

# واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان

## در ادبیات فقه و حقوق شیعه\*

□ سیدعلی جبار گلباغی ماسوله<sup>۱</sup>

### چکیده

در ادبیات فقه شیعه، قالب‌شناسی اعمال فقهی حقوقی، یکی از قواعد عمومی معاملات است. گاه فقیهان شیعه درباره قالب‌شناسی برخی از اعمال فقهی حقوقی، به اختلاف سخن می‌گویند. ضمان در شمار اعمالی است که قالب‌شناسی آن، محل اختلاف است؛ مشهور فقهای شیعه، ضمان را عقد می‌دانند، و در مقابل، فقیهانی دیگر آن را ایقاع می‌شمارند. بررسی متون فقه شیعه نشان می‌دهد که پیروان هر یک از دو دیدگاه مذکور، بدون توجه به سیر تاریخی - که از امور مؤثر در شناخت عبارات عقلایی است - به تفسیر قالب‌شناسی ضمان روی می‌آورند.

هدف جستار حاضر، واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان در گستره ادبیات فقه شیعه است که به روش توصیفی، به بررسی آثار مکتوب مکاتب و مدارس فقهی شیعه می‌پردازد و امکان سخن را از دیدگاهی نو می‌سجد و به این نتیجه

دست می‌یابد که بر خلاف دو دیدگاه مذکور، ضمان توأمان دارای دو قالب عقد و ایقاع است و تعیین هر یک از این دو قالب، به نحوه اراده و اقدام کسانی وابسته است که به انشای ضمان مبادرت می‌ورزند؛ آنان می‌توانند حسب اراده خویش، گاه ضمان را در قالب عقد و دیگرگاه در قالب ایقاع انشاء کنند.

**واژگان کلیدی:** ضمان، ضمان ایقاعی، قالب‌شناسی ضمان.

## ۱. مقدمه

بی‌تردید شناخت کامل هر دانش، به شناخت حاصل از نگاه توأمان درونی و بیرونی به پدیده‌ها، نهادها، نظریه‌ها، مسائل، احکام و فروع آن دانش نیازمند است. به طور معمول، نوعاً آموزش، تحصیل و مطالعه هر دانش، با نگاه درونی به پدیده‌ها، نهادها، نظریه‌ها، مسائل، احکام و فروع آن دانش انجام می‌یابد و تاریخ ادبیات و واکاوی و بررسی تاریخی پدیده‌ها، نهادها، نظریه‌ها، احکام و فروع هر دانش، بر نگاه بیرونی به آن‌ها مبتنی است. در ادبیات متداول مدرسه‌ای فقه و حقوق شیعه، معاملات و اعمال فقهی حقوقی، به دو قالب عقد و ایقاع محدود و محصور است و هر عمل فقهی حقوقی که محصول اراده است، تنها و تنها در یکی از دو قالب عقد و ایقاع، امکان وجود دارد. با بروز پدیده‌های نو در گستره معاملات، که در نتیجه آن، تقسیم اعمال فقهی حقوقی به دو گونه معین و غیر معین، در ادبیات فقه و حقوق رسمیت می‌یابد، اعمال فقهی حقوقی غیر معین نیز از شمول اعتقاد حصرگرایانه مذکور بیرون نمی‌ماند.

توجه به این واقعیت که گاه بروز اعمال فقهی حقوقی غیر معین، خود از تنگنای اعمال اراده در قالب‌های متداول عقود و ایقاعات معین حکایت دارد، در کنار التفات به نقش بنیادی اراده در ایجاد قالب‌های معاملات، می‌تواند این نگاه و تقسیم حصرگرایانه را با تردید مواجه سازد که همه اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، تنها و تنها به دو گونه عقد و ایقاع تقسیم می‌شوند؛ چنان که می‌تواند این اعتقاد را نیز با تردید مواجه سازد که ایجاد و انشاء هر عمل فقهی حقوقی معین و غیر معین، تنها و تنها در یکی از دو قالب عقد و ایقاع ممکن و میسر است و در نتیجه حصر و قصر مذکور، انشاء عمل واحد فقهی حقوقی، گاه در قالب عقد و دیگرگاه در قالب

ایقاع امکان‌ناپذیر است.

بررسی میراث مکتوب فقه شیعه، از عدم اتفاق دانشیان فقه شیعه دربارهٔ قالب‌شناسی برخی از اعمال فقهی حقوقی معین گزارش می‌دهد. ضمان از اعمال فقهی حقوقی معینی است که در شمار معاملاتی قرار دارد که دانشیان فقه شیعه، دربارهٔ قالب‌شناسی آن دارای اختلاف نظر هستند. مشهور فقیهان شیعه، قالب ضمان را به عقد تفسیر می‌کنند و در برابر، شماری از دانشیان نام‌آشنای فقه شیعه، از امکان ایجاد و انشای ضمان در قالب ايقاع سخن می‌رانند و امکان سخن از این گمانه را فراهم می‌آورند که انشای ضمان در قالب عقد، منافی انشای آن در قالب ايقاع نیست و از این رو، تعیین قالب ایجاد و انشای ضمان، به اراده و اقدام متعاملان وابسته است.

نگاه بیرونی، واکاوی تاریخی و بررسی پیشینهٔ پدیده‌ها، نهادها، دیدگاه‌ها و نظریه‌ها، مسائل، احکام و فروع علمی هر دانش، امکان اعتبارسنجی و نیز دریافت توانایی اجزاء مذکور را برای اصطیاد و یا فراهم آوردن تولیدات جدید علمی، بیش از پیش نمایان می‌سازد. وقوف بر نقطهٔ آغازین و مبانی تاریخی بروز یک دیدگاه و سیر آن در گذر زمان، در کنار پی‌جویی این روند در خصوص دیدگاه‌های مجاور و همسوی آن، امکان شناخت اصالت، بهرهٔ واقعیت‌مانندی، جایگاه و توانمندی تاریخی گذشته و آیندهٔ آن دیدگاه را در گسترهٔ دانش مربوط و ادبیات آن فراهم می‌آورد؛ امکان داوری دربارهٔ امتداد حیات آن را آسان می‌سازد و زمینه‌های به‌کارگیری آن را در توجیه اشکال نوین و روند رشد دانش نمایان می‌دارد. از این روست که در کنار نگاه متداول درونی به قالب‌شناسی ضمان - که دلایل و مبانی فراتاریخی هر یک از دو دیدگاه مشهور و غیر مشهور را دربارهٔ تفسیر قالب‌شناسی ضمان می‌جوید- نگاه بیرونی و واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان در گسترهٔ ادبیات فقه شیعه ضرورت می‌یابد. اینکه تاریخ ادبیات فقه شیعه، از روند بروز تفاسیر قالب‌شناسی ضمان و جریان حیات آن‌ها در مکاتب و مدارس فقهی فقه شیعه و نیز بهرهٔ واقعیت‌مانندی آن‌ها، چه گزارشی بیان می‌دارد، پرسش عمدهٔ جستار شخص محوری را سامان می‌دهد که پژوهشی بنیادی به روش توصیفی و به شیوهٔ کتاب‌خانه‌ای در نیل پاسخ به آن اهتمام می‌ورزد و نوشتار پیش رو نیز به گزارش آن می‌پردازد.

