

فصلنامه حرفه‌ای (علمی - ترویجی) پژوهان
سال دوازدهم، شماره ۱۸ و ۱۹
تابستان و پاییز ۱۴۰۲

ماهیت عقد ضمان در فقه امامیه و حقوق افغانستان

صفحات ۴۹-۶۴

دکتر سید علی علوی قزوینی^۱
محمدعلی امینی^۲

چکیده

در مورد ماهیت عقد ضمان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. در دیدگاه مشهور فقهای شیعه، ضمان ماهیت انتقالی دارد و مفید نقل ذمه به ذمه و برائت ذمه مدیون اصلی است. در دیدگاه دیگر و از جمله در حقوق افغانستان، ضمان ماهیت انضمامی و وثیقه‌ای دارد و عقدی است که به موجب آن شخص ثالثی تعهد می‌نماید اگر مدیون دین خود را ادا نکرد، او از عهده برآید. بررسی دلایل و دیدگاه‌های طرفین نشانگر آن است که ماهیت ضمان غیر از نقل و انضمام است و آن تأدیه و التزام به پرداخت دین و اشتغال ذمه ضامن به سبب آن است بدون تعرض به نقل یا ضم ذمه بودن ضمان.

واژگان کلیدی

عقد، ضمان، انتقال، انضمام، فقه امامیه و حقوق افغانستان.



مقدمه

انسان در زندگی خود به حکم طبیعت یا ضرورت زندگی اجتماعی، نیازمند عقود و قراردادهای است. هر روز معاملاتی انجام می‌گیرد و انسان قراردادی را با دیگری می‌بندد. در انجام عقود و قراردادهای، انسان همواره در جستجوی طریقی است که منافع و حقوق مشروع افراد در آن تأمین و در قراردادهای مالی، راهی را برگزیند که اطمینان به ایفای تعهد در آن بیشتر باشد.

بر اساس همین ملاحظه، در قراردادهای و تعهدات مالی، انواع وثایق تأسیس گردیده است که عنداللزوم از آنها استفاده گردد و عقد «ضمان» را می‌توان یکی از این اقدامها دانست. هرچند در ماهیت آن و کیفیت توثیق بودن آن اختلاف پیشینه داری وجود دارد. فقهای امامیه اکثر قایل به «احسانی» بودن عقد ضمان و برائت ذمه مدیون اصلی‌اند و ماهیت آن را «نقل ذمه به ذمه» می‌دانند؛ در حالی که فقهای اهل سنت و قوانین کشورهای اروپایی و به تبع آن قانون مدنی افغانستان که متأثر از فقه حنفی و قواعد کشور فرانسه است، قایل به «توثیقی» بودن عقد ضمان‌اند و ماهیت آن را «ضم ذمه به ذمه» می‌دانند.

در این تحقیق تلاش گردیده است ماهیت عقد ضمان در دو دیدگاه فقه امامیه و حقوق افغانستان، مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته و به سوالات ذیل پاسخی تحلیلی ارائه گردد: دلیل یا دلایل فقهای امامیه مبنی بر انتقالی بودن ماهیت ضمان چیست و تا چه اندازه از صحت و درستی برخوردار است؟ بر فرض انتقالی بودن ماهیت ضمان، آیا ضامن می‌تواند التزام به تأدیه را معلق بر فرض عدم پرداخت مدیون اصلی نموده و به این طریق عقد ضمان «وثیقه» ای برای تضمین دین گردد یا خیر؟

از سوی دیگر، دلیل یا دلایل دیدگاه دوم که معتقد به «وثیقه» ای و «انضمامی» بودن ضمان‌اند، چیست و بر فرض وثیقه بودن آن آیا مسئولیت ضمان و مدیون اصلی در عرض هم‌اند و طلب‌کار می‌تواند از هر کدام از آنان، طلب و دین خود را مطالبه نماید، یا نه مسئولیت آنان در طول هم و حالت اصلی و تبعی دارد و طلبکار تنها در صورتی می‌تواند به ضامن مراجعه نماید که وصول طلب از مدیون اصلی به هر دلیلی ناممکن گردد؟ جهت بررسی این موضوع، ابتداء تعریفی از مفهوم ضمان ارائه می‌کنیم، سپس در دو مبحث جداگانه، دیدگاه‌های فقهای امامیه و حقوق افغانستان را بررسی و نقد می‌نماییم و در اخیر دیدگاه متفاوتی، پایان بخش تحقیق خواهد بود.

مبحث اول: تعریف ضمان

ضمان در لغت به معنای پذیرفتن التزام، قبول کردن، ضمیمه نمودن، بر عهده گرفتن، اشتغال کفالت، طی و خلال است (محمد معین، ۱۳۶۳: ۲۰۹؛ حسن عمید، ۱۳۶۳: ۱۶۵۰؛ ابن منظور، ۱۴۰۵: ۲۵۷؛ ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۳۴۴). در اصطلاح، در فقه راجع به تعریف عقد ضمان و مفهوم آن، دو دیدگاه متفاوت وجود دارد.

الف) تعریف ضمان در فقه امامیه

از دیدگاه فقهای امامیه واژه «ضمان» ریشه در «ضمن» دارد و به معنای قرار گرفتن، به عهده گرفتن و در بر گرفتن ذمه ضامن به مال موضوع ضمان می‌باشد. ضامن نیز کسی است که مال در ذمه او قرار گرفته و ذمه وی آن دین را در خود جای داده است. از این رو، عقد ضمان در این دیدگاه کیفیت انتقالی دارد و موجب نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن می‌باشد. در اثر عقد ضمان، ذمه بدهکار اصلی بری می‌شود و ذمه ضامن در قبال طلبکار مشغول می‌گردد. چنانکه صاحب عروه الوثقی در تعریف آن بیان می‌دارد: «وهو من الضمن لانه موجب لتضمن الضامن المال الذی علی المضمون عنه للمضمون له» (خوبی، ۱۴۰۹: ۳۸۹). هم چنین مرحوم شیخ طوسی در کتاب الخلاف بیان می‌دارد: «هنگامی که ضمان به گونه درست واقع می‌شود، حق از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و طلبکار حق مطالبه از کسی غیر از ضامن را ندارد» (شیخ طوسی، بی تا: ۱۳۳/۲). هم چنین محقق در شرایع الاسلام توضیح می‌دهد: «ومع تحقق الضمان ينتقل المال الی ذمه الضامن و ببراء المضمون عنه و تسقط المطالبه عنه» (محقق حلی، ۱۹۷۱: ۱۰۹). با تحقق ضمان، مال به ذمه ضامن منتقل می‌شود و بدهکار بری می‌گردد و حق مطالبه از او ساقط می‌شود. هم چنین صاحب جواهر در تعریف و ریشه ضمان بیان می‌دارد: «الضمان الذی هو عندنا علی ما اعترف به غیر واحد منا مشتق من الضمن لانه ينتقل ماکان فی ذمته من المال و يجعله فی ضمن ذمه اخرى او لان ذمه الضامن تتضمن الحق فالنون اصلیه» (نجفی، بی تا: ۱۱۳/۲۶). ضمان در نزد ما (فقهای امامیه) بنابر آنچه عده زیادی بیان داشته‌اند، مشتق از ضمن است زیرا با عقد ضمان مال از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌گردد یا به این لحاظ که ذمه ضامن عهده دار حق است، پس نون اصل کلمه است. علاوه بر تعاریف و بیانات فوق، عده زیادی از فقهای امامیه تعریف مشابه تعاریف فوق از عقد ضمان ارائه داده‌اند. به عنوان نمونه فخر المحققین در ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، ص ۸۱، شهید ثانی در مسالک الافهام، ج ۴، ص ۱۷۱، محقق اردبیلی در مجمع الفایده و البرهان، ج ۹، ص ۲۸۹، ابن زهره در غنیه النزوع، ص ۲۶۱، ابن حمزه در الوسيله الی نیل الفضیله، ص ۲۸۰، فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۱۴۵، ابن فهد حلی در المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۵۲۲، ابن ادریس حلی در السرایر الحاوی لتحریر الفتاوی، ص ۷۰، و جمع زیاد دیگری که بیان آراء آنان موجب تطویل کلام می‌گردد، همگی بر انتقالی بودن عقد ضمان تاکید نموده و نتیجه آن را برائت مدیون اصلی (مضمون عنه) و اشتغال ذمه ضامن شمرده‌اند.

