

## چیستی شناسی ضمان از منظر فقه شیعه

سید علی جبار گلباغی ماسوله\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۵/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۴/۱۷

### چکیده

با پیشرفت و گسترش جامعه بشری، اشخاص برای تنظیم و تأمین روابط مالی و تجاری، معاملات را به شیوه‌هایی منعقد می‌سازند که ضمان، جزو لاینفک آنهاست. انضمامی بودن ضمان در برخی از این معاملات، نه تنها آن را در ناهماهنگی ظاهری با ماهیت انتقالی بودن ضمان مصطلح در فقه شیعه قرار می‌دهد، بلکه تعارض ظاهری را بین برخی از مواد قوانین مدنی و تجاری نیز سبب می‌گردد. توجه به نتایج مترتب بر واقعیت مذکور، نوشتار حاضر را بر این و امی دارد که با بررسی پیشینه و سیر چیستی ضمان در گستره ادبیات فقه شیعه، مشروعیت انضمامی بودن چیستی ضمان را در فقه شیعه امکان‌سنجی کند و اثبات این فرضیه را نتیجه گیرد که ضمان در فقه شیعه، التزام و تعهدی اعم از انتقالی و انضمامی است که حسب اراده و یا مقتضای معامله، در نقل ذمه به ذمه و یا ضم ذمه به ذمه، ظهور و تعین می‌یابد.

**کلیدواژه:** ضمان، چیستی شناسی ضمان، ماهیت ضمان، انضمامی بودن ضمان، انتقالی بودن ضمان

## ۱- طرح مسأله

در گذر زمان، با پیشرفت جامعه بشری و دگرگون شدن شیوه زندگی توده ها، اشکال و گونه هایی از ارتباطات و معاملات بین اشخاص حقیقی و حقوقی، بروز و فراوانی می یابد که پیش از این، در فقه و حقوق شیعه یا پیشینه ای نداشتند و یا چندان مرسوم نبودند. ضمان، یکی از اعمال رایج در حوزه معاملات مدنی و تجاری جامعه امروزین است که تحت تأثیر روابط و پدیده های نوظهور اقتصادی قرار دارد که در معاملات و فعالیت های پولی و مالی بانک ها و بنگاه های اقتصادی مورد مراجعه توده های مردم، متجلی است.

مقایسه ضمان های رایج امروزین با ضمان مصطلحی که دانش فقه و حقوق خصوصی، به تعریف و تبیین حدود و احکام آن اهتمام می ورزد، عدم هماهنگی شمار چشمگیری از ضمان های رایج را با ضمان مصطلح در فقه و حقوق خصوصی، نمایان می سازد؛ از اینرو، بسیاری از دانشیان فقه شیعه، به بطلان ضمان های رایج حکم می دهند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۷/۵) و معدود فقیهانی نیز که از حکم به بطلان برخی از ضمان های رایج پرهیز دارند، آنها را معاملاتی عرفی و غیر معین می شمارند (خوئی، ۱۴۰۹: ۴۰۴/۱ و ۴۱۲ و ۴۶۶؛ باقری، ۱۳۹۳: ۹۴).

با این همه، گاه میان نوشته های فقهی برخی از فقیهان سده اخیر، سخنی درباره حکم ضمان های رایج دیده می شود که با پندار متداول و مشهور در فقه شیعه، متفاوت و قابل تأمل است؛ چه این که مشهور فقیهان شیعه، از اینرو بسیاری از ضمان های رایج در جامعه را ناپذیرفتنی می شمارند که با ساختار نقل ذمه به ذمه، ناهماهنگ هستند و به ضمّ ذمه به ذمه می گریند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۵/۵ و ۴۱۱ و ۴۲۷)؛ در برابر، معدود نوشته های مذکور، با سخن راندن از امکان حکم به صحّت ضمان به معنای ضمّ ذمه به ذمه (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۱۱/۵؛ همو، ۱۴۱۵: ۲۵۲/۲)، به تصحیح ضمان های رایج، اهتمام می ورزند و با پندار مشهور درباره ناپذیرفتنی بودن

ضمان های رایج در جامعه، به مخالفت برخاسته و آن را فاقد دلیل می خوانند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۴/۵).

این شیوه تصحیح ضمان های رایج در جامعه که با ضمان مصطلح در فقه و حقوق خصوصی، هماهنگ نمی نماید بسیاری از فقیهان معاصر را بر این وا می دارد تا با آن به شدت به مخالفت برخیزند؛ آن را با اوصافی همانند: ضعیف، اضعف و در نهایت ضعف، توصیف کنند، و به موافقت با اهل سنت و مخالفت با مذهب امامیه متهم سازند (همو، ۴۰۵/۵ و ۴۱۱ و ۴۲۷).

درنگ در سخن فقیهانی که به تصحیح ضمان های رایج می گریند، در کنار انتقاداتی که پیروان پندار مشهور بر آن روا می دارند، ذهن را به گام نهادن در مسیر چیستی شناسی ضمان فرا می خواند؛ این که آیا بر پایه مبانی فقه شیعه، ضمان از ماهیتی صرفاً انتقالی برخوردار است که می توان عدول از آن را به موافقت با اهل سنت و مخالفت با مذهب امامیه تعبیر کرد، و یا این که چیستی ضمان، تعهد و الزامی است که هم با نقل ذمه به ذمه و هم با ضم ذمه به ذمه سازگار است و در نتیجه، سخن راندن از انضمامی بودن ضمان و حکم به صحّت ضمان های رایج در جامعه، نه خروج از سنت فقهی شیعه، بلکه التزام به آن و بهره گیری از استعداد های آن برای خارج ساختن عناوین معاملات از انحصار مفاهیم و مصادیق مرسوم در گستره ادبیات تاریخی فقه شیعه به شمار آید؟

اثبات این فرضیه نه تنها از این کارکرد برخوردار است که مشروعیت معاملات متداول در جامعه را نمایان می سازد، بلکه به رفع دو گانگی و تعارضی مدد می رساند که به ظاهر بین برخی از مواد قانون مدنی و قانون تجارت (از قبیل: مواد ۶۹۸ و ۷۲۴ قانون مدنی و مواد: ۲۴۷، ۲۴۹، ۳۰۹، ۳۱۴ و ۴۰۳ قانون تجارت) درباره ماهیت ضمان به چشم می خورد؛ چه این که مواد قانون مدنی، ماهیت ضمان را هماهنگ با دیدگاه مشهور فقه شیعه، انتقالی می داند، ولی مواد قانون تجارت، به انضمامی بودن ضمان در معاملات و اسناد تجاری اشعار دارد.

بنابراین، پرسش از مبانی دیدگاه مشهور و غیر مشهور درباره چستی شناسی ضمان، سؤال اصلی جستاری را سامان می دهد که پژوهشی بنیادی، به روش توصیفی تحلیلی و به شیوه کتابخانه ای، نیل پاسخ به آن را هدف تلاش خود می سازد و نوشتار پیش رو نیز به گزارش آن اهتمام می ورزد.