## ۲. قالب‌شناسی ضمان در احادیث فقهی شیعه

احادیث فقهی شیعه، نقطه آغازین تولید ادبیات دانش فقه شیعه به شمار می‌آیند. از این رو، واکاوی تاریخی هر پدیده فقهی حقوقی، از جستجو در احادیث فقهی آغاز می‌شود. بررسی مجموعه‌های احادیث فقهی شیعه، از وجود روایات صحیح و موثق گزارش می‌دهد که به ظهور خویش از ایقاع بودن ضمان حکایت دارند (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۱۹/۱۸، ۲، ح ۱ و ۳۴۶، ۱۴، ح ۲ و ۴۲۲-۴۲۵، ۲، ح ۳، ۳-۱، ح ۴، ح ۱ و ۸۶/۱۹، ۸، ح ۱؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۳/۴۳۶-۴۳۷، ۳، ح ۴-۱).

به گواهی تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، دانشیان فقه شیعه تا مدت‌ها، از میان روایاتی که در ایقاع بودن ضمان ظهور دارند، تنها به بیان دو مرسله جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری بسنده می‌کنند - که شیخ طوسی در کتاب *خلاف*، برای ایقاع خواندن ضمان، به آن‌ها استدلال می‌آورد (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۳/۳۱۴) - و سخن درباره دیگر روایات را به سکوت وا می‌گذارند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲/۸۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۱/۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۱۸۴-۱۸۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۵/۳۱۹)؛ واقعیتی که صاحب *حدائق* نیز به گزارش آن می‌پردازد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۲/۲۱).

ظاهراً محقق اردبیلی نخستین فقیه شیعی است که در کنار سخن از مرسله‌های مورد استدلال شیخ طوسی، به دیگر روایاتی توجه نشان می‌دهد که می‌توان از ظاهر آن‌ها، ایقاع بودن ضمان را استنباط کرد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۸). پس از محقق اردبیلی، فقیهان شیعه به بررسی این روایات روی می‌نهند و در نقض و ابرام استناد به آن‌ها سخن می‌گویند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/۵۹۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۱۰-۱۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۲۶۴-۲۶۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۳۹۳؛ نجفی، بی‌تا: ۲۶/۱۲۵-۱۲۶)؛ هرچند که گاه برخی همچنان، تنها به بیان همان دو مرسله مورد استناد شیخ طوسی بسنده می‌کنند (فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۳؛ آل عصفور، بی‌تا: ۱۲/۳۵۵).

شاید بتوان پاسخ چرایی بسنده کردن فقیهان شیعه را به بحث از دو مرسله مورد استناد شیخ طوسی، در این واقعیت یافت که تاریخ ادبیات فقه شیعه، تا مدت‌ها برای اثبات ایقاع بودن ضمان، به جز استناد به دو مرسله جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری، از

استدلال به روایت دیگری گزارشی نمی دهد.

به نظر می رسد اعتقاد مشهور به اینکه ضمان، دارای ماهیتی انتقالی است، در کنار وجود روایاتی چند که می توان از آن ها برای عقد خواندن ضمان سود جست و نیز التفات به این واقعیت که نوعاً تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، تا مدت ها به جز شیخ طوسی - که خود درباره قالب شناسی ضمان، دارای دو دیدگاه متعدد و متفاوت است - فقیه نام آشنای دیگری معرفی نمی کند که از ایقاع بودن ضمان سخن راند و غیر از دو مرسله مذکور، به روایت دیگری استدلال آورد که در ایقاع بودن ضمان ظهور دارد، مجموعه اموری هستند که گمانه چرایی مخالفت مشهور را با روایاتی پیش رو می نهد که ضمان را ایقاع می شمردند.

### ۳. قالب شناسی ضمان در مکاتب فقهی شیعه

بررسی نوشته های نگارش یافته در تاریخ فقه شیعه، از وجود شیوه های متعدد و متفاوت برای بیان ادوار و مکاتب فقهی شیعه گزارشی می دهد. تقسیم مکاتب فقهی شیعه به مکتب فقیهان راوی، مکتب بغداد، مکتب حله، مکتب نجف و مکتب قم، یکی از تقسیمات مکاتب فقهی شیعه است که در این نوشته، برای واکاوی تاریخی قالب شناسی ضمان، متبع است.

#### ۳-۱. مکتب فقیهان راوی

بررسی نوشته های فقهی برجای مانده و در دسترس از فقهای مکتب فقیهان راوی، این واقعیت را نمایان می سازد که در این نوشته ها، تصریحی به ایقاع شمردن و یا عقد خواندن ضمان یافت نمی شود، تا به استاد آن بتوان دیدگاه مشهور و غیر مشهور نزد فقیهان این مکتب را بیان داشت؛ چه اینکه سبک ادبی نگارش متون فقهی فقیهان این مکتب، بر تبویب روایات حسب موضوعات و ابواب فقهی متداول آن دوران، و یا بر بیان متن روایات، بدون تحلیل و اظهار نظر اجتهاد فقهی استوار است. افزون بر اینکه به گواهی ادبیات فقه شیعه، بحث از قالب شناسی اعمال فقهی حقوقی نیز نوعاً در مکاتب فقهی متأخر از این مکتب، مشهود و مرسوم است.

### ۲-۳. مکتب بغداد

بررسی ادبیات مکتوب مکتب فقهی بغداد، به گرایش عمومی فقیهان این مکتب به عقد دانستن ضمان گواهی می‌دهد (مفید، ۱۴۱۳: ۸۱۳؛ سَلَّارِ دِیْلَمِی، ۱۴۰۴: ۲۰۰؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۲۳/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۱/۲)؛ هرچند که شیخ طوسی در کتاب **خلاف** و به تبع وی طبرسی در کتاب **المؤتلف**، ضمان را ایقاع می‌خوانند و به گونه‌ای به چیدمان واژگان بحث خود می‌پردازند که وجود هر دو گرایش عقد دانستن و ایقاع شمردن ضمان را بین فقیهان شیعه آن دوران القاء می‌کند (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۳۱۳/۳؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۸۳/۱).

ادبیات مکتوب مکتب فقهی بغداد، برای هر یک از دو دیدگاه بیان‌شده دربارهٔ قالب‌شناسی ضمان، تنها به گزارش دلایلی بسنده می‌کند که شیخ طوسی در دو کتاب **خلاف** و **مبسوط** خویش بیان می‌دارد. شیخ طوسی -به قرائت کتاب **خلاف**- و فقیهان معاصر وی که از ایقاع بودن ضمان سخن می‌رانند، روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری را دلیل ایقاع بودن ضمان می‌دانند و فقیهانی که ضمان را عقد می‌شمارند، به این دلیل عقلی استدلال می‌آورند که ضمان، اثبات حق مضمون<sup>۱</sup> له بر ذمهٔ ضامن است و همانند دیگر حقوق، بدون رضایت ذی‌حق امکان‌پذیر نیست؛ از این رو، گریزی از اعتبار رضایت مضمون<sup>۱</sup> له باقی نمی‌ماند (۱۴۰۷ الف: ۳۱۴/۳؛ همو، ۱۳۸۷: ۳۲۳/۲). شیخ طوسی در کتاب **خلاف** به هنگام سنجش بین این دو دلیل، نظر خویش را چنین می‌نگارد:

«والأول ألیق بالمذهب؛ لأنَّ الثانی قیاس، ونحن لا نقول به» (۱۴۰۷ الف: ۳۱۴/۳)؛ دیدگاه نخست، سزاوارتر به مذهب امامیه است؛ زیرا دیدگاه دوم، بر قیاس مبتنی است و ما [فقیهان امامی] قائل به قیاس نیستیم.