از همین روست که تعدادی از فقهای امامیه در ماهیت انتقالی بودن عقد ضمان حتی ادعای اجماع و عدم خلاف نموده‌اند (الخوبی، ۱۴۰۵: ۳۸۹؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۶۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۷۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۳۴۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۷: ۴/۱۸۲). برخی هم آن را از ضروریات فقه امامیه تلقی نموده‌اند (نجفی، بی تا: ۱۸۲/۲۶). هر چند چنانچه در نقد و بررسی این دیدگاه خواهیم دید باور به انضمامی و وثیقه‌ای بودن عقد ضمان در فقه امامیه به اندازه انتقالی بودن، طرفدار و سابقه دارد و ادعای اجماع و ضرورت بر آن،



ادعایی بیش نیست و دیدگاهی در فقه امامیه است که ضم ذمه به ذمه را نه تنها امری معقول و ممکن می‌آید، بلکه مقبولیت و وقوع خارجی آن را در گستره فقه امامیه امری دیرین می‌داند.

ب) تعریف ضمان در قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان متأثر از فقه حنفی و در برخی موارد تابع اصول و قواعد حقوق فرانسه است. در فقه حنفی مثل سایر مذاهب اهل سنت، در دیدگاه غالب، ضمان از ریشه «ضم» بدون نون، به معنای ضمیمه نمودن و پیوست است و اثر آن ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی می‌آشد. صاحب کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه از قول حنفی‌ها عقد ضمان را چنین تعریف می‌کند: «انها ضم ذمه الی ذمه فی المطالبه بنفس او دین او عین» (جزیری، ۱۴۱۱ق: ۲۲۳/۳). ضمان، ضم ذمه به ذمه است در مطالبه دین یا عین یا احضار نفس. هم چنین ابن قدامه در الشرح الکبیر، ج ۵، ص ۸۱، ابن اثیر در بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، ج ۲، ص ۲۹۲، از فقهای اهل سنت و حنفی مذهب و جمع زیاد دیگری، آن را ضم ذمه به ذمه و دارای ماهیت انضمامی دانسته‌اند و انعقاد عقد ضمان را موجب برائت ذمه مدیون ندانسته بلکه این عقد را تضمینی برای طلبکار در جهت تسهیل وصول مطالباتش و اطمینان خاطر بیشتر او می‌دانند؛ تا جایی که صاحب المغنی این نظر را به همه فقهای اهل سنت نسبت داده و می‌ویسد: «و اما به نظر همگی فقیهان، حکم و اثر عقد ضمان، بری شدن مدیون اصلی نیست، طلبکار دارای اختیار است اگر خواست می‌تواند از مدیون اصلی و یا از ضامن دین خود را مطالبه می‌نماید» (ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۳۵۱۶/۴). ماده ۶۴۴ مجله الاحکام العدلیه که بر مبنای فقه حنفی تدوین گردیده نیز عقد ضمان را از نوع انضمامی دانسته و در تعریف آن مقرر می‌دارد: «کفالت عقدی است که در آن طلبکار در مطالبه دین خود از مدیون اصلی یا کفیل (ضامن) مخیر است و مطالبه از یکی، موجب سقوط حق مطالبه از دیگری نمی‌شود، زیرا مقتضای کفالت ضم است نه تملیک» (رستم باز، ۱۳۰۵ق: ۳۵۳/۱). ماده ۷۷۲ قانون مدنی مصر نیز که مبنای حنفی دارد، ضمان را وثیقه‌ای برای تضمین دین دانسته و چنین تعریف می‌نماید که «کفالت عقدی است که به مقتضای آن شخصی تنفیذ و اجرای تعهدی را کفالت می‌کند، با این توضیح که در مقابل داین متعهد می‌گردد که اگر مدیون دین را تادیه نکرد، او به این دین التزام عمل نماید. التزام کفیل شخصی و تابع التزام مدیون اصلی است» (السنهوری، ۱۹۵۸: ۱۸/۱۰).

در قانون مدنی افغانستان مثل متن مجله الاحکام و قانون مدنی مصر، مفهوم عقد ضمان با واژه «ضمان» استعمال نگردیده، بلکه از کفالت به معنای عام آن تعبیر به ضمان نموده است و به خاطر تقارن معنای کفالت و ضمان، به جای ضمان اصطلاح کفالت به کار رفته و احکام مربوط به ضمان در آن بیان شده است. اصطلاح ضمان بیشتر در معانی خسارت و هرچه در نتیجه تعدی از حکم قانون الزامی باشد، به کار رفته است.

به هر صورت قانون مدنی افغانستان نیز کفالت را از عقود توثیق دانسته و در تعریف عقود توثیق بیان می‌دارد: «عقود توثیق عبارت از عقودی است که دین را تحکیم

می‌بخشد و آن عبارت است از کفالت، حواله و رهن» (قانون مدنی، مصوب ۱۳۵۵، ماده ۱۶۶۵). در تعریف عقد ضمان یا کفالت بیان می‌دارد: «کفالت عبارت است از انضمام ذمه کفیل به ذمه اصیل در مطالبه نفس یا دین و یا عین» (همان، ماده ۱۶۶۶). روشن است که از دیدگاه قانونگذار افغانستان، عقد ضمان، انضمام ضمه به ذمه است و ضامن با ضمانت خود، دین بر حال بر مدیون را تضمین می‌نماید.

