

## بررسی اثر عقد ضمان بر روابط طرفین با رویکردی نوین

سید محمد موسوی بجنوردی \*

محمد مهریزی ثانی \*\*

### چکیده:

همواره در روابط حقوقی بین بستانکار و بدهکار این بیم و نگرانی وجود داشته که آیا بدهکار طبق سررسید، به تأدیه دین خود خواهد پرداخت یا خیر؟ از این رو نهادهایی با نقش تضمین‌دهنده به بستانکار شکل گرفت که از آن میان می‌توان به ضمان عقدی اشاره نمود. عقد ضمان که از عقود تبعی است و به دنبال وقوع دین، محقق می‌شود، عقدی است که شخصی بری‌الذمه، مالی را که بر ذمه دیگری است، به‌عهده می‌گیرد. در این نوشتار سعی بر آن شده است تا پس از بررسی آراء اندیشمندان فقه و حقوق پیرامون ناقل ذمه‌بودن یا ضم ذمه به ذمه بودن اثر ضمان عقدی، نظریه مختار(تضامن طولی) را که به نظر می‌رسد با نیازها و مسائل رو به رشد زندگی اجتماعی اقتصادی تطابق بیشتری دارد ارائه داده و سپس پیرامون آن به شرح و توضیح استدلالات پرداخته شود.

**کلید واژه‌ها:** ضمان ضامن، مضمون‌له، مضمون‌عنه، نقل ذمه، ضم ذمه.

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۷/۳۰ تاریخ پذیرش: ۹۱/۲/۲۷

\* استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه خوارزمی mosavi@ri-khomeini.ac.ir

\*\* کارشناس ارشد فقه و حقوق

## ۱- مقدمه

انسان موجودی ذاتاً اجتماعی و ناگزیر از حفظ روابط با دیگر افراد موجود در جامعه است. طبیعتاً این ماهیت اجتماعی انسان، دارای آثار و پیامدهایی خواهد بود که از مهمترین آنها می‌توان به شکل‌گیری روابط اقتصادی و ایجاد عقود و معاملات و پدید آمدن داین و مدیون (بستانکار و بدهکار) اشاره کرد.

در این میان، عده‌ای که در این روابط حقوقی، متعهدله محسوب می‌شوند و حاضر به واگذاری حق خود برای مدت معینی به طرف مقابل شده‌اند، همواره باید نگران استیفاء طلب خود باشند. از این رو برای نجات چنین افرادی از نگرانی و اطمینان‌بخشیدن به خاطر آنها نسبت به بازگشت سرمایه‌شان، نهادهایی با نقش تضمین‌دهنده به بستانکار شکل گرفته که از مهمترین آنها، می‌توان عقد ضمان را نام برد، «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد»<sup>۱</sup>.

این عقد، نقش بسیار مؤثر و بسزایی در روابط اقتصادی و زندگی اجتماعی افراد داشته و ترویج- دهنده‌ی احسان و نیکوکاری به هم‌نوع در جوامع و موجب حس تعاون و همکاری در میان اعضاء جامعه است.

در باب اثر اصلی ضمان عقدی همواره بین اندیشمندان حقوقی اختلاف و بحث بوده است که ثمره این تنازع به وضوح در تعارض بین قوانین موضوعه و همچنین رویه نظام‌های مالی کشور از قبیل بانک‌ها نمایان است. با توجه به اینکه اختیار هریک از این نظریات تأثیر عمده‌ای بر روابط مالی و حقوقی اشخاص جامعه می‌گذارد؛ ضرورت دارد تا با نگاهی نوین و جامع پس از بررسی نظرات موجود و نقد و تحلیل آنها نظری را که با واقعیت‌های اجتماعی و عرف جامعه سازگاری بیشتری دارد، ارائه داد.

نگارندگان پس از بررسی مفهوم ضمان در لغت و اصطلاح و ذکر اقسام آن، ادله قائلین به نقل و ضم ذمه به ذمه بودن اثر ضمان را مورد بررسی قرار داده و نقدهای وارده بر آنها را ذکر کرده و در پایان به ذکر نظریه مختار (تضامن طولی) همراه با استدلال‌ات آن می‌پردازند.

سخن از عقد ضمان و اثر اصلی آن در حیطه علوم نظری قرار می‌گیرد و در تحقیق و پژوهش در رابطه با آن از روش تحقیق کتابخانه‌ای توصیفی و روش علمی تحقیقی استفاده شده است. در این راستا منابع بسیاری از قبیل قرآن، کتب فقهی و حقوقی و نشریات و مجلات مربوط مورد استفاده قرار گرفتند.

## ۲- تعریف و مفهوم ضمان

### ۲-۱- ضمان در لغت

واژه ضمان از ریشه «ضَمِنَ» گرفته شده است و در فرهنگ‌های لغت به معنی «تعهد، برعهده گرفتن و ام دیگری پذیرفتاری و قبول کردن، کفیل شدن، اشمال و تضمین، التزام» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۳، ۲۳۹۴؛ دهخدا، ۱۳۷۳، ۱؛ معین، ۱۳۸۲، ۲، ۵۱۷) آمده است، البته در این بین عده‌ای، ضمان را از ریشه «ضم» و بمعنای «ضمیمه شدن و پیوستن» می‌دانند که متابعت از این نظر، خود منشأ اختلافات فراوانی در آثار عقد ضمان شده است که در مباحث آتی به تفصیل به آن خواهیم پرداخت (ابن قدامه، بی تا، ۴، ۳۰۱).