نکته قابل توجه دربارهٔ شیخ طوسی، تنها این نیست که تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، او را نخستین فقیه نام‌آشنای شیعه می‌شناسد که از ایقاع بودن ضمان سخن می‌گوید، بلکه دو دیدگاه متقابلی است که وی در دو کتاب **خلاف** و **مبسوط** بیان می‌دارد؛ چه اینکه شیخ طوسی در کتاب **خلاف**، قبول و رضایت مضمون<sup>۱</sup> له را شرط صحت ضمان نمی‌داند و به ایقاع بودن ضمان می‌گراید و این سخن را که ضمان، عقد است و انشای آن، به قبول و رضایت مضمون<sup>۱</sup> له نیازمند است، قول قیل می‌خواند و چنین می‌نویسد:

«لیس من شرط صحّة الضمان رضاها أيضًا وإن قيل: إن من شرطه رضا المضمون له، كان أولى» (همان: ۳/۳۱۳)؛ همچنین رضایت هر دوی ضامن و مضمون له، شرط صحت ضمان نیست و اگرچه گفته شده است: بهتر این است که رضایت مضمون له، شرط صحت ضمان باشد.

با این وصف، شیخ طوسی در کتاب مبسوط - بر خلاف کتاب خلاف -، رضایت مضمون له را برای تحقق ضمان گریزناپذیر می‌شمارد و ضمان را عقد می‌خواند و این سخن را که ضمان، ایقاع است و انشای آن، از قبول و رضایت مضمون له بی‌نیاز است، قول قیل معرفی می‌کند:

«وأما المضمون له فلا بد من اعتبار رضاه... وقيل: إنّه لا يحتاج إلى رضاه» (۱۳۸۷: ۲/۳۲۲)؛ و اما گریزی از اعتبار رضایت مضمون له نیست... و گفته شده است که بی‌شک به رضایت او نیازی نیست.

بررسی و مقایسه عبارات دو کتاب خلاف و مبسوط، این گمانه را نیرو می‌بخشد که تفاوت رأی شیخ طوسی در این دو کتاب، از تغییر و تبدیل اندیشه وی درباره برخی از ویژگی‌های انشاء و ایجاد ضمان نشئت می‌گیرد.

همچنین درنگ در عبارات کتاب خلاف، پرسشی متوجه شیخ طوسی می‌سازد که درباره مواجهه مشهور دانشیان فقه شیعه با روایات مشعر به ایقاع بودن ضمان مطرح است؛ چه اینکه شیخ طوسی، در حالی برای ایقاع خواندن ضمان، به دو مرسله ابوسعید خُدّری و جابر بن عبدالله بسنده می‌کند که خود در کتاب تهذیب به نقل روایاتی می‌پردازد که می‌توان از ظهور آنها، ایقاع بودن ضمان را استنباط کرد (۱۴۰۷: ۶/۱۸۳، ح ۳۷۸ و ۱۸۰/۷، ح ۷۹۲ و ۱۶۷/۹، ح ۶۸۲)، ولی شیخ طوسی به آنها استدلال نمی‌آورد.

توجه به تطبیقی بودن کتاب خلاف و شیوه شیخ طوسی برای استدلال در تمامی مباحث ضمان کتاب خلاف - بدین گونه که تنها به روایات مورد پذیرش اهل سنت بسنده می‌کند -، این گمانه را نیرو می‌بخشد که شیخ طوسی به جهت الزام فقهای عامه است که برای ایقاع خواندن ضمان، تنها به دو روایت ابوسعید خُدّری و جابر بن عبدالله استدلال می‌آورد و از روایات دیگری سود نمی‌جوید که می‌توان از ظهور آنها ایقاع بودن ضمان را استنباط کرد.

هرچند شیخ طوسی، به روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری، بدون ذکر سند و به صورت مرسله استناد می‌کند، ولی این روایات در مجامع حدیثی اهل سنت دارای اسناد متعددی هستند که بنا بر مبانی خود اهل سنت، برخی از اسناد و طرق روایی آن‌ها صحیح تلقی می‌گردد (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۲۵۲/۳، ح ۳۳۴۵؛ نسائی، ۱۴۰۶: ۶۵/۴، ح ۱۹۶۳-۱۹۶۰؛ دارقطنی، ۱۳۸۶: ۷۹-۷۸/۳، ح ۲۹۳-۲۹۱؛ بیهقی، ۱۴۱۴: ۷۴-۷۲/۶، ح ۱۱۱۷۷-۱۱۱۸۱ و ۱۱۱۸۳) و ظاهراً شیخ طوسی نیز این روایات را معتبر به شمار می‌آورد؛ چه اینکه از یک سو در کتاب مبسوط، برای عدم نیازمندی ضمان به رضایت مضمون‌عنه، به این روایات استناد می‌جوید (۱۳۸۷: ۳۲۲/۲) و از دیگر سو در کتاب تهذیب، مضمون همین دو مرسله را به طریق صحیح (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۵۱۷/۶؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۴۳/۱۹؛ همو، ۱۴۰۶: ۴۸۷/۹) از امام صادق روایت می‌کند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۳/۶، ح ۳۷۸)؛ همان گونه که پیش از وی، کلینی و شیخ صدوق نیز به نقل این روایت می‌پردازند (کلینی، ۱۴۰۷: ۹۳/۵، ح ۲؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۲/۳، ح ۳۶۸۳).

### ۳-۳. مکتب حلّه

بررسی ادبیات فقه مکتب حلّه نشان می‌دهد که غالب دانشیان فقه مکتب حلّه، همانند فقیهان مکتب بغداد، ضمان را عقد می‌شمارند (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۶۹/۲؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۱۵؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۸۹-۸۸/۲؛ همو، ۱۴۱۲: ۳۷/۲؛ ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵: ۳۰۱؛ همو، ۱۳۹۴: ۸۹؛ علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۴۰۱/۱؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۲۰: ۵۵۸-۵۵۷/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۷۹/۱۴؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۱۵۵/۲؛ همو، ۱۴۱۳ ب: ۴۵۷/۵؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۹۴/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۹/۴-۱۲۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۴ و ۱۸۰-۱۸۱؛ سیوری حلّی، ۱۴۰۴: ۱۸۴-۱۸۳/۲؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۵۲۱/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۸/۵ و ۳۱۹)؛ اگرچه گاه در این میان، نواخت سخن برخی از دانشیان فقه این مکتب، آهنگی دیگر دارد.

هرچند ظاهراً علامه حلّی در قواعد با تردید از عقد شمردن ضمان سخن می‌گوید:

«المضمون له وهو مستحقّ الدین، ولا یشرط علمه عند الضامن، بل رضاه، وفی اشتراط قبوله احتمال» (۱۴۱۳ الف: ۱۵۷/۲)؛ مضمون‌له همان کسی است که مستحقّ دین است و عالم بودن او به ضمان، نزد ضامن شرط نیست، بلکه رضایت وی نیز شرط نیست و یک احتمال، شرط بودن قبول اوست.