مبحث دوم: ماهیت عقد ضمان گفتار اول: ماهیت عقد ضمان در فقه امامیه

با توجه به آنچه در تعریف ضمان از دیدگاه فقه امامیه بیان شد، عقد ضمان ماهیت انتقال دین دارد، دینی که بر مدیون اصلی بود، با همان اوصاف و شرایط از ذمه وی به ذمه ضامن منتقل می‌شود و لذا صاحب دین یا طلبکار دیگر حق مراجعه به مدیون اصلی را ندارد، همانطوری که ابراء ذمه مدیون اصلی نیز کار بیهوده خواهد بود، زیرا بعد از عقد ضمان، دینی بر مدیون اصلی وجود ندارد تا ابراء از آن تأثیرگذار باشد، جز این که هدف ابراء اصل دین باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۸ق: ۵/۳۶۷).
فقه‌های امامیه برای اثبات چیستی ماهیت ضمان و توجیه مدعی‌شان به دلایل ذین تمسک جسته‌اند.

۱. دلیل لغوی

از دیدگاه فقه‌های امامیه، ریشه لغوی ضمان «ضمن» است و وجود «نون» در همه مشتقات آن مانند ضامن، مضمون، تضامن، و تضمین، مؤید این ادعا است که نون در آن جزء اصلی کلمه است و چون «ضمن» با نون به معنای طی، خلال و به عهده گرفتن است، پس ماهیت ضمان همان نقل ذمه به ذمه و به عهده گرفتن دینی است که بر ذمه دیگری بوده است (نجفی، بی تا: ۲۶/۱۱۳؛ و علامه حلی، ۱۹۷۱: ۵/۳۵۴). مرحوم صاحب عروه الوثقی در این مورد بیان می‌دارد: «وهو من الضمن لانه موجب لتضمن ذمه الضامن للمال الذی علی المضمون عنه للمضمون له، فالنون فیه اصلیه کما یشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل و غیرهما» (الخویی، ۱۴۰۹: ۳۱/۳۸۹).

به نظر می‌رسد استفاده از دلالت لفظ بر معنای لغوی بر معنی و مقصود فقه‌های امامیه تمام نباشد، زیرا «ضمن» امریست اعتباری و اشتقاق آن از کلمه ضمن برای تبیین و مقتضای عقد ضمان کافی نیست» (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۶۷). گذشته از این که به نظر برخی حقوقدانان اصولاً چنین استفاده‌ی بازی کردن با الفاظ بوده و اعتباری برای آن نمی‌شد (مصطفی عدل، ۱۳۷۳: ۳۴۸). هرچند این نقد مورد اعتراض است، چرا که انتخاب الفاظ برای عقود بر اساس مناسبت لفظ با معنا و مقتضای عقد است و نمی‌توان با تمسک به این که نباید با لفظ بازی کرد از دلالت لفظ منصرف شد (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۱۷).

۲. دلیل عقلی

طرفداران نقل ذمه معتقد اند که به حکم عقل، وقوع یک چیز در آن واحد در دو مکان محال است (نجفی، بی تا: ۲۶/۱۱۳؛ و بحر العلوم، ۱۴۱۴: ۲/۳۵۳). از آنجا که حکم عقل



فراگیر و همه شمول بوده، تخصیص بردار نمی‌باشد، فرقی ندارد که آن چیز از امور تکوینی باشد یا اعتباری؛ هر امری که مستلزم چنین نتیجه‌ای گردد نیز محال و ممتنع می‌باشد، پس محال است. زیرا اشتغال دو ذمه سبب می‌گردد که همزمان یک دین بر عهده دو مدیون قرار گیرد و شیء واحد در یک زمان در دو مکان مستقر باشد (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴: ۵۳). به عبارت دیگر، در ضمان فقط یک دین وجود دارد و اشتغال ذمه توأم مدیون اصلی و ضامن برای دین واحد، نتیجه اش وجود اشتغال ذمه‌های متعدد برای دین واحد است و آن غیر معقول می‌باشد. بنابر این، در مقابل طلبکار یا باید ذمه مدیون اصلی مشغول باشد و یا ذمه ضامن. اگر بخواهیم عقد ضمان را دارای اثری بدانیم، از این دو ذمه باید ذمه مدیون بری گردد و ذمه ضامن مشغول گردد (نجفی، بی تا: ۱۱۳/۲۶؛ و کاتوزیان، ۱۳۳۲: ش ۳۶/۶۹).

اما این استدلال نیز از جهات زیادی مواجه با ایراد است. زیرا اولاً استدلال یاد شده بر مبنای وحدت امور اعتباری و امور واقعی قابل ترسیم است، در حالی که امتناع یک چیز در دو مکان به امور حقیقی اختصاص دارد نه امور اعتباری. به عبارت دیگر «اگر چه امور اعتباری، به جهت وهمی بودن، از قواعد منطقی و تا حدی واقعی تبعیت می‌کند، ولی تبعیت کامل امور اعتباری از امور واقعی موجب تعطیل نظام اجتماعی و عسر و حرج شدید می‌گردد، زیرا در این حالت حتی یک قاعده حقوقی را نیز نمی‌توان پذیرفت» (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴: ش ۳/۵۴).

ثانیاً معنای انتقال ذمه متعدد در برابر طلب واحد این نیست که طلبکار بتواند از همه کسانی که ذمه آنها مشغول است به اندازه دین خود طلبش را دریافت دارد، بلکه هر کدام این ذمه‌ها بدل دیگری است به گونه‌ای که اگر یکی از متعهدها وفا کند، ذمه دیگری نیز بری می‌شود و طلبکار به هیچ وجه قادر نخواهد بود که بیش از طلب خود از آنان بگیرد. چنانچه در احکام تکلیفی مثل وجوب کفایی نیز چنین است که با اجرای یکی، وظیفه دیگری یا دیگران ساقط می‌شود (طاهری، ۱۳۹۲: ۴/۴۱۹).

ثالثاً، بهترین دلیل بر محال نبودن یک چیز، وقوع آن است و مشاهده می‌شود که در اکثر قوانین کشورها از جمله قانون مدنی ایران که متأثر از فقه امامیه است، در برخی موارد مشغولیت ذمه یک شخص موجب براءة ذمه شخص دیگر نمی‌شود. به عنوان نمونه: در ایادی مغضوبه، هرگاه چنین مالی در تصرف چند نفر قرار گیرد و سرانجام در آخرین دست تلف گردد، همه دست اندرکاران غصب به دادن بدل آن ملزمند و مالک مال می‌تواند به هر کدام که خواست مراجعه نماید و همه فقهای امامیه این ذمه‌ها را قبول نموده‌اند (نجفی، بی تا: ۲۶/۱۱۵؛ محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۳۱). هم چنین در ضمان عهده و ضمان اعیان، طبق عقیده آن عده از فقهای که ضمان از آنها را جایز می‌دانند، ضم ذمه به ذمه را در آنها پذیرفته‌اند. (محقق داماد، همان) هم چنین ذمه‌های متعدد برای پرداخت یک دین نمونه‌های فراوان دارد، مانند التزام به تادیه دین دیگری، ضمان تضامنی به موجب قرارداد خصوصی، مسئولیت تضامنی کارگران و کارمندی که به طور اجتماع خسارتی به بار آورده‌اند، مسئولیت تضامنی مجرمین و محکومین نسبت به زیان

ناشی از جرم و موارد دیگری که هر گونه تردید را نسبت به امکان عقلی و قانونی آن از بین برد و وجود آن در قوانین کشورهای مختلف نه تنها اشکالی را به وجود نیاورده است که از نظر حقوقی و تجاری، پیشرفتی نیز محسوب شده است (همان، و کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۲۳۸).

