

## ضمان مالم یجب

احمد باقری<sup>۱</sup>

چکیده

حکم به بطلان ضمان مالم یجب این سؤال عمده را فراروی پژوهشگران قرار می‌دهد که چگونه بیشتر قراردادها و معاملات رایج امروزی که میان افراد حقیقی و حقوقی منعقد می‌شود و وقوع آنها اجتناب‌ناپذیر است توجیه می‌شوند؟ آیا باید حکم به بطلان آنها داد؟ یا باید به گونه‌ای توجیه شوند که مصداق ضمان مالم یجب نباشند؟ در این نوشتار سعی بر آن است تا از رهگذر ارائه دلایلی که بر بطلان ضمان مالم یجب اقامه شده و نیز بررسی نمونه‌های مورد اختلاف در این زمینه و همچنین ارائه ادله‌ای که صلاحیت تایید ضمان مالم یجب را دارند، پاسخ تازه‌ای به سؤالات طرح شده داده شود. به این معنا که با تصحیح ضمان مالم یجب از طریق رد و ابطال استدلال فقیهان در بطلان آن، دیگر ضرورتی وجود نخواهد داشت که برای توجیه معاملات غیر قابل اجتناب کنونی، اندیشمندان حقوق اسلامی به تکلف افتند و توجیحات بعضاً غیر منطقی ارائه کنند.

کلید واژه‌ها دین، تعهد، ضامن، مضمون له، مضمون عنه، رهن، ابراء، عهده، اعیان مضمونه.

### طرح مسأله

ضمان در لغت به معنای تکفل، التزام، احتواء، تعهد و معانی دیگری از این قبیل است (فیومی، ۳۶۴؛ ابن منظور، ۹۸/۸) و در اصطلاح دو معنا دارد. یکی مفهوم عام و گسترده که هرگونه تعهدی را شامل می‌شود و دیگری معنای خاص و محدود که مقصود از آن تعهد به پرداخت مال از سوی شخص بری الذمه است (نک: شهید ثانی، ۱۳۳/۴).

۱. دانشیار گروه آموزشی فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تهران

گرچه برخی آن را به اثر یعنی نقل مال از ذمه بدهکار اصلی به متعهد جدید (نک: خوئی، ۱۸۲/۲) و گروهی دیگر به طبیعت و ماهیت آن یعنی تعهد به مال تعریف کرده‌اند (امام خمینی، ۲۲/۲). قانون مدنی در ماده ۶۸۴ نظریه اول را ترجیح داده، اعلام می‌دارد: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد». بنابراین برخلاف ضمان در معنای عام که همه تعهدات اعم از مالی و غیر مالی را شامل می‌شود، ضمان در معنای خاص تنها تعهدات مالی را در برمی‌گیرد. ضمان در این معنا قسیم ضمان در معنای اعم است همچنانکه حواله و کفالت نیز دو قسم دیگر برای معنای وسیع و گسترده ضمان‌اند.

به هر حال این تعهد مالی را چنانچه ناشی از قهر و حکم قانون باشد ضمان فهری و در صورتی که از قرارداد و اراده و اختیار ضامن ناشی شده باشد ضمان عقدی می‌نامند. هرگاه لغت ضمان به طور مطلق به کار رود مقصود همین معنای اخیر است.

با ملاحظه تعریف ضمان، حق مضمون یکی از ارکان عقد ضمان به شمار می‌رود چنانکه ضامن و مضمون له نیز رکن محسوب می‌شوند. در اینکه علم ضامن به میزان حق مضمون و نیز شخص مضمون له و مضمون عنه شرط صحت عقد ضمان نیست میان فقیهان اختلافی به چشم نمی‌خورد (یزدی، ۵۹۰/۲). قانون مدنی نیز در ماده ۶۹۴ و ۶۹۵ به صراحت همین معنا را مقرر می‌دارد، چراکه ضمان عقد مسامحه است و حتی در برخی موارد صرفاً یک عمل حقوقی تبرعی به حساب می‌آید و برخلاف عقود معوض، جهل و غرر آن را باطل نمی‌کند.

بدیهی است حقی که مورد ضمانت واقع می‌شود باید دارای شرائطی باشد که در آثار مکتوب فقیهان به تفصیل به آن پرداخته شده است. بطور کلی حقی را می‌شود ضمانت کرد که دو شرط داشته باشد:

۱- مالیت داشته باشد. مقصود از مال هر آن چیزی است که قابلیت بذل و منع را داشته باشد. بنابراین نمی‌توان حقوق غیر مالی مثل حضانت، ولایت یا قذف را ضمانت کرد. ولی ضمانت از عین، منفعت، عمل و نیز حق مالی صحیح خواهد بود. البته در ضمانت از عمل، شرط است که مباشرت قید آن نباشد.