## ۲- پیشینه شناسی

بررسی مجموعه های احادیث فقهی شیعه، وجود روایات یا روایتی را گزارش نمی دهد که از تعهد و ضمانی منع کنند که ضمّ ذمه به ذمه را به بار می آورد. میان روایات ابواب ضمان، وجود عبارت: «قُلْتُ: فَإِنْ رَجَعَ الْوَرِثَةُ عَلَيَّ فَقَالُوا: أَعْطِنَا حَقَّنَا؟ فَقَالَ: لَهُمْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الظَّاهِرِ» در موثقه حسن بن جهم (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۵/۱۸) که از جواز رجوع مضمون لهم به مضمون عنه سخن می راند، امکان اصطیاد انضمامی بودن چستی ضمان را فراهم می سازد.

هرچند شارحان احادیث فقهی، موثقه حسن بن جهم را چونان صحیحی می شمارند (مجلسی، ۱۴۰۶: ۲۵/۱۵) و نوعاً فقیهان شیعه نیز فی الجمله، به آن عمل می کنند، لیکن برخی از دانشیان فقه شیعه، آن را از این ایراد دور نمی سازد که ظاهر آن با اجماع، مخالف است (نجفی، بی تا: ۱۲۵/۲۶)؛ چنان که برخی دیگر از فقیهان شیعه نیز که به منحصر پنداشتن چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه، باوری راسخ دارد ظاهراً به استناد عبارت: «أَنْتَ فِي حِلٍّ مِمَّا لِأَخَوْتِي وَ أَخَوَاتِي وَ أَنَا ضَامِنٌ لِرِضَاهُمْ عَنْكَ؟ قَالَ: يَكُونُ فِي سَعَةِ مِنْ ذَلِكَ وَ حِلٌّ؛ قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يُعْطِهِمْ؟ قَالَ: كَانَ ذَلِكَ فِي عُقْبِهِ» که پیش از عبارت: «قُلْتُ: فَإِنْ رَجَعَ الْوَرِثَةُ عَلَيَّ فَقَالُوا: أَعْطِنَا حَقَّنَا؟ فَقَالَ: لَهُمْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الظَّاهِرِ» ابراز می گردد، موثقه حسن بن جهم را در بیان انحصار چستی ضمان در نقل ذمه به ذمه، صریح می داند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶/۲۱).

اگرچه روایات موجود ابواب ضمان، در انتقال حق از ذمه ای به ذمه دیگر ظهور دارند، لیکن همان گونه که محقق اردبیلی و صاحب مفتاح الکرامه اذعان می نمایند این روایات، تنها از ضمان دیون و نه مطلق ضمان، سخن می گویند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۸/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۱۲/۱۶)؛ افزون بر این، از هیچ یک از این دسته روایات، حصر چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه، به دست نمی آید (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۵۲/۲).

به گواهی تاریخ ادبیات فقه شیعه، فقیهان شیعه همواره در نوشته های فقهی خود، ضمان را تعهدی معرفی می کنند که نقل ذمه به ذمه را در پی دارد؛ این رویه در ادبیات مکتوب همه مکاتب و مسالک فقهی شیعه مشاهده می شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۴/۳-۳۱۵؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۶۱؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۸۰؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۳۱۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۷۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۵۸/۲؛ ۱۴۱۴: ۳۳۵/۱۴؛ ۱۴۱۰: ۱۱۹/۴-۱۲۱؛ قطان حلی، المحققین، ۱۳۸۷: ۸۱/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۴؛ ۱۴۱۰: ۱۱۹/۴-۱۲۱؛ قطان حلی، ۱۴۲۴: ۸۳۷/۱؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۱۸۷/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۵۲۲/۲؛ صیمری، ۱۴۲۰: ۱۹۵/۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۸۹/۹؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۴۵/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۵/۲۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۴۸/۱۶؛ طباطبائی مجاهد، بی تا: ۱۳۲-۱۳۳؛ نجفی، بی تا: ۱۲۷/۲۶) و به نظر می رسد از اینرو است که شماری از دانشیان فقه شیعه از اجماع، وفاق و عدم خلاف، درباره ماهیت انتقالی بودن ضمان سخن می گویند (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۶۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۷۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۴۲/۱۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۸۲/۴؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۸۹/۹؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۴۵/۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۸/۱۶؛ نجفی، بی تا: ۱۲۷/۲۶) و گاه، آن را از ضروریات فقه شیعه می - پندارند (نجفی، بی تا: ۱۲۷/۲۶).

با این همه، در بخشی از میراث مکتوب فقه شیعه، عباراتی به چشم می خورد که با ظهور خویش، این واقعیت را نمایان می سازد که در فقه شیعه، باور به انضمامی بودن ضمان، پیشینه ای به سابقه باورمندی به انتقالی بودن ضمان دارد.

شیخ طوسی در المبسوط، پس از این که بیان می نماید ضمان، دین را از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن انتقال می دهد و مضمون له نمی تواند برای دریافت حق خویش به کسی جز ضامن مراجعه کند، چنین می نویسد: «قال قوم: له أن يطالب أيهما شاء من الضامن والمضمون عنه» (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۲۳/۲). ظاهر این عبارت وی، از وجود گروهی از فقیهان شیعه گزارش می دهد که چیستی ضمان را انضمامی می دانند. از آنجا که شیخ طوسی در این بخش از مباحث کتاب المبسوط، نه به دیدگاه اهل سنت می پردازد و نه در کلام خود، قرینه ای ناظر به دیدگاه اهل سنت به کار می برد، نمی توان در عبارت منقول از وی، واژه «قوم» را به فقیهان اهل سنت تفسیر کرد. این حمزه در کتاب الوسیله، پس از اظهار انتقالی بودن ضمان، در سخن از اقسام ضمان می نویسد: «ینقسم قسمین آخرین: ضمان انفراد و ضمان اشتراک؛ فضمن الانفراد، ضمان جماعه عن واحد و یکون للمضمون له الخيار فی مطالبه المال من أيهم شاء علی الانفراد و علی الاجتماع؛ و ضمان الاشتراک بالعکس من ذلک» (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۸۱).

اندک التفات در تعریفی که ابن حمزه برای ضمان انفراد بیان می دارد، ظهور این تعریف را در ضم ذمه به ذمه بودن ماهیت ضمان انفراد، آشکار می سازد. بیان این تعریف برای ضمان انفراد، در کنار پرهیز از سخن راندن در مخالفت و بطلان ضمان انفراد، از این واقعیت حکایت می کند که ظاهراً ابن حمزه و برخی از فقیهان شیعه که پیش از ابن حمزه و یا همزمان با وی می زیستند، چیستی ضمان را اعم از نقل ذمه و ضم ذمه به ذمه می دانستند.

