



تاریخچه مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۰


تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۴

فصلنامه علمی پژوهشی آفاق فقهات

دوره دوم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۳، ص ۸۹ تا ۱۰۶



حکم ضمانت وام‌های بانکی قبل از دریافت آنها از دیدگاه فقه امامیه

مهدی فرهنگ دلیر  طلبه درس خارج حوزه‌ی علمیه‌ی قم

farhangdelir31@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله : علمی - پژوهشی

در صحت ضمانت وام‌های بانکی دو اشکال عمده مطرح شده است؛ اول با توجه به اینکه ضمانت ضامن قبل از گرفتن وام صورت می‌گیرد، شبهه ضمانت مالم یجب دارد؛ دوم، چون ضامن در صورت عدم توانایی مدیون از پرداخت بدهی مسئولیت دارد، اشکال ضم ذم به ذمه به آن وارد می‌گردد. درباره اشکال اول روشن شد که با توجه به کفایت ثبوت عرفی در بدهی مضمون عنه، چنین ثبوتی درباره وام‌های بانکی محقق است؛ علاوه بر اینکه تحقق ضمانت حقیقی پس از دریافت وام صورت می‌گیرد و امضاء قرارداد ضمانت پیش از واریز وام یک روند اداری و شکلی است. درباره اشکال دوم نیز معلوم گردید که نقل ذمه به ذمه در ماهیت ضمانت اخذ نشده، ضمانت به معنای «تعهد و التزام مالی شخص به پرداخت دین دیگری» شامل آن می‌گردد. بر فرض که ضمانت شرعی را طبق مبنای مشهور فقهاء امامیه به معنای نقل ذمه به ذمه بگیریم، ادله عمومی معاملات از جمله «اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض» برای صحت شرعی آن کافی است.

کلیدواژه: ضمانت، وام بانکی، ضمانت وام بانکی، ضمانت مالم یجب

بیان مسئله

امروزه با توجه به گسترش تجارت و تولید، تقریباً هیچ کار اقتصادی بدون دریافت منابع بانکی امکانپذیر نیست. میدانیم که هیچ بانک و موسسه مالی بدون دریافت ضامن، اقدام به پرداخت وام به متقاضی نمی‌کند. از طرف دیگر این ضمانتی که میان بانکها و ضامن بسته می‌شود مصداق ضمان مالیم یجب به شمار می‌آید که از مسائل اختلافی است و صحت آن در فقه امامیه مورد اشکال واقع شده و مشهور فقهاء حکم به بطلان آن نموده‌اند. بنابراین بررسی حکم شرعی این نوع ضمانت‌ها دارای اهمیت به سزایی است. آنچه در این تحقیق به دنبال آن هستیم پاسخ به سوالات ذیل است: آیا قرارداد میان ضامن و بانکها ضمان مالیم یجب محسوب می‌شود؟ آیا ضمان مالیم یجب به طور کلی باطل است؟ ادله بطلان و یا صحت این ضمان چیست؟ آیا راهی برای تصحیح شرعی آن وجود دارد؟ آیا می‌توان مشروعیت این نوع ضمان را به عنوان عقد مستقل ثابت کرد؟ این تحقیق در صدد است تا با استفاده از آثار مکتوب فقهاء ادله نقلی و عقلی مسئله را تبیین کند.

ضمان

ضمان در لغت به معنای تکفل، التزام، احتواء، تعهد و نظیر این معانی است. (فیومی، مصباح المنیر ۳۶۴؛ ابن منظور، لسان العرب، ۹۸/۸) و در اصطلاح دو معنا دارد. یکی مفهوم عام و گسترده که شامل هرگونه تعهد مالی و جانی می‌شود؛ چنانچه محقق و علامه حلی گفته‌اند: «ضمان عقدی است که برای تعهد نسبت به مال یا جان تشریح شده است» (شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص: ۸۸؛ تذکره الفقهاء، ج ۱۴ ص ۲۷۹). اکثر فقهاء پس از ایشان نیز همین تعریف را پذیرفته‌اند، از جمله محقق ثانی در جامع المقاصد (ج ۵ ص ۳۰۸) و صاحب جواهر در جواهر (ج ۲۶ ص ۱۱۴). دیگری ضمان به معنای خاص که مقصود از آن عبارت است از تعهد و التزام مالی به پرداخت دین از سوی فردی که بدهکار نیست. البته برخی از فقهاء معاصر آن را به اثر یعنی نقل مال از ذمه بدهکار به ذمه متعهد جدید تعریف کرده‌اند (خویی، مبانی العروه، ۱۱۷/۲). در قانون مدنی ماده ۶۸۴ نیز ضمان، برعهده گرفتن مالی که به ذمه دیگری است تعریف شده است. بنابراین ضمان در معنای خاص قسمی از ضمان به معنای عام و قسیم کفالت (ضمانت جانی) و حواله (تعهد مالی از سوی بدهکار) قرار می‌گیرد (حاشیه بر شرایع ص ۴۱۷؛ و روضه البهیة ج ۴ ص ۱۱۳. جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۱۴). ضمان اگر ناشی از قهر و حکم شرعی باشد، ضمان قهری و در صورتی که از قرارداد و اراده ضامن ناشی شده باشد ضمان عقدی می‌نامند که همین قسم مورد نظر این نوشته است.

با توجه به ماهیت و تعریف ضمان معلوم شد ضمان چهار رکن اساسی دارد: ضامن، حق مضمون، مضمون له و مضمون عنه. این بدان معناست که فقدان هر کدام از این ارکان موجب زوال ماهیت ضمان خواهد شد. به طور کلی حق مورد ضمانت سه نوع است: دین، عین و فعل (یزدی، العروه الوثقی، ۳۹۹/۵). بدیهی است که این حق باید دارای



شرائطی باشد که در کتب فقهی به طور مفصل به آن پرداخته شده؛ اما دو شرط مهم وجود دارد که در هر حق مورد ضمانت باید مورد توجه قرار بگیرد:

۱. «مالیت»: مقصود از مال آن چیزی است که مورد رغبت عقلاء قرار گرفته، قابلیت بذل و منع را داشته باشد (اردبیلی، محقق، مجمع الفائده و البرهان، ج ۹ ص ۲۹۲). بنابراین حقوق مالی مثل حضانت، قصاص یا ولایت را نمی‌توان ضمانت کرد.

۲. ثبوت فی الذمه: به این معنا که عنوان مدیون و متعهد بالفعل بر بدهکار صادق بوده، دین بر ذمه او قرار گرفته باشد. اکثر فقهاء امامیه از گذشته تا به حال از شیخ طوسی تا علامه حلی، از صاحب جواهر تا سید یزدی، این شرط را برای حق مضمون لازم دانسته‌اند، ولی در مصادیق ثبوت میان فقهاء اختلاف وجود دارد (المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۲، ص: ۳۲۴؛ تذکره الفقهاء ج ۱۴ ص ۳۱۱؛ جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۳۵؛ العروه الوثقی، المحشی، ج ۵ ص ۴۰۶). به عنوان مثال در ضمان مال جعاله قبل از انجام عمل، به نظر برخی فقهاء انشاء جعاله از سوی جاعل موجب ثبوت حق مضمون می‌شود و می‌توان جاعل را ضمانت کرد (علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱۴ ص ۳۱۱). اما برخی دیگر آن را صحیح نمی‌دانند.

