

نوآوری‌های سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در ضمان عقدی (۱)

سید مصطفی محقق داماد*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۳/۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۸/۲۷

چکیده

در این سلسله مقالات بر آن هستیم تا تحولات انجام شده در اجتهادات شیعی در بخش مباحث حقوقی طی قرن معاصر را گزارش نماییم. جریان مذکور را از ملامحمد کاظم خراسانی آغاز کردیم و در شماره‌های قبل به نوآوری‌های سید محمد کاظم طباطبایی یزدی پرداختیم و مبحث وکالت را از نظر گذرانیدیم. آنچه در این مقاله از نظر می‌گذرد، صرفاً مواردی است که در مبحث ضمان عقدی، توسط سید طباطبایی برخلاف مشهور فقیهان به عنوان نظری بدیع بیان گردیده و لذا به نوعی سنت شکنی شده است.

کلید واژگان

ضمان عقدی، ضم ذم، نقل ذمه، ضم التزام، ضمان عهدی، ضمان ملکی.

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

در سلسله مقالات پیشین به این نکته اشاره شد که سید محمد کاظم طباطبایی یزدی یکی از فقهای مکتب نجف است که در رأس قرن حاضر با ارائه نظریات بدیع خود نقش تحول بخشی در فقه داشته و نسبتاً هم موفق بوده است. نظام فقهی وی در بخش اعمال حقوقی (معاملات) مبتنی بر ترجیح عرف‌گرایی و عقلانی‌نگری است. عامل زمان را نمی‌توان در نوآوری‌های سید طباطبایی نادیده گرفت. وی در برهه‌ای از زمان به تفقه پرداخته که به عللی - از جمله جریان فتوای تنباکو - مرجعیت شیعه گسترش جهانی یافته و از اطراف، اکناف و اقصا بلاد جهان سؤالات و استفتائات مورد ابتلای تاجران بین‌المللی شیعه و ساکنان دیار غرب و شرق سرازیر بیت ایشان بوده است. در این میان مبحث ضمان از مباحث مورد استیلا بوده و به‌ویژه در چند مسئله آثار حقوقی و قضایی بسیاری را به همراه داشته است. در مقاله پیش رو که به تحلیل نوآوری‌های وی در مبحث ضمان عقدی اختصاص دارد، خواهیم دید که وی چگونه این نزاع عتیق و دیرینه میان فقیهان شیعه از یک‌سو و کلیه مکاتب اهل سنت از سوی دیگر را مبنی بر اینکه آیا ماهیت حقیقت عقد ضمان ضم ذمه و یا نقل ذمه می‌باشد، با یک تحلیل دقیق به کلی مرتفع ساخته و آن را صرفاً شبیه نزاعی لفظی دانسته است.

باید توجه داشت که نظریات سید طباطبایی در این باب، از نظر تاریخی قبل از آن است که در ایران و عراق قانونی تحت عنوان «قانون تجارت» تصویب شود؛ هنوز شرکت‌های تجاری مطرح نبوده و اوراق نقدیه به‌صورت رایج امروز، وجود نداشته است. بازرگانان به شیوه سنتی تجارت می‌کردند و مقررات فیما بین آنان همان مباحث شریعت بوده است. مباحثی مانند بیمه برای نخستین بار در آثار سید مطرح شده است.^۱

۱. نگاه کنید به: سؤال و جواب؛ مجموعه استفتائات سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، مقدمه سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۶.

۱. صحت ضمان معلق

سید محمد کاظم یزدی در بیان شرایط عقد ضمان به نظر مشهور مبنی بر لزوم تنجیز اشاره می‌کند.^۱ به نظر مشهور چنانچه ضمان، بر شرطی معلق گردد، مانند آنکه گفته شود: «من ضامن دین فلان شخص هستم اگر پدرم اجازه دهد» یا «...اگر مدیون تا فلان تاریخ دینش را ادا نکند» یا «...اگر دینش را اصلاً ادا نکند»، عقد ضمان باطل است. به نظر سید محمد کاظم یزدی به جزء اجماع دلیلی بر نظر مشهور وجود ندارد. به علاوه اینکه عنوان ضمان بر موارد مزبور صدق نموده و عمومات، نیز شامل آن موارد می‌شود. درباره معقد اجماع نیز دو ادعا وجود دارد؛ یکی اینکه معقد اجماع بر این منعقد شده است که به محض انشای عقد، اثر آن بایستی بلافاصله و بدون تأخیر مترتب شود و یا ادعای اینکه که تعلیق با انشا منافات دارد.^۲

مرحوم سید هر دو ادعا را درباره اجماع رد می‌کند؛ در خصوص اولین ادعا که معقد اجماع را ضرورت ترتب اثر فوری و بدون تأخیر انشای عقود می‌داند، ایشان عقد ضمان را از شمول چنین اجماعی خارج می‌داند. مطابق نظر وی، در مورد عقد ضمان، اصلاً تأخیری وجود ندارد. زیرا، در عقد ضمان، اثر عقد که همان ضمان تعلیقی می‌باشد، بلافاصله همراه انشای عقد می‌شود. البته این نظر سید، با نقد فقهای دیگر مواجه شده است. معترضان در این باره تفاوتی میان عقد ضمان و سایر عقود قائل نمی‌شوند در حالی که از ظاهر کلام سید برمی‌آید که وی فقط عقد ضمان را از شمول مورد اجماع خارج دانسته و عقود دیگر را مشمول جریان بطلان تعلیق اجماعی می‌داند.^۳

اما در پاسخ دومین معقد اجماع، نظر مشهور مبنی بر اینکه تعلیق با انشا منافات دارد، مردود بودن چنین معقد اجماعی را بدیهی می‌داند.^۴ به نظر می‌رسد پاسخ سید همان تمایز میان انشا و منشأ

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ *العروه الوثقی*، دوم، مؤسسه الأعلی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۶۲-۷۶۱.

۲. استدلال مشهور در این خصوص این است که انشا، ایجاد است و همان‌طور که ایجاد و وجود، واحد بوده و اختلافشان اعتباری است، انشا و منشأ هم واحد و اختلافشان اعتباری است و از این رو، امکان ندارد که انشا واقع شود، ولی منشأ معلق بر امری دیگر گردد. (طباطبایی حکیم، سید محسن؛ *مستمسک العروه الوثقی*، مؤسسه دار التفسیر، قم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۶۰)؛ (توجه؛ عبارت: «مضمون له» در متن عروه ظاهراً غلط است).

۳. (طباطبایی حکیم، سید محسن؛ *مستمسک العروه الوثقی*، همان).

۴. «و فی الثانی ما لا یخفی» (طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ همان).

است. زیرا، در واقع، در این حالت انشا معلق نیست، تا اشکال عقلی وجود داشته باشد، بلکه آنچه معلق است، منشأ می‌باشد. اگرچه در این پاسخ کوتاه و قاطع، سید محمد کاظم یزدی بر مواردی از عقود، همچون وصیت تملیکی که در آنها قطعاً نوعی تعلیق وجود دارد، اشاره نشده ولی بی‌تردید در پاسخ مشهور می‌توان این‌گونه عقود را نیز مطرح کرد.