متونی فقهی که از ضمان انفراد و اشتراک نام می برند و یا به بازگویی تعریف ابن حمزه از ضمان انفراد روی می نهند، شمارگانی کمتر از انگشتان دست هستند که البته برخی از این نوشته ها بدون انتقاد از سخن ابن حمزه، با زیر ساخت قرار دادن دیدگاه مشهور، به تأویل تعریف وی از ضمان انفراد اهتمام می ورزد (علامة حلّی، ۱۴۱۳:

۴۶۶/۵)، تا سخن و باور فقیهانی همانند او را با دیدگاهی هماهنگ نشان دهند که چستی ضمان را به نقل ذمه به ذمه، محصور می‌پندارند. شاید بر اثر اقبال فقیهان شیعه به تأویل مذکور است که ادبیات فقه شیعه، خود را از بحث درباره ضمان انفراد، چندان برخوردار نمی‌یابد و معدود اشاره کنندگان به ضمان انفراد و تعریفی که ابن حمزه برای آن ابراز می‌دارد، از نقد و تحلیل تعریف وی، دوری می‌جویند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۶۹/۱۶؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۳۰: ۱۸۴/۱۳).

پیشینه باور به اعم از انتقالی و انضمامی بودن چستی ضمان، تنها از ظاهر عبارات منقول از کتاب های المبسوط و الوسيله به دست نمی‌آید؛ فخر المحققین از فقیهان مکتب حله نیز در کتاب إیضاح الفوائد، عبارتی به کار می‌برد که از این پیشینه، خبر می‌دهد. وی، در آغازینه بحث ضمان می‌نویسد: «عَرَّفَ جَمْهُورُ الْأَصْحَابِ الضَّمَانَ بِأَنَّهُ نَقْلُ الْمَالِ مِنْ ذِمَّةِ إِلَى ذِمَّةٍ وَعَرَّفَهُ آخِرُونَ بِأَنَّهُ ضَمٌّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ؛ فَعَلَى الْأَوَّلِ يَبْرَأُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ وَعَلَى الثَّانِي لَا، بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمَضْمُونُ لَهُ فِي الرَّجُوعِ عَلَيَّ مِنْ شَاءِ مِنْهُمَا وَ لَا يَطْرُدُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْعَهْدِ ضَمٌّ عِنْدَهُمْ أَيْضًا» (فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۸۰/۲-۸۱). چنان که از ظاهر عبارت فخر المحققین نمایان است وی، جمهور فقهای امامیه را به انتقالی دانستن چستی ضمان، و غیر جمهور فقیهان شیعه را به انضمامی شمردن آن، باورمند می‌خواند و بدین بیان، از وجود پیشینه باور به انضمامی بودن ضمان در فقه شیعه پرده بر می‌دارد؛ این که فقیهان شیعه پیرو انضمامی بودن ضمان، در تاریخ فقه شیعه، نام آشنا نیستند و نوشته‌ای از آنان در حوزه ادبیات مکتوب فقه شیعه، مشهود نیست شاید از پرهیز توجه اتهام به موافقت با عامه و مخالفت با اصول مذهب امامیه تأثیر می‌گیرد.

این پندار که شاید فخر المحققین، از واژه «آخرون»، فقیهان اهل سنت را قصد می‌کند، به هیچ رو مانع از این نیست که نتوان از عبارت مذکور، وجود پیشینه باور به انضمامی بودن چستی ضمان را در فقه شیعه استنباط کرد؛ چه آن که ترکیب واژگانی: «جمهور الأصحاب» به برکت ظهور خویش، فقیهان شیعه را به دو دسته جمهور و غیر

جمهور بخش پذیر می سازد؛ جمهوری که به انتقالی بودن ضمان، باورمند است و غیر جمهوری که به انضمامی بودن آن می گراید. اگر واقعاً تا زمان فخر المحققین، همه فقیهان شیعه، درباره چستی ضمان، یک گونه می اندیشدند و فقه شیعه از وجود باور به انضمامی دانستن چستی ضمان، به دور بود بی تردید، فخر المحققین از استعمال ترکیب هایی واژگانی همانند: عندنا، عند أصحابنا، أصحاب الإمامیه و ...، به جای ترکیب واژگانی: «جمهور الأصحاب» دریغ نمی ورزید، تا سخن او در این معنا ظهور یابد که تا زمان وی، انتقالی دانستن چستی ضمان، باور همه فقیهان شیعه است و همچنین، امکان تفسیر واژه «آخرون» به فقیهان اهل سنت از ایراد فقدان قرینه، مصون ماند.

فخر المحققین در پی بیان باور های موجود درباره چستی ضمان، با نگارش عبارت: «و لا یطرد الأول؛ لأن ضمان العهده ضمّ عندهم أيضاً» به عدم اطراد انتقالی بودن ضمان، اذعان داشته و به این واقعیت تصریح می کند که حتی جمهور فقیهان شیعه نیز در برخی موارد، از انضمامی بودن چستی ضمان سخن می رانند و بدین سخن، وجود تمایل به اعمّ از انتقالی و انضمامی شمردن چستی ضمان را نمایان می - سازد؛ تمایلی که برخی دیگر از دانشیان فقه شیعه نیز از اذعان به آن، پرهیز ندارند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۸/۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۱۲/۱۶؛ طباطبائی مجاهد، بی تا: ۱۳۲).

آشکار تر از کلام فخر المحققین، این عبارت سیوری (فاضل مقداد) در کتاب التنیح الرائع است: «قال الجمهور: إنّ الضمان ضمّ ذمه الضامن إلى ذمه المضمون عنه، فيجوز له حينئذ مطالبه أيهما شاء. و قال أكثر أصحابنا: بأنّه نقل المال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، فليس للمضمون له مطالبه المضمون عنه» (سیوری، ۱۴۰۴: ۱۸۷-۱۸۶/۲).

سیوری، با استعمال ترکیب واژگانی «أكثر أصحابنا»، فقیهان شیعه را به اکثریت باورمند به انتقالی بودن ضمان و اقلیت معتقد به انضمامی بودن آن تقسیم کرده و بدین بیان، از پیشینه باورمندی به انضمامی دانستن چیستی ضمان در فقه شیعه گزارش می دهد.

ادبیات مکتوب فقه شیعه، محقق اردبیلی را فقیه دیگری می شناسد که تمایل شمول گرایانه خود را نسبت به چیستی ضمان پنهان نمی دارد و به صراحت، بیان می نماید که حصر چیستی ضمان به نقل ذمه به ذمه، فاقد دلیل است (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۸/۹)؛ اظهارنظری که برخی از فقیهان پس از وی را به پیروی از او بر می - انگیزاند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۱۲/۱۶). صاحب المناهل، ناقل بودن را به ضمان دیون و حقوق مالی مستقر در ذمم محصور می داند و به نقادی دیدگاه مشهور درباره چیستی ضمان می پردازد (طباطبائی مجاهد، بی تا: ۱۳۲-۱۳۳).