در هر حال فقهاء ثبوت حق مضمون در ذمه را چهار نوع دانسته‌اند (المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۲، ص: ۳۲۴). زیرا حق مضمون یا ثابت است یا غیر ثابت؛ در فرض اول ثبوتش یا مستقر است یا متزلزل؛ در فرض دوم یا منتهی به ثبوت می‌شود یا نه. از طرف دیگر حق ضمانت شده، یا دین است یا تعهد؛

اقسام ثبوت حق مضمون

۱. دین لازم مستقر

یعنی سبب دین و خود دین ایجاد شده و از بین نمی‌رود؛ مانند بهای کالای پس از گرفتن آن از فروشنده در معامله نسبه بدون داشتن حق الخيار؛ در اینجا دین فروشنده بر گردن مشتری هم لازم و هم مستقر شده و به طور معمول قابل زوال نیست. یا ثبوت مهریه بر گردن زوج پس از آمیزش.

۲. دین لازم متزلزل

یعنی سبب دین ایجاد شده، ولی احتمال زوال دارد. مثلاً بهای کالا بر ذمه مشتری قبل از گرفتن کالا از فروشنده، یا اجرت خانه پیش از تمام شدن مدت اجاره و یا کل مهریه پیش از آمیزش، این نوع دین هر چند ثابت شده، ولی در معرض زوال هست. از دین متزلزل هم می‌توان ضمانت کرد، چون هر چند معامله‌ای که دین را به ذمه مدیون آورده در معرض فسخ و زوال قرار دارد، ولی چون در ذمه ثابت است قابل ضمانت خواهد بود.

۳. دین غیر لازم منتهی به لزوم

یعنی سبب ثبوت دین ایجاد نشده، ولی مقتضی ثبوت آن به وجود آمده است؛ مثلاً مال الجعالة از سوی جاعل، در اینجا قبل از انجام عمل، هیچ حقی بر گردن جاعل نیامده و فعلاً ثابت نیست و با انجام کار از سوی عامل، بر ذمه جاعل ثابت می‌شود، اما چون مقتضی حق یعنی انشاء جعل محقق شده، ضمان آن صحیح است؛ هر چند درباره این قسم میان فقهاء اختلاف وجود دارد (مبسوط ج ۲ ص ۳۲۴؛ شرایع الاسلام، ج ۲ ص ۹۰).^{*۱}

۴. دین غیر ثابت، غیر منتهی به ثبوت

یعنی نه خود دین و نه سبب آن ایجاد نشده است؛ به عنوان مثال اگر شخصی به زید بگوید: هر مقدار که بکر از تو قرض کند، یا هر قدر به فلانی قرض بدهی من ضامنم، یا نفقه زمان آینده زوجه را از طرف زوج ضمانت کند.

۵. تعهد لازم مستقر

به عنوان مثال کسی متعهد مال مغضوبی شود که غاصب از بین برده است؛ در اینجا غصب باعث لزوم ضمان و تلف شدن عین مغضوب باعث اسقرار آن شده است. و چنین ضمانتی کاملاً صحیح است.

۶. تعهد لازم غیر مستقر

مثلاً در عاریه مضمونه (عاریه طلا و نقره) یا عاریه به شرط ضمان شخصی ضامن شود که اگر مستعیر این عین را اتلاف کند، عوض آن را به صاحب کالا بپردازد، در اینجا تعهد مورد ضمانت، به واسطه عقد واجب شده، ولی غیر مستقر و متزلزل است زیرا هر لحظه مستعیر می‌تواند کالا را برگرداند و موضوع تعهد از بین برود.

۷. تعهد غیر لازم منتهی به لزوم

مثلاً در جعاله کسی ضامن مال الجعل شود. در اینجا تا زمانی که عامل فعل را انجام نداده، هنوز تعهدی بر عهده جاعل نیامده، ولی سبب تعهد یعنی جعاله موجود است؛ البته در دین بودن یا تعهد بودن آنچه جاعل بر ذمه دارد اختلاف وجود دارد، برخی فقهاء آن را از مصادیق قسم سوم ضمانت دیون و برخی جزء تعهدات در نظر گرفته‌اند. به نظر نگارنده قبل از اینکه عامل عمل را انجام دهد، هیچ بدهی بر عهده جاعل نیست و انشاء جعل تنها موجب ایجاد سبب تعهد می‌شود. بله در صورت انجام دادن عامل، جاعل مدیون می‌گردد و ضمانت او، ضمان دین ثابت است. همین بحث را درباره سبق و رمایه نیز می‌توان مطرح کرد. یعنی اگر قبل از انجام مسابقه کسی ضامن جایزه گردد، از موارد همین قسم سوم به شمار می‌آید زیرا در اینجا نیز تنها سبب تعهد ایجاد شده است. از موارد دیگری که می‌توان برای این قسم از ضمانت تعهدات در نظر گرفت، ضمانت تعهد فعل مشروط در یک عقد لازم است؛ مثلاً اگر در یک معامله بیع، فروشنده متعهد شود که در صورت وجود نقص در کالا فلان مبلغ به مشتری بدهد یا فلان کار را برایش انجام دهد؛ در اینجا سبب تعهد به وجود آمده، ولی خود تعهد موجود نیست و اگر کسی در تعهد مشروط بایع را ضمانت کند، از مصادیق ضمان تعهد غیر لازم منتهی به لزوم است.



۸. تعهد غیر لازم غیر منتهی به لزوم

یعنی نه خود تعهد وجود دارد و نه سبب تعهد؛ به عبارت بهتر نه حق مضمون و نه مضمون عنه وجود ندارد. مثلاً کسی عاریه غیر مضمونه یا مال امانی را در صورت تلف ضمانت کند. در اینجا مستعیر و امین متعهد به چیزی نیست و عقد عاریه نیز سببیتی برای ضمان ندارد. این تقسیم بندی مطابق همان چیزی است که درباره حق مضمون در برخی کلمات فقهاء وجود دارد؛ هر چند ظاهر اکثر عبارات فقهاء در این دسته بندی بیشتر ناظر به حق دینی است، ولی می‌توان گفت درباره تعهد نیز این تقسیم را قبول دارند (شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۲، ص: ۳۲۴). به نظر می‌رسد با توجه به اینکه معیار اصلی در تحقق ضمان، وجود و عدم ارکان ضمان (ضامن، مضمون عنه، حق مضمون، مضمون له) است، تقسیم مطلوب در تبیین موضوع ضمان مال مالم یجب، چنین است: حق مضمون (دین، تعهد) یا قبل از عقد ضمان محقق است یا نه؛ در فرض دوم یا سبب دین و تعهد وجود دارد یا نه. بنابراین تزلزل حق مضمون تأثیری در تحقق ضمان ندارد و ضمان عقدی با توجه به ثبوت حق مضمون سه نوع می‌تواند باشد.

۱) ضمان دین و تعهد موجود (قبل از ضمان)

۲) ضمان دین و تعهد محقق السبب

۳) ضمان دین و تعهد غیر موجود و غیر محقق السبب (ضمان مال مالم یجب)

