳۸. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، جلد ۱۳، ایران، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴.
۳۹. گیلائی، میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات في أجوبة السؤالات (الميرزا القمي)**، جلد ۴، ایران، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳.
۴۰. مدنی، حاج آقا رضا، **تعليقة شريفة على بحث الخيارات و الشروط؛ تعليقة شريفة على بحث الخيارات و الشروط من كتاب المتاجر للشيخ**، جلد ۱، ایران، قم: مكتبة آية الله المدنى الكاشاني، ۱۴۰۹.
۴۱. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، **العناوين الفقهية**، جلد ۲، ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷.
۴۲. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، **منية الطالب في حاشية المكاسب**، جلد ۲، مدنی، حاج آقا رضا، **تعليقة شريفة على بحث الخيارات و الشروط؛ تعليقة شريفة على بحث الخيارات و الشروط من كتاب المتاجر للشيخ**، جلد ۱، ایران، قم: مكتبة آية الله المدنى الكاشاني، ۱۴۰۹.
۴۳. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، **العناوين الفقهية**، جلد ۲، ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷.
۴۴. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، **منية الطالب في حاشية المكاسب**، جلد ۲، ایران، تهران: المكتبة المحمدية، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۴۵. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، جلد ۴۳، لبنان، بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴.
۴۶. نجفی، کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمد رضا، **سفينة النجاة و مشكاة الهدى و مصباح السعادات**، جلد ۴، عراق، نجف اشرف مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۳.

۴۷. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، **سؤال و جواب (السید الیزدی)**، جلد ۱، ایران، تهران: مرکز نشر العلوم اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵.
۴۸. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، **العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)**، جلد ۵، ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹.
۴۹. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام**، جلد ۳، ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳.
۵۰. اشتهازدی، علی پناه، **مدارک العروة**، تهران: دار الأسوة للطباعة والنشر، چاپ اول، ۱۴۱۷.

ب) منابع فارسی

۵۱. باریکلو، علیرضا، **اموال و حقوق مالی**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
۵۲. لنگرودی، محمد جعفر جعفری، **مبسوط در ترمینولوژی**، جلد ۵، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
۵۳. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط التزامات در حقوق اسلامی**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۸.
۵۴. نعمت اللهی، اسماعیل، **اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران**، مطالعات اسلامی - فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره ۸۹، ۱۳۹۱.
۵۵. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین عقود اذنی و وثیقه‌ای**، جلد ۴، تهران: انتشار، ۱۳۸۵.

ج) منابع انگلیسی

56. Jan-Hendrik Rover, LL.M. L.S.E.) COMPARATIVE PRINCIPLES OF SECURITY INTERESTS: SECURED DEBT AND CHARGED PROPERTY, King's College London (2004), Ph.D. thesis .
57. John Simpson and Jan-Hendrik Rover, General Principles of a Modern Secured Transactions Law in (1997) NAFTA Law Review III.
58. Philip R. Wood, Project Finance. Subordinated Debt and State Loans (London 1995) Sweet & Maxwell.