به نظر می رسد که پرهیز از توجه اتهام موافقت با عامه و مخالفت با مذهب امامیه به دانشیان مذکور، مشاهده همراهی آنان با مشهور در برخی از تفریعات فقهی، و باور همگانی فقیهان شیعه به این که ضمان در برخی از اشکال خود، به طور مسلم، ناقل به شمار نمی آید می تواند مجموعه گمانه هایی باشد که ادبیات مکتوب فقه شیعه را از اظهارنظر در برابر تمایل شمول گرایانه فقیهان مذکور، به سکوت وادار می کند.

پس از گذشت مدت زمانی نه اندک، محقق یزدی، با تصریح به صحت انضمامی دانستن ضمان، چیستی ضمان را اعم از نقل ذمه و ضم ذمه به ذمه معرفی می کند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۱۱/۵ و ۴۳۷؛ ۱۴۱۵: ۲۵۲/۲)؛ باوری که هرچند برخی از دانشیان فقه را با وی همراه می گرداند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۳۴/۲۰)، ولی به شدت، مورد انتقاد شمار فراوانی از فقیهان قرار می دهد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۵/۴ و ۴۲۷).

اگر در همسویی با مشهور فقیهان شیعه، این واقعیت نادیده انگاشته شود که تاریخ ادبیات فقه شیعه، فقیهان نام آشنا و نام ناآشنایی را پیش از محقق یزدی معرفی می کند

که چستی ضمان را به نقل ذمه به ذمه محصور نمی دارند و چستی آن را اعم از انتقالی و انضمامی می دانند، بررسی نوشته های فقهی پیروان مشهور، اذعان به این واقعیت را گریز ناپذیر می سازد که در فقه شیعه، تجویز انضمامی بودن ضمان، نه تنها از پیشینه دیرینی برخوردار است، بلکه امری مسلم بشمار می آید. به نظر می رسد محقق یزدی نیز به همین استناد، باور خویش را درباره چستی ضمان، تبیین و تنظیم می کند. ادبیات مکتوب فقه شیعه، ضمان اعیان و ضمان عهده را از بارزترین مواردی معرفی می کند که به وضوح، به پیشینه و پذیرش انضمامی بودن ضمان در فقه شیعه گواهی می دهند؛ چه این که بسیاری از دانشیان فقه شیعه، به ضم ذمه به ذمه بودن ضمان در اعیان مضمونه و ضمان عهده تصریح کرده و از جواز مراجعه مضمون له به هریک از ضامن و مضمون عنه سخن می گویند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳۶/۱۴؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۸۱/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۹۵/۴؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۱۸۷/۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۸-۲۹۷/۹؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۴۵/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۳/۲۱؛ طباطبائی مجاهد، بی تا: ۱۳۹، ۱۳۲؛ نجفی، بی تا: ۱۴۰/۲۶-۱۴۱).

این که چرا ادبیات فقه شیعه، با وجود برخورداری از چنان میراث فقهی، از اذعان به شمول چستی ضمان به اعم از نقل و ضم ذمه، خویشتن داری می کند شاید بتوان در مجموعه گمانه های پرهیز از مخالفت با مشهور، دوری جستن از توجه اتهام موافقت با عامه و مخالفت با مذهب امامیه، اهتمام به ظاهر روایات باب ضمان و تفسیر مضیق حصرگرایانه از آنها، فقدان نصی عام و صریح دال بر تأیید و مشروعیت انضمامی بودن ضمان جست (نجفی، بی تا: ۱۴۰/۲۶؛ خوئی، ۱۴۰۹: ۴۱۱/۱؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷: ۳۸۸/۲۸).

### ۳- دیدگاه ها

بررسی ادبیات مکتوب فقه شیعه، وجود دو دیدگاه متفاوت را درباره چستی ضمان، بین فقیهان شیعه گزارش می دهد:

### ۳-۱- دیدگاه حصر چیستی ضمان به نقل ذمه به ذمه

از دیر باز تا کنون، نویسندگان متون فقه شیعه به هنگام تعریف ضمان، چیستی آن را نقل ذمه به ذمه بیان می نمایند (طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۳۱۴-۳۱۵؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۶۱؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۸۰؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۳۱۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۷۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲/۵۵۸؛ ۱۴۱۴: ۱۴/۳۳۵؛ ۱۴۱۰: ۱/۴۰۱؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۲/۸۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴/۱۷۱؛ ۴/۱۴۱۰-۱۱۹-۱۲۱؛ قطان حلی، ۱۴۲۴: ۱/۸۳۷؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۲/۱۸۷؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲/۵۲۲؛ صیمری، ۱۴۲۰: ۲/۱۹۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۹؛ فیض کاشانی، بی تا: ۳/۱۴۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۱۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۳۴۸؛ طباطبائی مجاهد، بی تا: ۱۳۲-۱۳۳؛ نجفی، بی تا: ۲۶/۱۲۷)؛ از اینرو، ادبیات فقه شیعه دیدگاه حصر چیستی ضمان را به انتقالی بودن، به نام مشهور می شناسد.

### ۳-۲- دیدگاه شمول گرای چیستی ضمان به اعم از نقل و ضم ذمه

ادبیات فقه شیعه، در مقابل دیدگاه حصر گرایانه منسوب به مشهور، از دیدگاه شمول گرایانه ای گزارش می دهد که چیستی ضمان را اعم از نقل ذمه و ضم ذمه می داند.

به باور دانشیان فقه پیرو دیدگاه اخیر، ضمان، تعهد و التزام به مال یا نفس است که می تواند به هر یک از دو صورت نقل ذمه و ضم ذمه، تحقق یابد. این که ایقاع ضمان، نقل ذمه یا ضم ذمه را در پی دارد، به اراده و قصد دو طرف معامله ضمان، وابسته است.

این فقیهان، بر خلاف نظر مشهور، مستفاد از روایات ضمان را حصر نقل ذین از ذمه مدین به ذمه ضامن و برائت ذمه مدین نمی پندارند. ضم ذمه به ذمه را نه تنها امری معقول و ممکن می شمارند، بلکه مقبولیت و وقوع خارجی آن را در گستره فقه شیعه، امری دیرین می دانند. تفاوتی بین نقل ذمه و ضم ذمه نمی بینند و به تجویز و اعتبار یکسان این هر دو در هر عقدی - اعم از معین و غیر معین - روی می آورند که عرفاً

بتوان آن را ضمان نامید (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۳۹۹/۵، ۴۲۷-۴۰۸، ۴۲۶-۴۰۴، ۴۳۷-۴۳۵، ۴۴۲؛ همو؛ ۱۴۱۵: ۲/۲۵۲).

گاه در برخی از نوشته های فقهی پیروان دیدگاه شمول گرایی چستی ضمان، واژه «مصطلح» برای انتقالی بودن ضمان، و ترکیب واژگانی «غیر مصطلح» برای انضمامی بودن ضمان، جعل و به کار می رود (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵: ۲/۲۵۲).