### ۲-۲- ضمان در اصطلاح فقه و حقوق امامیه

لغت ضمان، مشترک لفظی است. از این رو در بین فقها و حقوقدانان در دو معنی، مورد استعمال قرار می‌گیرد (مغنیه، ۱۴۰۲، ۴، ۴۵):<sup>۱</sup>

**معنای اخص:** که منظور از آن، همان ضمان عقدی است و عبارت است از تعهد و التزام به مال از جانب کسی که بری الذمه است؛ به بیان ساده تر هرگاه شخصی علی رغم اینکه بدهکار نیست مالی را که بر ذمه دیگری است، برعهده بگیرد، ضمان عقدی (ضمان به معنی الاخص) تحقق یافته است و در این صورت ذمه فردی که از او ضمانت شده (مضمون‌عنه) بریء و آنچه در ذمه او بوده به ذمه ضامن منتقل می‌گردد (فیض، ۱۳۸۱، ۳۴۵).

**معنای اعم:** آن تعهد به مال یا نفس انسان است که در این معنی علاوه بر ضمان عقدی شامل حواله و کفالت نیز می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۱، ۱۷؛ امامی، ۱۳۷۲، ۲، ۲۵۲؛ سیوری، بی تا، ۲، ۷۵).

## ۳- اقسام ضمان به اعتبار منبع

حقیقت ضمان، گاهی به وضع شرع، در ذمه متعهد، مستقر می‌شود و گاهی به اراده‌ی شخص. بر این اساس، ضمان به اعتبار منبع و سبب به دو گروه اصلی تقسیم می‌شود:

۱- ... للضمان عند الفقهاء معنيين، ضمان بالمعنى الاخص و هو الالتزام والتعهد بالمال ممن ليس عليه شيء و ضمان بالمعنى الاعم الذى يشمل الضمان بالمعنى الاخص و يشمل الحواله التى هى تعهد بالمال ممن عليه مال للمضمون عنه و يشمل الكفاله التى هى تعهد بالنفس»

#### ۴- ضمان قهری

عبارت است از تعهداتی که به حکم قانون و بدون وجود هرگونه قرارداد، قهراً بر کسی تحمیل می‌شود که در حقوق موضوعه به «مسئولیت مدنی» مشهور است؛ مثل ضمان ناشی از غصب، اتلاف، تسبیب و ... در این نوع از ضمان، ضامن قصد اینکه خود را ملتزم به امری کند نداشته ولیکن قانون با توجه به عمل او (و نه قصد ایجاد دین)، این مسئولیت را بر او تحمیل می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۴۶).

#### ۵- ضمان ناشی از عقد

این ضمان ناشی از توافق طرفین است و خود به دو گروه تقسیم می‌شود:

##### ۱-۵- ضمان معاوضی

ضمان معاوضی همان «مسئولیت قراردادی» در حقوق است و بدین معناست که هر یک از طرفین بیع (چه بائع، چه خریدار) ملزمند، در صورت تلف مبیع یا ثمن پیش از تسلیم و یا مستحق لغیر درآمدن آنها، آنچه را که گرفته‌اند به طرف مقابل خود پس دهند. این نوع ضمان در نتیجه محقق نشدن خواست طرفین و بر مبنای قصد معاوضی آنها ایجاد می‌شود (همان، ۱۳۷۴، ۸۷، ۱۰۶).

##### ۲-۵- ضمان عقدی

عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد (ماده ۶۸۴ ق. مدنی). در این مقاله، هر جا سخن از ضمان آمد، همین معنی مدنظر است.

#### ۶- اثر ضمان عقدی

هدف از انجام اعمال حقوقی برخورداری از آثار آنهاست، ضمان نیز از این فعل و انفعال، مستثنی نیست ولیکن دیدگاه‌های فقهاء و حقوقدانان در رابطه با آثار ضمان متفاوت است. گروهی بر این باورند که بعد از انعقاد ضمان، بین ضامن و مضمون له، ذمه مدیون بریء و ذمه ضامن درمقابل طلبکار، مشغول می‌گردد (نظریه نقل) و گروهی دیگر بر این عقیده‌اند که با تحقق عقد ضمان، ذمه ضامن به عنوان یک مدیون جدید به ذمه مدیون اصلی ضمیمه می‌گردد (نظریه ضم)، پیروان این نظر، خود به دو گروه منشعب می‌شوند،

گروهی از آنها ذمه ضامن و مدیون را در عرض هم قرار می‌دهند و گروهی آنها را در طول هم قرار می‌دهند؛ تفصیل مطلب بدین شرح است:

## ۷- نظریه‌ی نقل

### ۷-۱- مفاد نظریه

اکثر قریب به اتفاق فقهاء و حقوقدانان امامیه (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۳، ۲۴۹؛ نجفی، ۱۳۸۱، ۲۶، ۱۲۷؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸، ۵، ۳۲۸؛ طوسی، ۲۱۴۰۹، ۲، ۳۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲، ۱۰۷؛ امامی، ۱۳۷۲، ۲، ۲۵۲) ضمان را مفید نقل ذمه دانسته‌اند و ضمان ضم ذمه به ذمه را حتی در صورت تصریح به ضم ذمتین باطل می‌دانند بدین معنی که اگر عقد ضمان با جمیع اجزاء و شرایط خود و صحیحاً منعقد گردد، دینی که بر ذمه مدیون اصلی بوده، به ذمه ضامن منتقل می‌شود و رابطه طلبکار و مدیون، زایل و رابطه جدیدی بین ضامن و مضمون<sup>۱</sup> ایجاد می‌شود و چنانچه شرط برائت مضمون عنه در عقد درج شود، تأکیدی بیش نیست. براین اساس مضمون<sup>۲</sup> له تنها حق رجوع به ضامن را دارد و دیگر به هیچ وجه نمی‌تواند از مضمون<sup>۳</sup> عنه، دین خود را مطالبه نماید. لازم به ذکر است که نزاع نقل یا ضم ذمه بودن ضمان بین فقهاء شیعه و اهل تسنن یک نزاع لفظی است، چرا که فقهاء شیعه هم تضامن را در ضمن عقدی دیگر بصورت شرط یا صلح، عملی می‌دانند. این گروه، برای اثبات عقیده خود، مبنی بر آنکه ضمان موجب برائت مدیون اصلی می‌گردد، متمسک به دلایلی شده‌اند که یک به یک آنها مورد مطالعه و تفصیل قرار می‌گیرد و نقدهایی که بر آنها وارد شده را نیز ذکر می‌کنیم:

