

مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره بیست و چهار، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، ص ۹-۴۰

بازشناسی مفهومی ضمان و اقسام آن در فقه اسلامی^۱

حسن خدابخشی^۲

دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

سید محمد رضا آیتی^۳

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

اصغر عربیان^۴

استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

چکیده

لغوی‌ها در این‌که واژه‌ی «ضمان» از «ضمّ» گرفته شده یا از «ضمن»، اختلاف نظر داشته و برخی آن را از ضمّ به معنای ضمّ چیزی به چیز دیگر دانسته‌اند؛ اما بیشتر ایشان، آن را از ماده «ضمن» می‌دانند. از دیدگاه فقهای امامیه نیز، واژه‌ی «ضمان»، مشتق از «ضمن» است؛ بنابراین ضمان، دلالت بر نقل ذمه می‌کند و سبب می‌شود که ذمه مدیون اصلی، ضمن ذمه ضامن قرار گیرد؛ اما از نظر اکثر فقهای اهل سنت، واژه‌ی «ضمان»، مشتق از «ضمّ» بوده و «الفونون» آن مانند واژگان «دوران و جریان»، زاید بوده و معنای ضمان، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی می‌باشد؛ اما در معنای اصطلاحی آن اختلاف نظر دارند و به فراخور موضوعی که ضمان در آن استعمال شده است، تعریفی ارایه داده‌اند. اما در مجموع، مفهوم واژه‌ی «ضمان» به عنوان اصطلاح متعارف در قلمرو فقه و حقوق، به ویژه در ابواب معاملات، حقیقتی واحد به معنای «تعهد، مسئولیت و التزام» است و این مفهوم واحد، به اعتبار اسباب گوناگون ایجاد تعهدات و مورد تعهد، تکرر می‌یابد و تقسیم ضمان به معاوضی، قهری و عقدی در متون فقهی و حدیث، به همین اعتبار صورت گرفته است.

کلیدواژه‌ها: ضمان، تعهد، التزام، مسئولیت و الزام.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۶/۱۴؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۹/۱۸

۲. پست الکترونیک: khodabakhshi-iri@yahoo.com

۳. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): ayati@srbiau.ac.ir

۴. پست الکترونیک: a.arabian42@gmail.com

مقدمه

به طور کلی، احکام اسلامی از مصالح عموم مردم در زمینه‌های مختلف دنیوی و اخروی، حمایت و جانب‌داری می‌کند و از مجموع مقررات اسلامی برمی‌آید که حقوق اسلام، ضمن حمایت از جان، مال، آبرو و تمامی حقوق شهروندان، همه را نیز به رعایت این حقوق مکلف کرده است؛ یعنی علاوه بر حکم تکلیفی - که موضوع آن، فعل یا ترک مکلف است - و حرمت ضرر رساندن به دیگران، در صورت ایراد زیان، به ثبوت اعتباری زیان‌های وارده در ذمه فاعل زیان حکم کرده است.

واژه «ضمان» در فقه، اصطلاحی پرکاربرد است. این واژه که در حقوق کنونی مترادف مسئولیت آمده است (طاهری، ۱۳۷۷ش، ص ۱۰۳)، یک نوع آن (ضمان قهری) در باب‌های مختلف مطرح می‌شود و نوع دیگر آن (ضمان عقدی) بابتی مستقل در فقه دارد که از احکام آن به تفصیل در این باب بحث شده است.

اما علی‌رغم کاربرد زیاد واژه ضمان در فقه، هم در معنای لغوی آن (هم بین فقیهان امامیه و اهل سنت و هم بین قانون مدنی و قانون تجارت در حقوق موضوعه ایران) اختلاف نظر وجود دارد و هم در معنای اصطلاحی آن. با بررسی کتب فقهی و حقوقی می‌توان دریافت که معنای جامع و مانعی از این اصطلاح وجود ندارد و فقیهان ضمان را در هر باب از علم فقه، نسبت به موضوع ضمان در همان‌جا تعریف کرده‌اند؛ برای نمونه، ضمان در تلف مبیع، ضمان قهری، ضمان ید و ... هر کدام تعریف جداگانه‌ای دارد که در متن مقاله، به تشریح از آن‌ها صحبت خواهد شد.

همین تفاوت در تعریف ضمان موجب شده است تا برخی فقیهان و حقوقدانان عناوینی چون «تعهد»، «التزام»، «مسئولیت» و «الزام» را گاهی به معنای ضمان و گاهی به جای یکدیگر استعمال کنند.

اما به نظر می‌رسد که می‌توان معنای واحدی را برای واژه «ضمان» ارائه داد. از این رو، پژوهش حاضر به روش تحلیلی و با مراجعه به کتب معتبر لغوی، فقهی و حقوقی،

معانی لغوی و اصطلاحی واژگان مرتبط با مسئولیت را بررسی می‌کند.

۱. تعهد

واژه‌ی «تعهد»، مصدر باب تفعّل و از ریشه‌ی «عهد»، (مشکینی، بی‌تا، صص ۳۸۱-۳۸۲؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۲۱؛ حائری، ۱۴۲۳ق، صص ۱۸۴-۱۸۶؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۵۹) به معانی «حفظ و نگهداری از چیزی، به گردن گرفتن امری، برعهده‌گرفته گرفتن، عهد و پیمان بستن» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۳۱۳؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۵؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۰۳؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۱۲) آمده و امری است که حفظ و نگهداری آن، لازم باشد (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶ش، ص ۷۷) و در اصطلاح فقه و حقوق در معنای خاص، عبارت از «یک رابطه حقوقی است، که به موجب آن، شخص یا اشخاص معین نظر به اقتضای عقد یا شبه عقد یا جرم یا شبه جرم و یا به حکم قانون، ملزم به دادن چیزی یا مکلف به فعل یا ترک عمل معینی به نفع شخص یا اشخاص معین می‌شوند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۱۶۶) یا «رابطه‌ی حقوقی است که به موجب آن، شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می‌شود؛ خواه سبب ایجاد رابطه، عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری» (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ص ۷۱) و در معنای عام، معادل «عقد»، (گیلانی، ۱۴۰۷ق، صص ۱۳، ۹۲؛ مامقانی، ۱۳۱۶ش، ج ۳، ص ۳۸۰؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۱۲) «شرط»، (یزدی، بی‌تا، ص ۳۱۹) «اشتراط»، (همدانی، ۱۴۲۰ق، ص ۵۱۴) «الزام»، «التزام»، (همدانی، ۱۴۲۰ق، ص ۱۳۷) «عهد»، «عهده»، «ضمان» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۲۳۴؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۴۵؛ حکیم، بی‌تا، ص ۱۱۸) و «تکلیف» نیز استعمال شده و شامل تمام تکالیف و حقوق دینی بوده (احمدی، ۱۳۸۸ش، ص ۹) و در متون فقهی، غالباً در عقد ضمان، حواله و کفالت (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۶۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱؛ محقق حلّی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۴۳؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۵۵۹؛ علامه

حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۰۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۴۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۱۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۳؛ جمال‌الدین حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۸۲) به کار رفته است. این واژه، در مواد متعددی از قانون مدنی و با معانی مختلفی به کار رفته است که عدم توجه به معنای حقیقی آن، بی‌تردید سبب تحریف ماهیت تأسیس‌ها و نهادهای حقوقی می‌شود (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص ۹۱)؛ به‌عنوان نمونه، در نتیجه‌ی تقسیم عنوان «عقود و معاملات و الزامات» - قسمت دوم کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی -، به دو باب «عقود و تعهدات» و «الزامات خارج از قرارداد»، این فکر القا می‌شود که در نظر نویسندگان قانون مدنی، واژه «تعهد»، ویژه دیون ناشی از عقود است و به حق دینی ناشی از اسباب دیگر - از قبیل ضمان قهری و استفاده بلاجهت -، «الزام» گفته می‌شود؛ ولی باید دانست که این تقسیم حتی در نظر نویسندگان قانون مدنی، قاطع به نظر نمی‌رسد؛ زیرا نه تنها در بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م.ب به تمام حقوق دینی، قطع نظر از اسباب ایجاد آن، «تعهد» گفته شده است، در فصل ششم از باب اول - مواد ۲۶۴ به بعد - نیز، زیر عنوان‌های «سقوط تعهدات»، «وفای به عهد» و «تبدیل تعهد»، قواعدی آمده است که اختصاص به دیون ناشی از عقد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ص ۱۹) و بیانگر استعمال واژه تعهد در معنای عام آن است.

