



Jurisprudential Analysis of Guarantee of Notables from the Point of View of Islamic Schools of Thought

Mohammad Ali Heidari ^{1*}

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:33-48

Article history:

Received: 24 Mar 2024

Edition: 25 Apr 2024

Accepted:05 Jul 2024

Published online:22 Jan 2025

Keywords:

Nobles' Guarantee, Guaranteed Nobles' Guarantee, Non-Guaranteed Nobles' Guarantee .

Corresponding Author:

Mohammad Ali Heidari

Address:

Iran, Najaf Abad, Islamic Azad University, Najaf Abad Branch, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law.

Orchid Code:

0000-0003-3821-9684

Tel:

09131312195

Email:

Ma1.heidari@yahoo.com

ABSTRACT

Background and purpose: Many jurists have considered the guarantee of nobles as an independent contract from the guarantee of debt, and referring to the generality, they have ruled on the validity of the guarantee of nobles, both secured and unsecured, as well as the correctness of the financial insurance that is in the possession of its owner. Now, the question is whether this ruling only refers to nobles with a title such as Ain Mughosb or does it include non-titled nobles as well. The purpose of this research is to analyze the jurisprudence of Daman Ayyan from the point of view of Islamic religions.

Materials and Methods: This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are respected.

Findings: The jurists have different opinions about the guarantee or non-guarantee of the pledged people and they are divided into two groups, those who are permitted and those consider the guarantee of the, and the majority of the jurists believe that the guarantee of the pledged people is valid, and each of them has cited reasons.

Result: In contrast to popular jurists, the Imami jurists emphasize the transfer effect of the contract of guarantee and prohibiting the addition of responsibility by is destroyed and the subject is guarantee to be correct due to its generality.

Cite this article as:

Heidari, M-A. *Jurisprudential Analysis of Guarantee of Notables from the Point of View of Islamic Schools of Thought*. Economic Jurisprudence Studies. 2025.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره هفتم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۴

تحلیل فقهی ضمان اعیان از دیدگاه مذاهب اسلامی

محمدعلی حیدری^{*۱}

۱. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: بسیاری از فقها، ضمان اعیان را عقدی مستقل از ضمان دیون قلمداد کرده و با استناد به عمومات، حکم به صحت ضمان اعیان اعم از مضمونه و غیر مضمونه و نیز درستی بیمه مالی که در تصرف مالک آن است، کرده‌اند. حال سوال این است که این حکم تنها ناظر به اعیان مضمونه همچون عین مغضوب است یا شامل اعیان غیر مضمونه نیز می‌گردد. هدف از این تحقیق تحلیل فقهی ضمان اعیان از دیدگاه مذاهب اسلامی می‌باشد.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: یافته‌ها نشان داد فقها در مورد ضمان یا عدم ضمان اعیان مضمونه اختلاف نظر دارند و به دو گروه مجوزین و مانعین تقسیم می‌شوند؛ لذا جمعی از فقها ضمانت اعیان مضمونه را باطل دانسته و اکثر فقها قائل به اثبات صحت اعیان مضمونه هستند و هر کدام به دلایلی استناد کرده‌اند.

نتیجه: از دید فقهای امامیه فقهای امامیه بر خلاف فقهای عامه، بر اثر انتقالی عقد ضمان و منع انضمام ذمه تأکید خاصی دارند. با انجام شرط ضمن عقد اگر عین تلف شد و مضمون عنه امتناع کرد ضامن باید بپردازد و اشتغال ذمه ضامن صحیح است و در مورد ضمان اعیان مضمونه نیز برخی از فقها این نوع ضمان را به دلیل عمومات صحیح دانسته‌اند.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۴۸-۳۳

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۰۵

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۲/۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

واژگان کلیدی:

ضمان اعیان، ضمان اعیان مضمونه، ضمان اعیان غیر مضمونه، فقه.

نویسنده مسئول:

محمدعلی حیدری

آدرس پستی:

ایران، نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف آباد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

تلفن:

09131312195

کد ارکید:

0000-0003-3821-9684

پست الکترونیک:

Ma1.heidari@yahoo.com

۱. مقدمه

مختلف آن در قالب یک روش تحلیلی از دیدگاه مذاهب اسلامی کمتر مورد بررسی قرار گرفته است، در این تحقیق با توجه به اهمیت فوق العاده این بحث و ضرورت آن در روابط حقوقی بین افراد به تحلیل هر کدام از دیدگاهها در مذاهب اسلامی پرداخته خواهد شد. از پرسشهای مطرح در این بحث این است که آیا بر فرض امکان تصحیح ضمان اعیان، این حکم تنها ناظر به اعیان مضمونه همچون عین مغضوب می باشد یا شامل اعیان غیر مضمونه همچون عین مورد عاریه یا اجاره یا رهن وامثال آن نیز می گردد؟ از دیگر پرسشهای این بحث آیا در صورت وجود عین می توان ضمان شد یاخیر؟ بررسی تحلیل ادله ضمانت اعیان در حوزه بحث این تحقیق قرار می گیرد که محقق با در نظر گرفتن نظریات مخالف و موافق به تحلیل و بررسی آن از دیدگاه مذاهب اسلامی می پردازد.

۲. مواد و روشها

مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و دادهها نیز کیفی است و از فیش برداری در گردآوری مطالب و دادهها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت داری رعایت شده است.

۴. یافتهها

یافتهها نشان داد فقها در مورد ضمان یا عدم ضمان اعیان مضمونه اختلاف نظر دارند و به دو گروه مجوزین و مانعین تقسیم می شوند. لذا جمعی از فقها ضمانت اعیان مضمونه را باطل دانسته و اکثر فقها قائل به اثبات صحت اعیان مضمونه هستند و هر کدام به دلایلی استناد کرده اند.

در اصطلاح فقها، ضمان عقدی است که به موجب آن مالی از ذمه شخصی خارج شده و در ذمه شخص دیگر قرار می گیرد. لذا به تعبیر دیگر ضمان عبارت است از نقل حق از ذمه مدیون به ذمه ضامن. یکی از مباحث مهم و اصلی در «ضمان» در مورد شرایط موضوع ضمان یا حق مضمون یا «مضمون به» می باشد. لذا در اکثر کتب فقهی به این موضوع تصریح شده که «حق مضمون» می بایست دارای دو شرط مالیت و دیگری ثبوت بر ذمه باشد که گروهی از فقها بر این دوش شرط ادعای اجماع کرده اند (العالمی، ۱۶، ۱۳۷۹). لذا ثبوت مال بر ذمه که موضوع عقد ضمان یا «مضمون به» است در تعریف فقهی و قانونی آمده است. البته واضح است که مال ثابت بر ذمه کلی است چون شرط ثبوت مال بر ذمه کلیت آن است؛ لذا چون مال بر ذمه مفهومی جز «دین» ندارد، فقها در تعریف دین آن را به مال کلی که ثابت بر ذمه است تعریف کرده اند. همچنین در بیشتر کتب فقهی، درباره ضمانت از اعیانی مطرح می باشد که در زمان عقد ضمان در خارج وجود داشته و بر ذمه مضمون عنه مستقر نیستند. با وجود تعریف ضمان به نقل دین از ذمه ای به ذمه دیگر و همچنین شرایطی که فقهاء برای حق موضوع ضمان لازم می دانند، تقریباً تمامی مؤلفان در خصوص این موارد به بحث ضمان اعیان پرداخته اند و احیاناً به صحت برخی از این موارد نیز حکم داده اند (الشریف، ۳۲، ۱۳۹۶). لذا فقهای امامیه و اهل سنت در مورد ضمان یا عدم ضمان اعیان مضمونه اختلاف نظر دارند و به دو گروه مجوزین و مانعین تقسیم می شوند. لذا جمعی از فقها ضمانت اعیان مضمونه را باطل دانسته و اکثر فقها قائل به اثبات صحت اعیان مضمونه هستند و هر کدام به دلایلی استناد کرده اند و چون اصل تحقیق با توجه به ابعاد