## ۷-۲- ادله و نقد

### ۷-۲-۱- دلالت لغوی

لغت ضمان از ماده «ضَمِنَ» که به معنی «طی و خلال چیزی» است، مشتق شده است و حرف نون نه تنها در مصدر، بلکه در کلیه تعاریف و مشتقات آن (ضامن، یضمن، مضمون، تضامن، ...) جزء کلمه و حرف اصلی است. لذا در اثر ضمان، ذمه ضامن، متضمن و در برگیرنده ذمه‌ی مضمون<sup>۴</sup> عنه می‌شود و قهراً

ذمه مدیون اصلی بریء می‌گردد. براین اساس، نقل ذمه بودن ضمان با معنا و اشتقاق لغوی آن متناسب است (نجفی، ۱۳۸۱، ۲۶، ۱۱۳).

### ۷-۳- نقد

این اشتقاق، ملازمه‌ای با نقل ذمه بودن ضمان ندارد و قابل استناد نیست؛ چراکه تمسک به بحث لغوی در مسائل حقوقی غالباً از پشتوانه محکمی برخوردار نمی‌باشد. بر فرض هم که بحث لغوی را در مسائل حقوقی معتبر بدانیم «ضمن» که به معنی «طی و خلال چیزی» آمده است باضم ذمه متناسب‌تر است، زیرا از ضمن، تضامن بوجود آمده و تردیدی نیست که به معنی ضم ذمه می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۶۶، ۱۲، ۱۱۷).

### ۷-۴- روایات

در مورد عقد ضمان، روایاتی نقل شده، که همگی آنها ظهور در نقل ذمه بودن ضمان دارد. این روایات عبارتند از:

#### ۷-۴-۱- روایت احتضار عبدا... بن الحسین

« عبدا... بن الحسین در حال احتضار بود، طلبکارانش جمع شدند و دین خود را از او مطالبه کردند، او گفت: من چیزی ندارم تا به شما بدهم، ولی برادرم (علی بن الحسین) و پسرعمویم (عبدا... بن جعفر) به ضمانت هر کدام از این دو که می‌خواهید راضی شوید، طلبکاران گفتند: اگرچه عبدالله بن جعفر، فرد پولداری است ولی شخص سهل‌انگاری است و اما علی بن الحسین مردی است که مالی ندارد اما راستگو و نزد ما محبوب‌تر است نگاه عبدالله بن الحسین نزد برادرش فردی را روانه ساخت تا خبر را به او برساند، پس علی بن الحسین (ع) فرمود: من ضامن تمامی طلب‌های شما می‌شوم تا زمان رسیدن غله، در حالی که برای او غله‌ای نبود، طلبکاران گفتند: ما راضی هستیم و او ضمانت کرد و خداوند تعالی در فصل غله برای او مال فراهم آورد و او نیز دین خود را آداء نمود» (حر عاملی، بی‌تا، ۱۳، ۱۵۲). به این روایت نیز از این جهت

۱- احتضر عبدالله بن الحسین فاجتمع غرمانه فطالبوه بدین لهم، فقال ما عندی اعطیکم ولكن ارضوا عن شتم من اخی و بنی عمی علی بن الحسین او عبدالله بن جعفر. فقال الغرمانه: اما عبدالله بن جعفر فَمَلَى مطول و اما علی بن الحسین فرجل لامال له صدوق و هواجهما الینا

استدلال شده که چون عبدالله، عاجز از پرداخت دین خود بوده، پس مسؤولیتی در پرداخت دین خود، نمی-توانسته داشته باشد، تا ذمه ضامن در پرداخت دین، ضمیمه مسؤولیت او گردد و تعهد پرداخت دین از جانب حضرت علی بن الحسین(ع) به معنی قبول دین توسط خود آن حضرت بوده است.

#### ۷-۴-۲- روایت احتضار محمد بن اسامه

«از ابی عبدالله(ع) نقل شده که فرمودند: هنگامی که محمد بن اسامه در حالت احتضار بود؛ بنی هاشم نزد او رفتند، اسامه به آنها گفت: شما به مراتب و منزلت من نزد خود آگاهید، من دینی دارم که دوست دارم آن را از جانب من آداء کنید، علی بن الحسین(ع) فرمود: یک سوم دینت بر عهده‌ی من است و سپس سکوت کرد و حاضران نیز ساکت ماندند، بار دیگر علی بن الحسین(ع) فرمود: همه دین تو بر عهده‌ی من است، سپس افزود: تنها چیزی که مانع شد من از اول همه دین تو را ضمانت کنم، این بود که بگویند: بر ما سبقت گرفت»<sup>۱</sup>(همان). در مورد این روایت نیز گفته شده که چون اسامه تقاضا کرده که دین او را بپردازند و حضرت نیز با لفظ «اضمنه» از او ضمانت کرده؛ لذا افاده انتقال ذمه می‌نماید.

#### ۷-۴-۳- حدیث «الزعیم غارم»

مضمون این حدیث که پیامبر اکرم(ص) در خطبه مربوط به فتح مکه فرمودند، نیز بر مسؤولیت ضامن و نقل ذمه مدیون به ضامن اشاره دارد. در این حدیث پیامبر(ص) فرمودند: «العاریه مؤداه و المنحه مردوده والدین مقضی والزعیم غارم(ابن قدامه، بی‌تا، ۴، ۳۳۴)؛ عاریه باید آداء شود، هدیه پاسخ داده شود و قرض باید پرداخت شود و زعیم، ضامن و مسؤول پرداخت غرامت است.