در مجموع، تعهد و التزام، همیشه منشأ قراردادی ندارد؛ بلکه ممکن است بدون قرارداد و در جایی ایجاد شود که بین شخص طلبکار و مسئول، رابطه‌ی قراردادی وجود ندارد؛ در این موارد، التزام یا تعهد، بدون قرارداد و به حکم قانون ایجاد می‌شود. نه تنها حمایت از حقوق اشخاص، ایجاب می‌کند که زندگی بی‌ضرر و بی‌خطر، در زمره‌ی الزامات قانونی آن‌ها قرار بگیرد و اضرار به دیگران ممنوع باشد؛ بلکه استیلا و دست‌اندازی بر اموال و حقوق دیگران نیز ممنوع و ضمان‌آور است. هم‌چنین، از آن‌جا که هیچ‌کس نمی‌تواند از مال یا کار - مادی یا معنوی - مالک بدون رضایت او بهره‌مند شود و مال یا کار هرکس بر طبق اصول بنیادی به خود وی تعلق دارد و بهره‌مند شدن از مال یا کاری دیگری - استیفاء -

نیز مشروع مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ ق.م. باشد یا نامشروع مواد ۲۶۵، ۳۰۱ و ۳۶۶ ق.م.، مبنای التزام و تعهد بدون قرارداد شناخته می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰ش، ص ۱۱).

۲. الزام

واژه «الزام»، مصدر باب افعال و در لغت به معنای «اجبار، لازم گردانیدن، برگردن کسی انداختن، برعهده‌گرفته قرار دادن، متعهد کردن، وادار کردن و واجب» (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۹، ص ۶۰۴۳، دهخدا، ذیل واژه‌ی الزام؛ عمید، ذیل واژه‌ی الزام؛ معین، ذیل واژه‌ی الزام) آمده و دارای معنای اصطلاحی نمی‌باشد؛ ولی قانون‌گذار در قانون مدنی به اشتباه آن را به جای واژه‌ی «التزام» و «تعهد» به کار برده است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۷۶). بنابراین مقصود از واژه‌ی «الزامات» در قانون مدنی، عبارت از تکالیفی است که به جهتی از جهات برای افراد مقرر شده است، حال آن جهت و سبب، عقد باشد که در این صورت، آن را الزامات ناشی از عقد یا مسئولیت قراردادی می‌گویند و یا غیر عقد باشد و آن عبارت از الزاماتی است که بدون قرارداد حاصل می‌شود؛ یعنی همان باب دوم از قسمت دوم کتاب دوم جلد اول قانون مدنی که مباحث آن از ماده ۳۰۱ شروع می‌شود (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۰).

۳. مسئولیت

واژه «مسئولیت» از ریشه‌ی «سأل»، مصدر صناعی یا جعلی واژه‌ی مسئول و در زبان فارسی به معنای «ملتزم و پایبند بودن، عهده‌دار شدن، موظف بودن به انجام کار (معین، ذیل واژه‌ی مسئولیت)، در معرض بازخواست بودن (لطفی، ۱۳۹۳ش، ص ۳)، مورد سؤال، مطالبه و بازخواست قرار گرفتن شخص در مورد امور و افعالی که انجام داده، پذیرفتن، ضمانت، تعهد، التزام، ضمان و مواخذه» (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۸؛ دلفانی، ۱۳۸۲ش، ص ۲۴) آمده و در اصطلاح، عبارت از پاسخ‌گویی شخص در قبال اعمال و

رفتارهای منتسب به وی، می‌باشد (باریکلو، ۱۳۹۳ش، ص ۲۴).

۴. التزام

واژه‌ی «التزام»، مصدر باب افتعال از ریشه‌ی «لزم» و در لغت به معنای «عهده‌دار شدن کاری، پذیرش مسئولیت و تکلیف، موظف شدن و خویشتن را به انجام کاری مجبور ساختن» (عمید، ذیل واژه‌ی التزام) آمده و همان «ثابت کردن امری به نحو محکم به عهده خود به گونه‌ای که همراه و ملازم او باشد یا پذیرش و به ذمه و عهده گرفتن امری» می‌باشد. (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶ش، ص ۷۸) این واژه در اصطلاح فقهی، عبارت از «تعهد به انجام یا ترک کاری» (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۶۳۳) و در اصطلاح حقوقی، مترادف با واژه‌ی «تعهد و تعهد کردن» است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۷۶). سنهوری در تعریف واژه‌ی «التزام» می‌نویسد: «الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عینی أو بالقيام بالعمل أو بالامتناع عن عمل»؛ یعنی التزام، حالتی قانونی است که به مقتضای آن، شخص معینی با نقل حق عینی یا انجام عمل معین یا ترک آن، ارتباط پیدا می‌کند. وی هم‌چنین واژه‌ی «التزام» را دقیق‌تر و جامع‌تر از واژه‌ی «تعهد» دانسته و می‌نویسد: «و لفظ الالتزام، أدق، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى»؛ یعنی واژه‌ی «التزام»، دقیق‌تر است؛ زیرا مفهوم واژه‌ی «تعهد»، التزامی است که از عقد نشأت می‌گیرد و شامل سایر موجبات و مصادر التزام نمی‌شود. (السنهوری، ۱۹۵۲م، ج ۱، صص ۱۱۲-۱۱۴) بنابراین واژه‌ی «التزام»، مفهوم عام‌تری را در برداشته و شامل تمامی مسئولیت‌ها - اعم از قراردادی و ناشی از عقد مانند بیع و غیر قراردادی، قانونی و قهری - نیز می‌باشد.

۵. ضمان

لغوی‌ها در این‌که واژه‌ی «ضمان» از «ضمّ» گرفته شده یا از «ضمن»، اختلاف نظر داشته و

برخی آن را از ضمّ به معنای ضمّ چیزی به چیز دیگر دانسته‌اند؛ اما بیشتر ایشان، آن را از ماده «ضمن» می‌دانند که در این صورت، «نون» از حروف اصلی آن به‌شمار می‌آید. (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۶۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، صص ۲۵۷-۲۵۸؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۵۰؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۲۷؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۱۵۵؛ ابوالحسین، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۷۲؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۳۴۷) از دیدگاه فقهای امامیه (علامه حلّی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۲۷۹؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، صص ۳۴۳-۳۴۴) نیز، واژه‌ی «ضمنان»، مشتق از «ضمن» است و دلیلش، وجود حرف «نون» در تمام مشتقات و تصاریف آن مانند «ضامن، ضمین، مضمون، تضامن و تضمین» می‌باشد. بنابراین ضمان، دلالت بر نقل ذمه می‌کند و سبب می‌شود که ذمه مدیون اصلی، ضمن ذمه ضامن قرار گیرد (شهیدثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۱۹؛ ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۰؛ جمال‌الدین حلّی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۵۲۲؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۹؛ محقق حلّی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۴۲)؛ اما از نظر اکثر فقهای اهل سنت، (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱) واژه‌ی «ضمنان»، مشتق از «ضمّ» بوده و «الف و نون» آن مانند واژگان «دوران و جریان»، زاید بوده و معنای ضمان، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی می‌باشد (فخر المحققین حلّی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، صص ۸۰-۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۳). البته هرچند برخی از ایشان، اشتقاق واژه‌ی «ضمنان» را از «ضمن» پذیرفته‌اند (الزحیلی، ۱۹۹۸م، ص ۲۲)؛ اما بر عقیده‌ی خود در ناقل نبودن ضمان، پافشاری می‌کنند. بنابراین در میان فقهای اهل سنت نیز از نظر ریشه‌ی ضمان، اتفاق عقیده وجود ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۸۶).

۵. ۱. معنای ضمان

۵. ۱. ۱. ضمان در لغت

واژه‌ی «ضمنان» (به فتح ضاد)، مصدر (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۱۲) یا اسم مصدر

از ریشه‌ی «ضمن» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۳) و در لغت، در معانی مختلفی از قبیل «تعهد، التزام، شامل بودن و دربرگرفتن، کفیل شدن، رعایت، حفظ، (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۴؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۵۱؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۱۵۵؛ احمد بن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۷۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۵۸؛ سعدی ابوجیب، ۱۴۰۸ق، ص ۲۲۴) پذیرفتن، برعهده گرفته گرفتن، عهده دار شدن، وثیقه، سپرده، غرامت، تغریم، جبران زیان و پیمان»، (معین، ذیل واژه‌ی ضمان؛ دهخدا، ذیل واژه‌ی ضمان؛ عمید، ذیل واژه‌ی ضمان؛ محمود عبدالرحمان، بی تا، ج ۲، ص ۴۱۴) بکار رفته و گاه به خسارت ناشی از تعهد و التزام قهری نیز اطلاق می‌گردد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۷). بنابراین از مجموع این معانی، می‌توان نتیجه گرفت که ضمان در معنای لغوی، دارای مفهوم «تعهد، التزام و قبول مسئولیت» می‌باشد.