#### ۴- مبانی دیدگاه ها

بررسی نوشته های فقهی پیروان دو دیدگاه حصر گرایی و شمول گرایی چستی ضمان، به وضوح این واقعیت را آشکار می سازد که فقیهان پیرو هر دو دیدگاه، در پذیرش انتقالی بودن چستی ضمان با یکدیگر اتفاق نظر دارند. اختلاف بین دو دیدگاه، تنها درباره حصری است که مشهور، مدعی آن است. دانشیان فقه پیرو دیدگاه شمول گرایی چستی ضمان، به هنگام استدلال برای اثبات دیدگاه خویش و نقد دستاویز های دیدگاه حصر گرایانه مشهور، هیچگاه، نقل ذمه به ذمه بودن چستی ضمان را نفی نکرده و به انکار آن روی نمی نهند، بلکه تمام اهمیت خویش را بر این مهم، بذل می دارند که نادرستی حصر چستی ضمان را به نقل ذمه به ذمه، آشکار سازند؛ بنابراین، کانون اهتمام استدلال هر دو دیدگاه، اثبات یا نفی حصر چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه است؛ نه خود نقل ذمه به ذمه بودن ضمان.

از اینرو، در این مجال، تنها از آن دسته از دلایل دیدگاه حصر گرایی چستی ضمان، سخن می رود که پیروان این دیدگاه، نوعاً و عمدتاً در نوشته های فقهی خود، برای اثبات حصر چستی ضمان به انتقالی بودن، به آنها دست می یازند. آنگاه در ادامه، ادله ای بیان می شود که پیروان دیدگاه شمول گرایی چستی ضمان، به کفایت آنها برای اثبات صحّت انضمامی بودن ضمان و در نتیجه، شمول چستی ضمان به اعمّ از نقل و ضمّ ذمه باور دارند.

#### ۴-۱- دلایل دیدگاه حصر چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه

بررسی ادبیات فقه شیعه، وجوه زیر را عمده ترین دلایلی معرفی می کند که پیروان دیدگاه مشهور، برای اثبات حصر چیستی ضمان به انتقالی بودن، به آنها دست می یازند:

### ۱-۴-۱- اجماع و نقد آن

اجماع، اتفاق اصحاب، وفاق و عدم خلاف، از مهم ترین و عمده ترین دستاویز هایی است که فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، از آن برای اثبات حصر چیستی ضمان به نقل ذمه به ذمه، سخن می رانند (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۶۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۷۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۴۲/۱۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۸۲/۴؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۸۹/۹؛ فیض کاشانی، بی تا: ۱۴۵/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶/۲۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۸/۱۶؛ طباطبائی حائری، ۱۴۱۸: ۲۶۸/۹؛ نجفی، بی تا: ۱۲۷/۲۶). گاه، برخی از پیروان این دیدگاه، به ادعای اجماع محصل و منقول بسنده نکرده و تا آنجا پیش می روند که ناقل بودن چیستی ضمان را از ضروریات فقه شیعه می پندارند (نجفی، بی تا: ۱۲۷/۲۶). استدلال به اجماع، از چند جهت دارای اشکال است: نخست این که اندک التفتات به مطالب بیان شده در بخش پیشینه شناسی، اذعان به وجود اختلاف و عدم وقوع اجماع را گریز ناپذیر می سازد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۴/۵؛ ۱۴۱۵: ۲۵۲/۲؛ ثانیاً، توجه به دیگر وجوه استنادی پیروان دیدگاه حصر گرایی، مجالی برای انکار مدرکی بودن اجماع مذکور باقی نمی گذارد؛ و ثالثاً، ادبیات فقه شیعه، تنها از ادعای اجماع بر صرف نقل ذمه به ذمه بودن چیستی ضمان گزارش می دهد و نه حصر چیستی ضمان در انتقالی بودن؛ چنان که هیچ نگاشته ای را معرفی نمی کند که از ادعای اجماع بر بطلان ضم ذمه به ذمه بودن چیستی ضمان سخن گوید.

### ۲-۴-۱- روایات و نقد آن

روایات باب ضمان، دستاویز دیگری است که پیروان دیدگاه حصر چیستی ضمان در نقل ذمه به ذمه، برای اثبات ادعای خود بدان تمسک می جویند. فقیهان پیرو دیدگاه حصر گرایی بیان می دارند که این روایات، با ظهور خویش، به وضوح به نقل

ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن و براءت ذمه مضمون عنه در پی اشتغال ذمه ضامن، دلالت می کنند (طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۳۱۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۳۴۲-۳۴۳؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۲/۱۸۷؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۱۶؛ طباطبائی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۲۶۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۴۳۸؛ طباطبائی مجاهد، بی تا: ۱۲۲-۱۲۳).

دست یازیدن به روایات باب ضمان نیز توانایی اثبات ادعای حصر چستی ضمان را به نقل ذمه به ذمه ندارد؛ زیرا همانگونه که نمی توان این واقعیت را کتمان کرد که روایات باب ضمان از انتقال ذمه مضمون عنه و براءت وی سخن می گوید، نمی توان از اذعان به این واقعیت نیز روی برتافت که روایات مذکور، حکم مطلق ضمان را بیان نمی کند و از هیچ یک از آنها حصر چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه، به دست نمی آید (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۹۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۴۱۲؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵: ۲/۲۵۲)؛ فقدان أدات و یا هیأت افاده کننده حصر در روایات باب ضمان، خود به روشنی نمایانگر واقعیت مذکور است.

### ۳-۱-۴- عدم امکان عقلی ضم ذمه به ذمه و نقد آن

عدم امکان عقلی انضمامی بودن چستی ضمان، استدلال دیگری است که پیروان دیدگاه حصر گرایی برای اثبات ادعای خود بیان می دارند؛ بدین توضیح که وجود واحد نمی تواند در دو محلّ حلول کند؛ چه این که حلول وجود واحد در دو محلّ، تناقض را در پی دارد؛ از اینرو، عقل اشتغال دو یا چند ذمه را به مال واحد، غیر قابل تصور می شمارد؛ چه این که دین واحد، دارای محلّ واحد است و ضمّ ذمه به ذمه و اشتغال چند ذمه به مال و دین واحد، مستلزم این است که مال و دین واحد، بر دو ذمه و دو محلّ استقرار یابد و استقرار مال و دین واحد بر دو ذمه و دو محلّ، یعنی تعدّد دین واحد؛ همان تناقضی که عقل به جهت آن از اشتغال چند ذمه بر مال واحد، گریزان است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۳۴۳).