از این رو، تاریخ ادبیات فقه شیعه نیز این عبارت را نخستین گرایش به ایقاع خواندن ضمان در مکتب حله می‌شناسد، لیک واقعیت این است که علامه حلی تقریباً در تمامی کتب فقهی خود و نیز در آغاز مقصد ضمان کتاب قواعد، به عقد دانستن ضمان تصریح می‌کند و باور خویش را دربارهٔ قالب انشای ضمان نمایان می‌سازد (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۱/۱؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۱۵۵/۲؛ همو، ۱۴۱۳ ب: ۴۵۷/۵؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۷۹/۱۴؛ همو، ۱۴۲۰: ۵۵۸-۵۵۷/۲).

علامه حلی با اختصاص دادن مسئله‌ای از مسائل کتاب *مختلف الشیعه* به بیان دو دیدگاه مختلف شیخ طوسی دربارهٔ رضایت مضمون‌له، به نقادی ایقاع دانستن ضمان و دفاع از عقد شمردن آن برمی‌خیزد. وی پس از ذکر دلایل هر یک از دو دیدگاه مختلف شیخ طوسی در دو کتاب *خلاف و مبسوط*، دیدگاه شیخ را در کتاب *مبسوط*، اقرب به واقع می‌خواند و برای ناپذیرفتنی نمایاندن استدلال به دو روایت جابر بن عبدالله و ابوسعید خدری، به «قضیه فی واقعه» بودن این روایات حکم می‌دهد و از این ادعا سخن می‌راند که همچنان که دو روایت مذکور، دلالتی بر لزوم رضایت مضمون‌له ندارند، دلالت‌گر بر عدم لزوم رضایت نیز نیستند (همو، ۱۴۱۳ ب: ۴۵۷-۴۵۶/۵؛ شیوه‌ای انتقادی که پس از وی، شماری از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، آن را دنبال می‌کنند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۱/۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۸۵/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۹/۵؛ آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۵/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۴/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۳/۱۶؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۴/۲۶).

علامه حلی در پایان، به بیان دلایل دیدگاه برگزیدهٔ خویش روی می‌نهد و برای اثبات عقد بودن ضمان، به دو روایت عبدالله بن سنان و عیسی بن عبدالله استدلال می‌آورد (۱۴۱۳ ب: ۴۵۸-۴۵۷/۵). از این هنگام، استاد به روایات مذکور برای عقد شمردن ضمان، در ادبیات فقه شیعه راه می‌یابد و فقیهان پس از علامه حلی، به آن‌ها تمسک می‌جویند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۱/۴؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۹۳/۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۳/۳؛ آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۴/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۳-۲۶۲/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۵/۱۶؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۴/۲۶).

فخرالمحققین، دیگر فقیه نامدار مکتب حله، در کتاب *ایضاح الفوائد* ذیل توضیح

عبارت: «وفی اشترط قبوله احتمال» (و یک احتمال، شرط بودن قبول مضمون<sup>۱</sup>له است)، علت تردید علامه حلّی را وجود دلایلی می‌داند که برای هر یک از عقد و ایقاع شمردن ضمان قائم است. فخرالمحققین پس از اینکه معاوضی، تملیکی و انتقالی بودن ضمان را سه دلیل برای عقد شمردن ضمان بیان می‌دارد، ایقاع دانستن ضمان را بر عقد شمردن آن برتری می‌دهد (فخرالمحققین حلّی، ۱۳۸۷: ۸۴/۲). از این رو، تاریخ ادبیات فقه شیعه، او را نخستین فقیه نام‌آشنای مکتب حلّه می‌شناسد که به ایقاع خواندن ضمان می‌گراید.

اینکه ضمان، اعانه مضمون<sup>۲</sup>عنه است و اعانه از قواعد معاملات پیروی نمی‌کند تا در برابر ایجاب، به قبول نیازمند باشد، در کنار استناد به آیه ۷۲ سوره یوسف، و تمسک به روایت ضمان امام علی<sup>علیه السلام</sup> از میت، بدون اینکه قبول مضمون<sup>۳</sup>له گزارش گردد و اینکه در روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری، پیامبر اکرم<sup>صلی الله علیه و آله</sup> از امری عام‌البلوی می‌پرسد و اگر رضایت مضمون<sup>۴</sup>له شرط انشاء و ایجاد ضمان می‌بود، حتماً رسول خدا<sup>صلی الله علیه و آله</sup> پرسش از رضایت مضمون<sup>۵</sup>له را فرو نمی‌گذاشت، چهار دلیلی است که فخرالمحققین برای گرایش به ایقاع دانستن ضمان، به آن‌ها استدلال می‌آورد (همان).

البته فخرالمحققین در پایان، به این نکته نیز توجه می‌دهد که برخی، روایات مذکور را قضیه فی واقعه می‌پندارند و عدم نقل و سؤال را دالّ بر شرط نبودن رضایت مضمون<sup>۶</sup>له نمی‌دانند (همان).

قَطّان حلّی، دیگر دانشی فقه مکتب حلّه، معتقد به تفکیک رضایت مضمون<sup>۷</sup>له از قبول وی می‌باشد؛ شیوه‌ای که پیش از او در ادبیات فقه شیعه مرسوم نیست: «ویشترط رضاه؛ لا العلم به، ولا القبول، بل عدم الردّ» (۱۴۲۴: ۴۳۶/۱)؛ و رضایت مضمون<sup>۸</sup>له شرط است؛ نه علم او به ضمان و نه قبول وی، بلکه عدم ردّ وی نیز شرط نیست.

قَطّان با تصریح به عدم نیازمندی ضمان به قبول، گرایش خویش را به ایقاع دانستن ضمان پنهان نمی‌دارد (همان). از این رو، در هیچ جای مقصد ضمان کتاب خود، واژه عقد را برای ضمان به کار نمی‌برد؛ چنان که به هنگام سخن از صیغه ضمان، تنها به بیان صیغه ایجاب بسنده می‌کند.

نکته قابل تأمل درباره جمله‌ای که قَطّان حلّی به کار می‌برد و بین قبول و رضایت

مضمون‌له تفکیک می‌کند، ایجاد گرایش در دیدگاه ایقاع دانستن ضمان است. از این رو، شهید ثانی در کنار دیدگاه لزوم قبول مضمون‌له، که خود به آن می‌گراید، از دو گرایش دیگر سخن می‌راند؛ گرایشی که ضمان را از رضایت و قبول مضمون‌له بی‌نیاز می‌شمارد و گرایشی که هرچند تحقق ضمان را به قبول مضمون‌له وابسته نمی‌داند، ولی گریزی از رضایت مضمون‌له برای تحقق ضمان نمی‌بیند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۱۹/۴-۱۲۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۴-۱۸۱).

اگرچه قَطان حلی برای گرایشی که برمی‌گزیند، دلیلی بیان نمی‌دارد، لیک شهید ثانی ناقل بودن ضمان و مختلف بودن آدمیان را در حسن معامله و سهولت ادای دین، دلیل این گرایش برای نیازمندی به رضایت مضمون‌له معرفی می‌کند؛ دلایلی که پیروان دیدگاه مشهور، برای عقد شمردن ضمان بیان می‌دارند. شهید ثانی افزون بر این سخن، اصل عدم اشتراط و وفای دین بودن ضمان را نیز دلیل گرایش به بی‌نیازی ضمان از قبول می‌نمایاند (همان‌ها).

