

ماهیت عقد ضمان در فقه امامیه و حقوق مدنی افغانستان



محمدعلی امینی*

چکیده

در مورد ماهیت عقد ضمان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. در دیدگاه مشهور فقیهان شیعه، ضمان ماهیت انتقالی دارد و مفید نقل ذمه به ذمه و براءت ذمه مدیون اصلی است. در این دیدگاه با عقد ضمان، دین به ذمه ضامن انتقال می‌یابد و ذمه مدیون اصلی بری می‌گردد. در دیدگاه دیگر و از جمله در حقوق افغانستان، ضمان ماهیت انضمامی و وثیقه‌یی دارد و عقدی است که به موجب آن شخص ثالثی تعهد می‌نماید اگر مدیون دین خود را ادا نکرد، او از عهده برآید. اهمیت بحث از ضمان در برآوردن انتظاری است که از آن متوقع است و آن این که انعقاد عقد ضمان به هدف سقوط دین مدیون اصلی و انتقال آن به ذمه ضامن است یا موجب می‌شود که ضامن و مدیون هر دو مسؤول پرداخت دین شوند. بر این اساس، سؤال این است که ماهیت عقد ضمان چیست؟ در این تحقیق با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی با مطالعه کتابخانه‌یی، ماهیت ضمان در این دو دیدگاه بررسی گردیده است. ارزیابی 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. اصولاً ضم ذمه و یا نقل آن مقتضای ذات و ماهیت ضمان نمی‌باشند، هرچند ممکن است مقتضای اطلاق آن باشند.

واژه‌گان کلیدی: ضمان، انتقال، انضمام، فقه امامیه، حقوق افغانستان.



ISSN

P: 2788-4155

E: 2788-6441

OPEN ACCESS <<https://ghalibqjournal.com/index.php/ghalibqjournal>>DOI: <https://doi.org/10.58342/ghalibqj.V.13.I.2.5>

Received: 11/ 03/ 2024

Accepted: 23/ 05/ 2024

Published: 29/ 06/ 2024

PP: 81 - 101

Ghalib

The Nature of Guarantee Contract in Imamia Jurisprudence and Afghanistan Civil law



Mohammad Ali Amini *

Abstract

There are two distinct views on the nature of the guarantee contract. In the famous view of Shia jurists, guarantee is transferable in nature, and it is beneficial to transfer liability to liability and acquit the liability of the main debtor. In this view, with the contract of guarantee, the debt is transferred to the liability of the guarantor and the liability of the main debtor is absolved. In another point of view, including in Afghanistan civil law, the guarantee has a concrete and collateral nature and is a contract according to which a third party undertakes to take care of the debtor if he does not pay his debt. Examining the reasons and views of the parties shows that the nature of the guarantee is other than transfer and attachment, and that payment and commitment to pay the debt and employment of the guarantor is due to it, without affecting the transfer or attachment of the guarantee. In principle, the addition of liability or its transfer are not required by the essence and nature of the guarantee, although they may be required by its application.

Keywords: Guarantee, Transfer, Integration, Imamia Jurisprudence, Afghanistan Civil law

* PH.D of Private Law, University of Tehran, Tehran, Iran (Aliamini99@ut.ac.ir)

This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

۱. مقدمه

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

براساس همین ملاحظه، در قراردادها و تعهدات مالی، انواع وثایق تأسیس گردیده است، که در موقع لازم از آن‌ها استفاده گردد؛ عقد «ضمان» را می‌توان یکی از این اقدام‌ها دانست. هرچند در ماهیت و کیفیت توثیق‌بودن آن اختلاف وجود دارد. بیش‌تر فقیهان امامیه قایل به «احسانی» بودن عقد ضمان و برائت ذمهٔ مدیون اصلی‌اند و ماهیت آن را «نقل ذمه به ذمه» می‌دانند؛ درحالی‌که فقیهان اهل سنت و قوانین کشورهای اروپایی و قانون مدنی افغانستان، که عقود معین آن متأثر از فقه حنفی 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 مدنی افغانستان مورد تحلیل و ارزیابی قرار گیرد و به این پرسش‌ها پاسخ داده شود، که دلیل یا دلایل فقیهان امامیه مبنی بر انتقالی‌بودن ماهیت ضمان چیست و تا چه اندازه از صحت و درستی برخوردار است؟ بر فرض انتقالی‌بودن ماهیت ضمان، آیا ضامن می‌تواند التزام به تأدیه را معلق بر فرض عدم پرداخت مدیون اصلی نموده و به این طریق عقد ضمان «وثیقه»یی برای تضمین دین گردد یا خیر؟ از آن‌سوی، دلیل یا دلایل دیدگاه دوم، که معتقد به «وثیقه»یی و «انضمامی» بودن ضمان است، چیست؟ و بر فرض وثیقه‌بودن آن، آیا مسؤولیت ضامن و مدیون اصلی در عرض هم‌اند و طلب‌کار می‌تواند از هر کدام که بخواهد، طلب و دین خود را مطالبه نماید، یا نه مسؤولیت 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؟

اهمیت بحث از ماهیت ضمان در این است، که هرگاه ماهیت این عقد نقل ذمه به ذمه باشد، با تحقق آن، مدیون اصلی از مسؤولیت پرداخت بری می‌گردد، ولی هرگاه ماهیت آن ضم ذمه به ذمه باشد، با تحقق عقد ضمان، مدیون اصلی و ضامن هر دو مسؤولیت دارند.