به گواهی تاریخ ادبیات فقه شیعه، ظاهراً نخستین بار علامه حلی، این استدلال را که از نگاه عقل گرایانه به مباحث فقهی تأثیر می گیرد، برای عدم امکان انضمامی بودن چیستی ضمان بیان می دارد. هر چند تا مدت ها فقیهان پس از وی، چندان به استدلال وی، اقبالی نشان نمی دهند، اما این استدلال چند سده دیر تر، نوشته های فقهی دانشیان فقه شیعه را به خود معطوف می سازد؛ چنان که فقیهان سدهی اخیر به تقریر آن می پردازند (طباطبائی حکیم، ۱۴۳۰: ۱۸۵/۱۳ و ۱۶۰ و ۲۰۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۳/۲۰).

این که چرا تا مدت ها فقیهان شیعه از پرداختن به استدلال علامه حلی روی بر می گردانند، شاید بتوان در نمایان بودن مغالطه خلط بین وجود واقعی و وجود اعتباری در استدلال مذکور و نیز در این واقعیت جست که در فقه شیعه، اشتغال ذمه های متعدّد به امر واحد، دارای پیشینه است (طباطبائی حکیم، ۱۴۳۰: ۱۸۵/۱۳).

حضور مواردی همانند تعاقب ایادی و واجبات کفایی در فهرست مباحث فقه شیعه، نه تنها فقدان منع عقلی اشتغال چند ذمه را به مال واحد، به اثبات می رساند بلکه وقوع خارجی و وجود پیشینه اشتغال چند ذمه را به امری واحد، در فقه شیعه آشکار می سازد؛ واقعیتی که توأمان، جواز و صحّت انضمامی بودن چیستی ضمان و نادرستی سخن راندن از عدم امکان عقلی انضمامی بودن چیستی ضمان را نمایان می دارد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۵۲/۲).

## ۲-۴- دلایل دیدگاه شمول گرایی چیستی ضمان به اعمّ از نقل و ضمّ ذمه

فقیهانی که از شمول چیستی ضمان به اعمّ از انتقالی و انضمامی بودن سخن می رانند، در کنار توسّل به نقد دلایل دیدگاه مشهور و نمایان ساختن عدم کفایت آنها، به بیان دلایل صحّت ضمّ به ضم بودن ضمان، روی می نهند و به دو شیوه مذکور، به اثبات دیدگاه خویش اهتمام ورزیده و دیدگاه حصر چیستی ضمان را به نقل ذمه به ذمه، نادرست و فاقد دلیل می خوانند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۴۲/۵).

با توجه به این که پیش از این، به هنگام سخن از مستندات دیدگاه مشهور، نقد هایی بیان شد که دانشیان فقه باورمند به شمول چستی ضمان به اعمّ از نقل و ضمّ ذمه، بر دستاویز های دیدگاه حصر چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه روا می دارند، اکنون تنها از دلایلی سخن می رود که فقیهان شمول گرا آنها را برای اثبات صحّت ضمّ ذمه به ذمه بودن چستی ضمان، ارائه می دهند:

### ۱-۲-۴- صدق عنوان ضمان و نقد آن

صدق عنوان ضمان، بر ضمانی که به ضمّ ذمه به ذمه می گراید دلیل صحّت ضمّ ذمه به ذمه بودن چستی ضمان است (همو: ۴۰۴/۵ و ۴۰۸)؛ چه این که عنوان ضمان همانند دیگر عناوین عقود و ایقاعات، از مفاهیم عرفی است و تا هنگامی که شارع با این مفاهیم عرفی مخالفت نرزد، تحقّق عقود و ایقاعات بر مدار صدق عرفی می چرخد و بسی هویداست که عرف، بر ضمانی که به ضمّ ذمه به ذمه می گراید، عنوان ضمان را صادق می داند و همین صدق عنوان ضمان، آن را در شمول ادله صحّت ضمان قرار می دهد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۰/۲۰ و ۲۸۳).

برخی از دانشیان فقه شیعه گاه می کوشند با تشکیک در حقیقت عرفی بودن ضمان (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۳۷/۵) عرف را در این میدان، فاقد صلاحیت خوانده و رجوع به آن را ممنوع شمارند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۴/۲۱) تا در صورت عدم امکان منع از صدق عرفی ضمان، بر ضمانی که به ضمّ ذمه به ذمه می گراید، ضمان عرفی را از محلّ بحث بیرون دارند و عدم کفایت صدق عرفی ضمان را برای تجویز ضمّ ذمه به ذمه بودن چستی ضمان، نمایان سازند.

و دیگر گاه، با بیان این سخن که نزد عرف و عقلاء، در برابر ضمانی که بین مشهور دانشیان فقه شیعه معهود است معامله مجعول دیگری وجود ندارد، به یکسان نمایاندن حقیقت عرفی ضمان با چستی ضمانی اهتمام می ورزند که نزد مشهور فقیهان شیعه معهود است، تا از صدق عرفی ضمان، بر ضمانی باز دارند که به ضمّ ذمه به ذمه

می‌گراید و در نتیجه، آن را از شمول ادله صحّت ضمان خارج سازند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۱۱/۵)؛ چنان که برخی دیگر از دانشیان فقه شیعه، با روی نهادن به تفسیر تزییعی موضوع ادله صحّت ضمان، به ضمان معهود نزد مشهور فقیهان شیعه، همین نتیجه را می‌جویند (خوئی، ۱۴۰۹: ۴۰۵/۱).

با این همه، همانگونه که از بررسی آیات و روایات فقهی نمایان است ضمان، معامله‌ای نیست که شارع، به تأسیس آن دست یازیده و تعریفی برای آن بیان داشته باشد؛ از اینرو، امضائی بودن نهاد فقهی ضمان، حقیقت عرفی آن را انکار ناپذیر می‌سازد؛ چنان که درنگ در ارتکاز و سیره عرف و عقلاء، این واقعیت را آشکار می‌نماید که نزد عرف و عقلاء، ضمان، تعهدی مالی است که به دو صورت ضم ذمه و نقل ذمه انعقاد می‌یابد. با این واقعیت، دیگر نمی‌توان ضمانی را که به ضم ذمه به ذمه می‌گراید، از صدق عرفی عنوان ضمان به دور داشت و به صرف این که نزد مشهور فقیهان شیعه، ضمان غالباً به معنای نقل ذمه استعمال می‌شود، حقیقت ضمان را از ضم ذمه بودن، به دور انگاشت و آن را از دایره شمول عمومات صحّت ضمان، بیرون پنداشت.

افزون بر این، صدق عرفی عنوان ضمان، بر ضمانی که به ضم ذمه به ذمه می‌گراید، واقعیتی است که بسیاری از دانشیان فقه شیعه در سده‌های مختلف به آن اذعان می‌نمایند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۴/۹؛ طباطبائی مجاهد، بی تا: ۱۳۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۰/۲۰ و ۲۸۱)؛ چنان که حقیقت عرفی بودن ضمان نیز واقعیت دیگری است که پیروان مشهور هم از بیان آن روی بر نمی‌گردانند (خوئی، ۱۴۰۹: ۳۰۳/۱؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷: ۳۷۰/۲۸).