همچنین شهید ثانی برای نخستین‌بار در تاریخ ادبیات مکتوب فقه شیعه، لزوم رضایت مضمون‌له را به مشهور نسبت می‌دهد (همو، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۴) و پس از وی، برخی از دانشیان فقه شیعه نیز به نقل این شهرت می‌پردازند (سیزواری، ۱۴۲۳: ۵۹۳/۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۳/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۰/۲۱؛ آل عصفور، بی‌تا: ۲۵۴/۱۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۵/۱۶).

هرچند شهید ثانی برای لزوم رضایت مضمون‌له، ادعای شهرت را دستاویز می‌سازد، ولی رضایت را مترادف قبول نمی‌داند؛ بلکه آن را اعم از قبول می‌شمارد و از این رو، دلیلی مستقل برای هر یک ارائه می‌دهد؛ ناقل بودن ضمان، متفاوت بودن مردمان در حسن معامله و سهولت قضای دین و صحیحۀ عبدالله بن سنان را دلایل مشهور بیان می‌دارد و خود برای لزوم قبول در کنار وجود رضایت مضمون‌له، چنین استدلال می‌آورد که ضمان عقد است و مانند هر عقد دیگر، نیازمند قبول است. افزون بر این، اگر تحقق ضمان، به قبول وابسته نگردد، استصحاب بقای اشتغال ذمه مضمون‌عنه جاری می‌شود، حق مضمون‌له از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن انتقال نمی‌یابد و ذمه ضامن از اشتغال سالم می‌ماند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۴-۱۸۱).

محقق کرکی بی توجه به مخالفت فقیهان نام آشنا و ناآشنا، عقد دانستن ضمان را امری اجماعی می‌شمارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۹/۵)؛ ادعایی که ظاهراً وی برای نخستین بار بیان می‌دارد. هرچند برخی از دانشیان فقه شیعه، به نقل اجماع ادعایی محقق کرکی روی می‌آورند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۲/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۱/۱۶ و ۳۹۵: نجفی، بی تا: ۱۲۳/۲۶)، لیک این ادعا، از مخالفت برخی دیگر از فقیهان شیعه همچون آل عصفور بحرانی به دور نمی‌ماند. وی که ضمان را عقد به شمار می‌آورد، تصریح می‌کند که وابستگی ضمان به رضایت مضمون‌له، امری اجماعی و اتفاقی نیست (آل عصفور، بی تا: ۳۵۴-۳۵۳/۱۲).

### ۴-۳. مکتب نجف

همراهی با مشهور و اعتقاد به عقد بودن ضمان، جریان عمومی در مکتب نجف است. برخی از دانشیان فقه این مکتب که به پیروی از دیدگاه مشهور، ضمان را عقد می‌شمارند، می‌کوشند تا پیشینه اجماعی را که محقق کرکی مدعی آن است، به قبل از وی دیرین سازند. صاحب *ریاض المسائل* بر این باور است که ابن زهره در کتاب *غنیة النزوع*، از اجماع بر لزوم رضایت مضمون‌له سخن می‌راند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۲/۹). وی در حالی این ادعا را بیان می‌دارد که کتاب *غنیة النزوع* از چنین اجماعی عاری است؛ چنان که هیچ یک از فقیهان پیش از صاحب *ریاض* نیز چنین اجماعی را از کتاب *غنیة النزوع* ابن زهره گزارش نکرده‌اند.

صاحب *مفتاح الکرامه* و ظاهراً به تبع وی صاحب *جواهر*، نه تنها در نقل اجماع از کتاب *غنیة النزوع*، با صاحب *ریاض* هم‌سخن می‌گردند، بلکه خودشان از وجود چنین اجماعی در کتاب *تحریر الاحکام* علامه حلّی نیز گزارش می‌دهند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۲/۱۶؛ نجفی، بی تا: ۱۲۳/۲۶).

به نظر می‌رسد انتساب اجماع مذکور به علامه حلّی، محصول قرائت این دانشیان فقه از ظاهر این جمله علامه در کتاب *تحریر الاحکام* باشد:

«الضمان عقد جائز بالنص والإجماع» (۱۴۲۰: ۵۵۷/۲)؛ ضمان، عقدی مشروع است به استناد نص و اجماع.

قرائتی که با واقعیت کلام علامه حلّی هماهنگ نیست؛ چه اینکه علامه، اجماع را نه برای عقد که برای جواز و مشروعیت ضمان بیان می‌دارد. آنچه درستی این سخن را گواهی می‌کند، تبیین و تفسیری است که خود علامه در پی این جمله برای نص و اجماع می‌نگارد. وی پس از تفسیر نص به آیه ۷۲ سوره یوسف و روایت نبوی: «الزعیم غارم» (ضامن، غرامت‌دهنده است)، به تفسیر اجماع روی می‌آورد و می‌نویسد:

«ولا خلاف بین العلماء کافة فی جوازه» (همان)؛ و هیچ اختلافی بین جملگی علمای فقه درباره مشروعیت ضمان وجود ندارد.

گواه دیگر بر این سخن، عبارت مشابهی است که علامه حلّی در کتاب *تذکرة الفقهاء* بیان می‌دارد:

«والضمان ثابت بالکتاب والسنة والایجماع» (۱۴۱۴: ۲۸۰/۱۴)؛ و ضمان، ثابت است به استناد کتاب و سنت و اجماع.

وی این جمله را عنوان مسئله ۴۳۷ قرار می‌دهد و آنگاه به تفسیر و تبیین این عنوان می‌پردازد. علامه پس از تفسیر کتاب به آیات ۷۲ سوره یوسف و ۴۰ سوره قلم، و تفسیر سنت به روایت نبوی: «الزعیم غارم» (ضامن، غرامت‌دهنده است) و روایات جابر بن عبدالله، ابوسعید خُدری و عیسی بن عبدالله، در تبیین اجماع می‌نویسد:

«وقد أجمع المسلمون کافة علی جوازه وإن اختلفوا فی فروعه» (همان: ۲۸۲/۱۴)؛ و البته جملگی مسلمانان، بر مشروعیت ضمان اجماع کرده‌اند؛ اگرچه درباره احکام آن به اختلاف نظر گراییده‌اند.

از این رو، چگونه می‌توان از وجود اجماع برای لزوم رضایت مضمون‌له و عقد شمردن ضمان، در کتاب *تحریر الاحکام* علامه حلّی گزارش داد؟! ناگفته نماند که پیش از صاحب *مفتاح الکرامه*، هیچ یک از دانشیان فقه شیعه به ویژه شارحان آثار فقهی علامه حلّی، اجماعی را که فاضل جواد مدعی آن است، از جمله منقول از علامه حلّی استنباط نمی‌کنند و به نقل آن از علامه نمی‌پردازند.

محقق اردبیلی این گمانه را در نگاه نخست فراهم می‌سازد که او نیز همانند برخی از دانشیان فقه پیش از خود، به ایقاع دانستن ضمان می‌گراید؛ آنجا که می‌نگارد:

«فلا یشرط القبول من المضمون له، بل یکفی ما یفید العلم برضاه» (۱۴۰۳: ۲۸۸/۹)؛

از این رو، قبول ضمان از سوی مضمون‌له شرط نیست، بلکه هر چیزی که علم به رضایت وی را افاده کند، [برای تحقق ضمان] کافی است.