#### ۷-۴-۴- نقد

هیچ یک از احادیث فوق، دلالت بر انتقال ذمه توسط ضمان ندارد، در مورد روایت احتضار عبد... بن الحسین، نیز باید گفت که طلبکاران به دلیل احساس خطری که می‌کردند، می‌خواستند برای طلب خود

فارسل الیه فاخبره الخبر فقال: اضمن لكم المال إلى غله و لم یکن له غله فقال القوم قد رضینا فضمنه فلما اتت الغله اتاه الله تعالی له المال فاداه

۱- «عن ابی عبدالله(ع) قال لما حضر محمد ابن اسامه الموت دخل علیه بنو هاشم فقال لهم قد عرفتم قرابتی و منزلتی منکم و علی دین فآخَبُ عَنْ تَقْضِیهِ عَنِّي فَقَالَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ ثَلَاثُ دِينَكَ عَلِيٌّ ثُمَّ سَكَتَ وَ سَكَتُوا فَقَالَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عَلِيُّ دِينَكَ كَلَّا ثُمَّ قَالَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْنِي أَنْ أَضْمَنَهُ أَوْلًا إِلَّا كَرَامَةً أَنْ يَقُولَانَ سَبَقْنَا»

خود وثیقه ای داشته باشند و عبدالله را به طور کل از پرداخت دین معاف نکردند، فقط چون پولی در آن زمان نداشته و قادر به پرداخت دین نبوده، حضرت علی بن الحسین (ع) با توجه به وضعیت عبدالله، ضامن او گردیدند و هیچ مانعی وجود نداشت که با وجود ضمانت حضرت، از عبدالله اگر مدیون مالی بدست آورد نتواند دین خود را بپردازد.

روایت احتضار محمد بن اسامه، در جهت اثبات نقل ذمه بودن اثر ضمان عقدی نیز خالی از اشکال نیست زیرا صرف لفظ «أضمنه»، به خودی خود نمی‌تواند، معنای نقل ذمه بدهد؛ بطورکل این روایات، ناظر به حالت‌های خاص و استثنائی است و نمی‌توان از آنها حکم کلی برداشت کرد و عقد ضمان را در همه موارد حتی بر خلاف قصد طرفین و مفهوم عرفی آن موجب نقل ذمه تلقی کرد. در مورد حدیث «الزعیم غارم»، اگرچه دلیل بر اشتغال ذمه است، ولی بر انتقال ذمه دلالتی ندارد.

### ۸- عدم امکان اشغال ذمتین به مال واحد در آن واحد

فقه‌های امامیه در اثبات مدعای خود مبنی بر ناقل ذمه بودن اثر ضمان عقدی به دلیلی عقلی تمسک جسته و آن اینکه ناقل ذمه بودن ضمان، تصور اشغال ذمه دو نفر در آن واحد برای یک دین، محال است (طباطبائی حکیم، ۱۳۸۷، ۱۳، ۳۱۸؛ نجفی، ۱۳۸۱، ۲۶، ۱۱۵) و در جهت رفع این اشکال، ضمان را مفید نقل ذمه دانسته و در این مسیر، ذمه مضمون‌عنه را بریء و ذمه ضامن را مشغول می‌دانند.

#### ۸-۱- نقد

**اولاً:** مسأله محال بودن وجود یک شیء، در دو محل و در یک زمان، مختص به امور حقیقی است و نه امور اعتباری و همانطور که می‌دانید؛ دین، یک وجود اعتباری است و تعلق آن به ذمه ضامن به عنوان وثیقه است و این امر هیچ‌گونه منافاتی با بقاء دین بر ذمه‌ی مضمون‌عنه ندارد، لذا اشغال ذمتین، در آن واحد، ممکن بوده و هیچ‌گونه محذوریت عقلی را هم در پی ندارد. بنابراین ثبوت عین در زمان واحد تنها در دو ظرف حقیقی، امری ناشدنی است (باقری، ۱۳۸۲، ۲۷).

**ثانیاً:** در حقوق اسلامی مواردی که وجود یک شیء در دو محل بلامانع بوده باشد، فراوان است؛ از آن جمله: تعاقب ایادی در عین مغصوبه که ذمه‌ی همه غاصبان نسبت به مغصوبه در زمان واحد، مشغول است لذا در صورت تلف مغصوبه، مالک، حق رجوع به هریک از غاصبان را به مثل یا قیمت آن دارد ولیکن

چنین نیست که مالک بتواند از همه کسانی که ذمه‌شان مشغول است، تمام طلب خود را دریافت کند، بلکه هر کدام از ذمه‌ها، بدل دیگران است به گونه‌ای که اگر یکی از غاصبین، تلف را جبران کند، عهده دیگران نیز بری می‌شود. لذا وجود یک دین بر ذمه متعدد محقق شده است، نمونه‌های دیگر نیز از این قبیل فراوان است، از جمله: انجام واجبات کفایی، ضمان عهده و ضمان اعیان.

**ثالثاً:** اگر قبول ضم ذمه به ذمه، مستلزم تعدد دین واحد بود؛ نظریه پردازان حقوق در قانون تجارت و آیین دادرسی مدنی ایران هیچ‌گاه نظر ضم ذمه به ذمه بودن ضمان را نمی‌پذیرفتند.

## ۹- اجماع

پیروان نظریه نقل ذمه در عقد ضمان، دلیل دیگری در جهت اثبات مدّعی خود آورده‌اند و آن «اجماع» است.