بررسی دلایل و ادعاهای هر دو طرف، ما را به این فرضیه رهنمون می‌سازد که: اصولاً ماهیت و مقتضای ضمان نه ضم ذمه به ذمه و نه نقل آن است، بل که در سیرهٔ عرف و عقلا، ضمان صرفاً یک تعهد مالی است، که می‌تواند به هر دو صورت انعقاد یابد. با این واقعیت دیگر نمی‌توان ضمانی را که به ضم ذمه به ذمه یا نقل آن می‌گراید، از صدق عنوان ضمان به دور داشت و آن را از دایرهٔ شمول عمومیات صحت ضمان، بیرون پنداشت.

تا جایی که جست‌وجو نمودم، بحثی در این مسأله در حقوق مدنی افغانستان مطرح نشده است؛ لذا جهت برر سی این موضوع، با استفاده از روش تو صیفی - تحلیلی ابتدا تعریفی از مفهوم ضمان ارائه می‌گردد، سپس در دو قسمت جداگانه، دیدگاه‌های فقیهان امامیه و حقوق مدنی افغانستان بررسی و نقد می‌شود و در اخیر دیدگاه متفاوتی، پایان‌بخش تحقیق خواهد بود.

۲. تعریف ضمان

ضمان در لغت به معنای پذیرفتن التزام، قبول کردن، ضمیمه نمودن، برعهده گرفتن و کفالت است (معین، ۱۳۶۳: ۲۰۹؛ 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:

۲-۱. تعریف ضمان در فقه امامیه

از دیدگاه فقیهان امامیه واژه «ضمان» ریشه در «ضمن» دارد و به معنای قرار گرفتن، به عهده گرفتن و دربرگرفتن 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 بده کار اصلی بری می‌شود و ذمه ضامن در قبال طلب کار مشغول می‌گردد؛ چنان که صاحب عروة الوثقی در تعریف آن بیان می‌دارد: «وهو من الضمن لانه موجب لتضمن الضامن المال الذی علی المضمون عنه للمضمون له» (خوبی، ۱۴۰۹: ۳۸۹). هم‌چنین شیخ طوسی در کتاب *الخلاف* بیان می‌دارد: «هنگامی که ضمان به گونه‌ای در ست واقع می‌شود، حق از ذمه بده کار به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و طلب کار حق مطالبه از کسی غیر از ضامن را ندارد» (طوسی، بی‌تا: ۱۳۳). هم‌چنین محقق در *شرایع الاسلام* توضیح می‌دهد: «و مع تحقق الضمان ینتقل المال الی ذمه الضامن و یرى المضمون عنه و تسقط المطالبه عنه» (محقق حلی، ۱۹۷۱: ۱۰۹). با تحقق ضمان، مال به ذمه ضامن منتقل می‌شود و بده کار بری می‌گردد و حق مطالبه از او ساقط می‌شود. هم‌چنین صاحب جواهر در تعریف و ریشه ضمان بیان می‌دارد: «الضمان الذی هو عندنا علی ما اعترف به غیر واحد منا مشتق من الضمن لانه ینتقل ماکان فی ذمته من المال و یجعله فی ضمن ذمه اخرى او لان ذمه الضامن تتضمن الحق فالنون اصلیه» (نجفی، بی‌تا: ۱۱۳). ضمان در نزد ما (فقیهان امامیه) بنابر آنچه عدّه 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 عهده‌دار حق است، پس نون اصل کلمه است.

علاوه بر تعاریف و بیانات فوق، عدّه زیادی از فقیهان امامیه تعریف مشابه تعاریف فوق از عقد ضمان ارائه داده‌اند. به‌عنوان نمونه فخرالمحققین 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 *غنیة النزوع*، ص ۲۶۱، ابن حمزه در *الوسیله الی نیل الفضیله*، ص ۲۸۰، فیض کاشانی در *مفاتیح الشرایع*، ج ۳، ص ۱۴۵، ابن فهد حلی در *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، ج ۲، ص ۵۲۲، ابن ادریس حلی در *السریر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ص ۷۰، و جمع زیاد دیگری که بیان آرای آنان موجب تطویل کلام می‌گردد، همه‌گی بر انتقالی بودن عقد ضمان تأکید نموده و نتیجه آن را براءت مدیون اصلی (مضمون عنه) و اشتغال ذمه ضامن شمرده‌اند.

از همین رو است که تعدادی از فقیهان امامیه در ماهیت انتقالی بودن عقد ضمان حتا ادعای اجماع و عدم خلاف نموده‌اند (الخویی، ۱۴۰۵: ۳۸۹، ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۶۱، ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۷۰، علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۴۲، شهید ثانی، ۱۴۱۷: ۱۸۲). برخی هم آن را از ضروریات فقه امامیه تلقی نموده‌اند (نجفی، بی‌تا: ۱۸۲/۲۶). هرچند چنان‌که در نقد و بررسی این دیدگاه خواهیم دید، باور به انضمامی و وثیقه‌یی 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 می‌نماید، بل که مقبولیت و وقوع خارجی آن را در گستره فقه امامیه امری دیرین می‌داند.