درباره قسم اول اختلافی در تحقق و صحت ضمان وجود ندارد و مورد اتفاق فقهاست. درباره قسم دوم نیز تحقق آن مسلم است، هر چند برخی فقهاء در صحت آن تردید دارند، ولی اکثراً آن را صحیح می‌دانند. اما قسم سوم که مورد مناقشه و نزاع میان فقهاست، در اصطلاح به ضمان مال مالم یجب مشهور است. بنابراین ضمان ما لم یجب را می‌توان چنین تعریف کرد: «ضمان مال مالم یجب ضمانتی است که قبل از انشاء ضمان، نه خود حق مضمون وجود دارد و نه سبب آن». بنابراین آنچه در حق مضمون شرط است، ثبوت آن در ذمه است، خواه اثر ضمان نقل ذمه به ذمه باشد همچنانکه فقیهان شیعه بیان کرده‌اند (حکیم، مستمسک عروه ج ۱۳ ص ۲۵۰) یا ضم ذمه به ذمه باشد آن گونه که فقیهان اهل سنت به آن قائلند (زحلی، ۵/۱۴۹). در هر حال اگر شخصی به دیگری بگوید: «مال را به فلانی قرض بده، من ضامنم، یا کالا را نسبه بفروش و من ضامنم و امثال آن» همه این موارد از مصادیق «ضمان ما لم یجب» بوده و به ادعای اکثر فقهاء چنین ضمانی اجماعاً باطل خواهد بود، زیرا دینی که ضمانت شده، هنوز به ذمه مدیون نیامده است. (نجفی، ۳۲۴/۹) در ماده ۶۹۱ قانون مدنی نیز آمده: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است». قبل از بررسی ادعای اجماع، موارد متعددی در میان کلام فقهاء می‌توان پیدا کرد که با وجود «ضمان ما لم یجب بودن» برخی حکم به صحت آن نموده‌اند و گروهی دیگر آن را پذیرفته آن را باطل دانسته‌اند. بنابراین لازم است از سه جهت ضمان ما لم یجب را بررسی کنیم: ابتدا نظریه‌های مطرح شده درباره حکم «ضمان ما لم یجب» را به طور کلی بیان کرده، در ادامه ادله هر کدام از اقوال را مورد نقد

و بررسی قرار می‌دهیم و در آخر نمونه‌های مورد اختلاف را بررسی کرده، نتیجه بحث را مشخص خواهیم کرد.

نظریه‌ها در حکم ضمان ما لم یجب

درباره ضمان ما لم یجب سه نظر عمده میان فقها وجود دارد:

۱. عدم صحت به طور مطلق

اکثریت قریب به اتفاق فقهاء متقدم و متاخر قائل به عدم صحت شده، هیچ اختلافی در بطلان آن ندارند (شیخ طوسی، الخلاف ج ۳ ص ۳۱۷؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۲ ص ۹۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۴ ص ۱۹۱). دلیل اصلی این گروه برای بطلان آن، تبعی بودن عقد ضمان نسبت به دین و تعهد می‌باشد و به همین خاطر این فقهاء یکی از شرایط رکنی ضمان را ثبوت مال در ذمه قرار داده‌اند.

۲. صحت ضمان به معنای خاص

ظاهراً اولین کسی که ضمان ما لم یجب را به طور مطلق صحیح دانسته، سید یزدی است و اکثر فقهاء بعدی از ایشان تبعیت کرده، حکم به صحت ضمان ما لم یجب کرده‌اند. البته فائیلین به صحت دارای دو نظریه هستند. برخی همانند سید یزدی که ضمان ما لم یجب را به همان معنای اصطلاحی صحیح دانسته، برای صحت آن به ادله خاص ضمان تمسک کرده‌اند و ادله بطلان را به طور کلی رد می‌کنند (العروة الوثقی مع التعليقات، ج ۲، ص: ۶۹۸).

۳. صحت ضمان به معنای عام

در مقابل برخی دیگر از جمله آقای حکیم، ضمان ما لم یجب را به معنای اصطلاحی آن باطل می‌دانند و معتقدند ادله خاص ضمان نمی‌تواند صحت شرعی ضمان ما لم یجب را اثبات کند؛ اما می‌توان صحت آن را با ادله عام معاملات و به عنوان ضمان عرفی و عقد مستقل، اثبات کرد (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳ ص ۳۴۲).

ادله بطلان ضمان ما لم یجب

در میان آثار فقهی ادله متعددی بر بطلان ضمان ما لم یجب بیان شده است و اکثر حقوق دانها نیز از ایشان تبعیت کرده، به بازگویی و شرح آن ادله پرداخته‌اند، اما در نهایت با ملاحظه مطابقت قانون مدنی با نظر فقهاء، بطلان ضمان ما لم را پذیرفته‌اند. مهمترین دلایلی که بر بطلان ضمان ما لم یجب اقامه شده، به قرار زیر است.

۱. معقول نبودن ضمان ما لم یجب:

یکی از مهمترین ادله اقامه شده برای عدم صحت ضمان ما لم یجب، معقول نبودن آن است. این دلیل در اصل به تبعی بودن عقد ضمان نسبت به دین و تعهد برمی‌گردد، ولی با دو بیان متفاوت ارائه شده است.

بیان اول) محور اصلی استدلال در این بیان حول نقل دین می‌چرخد و دو مقدمه مهم دارد:

مقدمه اول: عقد ضمان، ملازم با نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است.



مقدمه دوم: نقل دین از یک ذمه به ذمه دیگر فرع و متوقف بر وجود دین است.

نتیجه این دو مقدمه این است که اگر کسی ضمانت دینی را که هنوز بر ذمه مدیون ثابت نیست، بپذیرد، لازمه اش نقل و انتقال شیء معدوم است و این معقول و عقلایی نیست (حلی، نجم الدین، ایضاح ترددات الشرائع، ج ۱ ص ۲۹۹). اساس این استدلال بر نقل ذمه استوار است و به طریق ائی ثابت می‌کند که هر جا اثر ضمان یعنی نقل ذمه ممکن نبود، خود ضمان هم وجود نخواهد داشت. و چون در ضمان مالم یجب دین و تعهدی در قبل وجود ندارد، نقل ذمه و در نتیجه تحقق ضمان ممکن نخواهد بود. این بیان با این اشکال روبروست که نقل ذمه از آثار حتمی ضمان نیست و با توجه به تعریف آن، در ماهیت ضمان نیز اخذ نشده است و بیشتر متون فقهی نیز آن را تایید می‌کند. (المبسوط ج ۲ ص ۳۲۴؛ الحدائق الناضرة؛ ج ۲۱، ص: ۲۷). *۲

بیان دوم) در این بیان روی تبعیت حقیقت ضمان از متعلقش تکیه شده است. متعلق عقد ضمان دین و تعهد مدیون است و تا تعهد و دینی بر ذمه مدیون اصلی نباشد، تحقق ضمان بی معنی، بلکه غیر ممکن خواهد بود؛ زیرا ضمان امری ذو اضافه به متعلق و تابع و فرع دین می‌باشد. بنابراین در ابتدا باید متعلق و اصل یعنی (تعهد یا دین) میان طلبکار و بدهکار باشد، تا شخص سوم بیاید و آن دین را برعهده بگیرد، در حالی که در ضمان مالم یجب هنوز هیچ دین و تعهدی تحقق ندارد و در نتیجه تحقق ضمان منطقی و معقول نخواهد بود. البته اگر سبب دین موجود بود، امکان داشت در برخی موارد مثل جعاله، یا مهریه از لحاظ عرفی حکم به تحقق دین نمود، ولی در ضمان مالم یجب سبب نیز موجود نیست.

نظر برخی فقهاء ناظر به بیان دوم است و با تعریفی که از ضمان ارائه کرده‌اند سازگار است. اولین کسی که به این استدلال اشاره کرده، مرحوم شیخ طوسی است و فقهاء بعدی آن را به بیانهای مختلف مطرح کرده‌اند (همان). شیخ طوسی گفته: «ضمانت مالی که ثابت نشده، صحیح نیست، زیرا ضمان (اثبات مال در ذمه و التزام به اداء آن) فرع مضمون عنه است و عقلاً جایز نیست در حالی که هیچ دینی بر اصل (مضمون عنه) ثابت نیست، حقی بر ذمه فرع (ضامن) ثابت و لازم باشد.» (المبسوط، ج ۲ ص ۳۲۴). صاحب جواهر نیز بدون بیان اصل استدلال، تنها به ذکر عدم معقول بودن ضمان نفقه آینده زوجه اکتفا کرده است (جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۳۹).