چنان که صاحب *مفتاح الکرامه* و به تبع وی صاحب *جواهر* و صاحب *عروه* چنین می‌انگارند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۶/۱۶؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۶/۲۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۰/۵).

لیک درنگ در کلام محقق اردبیلی، واقعیت دیگری را پیش رو می‌نهد. آری، محقق اردبیلی تحقق ضمان را به قبول مضمون‌له مشروط نمی‌داند، ولی وی از کاربرد واژه قبول، صیغه قبول را قصد می‌کند و نه قبولی که در برابر ایجاب قرار دارد. به دیگر سخن، وی با استعمال جمله مذکور، از جواز معاطات در وقوع ضمان گزارش می‌دهد. آنچه درستی این سخن را آشکار می‌سازد، توجه به جملاتی است که محقق اردبیلی پیش و پس از بیان جمله مذکور می‌نگارد:

«وهی تدلّ علی عدم اشتراط صیغه بخصوصها، بل یکفی ما یدلّ علی أنّه یعطى وقبل ذلك ویؤیّده عموم أدلّة المسلمون عند شروطهم وصدق الضمان فلا یشرط القبول من المضمون له، بل یکفی ما یفید العلم برضاه... وكذا أصل البراءة مع عدم العلم إلا مع القبول والاتصال وسائر شرائط العقود اللازمة؛ لأنّه لا یحتاج إلى العلم، بل یکفی الظنّ المأخوذ من الدلیل الشرعیّ؛ والظاهر أنّ ما تقدّم، دلیل شرعیّ. وقد مرّ من المؤیّدات فی باب البیع أيضًا. فتأمّل وتدکّر» (۱۴۰۳: ۲۸۸/۹)؛ و روایات بر این معنا دلالت دارند که وجود صیغه مخصوصی برای ضمان شرط نیست، بلکه هر چیزی که بر این معنا دلالت کند که ضامن، دین را می‌پردازد و آن را قبول کرده است، برای تحقق ضمان کافی است و عموم ادله «المسلمون عند شروطهم» و صدق عنوان ضمان، این سخن را تأیید می‌کند. از این رو، قبول ضمان از سوی مضمون‌له شرط نیست و هر چیزی که علم به رضایت وی را افاده کند، برای تحقق ضمان کافی است... و در صورت فقدان علم به رضایت مضمون‌له، نتیجه، جریان اصل براءت و عدم تحقق ضمان است؛ مگر با ابراز قبول و اتصال بین ایجاب و قبول و وجود دیگر شرایطی که برای عقود لازم است؛ زیرا در این امور، نیازی به علم نیست و ظن حاصل از دلیل شرعی کافی است و ظاهر این است که موارد مذکور پیشین، دلیل شرعی هستند و البته پیش از این، در باب بیع نیز برخی از مؤیدات عدم نیازمندی انشای عقد به صیغه‌ای مخصوص بیان گردید. پس در این مطلب درنگ نما و آن را در ذهن خود مرور کن.

استدلالی که محقق اردبیلی برای اثبات لزوم رضایت مضمون‌له بیان می‌دارد، گواه بر این واقعیت است که وی ضمان را عقد می‌داند و ایقاع نمی‌شمارد؛ چه اینکه وی همانند دیگر فقیهان پیرو مشهور، چنین استدلال می‌آورد که ضمان، حق مضمون‌له را از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن انتقال می‌دهد و در نتیجه مضمون‌له، مالک حقی می‌شود که تا کنون مالک آن نبود و حقی از ملک او بیرون می‌رود که پیش از این، مالک آن بود و چنین چیزی بدون رضایت صاحب حق، امری بعید است. افزون بر اینکه آدمیان در انجام و وفای به معاملات متفاوت هستند.

اماره دیگری که گواهی می‌دهد محقق اردبیلی ضمان را عقد می‌داند، نقدی است که وی همانند مشهور، بر موثقه اسحاق بن عمار (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴۶/۱۸، ب ۱۴، ح ۲) و روایات جابر بن عبدالله و ابوسعید خُدَری (همان: ۴۲۲/۱۸، ب ۳، ح ۲-۳) وارد می‌سازد. محقق اردبیلی پس از اذعان به این واقعیت که روایات مذکور بر عدم اشتراط رضایت مضمون‌له دلالت دارند، با سخن راندن از امکان وجود آگاهی نسبت به رضایت مضمون‌له، اوثق و احسن بودن ضامن از مضمون‌عنه در وفای دین، به گونه‌ای که هر کسی ضمانت وی را می‌پذیرد، علم پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بر رضایت مضمون‌له، ولایت پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و ائمه اطهار عَلَيْهِمُ السَّلَام بر مؤمنان که انجام این امور را برای آنان تجویز می‌کند و انحصار عدم نیاز به رضایت مضمون‌له به موردی که مضمون‌عنه میت است، گمانه‌های خود را در توجیه سکوت و عدم پرسش از رضایت مضمون‌له در روایات مذکور بیان می‌نماید (۱۴۰۳: ۲۸۷/۹-۲۸۸).

به گواهی تاریخ ادبیات معاصر فقه شیعه، محقق یزدی از جمله دانشجویان فقه معاصر مکتب نجف است که بر خلاف اقران خویش در عقد شمردن قالب ضمان، با مشهور همراهی نمی‌کند؛ بلکه به موافقت با فقیهانی برمی‌خیزد که ضمان را ایقاع می‌خوانند و تنها انشای ایجاب را برای ایجاد ضمان کافی می‌شمارند. صاحب عروه تصریح می‌دارد که ضمان برای تحقق خویش، به قبول مضمون‌له نیازمند نیست و صرف رضایت مضمون‌له سابقاً یا لاحقاً برای صحت ضمان کافی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۰/۵ و ۴۵۵).

سید یزدی با اشاره به تئوری چند از دانشجویان فقه پیش از خود که به ایقاع بودن ضمان می‌گیرند و یا تردید خود را درباره عقد پنداشتن ضمان پنهان نمی‌دارند، می‌کوشد تا به

پیشینه دیدگاه برگزیده خویش التفات دهد. وی برای اثبات دیدگاه و عقیده خود، به روایت ضمان امام علی علیه السلام از میت تمسک می‌جوید؛ روایتی که فاقد گزارشی از قبول مضمون<sup>۱</sup> له است (همان: ۴۰۰/۵).

دیدگاهی که محقق یزدی درباره قالب انشاء و ایجاد ضمان برمی‌گزیند، برخی از شارحان و فقیهان پس از وی، آن را دنبال می‌کنند و همانند او به ایقاع بودن ضمان می‌گروند و هر یک به گونه‌ای در نقد دیدگاه و دلایل مشهور و ابرام دیدگاه صاحب عروه می‌کوشند و بدین رویه، امروزه اعتقاد به ایقاع بودن ضمان، بخشی از ادبیات معاصر فقه شیعه را در مکتب نجف سامان می‌دهد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۵۰/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱۶-۲۱۳/۲۰؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۵۳/۶).

### ۵-۳. مکتب قم

ادبیات مکتوب فقیهان مکتب قم، جریان غالب بین دانشیان فقه این مکتب را همراهی با دیدگاه مشهور و اعتقاد به عقد بودن ضمان نشان می‌دهد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۵/۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۰: ۱۲۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۹۹/۲؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۶۵/۲؛ منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۳: ۴۳۹؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۵۸؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷: ۳۷۱/۲۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۱۳۱/۲). معاوضی بودن و انتقالی بودن ضمان، عمده‌ترین دلایلی است که فقیهان مکتب قم، به تناوب برای پیروی خود از دیدگاه مشهور و عقد شمردن ضمان بیان می‌دارند (اشتهااردی، ۱۴۱۷: ۳۷۱/۲۸؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۵۸).

با این توصیف، برخی از دانشیان فقه مکتب قم، از ایقاعی بودن ضمان سخن می‌رانند. از جمله نام‌آشناترین این فقیهان، می‌توان سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی را یاد کرد. ایشان در کتاب *منهاج المؤمنین* به نقل از محقق یزدی در *العروة الوثقی* چنین می‌نگارد: «ولکن لا یبعد دعوی عدم اشتراط القبول علی حد سائر العقود اللازمة» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۰/۵)؛ ولیکن ادعای شرط نبودن قبول [برای ضمان] بر خلاف دیگر عقود لازم، سخن بعیدی نیست.

آنگاه با استعانت از این عبارت سید یزدی، همانند او با دیدگاه مشهور - که ضمان را عقد می‌شمارند - به مخالفت برمی‌خیزد و با سخن از عدم مشروط بودن انشای ضمان



به قبول مضمون<sup>۱</sup>له، و کفایت ایجاب ضامن برای انشاء و ایجاد ضمان، اعتقاد خود را مبنی بر امکان ایقاعی بودن ضمان ابراز می‌دارد (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۱۰/۲).

#### ۴. مسلک اخباریگری

بررسی نوشته‌های فقهی فقیهان اخباری مسلک، چنین گزارش می‌دهد که گروهی از اخباریان، همگرا با فقیهان اصولی، از اشتراط رضایت و لزوم قبول مضمون<sup>۱</sup>له و عقد شمردن ضمان سخن می‌گویند. این دسته از فقیهان اخباری مسلک، به ناقل بودن ضمان، اختلاف آدیان در حسن انجام معامله و سهولت قضای دین و صحیح<sup>۲</sup>ه عبدالله بن سنان استدلال می‌آورند (فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۳/۳؛ آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۳/۱۲-۳۵۴) و ضعف سندی، قضیه فی واقعه پنداشتن و ادعای قصور دلالی را نقد روایاتی می‌سازند که به ظهور خویش بر ایقاع بودن ضمان دلالت دارند (آل عصفور، بی‌تا: ۳۵۴/۱۲-۳۵۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۰/۲۱).

در برابر این گروه از فقیهان اخباری، برخی از دانشیان فقه اخباری مسلک، به گونه‌ای دیگر می‌اندیشند. بحرانی پس از اشاره به دیدگاه و دلایل مشهور و نقدی که مشهور بر دیدگاه ایقاع دانستن ضمان روا می‌سازد، به نقل روایات روی می‌آورد. وی در آغاز، صحیح<sup>۲</sup>ه عبدالله بن سنان و روایت فقه رضوی را برای دیدگاه مشهور بیان می‌دارد و درباره آن‌ها چنین اظهارنظر می‌کند که این روایات دارای معارض هستند. بحرانی آنگاه به نقل موثقه‌های اسحاق بن عمار و حسن بن جهم و صحیح<sup>۲</sup>ه‌های حبیب خنعمی و معاویه بن وهب، برای دیدگاهی می‌پردازد که ضمان را ایقاع می‌شمارد. وی از اذعان به این واقعیت روی بر نمی‌تابد که روایات مذکور صراحتاً بر عدم وابستگی ضمان به رضایت و قبول مضمون<sup>۱</sup>له دلالت می‌کنند. البته بحرانی به تأثیر از مسلک اخباریگری، به جهت معلوم نبودن وجهی که بتوان با آن به جمع بین این دو دسته از روایات نائل آمد، مسئله را محل توقف و اشکال می‌شمارد.

وی پیش از اظهارنظر نهایی، به نقد سخن شهید ثانی در کتاب مسالک روی می‌نهد و لزوم قبول مضمون<sup>۱</sup>له را برای تحقق ضمان، که شهید ثانی در تقویم آن اهتمام می‌ورزد، ادعایی صرف و بدون دلیل می‌خواند و با وجود روایات مذکور، استناد شهید ثانی را به

استصحاب، اقدامی بدون وجه می‌شمارد و تصریح می‌دارد که در هیچ روایتی به جز صحیحۀ عبدالله بن سنان، چیزی دیده نمی‌شود که بر اشتراط رضایت مضمون‌له دلالت کند و از صحیحۀ عبدالله بن سنان نیز تنها رضایت مضمون‌له به طور مطلق، با هر لفظی و یا بدون هیچ لفظی، به دست می‌آید که این خود، با ایقاع خواندن ضمان در تنافی نیست. از این رو، شهید ثانی از کدام بخش از عبارت روایت مذکور درمی‌یابد که ضمان، عقدی مشتمل بر ایجاب و قبول با ویژگی‌هایی است که وی به بیان آن‌ها می‌پردازد؟! بحرانی در پایان اعلام می‌دارد از روایات بیان‌شده دریافت می‌گردد که ضمان، ایقاعی است که برای تحقق، به بیش از انشای ایجابِ ضامن نیازمند نیست (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۴۰/۲۱).

بررسی نوشته‌های فقهی از زمان تفوق مجتهدان اصولی بر مسلک اخباری تا به امروز نشان می‌دهد که بحث قالب‌شناسی ضمان، فریگی خود را از فریگی موجود در برخی از نوشته‌های فقهی فقیهان پیشین به میراث می‌برد. در این دوره نوعاً دانشیان فقه شیعه، با نیم‌نگاهی به مطالبی که صاحب *حلائق* بیان می‌دارد، به بحث از قالب‌شناسی ضمان می‌پردازند؛ به دیدگاه مشهور می‌گرانند؛ به صراحت از اجماع و عدم خلاف برای عقد دانستن ضمان سخن می‌رانند و برای اثبات دیدگاه مشهور و همراهی با آن، تنها به بیان دلایل عقلی بسنده نمی‌کنند و به صحیحۀ عبدالله بن سنان و روایات فقه رضوی و عیسی بن عبدالله نیز استناد می‌جویند. هرچند برخی، از اذعان به ضعف سندی دو روایت اخیر گریزی نمی‌بینند، لیک می‌کوشند با توسل به اموری همانند ادعای عمل اصحاب، به انجبار این ضعف سندی نائل گردند.

این دسته از فقیهان، روایاتی را که به ظهورشان، ضمان را ایقاع می‌خوانند، با همان وجوهی به نقد می‌نشینند که فقیهان پیشین پیرو مشهور دستاویز می‌ساختند. البته هرچند برخی از این دانشیان فقه، به ناروا بودن بسیاری از وجوه انتقادی مذکور اعتراف می‌کنند، ولی با ایراد بر سند و دلالت روایاتی که در امکان ایقاع بودن ضمان ظهور دارند، بر این خواسته، اهتمام تام و کامل می‌ورزند که آن‌ها را از صلاحیت استدلال بیرون شمارند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۲-۲۶۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۱/۱۶ و ۳۹۲-۳۹۵؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۶-۱۲۳/۲۶).