رابعا اگر ماهیت و طبیعت ضمان به گونه انتقالی باشد و ضم ذمه به ذمه منجر به محال عقلی گردد، نباید شرط ضمن عقد ضمان مبنی بر انضمام ذمه به ذمه جایز نباشد، در حالی که فقهای امامیه بر جواز آن حکم نموده‌اند و بر پایه عمومات «اوفوا بالعقود» و «المؤمنین عند شروطهم» امکان شرط ذمه به ذمه را پذیرفته‌اند و در این خصوص بیان داشته‌اند: همین که ضمان با رعایت شرایط صحت تحقق یافت، به دلیل اجماع و روایاتی که در این باب وجود دارد حق از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود و اگر تصریح به ضم ذمه به ذمه گردد (شرط شود) می‌توان حکم به صحت چنین ضمانی داد (الخویی، ۱۴۰۹: ۴۱۱/۳۱).

۳. اجماع

برخی از فقهای امامیه بر ماهیت انتقالی عقد ضمان ادعای اجماع نموده‌اند. چنانچه در تعریف عقد ضمان عبارات و منابعی از آن بیان شد. به عنوان نمونه محقق عاملی بیان می‌دارد: « دلیل اجماع است، چنانکه در غنیه آمده است و نزد علمای ما ادعای اجماع شده است، چنانکه در تذکره هست» (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۳۸/۱۳).

ولی واقعیت این است که ادعای اجماع در ماهیت ضمان از دو جهت با مشکل مواجه است. از یک سو، در فقه امامیه حجیت اجماع ارزش ذاتی ندارد و آنگاه معتبر است که کاشف از قول معصوم باشد و «اجماع در مسایل شرعیه با لحاظ کاشفیت آن از قول معصوم حجیت می‌یابد و در مسایل عرفی که اغلب معاملات از جمله ضمان از آن مقوله‌اند و شارع آنها را امضاً کرده است، اجماع قابل استناد نیست» (همان). از سوی دیگر، بررسی آراء و اقوال فقهای امامیه نشان گر آن است که اجماعی نیز در کار نیست و قول به انضمامی بودن عقد ضمان نیز در میان فقهای امامیه طرفدارانی دارد و باور به آن پیشینه‌ای به سابقه باورمندی به انتقالی بودن ضمان دارد.

شیخ طوسی در المبسوط پس از این که بیان می‌دارد که ضمان دین را از ذمه به ذمه انتقال می‌دهد، می‌نویسد: «قال قوم له ان يطالب ايهما شاء من الضامن و المضمون عنه» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۲۳). ظاهر این عبارت وی از وجود گروهی از فقهای امامیه گزارش می‌دهد که چيستی ضمان را انضمامی می‌دانند. هم چنین ابن حمزه از دیگر فقهای امامیه هنگامی که ضمان را به انفرادی و جمعی تقسیم می‌کند، ماهیت ضمان انفرادی را ضم ذمه به ذمه و یا حد اقل اعم از نقل ذمه به ذمه می‌داند (گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸: ۳۰۶). هم چنین فخر المحققین عده از فقهای امامیه را به انضمامی بودن و مشهور را به انتقالی بودن ضمان باورمند می‌داند (همان). سیوری (فاضل مقداد) با تعبیر «اکثر اصحابنا» فقهای امامیه را به اکثریت باورمند به انتقالی بودن و اقلیت معتقد به انضمامی بودن آن تقسیم می‌کند (همان). محقق اردبیلی با صراحت بیشتر حصر ضمان به نقل ذمه را فاقد دلیل می‌خواند (همان). پس از گذشت مدت زمانی، صاحب عروه الوثقی، با تصریح



به صحت انضمامی دانستن ضمان، ماهیت آن را اعم از نقل ذمه به ذمه معرفی می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۵/ ۴۱۱)، و بدین طریق مسیر هر نوع ادعای اجماع به نقل ذمه را می‌بندد و اذعان به وجود اختلاف و عدم وقوع اجماع را گریز ناپذیر می‌سازد.

۴. دلیل بر مبنای هدف ضمان

استدلال دیگر بر انتقالی بودن عقد ضمان، توجه به هدف و حکمت ایجاد آن است که «هدف از عقد ضمان گشایش بر مدیون و احسان بر وی است و ضامن به منظور ارفاق بدهکار و کاستن از فشار طلبکار بر او، تعهد می‌کند که به جای او دین وی را بپردازد. به بیان دیگر، حکمت چنین توافقی کمک به مدیون در مانده و بی بضاعت است نه تضمین برای طلبکار. پس هنگامی که شخص ضامن دیگری می‌شود، در حقیقت می‌پذیرد که به جای او مدیون باشد و دیگر طلبکار نتواند مزاحم او شود» (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۲۲۵).

چنین استدلالی از ماهیت ضمان با قواعد که در آن به تعاون و همبستگی اجتماعی بیش از حفظ سرمایه‌ها و حمایت از تعهدهای حقوقی توجه شده است و آشکارا به مسامحه و دستگیری و حتی ایثار تمایل دارد، همخوانی بیشتری دارد (همان). به اضافه، این نوع توجیه از ضمان با روابط حقوقی در جوامع قبیله‌ای و تکیه بر شخصیت پیشوا نیز سازگار به نظر می‌رسد، زیرا اگر چنین شخصیتی که سرپرستی دیگران را به عهده دارد ضامن یکی از اعضای خانواده یا قبیله شود، به این معنی است که خود عهده دار پرداخت و مدیون را از بار گرانی که بر دوش دارد برهاند و طلبکار نیز به همین هدف ضمانت را می‌پذیرد تا ذمه توانگری را جایگزین مدیون اصلی سازد (همان).

تاریخ عرب و نظام قبیله‌ای آن نشان می‌دهد که اگر شخصی مدیون و معسر می‌گردید، رییس قبیله با گفتن «هو علی» دین او را بر عهده می‌گرفت؛ یعنی مدیون را بری می‌کرد و چون این عمل در مقام امتنان و احسان صورت می‌گرفت، موجب نقل ذمه می‌شد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ۱۱).

اما امروزه تاکید بر این هدف با تغییر وضعیت اجتماعی و کم‌رنگ شدن باورهای مذهبی کمتر مورد توجه است؛ زیرا از یک سو، افراد جامعه انسانی، آن همبستگی لازم را با همدیگر ندارند و مایل نیستند که مستقیماً بار مسئولیتی را بر دوش بکشند که به عهده دیگری است. نهایت این که مایل اند به صورت مدیون اضافی و ملحق شده تلقی شوند نه مدیون واقعی (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۰). از سوی دیگر، افراد در اثر تغییر وضع اجتماعی و رعایت اصل تساوی، احتیاجی ندارند تا شخصی را که دارای اختیارات مطلقه است در کار خود دخالت دهند و با از بین رفتن نظام قبیله‌ای و قدرت رؤسای قبایل، وضعیت افراد از این حیث برابراند.