در مقابل برخی فقهاء معاصر از بیان اول برای بطلان ضمان مالم یجب بهره‌جسته‌اند و استدلال خود را روی امتناع نقل بنا نهاده‌اند. مرحوم نائینی در حاشیه عروه الوثقی، گفته است: اگر قوام حق مضمون، مشغول بودن ذمه شخص معین هنگام به آن حق باشد، امتناع ضمان ناقل ذمه، قبل از حدوث آن حق واضح و روشن است (سید یزدی، العروه الوثقی، (المحشی) ج ۵ ص ۴۰۸). مرحوم خوئی با تصریح بر عدم صحت ضمان مالم یجب، گفته: ضمانت دین غیر ثابت در ذمه و عین ناموجود در خارج به خاطر امتناع انتقال معدوم از ذمه‌ای به ذمه دیگر نامعقول است (موسوعة الإمام الخوئی؛ ج ۳۱، ص: ۴۷۲). به طور کلی می‌توان گفت اکثر کسانی که ضمان اصطلاحی را نقل مال از ذمه

مضمون عنه به ذمه ضامن تعریف کرده، یا ثبوت فی الذمه را از شرایط آن گرفته، یا اثر ضمان را انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر دانسته‌اند، با استناد به بیان اول ضمان ما لم یجب را باطل دانسته‌اند.

بنابراین درباره عدم معقول بودن ضمان ما لم یجب دو معیار اصلی وجود دارد. اولی تلازم نقل دین با ضمان و دیگری تبعی و فرع بودن ضمان نسبت به اصل دین و تعهد است. محذور اول در ناحیه لازم و موخر از ضمان قرار دارد، ولی محذور دوم در رتبه علت و مقدم بر ضمان و محل وفاق میان قریب به اتفاق فقها و از قوت بیشتری برخوردار است. زیرا ضمان چه اشتغال و اثبات مال در ذمه باشد که برخی عقیده دارند و چه نقل ذمه به ذمه باشد که نظر برخی دیگر است، برای تحقق آن باید دین و تعهدی در قبل محقق باشد تا در ذمه قرار بگیرد و یا به ذمه منتقل گردد. در هر حال به نظر می‌رسد هیچ کدام از این دو محذور نمی‌تواند مانع تحقق ضمان گردد و می‌توان از آن جواب داد. نسبت به بیان اول می‌توان گفت:

اولاً: ضمان نیاز به نقل ندارد و در ماهیت آن هم نقل اخذ نشده است و تعبیر به نقل هم در عبارات فقهاء می‌تواند ناشی از ضیق تعبیر و یا تسامح در بیان باشد. آنچه نکته محوری در ضمان به شمار می‌رود و رکن بودن حق مضمون نیز به همان نکته برمی‌گردد، نیاز تحقق ضمان به وجود متعلق و حق مضمون است. به عبارت دیگر تا حق مضمون فارغ از تعهد و یا دین بودن، موجود نباشد، ضمانی محقق نخواهد شد و قصد انشاء آن لغو خواهد بود. این بیان برخلاف بیان اول، عرفیتر است، زیرا به هر کس بگویی من ضامن شده‌ام، می‌پرسند: «ضامن چه چیزی شده‌ای؟» بنابراین عرف با نبود متعلق، ضمان را محقق نمیداند. در جواب از این بیان نیز باید خاطر نشان کرد که هر چند در دین آتی ضمان به معنای اثبات و اشتغال ذمه معنا ندارد، اما ماهیت و مفهوم ضمان اختصاص به اشتغال ذمه ندارد و شامل ضمان به معنای تعهد نیز می‌شود و شاهد آن، تعریف مشهور فقهاء از ضمان است که آن را «تعهد به اداء مال» دانسته‌اند.

ثانیاً: صدق عرفی ضمان بر تعهد به اداء مال در آینده نیز مسلم است و تعهد به اداء مال مستلزم تحقق فعلی اداء نیست. بنابراین ضامن می‌تواند، از هم اکنون متعهد به اداء مال در آینده شود و فقهاء نیز این را می‌پذیرند که می‌شود دین «حال» را به صورت مؤجل بر عهده بگیرد، هر چند شرط می‌کنند که باید تعهدی باشد. اما به نظر می‌رسد، برای برعهده گرفتن تعهدی، نیاز به ثبوت آن تعهد در خارج نیست، هر چند در اینصورت نمی‌توان آن را ضمان از فلان تعهد و یا دین دانست، ولی می‌توان او را ضامن از فلان شخص به حساب آورد.

ثالثاً: ادله خاص ضمان هر چند درباره ضمان دین محقق است، ولی اختصاص به آن ندارد و بر فرض ادله خاص ضمان فقط اختصاص به تحقق دین باشد، اما ادله عام عقود، می‌تواند شامل تعهد به اداء هم بشود و موید این مطلب آن است که اکثر فقهاء متقدم و متاخر ضمان را تعهد به اداء مال تعریف کرده‌اند و با اینکه ضمان اعیان مضمونه در گذشته مطرح و مرسوم نبوده بسیاری از فقهاء ضمان عقدی درباره اعیان مضمونه را پذیرفته‌اند و از آن



تعبیر به ضمان عهده و یا ضمان تعهد می‌کنند. بنابراین امکان دارد یک عینی را قبل از اینکه ضمانت درباره او محقق شود، ضمانت کرد.

رابعا: وقتی ضامن دینی را که هنوز محقق نیست، بر عهده می‌گیرد، به این معناست که اگر فلان دین بر مدیون ثابت شود، بر ذمه ضامن قرار بگیرد و این همان معلق کردن ضمان به تحقق چیزی در آینده است و تعلیق در عقود به اجماع فقهاء موجب بطلان عقد می‌گردد و به همین خاطر مشهور فقهاء این نوع ضمان را باطل می‌دانند (بیزی، العروه الوثقی مع التعليقات، ۲/۶۹۶). اما در مقابل گروهی عقیده دارند که بطلان تعلیق، به خاطر اجماع یا عدم امکان تعلیق در انشاء نیست، بلکه اشکال عمدۀ منافات تعلیق با حقیقت عقد است، زیرا قصد و اراده جدی در آن محقق نمی‌شود (همان، تعلیقه ناصر مکارم شیرازی). پس اگر در جایی عقد ضمان با وجود تعلیق در آن از روی قصد جدی منعقد شود و یا تحقق امر معلق مسلم باشد، اشکالی در تحقق عقد ضمان وجود نخواهد داشت.

۲. اجماع

یکی از مهمترین ادله‌ای که برای بطلان ضمان ما لم یجب اقامه شده، می‌باشد. شیخ طوسی در این باره تعبیر به لاخلاف آورده است (المبسوط، ج ۲ ص ۳۲۵). اما ابن زهره گفته امر مضمون باید حقی لازم بر ذمه باشد و دلیل این لزوم اجماع فقهاست (غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع؛ ص: ۲۶۰). علامه حلی گفته: اگر کسی به دیگری بگوید: هر آنچه به دیگری قرض بدهی بر عهده من، نزد همه علماء شیعه صحیح نیست، زیرا ضمان برای وثیقه بودن برای حق (دین یا تعهد) تشریح شده است، پس در زمانی که حقی نباشد، ضمان آن حق معنا ندارد. (تذکره، ج ۱۴ ص ۳۱۱). مرحوم نراقی نیز در مناہل گفته: اگر کسی مالی را که دیگری میخواهد قرض بگیرد، یا ثمن کالایی که دیگری قصد خریدش را دارد، ضمانت کند، صحیح نیست و ظاهر کلام ابن زهره، ابن ادریس، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول، محقق ثانی، شهید ثانی و محقق اردبیلی، عدم صحت را نشان می‌دهد، بلکه ظاهراً هیچ اختلافی در عدم صحت وجود ندارد، بنابراین حق مضمون باید ثابت و یا منتهی به ثبوت باشد (نراقی، کتاب المناہل؛ ص: ۱۳۰). صاحب جواهر نیز درباره اشتراط ثبوت حق مضمون ادعای اجماع نموده است (جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۴۱). مرحوم خویی عدم صحت «ضمان ما لم یجب» را اجماعی دانسته و گفته بنابر مذهب شیعه، صحیح نیست، زیرا ضمان در نزد امامیه نقل ذمه به ذمه است و اگر ذمه شخص اول مشغول به چیزی نباشد، نقل آن به ذمه دیگری معنا ندارد (مبانی العروه الوثقی؛ ج ۲، ص: ۱۱۷). به طور کلی بررسی آثار فقهاء نشان می‌دهد، ادعای اجماع بر بطلان ضمان ما لم یجب، اولین بار توسط علامه حلی در تذکره بیان شده است و قبل از ایشان کسی این اجماع را مطرح نکرده است. تنها مطلبی که قبل از ادعای علامه بیان شده تعبیر به «لاخلاف» شیخ طوسی است. از طرف دیگر آنچه بیشتر در آثار فقهی وجود دارد، اجماعی بودن شرط «ثبوت حق مضمون» است و این مساوی با اجماع بر بطلان نیست. به عقیده بعضی چون این اجماع ناشی از اجتهاد و برگرفته از ادله