## ۲-۲-۴- شمول عمومات صحّت و لزوم عقود و ایقاعات و نقد آن

شمول عمومات صحّت و لزوم عقود و ایقاعات همانند «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» نسبت به ضمانی که ضم ذمه به ذمه، چستی آن را سامان می‌دهد دلیل دیگری است که فقیهان شمول گرا، برای جواز انضمامی بودن چستی ضمان بیان می‌

دارند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۰۴/۵ و ۴۰۸ و ۴۱۱ و ۴۳۶-۴۳۷؛ همو، ۱۴۱۵: ۲/۲۵۲)؛ بدین توضیح که چون عرف، ضمان را تعهدی مالی می داند که به دو صورت ضمّ ذمه و نقل ذمه انعقاد می یابد و بدین جهت، ضمان به معنای ضمّ ذمه را همانند ضمان به معنای نقل ذمه، از عقود و عقود به شمار می آورد نمی توان در صدق عنوان عقد و عهد بر ضمان به معنای ضمّ ذمه، تردیدی روا داشت و بسی بدیهی است که اطلاعات و عموماً صحّت و لزوم عقود و ایقاعات، بر صحّت و لزوم هر عمل فقهی حقوقی دلالت می کند که عرفاً عنوان عقد و عهد بر آن صادق است؛ از اینرو، نمی توان در صحّت ضمانی تردید روا داشت که به ضمّ ذمه به ذمه می گراید (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۰/۲۸۳).

برخی از دانشیان فقه شیعه می پندارند: ضمانی که به ضمّ ذمه به ذمه می گراید در دایره شمول عموماً صحّت و لزوم عقود و ایقاعات جای نمی گیرد و در نتیجه، نمی توان برای تجویز ضمّ ذمه به ذمه بودن چستی ضمان، به این عموماً استدلال آورد؛ چه این که عموم «أوفوا بالعقود» بر وجوب وفای به هر عقدی - حسب مقتضای آن عقد - دلالت می کند و مقتضای ضمان نیز نقل ذمه به ذمه می باشد (نجفی، بی تا: ۱۴۰/۲۶)؛ از اینرو، نمی توان برای تصحیح ضمانی که ضمّ ذمه به ذمه، چستی آن را سامان می دهد، عموماً مذکور را دستاویز ساخت و از ضمّ ذمه به ذمه بودن چستی ضمان، سخن راند.

التفات به واقعیتی که پیش از این درباره شمول حقیقت عرفی ضمان نسبت به ضمّ ذمه به ذمه بیان گردید، انحصار مقتضای ضمان را به نقل ذمه به ذمه، فاقد دلیل و منتفی می سازد؛ از اینرو، می توان گفت که دست یازیدن به تفسیر مضیق از چستی ضمان، برای نقد شمول عموماً نسبت به ضمانی که به ضمّ ذمه به ذمه می گراید، مصادره به مطلوب را تداعی می کند.

برخی دیگر از فقیهان شیعه، خروج ضمان انضمامی را از شمول عموماً صحت و لزوم عقود و ایقاعات، چنین توجیه می کنند که عنوان تجارت، بر اشتغال مجانی و بدون عوض ذمه ضامن، منطبق نیست و امر وفای به عقود نیز آن را در بر نمی گیرد؛ چه این که عقد، ربط التزام دو طرف قرارداد است؛ از اینرو، نمی توان عنوان عقد را بر معامله ای صادق دانست که در آن، التزام، تنها متوجه یکی از دو طرف معامله است؛ چه این که درست پنداشتن اطلاق عنوان عقد بر التزام واحد، پذیرش صدق عنوان عقد را در غیر موارد ذین، همانند التزام ابتدائی، در پی دارد؛ در حالی که چنین کاربردی باطل است و مطلقاً هیچ یک از فقیهان شیعه از صحت چنین استعمالی سخن نمی گوید.

همچنین، اشتغال ذمه، امر اختیاری مکلف نیست که وی بتواند وقوع آن را به هر طوری اراده کند، بلکه تحقق اشتغال ذمه، تنها به تحقق اسباب خاصی همانند تجارت، استیلاء، اتلاف و شرط، وابسته است (خوئی، ۱۴۰۹: ۴۱۱/۱).

واقعیت این است که غالباً در معاملات مدنی، ضمان، اقدامی محسنانه است که در پی اراده ضامن و مضمون له، ذمه ضامن مجاناً و بدون عوض، برای مضمون له مشغول می گردد؛ از اینرو، ضمان، تنها التزام ضامن را در برابر مضمون له در بر دارد. التفات به واقعیت مذکور در کنار توجه به ظاهر عبارات فقیهانی که توجیه مذکور را برای خروج ضمان انضمامی از شمول عموماً صحت و لزوم عقود و ایقاعات بیان می دارند، نتایج زیر را پیش روی می نهد:

(۱) معامله ضمان به جهت ویژگی مجانی بودن آن، از شمول عنوان تجارت بیرون می باشد.

اگرچه، امروزه می توان به جهت مجانی بودن ضمانی که در غالب معاملات مدنی انعقاد می یابد، خروج آن را از شمول عنوان تجارت پذیرفت، لیکن چگونه می توان با توجه به فراوانی انعقاد ضمان با ماهیت ضم ذمه و یا نقل ذمه در غالب معاملات

تجاری اشخاص حقوقی و شرکت های تجاری، بُعد تجاری آن را نادیده انگاشت؛ آن را مجانی پنداشت و از شمول عنوان تجارت بیرون داشت.

۲) به دلیل التزام یک سویه بودن ضمان، صدق عنوان عقد بر آن نارواست و از اینرو، ضمان از دایره شمول عمومات عقود خارج می شود.

گذشته از این که عمومات صحّت و لزوم عقود و ایقاعات، به «تجاره عن تراض» و «أوفوا بالعقود»، محصور نیست - تا در صورت عدم همپوشی ضمان با عناوین بیان شده، به خروج ضمان از شمول عمومات، حکم کرد - وابسته داشتن عقد به التزام دو سویه، خود سخنی غیر معهود در ادبیات فقه شیعه به شمار می آید. به گواهی ادبیات فقه شیعه، عقد خواندن معامله به لزوم ایجاب و قبول برای انعقاد و تحقق آن، وابسته است؛ این، واقعیتی است که فقیهان مذکور نیز با آن به مخالفت بر نمی خیزند. همچنین، معیار ساختن التزام و یک سویه شمردن آن در ضمان، پذیرش ایقاع بودن ضمان را در پی دارد، سخنی که فقیهان مذکور آن را پذیرا نیستند؛ چه این که آنان ضمان را عقد می خوانند؛ نه ایقاع (همو: ۳۹۰/۱).