### ۹-۱- نقد

**اولاً:** بحث از اثر ضمان عقدی یک مسأله عقلایی است و تعبد، در آن راه ندارد.

**ثانیاً:** بر فرض تعبدی بودن این مسأله، به دلیل در اختیار داشتن نفس روایات به عنوان مکشوفه عنه، نوبت به اجماع نخواهد رسید. به عبارت دیگر، چون به احتمال فراوان، ملاک استنباط و افتاء فقها بر نقل ذمه بودن ضمان، روایاتی است که در این زمینه ذکر گردیده، چنین اجماعی، مدرکی محسوب شده و حجّیت ندارد. توضیح دلیل اینکه علمای فقه و اصول اجماع را صرفاً کاشف از رأی معصوم و آن را طریقی برای رسیدن به سنت می‌دانند و آنرا جزء ادله مستقل نمی‌شمارند بلکه همانطور که گفتیم حجیت اجماع را به تبع حجیت رأی معصوم قابل اعتناء دانسته و اجماع را صرفاً محقق سنت می‌دانند با ذکر این توضیحات باید گفت زمانی اجماع به عنوان یک دلیل و حجت مطرح می‌شود که یا نفس روایات در دسترس نباشد یا روایات نقل نشده باشند و در صورت وجود نفس روایات نیازی به جریان اجماع جهت کشف از آن روایات نیست در غیر این صورت چنین اجماعی، اجماع مدرکی است و فاقد وصف کاشفیت از رأی معصوم(ع) خواهد بود.

### ۱۰- ارفاقی بودن ضمان

عقیده پیروان نقل ذمه بر این است که هدف از انعقاد عقد ضمان این است که وسیله گشایشی برای

بدهکار باشد، ضمان وسیله سودجویی نیست، بلکه ضامن به منظور ارفاق به بدهکار و کاستن از فشار طلبکاران، بر او تعهد می‌کند که به جای او دین را بپردازد؛ بنابراین انتقال دین با ارفاق متناسب است (طاهری، ۱۳۷۵، ۴۱۹).

#### ۱۰-۱- نقد

درست است که عقد ضمان از عقود مبتنی بر ارفاق است ولیکن ضم ذمه‌بودن اثر ضمان نیز، هیچ‌گونه منافاتی با این خصیصه ضمان ندارد، زیرا با تحقق ضمان و قرارگرفتن ذمه‌ی ضامن در کنار ذمه مضمون‌عنه، سختگیری مضمون‌له بر مدیون اصلی کاسته می‌شود و در اینجا ارفاق محقق شده است.

#### ۱۱- نظریه ضم

#### ۱۱-۱- مفاد نظریه

اکثریت فقهای اهل تسنن (جزیری، بی‌تا، ۳، ۲۴۶؛ عابدین، بی‌تا، ۴، ۴۴۹؛ سیواسی، بی‌تا، ۵، ۴۰۳؛ شیخ نظام، بی‌تا، ۶، ۳؛ مرغینانی، بی‌تا، ۵، ۴۰۳؛ شوکانی، بی‌تا، ۵، ۲۶۹) بر این باورند که اثر عقد ضمان، ضم ذمه ضامن به مدیون است؛ یعنی با وقوع عقد ضمان، ذمه ضامن به عنوان یک مدیون جدید به ذمه مدیون اصلی ضمیمه می‌گردد، طبق این نظر، ضمان به منظور ایجاد تضمین برای مضمون‌له بوده و از وثایق می‌باشد و با انعقاد ضمان ذمه مضمون‌عنه به هیچ‌وجه بری نمی‌شود. پیروان این نظریه خود به دو گروه منشعب می‌شوند:

#### ۱۱-۲- نظریه ضم طولی (ضمان وثیقه‌ای)

این گروه (جزیری، بی‌تا، ۳، ۲۲۳؛ سیواسی، بی‌تا، ۵، ۴۰۳؛ مرغینانی، بی‌تا، ۵، ۴۰۳) بر این عقیده‌اند که با وقوع عقد ضمان، بستانکار باید ابتدا به مدیون رجوع کرده و اگر به دلیلی از قبیل ورشکستگی، اعسار، مماطله، غیبت و یا امتناع وی از پرداخت، نتواند دین خود را از او وصول کند به موجب ضمان، مضمون‌له حق رجوع به مدیون تبعی (وثیقه) یعنی ضامن را خواهد داشت.

مطابق این نظریه، مدیونیت ضامن به مضمون‌له در طول مدیونیت مضمون‌عنه است و اصطلاحاً به «ضمان وثیقه‌ای» معروف است، مبنای فقهی این نظر، نیز این است که تعهد ضامن جنبه تبعی دارد و قابل

تشبیه به وثیقه و رهن است، بنابراین، دین، باید در ابتدا از اصیل (مدیون اصلی) مطالبه شود و هرگاه این مطالبه، موجب استیفای طلب نگردید؛ طلبکار، می‌تواند به ضامن مراجعه کند.

### ۱۱-۳- نظریه ضم عرضی (ضمان تضامنی)

گروهی دیگر (عابدین، بی‌تا، ۴، ۴۴۹؛ شیخ نظام‌ع، بی‌تا، ۳؛ شوکانی، بی‌تا، ۵، ۵۶۹) از پیروان نظریه-ضم، معتقدند که به محض وقوع ضمان، طلبکار، جهت وصول طلب خود می‌تواند به هر یک از مدیون و ضامن رجوع کند، مطابق این نظر، ذمه‌ی ضامن و مضمون‌عنه در عرض هم قرار دارند؛ بدین صورت که بستانکار، حق مطالبه دین را هم از ضامن و هم از اصیل خواهد داشت، ولی اگر از هر کدام از آنان، حق خود را استیفاء کرد، حق مراجعه به دیگری را نخواهد داشت.

### ۱۱-۳-۱- ادله و نقد

پیروان نظریه ضم، چهار دلیل را جهت اثبات مدّعی خود آورده‌اند که این موارد، همراه با نقدهایی که بر آنها شده است، را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۱۱-۲- دلالت لغوی

فقه‌های اهل تسنن بر این عقیده‌اند: لغت ضمان از ضم که به معنی «پیوستن» است؛ مشتق شده است و حرف نون آن، زائد است، لذا معنی اصطلاحی ضمان به مناسبت معنای لغوی آن، ضمیمه‌شدن ذمه‌ی ضامن به ذمه‌ی مدیون اصلی است (ابن قدامه، بی‌تا، ۴، ۳۵۱).