عقلی و نقلی در مساله می باشد، اجماعی مدرکی است و امر تعبدی و کاشف از قول معصوم، نیست (سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۰/۲۲۵). شاهد دیگری که ادعای اجماع را با چالش مواجهه می کند این است که در برخی آثار، بطلان ضمان ما لم یجب را به مشهور نسبت داده اند (یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص: ۴۰۷؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴ ص ۱۹۹). آخرین عامل بر عدم تحقق این اجماع وجود موارد متعددی است که فقهاء حکم به صحت ضمان ما لم یجب داده اند که به برخی اشاره می گردد.

ضمان از مال الجعالة

اگر عامل پیش از انجام مورد جعاله، برای اطمینان از انجام تعهد جاعل از او بخواهد تا شخص دیگری ضامن جاعل شود و او قبول کند، آیا این ضمان از مصادیق ضمان لم یجب و باطل است؟ یا اینکه صحیح و شرعی است؟ برخی قائلند سبب دین، عقد جعاله است و به محض انشای صیغه جعاله توسط جاعل، دین بر ذمه او ثابت می گردد و در نتیجه ضمان مال الجعاله قبل از انجام عمل صحیح است (قواعد الاحکام، ۱۵۷/۲؛ جواهر الکلام ۱۳۷/۲۶). گروهی هر چند این مورد را از موارد ضمان ما لم یجب قلمداد کرده اند، ولی به خاطر آیه «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (سوره یوسف، ۷۲) آن را صحیح دانسته اند. اما در مقابل عده ای این نوع ضمان را به خاطر ضمان ما لم یجب نمی پذیرند؛ زیرا معتقدند پیش انجام عمل و حتی در حین عمل هیچ دینی بر عهده جاعل نیامده است و تنها بعد از اتمام عمل دین بر ذمه جاعل ثابت می شود و قبل از آن ضمان باطل است (شرایع الاسلام، ۹۰/۲ علامه ح، تذکره ۳۱۷/۱۴؛ جامع المقاصد، ج ۵ ص ۳۱۹).

ضمان از نفقه آینده

درباره ضمانت نفقه گذشته و حال زن هیچ اختلافی وجود ندارد، زیرا این نفقات بر ذمه مرد ثابت شده است؛ اما درباره ضمانت نفقه آینده زن اختلاف وجود دارد. اکثر فقهاء به خاطر اینکه هنوز نفقات آینده بر ذمه مرد ثابت نشده و سبب ثبوتش حاصل نشده حکم به بطلان این ضمانت نموده اند (حلی، محقق، شرائع الاسلام، ۹۰/۲. نجفی، جواهر الکلام، ۱۳۹/۲۶). در مقابل برخی دیگر مثل سید یزدی، سبزواری صحت آن را بعید نمی دانند، زیرا این نفقه در نزد عرف به منزله دین ثابت است (یزدی، سید کاظم، العروة الوثقی؛ سبزواری، ۲۰/۲۷۷). برخی نیز با استناد اینکه اسقاط نفقات در همه زمان های آینده جایز است، ضمانت را هم جایز دانسته است (حکیم، منهاج الصالحین ۱/۲).

ضمان عهده

اگر در قرار داد بیع مشتری احتمال دهد که معامله به خاطر غصبی بودن کالا یا امر دیگر باطل باشد، می تواند از بایع بخواهد تا شخص سومی تدارک ثمن را برای بایع ضمانت کند. همه فقهاء چنین ضمانتی را در فرضی که بیع



باطل شود صحیح دانسته اند، در حالی که در هنگام عقد ضمان دینی بر عهده بایع نیست، چون فرض این است که مشتری کالا را تحویل گرفته است (حلی، علامه، تذکره ۳۲۹/۱۴).

همچنین موارد بسیار دیگری از جمله ضمان اعیان مضمونه، ضمان جبران خسارت بناء و غرس درخت، ضمان ارش جنایت و غیره وجود دارد که فقهاء آنها را با وجود اینکه در ذمه ثابت نیستند، جایز شمرده‌اند. در اینجا گروهی خواسته‌اند این موارد را توجیه کرده، آنها را از مصادیق ضمان مالم یجب خارج کنند، گروه دوم این موارد را از مصادیق ضمان به معنای لغوی دانسته‌اند، دسته سوم آنها را مستثنی دانسته، شرط ثبوت دین در ذمه را شرط غالبی قرار داده‌اند و گروهی آن را به ضمان عهده برمی‌گردانند. (حکیم، مستمسک العروه، ج ۱۳ ص ۲۶۵؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۳۹۸/۱۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۹۱/۴)

۱. عدم تحقق قصد

آقای حکیم عدم تحقق قصد جدی به انشاء ضمان را دلیل اصلی عدم صحت ضمان مالم یجب میدانند. ایشان گفته: ضمان عبارت از اشغال ذمه ضامن به چیزی که ذمه مضمون عنه به آن مشغول است و این معنا متوقف بر مشغول بودن ذمه مضمون عنه است، تا تعلق قصد به آن درست باشد و اگر چیزی بر ذمه مضمون عنه نباشد، امکان ندارد ضامن بتواند قصد و انشاء اشغال ذمه به آن دین را بنماید. بنابراین هیچ ضمانی و عقدی در کار نیست، تا بتوان با تمسک به عمومات دال بر صحت ضمان و یا عقود آن را درست کرد (حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۳ ص ۲۶۵). البته ایشان تلاش می‌کند به نحو واجب مشروط یا معلق این نوع ضمانها را درست کند، ولی در نهایت از این طریق نیز قابل تصحیح نمیدانند.

این دلیل مبتنی بر همان دلیل اول است، یعنی با توجه به اینکه در نظر آقای حکیم تحقق ضمان بدون وجود متعلق آن ممکن نیست، بنابراین قصد جدی ضامن به امری که میدانند محقق نمی‌شود، تعلق نمی‌گیرد و با فقدان قصد جدی عقد ضمان باطل خواهد بود. اما همانطور که در قبل بیان شد، تحقق ضمان تلازمی با اشتغال بالفعل ذمه نسبت به دین و تعهد مضمون عنه ندارد. در واقع در ضمان لازم نیست، همان تعهد و دین مضمون عنه بر ذمه اثبات شود و یا منتقل شود، بلکه تحقق تعهد به نفع مضمون له ملاک است. بنابراین در جایی که ضامن میدانند تعهد و دینی بر عهده مضمون عنه خواهد آمد، می‌تواند آن را متعهد شود و قصد جدی به آن تعلق بگیرد. بله در جایی که ضامن بدانند، هیچ نوع تعهدی بر عهده مضمون عنه نخواهد آمد، تحقق ضمان در اینجا مشکل است. مثلاً در عاریه غیر مضمونه در جایی که صاحب کالا از دادن عاریه به دیگری نگران است، ضامن بازگرداندن آن و یا بدل آن در صورت تلف را ضمانت کند؛ مگر اینکه توسعه دیگری در معنای ضمان بدسیم و حتی وجود مضمون عنه را هم در تحقق ضمان دخیل ندانیم و هر نوع تعهد به اداء مال به نفع دیگری را ضمان بدانیم. این توسعه با تعریفی که فقهاء از ضمان دارند، ناسازگار نیست، ولی با ارکان ذکر شده برای ضمان سازگاری ندارد. در هر حال به

نظر می‌رسد تحقق و عدم تحقق قصد جدی امری وجدانی است و نمی‌توان آن را به عنوان دلیل مطرح کرد؛ علاوه بر اینکه قصد جدی در اینجا نیز محقق می‌شود. شاهد این مطلب، انواع ضمانت‌ها و تعهداتی است که اشخاص یا شرکت‌هایی مثل بیمه‌ها ابتدائاً و بدون تحقق تعهد و دین قبلی، برعهده می‌گیرند و با قصد کاملاً جدی آن را ضمانت می‌کنند. در نتیجه دلیل مزبور نمی‌تواند مانع صحت ضمان ما لم يجب قرار بگیرد.

۲. عدم الدلیل

از جمله ادله‌ای که برای عدم صحت ضمان ما لم يجب اقامه شده، عدم شمول ادله نسبت به این نوع ضمان است (المؤتلف من المختلف؛ ج ۱، ص: ۵۸۶). به نظر این مستدل همه اخبار و روایات ضمان، فقط درباره ضمان ما فی الذمه می‌باشد و اطلاق یا عمومی ندارند تا بتوان برای مشروعیت ضمان به طور کلی به آنها تمسک کرد (خویی، ابولقاسم، مبانی العروة الوثقی؛ ج ۲، ص: ۱۱۷). به عقیده برخی با توجه به اینکه درباره شرط ثبوت مال در ذمه ادعای اجماع شده، در شمول ادله ضمان به ضمان ما لم يجب شک می‌کنیم، نسبت به ضما جایی که حق در ذمه مضمون عنه ثابت نیست، با توجه به عدم شمول ادله ضمان نسبت به در صحت ضمان شک می‌کنیم و اصل این است که بر چنین ضمانتی اثری مترتب نشود. ترتب اثر چنین ضمانتی و من دعوی الإجماع علی اشتراط أن يكون مالاً فی الذمة فی الحق المضمون، لأقل من الشك، والأصل عدم ترتب الأثر فی مثل هذا الضمان تنها روایت قابل استدلال در این موضوع، روایت نبوی: «الزعیم غارم» هست که در از طریق اهل سنت حکایت شده و سند آن مشکل دارد، بلکه از برخی اخبار استفاده می‌شود که اصلاً چنین روایتی ثابت نیست (فقه الصادق علیه السلام، للروحانی؛ ج ۲۰، ص: ۱۶۱).

جواب از این دلیل نیز با توجه به مطالب قبل روشن است، زیرا چنانچه معلوم شد ماهیت ضمان عام است و تحقق آن تلازمی با وجود فعلی و خارجی حق مضمون ندارد و همینکه امکان تحقق آن در آینده وجود داشته باشد، می‌توان آن را بر عهده گرفت، همانند سایر تعهد به فعلهایی که شخص می‌تواند در یک معامله و عقد بیع بر عهده بگیرد. البته ادای آن تعهد وابسته به شرائطی است که احتمال دارد واقع نشود، اما این مربوط به وفای آن تعهد است نه خود تعهد. بنابراین ادله خاص ضمان شامل ضمان ما لم يجب نیز می‌گردد هر چند مورد آنها در جایی است که تعهد و دینی ثابت شده باشد. اما اگر کسی قائل به اختصاص ادله خاص ضمان به موارد ثبوت دین و تعهد باشد، می‌توان با استفاده از ادله عمومی عقود و معاملات مانند آیه تجاره عن تراض و آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غیر این عقد را به عنوان یک عقد مستقل پذیرفت. (همان)

۳. روایت نبوی «نهی عن الغرر»

از جمله ادله‌ای که برای عدم صحت ضمان ما لم يجب اقامه شده، روایت نبوی «نهی عن الغرر» است (دعائم الإسلام؛ ج ۲، ص: ۲۱؛ سید مرتضی، الانتصار ۴۳۶ و شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳ ص ۵۵). این روایت در کتب متعدد روایی و فقهی نقل شده و با وجود مرسل بودن مورد استناد فقهاء واقع شده است. طبق این روایت اگر ضامن، دینی را که هنوز



بر عهده مضمون عنه نیامده بر عهده بگیرد، موجب غرر برای اوست، زیرا این ضمانت به جهت زمان و میزان بدهی مجهول است و باریسک و خطر زیادی همراه خواهد بود، بنابراین ضمان ما لم یجب صحیح نیست. این دلیل به چند جهت قابل تمسک نیست. اولاً آنچه در بیشتر کتب روایی و فقهی وارد شده «نهی النبی عن بیع الغرر» و تنها در برخی عبارات کتاب الخلاف شیخ طوسی به صورت مطلق آمده است (حاشیه کتاب الخلاف ج ۳ ص ۳۱۹).*

بنابراین نمی‌توان به آن در غیر بیع تمسک کرد. ثانیاً بر فرض که به صورت عام نقل حکایت شده باشد، به خاطر مشکل سندی حجیت ندارد؛ علاوه بر اینکه روایت مزبور تنها از جهت جهالت مبلغ مورد ضمان مورد استناد واقع شده و ارتباطی به مالم یجب بودن مضمون ندارد (شیخ طوسی، کتاب الخلاف، ج ۳ ص ۳۱۹). ثالثاً وجود غرر در ضمان ما لم یجب معلوم نیست، زیرا می‌توان دین را با تعیین مبلغ و زمان اخذش برطرف کرد. بنابراین استناد به این دلیل نیز برای عدم صحت ضمان ما لم یجب، تمام نیست و اخص از مدعاست. بعد از ناتمام بودن ادله قائلین به بطلان ضمان ما لم یجب، لازم است دلایلی وجود دارد که می‌تواند صحت این نوع ضمان را اثبات کند. در اینجا به بررسی این ادله می‌پردازیم.

ادله صحت ضمان ما لم یجب

۱. سیره و بناء عقلاء

برخی چنین دلیل آورده اند که سیره و بنای عقلاء در صحت ضمان ما لم یجب تردیدی ندارند و نشانه اش این است که امروزه تقریباً در بیشتر قراردادها و معاملات میان افراد، طرفین یا یکی از آنها دیون آینده دیگران را تعهد می‌کنند، بی آنکه در صحت آن تردید داشته باشند و همین سیره و روش عقلا که شارع نیز از آن منع نکرده است، دلیلی بر صحت ضمان ما لم یجب می‌باشد (باقری، مقاله).

به نظر می‌رسد این دلیل تمام نباشد، زیرا همانطور که در جای خود ثابت شده است، سیره عقلائی در جایی حجیت دارد که متصل به زمان معصومین علیهم‌السلام و در منظر آنها بوده باشد، و آنها این سیره را رد و انکار نکرده باشند. بنابراین برای حجیت سیره‌هایی که بعد از آن زمان بوجود می‌آید، دلیلی نداریم.

۲. اطلاق و عموم ادله عام معاملات

اطلاق و عموم ادله عامی مثل «اوفوا بالعقود» و آیه «تجاره عن تراض» و روایت «المؤمنون عند شروطهم» اقتضا می‌کند هر عقدی که با رضایت و قصد طرفین انجام می‌گیرد، صحیح باشد و این ادله شامل عقد ضمان ما لم یجب نیز می‌گردد (سید یزدی، العروه الوثقی (محشی) ۴۰۷/۵ و ۴۰۸؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۶۱/۲۰). مشهور فقهاء با توجه به ظاهر روایات باب ضمان، قائل شده‌اند، ضمان اصطلاحی شرعی شامل ضمان دین آینده نیست (خویی، ابولقاسم،

العروه الوثقی (محشی) ۴۳۷/۵). گروه اول این شمول را ثبوتاً ممکن ندانسته‌اند، چه ضمان به معنای اثبات مال در ذمه باشد و چه به معنای ضمان عهده، زیرا به نظر آنها معقول نیست که قبل از تحقق دین بر ذمه مدیون، ذمه یا عهده ضامن با عقد مشغول گردد، پس اصولاً ضمانی محقق نمی‌شود تا مشمول ادله گردد (بروجردی، حسین؛ و اصفهانی، العروه الوثقی، (محشی) ۴۳۶ دستة دوم تحقق این ضمان به معنای تعهد و ضمان عهده و تمسک به عمومات برای صحت آن را می‌پذیرند (خویی، ابولقاسم، العروه الوثقی (محشی) ۴۳۷/۵). اما به نظر می‌رسد هر چند ادله و روایات خاص ضمان، ظهور در معنای اصطلاحی و اشغال ذمه ضامن در حین ضمان دارد، ولی این ادله انحصاری در ضمان شرعی ایجاد نمی‌کند و چنانچه ذکر شد معنای ضمان عمومیت دارد و شامل ضمان دین غیر موجود نیز می‌شود (سید یزدی، العروه الوثقی (محشی) ۴۰۷/۵ و ۴۰۸). اگر کسی اصرار داشته باشد که در معنای اصطلاحی ضمان ثبوت مال در ذمه ضامن لازم است در اینصورت، ضمان به معنای عرفی و تعهد به اداء با ادله عام قابل اثبات است.

۳) صحت موارد مشابه «ضمان ما لم یجب»

همانطور که در جواب از اجماع گذشت، موارد متعددی از جمله: ضمان مال الجعالة قبل از عمل، ضمان اعیان مضمونه، ضمان درک بناء و غرس وجود دارد که فقهاء حکم به صحت ضمان کرده‌اند، در حالی که در آنها هیچ مالی بر ذمه ضامن قرار نمی‌گیرد. به همین خاطر برخی فقهاء معتقدند شرطیت ثبوت حق مضمون در ذمه و صحت ضمان اعیان مضمونه دارای تهافت است (فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج ۲۰، ص: ۱۶۴).

با توجه به تعریف مشهور از ضمان و نیز با در نظر گرفتن ادله فوق مشخص شد که مهم در ضمان این است که شخص غیر مدیون تعهد مالی بدهد دینی را به نفع مضمون له پرداخت کند. در جایی که دینی در قبل محقق شده، تحقق و صحت این تعهد مسلم و واضح است، چه به صورت نقل و اثبات در ذمه که مورد قبول علمای شیعه هست و چه به صورت ضم ذمه به ذمه که اهل سنت آن را پذیرفته‌اند. اما در صورت عدم تحقق دین در خارج، هر چند به نظر اکثر فقهاء انتقال دین به ذمه ضامن و اشتغال ذمه او به آن دین معقول نیست و چنین ضمانی اصلاً محقق نمی‌شود و ادله خاص و ادله عام نمی‌تواند شامل آن شود، ولی با توجه به اینکه ثبوت دین در ذمه ضامن، امری اعتباری است نه حقیقی؛ در ضمان وام‌های بانکی عرفاً ثبوت دین محقق شده است. در واقع ضامن با انشاء عقد ضمان عرفاً ذمه خود را به یک دینی مشغول می‌کند، بنابراین ثبوت خارجی دین موضوعیت ندارد ندارد، بلکه مهم این است که بدهی معینی که معلوم الثبوت در آینده هست، مورد قصد و رضایت ضامن و مضمون له قرار بگیرد. علاوه بر اینها می‌توان گفت که آنچه در امضاء ضمان وام‌های بانکی اتفاق می‌افتد یک روند اداری و شکلی است و ضمانت واقعی بعد از اینکه متقاضی وام را دریافت کرد، محقق می‌شود. نشانه‌اش هم این است که قبل از واریز وام، بانک به هیچ عنوان نمی‌تواند ضامن را مسئول پرداخت بداند.

نکته سوم اینکه: ضمانت ضامن در وام‌های بانکی در طول مسئولیت وام‌گیرنده است؛ یعنی ضمانت وام‌ها از نوع



ضمم ذمه به ذمه است و در نتیجه ضمان خاص شرعی بنا بر نظر مشهور فقهاء امامیه بر آن صدق نمی‌کند، ولی طبق تعریف ارائه شده از ضمان شرعی و اینکه نقل ذمه در آن معتبر نیست، ضمان شرعی نیز بر ضمانت وام‌های بانکی صدق می‌کند و بر فرض اگر کسی ملتزم به آن نشود، صدق ضمان عرفی با توجه به ادله عام معاملات برای صحت شرعی آن کفایت می‌کند. (یزدی، عروه الوثقی (محشی) ج ۵ ص ۴۰۴).

بنابراین وجود خارجی دین هیچ نقشی در ماهیت ضمان ندارد، آنچه مهم است، تحقق اعتباری و قصدی دین است و نبود خارجی دین، به معنای نبود متعلق ضمان نیست، بلکه متعلق ضمان می‌تواند مفروض الوجود در آینده باشد. با این بیان اشکال تعلیقی بودن ضمان مال مالم يجب نیز برطرف می‌شود، زیرا از لحاظ عرفی چنین ضمان معلق نیست.

جمع بندی و نتیجه گیری

اولاً: ضمان اصطلاحی در مورد ضمان دین آینده کاملاً صدق می‌کند و علاوه بر ادله عام عقود، ادله خاص ضمان نیز شامل آن می‌گردد و ضمان مال مالم يجب کاملاً شرعی و صحیح به نظر می‌رسد. در نتیجه راه حل ضمان عرفی که برخی فقهاء برای صحت ضمان مال مالم يجب بیان کرده‌اند صحیح نیست، زیرا اینها چون معنای اصطلاحی ضمان را اشتغال ذمه یا نقل ذمه دانستند، معتقد شدند ضمان مال مالم يجب، تنها به معنای لغوی ضمان صحیح است (خویی، ابوالقاسم، خمینی، روح الله، حکیم، محسن مستمسک العروه الوثقی: ج ۱۳، ص ۲۶۵ و ۳۳۵).

ثانیاً: توجه به معنا و مفهوم ضمان در میان مشهور فقهاء یعنی «تعهد به اداء مال از سوی غیر مدیون» مشخص شد، لازمه ضمان ثبوت فعلی دین در خارج نیست و موید آن چنانچه گذشت، موارد متعددی مثل ضمان اعیان مضمونه، تدارک خسارت بناء و غرس بود که فقهاء با اینکه دینی بر ذمه مدیون ثابت نیست، حکم به صحت ضمان کرده‌اند. همین امر موجب شده تا برخی از فقهاء شرط بودن ثبوت دین را لازم ندانند و تحقق مقتضای ثبوت را کافی بدانند. البته این عدم ثبوت دین نباید به گونه‌ای باشد که عقد ضمان را در حد یک وعده قرار دهد و از عقد بودن که لازمه‌اش در فقه امامیه تحقق یک حکم وضعی است خارج کند. از همین رو سید یزدی و سبزواری معتقداند: مانعی برای صحت مال مالم يجب بعد از ثبوت مقتضی نیست و دلیلی برای عدم صحت از نص و اجماع وجود ندارد و اگر دین مدیون به گونه‌ای در شرف تحقق باشد که عرفاً ثابت است، ضمانت آن صحیح است (سید یزدی، العروه الوثقی، المحشی، ۴۰۷/۵؛ مهذب الاحکام ۲۰/۲۸۹). به عبارت دیگر مهم ثبوت عرفی دین است و عرف دین‌هایی را که تحقق آن در آینده مشخص است، محقق میدانند هر چند سبب آن موجود نباشد؛ ولی اگر تحقق دین آینده مبهم و احتمالی باشد، چنین ضمانتی را ضمانت نمیدانند و ادله ضمان نیز شامل آن نمی‌شود. این بیان در واقع ماهیت ضمان را از تحقق سبب دین که مورد قبول برخی فقهاء بود به مقتضای ثبوت توسعه داده است.

ثالثاً: ضمان وام‌های بانکی با توجه به اینکه امضاء قرار داد ضمان میان ضامن و بانک تنها به روند اداری و شکلی است و اصل ضمان بعد از پرداخت وام است، مشمول ضمان مال مالم يجب نیست؛ بلکه بر فرض اینکه ضمان مال مالم يجب نیز باشد، با توجه به اینکه عرفاً در شرف تحقق است همین اندازه در ثبوت دین کافی است.

رابعاً: اینکه ضمان وام‌های بانکی از نوع ضم ذمه به ذمه است، با توجه به شمول تعریف ضمان شرعی نسبت به آن اشکالی در صحت آن وجود ندارد. در نهایت اگر ضمان شرعی را طبق مبنای مشهور منحصر در نقل ذمه به ذمه بدانیم، شمول ادله عام معاملات در صحت آن کفایت می‌کند.

پیوست

۱. شیخ طوسی به خاطر برخی ادله روایی، قائل به صحت شده است. «فإنه ليس بلازم في الحال لكنه يؤول إلى اللزوم بفعل ما شرط المال له و يصح ضمانه و يلزمه لقوله صلى الله عليه و آله: «الزعيم غارم» و لقوله تعالى «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ». مبسوط ج ۲ ص ۳۲۴؛ ولی محقق حلی ضمانت این نوع حقوق از جمله مال الجعالة را نمی‌پذیرد (شرایع الاسلام، ج ۲ ص ۹۰)
۲. «فهذا المال لا يصح ضمانه لأن الضمان إثبات مال في الذمة و التزام لأدائه و هو فرع للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم و يكون في الفرع لازماً فلهذا منعنا من صحة ضمانه و هذا لا خلاف فيه» (المبسوط ج ۲ ص ۳۲۴)؛ «و إن كانت نفقة مستقبلة» (۲) لم يصح ضمانها، لأنها غير ثابتة في الذمة» ابن ادریس، (سرائر ج ۲ ص ۷۲)؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۱، ص: ۴۰۱؛ الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۱، ص: ۲۷
۳. در بیشتر منابع اصلی این روایت از کتب اهل تسنن و شیعه، عبارت «نهی النبی عن بیع الغرر» آمده است. لذا شمول آن نسبت به هر غرری موجب تردید است. و شاید افتادن کلمه «البيع» در روایت اشتباه ناسخین باشد. انظر بعض مصادر نهی بیع الغرر: صحیح مسلم ۳: ۱۱۵۳ حدیث ۱۵۱۳، و سنن أبي داود ۳: ۲۵۴ حدیث ۳۳۷۶، و سنن الترمذی ۳: ۵۳۲ حدیث ۱۲۳۰، و سنن الدارقطني ۳: ۱۵ حدیث ۴۶ و ۴۷، و سنن الدارمی ۲: ۲۵۱، و سنن ابن ماجه ۲: ۷۳۹ حدیث ۲۱۹۴ و ۲۱۹۵، و سنن النسائي ۷: ۲۶۲، و الموطأ ۲: ۶۶۴ حدیث ۷۵، و مسند أحمد بن حنبل ۱: ۳۰۲، و السنن الكبرى ۵: ۳۳۸، و دعائم الإسلام ۲: ۲۱، و عیون اخبار الرضا ۲: ۴۵ حدیث ۱۶۸. (حاشیه کتاب الخلاف ج ۳ ص ۳۱۹).



فهرست منابع

قرآن

- ۱) ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، اول، ۱۴۱۷ق
- ۲) اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۰۳ق
- ۳) بحرانی، آل عصفور، یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ق
- ۴) جزیری، عبد الرحمن - غروی، سید محمد - یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، بیروت، دار الثقلین، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- ۵) حائری، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام، اول، بیتا
- ۶) حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، قم، موسسه دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ق
- ۷) حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین (المحشی)، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، اول، ۱۴۱۰ق
- ۸) حلّی، ابن ادريس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، دوم، ۱۴۱۰ق
- ۹) حلّی، علامه، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۱۰ق
- ۱۰) حلّی، علامه، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- ۱۱) حلّی، علامه، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیه، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، اول، ۱۴۲۰ق
- ۱۲) حلّی، علامه، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، موسسه آل البيت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- ۱۳) حلّی، محقق، نجم الدین، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، موسسه اسماعیلیان، دوم، ۱۴۰۸ق.
- ۱۴) حلّی، نجم الدین جعفر، ایضاح ترددات الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، دوم، ۱۴۲۸ق
- ۱۵) خویی، سید ابولقاسم، مبانی العروه الوثقی، قم، منشورات مدرسه دار العلم، اول، ۱۴۰۹ق
- ۱۶) خویی، سید ابولقاسم، موسوعه الامام الخوئی، قم، موسسه إحياء آثار الامام الخوئی، اول، ۱۴۱۸ق
- ۱۷) روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الكتاب، اول، ۱۴۱۲ق.
- ۱۸) سبزواری، سید عبد الاعلی، مهذب الاحکام، قم، موسسه المنار، چهارم، ۱۴۱۳ق
- ۱۹) شریف مرتضی، علی بن حسین، الانتصار، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ق
- ۲۰) طبرسی، امین الاسلام، المؤلف من المختلف؛ مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ق
- ۲۱) طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، قم، المكتبة المرتضویه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- ۲۲) طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۰۷ق
- ۲۳) عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۱۹ق
- ۲۴) عاملی، شهید ثانی، حاشیه شرایع الاسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، اول، ۱۴۲۲ق.
- ۲۵) عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.

- ٢٦) عاملى، شهيد ثانى، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلاميه، چاپ اول، ١٤١٣ق.
- ٢٧) عاملى، كركى، محقق ثانى، جامع المقاصد فى شرح القواعد، قم، موسسه آل البيت، چاپ دوم، ١٤١٤ق
- ٢٨) مغربى، ابوحنيفه، دعائم الإسلام، قم، موسسه آل البيت ع، چاپ دوم، ١٣٨٥ق
- ٢٩) نجفى، محمد حسن، جواهر الكلام فى ثوبه الجديد، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامى، چاپ اول، ١٤٢١ق.
- ٣٠) يزدى، سيد كاظم، العروة الوثقى مع التعليقات، قم، انتشارات مدرسة امام على ع، اول، ١٤٢٨ق
- ٣١) يزدى، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى (المحشى)، قم، دفتر انتشارات اسلامى، اول، ١٤١٩ق.
- ٣٢) يزدى، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى، بيروت، موسسه الاعلمى للمطبوعات، دوم، ١٤٠٩ق