۲.۱.۵. ضمان در اصطلاح فقه

هرچند واژه‌ی «ضمن» برگرفته از معنای لغوی آن، در اصطلاح فقهی نیز در معانی مختلفی بکار رفته است؛ اما میان معنای لغوی و اصطلاحی آن هماهنگی وجود داشته و هیچ‌یک از معانی اصطلاحی، برخلاف و مغایر با معنای لغوی آن نیست (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۱۲). برخی از فقهای امامیه، واژه‌ی «ضمن» را به معنای «تدارک، تحمل و جبران خسارت» تفسیر کرده‌اند. کاشف‌الغطاء در کتاب تحریر المجله با عبارت «انما هو هنا بمعنى الخسارة و الغرامة أو التدارک» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۲۶۲)، سیدمحسن حکیم در کتاب مستمسک العروة الوثقی با عبارت «الضمن الشرعی المتقوم بكون الشيء في عهدة الضامن و عليه درکه، كضمن الید» (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۷۸) و در کتاب نهج الفقاهة با عبارت «أن الضمان عبارة عن كون مال الغير في العهدة و لزوم التدارک بمثله أو قيمته من أحكامه الثابتة» (حکیم، بی تا، ص ۱۱۹) و سید محمدجعفر مروج در کتاب هدی الطالب با عبارت‌های «أنّ الضمان فی جمیع موارد

بمعنی تدارک المال المضمون و تحمّل خسارته» و «أنّ معنى الضمان هو كون تدارك المضمون على عهدة الضامن و أنّ التدارك إمّا بالعوض المسمّى و إمّا بالواقعی و إمّا بأقلّ الأمرين» (جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۳، صص ۷۲-۷۴)، همین معنا از واژه‌ی ضمان را پذیرفته‌اند. بنابراین از دیدگاه این فقهاء، واژه‌ی «ضمان» به معنای جبران خسارت است و جبران خسارت، گاهی با پرداخت بدل قراردادی و گاهی با پرداخت بدل واقعی؛ یعنی مثل یا قیمت انجام می‌شود؛ به عبارت دیگر، اصل لزوم جبران خسارت در خود مفهوم ضمان، نهفته است و نقش معامله در تعیین میزان خسارت ظاهر می‌شود؛ به این معنا که در صورت وجود قرارداد صحیح، میزان خسارت را خود طرفین تعیین می‌کنند و در صورت عدم وجود قرارداد صحیح، میزان خسارت، بدل واقعی است (نعمت‌الهی، ۱۳۹۵ش، ص ۱۰۷).

برخی از فقهای امامیه نیز، واژه‌ی «ضمان» را به معنای «اشتغال ذمه، انتقال ذمه، مسئولیت، عهده‌داری و چیزی را بر عهده ضامن قرار دادن»، تفسیر نموده‌اند. نجفی در کتاب المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الإسلامی با عبارت «ان الضمان اشتغال الذمة بالمضمون و كون ماهية المضمون في عهدة و ذمة الضامن» (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص ۱۲۸)، شهیدثانی در کتاب الروضة البهیة با عبارت «الضمان هو الناقل للمال من الذمة» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۲۱)، صیمری در کتاب غایة المرام با عبارت «الضمان ناقل ما فی ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن»، (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۱۹۵) آخوند خراسانی (ره) در کتاب فی الوقف با عبارت «الضمان هو ثبوت المضمون فی عهدة الضامن و قضیة العهدة عرفاً بل شرعاً و اعتباراً» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۷)، ایروانی در کتاب حاشیة المکاسب با عبارت «إنّ ظاهر الضمان كون الشیء فی عهدة الضامن بحيث يجب علیه تداركه إمّا بالمسمّى أو بالمثل و القيمة» (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۸۳)، خویی در کتاب مصباح الفقاهة با عبارت «معنی الضمان كون الشیء فی عهدة الضامن و خسارته علیه» (خویی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۴۶) و در کتاب منهاج الصالحین با عبارت «بمعنی كون العین فی عهدة الضامن» (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۸۵)، سیدحسن بجنوردی در

کتاب القواعد الفقهية با عبارت های «إِنَّ الضمان عبارة عن كون ما له المالیة في عهدة الضامن و ذمته»، «لكن العرف لا يفهم من لفظ «الضمان» إلا استقرار الشيء و ثبوته في عالم الاعتبار في عهدة الضامن» و «فالمراد من «الضمان» كون الشيء بما له من المالیة في عهدة الضامن» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۷۸ و ج ۷، ص ۹)، امام خمینی (ره) در کتاب البيع با عبارت «أَنَّ تعلق الضمان بشيء عبارة عن كونه على عهدة الضامن» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۰۰)، سیدعبدالأعلى سبزواری در کتاب مهذب الأحكام با عبارت «هو تضمین رد العين أو مثله أو قيمته أو غير ذلك مما يعتبر في المتعارف» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۱۲)، عمیدی در کتاب كنز الفوائد با عبارت «الضمان هو تحويل المال من ذمة إلى ذمة» (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۵۶۸)، فاضل لنکرانی (ره) در کتاب القواعد الفقهية با عبارت «ليس معنى الضمان عرفاً إلا استقرار الشيء و ثبوته في عهدة الضامن في عالم الاعتبار الشرعى أو العقلاني» (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۹۶)، میرزا فتاح تبریزی در کتاب هداية الطالب با عبارت «أَنَّ الضمان عبارة عن كون المضمون على عهدة الضامن» (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵ق، ج ۱، ص ۵۴)، خلخالی در کتاب فقه الشيعة با عبارت «كون الشيء في عهدة الضامن» (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق، ص ۴۰۸)، موسوی اردبیلی در کتاب فقه الشركة و كتاب التأمين با عبارت «هو لزوم كون التعهد بما في الذمة» (موسوی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۲۰) و سیدصادق روحانی در کتاب فقه الصادق (ع) با عبارت «انه عبارة عن ادخال المضمون في عهدة الضامن» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۴۳)، همین معنا از واژهی ضمان را پذیرفته اند.

براساس این معنا از واژهی «ضمان»، «تدارک و جبران خسارت» از آثار و در نتیجهی تعهد و اشتغال ذمه‌ی ضامن می‌باشد، نه معنای ضمان. میرزای نائینی با عبارت های «فإن معناه كما عرفت هو كون الشيء في عهدة الضامن»، «أن معنى الضمان هو كون الشيء في عهدة الضامن» و «معنى الضمان عند العقلاء و العرف هو كون المال مجرداً عن خصوصيته الشخصية في عهدة الضامن»، همین معنا از واژهی «ضمان» را مورد تأیید و تأکید قرار داده

و در کتاب منیة الطالب می‌نویسد: «بالجملة معنى الضمان كون المال في الذمة و من آثار ثبوت المال في الذمة، الغرامة و الخسارة لا أنّ الغرامة معناه الحقيقي» (نانینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، صص ۱۱۸، ۱۳۰-۳۰۱)؛ یعنی در مجموع معنای «ضمان»، قرار گرفتن مال در ذمه ضامن بوده و از آثار ثبوت مال در ذمه، غرامت و خسارت است، نه این‌که معنای حقیقی ضمان، پرداخت غرامت و خسارت باشد.

بحرالعلوم نیز در کتاب بلغة الفقيه می‌نویسد: «و إنما سمي ضماناً لدخول المال المضمون في عهدة الضامن و ذمته و هو ملزوم لكون درك المضمون عليه و خسارته من ماله، فليس كون الدرك و الخسارة من مال الضامن نفس الضمان و إنما هو لازم له» (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۷۲)؛ یعنی همانا ضمان نامیده شد برای این‌که مال مضمون بر عهده و ذمه‌ی ضامن داخل شده و در نتیجه، تدارک مال مضمون بر عهده‌ی ضامن است و ضامن باید از مال خود، خسارت آن را پرداخت نماید. بنابراین تدارک و پرداخت خسارت از مال ضامن، ضمان به شمار نمی‌رود؛ بلکه وجود ضمان، لازمه‌ی پرداخت خسارت است.

بنابراین واژه‌ی «ضمان» در اصطلاح فقه امامیه، تنها به معنای وجوب پرداخت خسارت یا بازگرداندن عین مال به مالک نیست؛ بلکه به معنای حکم وضعی، یعنی عهده‌داری و مسئولیت مدنی می‌باشد که از جمله‌ی آثار آن، وجوب تکلیفی پرداخت خسارت است (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۴۲). شیخ انصاری (ره) نیز در کتاب المکاسب با عبارت‌های «الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه»؛ یعنی ضمان، عبارت از بودن چیزی بر عهده‌ی ضامن است و خسارتش هم بر عهده‌ی اوست و «أما الضمان بمعنی كون تلفه عليه» (انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۵ق، ج ۳، صص ۱۸۰، ۴۸۸)؛ یعنی ضامن کسی می‌باشد که اگر مال تلف شد، جبران آن بر عهده اوست، هر دو معنای از «ضمان» را مورد توجه قرار می‌دهد.

با توجه به استعمال واژه‌ی «ضمان» در مصادیق و موارد مختلفی مانند ضمان در

غصب، ضمان در عقد فاسد، ضمان در عقد صحیح، ضمان عقدی، ضمان مبیع در مدت
خیار، ضمان عین مستأجره، ضمان در عاریه، ضمان در ودیعه، ضمان در رهن، ضمان
متلفات، ضمان سبب، ضمان در شاهد زور، ضمان قاضی، ضمان سلطان جابر، ضمان
ناشی از تعزیر، مان طیب، ضمان خاین، ضمان ناشی از سقوط دیوار یا سقف، ضمان
اموال اهل ذمه و اهل هدنه، ضمان مال تلف شده توسط حیوان، ضمان در حوادث ناشی از
عبور و مرور، ضمان در آتش سوزی و وزش باد، ضمان در دفاع، ضمان چشم متجاوز،
ضمان در تأدیب، ضمان در محرمات، ضمان در تلخیص مال خود با اتلاف مال دیگری و
نظایر آن‌ها، هم‌چنین با توجه به شیوه‌های مختلف خارج شدن از عهده‌ی ضمان مانند
استرداد عین مال دیگری، پرداخت قیمت توافق شده، پرداخت قیمت المثل در قیمیات و مثل
مال دیگری در مثلیات و بدل حیلولة در موارد عدم امکان استرداد عین مال با فرض وجود آن
و نظایر این موارد و نیز تفاوت تفسیر ضمان به لحاظ مدارک آن، باید واژه‌ی «ضمان» را به
گونه‌ای تفسیر نمود که شامل همه‌ی این موارد گردد و جامع و مانع باشد (اصفهانی،
۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۰۷) و از آن جا که ضمان در هیچ موردی، تنها با احادیثی که در آن‌ها
واژه‌ی «ضمان» وارد شده، به اثبات نرسیده، لذا بحث لفظی در مورد واژه‌ی «ضمان»،
ثمربخش نمی‌باشد و تنها فایده‌اش، در نحوه‌ی بکارگیری آن در تعبیرات فقهی و فتوایی
ظاهر می‌گردد که معمولاً به کمک فراین می‌توان مفهوم دقیق آن را به دست آورد (عمید
زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۴۴). بنابراین در جمع‌بندی معنای واژه‌ی «ضمان» در اصطلاح
فقه، باید گفت «ضمان»، عبارت از «عهده، برعهده گرفته گرفتن و متضمن شدن چیزی بر
چیز دیگر» است؛ از این رو، چندگانگی و تنوع ضمان، موجب تفاوت و اختلاف در معنای
واژه‌ی «ضمان» نبوده و «ضمان» در همه‌ی اقسام و حالات آن - نظیر ضمان معاوضی،
ضمان تکفل و ضمان غرامت -، تنها دارای یک معنا می‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱،
صص ۳۰۷-۳۰۸) و برخی از فقهاء نیز همین معنا از واژه‌ی «ضمان» را پذیرفته‌اند. محقق -
ثانی در تعریف واژه‌ی «ضمان»، می‌نویسد: «ان الضمان هو التعهد» (محقق ثانی (کرکی)،

علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۰۸)، یعنی «ضمان»، همان «تعهد» است. شهیدثانی نیز در کتاب مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، با عبارت «الكلام فی كون الضمان هو العقد الدالّ علی التعهّد، أو نفس التعهّد، قد تقدّم البحث علی نظیره فی البیع و أنّ التحقیق أنّه الثانی و إطلاقه علی العقد بطریق المجاز، إقامة للسبب مقام المسبّب» (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱)، همین معنا را پذیرفته و مورد تأیید و تأکید قرار داده است.

۳.۱.۵. ضمان در اصطلاح حقوق

در حقوق اسلام، به جای واژگان «ضمان» و «تضمین»، از واژه‌ی «مسئولیت» استفاده می‌شود. بنابراین، واژه‌ی «ضمان»، مترادف با واژه‌ی «مسئولیت» است و ضمان؛ یعنی «ثبوت اعتباری چیزی در ذمه کسی به حکم شارع» و هدف اصلی ایجاد مسئولیت و ضمان، جبران زیان‌های وارده و برقراری قسط و عدالت اسلامی می‌باشد. به طور کلی، احکام اسلامی از مصالح عموم مردم در زمینه‌های مختلف دنیوی و اخروی، حمایت و جانبداری می‌کند و از مجموع مقررات اسلامی بر می‌آید که حقوق اسلام، ضمن حمایت از جان، مال، آبرو و تمامی حقوق شهروندان، همه را نیز به رعایت این حقوق مکلف کرده است؛ یعنی علاوه بر حکم تکلیفی که موضوع آن، فعل یا ترک مکلف است و حرمت ضرر رساندن به دیگران، در صورت ایراد زیان، به ثبوت اعتباری زیان‌های وارده در ذمه فاعل زیان حکم کرده است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱). اما به نظر می‌رسد مسئولیت، ترجمه‌ی کاملی از واژه‌ی عربی «ضمان» نیست و مسئولیت به لحاظ ماده و مفهوم پرسش که در آن نهفته است و بیشتر معنای معادل مؤاخذه می‌باشد، از آثار ضمان است؛ زیرا وقتی کسی نسبت به مال یا شخص یا شیء معینی، ضامن و متعهد شد، ناگزیر نسبت به آن، مورد پرسش قرار گرفته و احیاناً بر آن، مؤاخذه هم می‌شود؛ ولی این اثر، امری خارج از ماهیت تعهد، التزام و ضمان می‌باشد. تعبیر التزام به جای ضمان، در نوشته‌های حقوقدانان جدید عرب، هرچند نوعی

پیروی از اصطلاح مشابه در زبان حقوقی فرانسه است؛ لکن با مفهوم لغوی واژه‌ی «ضمان»، سازگارتر از تعبیر به «مسئولیت» در زبان فارسی است (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ ش، ص ۳۸). البته نویسندگان قانون، به پیروی از فقه، واژه‌ی «ضمان» را برای بیان «مسئولیت» به کار برده‌اند؛ ولی در حقوق کنونی، اصطلاح مسئولیت مدنی، چنان زبانزد و شایع است که کمتر از واژه‌ی «ضمان» استفاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۳ ش، ج ۱، ص ۳۵). از دیدگاه عمید زنجانی، واژه‌ای که دربرگیرنده‌ی مفاد ضمان به معنای فقهی و یا التزام به مفهوم حقوق عربی معاصر باشد، در آثار فارسی حقوقی مشاهده نمی‌شود؛ اما اگر مسئولیت مدنی را به معنای تعهدات مالی در مقابل تعهدات کیفری تفسیر نماییم و آن را به ضمان قهری، ضمان عقدی و ضمان ناشی از عدم انجام معامله تعمیم دهیم، می‌توانیم آن را معادل ضمان فقهی به مفهومی که در ابواب معاملات به کار می‌رود، به شمار آورد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ ش، ص ۴۷).

در مجموع، مفهوم واژه‌ی «ضمان» به عنوان اصطلاح متعارف در قلمرو فقه و حقوق، به ویژه در ابواب معاملات، حقیقتی واحد به معنای «تعهد، مسئولیت و التزام» است و این مفهوم واحد، به اعتبار اسباب گوناگون ایجاد تعهدات و مورد تعهد، تکرر می‌یابد و تقسیم ضمان به معاوضی، قهری و عقدی در متون فقهی و حدیث، به همین اعتبار صورت گرفته است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵ ش، ص ۱۲). هم چنین واژگان تعهد، الزام، مسئولیت، التزام و ضمان، در تمامی موارد اموال، اشخاص و اشیاء اطلاق می‌شود و موارد استعمال آن‌ها، شامل موجبات اختیاری، اضطراری و قهری نیز می‌گردد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ ش، ص ۳۹۹).

۲.۵. انواع و اقسام ضمان، مسئولیت و التزام

«ضمان» یا «مسئولیت»، به دو دسته‌ی بزرگ اخلاقی یا قانونی و مسئولیت‌های قانونی به مسئولیت‌های کیفری و حقوقی تقسیم می‌شوند. مسئولیت‌های حقوقی، هم چنین به دو

دسته‌ی مسئولیت‌های قراردادی _ که با دخالت اراده و انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد قراردادی و تخلف از آن ایجاد می‌شود _ و مسئولیت‌های غیر قراردادی، که بدون دخالت اراده و به حکم مستقیم قانون ایجاد می‌شود، تقسیم شده‌اند که دسته‌ی اخیر را «الزامات خارج از قرارداد»، «مسئولیت مدنی» و «ضمان قهری» هم می‌نامند (داراب‌پور، ۱۳۹۰ش، ص ۲۵). البته از حیث نظری نیز این تفکیک و تقسیم‌بندی، توجیه نسبتاً قابل قبولی دارد؛ زیرا در مسئولیت‌های قراردادی، دو طرف قرارداد، از پیش باهم درباره‌ی ماهیت حقوقی و تعهدات ناشی از آن، تراضی و توافق می‌کنند و بر پایه‌ی اصل حاکمیت و آزادی اراده، قراردادی را منعقد می‌نمایند؛ ولی در ضمان قهری یا الزامات خارج از قرارداد و مسئولیت‌های غیر قراردادی، اغلب کسی که در برابر دیگری مسئول قرار می‌گیرد، نه تنها از پیش با او قراردادی ندارد و تعهدی نکرده است؛ بلکه اغلب او را نمی‌شناسد؛ ولی به حکم قانون و به سبب ضرری که به او وارد کرده است، و جبران خسارت‌های ناشی از یکی از موجبات ضمان مانند اتلاف و تسبیب، مسئول قرار می‌گیرد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰ش، ص ۲۰). بنابراین هرچند ضمان یا مسئولیت، از جهات گوناگون قابل تقسیم است؛ اما در مجموع، می‌توان مطالب مربوط به آن را در دو بخش تحقیق نمود _ البته حقوق‌دانان عنوان‌های جدیدی نیز به آن‌ها افزوده‌اند _ که به شرح ذیل بیان می‌گردد:

۱.۲.۵. عهدی یا قراردادی یا انشایی

«مسئولیت قراردادی» در نتیجه‌ی اجرا نکردن تعهدی که از عقد ناشی شده است، به وجود می‌آید. کسی که به عهد خود وفا نمی‌کند و بدین وسیله، باعث اضرار هم‌پیمانانش می‌شود، باید از عهده‌ی خسارتی که به‌بار آورده است، برآید و از آن‌جاکه ریشه‌ی این مسئولیت، تخلف از قرارداد است، به آن مسئولیت قراردادی گفته شده است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳ش، ص ۷۳)؛ به بیان دیگر، «مسئولیت قراردادی»، که عهدی (حسینی‌نژاد، ۱۳۸۹ش، ص ۲۶) و انشایی (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۶) هم نامیده می‌شود، عبارت از

تعهدی است که در نتیجه‌ی تخلف از مفاد قرارداد خصوصی برای اشخاص، ایجاد و شامل مسئولیت‌های ناشی از اقدامات و اعمال حقوقی مانند مسئولیت‌ها و ضمان‌هایی که مستقیماً متعلق عقد واقع می‌شوند مانند کفالت، حواله و ضمان به معنای خاص آن و مقصود اصلی از عقد، ایجاد ضمانت است که به آن، «عقد ضمان» می‌گویند و یا ضمانی که مستقیماً از لوازم عقد است مانند تسلیم مبیع و تأدیبه‌ی ثمن در عقد بیع که فروشنده و خریدار هر دو مقابل یکدیگر ضامن هستند، فروشنده، متعهد به تسلیم کالا به خریدار و خریدار متعهد به پرداخت قیمت به فروشنده است و به آن، «ضمان معاوضی» گویند، (داراب‌پور، ۱۳۹۰ش، ص ۲۳) می‌شود. تعهدی که نقض شده و ناشی از قرارداد است، «تعهد اصلی» نامیده می‌شود و تعهدی که به سبب نقض قرارداد برعهده‌ی ضامن قرار می‌گیرد، «تعهد ثانوی یا فرعی» نام گرفته تا از تعهد اصلی متمایز باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ج ۱، ص ۶۰). شکی نیست که تعهدات ناشی از قرارداد باید ضمانت اجرایی داشته باشد و برای تخلف از اجرای آن‌ها، راه‌های جبرانی در نظر گرفته شود تا متعهد را ملزم به اجرای قرارداد کند و متعهدله را به هدفی که از عقد قرارداد داشته یا چیزی معادل آن، برساند. مسئولیت قراردادی، یکی از راه‌های جبرانی است که برای نقض قرارداد در نظر گرفته شده که عناصر لازم برای تحقق آن، عبارت از «وجود قرارداد نافذ»، «تخلف نسبت به اجرای مفاد قرارداد»، «تحقق ضرر و خسارت» و «وجود رابطه‌ی سببیت و علیت میان عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای آن و خسارت» می‌باشد (لطفی، ۱۳۹۳ش، صص ۹-۱۰).

«ضمان یا مسئولیت قراردادی» نیز، بر دو نوع است که عبارت‌اند از:

۱. ۱. ۲. ۵. عقد ضمان یا ضمان انشایی

«عقد ضمان» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۴۳)، از اعمال حقوقی رایج در امت‌های سلف و ادیان قبل از اسلام بوده که مورد امضا و تأیید اسلام قرار گرفته (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۸۰) و در اصطلاح فقه و حقوق، مشترک لفظی و در دو معنای

اعم و اخص به کار می رود. ضمان از دیدگاه بسیاری از فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۱۶؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۸؛ نجم الدین حلّی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۴۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۲۷۹؛ جمال الدین حلّی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ سیوری حلّی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۳؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۴۶)، در معنای اعم، عبارت است از: «هو عقد شرّع للتّعهد بمال او نفس»؛ یعنی عقدی است که برای تعهد کردن به مال یا نفس، تشریح شده است و شامل ضمان به معنای اخص، حواله (محقق حلّی، محقق، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۹۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۰۰؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، صص ۴۵۹-۴۶۰) و کفالت (علامه حلّی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۸۷؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۴۸۳؛ شعرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۴۱۵؛ اصفهانی، ۱۴۰۰ق، ص ۱۰۰) نیز می شود (محقق ثانی (کرکی)، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۰۸). بنابراین ضمان به معنای اعم، به عنوان حقیقتی واحد، به معنای «نفس تعهد و التزام» است (مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۳۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۴۸) که به اعتبار مورد تعهد، متکثر می شود، در صورت تعهد به نفس، کفالت، در صورت تعهد به مال، اگر تعهدکننده، کسی باشد که خودش بدهکار است، حواله و اگر تعهدکننده کسی باشد که بدهکار نیست، ضمان به معنای اخص است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹ش، ص ۱۳).

منظور از ضمان در معنای اخص، عبارت از «تعهد فرد برئ الذمه نسبت به پرداخت دین ذمه‌ی دیگری یا مضمون‌عنه» می باشد که در کلام فقهای امامیه، با عبارت‌هایی نظیر «هو التعهد بالمال ممن لیس علیه مثله» (سیوری حلّی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۱۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۴؛ محقق ثانی (کرکی)، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۰۸)، «التعهد بالمال ممن لیس له علیه مال» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۲)، «هو التعهد بالمال من البری» (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۴؛ فقعی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۳۳)، «التعهد بمال ممن لیست

ذمّه مشغولة لذلك الضامن بمثله» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۰۰)، «هو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۳۷۹؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۰۹؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۱، ص ۳۸۹؛ یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۳۹۹)، «هو التعهد بالمال للغير و تحمل مسؤوليته من دون اشتغال ذمة الضامن بالفعل و براءة ذمة المضمون عنه» (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۷۱)، «هو التعهد بمال ثابت في ذمة شخص لآخر» (اصفهانى، ۱۴۲۲ق، ص ۴۹۵؛ خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۵؛ سبزواری، بی تا، ص ۳۶۱)، «هو التعهد باداء مال ثابت في ذمة شخص لآخر» (شیرازی، ص ۳۶۱)، «هو التعهد بمال مضمون عنه» (سبزواری، ص ۵۲۳) و «ضمان المال مضمون عنه» (سبزواری، ص ۵۲۳)، بیان شده است. در مجموع، معنای اخص عقد ضمان، که در مقابل حواله و کفالت قرار دارد، عبارت است از این که کسی که بر ذمه است و بدهکار نیست، ملتزم شود مالی را که بر ذمه بدهکار است، به طلبکار پردازد. بنابراین مفهوم عقد ضمان، عبارت از نفس تعهد و التزام به بدهی دیگری است و اموری چون نقل و انتقال بدهی از عهده بدهکار اصلی _ مضمون عنه _، به عهده ضامن یا برداشت ذمه بدهکار اصلی و زوال رابطه حقوقی میان طلبکار و بدهکار و یا ضم ذمه ضامن در بدهی یا مطالبه به ذمه بدهکار اصلی در طول یکدیگر به طور وثیقه و یا در عرض یکدیگر به طور تضامنی، داخل در مفهوم ضمان نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵ش، صص ۱۷-۱۸). هم چنین متبادر از اطلاق واژه «ضمان» در کلام فقهاء، همان معنای اخص بوده (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۴؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۴۶) که معنای حقیقی «عقد ضمان» است و اطلاق واژه «ضمان» بر «حواله» و «کفالت»، مجازی می باشد، نه حقیقی (محقق ثانی (کرکی)، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۰۹). بنابراین، هرگاه واژه «ضمان» به طور مطلق و بدون قرینه به کار رود، منظور «عقد ضمان» به معنای اخص است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۱۹)؛ اما اگر کسی بخواهد از واژه «ضمان»، در حواله یا کفالت استفاده کند، باید قرینه بیاورد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۴۵؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۹،

ص ۲۵۹)؛ به عنوان مثال، اگر خواستند کفالت را با واژه‌ی «ضمان» بیان کنند، بایستی «ضمان تن» یا «ضمان از نفس» را به کار گیرند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۴۱۸). قانون‌گذار نیز در ماده‌ی ۶۸۴ق.م با تأکید بر معنای اخص واژه‌ی «ضمان»، بنابر تعریف برخی از فقهای امامیه، می‌نویسد: عقد ضمان، عبارت است از این‌که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، بر عهده بگیرد. متعهد را «ضامن»، طرف دیگر را «مضمون له» و شخص ثالث را «مضمون عنه» یا «مدیون اصلی» می‌گویند.

۲. ۱. ۲. ۵. ضمان جعلی یا معاوضی

عقد معوض تملیکی، دارای دو اثر انتقال مالکیت (اثر مستقیم عقد) و تعهد به تسلیم عوض معین در مقابل عوض دریافتی (اثر غیرمستقیم عقد)، (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ص ۱۲۸) است. براساس بند ۱ ماده‌ی ۳۶۲ق.م، اگر مبیع عین معین باشد، انتقال مالکیت، فوری و بدون قید و شرط انجام می‌گیرد؛ اما تسلیم مبیع و تأدیه ثمن، به مجرد وقوع بیع تحقق نمی‌یابد؛ بلکه تعهدی است که دو طرف عقد، ملتزم به انجام آن هستند. این التزام که با انعقاد عقد، ایجاد و با ایفای آن خاتمه می‌یابد، تعهدی یک طرفه نیست؛ بلکه علت وجودی آن، تعهد طرف دیگر است و اگر یکی از آن دو ساقط شود، تعهد دیگری نیز از بین می‌رود. هرچند این التزام به طور معمول در قاعده‌ی «تلف مبیع پیش از قبض»، مورد بحث قرار می‌گیرد؛ اما به نظر می‌رسد که با تلف یکی از دو عوض به وجود نیامده؛ بلکه منشای آن، ایجاد عقد معاوضی می‌باشد (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۴۱؛ نائینی، ۱۳۷۳ش، ج ۲، ص ۱۸۹). به این التزام، به عنوان اثر غیرمستقیم عقد، که تعهدی دو طرفه است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۵۶) و هر دو باید به آن ملتزم باشند، «ضمان معاوضی» می‌گویند. این ضمان، یکی دیگر از اقسام مسئولیت قراردادی یا انشایی است که از آن به عنوان «ضمان معاملی»، «مضمون به عوض» و «ضمان معاوضه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۴۲۳) و در کلام فقهای امامیه نیز از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و

خصوصیات معین است. (لطفی، ۱۳۹۲ش، ص ۱۴) به «ضمان جعلی» (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۳۲؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۵۶؛ خمینی، بی تا، ص ۲۶۴؛ اشتهاودی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص ۳۸۲) یا «ضمان مسمی» (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۱۷، ص ۲۳۱) یا «ضمان تبعی» (نائینی، ۱۳۷۳ش، ج ۱، ص ۱۰۱؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۵۵) یاد می شود.

هرچند در فقه و حقوق اسلامی، تعاریف مختلفی از ضمان معاوضی بیان شده است؛ اما در مجموع، «ضمان معاوضی»، عبارت از «التزام به پرداخت عوض مجعول و قراردادی در عقود معاوضی (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۱۵۸)؛ یعنی دادن عوض معین در مقابل عوض دریافتی می باشد»؛ به عنوان نمونه، در عقد بیع، التزام مشتری به تأدیه ثمن در ازای دریافت مبیع و التزام بایع به تسلیم مبیع در مقابل دریافت ثمن (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، صص ۱۴۸-۱۴۹) و در عقد اجاره، تعهد مؤجر به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت در ازای دریافت اجاره بها و تعهد مستأجر به تأدیه اجاره بها در قبال گرفتن عین مستأجره، ضمان مسمی است. ناگفته نماند که در فرض تلف مبیع قبل از قبض، اگرچه بایع نسبت به مبیع ضامن و مسئول است؛ ولی اگر تلف بدون تعدی و تفریط انجام شده باشد، نحوه مسئولیت بایع در قبال مشتری نسبت به جبران و شیوهی ابراء ذمه او با موارد ضمان قهری و غصب و شبه آن متفاوت است؛ چراکه در اینجا، بایع مسئول بازگرداندن ثمن است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۲۲۳)، نه مثل و قیمت مبیع که اصطلاحاً این ضمان را «ضمان معاوضی» می نامند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۰۵).

با توجه به آنچه در تعریف و ماهیت ضمان معاوضی بیان گردید، ارکان آن، عبارت اند از: ۱. التزام به پرداخت عوض معین، منوط به صحت عقد است (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۳۶)؛ چراکه در عقد فاسد، اگر عین مال دریافتی موجود باشد، باید خود عین بازگردانده شود و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آن را پرداخت؛ درحالی که در عقد صحیح، در صورت تلف مورد تعهد، باید عوض دریافتی برگردانده شود.

۲. مضمون به در ضمان معاوضی، معین است؛ زیرا مضمون به، چیزی است که متعاقدان آن را تعیین و عوض عین دریافتی قرار داده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۶۸).

۳. هم‌چنان که منشای ایجاد ضمان معاوضی نیز مانند «ضمان عقدی»، عقد بوده _ که با انعقاد عقد، ایجاد و با ایفای آن خاتمه می‌یابد، ضمان معاوضی، تنها در عقد، ایجاد (عراقی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۲۹؛ حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۴۳۹) و در ایقاع مصداقی ندارد؛ زیرا معاوضه از باب مفاعله است که برای قرار دادن دو امر در برابر یکدیگر بکار برده می‌شود. بنابراین در ایقاع، که در آن چیزی در برابر چیز دیگری قرار داده نمی‌شود و تنها از یک قصد به وجود می‌آید، اجرا نمی‌گردد.

۴. ضمان معاوضی، اختصاص به «عقود معوض» دارد و در «عقود مجانی» مانند هبه به وجود نمی‌آید (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۴۸)؛ به بیان دیگر، قراردادها به اعتبار هدف و موضوع اقتصادی خود، به عقود معوض و غیر معوض یا مجانی تقسیم می‌شوند. «عقد معوض»، قراردادی است که دارای دو تعهد یا تملیک متقابل می‌باشد و هریک از دو طرف، در مقابل مالی که می‌دهد و یا دینی که بر عهده گرفته می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را به دست می‌آورد؛ به عنوان نمونه، فروشنده در بیع، در ازای تملیک ثمن و تعهد خریدار به تأدیه آن، مبیع را تملیک کرده و ملتزم به تسلیم آن می‌شود؛ اما در عقود مجانی _ مانند هبه که در آن، واهب مال را به دیگری تملیک می‌کند، بدون این که در مقابل، عوضی دریافت نماید، تملیک یا تعهد، در مقابل عوض نیست؛ بلکه جنبه احسان و خیرخواهی دارد.

۵. با توجه به همبستگی دو تعهد متقابل با یکدیگر، در صورت سقوط یکی از دو تعهد، تعهد دیگر نیز از بین می‌رود.

همان‌گونه که در ضمان قهری، آنچه که بر عهده ضامن می‌باشد، دادن عین است و اگر عین تلف شود، او باید مثل یا قیمتش را بدهد، در ضمان معاوضی هم آنچه که بر ذمه متعهد است، عین مورد تعهد می‌باشد. حال اگر مبیع تلف شود، بایع باید ثمن دریافتی را

برگرداند. پس تفاوت ضمان قهری و ضمان معاوضی، تنها در عوضی است که باید به جای عین تلف شده، پرداخت شود؛ زیرا این عوض در ضمان قهری، مثل یا قیمت و در ضمان معاوضی، عوض قراردادی؛ یعنی ثمن دریافتی می باشد.

۲. ۲. ۵. حکمی یا غیر قراردادی یا قانونی

«مسئولیت غیر قراردادی»، ناشی از نقض قرارداد نیست؛ بلکه ناشی از زیانی است که شخصی به دیگری وارد ساخته و در نتیجه آن، موظف به جبران خسارت زیان دیده می شود (بهرامی احمدی، ۱۳۹۳ش، ص ۷۴)؛ به بیان دیگر، هرگاه شخصی در اثر واقعه حقوقی، بدون دخالت اراده، مانند برخی مسایل امور حسبی یا عمداً و با اراده، مانند غضب، ضرب و شتم و هتک حرمت عمدی افراد و یا در نتیجه بی احتیاطی و بی مبالاتی، مانند آتش سوزی - های غیر عمدی، زیانی به دیگری وارد کند، به حکم و دستور قانون (قانون گذار)، مسئول جبران خسارت شناخته می شود. این قسم از ضمان و مسئولیت، که به حکم قانون و بدون انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد قراردادی، ایجاد می شود (قاسم زاده، ۱۳۹۰ش، ص ۱۹)، در قانون مدنی، تحت عنوان «الزامات خارج از قرارداد» آورده شده و اندیشمندان حقوقی نیز، آن را تحت عنوان «مسئولیت مدنی» یا «ضمان قهری»، مورد بحث و بررسی قرار داده اند (داراب پور، ۱۳۹۰ش، صص ۲۳-۲۴) و در کلام فقهای امامیه، از آن به «ضمان قهری»، «ضمان غیر عقدی»، «ضمان واقعی» (جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۲۲۷) و «ضمان حکمی»، (گیلانی، ۱۳۱۱ق، ص ۳۴۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۲۱) تعبیر می شود. بنابراین ریشه این مسئولیت، پیمان بین دو شخص نیست؛ بلکه تخلف از تکالیف قانونی است که برای همه وجود دارد؛ به عنوان مثال، قانون فرمان می دهد که در رفتار و گفتار خود محتاط بوده و بی مبالا نباشید، تهمت نزنید، آدم نکشید، ضرر مالی بر دیگران وارد نکنید و اگر کسی به این تکالیف، که قانون برای همگان مقرر داشته است، عمل نکند و در نتیجه - ی این تخلف، خسارتی به دیگری وارد آید، باید آن را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ج ۱،

صص ۱۳-۱۴).

«ضمان قهری»، در اصطلاح فقه و حقوق، عبارت است از «مسئولیت انجام امری یا جبران ضرری که بدون وجود هرگونه قرارداد و عقدی بین اشخاص، به طور قهری و به حکم شرع و قانون حاصل می‌شود مانند ضمان ناشی از غضب، (نائینی، ۱۳۷۳ش، ج ۱، ص ۱۳۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۳۱۴) اتلاف و تسبیب» - که قدر مشترك این گروه از ضمان، ناخواسته بودن آن‌ها است؛ یعنی ضامن قصد ندارد خود را ملتزم به امری نماید؛ اما قانون این مسئولیت را بر او تحمیل می‌کند - و چون این مسئولیت در اثر واقعه حقوقی و بدون قرارداد و عقد حاصل شده است، آنرا قهری می‌گویند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۱۲). در ضمان قهری یا واقعی، برخلاف ضمان معاوضی، شخص، ضامن عین مال است، نه عوض معین آن؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین بر عهده متعهد است و اگر عین تلف شده باشد، شخص ملزم به تأدیه مثل و یا قیمت آن می‌باشد؛ به عنوان مثال، هرکس بدون اجازه صاحب مال، مال او را از بین ببرد، آن مال با وجود اعتباری خود بر عهده متلف قرار می‌گیرد، هرچند که تحت ید او هم نباشد و باید با پرداخت مثل در مثلثات و قیمت در قیمیات از عهده‌ی آن برآید (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۱۲). البته برخی از وقایع حقوقی وجود دارند که مبنای ضمان آن‌ها، ضرر زدن به دیگران نیست؛ بلکه فلسفه ضمان آن‌ها، بهره‌برداری مشروع و یا استیفای ناروا از مال یا عمل دیگری است که این‌گونه وقایع نیز نوع دیگری از الزامات خارج از قرارداد می‌باشند. هر شخصی که به دیگری، خسارتی غیرعرفی، ناروا و نامتعارف وارد کند، باید آن را جبران نماید؛ مگر ضررهایی که قانون آن را جایز دانسته است؛ یعنی زیان‌هایی که لازمه زندگی اجتماعی هستند و قوانین و مقررات جامعه و سیاست قضایی آن را تجویز نموده باشند (داراب‌پور، ۱۳۹۰ش، ص ۲۵).

موجبات ضمان قهری - که به معنای دلیل مسئولیت است، نه مبنای آن - (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۱۲)، هرچند در قانون مدنی (براساس ماده ۳۰۷ق.م)، عبارت از غضب، و آنچه که در حکم غضب است، اتلاف (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۲۱)، تسبیب و

استیفاء (گیلانی، ۱۳۱۱ق، ص ۳۴۹) می باشد؛ اما ذکر این موارد، جنبه‌ی حصری نداشته و موجبات دیگری از قبیل غرور (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۸۶)، ایراد و ایجاد ضرر، اضرار به غیر، تعدی و تفریط، (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۴۶). مقبوض بالسؤم، (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص ۴۶۶؛ انصاری ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۰۲). مقبوض به عقد فاسد (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۶۴۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹ق، ص ۴۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱۱، ص ۳۲۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۲۳؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۸۸؛ جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۲۲۷)، اداره‌ی فضولی اموال غیر، ایفای ناروا و تقصیر نیز، برای آن در کلام فقهاء و اندیشمندان حقوقی (رک. عدل، ۱۳۷۳ش، صص ۲۰۱، ۲۱۴؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، صص ۱۰۳، ۱۹۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ج ۲، صص ۲۰۳، ۴۲۹؛ طاهری، ۱۴۱۸ش، ج ۲، صص ۲۹۴، ۳۳۶؛ محقق داماد، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۴۶؛ لطفی، ۱۳۹۲ش، صص ۱۷، ۱۳۸؛ صفایی، رحیمی، ۱۳۹۳ش، صص ۱۷، ۵۵) بیان شده است.

نتیجه

در حقوق اسلام، به جای واژگان «ضمان» و «تضمین»، از واژه‌ی «مسئولیت» استفاده می‌شود. بنابراین، واژه‌ی «ضمان»، مترادف با واژه‌ی «مسئولیت» است و ضمان؛ یعنی «ثبوت اعتباری چیزی در ذمه کسی به حکم شارع» و هدف اصلی ایجاد مسئولیت و ضمان، جبران زیان‌های وارده و برقراری قسط و عدالت اسلامی می‌باشد.

اما به نظر می‌رسد مسئولیت، ترجمه‌ی کاملی از واژه‌ی عربی «ضمان» نیست و مسئولیت به لحاظ ماده و مفهوم پرسش از آثار ضمان است؛ ولی این اثر، امری خارج از ماهیت تعهد، التزام و ضمان می‌باشد.

تعبیر التزام به جای ضمان، در نوشته‌های حقوقدانان جدید عرب، هرچند نوعی پیروی از اصطلاح مشابه در زبان حقوقی فرانسه است؛ لکن با مفهوم لغوی واژه‌ی «ضمان»،

سازگارتر از تعبیر به «مسئولیت» در زبان فارسی است. البته نویسندگان قانون، به پیروی از فقه، واژه‌ی «ضمان» را برای بیان «مسئولیت» به کار برده‌اند؛ ولی در حقوق کنونی، اصطلاح مسئولیت مدنی، چنان زبانزد و شایع است که کمتر از واژه‌ی «ضمان» استفاد می‌شود. واژه‌ای که دربرگیرنده‌ی مفاد ضمان به معنای فقهی و یا التزام به مفهوم حقوق عربی معاصر باشد، در آثار فارسی حقوقی مشاهده نمی‌شود؛ اما اگر مسئولیت مدنی را به معنای تعهدات مالی در مقابل تعهدات کیفری تفسیر نماییم و آن را به ضمان قهری، ضمان عقدی و ضمان ناشی از عدم انجام معامله تعمیم دهیم، می‌توانیم آن را معادل ضمان فقهی به مفهومی که در ابواب معاملات به کار می‌رود، به‌شمار آورد.

در مجموع، مفهوم واژه‌ی «ضمان» به عنوان اصطلاح متعارف در قلمرو فقه و حقوق، به‌ویژه در ابواب معاملات، حقیقتی واحد به معنای «تعهد، مسئولیت و التزام» است و این مفهوم واحد، به اعتبار اسباب گوناگون ایجاد تعهدات و مورد تعهد، تکثر می‌یابد و تقسیم ضمان به معاوضی، قهری و عقدی در متون فقهی و حدیث، به همین اعتبار صورت گرفته است. هم‌چنین واژگان تعهد، الزام، مسئولیت، التزام و ضمان، در تمامی موارد اموال، اشخاص و اشیاء اطلاق می‌شود و موارد استعمال آن‌ها، شامل موجبات اختیاری، اضطراری و قهری نیز می‌گردد.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، بیروت، چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.
- احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۴ق.
- احمدی، محمدرضا، «تأملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد»، پژوهش حقوق و سیاست، سال یازدهم،

شماره ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش.

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کتاب فی الوقف، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی، قم،
۱۴۰۳ ق.

اشتهاردی، علی پناه، مدارک العروة، دار الأسوة للطباعة و النشر، تهران، ۱۴۱۷ ق.
اصفهانى، سيدابوالحسن، وسيلة النجاة، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، قم، ۱۴۲۲ ق.
اصفهانى، مجلسى اول، محمدتقى، يك دوره فقه كامل فارسى، مؤسسه و انتشارات فراهانى، تهران،
۱۴۰۰ ق.

اصفهانى، محمدحسين كمپانى، حاشية كتاب المكاسب، أنوار الهدى، قم، ۱۴۱۸ ق.
انصارى دزفولى، مرتضى بن محمد امين، كتاب المكاسب، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم
انصارى، قم، ۱۴۱۵ ق.

همو، كتاب المكاسب، مؤسسه مطبوعاتی دار الكتاب، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۰ ق.
ایروانى، باقر، دروس تمهيدية فى الفقه الاستدلالي على المذهب الجعفرى، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.
ایروانى، على بن عبد الحسين نجفى، حاشية المكاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، تهران،
۱۴۰۶ ق.

باريكلو، على رضا، مسئوليت مدنى، نشر ميزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۳ ش.
بحرالعلوم، محمد بن محمدتقى، بلغة الفقيه، منشورات مكتبة الصادق، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ ق.
بحرانى، آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، دفتر
انتشارات اسلامى، قم، ۱۴۰۵ ق.

بهرامى احمدى، حميد، ضمان قهرى، مسئوليت مدنى با مطالعه تطبيقى در فقه مذاهب اسلامى و نظام-
هاى حقوقى، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ویرایش دوم، چاپ دوم، ۱۳۹۳ ش.

تبريزى، ميرزا فتاح شهيدى، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، چاپخانه اطلاعات، تبريز، ۱۳۷۵ ق.
جزائرى، سيد محمد جعفر مروج، هدى الطالب فى شرح المكاسب، مؤسسه دار الكتاب، قم، ۱۴۱۶ ق.
جعفرى خسروآبادى، نصراله، «تأملی بر مفهوم "تعهد و التزام" در فقه اماميه و حقوق ايران»، مجله
مطالعات حقوقى دانشگاه شيراز، دوره نهم، شماره سوم، پاییز ۱۳۹۶ ش.

جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، ترمينولوژى حقوق، كتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و سوم، ۱۳۹۰ ش.
جمال الدين حلى، احمد بن محمد اسدى، المهذب البارع فى شرح المختصر النافع، دفتر انتشارات

اسلامی، قم، ۱۴۰۷ق.

جمال‌الدین حلّی، احمد بن محمد اسدی، المهذب، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۷ق.
جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)،
مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، ۱۴۲۶ق.
جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملایین، بیروت،
۱۴۱۰ق.

حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل، مؤسسه آل‌البیت (ع)، قم، ۱۴۱۸ق.
حائری، سید کاظم حسینی، فقه العقود، مجمع اندیشه اسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۳ق.
حسینی روحانی، سید صادق، فقه الصادق (ع)، دار الکتاب - مدرسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۱۲ق.
حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، دفتر انتشارات اسلامی، قم،
۱۴۱۹ق.

حسینی نژاد، حسین قلی، مسئولیت مدنی، انتشارات مجد، ۱۳۸۹ش.
حکیم، سید محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، مؤسسه دار التفسیر، قم، ۱۴۱۶ق.
همو، نهج الفقاهة، انتشارات ۲۲ بهمن، قم.
حلّی، حسین، بحوث فقهیة، مؤسسه المنار، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ق.
حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، دار الفکر المعاصر، بیروت،
۱۴۲۰ق.

خلخالی، سید محمد مهدی موسوی، فقه الشيعة - کتاب الإجارة، مرکز فرهنگی انتشارات منیر، تهران،
۱۴۲۷ق.

خمینی، سید روح‌الله موسوی، تحریر الوسيلة، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم.
همو، کتاب البیع (تقریرات، للخرم آبادی)، در یک جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره،
قم، ۱۴۱۸ق.

همو، کتاب البیع (تقریرات، للقدیری)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران.
همو، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران، ۱۴۲۱ق.
خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم،
چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی تا.

- همو، منهاج الصالحین، نشر مدینة العلم، قم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ق.
- همو، موسوعة الإمام الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم، ۱۴۱۸ق
- داراب‌پور، مهربان، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، انتشارات مجلد، چاپ دوم، ۱۳۹۰ش.
- دلفانی، علی‌اشرف، مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه، مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۲ش.
- زبیدی واسطی، حنفی، محب‌الدین، سیدمحمدمرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۱۴ق.
- الزحلی، وهبة، نظرية الضمان أو احكام المسؤولية المدنية و الجنائية فی فقه الاسلامی، دار الفکر، دمشق، ۱۹۹۸م.
- سبحانی تبریزی، جعفر، المختار فی أحكام الخیار، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۱۴ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، جامع الأحكام الشرعية، مؤسسه المنار، قم، چاپ نهم.
- همو، مهذب الأحكام، ج ۲۰، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
- سبزواری، محقق، محمدباقر بن محمد مؤمن، كفاية الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۳ق.
- سعدی ابوجیب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دار الفکر، دمشق، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بیروت، ۱۹۵۲م.
- سینفی مازندرانی، علی‌اکبر، دليل تحرير الوسيلة - أحكام الأسرة، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران، ۱۴۲۹ق.
- سیوری حلی، مقداد بن عبد الله، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی - ره، قم، ۱۴۰۴ق.
- شبیروی زنجانی، سیدموسی، المسائل الشرعية، مؤسسة نشر الفقاهة، قم، ۱۴۲۸ق.
- شعرانی، ابوالحسن، تبصرة المتعلمين فی أحكام الدين، منشورات إسلامية، تهران، چاپ پنجم، ۱۴۱۹ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية، دار التراث - الدار الإسلامية، بیروت، لبنان، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (کلاتر)، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ق.
- همو، حاشیة الإرشاد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۴ق.

- همو، حاشیه شرائع الإسلام، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۲۲ق.
- همو، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ۱۴۱۳ق.
- صاحب بن عباد، كافي الكفاة، اسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، عالم الكتاب، بيروت، ۱۴۱۴ق.
- صافي گلپایگانی، لطف الله، هداية العباد، دارالقرآن الكريم، قم، ۱۴۱۶ق.
- صفایی، سیدحسین، رحیمی، حبیب‌الله، مسئولیت مدنی، الزامات خارج از قرارداد، سازمان چاپ و انتشارات وابسته به اوقاف و امور خیریه، سمت، تهران، چاپ ششم، ۱۳۹۳ش.
- صیمیری، مفلح بن حسن، غاية المرام فی شرح شرائع الإسلام، دار الهادی، بیروت، ۱۴۲۰ق.
- طاهری، حبیب‌الله، «طبيب ضامن است»، نشریه نامه مفید، شماره ۱۴، ۱۳۷۷ش.
- همو، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸ق.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات بحرالعلوم، قزوین، ۱۳۷۳ش.
- عراقی، آقاضیاءالدین، علی کزازی، حاشیه المكاسب، انتشارات غفور، قم، ۱۴۲۱ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ق.
- همو، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۰ق.
- همو، تذكرة الفقهاء، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ق.
- عمید، فرهنگ فارسی عمید.
- عمید زنجانی، عباسعلی، موجبات ضمان، درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۹ش.
- عمیدی، سیدعمیدالدین بن محمد اعرج حسینی، كنز الفوائد فی حل مشكلات القواعد، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۶ق.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، كشف الرموز فی شرح مختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- فاضل لنکرانی، محمد موحدی، القواعد الفقهية، چاپخانه مهر، قم، ۱۴۱۶ق.
- همو، تفصیل الشریعة، الغصب، إحياء الموات، المشتركات و اللقطة، مركز فقهی انمه اطهار(ع)، قم، ۱۴۲۹ق.
- فخرالمحققین حلّی، محمد بن حسن بن یوسف، إیضاح الفوائد فی شرح مشكلات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۷ق.

- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، نشر هجرت، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- فقعانی، علی بن علی بن محمد بن طی، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود، مکتبه إمام العصر (عج) العلمیه، قم، ۱۴۱۸ق.
- فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، منشورات دار الرضی، قم، ایران.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، بنیاد حقوقی میزان، چاپ نهم، ۱۳۹۰ش.
- همو، مبانی مسئولیت مدنی، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۵ش.
- قرشی، سیدعلی اکبر، قاموس قرآن، دار الکتب الإسلامیه، تهران، چاپ ششم، ۱۴۱۲ق.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، أنوار الفقاهة - کتاب الکفالة، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف، ۱۴۲۲ق.
- کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجلة، المکتبه المرتضویه، نجف اشرف، ۱۳۵۹ق.
- کاشف الغطاء، عباس بن علی، المال المثلی و المال القیمی فی الفقه الإسلامی، مؤسسه کاشف الغطاء، کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۳ش.
- همو، حقوق مدنی، نظریه‌ی عمومی تعهدات، بنیاد حقوق میزان، چاپ هفتم، ۱۳۹۳ش.
- همو، مسئولیت مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۳ش.
- گیلانی، نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی، فقه الإمامیه، قسم الخیارات، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۰۷ق.
- همو، کتاب الإجارة، بی‌نا، نامعلوم، ۱۳۱۱ق.
- لطفی، اسدالله، سلسله مباحث فقهی حقوقی مسئولیت مدنی، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۳ش.
- همو، موجبات و مسقطات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم، ۱۳۹۲ش.
- مامقانی، محمدحسن بن الملا عبدالله، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، مجمع الذخائر الإسلامیه، قم، ۱۳۱۶ق.
- محقق ثانی (کرکی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل‌البتیت (ع)، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
- محقق حلّی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، مؤسسه المطبوعات الدینیة،

- قم، چاپ ششم، ۱۴۱۸ق.
- همو، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، قم.
- همو، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیة، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ق.
- مرعشی نجفی، سیدشهاب الدین، منهاج المؤمنین، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم، ۱۴۰۶ق.
- مشکینی، میرزاعلی، مصطلحات الفقه.
- مصطفوی، سیدمحمدکاظم، فقه المعاملات، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۳ق.
- معین، فرهنگ فارسی معین.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیة، مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، قم، چاپ سوم، ۱۴۱۱ق.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه الشركة و کتاب التأمین، منشورات مکتبة أمير المؤمنين - دار العلم مفید (ره)، قم، ۱۴۱۴ق.
- موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیة، ج ۵، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ق.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، «عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی»، وقف میراث جاویدان، سال هشتم، شماره ۳۱ و ۳۲، ۱۳۷۹ش.
- همو، عقد ضمان، انتشارت مجلد، ۱۳۸۵ش.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی، المكاسب و البیع، دفتر انتشارات اسلامی، قم، اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
- همو، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، المکتبة المحمدیة، تهران، ۱۳۷۳ق.
- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.
- نعمت‌الهی، اسماعیل، «اصالت ضمان قهري و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه»، مجله حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۵۱، زمستان ۱۳۹۵ش.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، قراءات فقهیة معاصرة، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، ۱۴۲۳ق.
- همو، بحوث فی الفقه الزراعی، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، ۱۴۲۶ق.

همو، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، ۱۴۲۳ق.

همدانی، آقارضا بن محمد هادی، حاشیة کتاب المکاسب، جناب مؤلف، قم، ۱۴۲۰ق.

یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، العروة الوثقی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۹ق.