سید یزدی در ادامه بیان می‌دارد که برخی گفته‌اند: «تعلیق ضمان جایز نیست، اما تعلیق ایفای دین به شرط، با وصف اطلاق ضمان جایز است».^۱ وی ابتدا چنین تفکیکی را میان تعلیق ایفای دین با تعلیق ضمان نامعقول شمرده و این دو را عین هم می‌داند. اما سپس صورتی از این مثال را که ضمان منجزاً واقع، و ایفای دین معلق بر عدم وفای مضمون‌عنه شود قابل قبول می‌داند و آن را به ضمان در اعیان مضمونه، تشبیه می‌کند که حقیقت آن امری تعلیقی است، یعنی معلق بر تلف است و مادام که تلف صورت نگرفته حکم تکلیفی به رد وجود ندارد ولی ضمان به معنای حکم وضعی وجود ندارد. ایشان در آخر می‌گویند: مگر آنکه قائل به تفاوت میان ضمان عقدی و ضمان یدی شویم.

حاشیه‌نویسان عروه‌الوثقی همچون مرحوم اصفهانی، مرحوم بروجرودی و مرحوم حکیم ضمن اظهار تعجب از تغییر عقیده سید یزدی در خصوص تعلیق ایفای دین بر عدم وفای مضمون‌عنه و معقول و صحیح دانستن آن، و اینکه چه تفاوتی میان صورت اخیر با صورت قبل وجود دارد، این نظر را مستلزم اشتغال دو ذمه و نیز مبتنی بر نظر اهل سنت در خصوص ماهیت ضمان، و مغایر با دیدگاه امامیه دانسته و رد کرده‌اند.^۲

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد قطع نظر از اینکه صورت اخیر را قابل قبول بدانیم یا خیر، بر ما واجب است که عبارت سید یزدی را به نحوی منطقی تفسیر کنیم، آنگاه چنانچه نقدی متصور است، بیان نماییم؛

۱. طباطبایی حائری، سید علی؛ ریاض المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۲۷۱.

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی (المحشی)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۰۵ و ۴۰۴.

۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، همان.

زیرا، خلاف روش تحقیق منصفانه است که بدون تحلیل نظر سید، مبادرت به ایراد و اشکال شود. جالب این است که به نظر ما، نظر سید مطلب بسیار جدیدی است. این نظر در خط مشی قانون‌گذاران مدنی ایران نیز مؤثر بوده است. بیان این نظریه در ذیل به نحو اختصار خواهد آمد.

۲. ضمان عهده و ضمان ملکی

سید معتقد است که ضمان بر دو قسم است؛ ضمان عهده و ضمان ملکی. مفاد ضمان عهده یک التزام و تعهد محض است. درحالی‌که مفاد ضمان ملکی، مالکیت ما فی الذمه برای مضمون‌له می‌باشد. در ضمان ملکی پس از تحقق ضمان، ضامن مدیون، و مضمون‌له در ذمه ضامن به‌صورت بالفعل دارای حق دینی می‌شود. به عبارت دیگر با تحقق ضمان ملکی، دارایی مثبت دائن به مقدار ذمه ضامن افزایش می‌یابد، و در مقابل، بر دارایی منفی ضامن نیز به همان مقدار افزوده می‌گردد. لیکن در ضمان عهده، حق دینی پدید نمی‌آید، و ضامن صرفاً ملتزم و مکلف به ادا می‌باشد. به عبارت دیگر مفاد ضمان ملکی، حکم وضعی و مفاد ضمان عهده، حکم تکلیفی است. ضمان به معنای نقل ذمه، از نوع ضمان ملکی بوده و در آن تعلیق متصور نیست. زیرا، مالکیت معلق معنا ندارد ولی تعلیق در ضمان به معنای عهده، با مانعی رو به‌رو نیست. سید طباطبایی به این نظر قائل است، که ضمان عقدی اصطلاحی، همان ضمان ملکی بوده و مفاد آن، دین بالفعل است. ولی معتقد است که چون ضمان عهده با اشکال عقلی، روبه‌رو، نیست، طرفین می‌توانند نوع عهده آن را قصد کنند. سید برای اثبات مدعای خود مبنی بر مواجه نبودن ضمان عهده با اشکال عقلی، مصادیقی را برای آن در شرع می‌شمرد. به علاوه اینکه عرفاً نیز استعمال واژه ضمان در مفهوم تعهد صرف، قابل پذیرش است. سید بیان می‌کند که بهترین مصداق شرعی ضمان عهده، ضمان اعیان مضمونه است. به‌عنوان نمونه در روایات مربوط به غصب، به محض تصرف عین قبل از تلف، برای غاصب واژه ضامن به کار رفته است. درحالی‌که قبل از تلف، ذمه غاصب هنوز مدیون نیست و غاصب جزء تکلیف به رد، چیزی بر عهده ندارد. به سخن دیگر، هنوز برای مالک عین در ذمه غاصب، حق دینی به وجود نیامده است. به نظر مرحوم سید در اینجا غاصب ملتزم به رد عین است و در فرض تلف عین، بر ذمه او، حق دینی قرار گرفته است.

با بیان فوق، تفاوت میان صورت نخستین یعنی تعلیق وفا بر اذن پدر، با صورت بعدی یعنی تعلیق وفا بر عدم پرداخت مضمون‌عنه روشن می‌گردد. در صورت اخیر، در فرض پرداخت توسط مضمون‌عنه، موضوع تعهد منتفی شده و در فرض عدم پرداخت، متعهد ملزم به پرداخت خواهد بود. بنابراین تعهد، مطلق بوده و کاملاً روشن است. ولی در فرض نخستین، در صورت عدم اذن پدر، ضامن متعهد به پرداخت نیست. درحالی که موضوع تعهد، منتفی نمی‌باشد. بنابراین التزام، مطلق نبوده است.

موضع قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۶۹۹ مقرر می‌دارد: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.» چنان که ملاحظه می‌شود، قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور، تعلیق در ضمان را باطل دانسته، اما التزام به تأدیه را قابل تعلیق شمرده است. هرچند در این ماده، امکان تعلیق التزام به تأدیه، بر عدم پرداخت از سوی مدیون تصریح نشده است. و شاید این پرهیز تدوین‌کنندگان قانون مدنی در آن زمان، به منظور جلوگیری از تلقی مخالفت با مشهور، قابل توجیه نیز باشد، اما با توجه به مناسبت قسمت اول ماده که از تعلیق ضمان بر عدم ایفای دین یاد می‌کند، و همچنین با توجه به اطلاق قسمت اخیر ماده مزبور، می‌توان نتیجه گرفت که قانون مدنی ایران، پیشنهاد کرده است که به جای ضمان به معنای نقل ذمه، که از نوع ضمان ملکی است، التزام به تأدیه، بر عدم وفای به عهد از سوی مدیون معلق گشته که نتیجه آن از نوع ضمان عهدی است، را نیز تصویب کرده، تا به نظریه ضم ذمه نزدیک‌تر باشد.

نباید پنداشت که در اینجا شخص به نحو منجز، ضامن به معنای نقل ذمه می‌شود و سپس ادای آن را معلق به عدم پرداخت مدیون اصلی می‌کند، چنان که برخی شارحان قانون مدنی چنین پنداشته و چنین مثال‌هایی زده‌اند. زیرا، اگر ضمان در این ماده، به معنای ضمان نقل ذمه بوده، و منجزاً محقق شده باشد، با توجه به انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به عهده ضامن، ذمه مدیون اصلی بری می‌گردد. بنابراین معلق ساختن بر نپرداختن وی چه معنا دارد؟! او که دیگر مدیون نیست تا پرداخت کند و اصولاً پرداخت شخص بری چه اثری دارد؟!