### ۱۱-۳- نقد

همان‌طور که در بحث نقد ادله نظریه نقل نیز ذکر شد؛ استناد به دلیل لغوی در مسائل حقوقی اعتبار تام ندارد، بفرض هم که به آن متمسک شویم، لفظ ضمان در هر دو معنای ضم و نقل، کاربرد دارد.

### ۱۱-۴- روایت جابر

«امام احمد، درمسند از جابر روایت کرده است؛ گفت: دوستی از ما فوت شد، پیامبر(ص) را آوردیم تا بر او نماز گزارد، رسول خدا(ص) گامی برداشت و بعد پرسید: آیا بر او دینی بوده است؟ گفتیم: بله دو دینار،

دین دارد. رسول خدا(ص) از گزاردن نماز منصرف شد، ابوقتاده گفت دو دینار بر عهده من است و آن را قبول کرد. رسول خدا(ص) گفت: آیا حق طلبکاران میت بری شد؟ ابوقتاده گفت: بله یارسول الله، آنگاه رسول خدا(ص) نماز گزارد و بعد از آن پرسید: درباره دینارها چه کار کردی؟ ابوقتاده گفت: یارسول الله متوفی دیروز درگذشته است و فردا ابوقتاده بازگشت و گفت: من پرداختم، رسول خدا(ص) فرمود: «الان آتش بر او سرد شد»<sup>۱</sup> (همان، ۳۵۴).

مطابق این روایت و کلام پیامبر(ص) که بعد از اداء دین میت، توسط ابوقتاده، فرمودند: «الان بردت جلدته» دلالت دارد بر ضم ذمه‌ی ضامن بر ذمه‌ی مضمون<sup>۲</sup> عنه، چرا که براءت مدیون تنها زمانی حاصل شد که دین، پرداخت گردید و صرف ضمانت، موجب براءت مدیون نشد.

#### ۱۱-۴-۱- نقد

بر مبنای همین روایت عده‌ای از علمای عامه از قبیل ابن ابی لیلی، ابن بشرمه و داوود (محقق داماد، ۱۳۶۶، ۱۱۷) بر ناقل ذمه بودن ضمان اعتقاد پیدا کرده‌اند؛ چرا که پیامبر(ص) با وقوع ضمان فرمود: «وجب الغریم و بری المیت منهما» لذا به دلیل تعسر مراجعه به میت، تنها ذمه‌ی ضامن، اشغال خواهد شد و مسلماً وی مسؤول خواهد بود.

#### ۱۲- بنای عقلا

در کشف آثار عقود و معاملات، توجه به عرف و بناء عقلاء، ما را در فهم قصد طرفین از انجام چنین معامله‌ای، یاری خواهد رسانید. عقلاء با انعقاد ضمان درصدد ایجاد وثیقه برای طلبکار هستند تا از وصول طلبش اطمینان حاصل کرده و پیوسته در بیم و امید نباشد بنابراین منظور مضمون<sup>۳</sup> له از قبول ضمان، در اختیار گرفتن دارایی دیگری به عنوان «وثیقه» علاوه بر دارایی مدیون است و ضامن هم با ایجاب ضمان درصدد براءت مه مدیون اصلی نیست. چنانکه عرف هم او را در مقابل ضامن و مضمون له، فارغ الذمه نمی‌شناسد، لذا با توجه به عرف و بناء عقلاء، قصد طرفین از انعقاد ضمان، ضم ذمه به ذمه بوده است و نه

۱- روی الامام احمد فی المسند من جابر قال توفی صاحب لنا فاتینا به النبی(ص) لیصلی علیه فخطا خطوه‌ی ثم قال علیه دیناً قلنا دیناران، فانصرف فتحملها ابوقتاده فقال الدینار ان علی فقال رسول الله(ص) وجب حق الغریم و بری المیت منهما؟ قال نعم فصلی علیه قال بعد ذلك ما فعل الدیناران قال إنما مات امس قال فعاد الیه من الغد فقال قد وصیتها فقال رسول الله الان بردت جلدته.

نقل ذمه.

### ۱۲-۱- نقد

این استدلال فقهای اهل تسنن هم مخدوش است چرا که اگر عقد ضمان را نوعی تحصیل وثیقه هم فرض کنیم با انتقال ذمه این منظور، حاصل می‌شود زیرا به طور معمول، ضمانت کسی مورد قبول مضمون‌له قرار می‌گیرد که ملائت و توانایی بیشتری از مضمون‌عنه دارد و همین تفاوت ملائت خود، نوعی وثیقه برای طلبکار محسوب می‌گردد (همان، ۱۲۸).

### ۱۳- بررسی اجمالی آراء حقوق موضوعه ایران

در حقوق موضوعه ایران، از مبانی متفاوتی پیروی شده؛ در قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، نظریه نقل ذمه پذیرفته شده و در قانون تجارت به پیروی از حقوق فرانسه، همسو با فقهای عامه، نظریه ضم ذمه نیز پذیرفته شده است:

### ۱۳-۱- قانون مدنی

قانون مدنی ایران بر مبنای نقل ذمه استوار شده است، تمامی حقوقدانان کشورمان با توجه به صراحت ماده ۶۹۸ ق. مدنی<sup>۱</sup> بر این مطلب، اتفاق نظر دارند، سایر مواد قانونی در مورد ضمان نیز در هماهنگی با ماده مذکور وضع شده است.