با توجه به این نکته روشن می‌گردد که دیدگاه مشهور فقهای امامیه مبنی بر انتقالی بودن ضمان، با وضعیت ضمان در اوایل ظهور اسلام و با وضع اجتماعی آنروز مطابقت بیشتری دارد تا جامعه امروزی.

از نظر تاریخی نیز در حقوق رم و حقوق قدیم اروپا، ضمان مسئولیت مشترک ایجاد نمی‌نمود، اما کم کم با تغییر وضعیت اجتماعی، مسئولیت ضامن تخفیف یافت و قانونگذاران متمایل به ضم ذمه به ذمه گردیدند (همان: ۷۰).

۵. دلیل نقلی

مهم رین دلیلی که بیشتر فقهای امامیه جهت اثبات انتقالی بودن ماهیت ضمان بر آن تکیه می‌کنند، روایاتی است که در این باب وجود دارد و به چند مورد آن اشاره می‌گردد.

۱-۵. در روایتی به این مضمون آمده است که روزی مرده‌ای را نزد پیامبر گرامی اسلام ﷺ آوردند که بر او نماز گذارد، ولی چون دو درهم بدهکار بود، حضرت از نماز خواندن بر وی امتناع کرد تا حضرت علی رضی الله عنه ضامن او شد و آنگاه پیامبر فرمود: «جزاءک الله عن الاسلام خیرا و فک رهانک کما فککت رهان اخیک» (طوسی، الخلاف، بی تا: ۲/ ۱۳۳؛ و وسایل الشیعه، باب ۳ از ابواب ضمان، حدیث ۲ و ۳).

مثل همین روایت، روایت دیگری وجود دارد که به جای حضرت علی رضی الله عنه، ابو قتاده آمده است. به هر صورت طبق این روایات ذمه بدهکار در اثر عقد ضمان بری می‌شود، زیرا طبق تحلیل فقهای امامیه اشتغال ذمه متوفی مانع از نمازگزاردن پیامبر ﷺ بر میت شد، ولی با ضمان، ذمه وی آزاد و بری گردید.

۲-۵. حدیث «الزعیم غارم» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲/ ۲۸۹؛ و المستدرک، ۲/ ۴۸۹)

طبق این روایت پیامبر در روز فتح مکه فرمود: عاریه باید اداء گردد، هدیه پاسخ داده شود و دین اجرا گردد و زعیم (ضامن) مسئول است. این حدیث دلالت بر اشتغال ذمه ضامن و مسئولیت او دارد.

۳-۵. در روایتی از کلینی و شیخ صدوق (کلینی، فروع کافی: ۹۷/ ۵؛ و صدوق، من لا یحضره الفقیه: ۵۵/ ۳) در احتضار عبدالله بن حسن، طلب کاران دورش گرد می‌آیند و مطالبه دین می‌کنند و به علت عجز او از پرداخت حضرت علی بن الحسین تعهد پرداخت می‌کند و ضامن می‌شود، یعنی با عجز مدیون مسئولیتی برای وی باقی نمی‌ماند تا حضرت در مسئولیت ضمیمه او شود. پس ضمان به معنای تقبل مسئولیت در پرداخت به تنهایی است.

اما استدلال به روایات نیز خالی از مناقشه نیست و نمی‌توان از آنها اقتضای انتقالی بودن ضمان را اثبات نمود. زیرا در روایت ضمان از میت، این ضمان حقیقی نیست، چرا که بر اثر فوت، ذمه و شخصیت حقوقی بدهکار از میان می‌رود و بقاء دین بر آن جنبه فرضی دارد. گذشته از آن، با فوت مدیون و معسر بودن وی، تعهد پرداخت قهرا متوجه ضامن است و تفاوتی ندارد که ضمان مفید نقل باشد یا ضم. چون در مورد ضمان تضامنی نیز هرگاه مدیون معسر بوده و قادر به پرداخت نباشد، قهرا پرداخت دین متوجه ضامن خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۶۴: ۱۲۴). علاوه بر آن، از این احادیث خاص که ناظر به یک حالت ویژه و استثنایی است، نمی‌توان یک حکم کلی بدست آورد (محمود کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۶).

مهم‌تر از همه این که در هیچ یک از روایات فوق اشاره نشده است که طلب کاران حضور داشته یا خیر و در صورت حضور موافقت نموده‌اند یا نه؟ تا عقد ضمان به وجود آید. به نظر می‌رسد ضمانت در این روایات، نه به معنای عقد ضمان، بلکه به معنای التزام و تعهد پرداخت دین و ایفای دین از جانب غیر مدیون، تبرعا به کار رفته است، نه به معنای عقد ضمان که از عقود است و نیاز به قبول دارد (محقق داماد، ۱۳۶۴: ۱۲۵).

در مورد روایت «الزعیم غارم» هرچند بر اشتغال ذمه ضامن دلالت می‌کند ولی انتقال



ذمه دلالت نمی‌کند. چون شک نیست که ضامن مسئول است، ولی آیا مسئولیت ضامن در حدی است که مسئولیت را از دوش مدیون اصلی بردارد یا صرفاً تعهد به اجرای دین در کنار مدیون اصلی است؟ روایت از آن ساکت است. گذشته از آن، با توجه به بافت اجتماعی عرب آنروز که رییس قبیله با التزام خود کاملاً جانشین تعهد مدیون اصلی می‌گردید، انتقال ذمه قابل توجیه بود، ولی امروزه با تغییر موقعیت اجتماعی اشخاص و تساوی اشخاص در حقوق و امتیازات، توجیهی برای مسئولیت ضامن به تنهایی وجود ندارد و چنانچه قبلاً هم اشاره شد، اشخاص نیز حاضر نیستند بار مسئولیت را به تنهایی بردوش بکشند، بلکه متمایل اند به صورت مدیون اضافی تلقی گردند.

بر فرض پذیرش دلالت روایات بر نقل ذمه، دلالت آنها بر این که مقتضای ذات ضمان نقل ذمه باشد، پذیرفتنی نیست؛ بیشترین دلالت آنها بر مقتضای اطلاق ضمان است و در این صورت، با شرط تضامن در ضمن عقد، امکان برقراری مسئولیت تضامنی وجود دارد (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴: ۵۲). قبلاً هم در نقد دلیل عقلی، دیدگاه ابی از اقوال و آرای فقهای امامیه بیان شد که طرفین عقد ضمان (ضامن و طلبکار) می‌توانند شرط تضامن نمایند.

گفتار دوم: ماهیت عقد ضمان در حقوق افغانستان

از آنچه در تعریف عقد ضمان از منظر حقوق افغانستان بیان شد، بدست می‌آید که عقد ضمان در آن ماهیت وثیقه‌ای و انضمامی دارد. چنانچه قانونگذار نیز آن را در کنار حواله و رهن از عقود وثیقه‌ای قرار داده است (قانون مدنی، م ۱۶۶۵). و در تعریف عقد کفالت که شامل عقد ضمان نیز می‌گردد، آورده است که «کفالت عبارت است از انضمام ذمه کفیل به ذمه اصیل در مطالبه نفس یا دین و یا عین» (همان، م ۱۶۶۶).

بنابر این، در این مبنا ضمانت در عقد ضمان هرگز به معنای برائت مدیون اصلی نیست، بلکه با انعقاد آن، طلبکار وثیقه جدیدی جهت اطمینان از وصول طلب خود بدست می‌آورد تا در مواقع نیاز از آن استفاده نماید.

نکته که درد این مورد وجود دارد این است که انضمامی بودن عقد ضمان به صورت طولی است یا عرضی؟ با این توضیح که در مبنای انضمامی بودن عقد ضمان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد و طرفداران آن از یک روش واحد پیروی نمی‌کنند.

۱. در تضامن عرضی، طلبکار یا مضمون له می‌تواند به دلخواه خود به هریک از ضامن و مدیون اصلی یا هر دو مراجعه کند، بدون این که در این خصوص ترتیب را رعایت کند. در واقع همه مسئولان تضامنی در عرض یکدیگر اند و اصالتاً مسئولیت پرداخت دین را به عهده دارند.

قانونگذاران برخی کشورها از این نظر پیروی نموده‌اند. چنانچه قانون مدنی قدیم عراق در ماده ۶۴۴ تصریح می‌دارد: «الطالب مخیر فی مطالبته ان شاء طالب الاصل و ان شاء طالب الكفیل و مطالبته من احدهما لا یسقط مطالبته من الآخر» طلبکار در مطالبه دین خود مخیر است که از مدیون اصلی یا کفیل هر کدام که خواست مطالبه نماید م مطالبه از یکی موجب سقوط مطالبه از دیگری نمی‌گردد. ماده ۶۴۴ مجله الاحکام العدلیه نیز که قبلاً آورده شد، عین عبارت فوق را دارد: «کفالت عقدی است که در آن طلبکار در مطالبه‌ی طلب خود از مدیون اصلی (مضمون عنه) و یا کفیل (ضامن) مخیر

است و مطالبه از یکی موجب سقوط حق مطالبه از دیگری نمی‌شود. زیرا مقتضای کفالت ضم است نه تملیک» (رستم باز لبنانی، ۱۳۰۵: ۱/۳۵۳).

برخی نویسندگان، باور به تضامن عرضی را به عقیده مذاهب شافعی، ابوحنیفه و احمد بن حنبل نسبت داده است که طلبکار در آن واحد می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی توأماً رجوع نموده حق خود را مطالبه نماید (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۰؛ و افتخار جهرمی، ۱۳۹۰: ۱۸).

۲. در تضامن طولی، طلبکار نمی‌تواند به ضامن مراجعه کند مگر بعد از مراجعه به مدیون اصلی. در این دیدگاه، ذمه ضامن جنبه فرعی و تبعی دارد و طلبکار در صورتی می‌تواند از آن استفاده نماید که نتواند طلب خود را به دلایلی چون اعسار یا افلاس و یا غیبت، از مدیون اصلی بگیرد. نتیجه طبیعی این دیدگاه، لزوم رجوع طلبکار به مدیون اصلی پیش از مطالبه از ضامن (افتخار جهرمی، ۱۳۹۰: ۱۷)، و عدم جواز رجوع به وی قبل از رجوع به مدیون اصلی می‌باشد.

از میان مذاهب اهل سنت، امام مالک بر این عقیده است که طلبکار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مدیون اصلی در اثر غایب بودن یا افلاس و یا انکارش، متعذر گردد (جلال الدین مدنی، ۱۳۸۶: ۵/۲۰۴؛ و سید حسن امامی، ۱۳۷۷: ۳۳۱).

قانونگذاران تعدادی از کشورها نیز از این دیدگاه پیروی نموده، حق مراجعه طلبکار به ضامن را مشروط به مراجعه به مدیون اصلی می‌دانند. چنانچه قانون مدنی مصر، این نوع تضامن را پذیرفته و بیان می‌دارد: «کفالت عقدی است که به مقتضای آن شخصی تنفیذ و اجرای تعهدی را کفالت می‌کند، با این توضیح که در مقابل داین متعهد می‌شود که اگر مدیون دین را تأدیه نکرد او به این التزام عمل کند. التزام کفیل شخصی و تابع التزام مدیون اصلی است» (السنهوری، ۱۹۵۸: ۱۰/۱۸).

در قوانین کشورهای اروپایی مثل فرانسه و انگلیس نیز ضمان، عقد تضامنی است که مسئولیت ضامن در طول مسئولیت مدیون اصلی قرار دارد که اگر مدیون اصلی دین خود را ادا نکرد، ضامن باید از عهده آن برآید. چنانچه ماده ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه در این مورد مقرر می‌دارد: «کسی که ضمانت تعهدی را می‌کند، در صورتی که مدیون اصلی تعهد خود را انجام نداد، موظف به انجام دادن آن است» (سید احمدی سجادی، ۱۳۹۷: ۹۱).

با توجه به آنچه توضیح داده شد، قانونگذار افغانستان نیز تضامن طولی را پذیرفته و طبق آن، طلبکار فقط پس از مراجعه به مدیون اصلی، حق مراجعه به ضامن یا کفیل را می‌یابد. ماده ۱۷۰۶ قانون مدنی در این مورد مقرر می‌دارد: «داین نمی‌تواند تنها به کفیل رجوع کند، مگر بعد از رجوع به مدیون.

با توجه به این ماده، اگر صحت انتساب تضامن طولی به احناف درست باشد، قانونگذار افغانستان در این مورد از آن تبعیت نکرده است، چه این که معمول نیز چنین است و برخی حقوقدانان حتی تضامن طولی را اساس عرفی عقد ضمان دانسته که تضامن عرضی نیاز به تصریح دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۱۸۰). هم چنین در تأیید نظر ایشان و تأیید دیدگاه قانون مدنی (ماده ۱۷۰۶) می‌توان اظهار داشت برای دسترسی به عرف معیاری جز فهم قاضی از روابط متعارف زمانه خود، اگر به درون خویش و به عنوان عضوی



از اعضای متعارف مراجعه کنیم، به هنگام ضمانت از دین دیگری، توقع داریم که طلبکار نخست به مدیون اصلی مراجعه کند و اگر ناکام ماند به ما به عنوان ضامن مراجعه نماید. به هر صورت، قانون مدنی افغانستان، ماهیت عقد ضمان را به پیروی از دیدگاه مشهور مذاهب اهل سنت و فقه حنفی، «انضمامی» و اثر آن را ضم ذمه به ذمه می‌داند. طرفداران این دیدگاه، در توجیه این که عقد ضمان ماهیت وثیقه‌ای و تضامنی دارد، به دلایل چند استناد می‌نمایند.