به نظر ما مفاد ماده ۶۹۹ قانون مدنی همان است که سید مطرح کرده است. ماده مزبور حاوی دو مطلب است؛ ۱. تعلیق در ضمان ملکی باطل است. ۲. تعلیق در التزام (ضمان عهدی) مانعی ندارد. تعلیق التزام بر هر امری همچون تعلیق بر عدم ادای مدیون ممکن است. نتیجه چنین امری، ضم التزام به ذمه می‌باشد، که البته با ضم ذمه به ذمه تفاوت دارد. نتیجه ضم ذمه به ذمه همانند تعاقب ایادی است. یعنی؛ دائن می‌تواند به هر کدام از ضامن و مضمون عنه که بخواهد رجوع کند در حالی که در التزام معلق، دائن باید نخست به مدیون اصلی مراجعه کند و اگر او ادا نکرد، می‌تواند به ضامن مراجعه کند. زیرا، شرط اشتغال ذمه ضامن، عدم ادای مدیون اصلی است. البته التزام معلق، با یک مشکل در فقه سنتی مواجه است، و آن عبارت است از مشکل شرط ابتدایی. کسانی که قراردادهای عام را شرط ابتدایی می‌دانند، و آن را غیر نافذ می‌خوانند، ایراد می‌کنند که چنین التزامی ابتدایی بوده و فاقد توجیه شرعی است؛ بنابراین نافذ نخواهد بود. قانون مدنی ایران به پیروی از فقیهانی که قراردادهای عام را لازم‌الوفا می‌دانند، که سید طباطبایی یزدی از جمله آنان است - ماده ۱۰ را تصویب نموده‌اند. بنابراین این ماده با چنین مشکلی مواجه نمی‌باشد. در عین حال در ماده ۷۲۳ قانون مدنی راهی پیشنهاد شده که مورد اتفاق قرار گرفته و با چون و چرا مواجه نمی‌باشد. در این ماده، مسئله التزام معلق، از طریق شرط ضمن عقد پیش‌بینی شده است.

ماده ۷۲۳ قانون مدنی، فرضی را پیش‌بینی می‌کند که شخص در ضمن عقدی لازم، به تأدیه‌ی دین فرد دیگری ملتزم شود، و این التزام ممکن است حتی معلق بر عدم تأدیه از جانب مدیون باشد. در این فرض، التزام به تأدیه، ماهیت ضمان ملکی را نداشته و هنگام التزام، ذمه مدیون اصلی همچنان مشغول باقی می‌ماند. ماده مزبور می‌نویسد: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین فرد دیگر ملتزم شود. در این صورت، تعلیق به التزام مبطل نیست. مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید.»

البته با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی نیازی به این تأسیس نبود، ولی برای رعایت نظر مخالف و امکان مقاومت‌های فقه سنتی، قانون مدنی چنین تأسیسی را پیش‌بینی نموده است.

۳. کفایت وجود «مقتضی دین» در هنگام عقد ضمان

سید محمد کاظم طباطبایی یزدی به عنوان هشتمین شرط از شرایط عقد ضمان، از ثابت بودن دین در ذمه مضمون عنه در هنگام عقد ضمان یاد کرده است، اعم از اینکه این دین مانند مورد قرض یا عوضین در بیع غیر خیاری، یا ثمن کلی دین مستقر باشد، یا اینکه همچون در بیع خیاری یا نصف مهر پیش از نزدیکی، دین متزلزل باشد. بنابراین به نظر مشهور اگر کسی به دیگری بگوید: «به فلان شخص فلان مبلغ قرض بده و من ضامن او خواهم بود.» یا اینکه بگوید: «به او نسیه بفروش، من ضامنش هستم.» این نوع ضمان بنا به نظر مشهور درست نیست؛ و حتی در کتاب «تذکره» بر عدم صحت آن ادعای اجماع شده است.^۱

سید طباطبایی این نظر را منافی احکام باب ضمان می‌داند؛ وی بر این اعتقاد است که با حصول مقتضی ثبوت دین، اگرچه آن دین بالفعل یا حتی به طور مطلق هم ثابت نباشد، ولی با این حال می‌توان به صحت ضمان نظر داد. زیرا، به هر حال عنوان ضمان بر آن صدق کرده و مشمول عمومات نیز می‌شود. بر همین اساس چنان که خواهیم دید، سید در موارد مختلف با رد نظر مشهور، صحت ضمان مالِم یجب را در صورت وجود مقتضی دین می‌پذیرد. البته سید این امر را تصدیق می‌کند که شاید چنین مواردی از مصادیق ضمان اصطلاحی نباشد. ولی ادله لزوم و نفوذ، آن را شامل می‌شود.^۲

۱. «و لو قال لغيره: مهما أعطيت فلانا فهو على، لم يصح أيضا عند علمائنا أجمع، وبه قال أحمد.» (حلی، حسن بن یوسف: تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۴، ص ۳۱۱).

۲. «الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتا في ذمه المضمون عنه سواء كان مستقرا كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه أو متزلزلا، كأحد عوضين في البيع الخياری كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي قبل القبض وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك. فلو قال: اقض فلانا كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن، لم يصح على المشهور بل عن التذکره الإجماع، قال: لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح إجماعا. ولكن ما ذكره من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية. ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل مقتضى للثبوت وإن لم يثبت فعلا، بل مطلقا، لصدق الضمان وشمول العمومات العامة وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم بل يمكن منع عدم كونه منه أيضا» (طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم: العروة الوثقى (المحشى)، پیشین، ج ۵، ص ص ۴۰۳ و ۴۰۱).

نقد و بررسی

در خصوص آنچه سید در اینجا بیان کرده، چند مطلب قابل ذکر است:

الف) اینکه وی نظر مشهور را در خصوص بطلان ضمان در مثال‌های یاد شده، منافی احکام ضمان می‌داند، مورد اشاره برخی دیگر از فقها نیز قرار گرفته است. چنان‌که صاحب مفتاح الکرامه نیز در آن کتاب، پس از نقل عبارت تذکره، می‌نویسد: «مشهور فقیهان، ضمان را در مورد بسیاری از چیزها که در ذمه مضمون عنه ثابت نیستند، تجویز کرده‌اند. مانند؛ ضمان اعیان مضمونه، ضمان عهده، ضمان نقصان ترازو (ضمان نقصان الصنجه) و امثال آنها.» به نظر او، آن موارد را باید مستثنا دانست.^۱

ب) مثال‌هایی را که سید بر مبنای نظر مشهور، باطل ذکر می‌کند، جملگی از مواردی هستند، که دین بر ذمه مضمون عنه ثابت نیست، ولی مقتضی آن، به وجود آمده است. از این رو، نظر سید که حصول مقتضی دین را برای صحت ضمان کافی می‌داند، مخالف نظر مشهور است. نظر دیگر سید که آن را در ذیل کلام خویش با عبارت؛ «بل مطلقاً» بیان کرده، مهم‌تر است.