۵. بحث

۵-۱. اطلاق «عقد ضمان» در مذاهب اسلامی

عقد ضمان از نظر امامیه دو معنای اعم و اخص دارد که عبارتند از: ۱. معنای اعم که این شامل هر کدام از کفالت نفس و حواله و ضمان به معنای اخص می‌شود. ضمان هنگامی که بدون قید اطلاق شود در عرف فقهای امامیه به قسم اخیر (ضمان به معنای اخص) منصرف می‌شود (العاملی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۴۹). ۲. معنای اخص که غیر از حواله و کفالت است و اطلاق می‌شود بر: الف) ضمان ذمه، و این نوع ضمان مفید انتقال آنچه بر یک ذمه ثابت شده به ذمه‌ای دیگر است. ب) ضمان عهده یعنی جبران مضمون برعهده ضامن باشد مانند ضمان اعیان مغصوبه از طرف کسی که آن مال در دستش است و مثل ضمانت نقصان سنگ ترازو و غیره (العاملی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۷۶؛ بحر العلوم، ۱۳۴۸، ج ۵، ۳۳۵).

ضمان و کفالت در نزد مالکیه مساوی هستند و بر دو قسم است: ضمان نفس و ضمان مالی و دارای سه قسم است: ۱. ضمانت مال. ۲. ضمانت نفس. به ضمان وجه هم شناخته می‌شود که ضامن مکلف است مدیون را بیاورد و مشغول الذمه نمی‌شود مگر در صورت حاضر نکردن مدیون. ۳. ضمانت طلب که به موجب آن ضامن مکلف است بدون اهمال از مدیون مطالبه کند و در صورت کوتاهی، مشغول الذمه می‌شود (ابن رشد، ۱۹۹۵، ج ۲، ۲۹۲؛ الخطاب، ۱۴۲۳، ج ۵، ۹۶؛ الجزیری، ۱۴۲۴، ج ۳، ۲۲۳). کفالت و ضمان از نظر مکتب حنفیه به یک معنا است و بر دو قسم است: کفالت نفس و کفالت مال، و کفالت مال اعم از این است که دین باشد یا عین (السرخسی، ۱۳۷۲، ج ۱۹، ۱۶۱). کفالت را به سه قسم تقسیم کرده است که عبارتند از: ۱. کفالت مالی. ۲. کفالت نفس. ۳. کفالت تسلیم. کفالت تسلیم از نظر ماهیت و حکم با کفالت عین مضمونه تفاوت

دارد. اما تفاوت آن از جهت ماهیت در این است که کفالت عین، به معنای ضمانت پرداخت قیمت آن است و کفالت تسلیم به معنای ضمانت تسلیم عین است و اما از جهت حکم، پس کفالت عین یعنی تسلیم عین در صورتی که موجود باشد و در صورت تلف شدن، آن را جایگزین کند، در حالی که کفیل در کفالت تسلیم از کفیل، مطالبه برگرداندن عین می‌شود، مادامی که عین موجود باشد و اگر تلف شده باشد چیزی بر عهده او نیست (الموصلی، ۱۳۷۰، ج ۲، ۱۷۰).

از نظر شافعیه، ضمان بر این موارد اطلاق می‌شود: ۱. ضمانت دیون و منافع. ۲. ضمان عین که از آن به کفالت عین تعبیر می‌شود مانند ضمان عین غصب شده که به معنی برگرداندن آن عین تا زمانی است که باقی باشد و اگر از بین برود چیزی بر ضامن نیست (ابن حجر هیتمی، ۱۴۲۹، ج ۵، ۲۴۰-۲۶۶؛ الجزیری، ۱۴۲۴، ج ۳، ۲۲۵). ۳. کفالت نفس که همچنین کفالت وجه نیز نامیده می‌شود و عقیده ما بر این است که کفالت بدن صحیح است و این نوعی از ضمان است که مختص به بدن‌ها است (النووی، ۱۳۱۵، ج ۵، ۲۵۷؛ ابن حجر هیتمی، ۱۴۲۹، ج ۵، ۲۴۱؛ المطیعی، ۱۴۴۴، ج ۱۳، ۴۸۴).

حنابله، ضمان را بر موارد زیر اطلاق می‌کنند: ۱. ضمان اموال که شامل دیون ثابت شده و حقوق واجب یا چیزی که منجر به وجوب می‌شود، هر چند فعلاً واجب نباشد، مانند ثمن مبیع در مدت خیار و نفقه آینده زوجه، نیز می‌شود. ۲. چنانچه ضمان را بر کفالت اطلاق می‌کنند یعنی ضامن ملتزم به احضار کسی می‌شود که حق مالی به عهده صاحب آن باشد (عبد الوهاب، ۱۴۲۰، ۳۴۴؛ الجزیری، ۱۴۲۴، ج ۳، ۲۲۵). پس ضمان شامل کفالت می‌شود البته با این تفاوت که کفالت مختص به بدن است.

۵-۲. موضوع ضمان

منظور از موضوع ضمان در این مبحث، دین است، به عنوان مثال: اگر زید مبلغی را به عمرو بدهکار باشد، جایز است شخص ثالثی از طرف عمرو آن را نسبت به زید ضمانت کند. لذا دو ضمان دین و عین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۲-۱. ضمان دین

مقصود از دین، بدهی کلی است که بر ذمه شخص قرار می‌گیرد و موضوع تعهد به آن، دارایی‌های مثلی، مانند پول است، برخلاف عین که مربوط به ذمه افراد نیست (القرافی، ۱۳۴۴، ج ۳، ۲۳۶؛ الحسنی، ۱۴۲۵، ۵۸؛ السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۱، ۲۰). و ذمه در لغت به معنای «عهد» است. فقها در تعریف آن و ضمان وجود آن اختلاف نظر دارند. عقیده‌ای بر این است که ذمه از ویژگی‌های انسان است که به واسطه آن نسبت به آنچه که دارد و آنچه از حقوق و تکالیف دینی و مانند آن، برعهده‌ی اوست، صلاحیت پیدا می‌کند. بلکه مراد از ذمه فقط خود انسان است چنانکه «بزدوی» می‌گوید. بر این اساس، انسان از بدو وجود، می‌تواند مالکیت نسبت به مالی موروثی و وصیت شده را پیدا کند و اگر مال دیگری را از بین ببرد، مثل آن یا قیمت آن به ذمه او تعلق می‌گیرد؛ اما نسبت به تعهدات اختیاری از قبیل ضمانتها و عقد بیع، باید دارای شروط معتبر نزد شارع از قبیل بلوغ و عقل و عدم محجوریت باشد. از آنجا که ذمه وصفی است که شارع آن را در شخص فرض می‌کند تا صلاحیت داشتن امور متعلق به خود و حقوق و تکالیفی که برعهده اوست را دارا باشد، به همین اعتبار آن را «اهلیت و جوب» می‌گویند که از تبعات ذمه است و ارتباط بین آنها بسیار نزدیک و تنگاتنگ است.