۲- در ذمه ثابت شده باشد. به این معنا که عنوان مدیون بالفعل بر بدهکار صادق و

دین به ذمه او تعلق گرفته باشد و تفاوتی نمی‌کند که این مال به ذمه آمده مستقر باشد یا نه. مثلاً در بیع پس از قبض و انقضای اختیار که مشتری کالایی را به نسیه در بیع خیاری از بایع خریدیده و آن را قبض کرده، و در نتیجه متعهد به پرداخت ثمن معامله است، در چنین وضعیتی شخص ثالث می‌تواند آن را ضمانت کند. در این فرض علاوه بر اینکه مال در ذمه مدیون ثابت شده، مستقر نیز گردیده است. ضمانت از مهر پس از زفاف و نیز تعهد مقترض پس از قرض و قبض مال القرض نمونه‌های دیگری برای دین مستقر بر ذمه‌اند. از دین متزلزل هم می‌توان ضمانت کرد، چون گرچه معامله‌ای که دین را به ذمه مدیون آورده در معرض فسخ قرار دارد ولی از آنجا که موصوف به ثبوت در ذمه است قابل ضمانت خواهد بود. مانند ضمانت از دینی که در بیع خیاری و پیش از انقضای اختیار بر عهده مشتری آمده است. در مهر نیز چنانچه شخص ثالث به نفع زوج و از طرف زوج، تمام آن را ضمانت کند صحیح خواهد بود، زیرا نیمی از مهریه به محض عقد به ذمه مرد آمده و مستقر گردیده است، اما نصف دیگر آن هم گرچه به ذمه او آمده ولی چون هنوز زفاف صورت نگرفته، چنانچه پیش از آن طلاق صورت بگیرد، دین مذکور ساقط خواهد شد، از این رو این دین موصوف به تزلزل است. به هر حال آنچه در حق مضمون شرط است ثبوت آن در ذمه است خواه اثر ضمان نقل ذمه به ذمه باشد آنچنانکه فقیهان شیعه پنداشتند (حکیم، ۱۳/۲۴۴) و قانون مدنی به آن تصریح کرده است، یا ضم ذمه به ذمه باشد آن گونه که فقیهان اهل سنت به آن قائلند (زحیلی، ۵/۱۴۹ و ۱۵۰). با صرف نظر از این اختلاف اگر شخص ثالث بگوید: «مال را به فلانی قرض بده و من ضامنم یا کالا را به نسیه بفروش و من ضامنم یا اگر مال را به فلانی دادی من ضامنم»، در همه این موارد و به اجماع همه فقیهان، ضمان باطل خواهد بود، زیرا از دینی ضمانت شده که هنوز به ذمه مدیون نیامده است (نجفی، ۹/۳۲۴). فقیهان چنین ضمانتی را ضمان مالیم یجب نامیده و به اتفاق به بطلان آن حکم کرده‌اند. از این روست که گروهی از آنها می‌گویند در برابر مالی می‌شود ضامن شد که بتوان رهن گرفت (شهید ثانی، ۴/۱۲۲)، زیرا در رهن هم مانند ضمان نمی‌توان از کسی که در آینده بدهکار خواهد شد وثیقه گرفت و اساساً چنین رهنی محکوم به بطلان است. قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه در ماده ۶۹۱ اعلام می‌دارد: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل

است». گرچه این امر اجماعی است و قاطبۀ فقیهان بر آنند اما در موارد متعددی برخی به جهت اینکه آن را مصداق ضمان مالیم یجب دانسته‌اند به بطلان آن حکم کرده‌اند و به عکس، گروهی دیگر آن را ضمانت از دین ثابت در ذمه دانسته و به صحت آن حکم داده‌اند. بنابراین لازم است از سه جهت ضمان مالیم یجب را مورد بررسی قرار دهیم. ابتدا ادله بطلان ضمان مالیم یجب را ذکر کرده و سپس نمونه‌های مورد بحث را بی‌آنکه ثبوتاً یا نفیاً نسبت به آنها اظهار نظری داشته باشیم مورد بحث قرار می‌دهیم و در انتها با نقد ادله بطلان به بررسی دلایلی خواهیم پرداخت که می‌تواند مصحح و مؤید ضمان مالیم یجب باشد.

### دلیل بطلان ضمان مالیم یجب

در میان آثار مکتوب فقیهان و نیز نویسندگان کتب حقوقی، عمدتاً فقیهان به ارائه دلیل بر بطلان ضمان مالیم یجب پرداخته‌اند و اندیشمندان حقوق این آرای فقهی را بازگویی و احیاناً بررسی کرده‌اند و برخی نیز به ندرت، صرفاً مخالفت خود را با بطلان ابراز داشته‌اند اما اکثر نویسندگان کتب حقوقی با ملاحظه تبعیت قانون مدنی از این نظر فقیهان، بطلان ضمان مالیم یجب را بی‌چون و چرا پذیرفته‌اند.