ج) به نظر سید با آوردن عبارت؛ «بل مطلقاً» برای تحقق ضمان، نه سبب لازم است و نه مقتضای آن. زیرا، منظور ایشان این است که بدون وجود هیچ مقتضای دینی نیز، شخص می‌تواند نسبت به دیون آتیه، ضامن دیگری شود. بنابراین اگر کسی ضامن چنین قراردادی شود، صحیح است.

به نظر می‌رسد که چنین وسعت نظری از ناحیه سید مبتنی بر نظریه‌ای است که ایشان در التزامات عامه دارند، و معتقدند؛ اولاً: کلیه قراردادهای عقلاییه اعم از شرط ابتدایی، صحیح، نافذ و لازم‌الاجرا است. درحالی‌که فقیهان دیگر، بسیاری از این گونه قراردادهای را تحت عنوان شرط ابتدایی، غیر صحیح و فاسد می‌دانند. ثانیاً: قرارداد ضمان نسبت به دینی که هنوز به وجود نیامده، هرچند در نظر مشهور از مصادیق ضمان عقدی به معنای ضمان ملکی (که از عقود معینه می‌باشد) محسوب نیست، ولی از مصادیق قراردادهای عام است. البته باید توجه داشت که نتیجه

۱. حلی، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء، پیشین، ج ۱۴، ص ۳۳۲.

۲. حسینی عاملی، سید جواد؛ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۲۱.

چنین قراردادی، صرفاً یک التزام و تعهد، از سوی ضامن است نه اشتغال ذمه وی به نحو دین بالفعل. این در حالی است که نتیجه ضمان اصطلاحی، اشتغال ذمه ضامن است. در مباحث آتی در مورد تفاوت ضمان عهدی و ملکی بحث خواهیم کرد.

موضع قانون مدنی ایران

ماده ۶۹۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است.» با توجه به مفهوم مخالف این ماده، ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده باشد، صحیح است. بنابراین قانون مدنی در این ماده، همان معیاری را پذیرفته که پیش از آن، سید محمد کاظم یزدی نیز پیشنهاد کرده است. حقوق دانان غالباً «سبب» مورد نظر این ماده را به همان معنای «مقتضی» می‌دانند.^۱

هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۷۱ به تاریخ ۱۳۴۹/۶/۲۲ ضمان حسن انجام قرارداد پیمان کار را در مورد جبران خسارت، صحیح دانسته است. برخی از حقوق دانان، ضمانی را که حتی سبب آن ایجاد نشده است (ضمان مالیم یجب)، نیز به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و پذیرش منطق ساده عرف، تعهدی الزام‌آور می‌دانند.^۲

نقدی که نسبت به این نظر می‌توان ابراز داشت، این است که بی‌تردید مفاد چنین قراردادی نمی‌تواند همان چیزی باشد، که مفاد ضمان عقدی در قانون است. زیرا، مفاد ضمان عقدی مذکور در قانون، این است که ذمه شخص ضامن همراه با عقد ضمان مشغول شده و ذمه مدیون بری می‌گردد و تردیدی نیست که چنین قراردادی بدون وجود دین ثابت، امکان‌پذیر نمی‌باشد. ولی می‌توان گفت که چنین قراردادی عقلایی است. هرچند که مفاد آن همان مفاد ضمان عقدی رایج نباشد. چنین قراردادی را به دلیل عقلایی بودن، می‌توان الزام‌آور دانست. سید یزدی نیز به

۱. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، تهران، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۶۱ - ۲۶۰.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی؛ عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین)، ۴، دوم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا - انتشارات مدرس، بی‌جا، ج ۴، ص ۲۷۹ - ۲۷۸.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دوره حقوق مدنی؛ عقد ضمان، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، تهران، ۱۳۵۲ش، ص ۱۷۹ - ۱۶۶.

۴. امامی، سید حسن؛ پیشین، ص ۲۶۱.

این نکته تصریح کرده و معتقد است: چنین ضمانی در مواردی که سبب دین هم وجود ندارد، می‌تواند الزام‌آور باشد، هرچند که بر چنین تعهدی، ضمان مصطلح صدق نکند. زیرا، در ضمان مصطلح، نتیجه استقرار دین در ذمه ضامن، به صورت بالفعل و به همراه برائت مدیون از دین سابق است.

۴. امکان ضمان توسط مدیون مضمون عنه

سید محمدکاظم یزدی در بیان نهمین شرط از شرایط عقد ضمان، این نظر را به مشهور نسبت می‌دهد که: «نباید ذمه ضامن در برابر مضمون عنه به مثل آنچه بر عهده وی است، مشغول باشد.» او این نظر را از آنچه فقیهان در بیان ضمان به معنای اعم - که شامل کفالت، حواله و ضمان عقدی (ضمان به معنای اخص) می‌شود - بیان کرده است؛ ضمان در معنای اعم به معنای تعهد به مال یا نفس است، که دومی کفالت است. و اولی که تعهد به مال می‌باشد، خود بر دو قسم می‌شود؛ تعهد به مال اگر از سوی کسی باشد که به مضمون عنه از همان نوع مال بدهکار است، حواله محسوب می‌شود، و اگر از جانب کسی باشد که به مضمون عنه بدهکار نیست، ضمان به معنی اخص است.^۱

طباطبایی یزدی دلیلی بر این شرط نمی‌یابد و معتقد است در صورتی که ضامن به مثل همان مال مورد ضمانت، به مضمون عنه مدیون باشد، نیز ضمان به معنای اخص است. در این صورت به نظر سید یزدی چنانچه ضمان به اذن مضمون عنه واقع شده باشد، پس از ادای دین موضوع ضمان، در میان دو دین تهاتر پدید می‌آید و اگر ضمان مدیون مضمون عنه به اذن وی نباشد، ضامن به مضمون عنه مدیون باقی می‌ماند، ولی دین مضمون عنه به مضمون له به واسطه ضمان تبرعی از بین می‌رود. بنابراین ایشان صور مذکور را حواله نمی‌داند. زیرا، در هیچ کدام از دو صورت یاد شده، مضمون عنه، طلبکار خویش^۲ را به ضامن حواله نداده است، تا بتوان ماهیت

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی (المحشی)، پیشین، ج ۵، ص ۴۰۹ - ۴۰۸.

۲. در متن عروه الوثقی «مدیونه» آمده که ظاهراً اشتباه است. زیرا، مضمون عنه، دائن و طلبکار خویش را به ضامنی که به مضمون عنه بدهکار و مدیون است، حواله می‌کند. عبارات بایستی یا به نحوی توجیه گردد و یا اینکه به عبارت «دائنه» اصلاح شود.

چنین عملی را حواله دانست.^۱ سید در اینجا به تفاوت اصلی میان ضمان و حواله اشاره می‌کند، تفاوتی که معمولاً در تعریف عقد حواله مورد غفلت واقع می‌شود. به عقیده سید یزدی ویژگی اصلی حواله این است که مدیون، دین را از ذمه خود به ذمه محال‌علیه منتقل می‌کند و به عبارت دیگر دین خود را به او حواله می‌دهد. درحالی‌که در ضمان، این ضامن است که بدون حواله مضمون‌عنه که در اینجا دائن ضامن نیز هست، ضمانت دین مدیون را پذیرفته و ذمه خود را مشغول می‌کند. در واقع در حواله، مدیون (محیل) نقش اصلی را بازی می‌کند و عمل حقوقی توسط او انجام می‌گیرد، درحالی‌که در ضمان بازیگر اصلی، ضامن است. البته در هر دو عقد، پذیرش بستانکار (رضایت یا قبول وی) لازم است. همین تفاوت ساده، وجه امتیاز این دو عقد را تشکیل می‌دهد و تمیز آنها را امکان‌پذیر می‌کند. اما مدیون بودن یا نبودن ضامن یا محال‌علیه تأثیری در ماهیت هریک از دو عقد ندارد. هرچند که معمولاً و غالباً ضامن به مضمون‌عنه مدیون نیست، درحالی‌که به‌طور معمول محال‌علیه به محیل مدیون است.

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد استنباط سید یزدی از نظر مشهور، ناشی از این امر است که فقیهان در بیان اوصاف این دو عقد بر مبنای غلبه، ضمان را از مال ضامن و حواله را از محل دینی که محال‌علیه به محیل دارد، تلقی نموده‌اند، بدون آنکه بخواهند اوصاف مزبور را اقتضای ذات هریک از این دو عقد بدانند. البته در این خصوص می‌توان نوعی اضطراب و تشتت را در کلام فقیهان مشاهده کرد. چنان‌که شهید ثانی پس از تعریف حواله به: «التعهد بالمال من المشغول بمثل له للمحیل»، می‌نویسد: «قدر مُتَّفَقٌ علیه از حواله این است. و گرنه جواز آن (احاله) بر شخص بری، اقوی است. اما در این صورت بسیار شبیه ضمان می‌شود. چه آنکه اقتضای آن، انتقال مال از ذمه مدیون به ذمه شخص بری است، و مانند آن خواهد بود که محال‌علیه با قبول آن، ضامن دینی شود که محال بر عهده محیل دارد. اما با وجود این شباهت، از شمول عنوان حواله خارج نمی‌شود و

۱. چنان‌که برخی از شارحان عروه‌الوثقی متذکر شده‌اند، تقسیم مزبور از این جهت هم ناقص است که گویی صحت حواله را منوط به مدیون بودن محال‌علیه قرار می‌دهد، درحالی‌که چنین نیست و بر شخص غیر مدیون هم می‌توان حواله کرد. (نگاه کنید به: حکیم، سید محسن؛ مستمسک‌العروه‌الوثقی، پیشین، ج ۱۳، ص ۲۶۶).

احکام حواله بر آن جاری خواهد بود.^۱ از همین رو، است که سید برداشت خود را در این باره مبتنی بر ظاهر کلام فقها قرار می‌دهد؛ «علی ما یظهر من کلماتهم...».

موضع قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران در این خصوص ساکت است. بنابراین چنین شرطی را در ضمان لازم نمی‌داند. ولی ماده ۷۲۸ این قانون درباره حواله مقرر می‌دارد: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون به محیل باشد. در این صورت محال علیه پس از قبول، در حکم ضامن است.» و بر اساس ماده ۷۳۱ قانون مدنی: «در صورتی که محال علیه به مدیون محیل نبوده، بعد از ادای وجه حواله می‌تواند به همان مقداری که پرداخته است، رجوع به محیل نماید.» با توجه به مقررات ضمان و حواله در قانون مدنی، به نظر می‌رسد به جزء معیاری که پیش از این در خصوص تمیز این دو عقد برشمردیم، قانون یاد شده نیز تفاوت خاصی میان این دو عقد قائل نشده است.

۵. امکان «ضم ذمه به ذمه» در صورت تصریح

می‌دانیم که ماهیت ضمان در مذهب مشهور امامیه، نقل ذمه به ذمه است. در حالی که در نظر فقهای اهل سنت، مقتضای ضمان ضم ذمه به ذمه است. این دو دیدگاه دارای چنان مرزبندی و تشخیصی است که به جرأت می‌توان گفت به یکی از شاخصه‌های مهم هریک از این دو مذهب و به خصوص فقه امامیه مبدل شده است. چنان که در «جواهر الکلام» ضمن ادعای عدم خلاف در آن، از ضروریات فقه امامیه دانسته شده است.^۲ از این رو، عبور از این خط قرمز توسط فقها به واقع باور نکردنی می‌نماید. در میان فقهای امامیه کسانی که چنین جسارتی به خرج داده تا کوچک‌ترین خللی در این دیدگاه وارد نموده باشند، انگشت شمارند. افراد معدودی از شاخص‌ترین فقهای متقدم و متأخر امامیه که ضم ذمه به ذمه را به نحوی پذیرفته‌اند، از جمله این افراد

۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، با حاشیه کلانتر، سیدمحمد، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۳۵.

۲. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، هفتم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۲۷.

می‌توان قاضی ابن البراج (متوفی به سال ۴۸۱ ه.ق.) و نیز ابن حمزه (زنده در ۵۶۶ ه.ق.)^۱ از متقدمان و سید محمد کاظم یزدی از فقهای متأخر را نام برد. قاضی ابن البراج طرابلسی که تأثیر اشتغال سی ساله وی در مسند قضاوت، بر پختگی و واقع بینی نظریات او قابل انکار نیست، در کتاب المذهب، ضمان را به «ضمان اشتراک» و «ضمان اشتراک و انفراد» تقسیم می‌کند. در «ضمان اشتراک»، گروهی خود را ضامن دین شخصی، در برابر مضمون له قرار دهند. در این صورت هریک از آنان ضامن قسمتی مساوی از دین مضمون عنه هستند. اما «ضمان اشتراک و انفراد»، جمعی خود را مشترکا و منفردا ضامن دین مضمون عنه در مقابل مضمون له می‌نمایند. در این صورت علاوه بر اینکه ضامن کل دین هستند، هریک از آنها نیز ضامن تمام دین خواهد بود.^۲

ابن حمزه در کتاب «الوسيله الى نيل الفضيله» چنین می‌نویسد: «[ضمان] به دو قسم دیگر نیز تقسیم می‌شوند؛ «ضمان انفراد» و «ضمان اشتراک». ضمان انفراد عبارت است از اینکه جماعتی ضامن شخصی می‌شوند و مضمون له این اختیار را دارد که به هریک به تنهایی مراجعه کند، و یا به همه جماعت به نحو جمعی رجوع نماید. و ضمان اشتراک بر عکس آن است».^۳

منظور این است که در ضمان اشتراک، مضمون له فقط می‌تواند به جماعت مراجعه نماید، نه به تک تک افراد. به این معنی که هریک از افراد نسبت به بخشی از دین مسئول هستند، نه نسبت به تمام دین. با دقت در متن فوق به نظر می‌رسد که مفاد آنها اندکی در عنوان دادن با نظر دیگری متفاوت است. ولی در اینکه هر دو فقیه تضامن را پذیرفته‌اند، تردیدی نیست.

سید محمد کاظم یزدی نیز ضم ذمه را در صورتی که به آن تصریح شود، پذیرفته است. به نظر ایشان این مسئله به قصد و اراده بستگی دارد؛ طرفین می‌توانند در هنگام عقد به نحو نقل توافق و قصد نمایند یا می‌توانند عقد را به نحو ضم منعقد سازند.

وی در واژه‌شناسی کلمه «ضمان» از عبارت‌پردازی‌های معهود سایر فقهای امامیه عدول نکرده و ضمان را از ریشه «ضمن» و نون آن را اصلی و ادعای اشتقاق آن را از ریشه «ضمم» مردود

۱. (قاضی ابن البراج، عبد العزیز؛ المذهب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۹۳ - ۴۹۲).