نظر دیگر در معنای ذمه، با معنای قبلی فرقی ندارد جز در تعیین وقت وجود آن. قرافی می‌گوید:

گروهی معتقدند که ذمه به معنای «اهلیت داشتن برای معامله» است، پس اگر بگوییم: «زید ذمه‌ای دارد»، یعنی: «وی دارای اهلیت معامله است» (القرافی، ۱۳۴۴، ج ۳، ۲۶۶). در حقیقت آنها دو حقیقت متباین هستند و میان معنای آن با «اهلیت تصرف» تفاوت وجود دارد (القرافی، ۱۳۴۴، ج ۳، ۲۷۷). زیرا معنای اخیر بدون ذمه نیز می‌تواند وجود داشته باشد، مانند کودکان ممیز، چون معاملات آنها از نظر مکتب حنفی و حنبلی و مالکی معتبر است و هیچ ذمه‌ای نسبت به دیگران ندارند و ذمه بدون اهلیت تصرف نیز مصداق دارد مانند، ذمه عبد، زیرا وی به خاطر حق ارباب خود محجور است و اهلیت تصرف ندارد. مراد از ذمه - به نوشته هاشم معروف - همان ظرف اعتباری است که به عنوان محلی برای دیون و حقوق ثابت شده بر شخص قرار می‌گیرد که با این ظرف، مشمول موضوع الزام و التزام قرار گرفته و برای امور به نفع خود و تعهدات و تکالیفی که بر عهده اوست، صلاحیت پیدا می‌کند (القرافی، ۱۳۴۴، ج ۳، ۲۸۸).

از آنجا که ذمه وصفی است که حقوق و تکالیف از آن نشات می‌گیرد، زمینه‌های استفاده از آن در مباحث مختلف فقهی دیده می‌شود و محدود به فعالیت‌های اقتصادی همچون کسب درآمد نیست. بلکه شامل تمام حقوق و تکالیف است، خواه صرفاً عبادی باشد، مانند نماز و روزه، یا صرفاً مالی باشد مانند بیع و دین و ضمان، یا آنچه که ترکیبی از جنبه‌های مالی و عبادی را در بر داشته باشد، مانند زکات، اما وجود ذمه با وجود انسان به وجود می‌آید و به نظر گروهی از فقها با پایان عمر او نیز تمام می‌شود و یا طبق نظر گروهی دیگر در جایی وجود دارد که مورد تکلیف واقع شدن نسبت به وی صحیح باشد. با این بیان روشن می‌شود که ذمه

۵-۳-۱. ضمان اعیان مضمونه بالاصل

فقها اعیان را به "اعیان مضمونه بالاصل" (مانند عین غصبی، و عینی که با عقدی فاسد بدست آورده شده، یا عینی که به ناحق از بین رفته است،) و "اعیان غیر مضمونه بالاصل" (مانند ودیعه، و عین مستأجره و سایر امانت‌ها، تقسیم می‌کنند حتی اگر ضمانت آنها به عهده هر کسی که آن را در دست دارد، صحیح باشد باز هم اعیانی هستند که در اصل ضمانت آنها به عهده گیرنده آنها نیست) منظور از ضمانت اعیان در اینجا؛ انتقال حق رد آن بر ذمه ضامن یا مشارکت ضامن در رد آن با مضمون عنه یا پرداخت قیمت آن در صورت تلف شدن آن عین یا به هنگام امتناع مضمون عنه از ادای حق و یا موارد مشابهی مانند این است. فقها در مورد ضمان یا عدم ضمان اعیان مضمونه اختلاف دارند؛ لذا به دو گروه مجوزین و مانعین تقسیم می‌شوند و مجوزین در مورد مقصود از ضمان در آن، اختلاف نظر دارند، چنان که قبلاً تبیین کردیم و با تحقیق و بررسی نیز بیشتر روشن خواهد شد. به طور کلی فقها در مورد ضمانت عینی که در دست شخص است، اختلاف نظر دارند و بر دو قول هستند که گروهی معتقد به نفی ضمان و گروهی قائل به اثبات ضمان اند.

جمعی از فقها ضمانت اعیان مضمونه را باطل دانسته اند و صاحب جواهر قائل به این قول است (نجفی، ۱۳۱۲، ج ۴، ۴۰۹). وی بر این باور است که بر بطلان ضمان اعیان غیر مضمونه، مانند مال مضاربه‌ای، رهنی و امانتی، قبل از تحقق سبب ضمان (تعدی یا تفریط) ادعای اجماع شده است. و نیز این قول به شهید ثانی و محققان از امامیه نسبت داده شده است (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۳۵). «و این همان قولی است که در کتاب (البحر الزخار) از فقه زیدی آمده است (المهدی لدین الله، ۱۳۶۸،

برای غیر انسان و نیز نه قبل از وجود او به عنوان موجودی زنده، ثابت نمی‌شود (الحسنی، ۱۴۲۵، ۵۲).

۵-۲-۲. ضمان اعیان

ضمان اعیان گاهی ضمان عین گفته می‌شود و مراد از آن ضمان ناشی از تسلط بر عین یا اتلاف آن است بدون اینکه عقد یا التزامی در میان باشد و گاهی نیز ضمان عین گفته می‌شود و مراد از آن ضمان ناشی از عقل و التزام است، پس فرق بین این دو ضمان این است که یکی از آنها نیاز به انشا و عقد دارد و دیگری نیاز به انشا و عقد ندارد. حال ضمان ناشی از عقد و التزام را می‌توان به لحاظ ضمان از مضمون عنه و عدم آن به دو قسم تقسیم نمود:

قسم اول: امری که ضمان در آن دارای سه رکن است. مثل اینکه شخصی عینی از اعیان را ابتدائاً ضمانت کند و ملتزم به ادای آن برای صاحبش شود بدون اینکه به وجود مضمون عنه یا عدم آن توجهی داشته باشد.

قسم دوم: امری که ضمان در آن دارای چهار رکن است. مثل اینکه شخصی از شخص دیگر عینی را که بر ذمه اوست را ضمانت می‌کند به عنوان مثال شخصی پیراهن دیگری را غصب نماید و شخص سومی آن پیراهن را از جانب غاصب ضمانت نماید که از این قسم، ضمان عهده یا جبران خسارت است که در مفتاح الکرامه (العاملی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۷۳) و تحفه المحتاج (ابن حجره‌یتمی، ۱۴۲۹، ج ۵، ۲۷۴) نیز بیان شده است.

۵-۳. تحلیل ضمان اعیان از دیدگاه

مذاهب اسلامی

تحلیل این بحث را در دو مورد ذیل بررسی خواهیم کرد: ضمان اعیان مضمونه بالاصل و ضمان اعیان غیر مضمونه بالاصل.

ج ۵، ۷۶). و در مذهب شافعی نیز به یکی از دو وجه قائل اند بلکه به هر دو قول قائلند (الشیرازی، ۱۴۲۱، ج ۱۳، ۴۹۷؛ النووی، ۱۳۱۵، ج ۵، ۲۴۶). و بر منع از ضمان اعیان مضمونه مثل غصب و امانت همراه با افراط و تفریط به ادله ای استدلال شده است که می توان آنها را از مجموع کلام فقهاء در این بحث، انتزاع کرد:

۱. اعیان در ذمه ثابت نیست و شرط ضمان این است که در ذمه ثابت باشد، صاحب الجواهر گفته است: «شرط ضمان این است که مال در ذمه ثابت شود و اعیان مضمونه فقط باید خودشان بازگردانده شوند و آنها به عنوان مالی در ذمه نیستند» (نجفی، ۱۳۱۲، ج ۴، ۴۰۹).