البته می‌توان گفت با اینکه قانون‌گذار قانون مدنی، سخت، تحت تأثیر فقه امامیه می‌باشد، سختگیری فقهای شیعی را نداشته و در قسمت دوم ماده‌ی ۶۹۹ ق. مدنی به گونه‌ای ضم‌ذمه را نیز در صورت تراضی طرفین پذیرفته است؛ بدین صورت که هرگاه، عقد ضمان به طور مطلق منعقد شود به معنای نقل ذمه خواهد بود، ولی تعلیق التزام به تأدیه (شرط تضامن) توسط ضامن، صحیح خواهد بود.<sup>۲</sup>

بر این اساس ضمان و انتقال دین در این عقد بایستی به طور منجز واقع شود و در عین حال ضامن می‌تواند تأدیه دین خود را معلق به عدم تأدیه مضمون‌عنه یا امر دیگری کند.

۱- بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود

۲- «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد».

### ۱۳-۲- قانون تجارت

بر اساس ماده ۴۰۲ ق. تجارت<sup>۱</sup>، چنین بر می‌آید که قانونگذار قانون تجارت اجازه داده است تا بین بستانکار و ضامن و بدهکار در صورت تصریح طرفین رابطه تضامن طولی (وثیقه‌ای) برقرار شود و البته در صورت سکوت و عدم تصریح طرفین، با توجه مواد قانون مدنی همچنان اصل بر نقل ذمه‌بودن ضامن است. همچنین در ماده ۴۰۳ ق. تجارت<sup>۲</sup> صحت ضمان تضامنی را در صورت تصریح طرفین پذیرفته است. به طور کل باید گفت با توجه به مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق. تجارت می‌توان نتیجه گرفت طرفین در تعیین نوع ضمان کاملاً آزادند و در صورت عدم تصریح نظر مشهور این است که اصالت بر نقل ذمه‌بودن ضامن است و در صورت تردید امر بین ضمان تضامنی و تضامن طولی (وثیقه‌ای) با توجه به اطلاق ماده ۴۰۲ می‌توان قائل شد که ضمان تجاری از نوع وثیقه‌ای است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود (دمیرچیلی، بی‌تا، ۷۳۲).

### ۱۴- نتیجه‌گیری

در مباحث پیشین، آراء و ادله هر یک از نظریات نقل و ضم، همراه با نقدهای وارده بر آنها، بیان شد. در این قسمت، برآنیم تا ببینیم اختیار و انتخاب کدام یک از فرض‌های مربوطه به عنوان اثر ضمان، با واقعیت‌های اجتماعی و عرف جامعه سازگاری و مناسبت بیشتری دارد.

اگرچه قانون مدنی ما اثر ضمان عقدی را صراحتاً نقل ذمه معرفی می‌کند ولیکن به نظر می‌رسد آنچه با مسائل روز و نیازهای رو به رشد زندگی اجتماعی تطابق بیشتری دارد این است که مقتضای ذات عقد ضمان را نه می‌توان نقل ذمه دانست و نه ضم ذمه؛ بلکه بایستی نقل یا ضم ذمه‌بودن اثرضمان را از شرایط ضمن عقد محسوب کرد که طرفین در رابطه با آن می‌توانند تراضی کنند و اگر در این زمینه سکوت کرده باشند مقتضای اطلاق عقد ضمان، باید ضم ذمه طولی (ضمان وثیقه‌ای) باشد که با عرف عقلاً تطابق بیشتری دارد.

زیرا اساس ضمان بر مبنای توثیق و حفظ حقوق طلبکار می‌باشد و مجرای جریان آن همچون عقد رهن است با این تفاوت که رهن، وثیقه عینی و ضمان، وثیقه شخصی است لذا همان‌طور که طلب بستانکار از

۱- «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین به این ترتیب مقرر شده باشد».

۲- در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع کند.

عین مرهونه استیفاء نمی‌شود مگر با تعذر استیفاء طلب از شخص بدهکار (راهن)، در ضمان هم به عنوان وثیقه شخصی بستانکار حق مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب را از او ندارد مگر با تعذر استیفاء طلب خود از مضمون‌عنه به دلیل افلاس، ممانعه، غیبت و امتناع.

به بیان دیگر علت جعل ضمان، استیثاق و حفظ حقوق مضمون‌له از هلاکت است و نمی‌توان گفت برای نقل محل یا تعدد محل حق (تضامن) وضع شده است بلکه به موجب آن محلی برای صاحب حق (مضمون‌له) پدید می‌آید تا هنگام تعذر استیفاء حق خود از محل اصلی بدهی، بدان محل وثیقه‌ای مراجعه کند و حق خود را از آن وصول کند.

همچنین در اثبات مدعا باید گفت تعهد ضامن به پرداخت بدهی بدهکار اصلی و یا مدیونیت او مقابل بستانکار، فرع بر تعهد اصلی به پرداخت بدهی خود و مدیونیت اوست و طبق قاعده شریعت، فقط با تعذر اصول نوبت به فروع می‌رسد از قبیل جواز طهارت با تراب که منوط است به تعذر یا فقدان طهارت با آب. به علاوه با وجود بدهکار اصلی که متمکن از پرداخت بدهی خود می‌باشد ضامن در صدد این نخواهد بود تا خود را در معرض مطالبه بستانکار قرار دهد.

حتی در صورتی که دلیل بناء عقلا را مسامحتاً مثبت تضامن طولی (وثیقه‌ای) ندانیم - و قرینه حالیه یا مقالیه‌ای نیز برنقل یا ضم درکار نباشد - قدر متیقن این است که مورد از موارد شک می‌باشد و مجرای اصول عملیه است. بدین شرح که با ثبوت دین بر ذمه مضمون‌عنه و شک در بقاء یا سقوط آن، بقای دین (باتوجه به ملحوظ بودن سابقه)، استصحاب می‌شود و با بقای دین، تعهد ضامن، تعهدی اضافه بر تعهد مدیون اصلی خواهد بود که ماهیت آن از این نظر با ماهیت وثیقه، تطبیق می‌کند. به همین جهت، ضمان در این موارد، ضم ذمه خواهد بود، به نحوی که ذمه ضامن، وثیقه دین مضمون‌عنه، تلقی می‌شود و مراجعه به ضامن، منوط به مراجعه به مدیون اصلی و عدم ایفاء تعهد از جانب او خواهد بود.