۲. طوسی، محمد بن علی بن حمزه؛ الوسيله الى نيل الفضيله، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۸ق، ص ۲۸۱.

می‌داند.^۱ در مسئله ۲ از کتاب ضمان نیز انتقال حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن و بری شدن ذمه مضمون عنه را، از اثرات ضمان دانسته و مبنای آن را اجماع و نصوص اعلام می‌کند.^۲ سپس با بیان نظر جمهور فقهای اهل سنت مبنی بر اقتضای ضم ذمه به ذمه در عقد ضمان، می‌نویسد: «ظاهر کلام فقهای امامیه، این است که ضم ذمه به ذمه مطابق نظر فقیهان اهل سنت، حتی در صورت تصریح طرفین عقد ضمان، نادرست است.» ولی جناب سید در اینجا راه خود را از مشهور جدا می‌کند و با اختصار تمام^۳، امکان حکم به صحت ضمان در فرض اخیر را، بنا بر عمومات می‌پذیرد. و سپس به سرعت این موضوع مناقشه انگیز را وا نهاده و به مسئله بعد می‌پردازد. او در اینجا توضیحی در خصوص مبنای رأی خود نداده و مشخص نمی‌کند که منظور وی از عمومات چیست. اما در کتاب «سؤال و جواب» نظر خود را آشکارتر بیان کرده و مشخص می‌کند که عمومات اعتبار عقود و شروط را در نظر دارد. او در کتاب یاد شده در پاسخ به این پرسش که وقتی زید از عمرو طلب دارد، اگر بکر بگوید: «اگر عمرو دین خود را ادا نکرد، من ضامنم که پرداخت نمایم.» آیا صحیح است یا نه؟ می‌گوید: «هر چند ضمان عندالامامیه، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است، نه ضم ذمه به ذمه - چنانچه مذهب عامه است - و از اخبار هم براءت ذمه مضمون عنه به مجرد ضمان، به دست می‌آید، مگر اینکه صحت ضمان به معنی ضم ذمه به ذمه اقوی است، هرگاه طرفین این معنی را قصد کنند، البته نه ضمان مصطلح را. عموم «...أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مائده، ۱) و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^۴ دلالت بر این موارد دارد، همچنین در ضمان اعیان مضمونه، مثل غصب و عاریه مضمونه، نزد قائل به صحت، ذمه هر دو مشغول می‌شود، به معنای اینکه ذمه غاصب بری نمی‌شود، چنانچه از علامه نقل شده است. و از این جهت میان ضمان دین و ضمان عین فرقی نیست.»^۵

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی (المحشی)، پیشین، ج ۵، ص ۳۹۹.

۲. پیشین، ص ۴۱۱.

۳. «...ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات»، همان.

۴. طوسی، محمد بن حسن؛ الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، دار الكتب الإسلامية، تهران، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۲۳۲.

۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ سؤال و جواب، با تحقیق محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، مرکز نشر العلوم اسلامی، تهران، ۱۴۱۵ق، ص ۲۵۲.

آنچه در خصوص این مناقشه تاریخی می‌توان بر نظر سید یزدی افزود این است که:
اولاً: اگرچه استدلال واژه شناختی فقیهان امامیه در خصوص ریشه واژه «ضمان»، قابل پذیرش است، ولی ریشه «ضمن» نیز بیشتر با مفهوم ضم ذمه سازگاری دارد تا نقل ذمه، چنان‌که واژه «تضمن» نیز که مفید معنای ضم ذمه می‌باشد، از همین ریشه ساخته شده است.^۱

ثانیاً: روایات مورد استناد فقهای امامیه همچون روایت ابی سعید خدری، روایت جابر بن عبدالله، و نیز حدیث نبوی معروف: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^۲ هیچ‌یک بر نقل یا ضم ذمه دلالت ندارند.^۳

ثالثاً: ادعای فقهای جماعت مبنی بر اینکه ضمان برای وثیقه گرفتن است و این مقصود با نقل ذمه حاصل نمی‌شود، استدلالی قابل خدشه است. زیرا، به‌عنوان مثال ضمان شخص دارا و معتبر، از شخصی ندار و مفلس، خود بهترین وثیقه و تضمین برای طلبکار است و برای قبول ضمانت او از سوی مضمون‌له انگیزه لازم را نیز فراهم می‌کند.^۴

رابعاً: در واقع نظر سید بر این است که ضمان مصطلح در میان فقیهان امامیه، ضمان ملکی است؛ یعنی با انعقاد عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون‌له مشغول می‌شود و برای او در ذمه ضامن، نسبت به دین مالکیت بالفعل حاصل می‌گردد. آنچه با انعقاد عقد ضمان در ذمه ضامن وجود می‌یابد، دارایی مثبت دائن است. در این حالت مضمون‌عنه در مقابل دائن بدهکار نیست. هرچند که در مقابل ضامن، بدهکار و مدیون می‌شود. به نظر سید نوعی دیگر از ضمان وجود دارد که از نظر تحلیل حقوقی با ضمان مصطلح متفاوت است، و طرفین (ضامن و مضمون‌عنه) می‌توانند بر روی چنین ضمانی با یکدیگر توافق کنند. چنین توافقی عقد بوده و مشمول عمومات «...أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مائده، ۱) و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^۵ می‌باشد و از این رهگذر از تأیید شرع نیز برخوردار خواهد بود. توافق آنان به این شکل است که ضامن ملتزم

۱. نگاه کنید به: محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، ج دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق. ج ۲، ص ۱۸۶-۱۸۵.

۲. محدث نوری، حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بیروت، ۱۴۰۸ ق. ج ۱۳، ص ۴۳۵.

۳. نگاه کنید به: محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، پیشین، ص ۱۹۰-۱۸۹.

۴. همان، ص ۱۹۴-۱۹۱.

۵. طوسی، محمد بن حسن؛ الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، پیشین، ج ۳، ص ۲۳۲.

می‌شود که چنانچه مضمون عنه - که مدیون اصلی است - دین خویش را پرداخت نکرد، او پرداخت نماید. نتیجه چنین تعهدی صرفاً حق الزام است، و به هیچ وجه ذمه او را به دین مشغول نمی‌سازد. به سخن دیگر، مضمون له یعنی دائن اصلی، در ذمه ضامن دارایی بالفعل ندارد. ضامن متعهد است و نتیجه تعهد، به اصطلاح فقهی، یک حکم تکلیفی است، نه وضعی. لذا می‌توان گفت که از نظر ادبی، اصولاً اصطلاح ضم ذمه به ذمه صحیح نیست. زیرا، هیچ‌گاه ذمه به ذمه دیگری ضمیمه نمی‌شود و یک دین در دو جایگاه قرار نمی‌گیرد؛ یک طلبکار نسبت به یک دین، دو بدهکار نمی‌تواند داشته باشد. صحیح آن است که ضم التزام به ذمه گفته شود. یعنی ضامن التزام و تعهد عملی خود را به ذمه مدیون اصلی پیوست می‌کند، و به هیچ وجه ذمه وی با پیوست شدن التزام، بری نمی‌شود، نظیر ضمان اعیان مضمونه. در غصب، غاصب قبل از تلف، مکلف و ملتزم است که عین مال منصوبه را به صاحبش مسترد دارد، و به هیچ وجه در ذمه او چیزی قرار ندارد. در واقع غاصب مخاطب به حکم تکلیفی است نه به حکم وضعی.

نظر برگزیده

با توجه به همین حقایق است که ما در کتاب «قواعد فقه» ضمن بحث از قاعده «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^۱ این نظر را برگزیده‌ایم که مقتضای ذات عقد ضمان، نه نقل ذمه است و نه ضم ذمه. بلکه این اراده طرفین و عرف اقتصادی و اجتماعی است که تعیین‌کننده اثر عقد ضمان است، آنان می‌توانند به نحو نقل بر ضمان توافق کنند، همان‌طور که می‌توانند بر ضمان تضامنی توافق نمایند. حال چنانچه در مقام اثبات، نحوه توافق ثابت بود، مطابق آنچه توافق شده عمل می‌شود. و در صورت مشخص نبودن توافق طرفین، دادگاه حکم عرف رایج را به نحو شرط ضمنی عرفی بر اراده آنان معیار قرار می‌دهد و در فرض مشخص نبودن حکم عرف، دادگاه به اصول عملیه مراجعه خواهد کرد. اصل عملی در اینجا اصل استصحاب خواهد بود. زیرا، شک در این است که با ضمانت ضامن، که امری مسلم است، آیا ذمه مدیون همچنان مشغول است تا تضامن صورت گرفته باشد؟ یا با ضمانت ضامن، دین از عهده او ساقط شده و ذمه وی بری گشته و فعلاً تنها ضامن، مدیون می‌باشد؟ دادگاه با استفاده از اصل استصحاب، دین را بر ذمه مضمون عنه باقی

۱. محدث نوری، حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، پیشین، ج ۱۳، ص ۴۳۵.

دانسته و تعهد ضامن را تعهدی اضافه با ماهیت وثیقه دین اصلی تلقی می‌کند. به عبارت دیگر در موارد مشخص نبودن اراده طرفین و حکم عرف، اقتضای اطلاق ضمان، ضم ذمه و یا به عبارت صحیح، «ضم التزام به ذمه» می‌باشد.^۱

موضع قانون ایران

قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه امامیه، عقد ضمان را در معنای نقل ذمه دانسته است. ماده ۶۹۸ قانون مدنی در این باره می‌نویسد: «بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود.» با این حال نمی‌توان انکار کرد که ضمان در این مفهوم، در اجتماع کاربردی ندارد. آنچه عرف از ضمان برداشت می‌کند، همان مفهوم ضم ذمه است که به‌طور گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرد و بانک‌ها و مؤسسات مالی به‌عنوان وسیله‌ای جهت تضمین بازپرداخت وام‌ها و تسهیلاتی که در اختیار مشتریان قرار می‌دهند از آن بهره می‌برند. همچنین با صدور ضمانت‌نامه، خود بانک ضامن اجرای تعهدات و دیون مشتریان خود می‌شوند. چنین مفهومی از ضمان میان اشخاص حقوقی و حقیقی دیگر نیز کاربردی قابل توجه دارد.

تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران که خود بر چنین امری واقف بوده‌اند، ضمن تصریح بر ناقل بودن ضمان از مفهوم «التزام به تأدیه» به جای «مدیون بودن»، برای پرهیز از دشواری تعدد ذمه‌ها و در عین حال نزدیک‌تر شدن به آثار «ضم ذمه به ذمه»، از این مفهوم سود برده‌اند (ماده ۶۹۹ قانون مدنی). بدیهی است که التزام به تأدیه، حکمی تکلیفی است. درحالی‌که ضمان حکمی وضعی است. شخص با التزام به تأدیه هرچند مکلف و یا به تعبیر حقوقی مسئول پرداخت می‌گردد، ولی ضمانت او به معنای مشغول بودن ذمه نخواهد بود. و صرفاً یک التزام معلق است که در فرض عدم پرداخت توسط مدیون اصلی، او پرداخت خواهد نمود. منظور ماده ۷۱۸ نیز که مقرر می‌دارد: «هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند»، همین است که مضمون عنه در صورت نقل، دیگر ضامن نبوده و مضمون عنه فقط در

۱. محقق داماد، سید محمدعلی؛ قواعد فقه، پیشین، ص ۱۹۸-۱۹۷.

صورت التزام ضامن، ملتزم به پرداخت بوده و در این صورت ذمه مدیون اصلی مشغول است که ذمه وی با ابراء بری می‌گردد.

از سویی دیگر قانون تجارت نیز مقرراتی عام را درخصوص ضمان در مفهوم ضم ذمه وضع نموده (مواد ۴۰۲ تا ۴۱۱ قانون تجارت) که اختصاص به امور تجاری نداشته و در روابط غیرتجاری نیز قابل استناد و استفاده است.

همچنین تضامن که مفهومی گسترده‌تر از ضمان (در معنای ضم ذمه به ذمه) دارد در موارد مختلفی مانند مسئولیت امضاکنندگان اسناد تجاری، مسئولیت غاصبان و ... پیش‌بینی شده است. از جمله این موارد می‌توان به تضامن قانونی در موارد ذیل اشاره نمود.

۱. تضامن امضاکنندگان سند تجاری: بند اول ماده ۲۴۹ قانون تجارت.
۲. تضامن امضاکنندگان برخی قراردادها: ماده ۴۹۵ قانون تجارت، بند ۲ ماده ۸ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳.^۱

۳. تضامن اعضای شرکت‌های تعاونی پس از انحلال شرکت نسبت به استرداد امتیازات و اموالی که از منابع عمومی در اختیار تعاونی قرار گرفته است طبق تبصره ۴ ماده ۵۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران.

۴. تضامن صادر کننده چک با صاحب حساب جاری نسبت به دیون ناشی از صدور چک بر طبق ماده ۱۹ قانون صدور چک.

۵. تضامن شرکای کاری مطابق ماده ۲۴ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار.^۲

۶. مسئولیت تضامنی مدیران متخلف با اشخاص حقوقی مربوطه مطابق ماده ۱۱۰ و ماده ۱۴۳ لایحه اصلاح قانون تجارت.

۱. مطابق بند مزبور: «در صورتی که یک پیشنهاد [مناقضه] از طرف دو یا چند شخص داده شده باشد، امضای قرارداد توسط کلیه آن اشخاص صورت خواهد گرفت که هر کدام از آنها منفرداً و متضامناً مسئولیت اجرای تعهدات مندرج در قرارداد را بر عهده خواهند داشت.»

۲. مطابق ماده ۲۴ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مقرر می‌دارد: «کارگزاران می‌توانند منفرداً یا مشترکاً به کارگزاری اشتغال ورزند؛ در صورتی که مشترکاً به کارگزاری مبادرت کنند مسئولیت آنان تضامنی خواهد بود.»

۷. ماده ۱۳۰ لایحه اصلاح قانون تجارت در خصوص مسئولیت تضامنی مدیر عامل یا مدیران شرکت نسبت به خسارات ناشی از انجام معاملات موضوع ماده ۱۲۹ آن قانون به شرکت.

۸. تضامن در مسئولیت مدنی طبق ماده ۳۱۷ قانون مدنی در خصوص مسئولیت غاصبان متعدد؛ ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی در خصوص مسئولیت تضامنی کارکنان اداری یا کارگران، نسبت به خساراتی که مجتمعا در حین انجام کار وارد می‌آورند؛ تبصره ماده ۵۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مبنی بر مسئولیت تضامنی حافظ اموال با مأمور اجرایی که در انتخاب حافظ واجد شرایط تقصیر کند؛ ماده ۹۴ قانون امور حسبی در خصوص مسئولیت تضامنی قیم‌های متعددی که با شرکت یکدیگر، در اموال محجور تعدی و تفریط کرده‌اند؛ ماده ۷۰ قانون پولی و بانکی کشور مبنی بر مسئولیت تضامنی هیئت عامل یا هیئت مدیره بانک که تخلف آنها موجب خسارت به بانک شده است؛

۹. مسئولیت تضامنی در پرداخت جزای نقدی: پاراگراف دوم ماده ۳۸ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۵۰. البته بنا نداریم که فهرست کاملی از موارد تضامن قانونی به دست دهیم. اما همین مقدار نیز برای نشان دادن اهمیتی که قانون‌گذار ما به تأسیس تضامن داده است، کافی به نظر می‌رسد. آنچه با نظری بر موارد مذکور معلوم می‌شود، آن است که قانون‌گذار در استفاده از نهاد تضامن، علاوه بر تمهید تضمین و وثیقه‌ای کارآمد در مواردی که نیاز به چنین محکم کاری وجود داشته، مانند اموال محجورین و اموال بازداشت شده، در بسیاری از موارد، از این طریق به نوعی درصدد تنبیه شخص متخلف همچون مدیران متخلف شرکت‌ها و بانک‌ها نیز بوده است.^۱

۱. در برخی از موارد به نظر می‌رسد ایجاد مسئولیت تضامنی نه دارای توجیه منطقی و قابل قبولی است و نه در عمل قابل اعمال است. بارزترین آنها مسئولیت تضامنی اعضای شرکت‌های تعاونی (موضوع تبصره ۴ ماده ۵۴ قانون بخش تعاونی) است. معلوم نیست در این گونه شرکت‌ها، که اعضای آنها گاه به ده‌ها و صدها نفر می‌رسد که هیچ‌گونه کنترلی بر عملکرد مدیران شرکت ندارند، بر چه اساس قانون آنها را مسئول و آن هم دارای مسئولیت سنگین تضامنی دانسته است! بعید است که این تبصره تاکنون در عمل اجرا شده باشد، مگر در خصوص آن دسته از شرکت‌های تعاونی که تعداد آنها از چند نفر تجاوز نمی‌کند.

رابطه ضامن و مضمون عنه

در خصوص رابطه ضامن و مضمون عنه، سید ۴ وجه تصویر نموده است که وجه اول نظر مشهور و وجه ۴ نظر خود ایشان است.

۱. نظر مشهور این است که با اذن مضمون عنه ذمه وی به ضامن مشغول نمی‌شود. بلکه ذمه وی پس از ادا به مقدار ادا شده مشغول می‌گردد.

۲. هنگام اذن به ضامن، ذمه مضمون عنه مشغول نمی‌شود و شرط مشغولیت ذمه، اداء است. ولی اداء کاشف از مشغولیت ذمه از حین اذن به ضامن است. یعنی؛ اداء نقش کشف دارد نه نقل.

۳. ذمه مضمون عنه همراه اذن او به ضامن مشغول می‌شود. ولی حق مطالبه برای ضامن، مشروط به ادای دین از ناحیه ضامن است.

۴. از زمان اذن به ضامن، ذمه مضمون عنه در قبال ضامن مشغول می‌گردد و از همان زمان، حق مطالبه دارد؛ خواه ادا کند یا خیر.

سید معتقد است که نظر اخیر برخلاف اجماع و روایت است اما مقتضای قاعده نقل ذمه همین است.

نظر برگزیده

به نظر می‌رسد این امر بستگی به نحوه اراده طرفین دارد. طرفین (ضامن و مضمون عنه) می‌توانند چنین اراده کنند که به محض انعقاد ضمان، ذمه مضمون عنه در قبال دائن اصلی، بری شده و ذمه ضامن در قبال دائن اصلی مشغول گردیده و ذمه مضمون عنه در قبال ضامن، بالفعل مشغول شده و حق مطالبه همان لحظه موجود شود. همچنین می‌توانند اراده کنند که ذمه ضامن مشغول باشد و ذمه مضمون عنه بری گردد. ولی حق مطالبه، پس از اداء ایجاد شود. هر دو نوع در فرض تصریح اراده صحیح است.

مشکل در فرضی است که شکل اراده طرفین روشن و واضح نباشد، و امر منجر به ترافع گردد. در این موارد دادگاه بایستی بر اساس مبانی قضایی و اصول دادرسی، اراده طرفین را تفسیر کند. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قبول و یا اذن مدیون به ضمانت ضامن، عرفاً به این منظور است که طلبکار خود را از سر خویش رفع نموده و تضییق او را به تسهیل، مبدل نماید. بنابراین اصل این است که نظر طرفین چنین است که تا زمانی که ضامن دین را ادا نکرده، حق مطالبه نیز

ندارد. به سخن دیگر مطالبه دین، دارای مهلتی است که زمان اداء، حداقل آن است، و سریع‌تر از آن نیاز به تصریح دارد، و چون تصریحی بر تعجیل صورت نگرفته اصل بر براءة مضمون عنه نسبت به پرداخت فوری است.

فهرست منابع

۱. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، تهران، بی‌تا، ج ۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دوره حقوق مدنی: عقد ضمان، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، تهران، ۱۳۵۲ش.
۳. حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعه، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸.
۴. حسینی عاملی، سید جواد؛ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶.
۵. حلی، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴.
۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، با حاشیه کلانتر، سید محمد، کتابفروشی دآوری، قم، ۱۴۱۰ق، ج ۴.
۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، ۱۴۱۳ق، ج ۴.
۸. طباطبائی حائری، سید علی؛ ریاض المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۸ق، ج ۹.
۹. طباطبائی حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروه الوثقی، مؤسسه دار التفسیر، قم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳.
۱۰. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی، دوم، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۹ق، ج ۲.
۱۱. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم؛ سؤال و جواب، با تحقیق محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، مرکز نشر العلوم الإسلامی، تهران، ۱۴۱۵ق.
۱۲. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی (المحشی)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ق، ج ۵.

۱۳. طوسی، محمد بن حسن؛ الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، دار الکتب الإسلامیه، تهران، ۱۳۹۰ ق، ج ۳.
۱۴. طوسی، محمد بن علی بن حمزه؛ الوسيله إلى نیل الفضيله، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی ره، قم، ۱۴۰۸ ق.
۱۵. عراقی، آقاصیاء الدین- کزازی، علی؛ تعلیقه استدلالیه علی العروه الوثقی، دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۵ ق.
۱۶. قاضی ابن براج، عبد العزیز؛ المذهب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۶ ق، ج ۲.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی: عقود اذنی- وثیقه‌های دین (عقود معین، ۴)، دوم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا- انتشارات مدرس، بی جا، ج ۴.
۱۸. محدث نوری، حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بیروت، ۱۴۰۸ ق، ج ۱۳.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، چ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق، ج ۲۰.
۲۰. موسوی خویی، سید ابو القاسم؛ التنقیح فی شرح العروه الوثقی، با تقریر: غروی، میرزا علی، قم، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، هفتم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۶.