۲-۲. تعریف ضمان در قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان در عقود معین متأثر از فقه حنفی و در قواعد کلی عقود، تابع نظام کامن لایی 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 می‌باشد. صاحب کتاب *الفقه علی المذاهب الاربعه* از قول حنفی‌ها عقد ضمان را چنین تعریف می‌کند: «انها ضم ذمه الی ذمه فی المطالبه به نفس او دین او عین» (جزیری، ۱۴۱۱: ۲۲۳). ضمان، ضم ذمه به ذمه است در مطالبه دین یا عین یا احضار نفس. هم‌چنین ابن قدامه در *الشرح الکبیر*، ج ۵، ص ۸۱، ابن اثیر در *بداية المجتهد و نهایه المقتصد*، ج ۲، ص ۲۹۲، از فقیهان اهل سنت حنفی و جمع زیاد دیگری، آن را ضم ذمه به ذمه و دارای ماهیت انضمامی دانسته‌اند و انعقاد عقد ضمان را موجب براءت ذمه مدیون ندانسته؛ بل که این عقد را تضمینی برای طلب‌کار در جهت تسهیل وصول مطالباتش و اطمینان خاطر بیش‌تر او می‌دانند؛ تا جایی که صاحب *المعنی* این نظر را به همه فقیهان اهل سنت نسبت داده و می‌نویسد: «و اما به نظر همه‌گی 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). 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، ۱۳۰۵: ۳۵۳). ماده ۷۷۲ قانون مدنی مصر نیز، که مبنای حنفی دارد، ضمان را وثیقه‌یی برای تضمین دین دانسته و چنین تعریف می‌نماید: «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 تأدیه نکرد، او به این دین التزام عمل نماید. التزام کفیل شخصی و تابع التزام مدیون اصلی است» (السنهوری، ۱۹۵۸: ۱۸).

در قانون مدنی افغانستان مثل متن مجله الاحکام و قانون مدنی مصر، مفهوم عقد ضمان با واژه «ضمان» استعمال نگردیده، بل که 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». 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» (قانون مدنی، 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.

۳. ماهیت عقد ضمان

۳-۱. ماهیت عقد ضمان در فقه امامیه

باتوجه 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، ۱۳۸۸: ۳۶۷).

فقیهان امامیه برای اثبات چیستی ماهیت ضمان و توجیه مدعی‌شان به دلایل ذیل تمسک جست‌اند.

۳-۱-۱. دلیل لغه‌وی

از دیدگاه فقیهان امامیه، ریشه لغه‌وی 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 پذیرفتن و به عهده‌گرفتن است، پس ماهیت ضمان همان نقل ذمه به ذمه و به عهده‌گرفتن دینی است، که بر ذمه دیگری بوده است (نجفی، بی.تا: ۱۱۳/۲۶ و حلی، بی.تا: ۵/۳۵۴). صاحب عروة‌الوثقی در این مورد بیان می‌دارد: «وهو من الاضمن لانه موجب لتضمن ذمه الضامن للمال الذی علی المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه اصلیه كما یشهد له سائر تصرفاته من الماضي و المستقبل و غیرهما» (خویی، ۱۴۰۹: ۳۱/۳۸۹).

به نظر می‌رسد استفاده از دلالت لفظ بر معنای لغه‌وی مقصود فقیهان امامیه تمام نباشد؛ زیرا «ضمان امری است اعتباری و اشتقاقی 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 استفاده بازی کردن با الفاظ بوده و اعتباری برای آن نمی‌باشد (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).

۳-۱-۲. 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: ۱۱۳/۲۶ و بحر العلوم، ۱۴۱۴: ۲/۳۵۳). از آن‌جا که حکم عقل فراگیر و همه‌شمول بوده، تخصیص بردار نمی‌باشد؛ فرقی ندارد که آن چیز از امور تکوینی باشد یا اعتباری؛ هر امری که مستلزم چنین نتیجه‌ی 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، نتیجه‌اش وجود اشتغال ذمه‌های متعدد برای دین واحد است و آن غیر معقول می‌باشد؛ بنابراین، 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 و ذمه ضامن مشغول گردد (نجفی، بی.تا: ۲۶ / ۱۱۳ و کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۳۶ / ۶۹).

اما این استدلال نیز از جهات زیادی مواجه با ایراد است؛ زیرا، نخست این که، استدلال یادشده بر مبنای وحدت امور اعتباری و امور واقعی قابل ترسیم است؛ درحالی 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 نبودن، از قواعد منطقی و تا حدی واقعی تبعیت می‌کند، ولی تبعیت کامل امور اعتباری از امور واقعی موجب تعطیل نظام اجتماعی و عسرو حرج شدید می‌گردد؛ زیرا در این حالت حتی یک قاعده حقوقی را نیز نمی‌توان پذیرفت» (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴: ۳ / ۵۴).