۱. دلیل لغوی

طرفداران این دیدگاه مثل دیدگاه انتقالی بودن عقد ضمان، به لفظ «ضمان» تمسک نموده معتقد اند «ضمان» مشتق از «ضم» یا ضمیم است و اضافه شدن «نون» به آن همانند الف و نون در «دوران» و «جریان» به ریشه ضمان ارتباطی ندارد (ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۷۰/۵). بنابر این، ضمان در معنای لغوی به معنای ضمیمه شدن یک ذمه به ذمه دیگر می‌باشد. ولی این استدلال از چند جهت قابل ایراد است. زیرا اولاً وجود نون در همه مشتقات «ضمان» خود دلیل بر اصلی بودن «نون» است و «طرفداران ضم ذمه چون می‌خواسته‌اند که ضمان را ضم ذمه به ذمه تلقی کنند، ضمان را مشتق از ضم دانسته‌اند و الا تصور نمی‌شود که این استدلال موجب چنین تعبیری شده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۰). ثانیاً، لازمه چنین استدلالی، مشدد بودن «میم» در ریشه «ضم» است (زبیدی، بی تا: ۱۸/۳۵۰)، در حالی که کسی مدعی چنین امری نیست. در تاج العروس آمده است: «و قول بعض الفقهاء الضمان مأخوذ من الضم غلط من جهت الاشتقاق» (همان). هم چنین طریحی می‌نویسد: «قال بعض الاعلام: الضمان مأخوذ من الضم وهو غلط من جهت الاشتقاق لان نونه اصلیه و الضم لا نون فیه» (طریحی، بی تا: ۲۸/۳). شاید به همین جهت است که عده‌ای از فقهای اهل سنت اشتقاق ضمان را از «ضمن» پذیرفته‌اند، هرچند در عقیده خود نسبت به عدم ناقل بودن آن تأکید دارند. چنانچه جزیری می‌نویسد: «الضمان فی اللغه التزام ما فی ذمه الغير وهو مشتق من الضمن لان الذمه من ضمن البدن فی معناه الكفاله یقال كفل فلان فلانا بمعنی ضمه الیه» (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۱۸).

۲. دلیل عقلی

این استدلال مبتنی بر هدف و غرض از ایجاد عقد ضمان است. در این دیدگاه هدف از جعل ضمان، ایجاد نوعی تضمین و توثیق برای طلبکار در برابر مدیون اصلی است؛ نه طلبکار قصد دارد با تحقق ضمان مدیون اصلی را رها کن و نه ضامن می‌خواهد خود به تنهایی مدیون گردد (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۱/۳۶). طلبکار می‌خواهد از این عقد، تحصیل وثیقه‌ای برای دین علاوه بر دارایی مدیون اصلی کند نه آن که ذمه او را بری نماید؛ ضامن نیز با عقد ضمان می‌خواهد موجب اطمینان خاطر طلبکار گردد، نه آن که خود را مستقیماً بدهکار نماید. ضامن از اعتبارش در پیش طلبکار برای آسودگی خیال او در وصول طلبش استفاده می‌نماید (ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۸۱/۵). پس، «هدف و غرض طلبکار و ضامن، تأمین وثیقه برای دین است، نه انتقال دین از ذمه ای به ذمه دیگر. اگر مقتضای ضمان نقل ذمه به ذمه باشد، منظور طرفین از این عقد کامل نمی‌شود» (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۲۸).

این استدلال نیز هرچند خیلی قابل توجه است و مطابق عرف و عادت معمول اجتماعی نیز می‌باشد و هرگاه ضامن دریابد که تنها اوست که در برابر طلبکار مدیون تلقی می‌گردد، به تعبیر برخی حقوقدانان «شگفت زده» می‌شود که چگونه بر خلاف مقصود خویش به چنین دامی افتاده است (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۰)، اما با آنهم این استدلال برای توجیه ماهیت ضمان کافی نمی‌باشد، چرا که اولاً «همیشه قصد طلبکار این نیست که وثیقه جدیدی برای دین خود پیدا نماید، چه بسا مواردی که طلبکار به جهت اعتماد کاملی که به اعتبار و صحت قول ضامن دارد حاضر می‌شود که ضمان را قبول و صریحاً ذمه مدیون را بری نماید. پس اگر بخواهیم از قصد طلبکار، پیروی کرده و مقتضای ضمان را بر طبق آن توجیه کنیم باید توجه به نحوه تراضی نماییم، اعم از این که تراضی بر نقل و یا بر ضم ذمه شده باشد» (همان).

ثانیاً، بفرض که عقد ضمان را نوعی تحصیل وثیقه و تأمین بدانیم با انتقال ذمه نیز این هدف برآورده می‌شود. زیرا معمولاً ضمانت کسی پذیرفته می‌شود که ملائت و اعتبار بیشتری نسبت به مدیون اصلی دارد و تفاوت ملائت و اعتبار ضامن و مدیون خود نوعی وثیقه و تأمین است که با عقد ضمان حاصل می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۲۹). ثالثاً، اگر هدف اصلی عقد ضمان تضمین حق طلبکار به علت معسر شدن یا غیبت و یا انکار مدیون است، این خطر در انضمام ضامن نیز کاملاً برطرف نمی‌گردد، چرا که امکان عسرت یا غیبت و یا انکار ضامن و مدیون اصلی هر دو نیز وجود دارد و هدف مورد نظر تحصیل نمی‌گردد (همان).

۳. دلیل نقلی

طرفداران تضامنی بودن عقد ضمان، در راستای اثبات نظر خود، به احادیث و روایاتی نیز تمسک نموده‌اند که چند مورد آن آورده می‌شود.

۱-۳. در روایت ابوقتاده که قبلاً در دیدگاه قبلی اشاره شد، طرفداران ضم ذمه چنین روایت می‌کنند که شخصی از دنیا رفت و پیامبر ﷺ به خاطر مدیون بودن متوفی، از نماز بر وی منصرف شد تا این که ابوقتاده آن را قبول کرد و دو دینار را به عهده گرفت. پیامبر بر آن شخص نماز گذارد و به ابوقتاده فرمود به دینارها چه اقدامی شد؟ وی پاسخ داد هنوز کاری انجام نشده است و فردا بازگشت و گفت پرداختم. حضرت فرمود: «الآن بردت جلدته» الآن آتش بر او سرد شد (ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۷۲/۵).

طبق این روایت وقتی ابوقتاده گفت من دین را پرداختم پیامبر فرمود الآن آتش بر او سرد شد. پس برائت مدیون زمانی حاصل شد که دین پرداخت گردید و صرف ضمانت موجب برائت نشد.

ولی نقدی که متوجه این استنباط است این که ضمان از میت چنانچه قبلاً بیان شد، ضمان واقعی نیست تا قابلیت تسری به امور جاری حیات اجتماعی را داشته باشد. علاوه بر آن، چرا پیامبر ﷺ پیش از ضمان از نماز منصرف شد، ولی بعد از ضمانت نماز گزارد؟ آیا معنای آن این نیست که دیگر عنوان مدیون بودن بر میت صدق نمی‌کرد؟

۲. حدیث «نفس المؤمن معلقة بدینه حتی تقضى عنه» (ابن حنبل، ۱۴۱۴: ج ۲) نفس مؤمن تا زمانی که دین او پرداخت نشده است، مدیون باقی می‌ماند. طبق این روایت واضح است که صرف ضمانت از شخص موجب برائت وی نیست و حق بر ذمه وی هم



چنین باقی می‌ماند.