## نتیجه گیری

واکاوی و مطالعهٔ قالب‌شناختی ضمان در گذر تاریخ ادبیات فقه شیعه، به وضوح، این واقعیت را نمایان می‌دارد که اعتقاد به ایقاع بودن ضمان، گزینه‌ای است که به دیرینگی گرایشی که ضمان را عقد می‌داند، در ادبیات فقه شیعه ریشه دارد و دارای پیشینه است؛ همانند آن، به وجوه عقلی معتضد است و از مستند قوی روایی برخوردار است و خلاف آنچه مشهور می‌پندارد، نمی‌توان در حجیت سندی روایاتی تردید روا داشت که در ایقاع بودن ضمان ظهور دارند. این روایات، مورد اعراض نیستند؛ چه اینکه اصحاب فقهای امامیه - اعم از مشهور و غیر مشهور - به این روایات در غیر جهت قالب‌شناسی عمل کرده‌اند و از این رو، دیگر نمی‌توان در خصوص صدور این روایات، از ادعای قضیه فی واقعه کمک جست و یا از تقیه سخن گفت.

همچنین واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان در گسترهٔ ادبیات فقه شیعه، این واقعیت را آشکار می‌سازد که ادعای اجماع و شهرت برای عقد بودن ضمان، از اصالت تاریخی برخوردار نیست و از واقعیت‌مانندی بهره‌ای ندارد. دیگر مبانی و مستندات دیدگاه مشهور نیز فراتر از امکان انشای ضمان در قالب عقد، دلالتی از خود نشان نمی‌دهد که بتوان به توانایی و کفایت آن، تفسیری برای حصر انشای ضمان در قالب عقد بیان کرد.

فقیهانی که ضمان را صرفاً عقد می‌شمارند، اگرچه نوعاً در نقد مستندات اهتمام می‌ورزند که بر ایقاع بودن ضمان ظهور و دلالت دارد، ولی هیچ‌گاه دلیلی مستقل برای لزوم حصر انشای ضمان در قالب عقد و نیز ردّ ایقاع بودن قالب ضمان و عدم امکان انشای ضمان در قالب ایقاع بیان نمی‌دارند و چنین به نظر می‌رسد که اینان به تأثیر و تأسی از این اعتقاد متداول و رایج، جانب مشهور را می‌گیرند و عقد بودن قالب ضمان را برمی‌گزینند که انشای اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، صرفاً در یکی از دو قالب عقد و ایقاع، ممکن و محصور است.

بی‌شک پذیرش این فرض که انشای اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، تنها و تنها در یکی از دو قالب ایقاع و عقد میسر و محصور است، امکان پذیرش هر

دو قالب عقد و ایقاع را برای انشای ضمان سلب می‌کند و در معارض و منافی دیدن روایات ضمان با یکدیگر نیز مؤثر است؛ تعارض و تنافی روایاتی که از عقد بودن ضمان سخن می‌گویند، با روایاتی که در ایقاع بودن ضمان ظاهر و نمایان هستند و تردیدی نیست که پذیرش چنین نگرشی، نمی‌تواند امکان این تفسیر را برای همگرایی بین روایات مذکور فراهم آورد که هر دسته از آن‌ها، ناظر و بیان‌کننده یکی از دو قالب انشای ضمان است.

از این رو، با توجه به اینکه حصر انشای اعمال فقهی حقوقی که محصول اراده هستند، به یکی از دو قالب ایقاع و عقد، امری اجتهادی و استقرایی است و عقلی و تبعدی نیست، و نیز با التفات به این واقعیت که امروزه، گاه انشای برخی از اعمال فقهی حقوقی ارادی که در گستره ادبیات فقه اعتبار می‌یابد، از چنان ظرفیتی برخوردار است که می‌توان آن را در هر دو قالب عقد و ایقاع معین واقع ساخت، در کنار عنایت به این واقعیت که اعمال فقهی حقوقی ارادی، اعتباراتی عرفی هستند و تحت حاکمیت اراده و اصل آزادی اراده قرار دارند، و همچنین با اذعان به فقدان نص شرعی خاصی که به استناد آن بتوان از حصر انشای اعمال فقهی حقوقی ارادی، تنها و تنها به یکی از دو قالب عقد و ایقاع دفاع کرد و در نتیجه آن، به تعیین قالب شرعی ضمان دست یافت و از حصر انشای ضمان به یکی از دو قالب ایقاع و عقد، به طور قاطع سخن گفت، به همراه درنگ در مبانی و مستندات هر یک از دو دیدگاه عقد و ایقاع بودن ضمان، این واقعیت به دست می‌آید که انشای ضمان، دارای دو قالب عقد و ایقاع است و می‌توان ضمان را در هر یک از دو قالب ایقاع و عقد انشاء کرد و تعیین قالب انشای ضمان، به نحوه اراده و اقدام کسانی وابسته است که بر تحقق ارادی ضمان اقدام می‌کنند و به انشای آن مبادرت می‌ورزند؛ زیرا آنان هستند که حسب اراده خویش، گاه ضمان را در قالب عقد و دیگرگاه در قالب ایقاع انشاء می‌کنند.

### کتاب شناسی

۱. آل عصفور دزازی بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن زهره حلبی، سید حمزة بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۴. ابن سعید حلّی، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۵. همو، *نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر*، قم، منشورات الرضی، ۱۳۹۴ ق.
۶. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۷. اراکی، محمدعلی، *المسائل الواضحه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۸. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۹. اشتهاودی، علی پناه، *مدارک العروه*، تهران، دار الاسوه، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة فی احکام المعترة الطاهره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. بصری بحرانی، محمد امین زین الدین، *کلمة التقوی*، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۲. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، *السنن الکبری*، مکه مکرمه، دار الباز، ۱۴۱۴ ق.
۱۳. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۶. دارقطنی، علی بن عمر، *سنن الدارقطنی*، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۸۶ ق.
۱۷. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایة الفقه المشتهر بکفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۸. سجستانی ازدی، ابوداود سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، بیروت، دار الكتاب العربی، بی تا.
۱۹. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الاحکام النبویه*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. صافی گلپایگانی، لطف الله، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.
۲۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۳. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهمدانی، ۱۴۲۰ ق.
۲۴. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۲۶. طباطبایی زیدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی (محصی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۲۹. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۳۱. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۲. همو، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. علامه حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الاذهان الى احکام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۴. همو، *تصيرة المتعلمین فی احکام الدین*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۵. همو، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۳۶. همو، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۸. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۳۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - المضاربه، ... الضمان...*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۴۲۵ ق.
۴۰. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۱. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۴۲. قطن حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۴ ق.
۴۳. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۵. مجلسی اول، محمدتقی، *روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۴۶. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۴۷. همو، *ملاذ الاخیار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۴۸. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *النهاية و نکتها*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.

۴۹. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۰. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقننه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی، *الاحکام الشرعیه*، قم، تفکر، ۱۴۱۳ ق.
۵۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی‌تا.
۵۴. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۵. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مختصر الاحکام*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۹۰ ق.
۵۶. همو، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۵۸. نسائی، ابوعبدالرحمن احمد بن شعیب بن علی خراسانی، *سنن النسائی*، چاپ دوم، حلب، المطبوعات الاسلامیه، ۱۴۰۶ ق.
۵۹. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل‌البتین، لاجیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

*Archive of SID*