در تحلیل بحث باید گفت که:

الف) شرط ضمان این نیست که مضمون در ذمه ثابت شود و لذا ضمان عین به عنوان ضمان ابتدایی جایز است هر چند در ذمه ثابت نشده باشد، پس محل بحث ما نیز می بایست، همین گونه باشد.

ب) دلیلی بر مالیت داشتن مضمون وجود ندارد، بلکه اعم از حق و مال است، پس آنچه به ذمه ضامن فعلا تعلق گرفته وجوب رد است، و آن حقی است که بر ذمه مضمون عنه فعلا ثابت شده است پس ضمانتش ضمان حقی است که واجب شده است، همانطور که برخی از فقهاء امامیه (العاملی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۷۲؛ بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۳۸) و زیدیه (ابن مفتح، ۱۳۴۰، ج ۴، ۲۹۶) و شافعی گفته اند (الشیروانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ۲۴۶) و شروانی می گوید: «ثابتاً» صفت برای موصوف محذوف است، یعنی: «حقاً ثابتاً» (حق ثابت) پس شامل اعیان مضمونه و دین می شود (الشیروانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ۲۴۶).

ج) مراد از ضمانت اعیان، پرداخت قیمت در صورت تلف شدن است، نه اینکه قیمت به ذمه تعلق گیرد تا گفته شود جایز نیست.

۲. توصیف اعیان به ضمان، به معنای تعهد به قیمت آنها در صورت تلف شدن است درحالی که قیمت آن مجهول است، لذا ضمان آن صحیح نیست. در المغنی آمده است که توصیف اعیان به ضمان، تنها معنایش این است: «در صورتی که تلف شود باید قیمتش پرداخت شود» درحالی که قیمتش مجهول است» (ابن قدامه، ۱۳۴۸، ج ۴، ۴۸۴).

در تحلیل بحث باید گفت که:

آنچه که ممنوع است مطلق جهل نیست بلکه جهل مطلق است، و قیمت اعیان در صورت ضمان قیمتشان مجهول به نحو جهالت محض نیست و جهالت تنها در عقود معاوضی اثر منع دارد نه در عقد ضمان. زیرا ضمان ماهیتاً عقد غرری است (ابن حجرهیمی، ۱۳۰۸، ج ۲، ۲۴۲؛ ابن قیم الجوزیه، ۱۳۷۴، ج ۳، ۳۹۷). از این رو مثالهایی چون «بندهات را از طرف من آزاد کن»، «کالایت را در دریا بینداز، من ضامنم» را صحیح دانسته اند.

۳. قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»: تقریب استدلال به آن به این گونه است که مسئولیت ذوالید در قبال صاحب مال محقق شده است، و ذمه وی به خود آن و به تبعات آن از قبیل حفظ و نگهداری و مسئولیت در قبال تلف و از بین رفتن، مشغول شده است. و به مقتضای اطلاق حدیث، این ذمه ساقط نمی شود تا زمانی که آنچه را که به دست آورده به مالک آن به نحو عرفی - چه در صورت باقی ماندن آن و چه در صورت تلف شدن آن - و این به معنای، عدم تبدیل آن چیزی است که به دست آورده و اینکه به فردی غیر از ذوالید منتقل نمی شود و اگر ضامنی نسبت به آن متعهد شود، فقط در صورت وجود دلیل شرعی چنین امکانی وجود دارد در صورتی که در چنین جایی، دلیل مفقود است (بحرالعلوم، ۱۳۴۸، ج ۲، ۳۳۷) و

نباید گفت که ادله ضمان، مقید به اطلاق حدیث است پس معنای قاعده چنین می‌شود: «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدیه ما لم یضمنه ضامن» زیرا در جواب می‌گوییم: موضوع ادله ضمان، مربوط به دیون است نه مربوط به اعیان.

مناقشه استدلال مذکور در صورتی تام است که ملتزم شویم در هر حالتی ضمان مفید انتقال شی‌ای به ذمه ضامن است، در صورتی که نمی‌توان چنین چیزی را در هر موردی ادعا کرد، بنابراین در این دلیل نیز می‌توان با همان نقدی که بر دلیل اول از ادله مانعین بیان شد، مناقشه کرد.

۴. ضمان به معنای تعهد به شیء و قبول مسئولیت آن است و ضمان از جهت افاده نقل به ذمه یا اشتراک دو ذمه در حق مضمون و یا مطالبه و بقاء مضمون بر ذمه اصیل و یا احتمالات دیگر اطلاق دارد و تعیین یکی از آنها از بین این موارد نیاز به دلیل دارد اما نزاعی در مسئولیت گیرنده ی عین و تعلق مال به ذمه او وجود ندارد و فقط در صورت انشاء عقد ضمان، انتقال آن به ذمه ضامن مشکوک است و اصل در آن عدم انتقال است مگر اینکه دلیلی وجود داشته باشد مانند نقل دیون.

در تحلیل بحث باید گفت که نقد این دلیل از جواب‌هایی که پیش از این ذکر شد دانسته می‌شود.

۵. معروف است که ارکان ضمان چهار چیز است: «ضامن، مضمون له، مضمون و مضمون عنه»، جز اینکه وجود مضمون عنه در تحقق حقیقت ضمان ضروری نیست بلکه در ضمان دین، به خاطر انتقال حق به ذمه ضامن، وجودش ضروری است، اما در مسائلی مانند ضمان امانت چنین رکنی وجود ندارد و شاید کسانی که ضمان را در امانت منع کرده‌اند به همین جهت بوده است، زیرا فرد امین ارتباطی با عین ندارد تا آن ضامن آن را از طرف وی ضمانت

کند و کسانی که ضمان در اعیان مغضوبه را جایز دانسته‌اند با توجه به وجود مضمون عنه یعنی غاصب بوده است، با این وجود می‌توان قائل به عدم وجود مضمون عنه در ضمان اعیان مغضوبه شد بلکه ضمان عین از طرف غاصب ضمان ابتدایی است که از قبیل ضمان عین برای مالک آن در وسط دریاست، همچنین اگر شخصی عینی را از یک غاصب غصب نماید، از اول ضامن خود عین است نه ضامن آن از طرف غاصب، بنابراین نتیجه این می‌شود که ضمان عین مطلقاً داخل در حقیقت ضمان از طرف ضامن، نمی‌شود. بلکه چنین چیزی فقط در ضمان دین است و این کلامی است که در کتاب بحوث فقهیه بیان شده است (بحرالعلوم، ۱۳۴۸، ج ۲، ۴۸).

در تحلیل بحث باید گفت که:

محل تامل و نزاع در ضمان اعیان مضمونه، ضمان از جانب ضامن است نه ضمان ابتدایی هر چند که چنین چیزی فی نفسه ممکن است و اختلاف فقها بین ضمان امانت و اعیان مضمونه موید این مطلب است که مورد اول از این دو موضوع (یعنی امانت) جزو اعیان غیر مضمونه بالأصل است بر خلاف مورد دوم یعنی غصب.