اما فهم قضای دین به صورت تأدیه مادی، از روایت هیچگونه کارایی بر اثبات ضم ذمه در موضوع بحث ندارد، بلکه با آن مغایر نیز می‌باشد. با توجه به قرآینی که در این مورد وجود دارد و پیامبر گرامی اسلام آن را بعد از ضمانت از شخص متوفی بیان داشته‌اند، ضرورتی به ادای مادی نیست و ادای حقوقی و اعتباری نیز کافی است که در این صورت، روایت یاد شده مؤید نقل ذمه است تا ضم ذمه. بناء متمسکین به آن توجه نکرده‌اند که ضمان هم خود نوعی از اسباب اداء دیون است، زیرا شخص ثالثی دین مدیون را تقبل کرده و صاحب دین نیز به آن رضایت داده است.

نتیجه

با توجه به دلایلی که فقهای امامیه و طرفداران ضم ذمه به ذمه در باب ماهیت ضمان بیان داشته‌اند و نقدهایی که متوجه آن دلایل بود، بدست می‌آید که ادله هیچ یک از طرفداران نقل ذمه و یا ضم ذمه وافی به اثبات ماهیت ضمان نیست و نمی‌توان با استناد به این دلایل ماهیت ضمان را اثبات نمود.

واقعیت این است که ماهیت ضمان در هر دیدگاهی یکی بیش نیست و آن تأدیه و التزام به پرداخت دین و اشتغال ذمه ضامن به سبب آن است بدون تعرض به نقل یا ضم بودن آن.

اگر ماهیت ضمان آن طوری که فقهای امامیه بیان داشته‌اند، نقل ذمه به ذمه باشد، باید اشتراط ضم ذمه به ذمه، به دلیل خروج از ماهیت، باطل و مبطل باشد و حال آن که چنانچه بیان شد چنین شرطی صحیح و نافذ است و ضمان را به ضم ذمه تبدیل می‌کند. گذشته از آن، صدق عنوان ضمان، بر ضمانی که به ضم ذمه به ذمه می‌گراید و تایید عرفی آن، از مؤید دیگری است که حقیقت ضمان چیزی جز تعهد به تأدیه از سوی ضامن نیست. علاوه بر این‌ها، عموماتی چون «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» نسبت به ضمانی که ضم ذمه به ذمه چپستی آن را سامان می‌دهد، دلایل دیگری اند که ماهیت ناقل بودن ضمان را نفی و بر جواز انضمامی بودن ضمان، مهر تایید می‌نهند.

از سوی دیگر، اگر ماهیت ضمان، آن طوری که طرفداران ضم ذمه بیان داشته‌اند، ضم ذمه باشد، نباید شرط نقل ذمه از صحت برخوردار باشد، و حال آن که چنان که بیان شد، طرفداران دیدگاه ضم ذمه به ذمه نیز برای این که از مزایای نقل ذمه برخوردار باشند، نظر داده‌اند که هرگاه طرفین عقد ضمان، شرط برائت مدیون اصلی را در عقد بکنند، اشکالی ندارد و از آن به «ضمان به شرط برائت اصیل» یاد نموده‌اند. این خود بیانگر است که ماهیت ضمان چیزی غیر از نقل ذمه و یا ضم ذمه می‌باشد.

منابع و مأخذ مقالات

۱. افتخار جهرمی، گودرز، و طاهری، سهیل، «مقتضای اطلاق ضمان قراردادی» (۱۳۹۰) مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۴، ش ۱۰۹.
۲. سید احمدی سجادی، سید علی و دهقانی دهج، ایمان، «عقد ضمان، زوال یا بقای تضمینات تعهد، با نگاهی به حقوق فرانسه» (۱۳۹۷) مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۱۵، ش ۱.
۳. صالحی مازندرانی، محمد، «نگاهی نو به ماهیت ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن» (۱۳۹۴) فصلنامه کاوشی نو در فقه، سال بیست و دوم، ش ۳.
۴. کاتوزیان، ناصر، «اثر عقد ضمان» (۱۳۳۲) مجله کانون وکلا، ش ۳۶ و ۳۹.
۵. گلباغی ماسوله، سید علی جبار، «چیستی شناسی ضمان از منظر فقه شیعه» (۱۳۹۸) مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۱، ش ۲۰.
۶. محقق داماد، مصطفی، «ضمان عقدی ضم ذمه به ذمه یا نقل ذمه» (۱۳۶۶) فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی، ش ۱۱ و ۱۲.

کتابها

۱. ابن قدامه المقدسی، ابو محمد عبد الله، المغنی (شرح المختصر)، (۱۹۷۰)، قاهره، انتشارات مکتبه القاهره، چ سوم.
۲. ابن منظور، ابو الفضل جمال الدین محمد ابن مکرم، لسان العرب، (۱۴۰۵ ق) قم: نشر ادب الحوزه، چ اول.
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، (۱۳۷۷) تهران: انتشارات اسلامیه، چ چهارم.
۴. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، (۱۴۱۱ ق) بیروت: دارالفکر، چ سوم.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد ضمان، (۱۳۵۲) تهران: شرکت سهامی کتابهای جیبی، چ اول.
۶. الخویی، سید ابو القاسم، مبانی عروه الوثقی، (۱۴۰۹) قم: مدرسه دارالعلم، چ دوم.
۷. رستم باز لبنانی، سلیم، شرح مجله الاحکام العثمانیه، (۱۳۰۵ ق)، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، چ سوم.
۸. زبیدی، محمد تقی، تاج العروس من جواهر القاموس، (بی تا) بیروت: مکتبه الاحیاء، چ اول.
۹. السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، (۱۹۵۸)، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، چ دوم.
۱۰. الصدوق، ابی جعفر محمد، من لا یحضره الفقیه، (۱۳۶۳) قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ دوم.
۱۱. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، (۱۳۹۲) قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، چ چهارم.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، (۱۳۸۸ ق) تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ دوم.
۱۳. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرين، (بی تا) بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، چ سوم.
۱۴. الطوسی، محمد بن حسن (شیخ ابی جعفر)، الخلاف، (بی تا) قم: شرکت دارالمعارف الاسلامیه، چ دوم.

۱۵. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، (۱۳۷۳) قزوین، بحر العلوم، چ دوم.
۱۶. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود اذنی - وثیقه‌های دین، (۱۳۶۴) تهران: انتشارات بهنشر، چ اول.
۱۸. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، (۱۴۰۳ق) قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ دوم.
۱۹. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، (۱۹۷۱) نجف: مطبعه الآداب، بی چا.
۲۰. مدنی، سید جلال الدین، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۵، (۱۳۸۶) تهران: انتشارات پایدار، چ سوم.
۲۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، (۱۳۶۳) تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چ ششم.
۲۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، عقد ضمان، (۱۳۹۳) تهران: مجد، چ دوم.
۲۳. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، (بی تا) بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، چ هفتم.