۳) از آنجا که اشتغال ذمه، امری ارادی نیست و تحقق آن به اسبابی خاص، نظیر تجارت، استیلاء، اتلاف و شرط، وابسته است گریزی از انحصار ضمان به ضمان قهری، وجود ندارد.

انکار اثر اراده در تحقق اشتغال ذمه، نه تنها ضمان قراردادی را از دایره عقود معین بیرون می دارد بلکه فرض ایقاع معین خواندن ضمان را نیز منتفی می سازد و در نتیجه، با محصور داشتن ضمان به ضمان قهری، ضمان ارادی را از گستره ادبیات فقه معاملات، خارج می گرداند؛ این، نه سخنی است که ادبیات فقه شیعه آن را برتابد و فقیهان مذکور نیز به آن، التزام جویند.

### ۳-۲-۴- وقوع خارجی در گستره فقه شیعه و نقد آن

وقوع خارجی، از کار سازترین دلایل برای اثبات هر فرضیه ای است. دانشیان فقه پیرو دیدگاه شمول گرایی چیستی ضمان نیز برای تجویز ضمّ ذمه به ذمه بودن چیستی ضمان، از وقوع اشتغال ذمه های متعدّد به امر واحد و ضمّ ذمه به ذمه در احکام تکلیفی و وضعی، سخن رانده و با نام بردن از واجبات کفایی و تعاقب آیادی، استدلال خود را کامل می سازند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵: ۲/۲۵۲).

هرچند مشهور دانشیان فقه شیعه، اشتغال ذمه های متعدّد به واجب واحد را در واجبات کفایی می پذیرد و به ضمّ ذمه به ذمه بودن چیستی ضمان در تعاقب آیادی، اذعان می نماید، لیکن اقلیتی از فقیهان شیعه، اشتغال ذمه های متعدّد را در تعاقب آیادی به ذمه واحد بر می گردانند و به نفی ضمّ ذمه به ذمه می گریند؛ اشتغال ذمه را در تعاقب آیادی، حکم شرعی برآمده از روایت علی الید خوانده و بیان می دارند که در تعاقب آیادی، مال، بر ذمه های متعدّد، ثابت نمی شود و همواره یک ذمه، مشغول است و آن، همان ذمه ای است که بر مال دست می یابد؛ از اینرو، نه اشتغال ذمه های متعدّد مطرح است و نه ضمّ ذمه به ذمه (کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۳۴۱؛ نجفی، بی تا: ۱۱۳/۲۶؛ خوئی، ۱۴۰۹: ۱/۴۴۲).

اندک درنگ در توجیه مذکور، این حقیقت را نمایان می سازد که این توجیه، به ایراد مخالفت با ظاهر روایت علی الید گرفتار است؛ چه این که ظاهر روایت علی الید، اشتغال ذمه را به فردی محدود نمی سازد که بر مال دست می یابد؛ بلکه ظهور عموم علی الید، همه غاصبین را ضامن می شمارد و مالک را نیز صاحب این حقّ می داند که به هر یک از آیادی مراجعه کند (طباطبائی حکیم، ۱۴۳۰: ۱۳/۱۸۴-۱۸۵).

## نتیجه

مطالعه پیشینه انضمامی بودن ضمان در متون و ادبیات فقه شیعه و درنگ در دلایل هر یک از دو دیدگاه حصر گرایی و شمول گرایی چیستی ضمان و بررسی نقد هایی که برای آنها بیان می شود، به وضوح، از این حقیقت پرده بر می دارد که دستاویزهای

دیدگاه حصر چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه، کفایت لازم را برای اثبات این دیدگاه ندارد و در واقع، پرهیز از مخالفت با مشهور و اصرار بر تفسیر تزییقی روایات باب ضمان در کنار التزام به مخالفت با عامه، مجموعه اموری است که گرایش شماری از فقیهان شیعه را بر حصر چستی ضمان به نقل ذمه به ذمه فراهم می سازد.

توجه به توانایی دلایلی که صحت انضمامی بودن ضمان را به اثبات می رساند، پذیرش چستی ضمان را به اعم از نقل و ضم ذمه به ذمه، گریز ناپذیر می سازد؛ از اینرو، باید ضمان را التزام و تعهدی اعم از انتقالی و انضمامی دانست که حسب اراده و یا مقتضای معامله در نقل ذمه به ذمه و یا ضم ذمه به ذمه، ظهور و تعیین می یابد.

بی شک، اذعان به حقیقت مذکور، نه تنها تردیدی نسبت به جواز و صحت ضمان های رایج در روابط نوین اقتصادی جامعه امروزین باقی نمی گذارد، بلکه عدم تناقض ادعایی را بین برخی از مواد قانون مدنی و قانون تجارت نیز آشکار می نماید.

## منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق)، **الوسیله الی نیل الفضیله**، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، **غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق)، **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- محقق اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اشتهاودی، علی پناه (۱۴۱۷ق)، **مدارک العروه**، ج ۲۸، تهران: دار الأسوه.

۳۲۳ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۰ - بهار و تابستان ۹۸

- باقری، احمد (۱۳۹۳)، **مبانی فقهی و حقوقی مشروعیت ضمان دولت در پرداخت خسارت ناشی از کاهش ارزش پول**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۰، ۸۷-۱۱۶.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**، ج ۲۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- سیوری حلی، مقداد بن عبد الله (۱۴۰۴ق)، **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**، ج ۲، قم: کتابخانه آیة الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة**، ج ۴، قم: داورى.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۴، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفة)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **الخلافا**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفة)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۲، تهران: المكتبة المرتضویة.
- صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق)، **غایه المرام فی شرح شرائع السلام**، ج ۲، بیروت: دار الهادی.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل**، ج ۹، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۳۰ق)، **مستمسک العروه الوثقی**، ج ۱۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- طباطبائی مجاهد، سید محمد (بی تا)، **المناهل**، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۵ق)، **سؤال و جواب**، ج ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ق)، **العروه الوثقی (محتسبی)**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، **إرشاد الأذهان إلى أحكام الايمان**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، **تحریر الأحكام**، ج ۲، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، **تذکره الفقهاء**، ج ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **مختلف الشیعه**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق)، **مبانی العروه الوثقی** ج ۱، قم: مدرسه دار العلم - لطفی.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، **إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد**، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن مرتضی (بی تا)، **مفاتیح الشرائع**، ج ۳، قم: کتابخانه آیة الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- قطّان حلی، محمد بن شجاع (۱۴۲۴ق)، **معالم الدین في فقه آل یاسین**، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج ۵، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- کیدری، محمد بن حسین (۱۴۱۶ق)، **إصباح الشیعه بمصباح الشریعه**، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۶ق)، **ملاذ الأخیار في فهم تهذیب الأخبار**، ج ۱۵، قم: کتابخانه آیة الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، **مهذب الأحكام في بیان الحلال و الحرام**، ج ۲۰، قم: مؤسسه المنار.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (بی تا)، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی.