

## ضمان از اعیان مضمونه<sup>۱</sup>

محسن روشن<sup>۲</sup>

دانش‌آموخته‌ی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، رشته‌ی فقه و مبانی حقوق اسلامی، تهران، ایران.

احمد باقری<sup>۳</sup>

دانشیار دانشگاه تهران، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، تهران، ایران.

### چکیده

حکم به بطلان ضمان ما لم یجب در فقه اسلامی موجب طرح مسائل و مصادیقی شده است که میان فقیهان اختلاف نظر فراوانی را به وجود آورده است. برخی از این مصادیق به حدی در عرف رایج و متداول است که گروهی از فقیهان قائل به بطلان ضمان ما لم یجب، درصدد توجیه برآمده‌اند تا با خارج کردن این موارد از شمول ضمان ما لم یجب، بتوانند جایگاهی برای صحت آن بیابند. اما برخی دیگر بدون ملاحظه‌ی عرف رایج و ارتکاز عقلایی، به صراحت حکم به بطلان برخی از مصادیق یاد شده داده‌اند. ضمان از اعیان مضمونه یکی از مصادیق یاد شده است که فقیهان در خصوص صحت آن اختلاف کرده‌اند. آنان که به بطلان رأی داده‌اند آن را مصداقی از ضمان ما لم یجب و مشمول ادله‌ی بطلان آن دانسته‌اند.

با هدف تقویت ادله‌ی قائلین به صحت از یک سو و نقد ادله‌ی مخالفان از سوی دیگر سعی شده است با تبیین درست این نوع از ضمان، ضابطه‌ای تعریف شود که بتوان با استناد به آن، اختلاف در سایر مصادیق را چاره‌جویی کرد.

**واژگان کلیدی:** ضمان ما لم یجب، اعیان مضمونه، اعیان غیرمضمونه.

---

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۴/۱۰؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۹/۱۸.

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): [rovshan@mailfa.com](mailto:rovshan@mailfa.com).

۳. پست الکترونیک: [a\\_bagheri41@yahoo.com](mailto:a_bagheri41@yahoo.com).

## مقدمه

در حقوق اسلامی هرگاه کسی مال غیر را در تصرف داشته باشد بدون آن که در این امر مأذون باشد، متعهد است که ابتدا عین مال را به صاحبش رد کند. چنانچه عین تلف شود باید مثل مال را اگر مثلی است و قیمت آن را اگر رد مثل متعذر است یا قیمی است رد نماید. حال اگر شخص ثالثی در قالب عقد ضمان، تعهد متصرف غیر مأذونی را به ذمه بگیرد چنین ضمانی را ضمان از اعیان مضمونه می‌نامند. در فرضی که این ضمان صحیح باشد، براساس نظر شیعه که ضمان را نقل ذمه‌به‌ذمه می‌داند ذمه‌ی ذوالید بری و ذمه‌ی ضامن مشغول خواهد شد. در فرضی که این ضمان را باطل بدانیم، ذمه‌ی وی هم‌چنان مشغول بوده و ضامن نیز تعهدی نخواهد داشت.

در این میان تفاوتی نمی‌کند که مضمون‌عنه به جهت ضمان ید و اموری از قبیل غصب متعهد شده باشد یا این که تعهد او ناشی از عقد فاسد و ناصحیح باشد و به واسطه‌ی مقبوض به عقد فاسد متعهد شده باشد.

در میان سایر عقود نیز در برخی از آن‌ها طرفین یا یکی از آن‌ها در مقابل آنچه که دریافت کرده‌اند تعهد به پرداخت مالی معین یا غیرمعین دارند. چنین عقدهایی را ضمانی گویند. مانند بیع که مشتری، متعهد به تسلیم ثمن و بایع، ضامن تسلیم مثن است. در عاریه‌ی مضمونه نیز مستعیر در قبال حق انتفاعی که معیر به او می‌دهد، متعهد است که عین مستعاره را به او برگرداند و در صورت تلف شدن، مثل یا قیمت آن را به او بدهد. با این توضیح آیا شخص ثالث می‌تواند از طرف شخص متعهد که باید عین مال را به صاحبش برگرداند ضامن شود که تعهد بر گردن او بیاید؟ آیا چنین ضمانی صحیح است؟ به عنوان مثال کسی از طرف غاصب و به نفع مغضوب عنه ضامن شود که مال غصب شده را به او برگرداند و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را به او پرداخت کند با این فرض که مال مزبور هم‌چنان در تصرف غاصب است.

تعهد شخص ثالث به تسلیم ثمن از ناحیه‌ی مشتری و تسلیم مبیع از ناحیه‌ی بایع و نیز تسلیم عین مستعار از طرف مستعیر نیز در همین راستا مورد بحث قرار می‌گیرد.

در متون فقهی در باب ضمان، از اعیان غیرمضمونه نیز سخن به میان آمده است. به‌طور خلاصه باید اشاره نمود که ضمانت از اعیان غیرمضمونه؛ یعنی ضمانت از کسی که تعهد به رد عین دارد، اما یدش ضمانی نیست و به عبارت دیگر مالی در تصرف غیر مالک است، اما قانون-گذار او را امانی می‌داند. در برخی از عقود که متصرف به اذن مالک مال را در تصرف خود

دارد، هیچ ضمانی متوجه وی نخواهد بود. او نه ضامن رد است و نه ضامن مثل یا قیمت آن در وقتی که مال تلف شود، مانند ودیعه که چنانچه مال مورد امانت نزد مستودع تلف شود وی ضامن پرداخت مثل یا قیمت آن نخواهد بود. همینطور عاریه، شرکت، مضاربه، رهن و ... چنین عقودی را امانی گویند.

سخن در این است که آیا در چنین مواردی شخص ثالث می‌تواند ضامن امین شود و عین در تصرف او را ضمانت کند؟ در بطلان چنین ضمانی فقیهان اختلاف نظر دارند (نجفی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص ۳۲۸). زیرا دین از اصل وجود ندارد و بی‌معنا است اگر بگوییم ذمه‌ی ضامن به کسی که اصلاً مدیون نیست و حتی به اعتبار این هم مدیون نخواهد شد ضمیمه شود. یا براساس نظریه‌ی نقل بگوییم ذمه‌ی که مدیون نیست و بعداً هم مدیون نخواهد بود به ذمه‌ی ضامن منتقل گردد. به‌رغم اجماعی که بر بطلان ضمان اعیان غیرمضمونه ادعا شده است، برخی از فقیهان به مقتضای عمومات ادله آن را صحیح دانسته‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۰۶).

فقیهان با توجه به تمایز اعیان مضمونه از غیرمضمونه، ضمان از آن‌ها را نیز به‌طور جداگانه مورد بررسی قرار داده‌اند. از این‌رو لازم است وجه تمایز آن‌ها تعیین گردد تا بتوان بحث را صرفاً در خصوص اعیان مضمونه متمرکز نمود. ویژگی‌های چندی در اعیان مضمونه وجود دارند که آن را از اعیان غیرمضمونه متمایز می‌سازند که عبارتند از:

- ۱- عین باید وجود خارجی داشته باشد؛ به عبارتی، کلی در ذمه نباشند.
- ۲- عین باید در تصرف غیرقانونی کسی باشد؛ اعم از غصب و مأخوذ به عقد فاسد و هر نوع تصرف غیرقانونی دیگر که در این صورت شخصی که بر آن مال ید عدوانی دارد، ضامن است یا اگر در تصرف غیرقانونی دیگری نباشد، قانون صریحاً او را مسئول رد عین مالک شناخته باشد؛ مثل عاریه‌ی مضمونه.
- ۳- متصرف غیرقانونی موظف به حفظ و رد آن به صاحب مال یا مالک اصلی می‌باشد و باید عین مال را پس بدهد.
- ۴- در صورتی که مال در دست متصرف تلف بشود؛ چه با تعدی و تفریط و چه بدون آن‌ها، مکلف به رد مثل آن است؛ اگر مثلی باشد و مکلف به قیمت آن است؛ اگر قیمی باشد.
- ۵- در صورتی که عین باقی است و موفق به تسلیم عین نمی‌باشد، بدل آن را بدهد که به آن بدل حیلوله گویند.

### ۱- اختلاف نظر در صحت اعیان مضمونه

برخلاف ضمان دیون که صحت آن مورد شک و تردید نیست، در اصل ضمان اعیان میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. قبل از این که به بیان نظرات ایشان در زمینه‌ی ضمان اعیان مضمونه بپردازیم، لازم است اشاره نماییم که:

اول- مضمون به در این قسم از ضمان عین است و وجود خارجی دارد نه دین در ذمه.  
دوم- عین مال در تصرف غیرقانونی کسی مانند غاصب است یا اگر تصرف او قانونی است، قانون صریحاً او را رد کننده‌ی مال به مالک شناخته است؛ مانند عاریه‌ی طلا و نقره.  
سوم- متصرف مکلف به حفظ و رد آن مال به مالک است. اگر مال تلف شود متصرف باید مثل آن را بدهد؛ اگر مثلی باشد و قیمت آن را بدهد؛ اگر قیمی باشد و اگر تلف نشده و دسترسی به آن نیست تا به مالک رد شود باید بدل حیلوله بدهد. با این توضیحات اگر کسی ضمانت کند که عین مضمونه را به صاحبش برگرداند، مثلاً شخصی مال دیگری را غصب نموده و کسی می‌آید مال مغضوبه را به نفع صاحبش ضمانت می‌کند که عین مال را به صاحب آن برگرداند و اگر تلف شده قیمت یا مثل آن را به مالک بپردازد یا شخصی نسبت به عاریه‌ی مضمونه ضمانت نماید. حکم این نوع از ضمان که جزء ضمان اعیان مضمونه است، چیست؟

عده‌ای از فقها معتقدند که ضمان اعیان مضمونه صحیح است (محقق کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۵، ص ۳۷۲) که در ذیل به نظرات آنان مختصراً اشاره می‌نماییم. مرحوم سیدکاظم یزدی در این زمینه می‌نویسد: «فقها در جواز ضمان اعیان مضمونه مانند غصب، مقبوض به عقد فاسد و مانند این‌ها اختلاف نموده‌اند. عده‌ای قائل به جواز و عده‌ای قائل به عدم جواز شده‌اند و قول به جواز قوی‌تر است» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۷۶).

شیخ طوسی در مورد حکم ضمان اعیان مضمونه می‌فرماید: در مورد ضمان اعیان مضمونه، مانند مال مغضوبی که در تصرف غاصب است؛ چنانچه شرط ضمان نسبت به آن اموال شود، آیا این نوع ضمان صحیح است یا نه؟ دو وجه را بیان نموده است: وجه اول این است که ضمان اعیان مضمونه صحیح است و وجه دوم این که این نوع ضمان، ضمان مالیم-یجب بوده و باطل است. ایشان صحت ضمان اعیان مضمونه را ترجیح داده و می‌گوید این نوع ضمان صحیح است (شیخ طوسی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۲۶).

محقق حلی در مورد صحت ضمان اعیان مضمونه می‌فرماید: «ضمانت کردن آن‌ها مورد تردید است، ولی به اقتضای عمومات می‌توان به جواز اعیان مضمونه حکم نمود» (محقق-حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۹۰).

ابن‌ادریس می‌گوید: «در صورتی که شرط ضمان نسبت به اعیان مضمونه شود، مانند این- که مال مغصوبه در دست غاصب و عین عاریه در دست معیر شرط شود، می‌توان گفت چنین ضمانی صحیح است؛ زیرا این‌ها در اصل به حکم قانون شرع مضمون‌اند و ضمان عین مضمونه صحیح است» (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۷۹). جمعی دیگر آن را خالی از اشکال ندانسته و می‌گویند: «در صورت تحقق چنین ضمانی، مضمون‌له می‌تواند هم از مضمون‌عنه مطالبه کند و هم از ضامن. به این معنا که ظاهراً چنین ضمانی برخلاف اجماع فقیهان که ضمان را نقل می‌دانند، موجب ضم ذمه‌ی ضامن به مضمون‌عنه می‌شود» (علامه‌حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۲، ص ۹۲).

در میان فقهای اهل سنت پیروان حنفی ضمان اعیان مضمونه‌ای را صحیح می‌دانند که ضامن در عقد ضمان این‌طور تعهد کند که هرگاه عین مال تلف شود مثل یا قیمت آن را به مالک بدهد و گفته‌اند: اشکالی در صحت این نوع از عقد ضمان نیست، زیرا سبب تعهد مضمون‌عنه قبل از عقد ضمان وجود داشته و آن سبب همان تصرف غیرقانونی مضمون‌عنه در مال غیر است (ابن‌تیمیه، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۵۴).

شافعی در یکی از دو قولش ضمان اعیان مضمونه را صحیح دانسته است و می‌گوید: قول مشهور در فقه بر صحت ضمان اعیان مضمونه می‌باشد و مقنن ما دلیلی ندارد که با این قول مشهور که موافق آزادی اراده در قراردادها نیز هست مخالفت کند. (ابن‌قدامة، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۴۸۴).

در مقابل نظریه‌ی جواز فقیهانی هستند که قائل به عدم جواز شده‌اند و آن را مصداقی از ضمان ما لم یجب می‌دانند (خمینی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۲۶). عده‌ای از قائلین به بطلان در توجیه نظر خود می‌گویند: «تعهد متصرف در این اموال ناظر به رد عین است نه حال ثابت در ذمه. از طرفی این تعهد که در شمار احکام تکلیفی مربوط به غصب است قابل انتقال به ذمه‌ی ضامن نیست» (بجنوردی، ۱۳۸۹ق، ج ۶، صص ۹۸-۱۰۰). جمعی نیز آن را نافذ می‌دانند و دین مربوط به رد مال معین را نیز برای صحت ضمان کافی می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲ ش، صص ۲۴۹ و ۲۵۰).

قانون مدنی در این‌باره ساکت است و اعلام می‌دارد: «چنین تعهدی را نباید جزء عقد ضمان شمرد. ولی در نفوذ آن هم نباید تردید کرد. به همین جهت نیز باید پذیرفت که در چنین قراردادی تعهد متصرف به ضامن انتقال نمی‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۲ش، ص ۱۸۸).

به نظر می‌رسد برای پاسخ به سؤال فوق باید بین دو حالت از هم تفکیک نمود: ضمان نسبت به رد عین و ضمان نسبت به مثل یا قیمت.

### ۱-۱- ضمان نسبت به رد عین

چنانچه کسی تعهد به رد عین مضمونه داشته باشد، ضمانت از وی صحیح نیست. زیرا عینی در ید متعهد بوده و رد عین نیز قائم به وی است و ضامن نمی‌تواند آن را برعهده بگیرد؛ چون عین خارجی قابل انتقال به ذمه‌ی ضامن نیست. بنابراین ضمان نسبت به رد عین مضمونه باطل است و اگر عقدی مبنی بر ضمانت منعقد شود عقد ضمان نیست، بلکه مشمول ماده‌ی ۱۰۰ ق.م.می‌باشد.

ضمانت از غاصب نمی‌توان کرد تا عین مال غصبی را به مالک آن رد کند یا خود مال مغضوبه را به ملک وی برگرداند؛ زیرا یکی از شرایط مورد ضمان دین بودن مال است؛ یعنی به صورت کلی در ذمه قرار گرفته است، در حالی که در موضوع بحث دینی در ذمه قرار نگرفته است بلکه عین در ید غاصب است و قابلیت انتقال به ذمه را ندارد و تکلیف رد نیز برعهده‌ی خود غاصب است. بنابراین ضمانت از غاصب برای رد عین مغضوبه باطل است.

### ۱-۲- ضمان نسبت به رد مثل یا قیمت

در غصب اگر مال مغضوبه تلف شود، مثل یا قیمت آن بر ذمه‌ی غاصب قرار می‌گیرد. صحت ضمان نسبت به رد مال یا قیمت مال مغضوبه که بعد از تلف در ذمه‌ی غاصب قرار می‌گیرد مورد اختلاف است.

برخی معتقدند این عقد ضمان صحیح نیست؛ زیرا هنگام عقد نه دین وجود دارد و نه سبب دین، زیرا تعهد رد مثل و قیمت زمانی پیش می‌آید که مال مغضوبه تلف شده باشد و در هنگام عقد ضمان، مال تلف نشده است و در آینده نیز معلوم نیست تلف بشود یا نه. پس با توجه به این که یکی از شرایط مورد ضمان این است که دین در حین وقوع ضمان موجود و یا سبب آن وجود داشته باشد، لذا این شرط وجود ندارد و این ضمان ما لم یجب بوده و باطل است (محقق کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۳۱۷).

برخی دیگر نیز گفته‌اند؛ درست است که دین ایجاد نشده است ولی سبب آن وجود دارد و این‌گونه استدلال می‌کنند که برای این که غاصب مسئول رد مثل یا قیمت مال مغضوبه باشد، فراهم شدن دو عامل ضروری است؛ یکی استیلا بر مال غیر به نحو عدوانی و دوم تلف مال مغضوبه. به محض تصرف عدوانی مال غیر توسط غاصب، سبب دین را به وجود آورده است؛ یعنی استیلا نامشروع بر مال غیر، سبب دین است و ید غاصب ضمانی است چه تعدی و تفریط بکند چه نکند. بنابراین دینی که سبب آن به وجود آمده باشد، می‌تواند مورد

ضمانت قرار گیرد و البته شرط تحقق کامل دین، تلف مال مغضوبه است (حسینی عاملی، ۱۹۹۱م، ج ۵، ص ۳۷۰). به عبارت دیگر زمانی ذمه‌ی غاصب به حکم قانون و به محض استیلا بر مال غیر در مقابل مالک، مسئولیت پیدا می‌کند که در صورت تلف مثل یا قیمت را به مالک رد کند. همین دین معلق که ذمه‌ی غاصب را مشغول کرده کافی است که مورد عقد ضمان واقع شود و به ذمه‌ی ضامن منتقل گردد. بدیهی است که ذمه‌ی ضامن نیز به صورت معلق و مشروط مشغول خواهد شد و تا زمانی که مال مغضوبه تلف نشده ذمه به نحو متزلزل مشغول است.

## ۲- ادله‌ی بطلان ضمان اعیان مضمونه

### ۲-۱- ضمان از اعیان مضمونه مصداق ضمان ما لم یجب

گروهی از فقها ضمان اعیان مضمونه را صحیح نمی‌دانند و از آن جهت که مصداق ضمان ما لم یجب محسوب می‌شود به بطلان آن حکم داده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۲۹۳). ضمان ما لم یجب، ضمانت از دینی است که سبب آن ایجاد نشده است و چنین ضمانی باطل است.

دلیل عمده‌ای که فقها بر بطلان ضمان ما لم یجب دارند، این است که به تبعی بودن عقد ضمان استناد می‌نمایند. یکی از ویژگی‌های عقد ضمان این است که باید تعهد ضامن، تابع دینی باشد که مدیون اصلی بر ذمه داشته است. به عبارت دیگر ضمان وقتی قابل تحقق است که در ابتدا میان دو نفر رابطه‌ی دینی وجود داشته باشد که در این وضعیت شخص ثالثی به واسطه‌ی عقد ضمان تعهد بدهکار را بر عهده می‌گیرد، بنابراین اگر قبلاً دینی وجود نداشته باشد طبیعی نیست که شخص ثالثی آن را تعهد کند زیرا ضمان تابع دین و فرع بر آن است. بدیهی است وقتی که اصل، یعنی دین موجود نباشد فرع یعنی ضمان هم قابل تحقق نخواهد بود. در ضمان اعیان مضمونه مانند غصب یا مقبوض به سوم و ... اگر شخص ثالثی مثل یا قیمت مال غصب شده را از طرف غاصب ضمانت کند، در حالی که عین مال موجود بوده، این از مصادیق ضمان ما لم یجب محسوب شده و باطل است زیرا در چنین فرضی هنگام ضمان، ذمه غاصب به مثل یا قیمت مشغول نبوده و تنها زمانی دین به ذمه‌ی او خواهد آمد که مال تلف گردد.

## ۲-۱-۱- نقد دلیل

این دلیل با توجیحاتی مورد نقد قرار گرفته است:

اول- ضمان ما لم یجب باطل نیست؛ زیرا سیره و بنای عقلا نه تنها ضمان ما لم یجب را باطل نمی‌دانند، بلکه امروزه در بیش‌تر معاملاتی که میان افراد انجام می‌شود طرفین یا یکی از آن‌ها دیون آینده را تعهد می‌کنند، بدون آن‌که کوچک‌ترین تردیدی در صحت آن راه دهند. اجماع هم بر نادرستی آن وجود ندارد؛ زیرا در مواردی فقها ضمان ما لم یجب را درست دانسته‌اند، مانند ضمان مال الجعالة قبل از عمل و ضمان عهده نسبت به درک مبیع. در برخی موارد نیز مانند ضمان اعیان مضمونه، فقها اختلاف نظر دارند. بنابراین اتفاق فقها بر نادرستی ضمان ما لم یجب حاصل نمی‌شود (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۷). فقها هم‌چنین بر صحت ضمان عهده تصریح کرده‌اند، در حالی‌که ضمان عهده احتمالی است نه یقینی. فرض اینست که اگر مبیع ملک غیر بایع درآمد ضامن عهده‌دار درک آن است؛ زیرا اگر معامله صحیح باشد و مبیع از آن بایع باشد، ضمان نسبت به مشتری بی‌مورد است. ضمان عهده هم مصداق ضمان ما لم یجب است و هم ضمان تعلیقی. در عین حال فقها آن را صحیح می‌دانند.

دوم- وصف تبعی بودن برای عقد ضمان از باب تغلیب می‌باشد. از آن‌جا که عموماً ضمان تعهد بر پرداخت دین فعلی بدهکار است، به تبعی بودن موصوف شده است و این به معنای عدم صحت ضمان مقدم بر دین نخواهد بود.

سوم - فقهای که ضمانت از اعیان مضمونه را صحیح نمی‌دانند به صحت ضمان از منافع و عمل اجیر حکم کرده‌اند (خمینی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۲۵). در ضمان عقد اجاره، شخص ثالث می‌تواند اجاره بهایی را که مستاجر متعهد است بپردازد، ضمانت کند یا عملی را که اجیر ملتزم به انجام آن است، برعهده گیرد. در حالی‌که در این موارد هنوز چیزی به ذمه‌ی مستاجر ثابت نشده است تا ضامن آن را ضمانت کند؛ زیرا حین‌العقد منافع تحقق نیافته و به تدریج قابل تحقق است. حکم به صحت چنین ضمانتی فقط به اعتبار تعهد آینده‌ی مستاجر خواهد بود و همین امر موجب گردیده است که برخی از فقها اعتبار شرط ثبوت دین بر ذمه‌ی مضمونه‌عنه را با فروع مباحث مربوط به ضمان در تعارض بدانند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۸۹)؛ به گونه‌ای که یا باید آن‌ها را استثنایی بر قاعده دانست یا گفته شود که شرط مذکور از این جهت قابل طرح است که عقد ضمان غالباً هنگامی واقع می‌شود که دین در ذمه‌ی مضمون‌عنه ثابت شده باشد، نه این‌که قید مزبور شرط صحت ضمان باشد (همان، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۲۶۴).



چهارم- برخی از فقها ضمان از اعیان مضمونه را صحیح می‌دانند (محقق‌اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۲۹۳) و همین اندازه قول به صحت ضمان اعیان مضمونه حتی از سوی جمعی از فقها، دلالت بر درستی ضمان ما لم یجب می‌کند.

## ۲-۲- منافات ضمانت اعیان مضمونه با ناقل بودن عقد ضمان

استدلال کسانی که ضمان از اعیان مضمونه را صحیح نمی‌دانند معتقدند وقتی حقیقت ضمان را نقل ذمه‌ی مضمون‌عنه به ضامن دانستیم و به موجب آن به برائت ذمه‌ی مضمون‌عنه حکم کردیم، یقیناً چنین فعل و انفعالاتی در ضمان از اعیان مضمونه اتفاق نمی‌افتد؛ زیرا همه‌ی فقها بر عدم برائت ذمه‌ی مضمون‌عنه در چنین ضمانی اجماع دارند. به این معنا که اگر شخص ثالثی از غاصب ضمانت نماید، مضمون‌له هم‌چنان حق دارد به غاصب یعنی مضمون‌عنه رجوع کند و عین را از او مطالبه نماید. در مقبوض به عقد فاسد هم پس از ضمان، مالک می‌تواند به قابض رجوع کرده و عین مال را از او بخواهد. شاید به همین جهت است که علامه در تذکره به رغم این که چنین ضمانی را صحیح می‌داند ولی ذمه‌ی مضمون‌عنه را بری ندانسته و حق رجوع مضمون‌له به او را محفوظ می‌داند (علامه‌حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۲، ص ۹۲). چنین حکمی با اجماع فقها بر ناقل بودن ضمان منافات دارد. پس اگر ضمان را صحیح بدانیم یا باید حق رجوع به مضمون‌عنه از بین برود که با اجماع فقها مخالف دارد یا قائل به ضم ذمه‌به‌ذمه شویم که تالی فاسد چنین قولی نیز مخالفت با اجماع خواهد بود. بنابراین چاره‌ای جز حکم به بطلان ضمان از اعیان مضمونه باقی نمی‌ماند. اگر هم گفته شود که مراد از ضمان اعیان مضمونه این است که ضامن تعهد کرده است در صورت تلف عین مثل یا قیمت آن را بپردازد (محقق‌حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۹۹)؛ چنین قولی با دو اشکال روبرو است:

اول- موجب تعلیق در ضمان خواهد بود که بطلان آن روشن است.

دوم- چنین ضمانی مصداق ضمان ما لم یجب است، زیرا در هنگام ضمان فرض بر این است که عین مال موجود است و مثلاً غاصب تعهد به رد آن را دارد و زمانی ذمه‌ی وی به پرداخت مثل یا قیمت مشغول می‌شود که عین تلف گردد. بنابراین ضمان قبل از تلف به منزله ضمان ما لم یجب است که نسبت به بطلان آن اجماع وجود دارد.

## ۲-۲-۱- نقد دلیل

کسانی که ضمان از اعیان مضمونه را صحیح می‌دانند می‌گویند: تفاوتی نمی‌کند مقصود از چنین ضمانی التزام به رد عین و در صورت تلف، التزام به رد مثل یا قیمت آن باشد یا از همان ابتدا، التزام به رد عین و در صورت فرض تلف باشد. مقصود هر چه باشد چنین ضمانی صحت دارد؛ زیرا عموم «الزعیم غارم» و «وفو بالعقود» آن را شامل می‌شود و در پاسخ به استدلال مخالفین می‌گویند: اگر هم بپذیریم که این نوع ضمان با ناقل بودن ضمان سازگاری ندارد، حداقل این است که بگوییم این چنین ضمانتی صحیح است، ولی تحت عنوان ضمان مصطلح نمی‌گنجد و در خصوص ما لم یجب بودن ضمان اعیان مضمونه هم می‌توان گفت که پس از شمول اطلاعات ادله نسبت به آن، مانعی از صحت آن وجود ندارد.

## ۲-۲-۲- عدم شمول ادله‌ی صحت

در رد نظریه‌ی صحت ضمان اعیان مضمونه گفته شده است روایتی که از پیامبر(ص) نقل شده است «الزعیم غارم»، این از روایات و اخبار ما نیست؛ بنابراین معتبر و صحیح نمی‌باشد و عموم وفای به عقد نیز با توجه به اعتقاد ما در ضمان، یعنی نقل ذمه‌به‌ذمه، ضمان اعیان را در بر نمی‌گیرد. زیرا عین در ذمه‌ی غاصب قرار نمی‌گیرد «و اوفوا بالعقود» نیز تنها نقل ذمه-به‌ذمه را شامل می‌شود. اگر عموم وفای به عهد را در اعیان مضمونه بپذیریم، باید قائل به ضم ذمه‌به‌ذمه شویم که این مغایر با اعتقاد فقهای ماست (نجفی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۶، ص ۱۴۰).

## ۲-۳-۱- نقد دلیل

استدلال فوق به دلایل زیر مورد پذیرش قرار نگرفته است:

اول- مفاد روایت «الزعیم غارم» از ناحیه‌ی بعضی آیات نظیر «و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم» تأکید می‌شود. با این تقریب که در آیه‌ی شریفه، مال جعاله‌ای که برای یابنده‌ی پیمان‌های شاه معین شده است، که یک بار شتر باشد از طرف منادی تضمین شده است و خود واضح است که مال الجعاله بعد از اتمام عمل بر عهده‌ی جاعل لازم و ثابت می‌شود و ضمان آن از طرف ضامن قطعاً محذوری نداشته و از مصادیق ضمان ما لم یجب محسوب نمی‌شود. ولی قبل از عمل، ضمان مال الجعاله از مصادیق ضمان ما لم یجب است. برخی از فقها در این مورد گفته‌اند: «یصح ضمان مال الجعاله اذا فعل ما شرط جعاله» که نباید صحت ضمان بعد از عمل باشد؛ چون در این صورت قطعاً ضمان صحیح بوده و نیازی به استدلال به

آیهی ۷۲، سورهی یوسف نیست. بنابراین مقصود از عبارت این است که ضامن می‌تواند مال-الجعاله را برای عامل تضمین کند که در صورتی که عامل عمل را کامل انجام دهد، بعد از انجام عمل مال متعلق به عامل، به ذمه‌ی ضامن بوده و ضامن ملتزم به آن خواهد بود (شیخ طوسی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۶۳۹).

دوم- «الزعیم غارم» در منابع ما نیز آورده شده است (ابن‌جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۲۵۲؛ نوری، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۸۹).

سوم- مفاد روایت مذکور، مفاد بنای عقلاست و سیره‌ی عقلا نه تنها ضمان از اعیان مضمونه را باطل نمی‌داند، بلکه امروزه تقریباً در بیش‌تر قراردادها و معاملاتی که میان طرفین واقع می‌شود دیون آینده را تعهد کرده است، بدون آن‌که در صحت آن تردیدی به خود راه دهند. اگر بگوییم چنین معاملاتی مصداق معاملات غرری هستند و معامله‌ی غرری هم باطل است، می‌گوییم در فرضی که قائل به بطلان چنین معامله‌ای شویم منظور از آن غرر و ضرری است که عقلا به آن اقدام نمی‌کنند. پس به‌طور خلاصه سیره و روش عقلایی که مورد قبول شارع بوده و از آن منع نکرده، می‌تواند مهر تاییدی بر صحت ضمان اعیان مضمونه باشد.

چهارم- ضمان اعیان مضمونه مشمول عموم «اوفوا بالعقود» می‌باشد و عمومات و اطلاقات ادله‌ی مانند «اوفوا بالعقود» یا «المومنون عند شروطهم» و غیره که در صحت تمام عقود عمومیت دارند و شامل هر عقدی می‌شوند، انشای تعهد آینده را نیز در بر خواهد گرفت. این امر بیانگر این است که ادله‌ی مذکور هیچ تخصیصی نخورده و بر عموم خود باقی هستند و «ال» در «العقود» جمع محلی است که از آن افاده‌ی عموم می‌شود.

پنجم- نظریه‌ی نقل ذمه‌به‌ذمه به فرض تمام بودن آن اختصاص به ضمان دیون دارد؛ زیرا مسئولیت متصرف غیرقانونی از قواعد آمره بوده و قابل اسقاط نیست. پس ناگزیر باید معتقد به ضم ذمه‌به‌ذمه شویم. لذا اگر در ضمان اعیان معتقد به ضم ذمه‌به‌ذمه شویم، اشکالی ایجاد نمی‌شود.

### ۳- ادله‌ی صحت ضمان اعیان مضمونه

علاوه بر مطالبی که گفته شد، دلایلی وجود دارد که مؤید صحت ضمان اعیان مضمونه می‌باشند که در زیر به آن‌ها اشاره می‌شود:

### ۳-۱- اطلاقات و عمومات ادله

اطلاقات و عمومات ادله‌ی از قبیل: « اوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الزعیم غارم» که در صحت کلیه‌ی عقود عمومیت دارند و هر عقدی را در برمی‌گیرند، انشای تعهد آینده را در برخواهند گرفت؛ زیرا «العقود» جمع محلی به الف و لام است و از آن عمومیت افاده می‌شود.

اگر گفته شود روایاتی که بر صحت ضمان اعیان مضمونه بیان شده، همگی دلالت بر ضمان دیون داشته و دلیل شرعی که بر عمومیت صحت ضمان که شامل ضمان عین باشد نیز وجود ندارند؛ در پاسخ به این اشکال گفته می‌شود: ضمان امری عرفی است و آنچه که ملاک صحت عقد ضمان است، عرفی و عقلایی بودن آن است و در صحت عقد ضمان کافی است که دلیلی بر منع در این خصوص از شارع نرسیده باشد.

### ۳-۲- تصحیح ضمان ما لم یجب

دلایلی بر این ادعا اقامه شده است:

اول- اجماع مهم‌ترین دلیلی است که برای بطلان ضمان ما لم یجب ارائه شده است. اجماع یکی از ادله‌ی استنباط احکام و منابع فقه می‌باشد و شاید هم بر پایه‌ی همین اجماع است که هیچ فقیهی آن را مورد نقد قرار نداده و حقوق‌دانان آن را پذیرفته یا به ندرت با آن مخالفت کرده‌اند.

البته اجماع، دلیل قطعی بر بطلان ضمان ما لم یجب نیست. به طوری که برخی از فقها به صراحت اظهار می‌دارند که بر بطلان ضمان ما لم یجب نه نصی و نه اجماعی وجود دارد. زیرا فقها در برخی موارد و نمونه‌ها به صحت ضمان حکم کرده‌اند و در برخی دیگر به بطلان آن حکم شده است (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۰۵). علاوه بر این در حقوق اسلامی عقدی بنام ضمان جریره وجود دارد که براساس آن یکی از طرفین عقد، مسؤلیت جنایاتی را که طرف مقابل انجام می‌دهد و مستلزم دیه است می‌پذیرد، مشروط بر این که از او ارث ببرد. به‌رغم این که ضامن، تعهدی را انشا می‌نماید و دینی را بر عهده می‌گیرد که نه تنها در زمان عقد به ذمه نیامده و سبب آن وجود ندارد، حتی ممکن است هرگز تحقق پیدا نکند. همه فقها آن را صحیح می‌دانند و این اجماع فقها دلالت بر صحت ضمان ما لم یجب می‌کند.

دوم- سیره و بنای عقلا، دلیل دیگری است که در این مورد می‌توان بیان نمود؛ مبنی بر این که در بیش‌تر معاملات و قراردادهایی که بین طرفین و یا افراد حاصل می‌شود طرفین و

یا یکی از آن‌ها دیون آینده را تعهد کرده بدون آن‌که در صحت آن کم‌ترین تردید به خود راه دهند. این سیره مورد تأیید شارع هم بوده و از آن منع نکرده است و این تأییدی بر صحت ضمان ما لم یجب است.

### نتیجه

با بررسی نظرات مختلف فقها و نیز ادله‌ی موافقین و مخالفین در زمینه‌ی ضمان اعیان مضمونه به این نتیجه می‌رسیم که ضمان از اعیان مضمونه صحیح می‌باشد. همان‌گونه که از کلمات قائلین به صحت عقد ضمان نسبت به اعیان مضمونه استفاده می‌شود، دلیل بر صحت اعیان مضمونه عموم ادله‌ی «الزعیم غارم» و آیه‌ی شریفه‌ی «افوا بالعقود» است. از طرفی ادله‌ی مانعین از صحت تمام نیست؛ زیرا ضمان اعیان مضمونه را از قبیل ضمان ما لم یجب دانسته‌اند و ما به استناد فقها در مورد صحیح بودن ضمان اعیان مضمونه اشاره نموده و ثابت کردیم که همین قول به صحت گرچه از طرف جمعی از فقها ارائه شده، خود دلیلی بر صحت ضمان ما لم یجب است. از طرفی سیره‌ی بنای عقلا، ضمان ما لم یجب را صحیح دانسته و همین سیره که مورد تأیید شارع بوده و از آن منع نکرده می‌تواند دلیلی باشد بر تأیید و درستی ضمان ما لم یجب یا لازمه‌ی ضمان اعیان مضمونه، قائل شدن به ضم ذمه‌به‌ذمه در ضمان است و این قول خلاف دیدگاه امامیه در ضمان می‌باشد. همان‌طور که قبلاً ذکر شد این‌ها هیچ کدام اعتباری ندارند و آن‌چه ملاک صحت ضمان در اعیان مضمونه است، صدق عرفی ضمان و شمول ادله‌ی ضمان نسبت به این مورد است و بنا به عقیده‌ی محققان از فقها ضمان اعیان مضمونه به لحاظ صغروی و کبروی تمام است. بنابراین چنان‌چه شخصی مالی را به عاریه بدهد و از مستعیر ضمان بخواهد تا در صورت بروز تعدی و تفریط و اثبات آن ضمان، از عهده‌ی خسارت معیر بر آید این عقد ضمان بین معیر و ضامن صحیح است.

### منابع

قرآن کریم

ابن ادریس، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج ۲، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.

ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، *الفتاوی الکبری*، بی‌جا، بیروت، دارالمعرفه للطباعه و التوزیع و النشر، بی‌تا، ج ۳.

- ابن جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم، *عوالی اللئالی العزیزه*، بی‌چا، قم، مطبعه سیدالشهداء، ۱۴۰۳ق، ج ۲.
- ابن قدامه، ابومحمد عبدالله بن احمد، *المغنی*، بی‌چا، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۵ق، ج ۴.
- بجنوردی، محمدحسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، نجف، مطبعه الادب، ۱۳۸۹ق، ج ۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجواد، *ضمان عقدی در حقوق مدنی*، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲ش.
- حسینی عاملی، محمدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بی‌چا، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۹۱م، ج ۵.
- خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ق، ج ۲.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، بیروت، دارالکتاب الاسلامی، ۱۴۱۲ق، ج ۲.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، قم، بی‌چا، مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان، ۱۳۸۸ق، ج ۲.
- طباطبائی یزدی، محمدکاظم، *العروه الوثقی*، بی‌چا، بیروت، مؤسسه الدار الاسلامی، ۱۴۱۰ق، ج ۲.
- طباطبائی حکیم، محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، بی‌چا، قم، مکتبه آیة‌العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (عقود معین)*، ج ۵، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ش.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بی‌چا، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۱۸ق، ج ۲.
- محقق کرکی، نورالدین بن علی بن عبدالعالی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بی‌چا، قم، مؤسسه آل‌البيت «علیهم السلام»، ۱۴۱۱ق، ج ۵.
- محقق اردبیلی، شیخ احمد، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الذهان*، ج ۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق، ج ۳.
- نجفی اصفهانی، محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، ج ۴، مؤسسه المرتضی‌العالمیه و دارالمورخ العربی، ۱۴۱۲ق، ج ۹.
- نوری طبری، میرزا حسن، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بی‌چا، مؤسسه آل‌البيت «علیهم السلام» للاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۲ق، ج ۲.