حاصل آنکه با مطالعه تطبیقی آثار مکتوب فقیهان به ویژه کتبی که احکام فقهی را به صورت استدلالی مطرح می‌کنند می‌توان دو دلیل عمده بر بطلان ضمان مالیم یجب یافت:

۱- استناد به تبعی بودن عقد ضمان. ضمان مانند هر عقد دیگر دارای ویژگی‌هایی است که قهراً موجب خواهد شد احکام خاصی بر آن مترتب گردد. یکی از ویژگی‌های تبعی بودن آن، این است که تعهد ضامن تابع دینی است که مدیون اصلی بر ذمه داشته است. به عبارت دیگر ضمان وقتی قابل تحقق است که در ابتدا میان دو نفر اعم از حقیقی یا حقوقی رابطه دینی وجود داشته باشد به گونه‌ای که یکی طلبکار و متعهد له و دیگری بدهکار و متعهد باشد که در این وضعیت شخص ثالثی به واسطه عقد ضمان تعهد بدهکار را بر عهده می‌گیرد. بنابراین اگر پیشتر دینی وجود نداشته باشد منطقی نیست که شخص ثالثی آن را تعهد کند و به پرداخت آن ملتزم گردد، چرا که ضمان تابع دین و فرع بر آن است و بدیهی است وقتی که اصل یعنی دین موجود نباشد قهراً فرع یعنی ضمان هم قابل

تحقق نخواهد بود و قصد آن قصدکردن امری معدوم است که هیچ پشتوانه منطقی ندارد. ضمان در این خصوصیت با رهن و ابراء مشترک است. از این رو موضوع هر سه از این حیث که باید در ذمه ثابت شده باشند یکسان است. یعنی نه ابراء مالیم یجب صحیح است و نه رهن گرفتن در برابر دینی که در آینده قرار است به ذمه بیاید. حتی برخی از فقیهان از این جهت یکی را مبنا و الگو برای دیگری قرار داده‌اند (شهید ثانی، ۱۲۲/۴). فقیهان ابراء مالیم یجب را مانند مالیم یجب صحیح نمی‌دانند و از این رو می‌گویند اگر مالک، غاصب را از مورد غضب ابراء کند در حالی که مال مغضوب همچنان نزد غاصب وجود دارد و از بین نرفته است، ابراء وی غیر نافذ و مصداق ابراء مالیم یجب است (علامه حلی، ۱/۱۶۱)، زیرا تا زمانی که مال مورد غضب تلف نشده غاصب، ضامن رد عین آن است و زمانی مثل یا قیمت آن بر ذمه او می‌آید که عین تلف گردد. بنابراین اگر قبل از تلف شدن آن، مالک ضامن را ابراء کند مثل این است که ذمه غاصب را از چیزی که هنوز به آن تعلق نگرفته بری کرده است، زیرا ابراء به اعیان تعلق نمی‌گیرد و طبق فرض بر غاصب واجب است که عین مورد غضب را رد کند. اگر عین تلف شود و مالک این حق را بر گردن غاصب پیدا کند که مثل یا قیمت آن را که بر عهده او آمده است مطالبه کند می‌تواند در این حال ذمه او را بری گرداند. اما تا پیش از آن ابراء وی غیر نافذ است و غاصب مانند زمان قبل از ابراء متعهد است عین مال را به مالک برگرداند. اما اگر مالک در همان حالت مال را نزد اوبه و دیعه گذارد یا به وی اجاره دهد، تعهد غاصب بر استرداد عین ساقط خواهد شد و این غیر از ابراء است (باقری، ۲۱۶).

ناگفته نماند که گروهی از فقیهان می‌گویند که گرچه در زمان وقوع ابراء، دینی بر ذمه غاصب نیامده و وی در زمان تلف شدن عین مشغول الذمه خواهد شد اما سبب آن یعنی غضب وجود داشته و همین امر کافی است که مورد بحث، مصداق ابراء مالیم یجب واقع نشود و در نتیجه ابراء واقع شده صحیح باشد (عاملی، ۱۴۹/۵).

در رهن نیز عیناً همین قاعده کلی حاکم است. ماده ۷۷۵ قانون مدنی در این باره اعلام می‌دارد: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد». مفاد این ماده برگرفته از نظر فقیهان است که می‌گویند در برابر حقی می‌توان رهن گرفت که در ذمه ثابت شده باشد (محقق حلی،

۹۹/۲). از این رو برخی از حقوقدانان معتقدند که رهن برای دین آینده مانند رهن برای وامی که خواهد گرفت یا ثمن معامله‌ای که خواهد کرد باطل است (کاتوزیان، ۴۸۷)

۲- استناد به اجماع. اینکه همه فقیهان در بطلان ضمان مالیم يجب تردیدی به خود راه نداده‌اند دلیل محکم و قانع کننده‌ای است بر باطل بودن ضمانت از دینی که در ذمه ثابت نشده است و پرواضح است که اجماع، یکی از ادله استنباط احکام و منابع فقه است. شاید بر پایه همین اجماع است که تا به امروز هیچ فقیهی آن را مورد نقد قرار نداده است و حقوقدانان نیز یا به کلی آن را پذیرفته‌اند یا به ندرت با آن مخالفت ورزیده‌اند و تنها در این صدد بوده‌اند که به هر طریق ممکن مسائل مربوط با آن را به گونه‌ای توجیه کنند که مصداق ضمان مالیم يجب نباشد. به همین دلیل عقد بیمه را به عنوان یک عقد نامعین مطرح کرده‌اند تا بتوانند به آن وجهه قانونی ببخشند، چرا که اگر عنوان عقد ضمان بر آن منطبق گردد بی تردید مصداق تمام و کمال ضمان مالیم يجب خواهد بود که با ملاحظه بطلان چنین ضمانی قهرا عقد بیمه نیز باطل خواهد گردید. به رغم این اتفاق نظر، در کتب مختلف فقهی و حقوقی نمونه‌های فراوانی وجود دارد که آرای اندیشمندان پیرامون آن متفاوت است به گونه‌ای که هر پژوهشگر و محقق را با سوالاتی مواجه می‌سازد که باید برای آنها پاسخی قانع کننده بیابد. از جمله اینکه آیا حکم به بطلان ضمان مالیم يجب با وجدان و درک فقهی - حقوقی سازگار است؟ آیا این اختلاف نظرها ممکن است به جهت عدم پذیرش بطلان ضمان مالیم يجب از سوی گروهی از فقیهان باشد؟ آیا نوعی تعارض میان حکم فقهی بطلان ضمان مالیم يجب با سیره عقلانی وجود ندارد؟ و سؤالات دیگری از این دست. پس به ناچار نمونه‌های مزبور را طرح می‌کنیم تا هم با نوع و کیفیت مباحث مطرح شده در لابلای آثار مکتوب فقیهان آشنا شویم و هم بتوانیم به سؤالات مذکور پاسخی در خور دهیم.

### ضمان از مال الجعالة

چنانچه عامل به جهت اطمینان از انجام تعهد جاعل مبنی بر پرداخت مال الجعالة، پیش از آنکه مورد جعالة را به انجام رساند از جاعل بخواهد تا شخص ثالثی ضامن او شود و او نیز بپذیرد آیا چنین ضمانی مصداق ضمان مالیم يجب است و باطل؟ یا صحیح و موثر

خواهد بود؟ برخی معتقدند سبب دین، عقد جعاله است و به محض انشای صیغه جعاله توسط جاعل، دین بر ذمه او ثابت است (نجفی، ۳۲۵/۶؛ کاتوزیان، ۴۵۴)، بر این اساس هم ضمان مال الجعاله قبل از رد و انجام عمل صحیح است و هم عامل می‌تواند در مقابل آن از جاعل رهن بگیرد. اما جمعی دیگر از فقیهان نه ضمان را صحیح می‌دانند و نه رهن را، زیرا معتقدند پیش از رد هیچ دینی بر ذمه جاعل نیامده است و عقد جعاله نمی‌تواند سبب تام برای ثبوت مال در ذمه باشد و تنها جزئی از سبب است که همراه با عمل مشروط یا رد می‌تواند سبب ثبوت دین در ذمه جاعل باشد. بنابراین پس از تحقق صیغه جعاله و پیش از اتمام عمل، ضمان در حکم ضمان مالیم یجب و محکوم به بطلان است (محقق اردبیلی، ۲۹۲/۹). با این حال گروهی دیگر از فقیهان ضمان از مال الجعاله را صحیح می‌دانند اما نه به جهت اینکه دین از ابتدا بر ذمه جاعل ثابت بوده و در صورت عدم انجام عمل از سوی عامل ساقط می‌شود و نه به این جهت که از ابتدا و به شرط انجام عمل در آینده، دین بر ذمه جاعل ثابت شده است، بلکه با وجودی که ظاهراً ثبوت دین فقط در صورت انجام عمل خواهد بود دلیل صحت آن این سخن خداوند است که و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم (یوسف/۷۲) و نیز کفایت مقتضی در ثبوت دین بر ذمه برای تصحیح ضمان و همچنین به جهت نفی شرط ثبوت فعلی (یزدی، ۶۰۴/۲ و ۶۰۵).

آرای مذکور مبین این نکته است که برخی ضمان از مال الجعاله را مصداق ضمان مالیم یجب دانسته و گروهی دیگر در فرض مزبور دین را بر ذمه ثابت دانسته و به صحت ضمان حکم داده‌اند. حتی عده‌ای دیگر از فقیهان استدلالهای ارائه شده از هر دو طرف را نپذیرفته و قائل به تردید شده‌اند و از اظهار نظر صریح خودداری ورزیده‌اند (محقق حلی، ۹۹/۲).

### ضمان از نفقه آینده زوجه

در اینکه نفقه گذشته و حال زن به ذمه مرد آمده و وی متعهد و مدیون بر پرداخت آن است هیچ تردیدی نیست، اما اختلاف نظر در خصوص نفقه آینده زن است که آیا شخص ثالث می‌تواند به نفع زن و از طرف مرد نفقه آینده زن را ضمانت کند؟ چنانچه

بتوان برای مالِم يجب نبودن چنین ضمانی توجیهی یافت باید حکم به صحت داد و گرنه ضمانت از نفقه آینده زن از مصادیق ضمان مالِم يجب و محکوم به بطلان خواهد بود. برخی از فقیهان می‌گویند سبب وجوب نفقه تمکین فعلی زوجه است که در بحث مورد نظر چون هنوز تمکینی صورت نگرفته پس هیچ دینی به ذمه مرد از این بابت ثابت نشده است تا بتوان در مقابل آن ضمانت گرفت (نجفی، ۳۲۷/۹). گروهی دیگر بی‌آنکه صریحاً اظهار نظر کنند صحت ضمان از نفقه آینده زن را خالی از اشکال نمی‌دانند (خوئی، ۱۸۵/۲). جمعی نیز صحت آن را بعید نمی‌دانند (یزدی، ۶۰۳/۲). در این میان برخی از حقوقدانان چنین ضمانی را صحیح دانسته و معتقدند که هنگام عقد ضمان، سبب دین یعنی نکاح وجود داشته است. بنابراین ضمانت از نفقه آینده زن مصداق ضمان مالِم يجب بوده و موصوف به وصف صحت است (کاتوزیان، ۴۵۴). بر این اساس زن می‌تواند از زوج رهن نیز بگیرد تا از بابت وصول نفقه در آینده اطمینان یابد.

### ضمان عهده

چنانچه در قرارداد بیع، مشتری احتمال دهد که بیع به نحوی از انحاء باطل باشد و در نتیجه آن هر یک از عوضین به مالک قبلی آن برگردد وی می‌تواند از بائع بخواهد که شخص ثالثی نسبت به تدارک ثمن او ضامن شود. قاطبه فقیهان چنین ضمانی را در فرضی که بیع از اساس باطل شود صحیح دانسته و آن را مصداق ضمان مالِم يجب نمی‌دانند (امام خمینی، ۲۶/۲؛ خوئی، ۱۸۵/۲؛ شهید ثانی، ۱۲۳/۴)، زیرا دین در هنگام عقد ضمان موجود بوده است و تفاوتی نمی‌کند که بطلان بیع به سبب مستحق لغیر درآمدن میباید یا فقدان یکی از شرایط صحت بیع. برخلاف زمانی که بیع با اقاله یا خیار فسخ یا تلف میباید قبل از قبض باطل گردد که در همه این موارد چون هنگام عقد ضمان سبب دین موجود نبوده و در حقیقت دین و تعهد بائع به مشتری پس از عقد بیع و از زمان تقابل و فسخ در ذمه فروشنده شکل گرفته است مصداق ضمان مالِم يجب و محکوم به بطلان خواهد بود. ماده ۶۹۷ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «ضمان عهده از مشتری با بائع نسبت به درک میباید یا ثمن در صورت مستحق للغیر درآمدن آن جایز است». لازم به ذکر است که تعبیر ماده مذکور ممکن است موهم این



معنا باشد که ضمان عهده فقط در بیع و آن هم در فرض استحقاق منحصر است در حالی که چنین نیست و هر معامله‌ای را که به نحوی از انحاء باطل شود شامل می‌گردد.

### ضمان درک بنا و غرس

یکی از موارد بحث برانگیز در حقوق اسلامی وقتی است که شخص ثالث ضمانت کند که چنان چه مستحق للغير درآید تمام خساراتی را که از ناحیه تخریب ساختمان و درختهای مشتری در زمین خریداری شده توسط مالک و پس از رد بیع به وجود می‌آید، پرداخت کند. آیا چنین ضمانتی مضمون ضمان مالیم یجب است و باطل؟ یا ضمانت صحیح بوده و ضامن متعهد به پرداخت خسارت مذکور است؟ برخی از فقیهان آن را صحیح دانسته و می‌گویند چون سبب دین یعنی استحقاق از همان ابتدا وجود داشته است ضمان مالیم یجب نبوده و آثار صحت بر آن مترتب است (شهید ثانی، ۱۲۴/۴). اما مشهور فقیهان شیعه آن را جایز ندانسته و مصداق ضمان مالیم یجب می‌دانند، چرا که سبب دین هنگام تخریب به وجود می‌آید در حالی که ضمان در وقت بیع انجام یافته است. بنابراین عقلانی نیست که دین متأخر از ضمان ضمانت شود (نجفی، ۹۳۳/۳) و دقیقاً به همین جهت است که مشتری زمانی استحقاق گرفتن ارش پیدا می‌کند که مالک آنچه را مشتری احداث کرده است تخریب کند که همین امر خود نشانه آن است که دین پس از تخریب به ذمه بایع آمده است نه پیش از آن. در این مسأله نیز جمعی از فقیهان تنها به ذکر اینکه چنین ضمانتی خالی از اشکال نیست بسنده کرده‌اند (خوئی، ۱۸۵/۲)، حتی گروهی از فقیهان فقط ضمان شدن بایع و نه غیر او را صحیح دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۲۴/۴).

### ضمان عهده ارش

در صورتی که پس از عقد بیع معلوم گردد مبیع هنگام عقد معیوب بوده است مشتری حق دارد بیع را فسخ کرده و ثمن خود را بازستاند یا به معامله واقع شده رضایت دهد و ارش را از بایع مطالبه کند. حال سخن در این است که آیا شخص ثالث می‌تواند در زمان عقد بیع، ارش را از طرف بایع و به سود مشتری ضمانت کند؟ عده‌ای چنین ضمانتی را صحیح دانسته و می‌گویند سبب دین یعنی معیوب بودن مبیع، هنگام عقد وجود داشته و

پس از علم مشتری به عیب کشف می شود که بایع از ابتدا استحقاق بخشی از ثمن مورد معامله را نداشته است. بنابراین در وقت بیع، بایع مدیون بوده و به ضمان واقع شده هیچ خللی وارد نمی آید (حکیم، ۱۳/۳۵۳). اما جمعی دیگر از فقیهان آن را مصداق ضمان مالم یجب دانسته و معتقدند که آنچه هنگام عقد بیع متصف به ثبوت است اختیار فسخ یا ارزش بوده است بی آنکه ارزش تعیین داشته باشد و زمانی ارزش تعیین می یابد که مشتری آن را برگزیند. بنابراین بدیهی است که اختیار ارزش متأخر از عقد ضمان است (شهید ثانی، ۴/۱۲۵).

از رهگذر مطالعه تطبیقی نمونه های ذکر شده حداقل دو مطلب عمده به دست می آید: اول اینکه تنها در یک مورد یعنی ضمان عهده میان اندیشمندان حقوق اسلامی اتفاق نظر وجود دارد و در سایر موارد اختلاف نظر به قدری است که نمی توان به سادگی از آن گذشت و آرای مخالف را با فرض پذیرش بطلان ضمان مالم یجب توجیه کرد. دوم آنکه به نظر می آید برخی از اندیشمندان حقوق اسلامی حکم به بطلان ضمان مالم یجب را خلاف وجدان و درک حقوقی دانسته و سعی کرده اند به رغم پذیرش آن، موارد نمونه های مطرح شده را به گونه ای توجیه کنند که تقریباً هیچ مصداقی برای آن وجود نداشته باشد، برخلاف گروهی دیگر که خود را از این توجیها بی نیاز دیده، در بیشتر موارد به بطلان ضمان مالم یجب حکم کرده اند. بنابراین به جاست که نظریه بطلان ضمان مالم یجب مورد نقد و بررسی قرار گیرد به طوری که هم به دلایل بطلان پاسخ داده شود و هم ادله ای برای صحت ضمان مالم یجب اقامه گردد تا به واسطه آن حتی الامکان از بروز اختلاف نظرهای دامنه دار جلوگیری شود.

ابتدا به رد دو دلیل ارائه شده بر بطلان ضمان مالم یجب پرداخته و می گوئیم:

۱- تبعی بودن عقد ضمان نمی تواند دلیل بطلان ضمان مالم یجب باشد، چه آنکه اولاً وصف تبعی برای عقد ضمان از باب تغلیب است و چون عموماً ضمان، تعهد بر پرداخت دین فعلی بدهکار است به تبعی بودن موصوف شده است که صد البته این امر به معنای عدم صحت ضمان مقدم بر دین نخواهد بود. به عبارت دیگر وقتی ضامن دین فعلی را ضمانت می کند تعهد او نیز فعلی است و از هنگام تحقق عقد ضمان ذمه او به مضمون له مشغول خواهد گردید و تفاوتی ندارد که اثر ضمان عقدی نقل باشد یا ضم.

اما در فرضی که ضامن دین آینده و تعهد بعدی را ضمانت می‌کند تعهد او فعلی نیست تا (براساس نظریه نقل) گفته شود چه چیزی از ذمه مضمون عنه او نقل پیدا کرده است یا (براساس نظریه ضم) گفته شود چه دینی به ذمه او آمده است تا به ذمه مضمون عنه ضمیمه گردد؛ بلکه تعهد ضامن در این فرض به اعتبار آینده و تعهداتی است که بر پایه مفاد عقد ضمان برای مضمون عنه به وجود خواهد آمد به این معنا که آنچه در آینده بر مضمون عنه لازم شود و به ذمه او ثابت گردد، وی به آن متعهد خواهد بود و همین امر در تحقق ضمان کافی است (ابن قدامه، ۴/۳۴۵). اگر گفته شود که چنین ضمانتی معلق است و تعلیق هم موجب بطلان عقد است خواهیم گفت اولاً دلیلی بر بطلان تعلیق وجود ندارد (گرجی، ۱/۳۱) ثانياً به فرض پذیرش بطلان تعلیق، این نوع از تعلیق مشمول آن نخواهد بود، زیرا تعلیقی باطل است که اثر قبل از مؤثر تحقق یابد نه در فرض ما که تحقق در اثر در آینده فرض شده است.

۲- اجماع نیز که بدان استناد شده است نمی‌تواند دلیلی قطعی بر بطلان ضمان مال م یجب باشد، زیرا اولاً همانطور که گفته شده است اجماع در چنین مواردی به سختی قابل تحقق است به گونه‌ای که می‌توان ادعا کرد عملاً غیر ممکن است. ثانياً به فرض تحقق، نمی‌تواند مخصص اطلاقات و عموماًتی باشد که موبد ضمان مال م یجبند. شاید به همین جهت است که برخی از اندیشمندان فقه به صراحت اظهار می‌دارند که بر بطلان ضمان مال م یجب نه نصی وجود دارد و نه اجماعی، چرا که فقیهان در برخی موارد و نمونه‌ها به صحت ضمان حکم کرده‌اند و در برخی دیگر به بطلان آن (یزدی، ۲/۶۰۵). علاوه بر آنچه گفتیم دلائلی نیز وجود دارد که می‌تواند موبد صحت ضمان مال م یجب باشد:

۱- بی‌تردید سیره و بنای عقلا نه تنها ضمان مال م یجب را باطل نمی‌داند بلکه امروزه تقریباً در بیشتر قراردادها و معاملات میان افراد، طرفین یا یکی از آنها دیون آینده را تعهد می‌کنند بی آنکه در صحت آن کمترین تردیدی به خود راه دهند. برخی از قائلین به ضم نیز به این دلیل اشاره کرده و می‌گویند: «ثمن معامله‌ای که قرار است انجام شود و نیز آنچه که قرار است قرض گرفته شود قابلیت ضمان را خواهد داشت، زیرا امری است مورد نیاز و از انجام آن ناگزیر است» (شرینی، ۲/۲۰۱) و اگر گفته شود چنین معاملاتی مصداق معاملات غرری‌اند و معامله غرری هم محکوم به بطلان است خواهیم گفت به

فرض پذیرش بطلان معامله غرری یقیناً مقصود از آن غرر و ضرری است که عقلاً بدان اقدام نکنند. به هر حال همین سیره و روش عقلا که شارع نیز از آن منع نکرده است تاییدی است بر صحت ضمان مالم یجب.

۲- مطلقات و عمومات ادله از قبیل «اوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» و «الزعیم غارم» که در صحت کلیه عقود عمومیت دارند و هر عقدی را در برمی گیرند، انشای تعهد آینده را نیز در برخواهند گرفت. این امر با ملاحظه آنچه که در رد استناد به اجماع گفته شد نشان می دهد که ادله مذکور هیچ تخصیصی ندارند و به عموم خود باقی اند، زیرا العقود جمع محلی به الف و لام است و افاده عام می کند و این گفته که الف و لام آن عهد است و تنها عقودی را شامل می شود که در زمان نزول آیه رواج داشته است تفسیری است برخلاف ظاهر و غیر قابل اعتنا.

۳- در حقوق اسلامی عقدی به نام ضمان جریره وجود دارد که بر پایه آن یکی از طرفین عقد مسئولیت جنایاتی را که طرف مقابل انجام می دهد و مستلزم دیه است می پذیرد با این شرط که از او ارث برد. برغم اینکه ضامن تعهدی را انشاء می کند و دینی را به عهده می گیرد که نه تنها در زمان عقد به ذمه نیامده و سبب آن وجود ندارد و حتی ممکن است هرگز تحقق نیابد، قاطبه فقیهان آن را صحیح می دانند. این اتفاق نظر گواهی است بر صحت ضمان مالم یجب.

۴- گروهی از فقیهان ضمان اعیان مضمونه مانند غصب، مقبوض به سوم و... را صحیح می دانند (محقق اردبیلی، ۲۹۳/۳) به این معنا که شخص ثالثی مثلاً مثل یا قیمت مال غصب شده را از طرف غاصب ضمانت کند در حالی که عین مال موجود است. بدیهی است در چنین فرضی هنگام ضمان ذمه غاصب به مثل یا قیمت مشغول نیست و تنها زمانی دین به ذمه او خواهد آمد که مال تلف گردد. گرچه جمعی دیگر از فقیهان ضمان اعیان مضمونه را صحیح نمی دانند و به این جهت که مصداق ضمان مالم یجب محسوب می شود به بطلان آن حکم داده اند (امام خمینی، ۲۶/۲) اما همین اندازه کافی است که قول به صحت ضمان اعیان مضمونه ولو از سوی جمعی از فقیهان نشانه ای باشد بر تأیید صحت ضمان مالم یجب. لازم به ذکر است فقیهانی که ضمانت از اعیان مضمونه را صحیح نمی دانند به صحت ضمان از منافع و عمل اجیر حکم کرده اند (همو، ۲۵/۲)

به این معنا که در زمان عقد اجاره شخص ثالث می‌تواند اجاره بهایی را که مستاجر متعهد است بپردازد ضمانت کند یا عملی را که اجیر ملتزم به انجام آن است به عهده بگیرد. در تمام این موارد باید گفت که هنوز چیزی به ذمه مستاجر ثابت نشده است تا ضامن آن را ضمانت کند، چرا که حین العقد منافع تحقق نیافته و به تدریج قابل تحقق است.

یقیناً حکم به صحت چنین ضمانتی به اعتبار تعهد آینده مستاجر خواهد بود. همین امر موجب گردیده است تا برخی از فقیهان اعتبار شرط ثبوت دین بر ذمه مضمون عنه را با فروع مباحث مربوط به ضمان در تعارض بدانند (یزدی، ۲/۵۸۹)؛ به گونه‌ای که یا باید آنها را استثنایی بر قاعده دانست یا گفته شود که شرط مذکور از این جهت قابل طرح است که عقد ضمان غالباً هنگامی واقع می‌شود که دین در ذمه مضمون عنه ثابت شده باشد نه اینکه قید مزبور شرط صحت ضمان باشد (حکیم، ۱۳/۲۶۴). به عبارت دیگر قید ثبوت دین بر ذمه توضیحی است نه احترازی.

حاصل آنکه بررسی ادله مورد استناد فقیهان بر بطلان ضمان مالم یجب و نقد آن با ملاحظه نمونه‌های یاد شده این اندیشه را تقویت می‌کند که ضمان مالم یجب می‌تواند صحیح باشد تا از رهگذر آن هم تناقض در آراء و نظریات فقیهان کاهش یابد و هم برخی از عقود مانند بیمه که دانشمندان حقوق اسلامی به جهت بطلان ضمان مالم یجب ذیل عقود نامعین آن را توجیه می‌کنند به راحتی تحت عنوان ضمان عقدی واقع گردد. طبیعتاً به دنبال تصحیح ضمان مالم یجب، ابراء مالم یجب و رهن در برابر دینی که بالفعل به ذمه نیامده است نیز تصحیح خواهد شد که در نتیجه آن هم در معاملات تسهیلی بوجود خواهد آمد و هم تشریفات صوری و زائدی که امروزه در رهن متراهنین و بویژه در عملیات بانکی به جهت فرار از چالش ناشی از بطلان ضمان مالم یجب ایجاد شده عملاً حذف خواهد گردید.

### کتابشناسی

ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن احمد، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، بیروت، ۱۴۰۵ق/۱۹۸۵م.

ابن منظور، لسان العرب، بیروت، ۱۴۰۸ق/۱۹۸۸م.

امام خمینی، سید روح الله، تحریر الوسيله، قم، ۱۴۰۴ق/۱۳۶۳.

- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، ۱۴۰۴ق.
- خوئی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، بیروت، دارالبلاغه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ق.
- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، بی جا، بی تا.
- شرینی خطیب، محمد، مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، بیروت، ۱۳۷۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین علی بن العاملی الجبعی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، بیروت، دارالعالم الاسلامی.
- عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت، مؤسسه المفید.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، تهران ۱۲۷۳ق.
- فیومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر، بیروت، دارالفکر.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر دادگستر.
- گرگی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران، ۱۳۷۲.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، ۱۴۱۲ق.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت، دارالاضواء.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، ۱۴۱۲ق/۱۹۹۲م.
- یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، بیروت، ۱۴۱۰ق/۱۹۹۰م.