توضیح مطلب چنین است که در اینجا دو فرض وجود دارد: فرض اول: چنین ضمانی، ضمان ابتدایی است بدون ملاحظه مضمون عنه و منعی نسبت به امکان چنین فرضی وجود ندارد و چنین ضمانی موجب انتقال ذمه نمی‌شود چه در آن مضمون عنه مانند غصب وجود داشته باشد یا مانند امانت وجود نداشته باشد. فرض دوم: این است که ضمان از طرف مضمون عنه و به ملاحظه وجود آن صورت گیرد تا ذمه او فارغ شده و یا در مسئولیت نسبت به آن حق در آن مشارکت کند. بنابراین ایجاد ضمان به لحاظ وجود مضمون عنه است، وگرنه

انتقال ضمان فقط نسبت به دیون دارد نه نسبت به اعیان که به این مطلب بیش از یک نفر تصریح کرده است، مانند صاحب مفتاح الکرامه (العالمی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۷۲) بنابراین اگر مقصود از ضمان اعیان، وجوب رد آن یا ادای قیمت آن به هنگام تلف باشد، مقتضای این عقد مشمول عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌شود.

ج) استدلال بر اینکه ثبوت بر ذمه شرط در ضمان نیست، بیان شد و اینکه انتقال به ذمه ضامن از ویژگی‌های آن نیست تا اینکه گفته شود نقل عین به دلیل عدم ثبوت آن بر ذمه ی مضمون عنه، امکان ندارد بلکه گاهی مقصود از ضمان اعیان این است که دو یا چند نفر متعهد به ادای آن به نحو علی البدل از یکدیگر یا ادای یکی از آن به هنگام تلف و یا به هنگام امتناع دیگری از اداء، شده اند.

۵-۳-۲. ادله مجوزین ضمان اعیان مضمونه

به نظر می‌رسد که اکثر فقها به سمت صحت ضمان اعیان مضمونه رفته‌اند، از بین فقهای امامیه علمایی چون: محقق حلی (محقق حلی، ۱۲۷، ۱۴۱۷) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ۹۲) و سیدبحرالعلوم (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۳۵) و سید طباطبایی (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۳، ۶۷۳) و دیگران. و ابن مفتاح از الزیدیه (ابن مفتاح، ۱۳۴۰، ج ۴، ۲۶۹) و ابن مودود موصلی از حنفیه (الموصلی، ۱۳۷۰، ج ۲، ۱۷۰) و ابن قدامه از حنابله (ابن قدامه، ۱۳۴۸، ج ۲، ۴۸۲) و یکی از دو وجه شافعیه از جمله شیرازی به صحت آن تصریح کرده‌اند (الشیرازی، ۱۴۲۱، ج ۱۳، ۴۹۷).

قائلین به صحت ضمان اعیان مضمونه قبل از تلف شدن آن، به دلایلی استدلال کرده‌اند که به شرح زیر است:

۱. آنچه که بر ذمه مضمون ثابت شده است، وجوب رد عین در صورت وجود آن و دفع بدل آن به هنگام

ضامن اقدام به آن نمی‌کرد که در این صورت بحث می‌شود که آیا ضمان موجب نقل ذمه به ذمه دیگر است یا خیر؟ و این فرض همان محل نزاع در صحت ضمان اعیان و عدم صحت آن می‌باشد.

۶. دلیلی بر صحت ضمان اعیان مضمونه وجود ندارد بدین جهت ضمان آن جایز نیست و می‌توان به این استدلال به کلامی که در جواهر نسبت به دلیل جواز صحت بیان شده جواب داد به اینکه حکم به جواز ضمان اعیان به دلیل عمومات است زیرا آن ضمان مالی است که برعهده ی مضمون عنه است (نجفی، ۱۳۱۲، ج ۴، ۴۰۹). جز اینکه صاحب جواهر بر این دلیل جواز صحت نیز اشکال وارد کرده است می‌فرماید: الف: عمومی وجود ندارد که مقتضی شرعی بودن ضمان بر وجه مزبور باشد حتی قول معصوم که فرمود: «الزعیم غارم» ب: عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مقتضی وجوب وفا به هر عقدی بر حسب مقتضای آن است و تو دانستی که ضمان نزد ما ناقل است نه جزو عقود. ج: شرط ضمان، ثبوت مال بر ذمه است و اعیان مضمونه نیز واجب است که به مالک خود برگردانده شود که اعیان مضمونه از قبیل مال بر ذمه نیست که در این صورت ضمان ضمیمه کردن ذمه‌ای به ذمه دیگر است که جزو اصول ما نیست (نجفی، ۱۳۱۲، ج ۴، ۴۰۹).

در تحلیل بحث باید گفت که:

الف) با پذیرش اینکه ادله ضمان نسبت به افاده نقل دیون و اعیان با همدیگر عمومیتی ندارد اما منعی ندارد که عمومات ادله ضمان مفید ضمان به نحو دیگری و بر حسب توافق متعاقدان باشد مانند ضمان به هنگام تلف و یا هنگام امتناع مضمون عنه از ادای مضمون.

ب) دلیلی وجود ندارد که ضمان به طور مطلق ناقل باشد زیرا اخبار و اجماع امامیه، دلالت بر نقل و

به عبارت دیگر در دفع محذور محال ادعای اینکه قیمت بعد از وجود سبب بالقوه بر ذمه ثابت است و معدوم نازل منزله موجود می‌باشد، کفایت نمی‌کند (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۴۱). زیرا انتقال متوقف بر ثبوت فعلی است نه بر قائل شدن به نحو بالقوه و قریب الوقوع.

بله اگر مراد از «بالقوه و قریب الوقوع» بودن آن انتقال حق ثابت شده بر ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن باشد چنانچه سید بحرالعلوم فرموده است و یا مقصود از بالقوه به معنای مشغول شدن ذمه ضامن به هنگام عدم پرداخت از جانب مضمون عنه باشد چنانچه که ابن قیم جوزیه در مورد ضمان فرموده است که در این صورت صحیح می‌باشد اما این امر تابع دلیل آن، نسبت به بیان شرط یا عقد بودن آن است.

۳. و بر جواز ضمان اعیان مضمونه به عموم قول نبی اکرم «الزعیم غارم» استدلال شده است بنابر اینکه غارم همان فرد متعهد نسبت به اشتغال ذمه غیر باشد که ملزم به ادای آن است و چون نقل ذمه در ضمان دیون ثابت شده است، در ضمان اعیان نیز این انتقال وجود دارد (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۴۰).

در تحلیل بحث باید گفت که:

الف) مشتق یعنی (غارم) حقیقت در چیزی است که بالفعل متصف به وصف است بنابراین تعهد غریم به دین موجب ملزم شدن بالفعل وی به ادای آن می‌شود اما تعهد زعیم به عین فعلاً موجب پرداخت غرامت آن نمی‌شود بلکه بعد از تلف باید غرامت بپردازد بنابراین لفظ زعیم اگرچه به اطلاق خود شامل دین و عین می‌شود اما ظهور کلمه غارم بالفعل مقدم بر ظهور موضوع یعنی زعیم است بنابراین معلوم می‌شود که مراد از حدیث مذکور تعهد به دین است نه به عین.

تلف است و این حق به واسطه ضمان به ذمه ضامن منتقل می‌شود، زیرا دلیلی بر اختصاص ضمان به مالی که در ذمه ثابت شده باشد، وجود ندارد بلکه آنچه لازم است ثبوت مضمون بر ذمه است اعم از اینکه حق باشد یا مال. و از آنجایی که حق رد یا دفع بدل بر ذمه مضمون عنه ثابت است پس ضمان آن، ضمان نسبت به چیزی است که واجب شده است نه اینکه ضمان ما لم یجب باشد و با چنین ضمانی ذمه مضمون عنه مبراً می‌گردد مگر در صورتی که سبب ضمان تجدید شود مثل جایی که عین در ید مضمون عنه باقی بماند.» که این رای سید بحرالعلوم در کتاب بلغه است (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۳۸). و شیخ حر عاملی در مفتاح الکرامه نیز آن را احتمال داده است (العاملی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۵۷).

اشکالی که نسبت به آن مطرح شده است، اینکه: «امکان انتقال حق یا مال با تمام شئون و آثارش، برای حکم به فعلیت انتقال به ضامن کفایت نمی‌کند مادامی که دلیلی بر آن دلالت نداشته باشد و قائل شدن به اینکه ادله عقد ضمان ناقل، آن را شامل می‌شود نیاز به اثبات دارد زیرا مورد ادله عقد ضمان ناقل، دیون است نه غیر آن (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۳۹).

۲. ضمان مثل یا قیمت هر چند که بعد از تلف عین ثابت می‌شود اما تسلط بر عین که سبب ضمان شده است به منزله تحقق مسبب یعنی ضمان مثل و قیمت است بنابراین ضمان صحیح است.

اشکالی که بر این استدلال وارد می‌شود این است که ضمان مثل و قیمت هنوز بر اصیل ثابت نشده است، زیرا عین هنوز نزد وی موجود است، پس چگونه می‌تواند به ذمه ضامن منتقل شده و ذمه مضمون عنه مبراً گردد (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۳۶).

فقها از ضمان اعیان، یا وجوب رد است و یا ضمان قیمت آن در صورتی که تلف شود که در مبسوط در آخر کتاب به آن تذکر داده است زیرا ضمان عین بدون این دو فرض، معنایی ندارد» (العاملی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۷۲). و شاید گفته شود که رد جزو مال نیست؟ و در جواب آن باید گفت: «دلیلی بر اینکه مضمون باید مال باشد وجود ندارد بلکه مضمون اعم از مال و حق است جز اینکه حق گاهی منتقل می‌شود کما اینکه سید بحرالعلوم این نظر را برگزیده است و یا ضامن به آن حق، نسبت به مضمون عنه متعهد می‌شود زیرا انتقال از ویژگی‌های ضمان نیست، بدین جهت علامه حلی چنین فتوا داده است: «و در ضمان اعیان مضمونه و عهده تامل وجود دارد، نزدیک‌ترین وجه نزد من جواز مطالبه هر کدام از ضامن و مضمون عنه هست (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ۹۲). اما دلیل صحت ضمان حق رد یا غیر آن - چه قائل به انتقال ذمه یا اشتراک هر دو ذمه باشیم - عموم ادله ضمان یا ادله‌ای است که مفید نقل است که در جواهر چنین بیان شده است: قول نزدیک نزد مصنف و فاضل به نقل از تحریر و ارشاد خود و منقول از مبسوط، جواز آن است به دلیل وجود عمومات و بدین خاطر که چنین ضمانی، ضمان مالی است که مضمون بر مضمون عنه است (نجفی، ۱۳۱۲، ج ۴، ۴۰۹).

۵. مقصود از ضمان اعیان ضمان آن بر فرض تلف و یا مراد در طول امتناع مضمون عنه از ادای عین است که شیخ عاملی در کلام سابق به آن تصریح کرد، و چه بسا منظور ابن قدامه در تفسیر ضمان اعیان نیز همین باشد که گفت عین مضمون بر عهده کسی است که آن را در دست دارد پس ضمان آن صحیح است همانند حقوقی که بر ذمه ثابت شده است و نسبت قول فقها که فرموده‌اند

(ب) حدیث «الزعیم غارم» هیچ عمومیتی ندارد و دلالت نمی‌کند که غارم (متعهد) تحت هر شرایطی، ملزم به ادای مضمون است چنانچه ابن قیم جوزیه نیز بیان کرده است (ابن قیم جوزیه، ۱۳۷۴، ج ۲، ۳۴۰)، کما اینکه این حدیث افاده اشتراک در ضمان و یا نقل آن را نیز ندارد، صاحب جواهر فرموده است: «عمومی که مقتضی مشروعیت ضمان بر چنین وجهی باشد وجود ندارد، حتی حدیث «الزعیم غارم» (نجفی، ۱۳۱۲، ج ۴، ۴۰۹).

کلام شیخ حر عاملی نیز موید این سخن است که فرموده: حاصل سخن این است که می‌گوییم: دلیلی بر این نیست که ضمان مطلقاً ناقل است، زیرا اجماع و نصوص دلالت بر غیر اعیان دارد، و کلام فقهاء در ضمان عهد، بر این گواه است (العاملی، ۱۳۲۳، ج ۵، ۳۷۲).

(ج) گاهی مراد از زعیم تعهد ابتدایی بدون اینکه مال مضمون مسبوق به ضمان باشد، است و یا در صورتی که مسبوق به ضمان باشد، تعهد ضامن نسبت به آن تعهدی ابتدایی است بدون اینکه مضمون عنه در آن مورد لحاظ قرار گیرد که تصویر آن در کلام علامه حلی بیان شد (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۱۸۸). و یا مراد از آن تعهد ابتدایی نسبت به مال به نحو جعاله برای شخصی، جهت انجام عمل است که در شرح بلغه بیان شده است. (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ج ۲، ۳۴۲).

(د) علاوه بر نقدهای بیان شده نسبت به ادله گذشته، می‌توان این مورد را نیز اضافه کرد که مقتضای اصل و ابقاء ماکان علی ماکان (یعنی استصحاب) عدم انتقال به ذمه است.

۴. مراد از ضمان اعیان وجوب رد آن است که این یکی از دو احتمال است، که شیخ حر عاملی با این کلام خود آنها را ذکر کرده است و فرموده: «مقصود

اعیان بر ذمه ثابت نمی‌شود باید بگوییم که ضمان اعیان در حقیقت، ضمان بازگرداندن و رد آن است و نیز ملتزم شدن نسبت به، به دست آوردن آن و یا ملتزم شدن به پرداخت قیمت آن به هنگام تلف شدنش است و این از مواردی است که ضمان نسبت به آن صحیح است مانند ضمان نسبت به مبیع. بنابراین ضمان مبیع صحیح است و در حقیقت التزام به رد ثمن یا عوض آن است در صورتی که عیبی در مبیع ظاهر شود و یا معلوم شود که برای دیگری است (ابن قدامه، ۱۳۴۸، ج ۴، ۴۸۴). اما دلیل آن عموماتی است که دلالت بر وفای به عقد دارد که از آن جمله عموم ادله ضمان مانند این فرموده خداوند متعال است. «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (المائده/۱).

۶. ضمان اعیان مضمونه ای چون مقبوض به عقد فاسد. «درمورد ضمانت اعیان مضمونه در کتاب شرایع، محقق حلی آن را مجاز دانسته و صاحب جواهر و شهید و برخی دیگر اشکال وارد کرده اند. لذا چون در ضمان وجودی اعتباری عین بر ذمه واقع می‌شود، ولی مثل یا قیمت آن در مرحله ادا مطرح است، پس زمانی که ید، غیر مأذونه شد قاعده و علی‌الید جاری می‌شود و موجب ضمان می‌شود. پس اگر عین باقی بماند به دلیل المغصوب مردود؛ لذا عین می‌بایست به صاحبش برگردد، زیرا عین به هویت شخصی مصداق مفرغ ذمه می‌باشد و همچنین دارای جهات صنفیه، شخصی و نوعیه است، ولی اگر عین موجود نباشد، بدلیل این که جهات شخصیت معدوم است؛ لذا مفرغ ذمه طبق حکم عقلا می‌بایست دارای جهات صنفیه و نوعیه باشد که علی‌القاعده مانند مال است و در مرحله بعد قیمت آن. بنابراین نباید مقام اشتغال ذمه با مقام تفریغ ذمه خلط شود» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ۱۹۵). «البته بعضی از فقها ضمان را بعد از تلف می‌دانند، چون براین باورند که عین خارجی در ذمه وارد نمی‌شود و نیز قبل از تلف فقط

حکم تکلیفی مربوط به رد مال است. بنابراین بر مبنای دیدگاه نقل ذمه، ضمان قبل از تلف معنا ندارد، چون حکم تکلیفی قابل نقل به ضامن نمی‌باشد. مثل اینکه ضامن بگوید: «ضامن می‌باشد که عین را برگرداند و اگر عین تلف شد مثل یا قیمت را بپردازد یا در صورتی که تلف شد ضامن می‌باشد که مثل یا قیمت آن را بپردازد». ابوحنیفه و علامه هر دو نظر را صحیح می‌دانند ولی صاحب جامع المقاصد در هر دو صورت اشکال وارد می‌کند، چون در فرض اول که ضمان حکم معنا ندارد و حکم که قابل نقل نیست و در فرض دوم ضمان ما لم یجب که چیزی هنوز بر ذمه شخص نیامده است، پس ضمانش نیز صحیح نیست» (نجفی، ۱۳۱۲، ج ۲۶، ۱۴۱). «البته به نظر می‌رسد نظر ایشان اشکال داشته باشد، چون به محض این که ید غیر مأذون شد، وجود اعتباری عین بر ذمه شخص می‌آید و ید مشغول می‌شود، بنابراین ضمان صحیح است. برخی براین باورند که اگر این ضمان را بپذیریم مانند اهل عامه ضم ذمه به ذمه را پذیرفته‌ایم» (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۳، ۳۸).

۷. ضمان اعیان مضمونه‌ای چون عین مستاجر و عین مرهونه. چون در ضمان اعیان مضمونه ید ذوالید امانی است پس تخصیصاً از قاعده و علی‌الید خارج می‌شود، مگر اینکه شخص تعدی و تفریط کند و اینکه آیا قبل از تحقق سبب ضمان که (تعدی و تفریط) است ضامن می‌تواند بگوید که «اگر عین تلف شد من ضامن هستم» یا این که بگوید اگر ذوالید تعدی و تفریط نمود عین تلف شد ضامن می‌باشد که همه فقها اگر تعدی و تفریط نشده و ضامن شود (در صورت تلف) را قبول کرده‌اند چون در اینجا ضمان معنا ندارد و اصلاً نفس عین غیرمضمونه می‌باشد. بنابراین بر مبنای نظر امامیه تلفی رخ نداده و نیز اشتغال ذمه وجود ندارد تا بخواهد منتقل شود و همچنین بر مبنای نظرها اهل عامه نیز ذمه‌ای وجود

ندارد تا بخواهد ضم شود. همچنین که صرفاً ضمان راصرفاً وثیقه می‌داند نیز در این صورت استیثاق معنا ندارد، همچنین قانونگذار نیز قبل از تعدی و تفریط مسئولیتی ایجاد نکرده است و آن را غیر مضمونه دانسته است. بنابراین این ضمان فاقد اثر حقوقی ولغو می‌باشد است. ولی در صورتی که صاحب عین بگوید که اگر ذوالید تعدی و تفریط نمود و عین تلف شد، طبق قاعده می‌توانی به وی رجوع کنی و من ضامن می‌باشم. «لذا پس از تعدی و تفریط و علی‌الید می‌آید پس تا وقتی عین موجود است و اگر عین تلف شد مصداق امر اعتباری را می‌بایست پرداخت کند و اگر ایشان از پرداخت امتناع نمود می‌تواند به ضامن رجوع کند، با توجه به این که این مورد عقلایی و دارای ثمره است ولی فقها در این مورد نیز اشکال وارد کرده‌اند، چون اشتغال ذمه وجود ندارد و همچنین تعدی و تفریطی بوجود نیامده است. پس به هر حال بر اساس آن مبنا، هر دو مورد اشکال دارد. البته صاحب عروه این نوع ضمان را به دلیل عمومات صحیح دانسته است» (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۳، ۲۷).

۶. نتیجه

علی‌القاعده امین مسؤول نقص یا تلف مال امانی نیست مگر این که مرتکب تقصیر شود و چون تعهد امین در حفظ و نگهداری مال از نوع تعهد به وسیله می‌باشد و اصل نیز عدم تقصیر امین است بار اثبات تقصیر امین بر دوش مدعی تقصیر او می‌گردد. به عنوان قاعده می‌توان گفت که هر گاه حالتی به وجود آید که امین بر مال غیر متصرف باشد در حالی که دیگر هیچ اذن و مجوزی برای تصرف ندارد، یدش ضمانی می‌شود. به بیان دیگر همانطور که شروع تصرف در مال غیر نیازمند اذن (خواه اذن مالک و خواه اذن قانونگذار) می‌باشد ادامه تصرف در مال غیر هم نیازمند وجود اذن است. پس، همانطور که شروع تصرف امین (در معنی عام) در مال دیگری از اذن

برخوردار بوده است ادامه تصرف هم باید دارای اذن و مجوز باشد بنابراین هر زمان که اذن به طور کامل از بین برود. صرف امین بر مال غیر یک تصرف غاصبانه محسوب می‌شود و متصرف ضامن می‌باشد. مقصود از ید در اصطلاح فقها در این باب استیلا و تسلط خارجی است نه مجرد تصرف چنانکه در زبان حقوقدانان شایع است بویژه آن که در تصرفات حقوقی را از قبیل تصرفات فضولی نیز شامل گردد چرا که عمده دلیل اعتبار قاعده ید بنا عقلا است و ادله لفظی امضا همین بنا است عقلا چنانچه چنین استیلا و سلطنتی را دریابند مالکیت شخص مستولی را کشف می‌کنند اگر تصرف خارجی نقشی داشته باشد نقش کاشفیت و طریقیّت از این استیلا است نه نقش موضوعیت و اصالت. بنابراین مجرد تصرف اماره مالکیت نیست، تصرفی اماره مالکیت است که بر نحو تصرف مالکان باشد متصرف هر چه می‌خواهد بکند، این نوع تصرف است که از استیلا خارجی حکایت می‌کند نه هر تصرفی. فقها در مورد ضمان یا عدم ضمان اعیان مضمونه اختلاف نظر دارند و به دو گروه مجوزین و مانعین تقسیم می‌شوند. لذا جمعی از فقها ضمانت اعیان مضمونه را باطل دانسته و اکثر فقها قائل به اثبات صحت اعیان مضمونه هستند و هر کدام به دلایلی استناد کرده‌اند. در پاسخ به سؤالی که در این بحث مطرح شد که آیا در صورت وجود عین می‌توان ضامن شد یا خیر؛ در نتیجه می‌توانیم بگوییم چون عین یک مصداق دارد و اگر شخص مضمون عینه از ادا امتناع کرد ضامن نمی‌تواند عین را تحویل دهد. بنابراین باید در شرط ضمن عقد بیان شود که اگر عین تلف شد و مضمون عینه امتناع کرد، مضمون له می‌تواند به ضامن رجوع کند. لذا می‌توان گفت «ضمان در اعیان مضمونه» بر اساس نظر فقها صحیح است. البته چون بین وجود عین و تلف آن فرق وجود دارد، لذا ضمان عقدی بعد از تلف صحیح است. پس

سبب محسوب کرد و حتی قانونگذار چنین ضمانی را بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. مکلف می داند.

۷. سهم نویسندگان

نویسنده مسئول به تنهایی در تهیه و تدوین پژوهش حاضر شرکت داشته است.

۸. تضاد منافع

در نگارش و چاپ این مقاله تضاد منافع وجود ندارد.

باید عقد ضمان را منجزاً واقع سازیم ولی مشروط به تلف عین باشد، زیرا عین در اختیار مضمون عنه است و از سلطه ضامن خارج می‌باشد و لذا شخص نمی‌تواند از مالی ضمانت نماید که در سلطه او نیست و در این حالت مصداق حقیقی برائت ذمه ذوالید خود عین است، لذا ضامن مسئولیت و تعهد فعلی دارد به شرطی که عین تلف شود، پرداخت مثل یا قیمت را تعهد نموده است. برخی براین باورند که اگر این ضمان را بپذیریم مانند اهل عامه ضم ذمه به ذمه را پذیرفته‌ایم که در جواب می‌توان گفت که اولاً، بر مبنای دیدگاه امامیه اشکال ندارد، چون بحث اصلی و «علی‌الید» و اشتغال ذمه است که در تحقق نقل ذمه نیز امکان پذیر است. ثانیاً به نظر می‌رسد که بدون شک درست است که عقد ضمان منجزاً واقع شود و اگر ایشان ادا نکرد ضامن باید ادا کند. در ید امانی این مساله مطرح می‌شود که ضامن نیست مگر اینکه تعدی و تفریط کند. در ضمان اعیان غیرمضمونه مانند مال مضاربه، عین مرهونه، عین مستاجر، ودیعه، ید ذوالید امانی است. لذا در اعیان مضمونه، ضمان را به طور مطلق صحیح نمی‌دانیم یا تنها با گذاشتن شرط تلف مال به واسطه تعدی و تفریط ذوالید و عدم پرداخت مثل یا قیمت توسط وی، ضمان راصحیح می‌دانیم. برخی از حقوقدانان معاصر نیز در مورد ردّ اعیان مورد امانت و نیز مسئولیت تلف آنها قائل به تفکیک هستند و در باب ردّ عین مورد امانت با توجه به این که امین دینی برعهده ندارد، ولی چون موظف به ردّ مال مورد امانت می‌باشد، پس سبب دین را پذیرفته است. فقها در خصوص مسئولیت به جبران خسارت که ناشی از تلف است براین باورند که هر چند ضمان در مورد دینی ایجاد شده که هنوز سبب آن ایجاد نشده است و تعدی و تفریطی نیز صورت نپذیرفته است، ولی با این حال می‌توان عقد را یکی از ارکان تشکیل دهنده

منابع

منابع فارسی

- الطبعه الاولى، قاهره- مصر، مطبعه الاستقامة، ۱۹۹۵.
- ابن قيم جوزيه، اباعبدالله محمد بن ابى بكر، اعلام الموقعين عن رب العالمين، جلد دوم و سوم، الطبعه الثانى، مصر، مطبعه السعده، ۱۳۷۴.
- بحر العلوم، سيد محمد تقى، بلغه الفقيه، جلد دوم و پنجم، الطبعه الثالث، نجف، چاپ الادب، ۱۳۴۸.
- بحر العلوم، عزالدين، بحوث فقيهيه، من محاضرات الشيخ الحلى، جلد دوم، الطبعه الاولى، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۸۴.
- الجزيرى، عبدالرحمن، الفقه على مذاهب الاربعه، جلد سوم، الطبعه الاولى، بيروت - لبنان، النشر دار الكتب العلميه ۱۴۲۴.
- الحسنى، هاشم معروف، تاريخ الفقه الجعفرى، الطبعه الاولى، قم، چاپ دارالغدیر، ۱۴۲۵.
- الحطاب، ابو عبدالله محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، جلد پنجم، الطبعه الثالث، بيروت، دار عالم الكتب، ۱۴۲۳.
- السرخسى، ابوبكر محمد بن احمد بن ابى سهل، اصول السرخسى، جلد نوزدهم، قاهره- مصر، الطبعه الاولى، چاپ دارالكتب العربى، ۱۳۷۲.
- السنهورى، عبدالرزاق، مصادر الحق فى فقه الاسلامى، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندى، ۱۳۹۱.
- الشریف، محمد مهدى؛ قاسمى، رضا، «تحليل ماهيت وآثار ضمان اعيان در فقه و حقوق ايران»، مجله فقه و اصول، شماره سوم، ۱۳۹۶.
- موسوى بجنوردى، سيد محمد، مقالات فقهى - حقوقى - فلسفى واجتماعى، چاپ سوم، تهران، نشر عروج، ۱۳۸۰.
- ### منابع عربى
- ابن حجر هيثمى، احمد بن محمد بن على، تحفة المحتاج فى شرح المنهاج، جلد پنجم، الطبعه الاولى، قاهره- مصر، النشر دار صادر، ۱۴۲۹.
- ابن حجر هيثمى، احمد شهاب الدين بن محمد، الفتاوى الكبرى الفقيهيه، جلد دوم، الطبعه الثالث، قاهره- مصر، النشر مطبعه عبدالحميد احمد حنفى، ۱۳۰۸.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنى، جلد چهارم، الطبعه الاولى، قاهره- مصر، مطبعه المنار، ۱۳۴۸.
- ابن مفتاح، ابوالحسن عبدالله، المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتاح لكمائم الازهار من فقه الاثمه الاطهار، جلد چهارم، چاپ دوم، قاهره- مصر، چاپ حجازى، ۱۳۴۰.
- ابن رشد، محمد بن احمد، بدايه المجتهد ونهايه المقتصد، جلد دوم،

- الشیرازی، ابوالسحق ابراهیم بن علی، المهذب، جلد سیزدهم، الطبعة الاولى، ریاض - عربستان، دار الصمیعی للنشر و التوزیع، ۱۴۲۱.
- الشیروانی، شیخ عبدالحمید، حاشیه الشیروانی، جلد پنجم، الطبعة الثانی، بیروت - لبنان، النشر دار صادر، ۱۴۱۴.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ سوم، تهران، مطبعة اسلامیة، ۱۳۷۳.
- العاملی، سید جواد بن محمد، مسالك الافهام، چاپ دوم، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۳۷۹.
- العاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد پنجم، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۲۳.
- عبدالوهاب، محمد بن عبدالوهاب، مختصر الانصاف و شرح الكبير، الطبعة الاولى، بیروت - لبنان، المتبع السافیه، ۱۴۲۰.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، تذکره الفقهاء، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۸.
- القرافی، ابوالعباس احمد بن ادريس، الفروق النوار البروق فی انواء الفروق، جلد سوم، الطبعة الاولى، بیروت - لبنان، وزارت الاوقاف السعودیه، ۱۳۴۴.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ نهم، تهران، استقلال، ۱۴۱۷.
- المطیعی، محمدنجیب، التکملة الثانیه شرح المجموع المهذب، جلد سیزدهم، الطبعة الاولى، مصر، مطبعة الاثمه، ۱۴۴۴.
- المهدي لدين الله، احمد بن عيسى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء المصار، جلد پنجم، چاپ اول، قم، چاپ محمدیه، ۱۳۶۸.
- الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، جلد دوم، الطبعة الاولى، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۷۰.
- النجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح احكام الاسلام، جلد چهارم و چهل و یکم، الطبعة السادسة، قم، مطبعة السيد مرتضى، ۱۳۱۲.
- النووی، ابوزکریا یحیی، منهج الطالبین، جلد پنجم، الطبعة الثانی، مصر، مطبعة المیضیه، ۱۳۱۵.