بنابراین با توجه به بنای عقلا و دلیل فقهاتی (استصحاب) در صورت اطلاق عقد ضمان، رابطه حقوقی میان بستانکار و بدهکار اصلی همچنان پابرجاست و تعهد و مسؤولیت ضامن، تبعی و در طول مدیونیت مضمون‌عنه به شمار می‌رود و مدیون اصلی (مضمون‌عنه) بدهکار اصلی است و مضمون‌له ابتدا به وی رجوع می‌کند و در صورت عدم پرداخت بدهی به دلیل افلاس، امتناع، ممانعه و غیبت می‌تواند به ضامن رجوع کند. لذا مسؤولیت ضامن در طول مسؤولیت مدیون است و ماهیتی کاملاً وثیقه‌ای دارد (تضامن طولی).

## فهرست منابع و مأخذ

- ۱- ابن قدامه، عبدالله، بی‌تا، مغنی، جلد ۴، دارالفکر، بیروت، چاپ اول.
- ۲- السیوری، عبدالله، ۱۴۰۴، التنقیح الرائع، جلد ۲، نشر چاپخانه آیت‌الله مرعشی، قم، چاپ اول.
- ۳- امامی، حسن، حقوق مدنی، ۱۳۷۲، جلد ۲، انتشارات اسلامی، تهران، چاپ هشتم.
- ۴- باقری، احمد، ۱۳۸۲، بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی، ضامن، حواله، کفالت، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
- ۵- بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵، الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، جلد ۲۱، دارالاضواء، بیروت، چاپ دوم.
- ۶- جزیری، عبدالرحمان، بی‌تا، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۳.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۵۲، عقد ضامن، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، تهران، چاپ اول.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۹- حرعاملی، وسایل الشیعه، بی‌تا، جلد ۱۳، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۱۰- حلی، جعفرابن الحسن بی‌تا، مختصر النافع فی فقه الامامیه، دارالکتاب العربی، مصر.
- ۱۱- خمینی(ره)، روح‌الله، ۱۳۷۹، کتاب البیع، جلد اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، چاپ اول.
- ۱۲- خوانساری، احمد، ۱۳۸۷، جامع المدارک، جلد ۳، مکتبه الصدوق، تهران، چاپ اول.
- ۱۳- دمیرچیلی، محمد، بی‌تا، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات دادستان، تهران، چاپ نهم.
- ۱۴- دهخدا، علی‌اکبر، ۱۳۷۳، لغتنامه، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
- ۱۵- سیواسی، بی‌تا، شرح فتح القدر، جلد ۵.
- ۱۶- شهیدثانی، ۱۴۰۳، لمعه دمشقیه، جلد ۴، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ دوم.
- ۱۷- شوکانی، بی‌تا، محمد، نیل الاوطار، جلد ۵.
- ۱۸- شیخ نظام، بی‌تا، فتاوی الهندیه، جلد ۶.

- ۱۹- طاهری، حبیب‌الله، ۱۳۷۵، حقوق مدنی ۷ و ۶، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۲۰- طباطبائی حکیم، محسن، بی‌تا، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۳، مطبعه الآداب، نجف.
- ۲۱- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، ۱۴۲۰، العروه الوثقی، جلد ۵، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۲۲- طوسی، ابوجعفر محمدابن الحسن، بی‌تا، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، مکتبه المرتضویه.
- ۲۳- طوسی، ابوجعفر محمدبن الحسن، ۱۴۰۹، خلاف، جلد سوم، مؤسسه نشر اسلامی، طبع جدید.
- ۲۴- عابدین، محمد، بی‌تا، رد المحتار، جلد ۴.
- ۲۵- عدل، منصورالسلطنه (مصطفی)، ۱۳۴۲، حقوق مدنی، نشرامیرکبیر، تهران، چاپ هفتم.
- ۲۶- عمید، حسن، ۱۳۶۳، فرهنگ عمید، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ اول.
- ۲۷- عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۲، موجبات ضمان، نشر میزان، تهران، چاپ اول.
- ۲۸- فیض، علیرضا، ۱۳۸۱، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ سیزدهم.
- ۲۹- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد [ضمن قهری]، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
- ۳۰- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ هشتم.
- ۳۱- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، دوره مقدماتی حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۲، نشر گنج دانش، تهران، چاپ پنجم.
- ۳۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، تهران، چاپ نهم.
- ۳۳- مرغینانی، بی‌تا، هدایه (هامش شرح فتح القدیر)، جلد ۵.
- ۳۴- محقق ثانی، ۱۴۰۸، جامع المقاصد، جلد ۵، مؤسسه آل البیت، قم، چاپ اول.
- ۳۵- محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۴۰۹، جلد ۳، به شرح عبدالزهراء حسینی، دارالزهراء، بیروت، چاپ اول.
- ۳۶- محقق داماد، مصطفی، ۱۳۶۶، مقاله عقد ضمان، فصلنامه حق، شماره ۱۲،
- ۳۷- معین، محمد، ۱۳۸۲، فرهنگ فارسی معین، جلد ۲، نشر سی گل، تهران، چاپ اول.

- ۳۸- مغنیه، محمدجواد، ۱۴۰۲، فقه الامام جعفر الصادق، جلد ۴، دارالجواد، بیروت، چاپ چهارم.
- ۳۹- موسوی بجنوردی، محمد، ۱۳۸۵، عقد ضمان، نشر مجد، تهران، چاپ اول.
- ۴۰- موسوی بجنوردی، محمد، بی‌تا، مقاله عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی، پژوهشنامه متین، شماره ۷.
- ۴۱- نجفی، محمدحسن، ۱۳۸۱، جواهر الکلام، جلد ۲۶، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.