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

سوم این که، به‌ترین دلیل بر محال نبودن یک چیز، وقوع آن است؛ مشاهده می‌شود که در بیش‌تر قوانین کشورها از جمله قانون مدنی ایران که متأثر از فقه امامیه است، در برخی موارد مشغولیت ذمه یک شخص موجب براءة ذمه شخص دیگری نمی‌شود. به عنوان نمونه: در ایادی مغسوبه، هرگاه چنین مالی در تصرف چند نفر قرار گیرد و سرانجام در آخرین دست تلف گردد، همه دست‌اندرکاران غصب به دادن بدل آن ملزم‌اند و مالک مال می‌تواند به هر کدام که خواست مراجعه نماید و همه فقیهان امامیه این ذمه‌ها را قبول نموده‌اند (نجفی، بی.تا: ۲۶ / ۱۱۵ و محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۳۱). هم‌چنین در ضمان عهده و ضمان اعیان، طبق عقیده آن عده از فقیهانی که ضمان از آن‌ها را جایز می‌دانند، ضم ذمه به ذمه را در آن‌ها پذیرفته‌اند (محقق داماد، ۱۳۶۶: همان جا). هم‌چنین ذمه‌های متعدد برای پرداخت یک دین نمونه‌های فراوان دارد؛ مانند التزام به تأدیه دین دیگری، ضمان تضامنی به موجب قرارداد خصوصی، مسؤولیت تضامنی کارگران و کارمندی که به‌طور اجتماع خسارتی به بار آورده‌اند، مسؤولیت تضامنی مجرمان و محکومان نسبت به زیان ناشی از جرم و موارد دیگری که هرگونه تردید را نسبت به امکان عقلی و قانونی آن از بین می‌برد 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).

چهارم این که، اگر ماهیت و طبیعت زمان 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؛ درحالی که فقیهان امامیه بر جواز آن حکم نموده‌اند و بر پایه عمومیات «أوفوا 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 (خویی، بی.تا: ۳۱ / ۴۱۱).

۳-۲. اجماع

برخی از فقیهان امامیه بر ماهیت انتقالی عقد ضمان ادعای اجماع نموده‌اند. چنان که در تعریف عقد ضمان عبارات و منابعی از آن بیان شد. به عنوان نمونه محقق عاملی بیان می‌دارد: «دلیل اجماع است، چنان که در غنیه آمده است و نزد علمای ما ادعای اجماع شده است، چنان که در تذکره هست» (محقق داماد، ۱۳۶۶: ۱۳ / ۱۳۸)؛ 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 مسائل شرعی با لحاظ کاشفیت آن از قول معصوم حجیت می‌یابد و در مسائل عرفی که اغلب معاملات از جمله ضمان از آن مقوله‌اند و شارع آن‌ها را امضا کرده است، اجماع قابل استناد نیست» (همان‌جا). از سوی دیگر، بررسی آرا و اقوال فقیهان امامیه نشان‌گر آن است که اجماعی نیز در کار نیست و قول به انضمامی بودن عقد ضمان نیز در میان فقیهان امامیه طرف‌دارانی دارد و باور به آن پیشینه‌یی 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 والمضمون عنه» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲ / ۳۲۳). ظاهر این عبارت وی از وجود گروهی از فقیهان امامیه گزارش می‌دهد که چپستی ضمان را انضمامی می‌دانند. هم‌چنین ابن حمزه از دیگر فقیهان امامیه هنگامی که ضمان را به انفرادی و جمعی تقسیم می‌کند، ماهیت ضمان انفرادی را ضم ذمه به ذمه و یا حداقل اعم از نقل ذمه به ذمه می‌داند (کلباگی ماسوله، ۱۳۹۸: ۳۰۶). هم‌چنین فخر المحققین عده‌یی از فقیهان امامیه را به انضمامی بودن و مشهور را به انتقالی بودن ضمان باورمند می‌داند (همان‌جا). سیوری (فاضل مقداد) با تعبیر «اکثر اصحابنا» فقیهان امامیه را به اکثریت باورمند به انتقالی بودن و اقلیت معتقد به انضمامی بودن آن تقسیم می‌کند (همان‌جا). محقق اردبیلی با صراحت بیش‌تر حصر ضمان به نقل ذمه را فاقد دلیل می‌خواند (همان‌جا). پس از گذشت مدت زمانی، صاحب *عروة 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 گریزناپذیر می‌سازد.

۳-۳. 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 بی‌بضاعت 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 قواعدی 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 حتا ایثار تمایل دارد، هم‌خوانی بیش‌تری دارد (همان‌جا). به‌اضافه، این نوع توجیه از ضمان با روابط حقوقی در جوامع قبیله‌یی 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 معنا است که خود عهده‌دار 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.

تاریخ عرب و نظام قبیله‌یی آن نشان می‌دهد که اگر شخصی مدیون و معسر می‌گردید، رئیس 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 تأکید بر این هدف با تغییر وضعیت اجتماعی و کم‌رنگ‌شدن 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 مسؤلیتی را بر دوش بکشند که به عهده دیگری است. نهایت این که مایل‌اند 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 قبیله‌وی و قدرت رئیس‌ان قبیله‌ها، وضعیت افراد از این حیث برابر اند.

باتوجه به این نکته، روشن می‌گردد که دیدگاه مشهور فقیهان امامیه مبنی بر انتقالی بودن ضمان، با وضعیت ضمان در اوایل ظهور اسلام و با وضع اجتماعی آن روز مطابقت بیش تری دارد تا جامعه امروزی.

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

۳-۴. دلیل نقلی

مهم‌ترین دلیلی که بیش‌تر فقیهان 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. در روایتی به این مضمون آمده است، که روزی مرده‌یی را نزد پیامبر گرامی اسلام (ص) آوردند که بر او نماز گذارد؛ ولی چون دو درهم بده‌کار بود، حضرت از نماز خواندن بر وی امتناع کرد تا حضرت علی (رض) ضامن او شد و آن‌گاه پیامبر فرمود: «جزاک الله عن الاسلام خیرا و فک رهانک کما فککت رهان اخیک (طوسی، بی.تا: ۱۳۳ / ۲).

مثل همین روایت، روایت دیگری وجود دارد که به‌جای حضرت علی (رض)، ابو قتاده آمده است. به هر صورت، طبق این روایات ذمه بده‌کار در اثر عقد ضمان بری می‌شود؛ زیرا طبق تحلیل فقیهان امامیه اشتغال ذمه متوفی مانع از نماز گزاردن پیامبر (ص) بر میّت شد، ولی با ضمان، ذمه وی آزاد و بری گردید.

۲. حدیث «الزعیم غارم» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲ / ۲۸۹).

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

۳. در روایتی از کلینی و شیخ صدوق (کلینی، بی.تا: ۵ / ۹۷ و صدوق، بی.تا: ۳ / ۵۵)، در احتضار عبدالله بن حسن، طلب‌کاران 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 مسؤولیتی برای وی باقی نمی‌ماند تا حضرت در مسؤولیت ضمیمه او شود. پس ضمان به معنای تقبل مسؤولیت 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 بقای دین بر آن جنبه فر ضی دارد. گذشته از آن، با فوت مدیون و معسر بودن وی، تعهد پرداخت قهراً 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، قهراً 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 به دست آورد (محمود کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۶).

مهم‌تر از همه این‌که در هیچ یک از روایات فوق اشاره‌ی نشده است، که طلب‌کاران 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، بل که به معنای التزام و تعهد پرداخت دین و ایفای دین از جانب غیر مدیون، تبرعاً به کاررفته 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 به انتقال ذمه دلالت نمی‌کند. چون شک نیست که ضامن مسؤول است، ولی آیا مسؤولیت ضامن در حدی است که مسؤولیت 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، باتوجه به بافت اجتماعی عرب آن روز، که رئیس 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 مسؤولیت ضامن به تنهایی وجود ندارد و چنان که قبلاً هم اشاره شد، اشخاص نیز حاضر نیستند بار مسؤولیت را به تنهایی بر دوش بکشند، بل که متمایل‌اند 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 مسؤولیت تضامنی وجود دارد (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴: ۵۲). قبلاً هم در نقد دلیل عقلی، دیدگاه‌هایی از اقوال و آرای فقیهان امامیه بیان شد، که طرفین عقد ضمان (ضامن و طلب‌کار) می‌توانند شرط تضامن نمایند.

۴. ماهیت عقد ضمان در حقوق مدنی افغانستان

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

بنابراین، در این مبنا ضمانت در عقد ضمان هرگز به معنای برائت مدیون اصلی نیست؛ بل که با انعقاد آن، طلب کار وثیقه جدیدی جهت اطمینان از وصول طلب خود به دست می‌آورد تا در مواقع نیاز از آن استفاده نماید.

نکته‌بی که در 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، طلب کار یا مضمون له می‌تواند به دل خواه 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 مسؤولان تضامنی در عرض یک‌دیگر اند و اصالتاً مسؤولیت پرداخت دین را به عهده دارند. قانون گذاران برخی کشورها از این نظر پی‌روی نموده‌اند. چنان که قانون مدنی قدیم عراق در ماده ۶۴۴ تصریح می‌دارد: «الطالب مخیر فی مطالبته ان شاء طالب الاصل و ان شاء طالب الکفیل و مطالبته من احدهما لا یسقط مطالبته من الآخر». طلب کار در مطالبه دین خود مخیر است، که از مدیون اصلی یا کفیل هر کدام که خواست مطالبه نماید؛ 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 طلب کار در مطالبه 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 از نویسندگان، باور به تضامن عرضی را به عقیده مذاهب شافعی، ابوحنیفه و احمد بن حنبل نسبت داده‌اند، که طلب کار در آن واحد می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی توأم رجوع نموده، حق خود را مطالبه نماید (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۰ و افتخار چهرمی، ۱۳۹۰: ۱۸).

۲. در تضامن طولی، طلب کار نمی‌تواند به ضامن مراجعه کند؛ مگر بعد از مراجعه به مدیون اصلی. در این دیدگاه، ذمه ضامن جنبه فرعی و تبعی دارد و طلب کار 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 طلب کار به مدیون اصلی پیش از مطالبه از ضامن (افتخار چهارمی، ۱۳۹۰: ۱۷) عدم جواز رجوع به وی قبل از رجوع به مدیون اصلی می‌باشد.

از میان مذاهب اهل سنت، امام مالک بر این عقیده است، که طلب کار 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 (مدنی، ۱۳۸۶: ۵ / ۲۰۴ و امامی، ۱۳۷۷: ۳۳۱).

قانون گذاران تعدادی از کشورها نیز از این دیدگاه پی‌روی نموده، حق مراجعه طلب کار به ضامن را مشروط به مراجعه به مدیون اصلی می‌دانند. چنان که 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» (سنهوری، ۱۹۵۸: ۱۸ / ۱۰).

در قوانین کشورهای اروپایی، مثل فرانسه و انگلیس نیز ضمان، عقد تضامنی است که مسؤولیت ضامن در طول مسؤولیت مدیون اصلی قرار دارد، که اگر مدیون اصلی دین خود را ادا نکرد، ضامن باید از عهده آن برآید. چنان که 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» (به نقل از: سید احمدی سجادی، ۱۳۹۷: ۹۱).

باتوجه به آنچه توضیح داده شد، قانون گذار افغانستان نیز تضامن طولی را پذیرفته و طبق آن، طلب کار 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».

باتوجه به این ماده، اگر صحت انتساب تضامن طولی به احناف درست باشد، قانون گذار افغانستان در این مورد از آن تبعیت نکرده است، چه این که معمول نیز چنین است و برخی حقوق دانان حتا 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 طلب کار نخست به مدیون اصلی مراجعه کند و اگر ناکام ماند به ما به عنوان ضامن مراجعه نماید.

به‌هر صورت، قانون مدنی افغانستان، ماهیت عقد ضمان را به پی‌روی از دیدگاه مشهور مذاهب اهل سنت، «انضمامی» و اثر آن را ضم ذمه به ذمه می‌داند. طرف‌داران این دیدگاه، در توجیه این که عقد ضمان ماهیت وثیقه‌یی و تضامنی دارد، به دلایل چند استناد می‌نمایند:

۴-۱. دلیل لغوی

طرف‌داران این دیدگاه مثل دیدگاه انتقالی بودن عقد ضمان، به لفظ «ضمان» تمسک نموده معتقدند «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). بنابراین، ضمان در معنای لغوی به معنای ضمیمه شدن یک ذمه به ذمه دیگر می‌باشد؛ ولی این استدلال از چند جهت قابل ایراد است؛ نخست این که، 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). دوم این که، لازمه چنین استدلالی، مشدد بودن «میم» در ریشه «ضم» است (زبیدی، بی.تا: ۳۵۰/۱۸). در حالی که کسی مدعی چنین امری نیست. در تاج‌العروس آمده است: «وقول بعض الفقهاء الضمان مأخوذ من الضم غلط من جهت الاشتقاق» (همان‌جا). هم‌چنین 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 عده‌یی از فقیهان اهل سنت اشتقاق ضمان را از «ضمن» پذیرفته‌اند، هرچند در عقیده خود نسبت به عدم ناقل بودن آن تأکید دارند. چنان‌که جزیری می‌نویسد: «الضمان فی اللغة 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).

۴-۲. 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 کند و نه ضامن می‌خواهد خود به تنهایی مدیون گردد (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۱/۳۶). طلب‌کار می‌خواهد از این عقد، تحصیل وثیقه‌یی 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 آسوده‌گی

خیال او در وصول طلبش استفاده می‌نماید (ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۵ / ۸۱). پس، «هدف و غرض طلب‌کار و ضامن، تأمین وثیقه برای دین است، نه انتقال دین از ذمه‌ی 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 حقوق دانان «شگفت‌زده» می‌شود که چه‌گونه بر خلاف مقصود خویش به چنین دامی افتاده است (کاتوزیان، ۱۳۳۲: ۷۰). اما با آن‌هم این استدلال برای توجیه ماهیت ضمان کافی نیست؛ 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 ضامن 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 ترازی نماییم، اعم از این که ترازی بر نقل و یا بر ضم ذمه شده باشد» (همان‌جا).

دوم این‌که، بر فرض 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).

سوم این‌که، 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 موردنظر تحصیل نمی‌گردد (همان‌جا).

۴-۳. دلیل نقلی

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

۱. در روایت ابوقتاده، که قبلاً در دیدگاه قبلی اشاره شد، طرف‌داران ضم ذمه چنین روایت می‌کنند که شخصی از دنیا رفت و پیامبر (ص) به خاطر مدیون‌بودن متوفی، از نماز بر وی منصرف شد تا این‌که ابوقتاده آن را قبول کرد و دو دینار را به عهده گرفت. پیامبر (ص) بر آن شخص نماز گزارد 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: «الان بردت جلدته/ الان آتش بر او سرد شد» (ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۵/ ۷۲).

طبق این روایت وقتی ابوقتاده گفت من دین را پرداختم؛ پیامبر فرمود الان آتش بر او سرد شد. پس براءت مدیون زمانی حاصل شد، که دین پرداخت گردید و صرف ضمانت موجب براءت نشد؛ ولی نقدی که متوجه این استنباط است، این است که ضمان از میت چنان که قبلاً بیان شد، ضمان واقعی نیست تا قابلیت تسری به امور جاری حیات اجتماعی را داشته باشد. علاوه بر آن، چرا پیامبر (ص) 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 نمی کرد؟

۲. حدیث «نفس المؤمن معلقه بدینه حتی تقضى عنه» (ابن حنبل، ۱۴۱۴: ۲). نفس مؤمن تا زمانی که دین او پرداخت نشده است، مدیون باقی می ماند. طبق این روایت واضح است که صرف ضمانت از شخص موجب براءت وی نیست و حق بر ذمه وی هم چنین باقی می ماند. اما فهم قضای دین به صورت تأدییه مادی، از روایت هیچ گونه کارایی بر اثبات ضم ذمه در موضوع بحث ندارد، بل که با آن مغایر نیز می باشد. باتوجه به قرآینی که در این مورد وجود دارد و پیامبر گرامی اسلام آن را بعد از ضمانت از شخص متوفی بیان داشته اند، 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. بناءً متمسکین به آن توجه نکرده اند که ضمان هم خود نوعی از اسباب ادای دیون است؛ زیرا شخص سومی دین مدیون را تقبل کرده و صاحب دین نیز به آن رضایت داده است.

۵. مناقشه

هیچ یک از دلایل دو دیدگاه ضم ذمه و نقل ذمه برای اثبات ماهیت ضمان وافی نیست و نمی توان با استناد به این دلایل ماهیت ضمان را اثبات نمود.

واقعیت این است که ماهیت ضمان در هر دیدگاهی یکی بیش نیست و آن تأدییه 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 فقیهان امامیه بیان داشته اند، نقل ذمه به ذمه باشد، باید اشتراط ضم ذمه به ذمه، به دلیل خروج از ماهیت، باطل و مبطل باشد و حال آن که چنان که بیان شد، چنین شرطی صحیح و نافذ است و ضمان را به ضم ذمه تبدیل می کند.

گذشته از آن، صدق عنوان ضمان، بر ضمانی که به ضم ذمه به ذمه می گراید و تأیید عرفی آن، از مؤید دیگری است، که حقیقت ضمان چیزی جز تعهد به تأدییه از سوی ضامن نیست. علاوه بر این ها، عمومیتی چون «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» نسبت به ضمانی که ضم ذمه به

ذمه چپستی آن را سامان می‌دهد، دلایل دیگری‌اند که ماهیت ناقل بودن ضمان را نفی و بر جواز انضمامی بودن ضمان، مهر تأیید 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 می‌دون 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.

۶. نتیجه‌گیری

بررسی ماهیت عقد ضمان نشانگر آن است که ماهیت و مقتضای ضمان نه ضم ذمه به ذمه و نه نقل آن است، بلکه ضمان از نظر ماهیت، صرفاً یک تعهد مالی است که می‌تواند به هر دو صورت ضم ذمه به ذمه و نقل آن انعقاد یابد. با این واقعیت دیگر نمی‌توان ضمانی را که به ضم ذمه به ذمه یا نقل آن می‌گراید، از صدق عنوان ضمان به دور داشت و آن را از دایره شمول عمومات صحت ضمان، بیرون پنداشت.

ORCID

Mohammad Ali Amini  <https://orcid.org/0009-0008-7198-340X>

سرچشمه‌ها

۱. ابن قدامه المقدسی، ابومحمد عبدالله. (۱۹۷۰م). **المغنی** (شرح المختصر). ج سوم. قاهره: انتشارات مکتبه القاهره.
۲. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد ابن مکرم. (۱۴۰۵ق). **لسان العرب**. قم: نشر ادب الحوزه.
۳. افتخار جهرمی، گودرز؛ طاهری، سهیل. (۱۳۹۰). «مقتضای اطلاق ضمان قراردادی». فصل‌نامه تحقیقات حقوقی. ۱۴ (ویژه نامه شماره ۷). صص ۹ - ۴۴.
۴. امامی، سید حسن. (۱۳۷۷). **حقوق مدنی**. ج ۲. چ چهارم. تهران: انتشارات اسلامیه.
۵. جزیری، عبدالرحمن. (۱۴۱۱)، **الفقه علی المذاهب الاربعه**. چ سوم. بیروت: دارالفکر.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۲). **عقد ضمان**. تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.

۷. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۹). **مبانی عروۃ الوثقی**. چ دوم. قم: مدرسه دارالعلم.
۸. ر ستم باز لبنانی، سلیم. (۱۳۰۵). **شرح مجله الاحکام العثمانيه**. چ سوم. بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی.
۹. زبیدی، محمدتقی. (بی.تا). **تاج العروس من جواهر القاموس**. بیروت: مکتبه الاحیاء.
۱۰. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۵۸). **الوسیط فی شرح قانون المدني الجديد**. چ دوم. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۱۱. سیداحمدی سجادی، سید علی؛ دهقانی دهج، ایمان. (۱۳۹۷). «**عقد ضمان، زوال یا بقای تضمینات تعهد** (با نگاهی به حقوق فرانسه)». *مجله علمی حقوق خصوصی*. ۱۱(۱). صص ۸۷-۱۰۶. doi: 10.22059/jolt.2018.219442.1006245
۱۲. صالحی مازندرانی، محمد. (۱۳۹۴). «**نگاهی نو به ماهیت ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریع آن**». *مجله فقه*. ۲۲(۸۵). صص ۳۷-۶۴.
۱۳. صدوق، ابی جعفر محمد. (۱۳۶۳). **من لا یحضره الفقیه**. چ دوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۴. طاهری، حبیب‌الله. (۱۳۹۲). **حقوق مدنی**. چ چهارم. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین.
۱۵. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۳۸۸). **عروه الوثقی**. چ دوم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۶. طریحی، فخرالدین. (بی.تا). **مجمع البحرین**. چ سوم. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن شیخ ابی جعفر. (بی.تا). **الخلافا**. چ دوم. قم: شرکه دارالمعارف الاسلامیه.
۱۸. عدل، مصطفی. (۱۳۷۳). **حقوق مدنی**. چ دوم. قزوین: بحر العلوم.
۱۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۴). **حقوق مدنی عقود اذنی - وثیقه‌های دین**. تهران: انتشارات به‌نشر.
۲۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۳۲). «**اثر عقد ضمان**». *مجله کانون وکلا*. ش ۳۶ و ۳۹. صص ۳۹-۴۳.
۲۱. گلباغی ماسوله، سید علی جبار. (۱۳۹۸). «**چیستی شناسی ضمان از منظر فقه شیعه**». *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*. ۱۱(۲۰). صص ۳۰۱-۳۲۴.
۲۲. محقق اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). **مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۳. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۹۷۱). **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. نجف: مطبعه الآداب.

۲۴. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۶۶). « ضمان عقدی ضم ذمه به ذمه یا نقل ذمه ». فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی. ش ۱۱ و ۱۲. صص ۱۴۳-۱۱۲.
۲۵. مدنی، سید جلال‌الدین. (۱۳۸۶). عقود معین. ج ۵. چ سوم. تهران: انتشارات پایدار.
۲۶. معین، محمد. (۱۳۶۳). فرهنگ فارسی معین. چ ششم. تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۲۷. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۹۳). عقد ضمان. چ دوم. تهران: مجد.
۲۸. نجفی، شیخ محمدحسن. (بی.تا). جواهر الکلام. چ هفتم. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۲۹. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.

References

1. Ibn Qudama al-Maqdisi, Abu Muhammad Abdullah. (1970). Al-Maghni (Sharh al-Mukhatsar). ۳rd edition: Cairo Publications.(Persian)
 2. . Ibn Manzoor, Abulfazl Jamaluddin Muhammad Ibn Makram. (1405 AH). Lisan Al Arab. Qom: Adab Al-Hawza (Persian)
 3. Iftikhar Jahrami, Gooders; Taheri, Sohail. (1390). "Requirements for the application of contractual guarantee". Legal Research Quarterly. 14 (Special Letter No. 7). pp. 9-44.(Persian)
 4. Emami, Seyyed Hassan. (1377). Civil Rights. C2. The 4th edition.Tehran: Islamiya Publications.
 5. Jaziri, Abdulrahman. (1411), Fiqh Ali al-Mahabh al-Arba' 3rd edition. Beirut: Dar al-Fekr.
 6. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar. (1352). guarantee contract Tehran: Pocket books joint company. (Persian)
 7. Khoei, Seyyed Abulqasem. (1409). Mabani Urwa AL Wosqa. second p. Qom: Darul Alam School. (Persian)
 8. Rostam Baz Lebanese, Salim. (1305). Description of al-Ahkam al-Uthmaniyah magazine. 3rd. Beirut: Darulahiya Al-Tarath Al-Arabi Publications.
 9. Zubeidi, Mohammad Taghi. (B.-Ta). Taj al-Arus, min jawahir al-Qamoos. Beirut: Al-Ahia School.
 10. Sanhoury, Abdul Razzaq Ahmad. (1958). Al-Wasit. 2nd Beirut: Dar al-Ahiya al-Trath al-Arabi.
 11. Seyed Ahmadi Sajjadi, Seyed Ali; Dehghani Dehj, Iman. (2017). "Guarantee contract, deterioration or survival of pledge guarantees (looking at French law)". Scientific journal of private law. 15(1). pp. 87-106(Persian)
 12. Salehi Mazandarani, Mohammad. (2014). "A new look at the nature of guarantee in the light of the concept and purpose of its legislation". jurisprudence journal 22(85). pp. 37-64. (Persian)
 13. Sadouq, Abi Jafar Mohammad. (1363). Man la yahzaraho al-Faqih. 2nd. Qom: Al-Nashar al-Islami Publishing House.
 14. Taheri, Habibullah. (2012). Civil Rights. The fourth p. Qom: The Islamic Madrasin Publications. (Persian)
-

15. Tabatabaei of Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem. (1388). Arwa al-Waghti 2nd. Tehran: Darul Kitab al-Islamiya.
16. Tarihi, Fakhreddin. (B.TA). Majma Al- Bahrain. 3rd. Beirut: Dar al-Ahiya al-Trath al-Arabi. (Persian)
17. Tusi, Muhammad bin Hassan Sheikh Abi Jafar. (B.TA). Al-Khalaf 2nd. Qom: Darul Ma'arif al-Islamiya Company.
18. Adl, Mustafa. (1373). Civil Rights. 2nd. Qazvin: Bahrul Uloom.
19. Katouzian, Nasser. (1364). Civil rights of permission contracts. Tehran: Behshar Publications.
20. Golbaghi Masoleh, Seyyed Ali Jabbar. (2018). "Physiology of Daman from the perspective of Shia jurisprudence". Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law Studies. 11(20). pp. 301-324. (Persian)
21. Ardabili, Ahmed bin Mohammad. (1403). 2nd. Al-Faidah and Al-Barhan Assembly in the description of Irshad al-Azhan. Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.
22. Mohagheq Hali, Abulqasem Najmuddin Jafar bin Hasan. (1971). Islam's laws in matters of halal and haram. Najaf: Al-Adab Press.
23. Mohaghegh Damad, Mustafa. (1366). "Contractual guarantee, attachment of liability to liability or transfer of liability". Quarterly Journal of Legal and Judicial Studies. Nos. 11 and 12. pp. 112-143.
24. Madani, Seyed Jalaluddin. (1386). Certain contracts. C 5. Ch 3rd. Tehran: Stable Publications. (Persian)
25. Moin, Mohammad (1363). Farhang Moin. 6th edition. Tehran: Amir Kabir Publishing House. (Persian)
26. Mousavi Bojanvardi, Seyyed Mohammad. (2013). guarantee contract. 2nd p. Tehran: Majd. (Persian)
27. Najafi, Sheikh Mohammad Hassan. (B.TA). Jawaharlal Kalam. 7th p. Beirut: Dar al-Ahiya al-Turath al-Arabi.
28. Civil Code of Afghanistan, approved in 1355. (Persian)