

## بررسی حکم وضعی و تکلیفی دین در عقد ضمان

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۵/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۹/۱۳ اسماعیل نعمت‌الهی\*

### چکیده

از لحاظ فقهی می‌توان دین را به دو عنصر وضعی و تکلیفی تجزیه کرد: اولی به مال بودن دین در ذمه مدیون و دومی به تکلیف مدیون به پرداخت دین اشاره دارد. تجزیه دین به این دو عنصر در برخی از قراردادهای فقهی و حقوقی از جمله عقد ضمان بسیار بارز است. عقد ضمان از دیدگاه فقه امامیه موجب انتقال عنصر وضعی دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌گردد و به تبع، عنصر تکلیفی نیز از عهده مضمون‌عنه زائل و به عهده ضامن انتقال می‌یابد. اما به نظر فقهای اهل سنت، عنصر وضعی دین در ذمه مدیون اصلی باقی است و در نتیجه عقد ضمان، یک عنصر تکلیفی اضافی، یعنی تکلیف به پرداخت دین در عهده ضامن به وجود می‌آید. علاوه بر این، مسائل متعدد دیگری نیز در عقد ضمان یافت می‌شود که در آنها تجزیه این دو عنصر مشهود است؛ از جمله مسئله تعلیق در عقد ضمان را می‌توان به این صورت تحلیل کرد که تعلیق در عنصر وضعی ضمان جایز نیست، اما تعلیق در عنصر تکلیفی مانند معلق کردن پرداخت دین به عدم پرداخت مضمون‌عنه جایز است. در این مقاله، کارکرد تجزیه دین به دو عنصر وضعی و تکلیفی و برخی مصادیق آن در عقد ضمان بررسی می‌شود. جدا کردن این دو عنصر برای فهم و تحلیل بسیاری از مسائل و مشکلات فقهی آن راهگشاست و در برخی موارد ثمرات عملی نیز بر آن مترتب می‌شود.

**واژگان کلیدی:** دین، ضمان، ذمه، عهده، عنصر وضعی، عنصر.

## مقدمه

قبل از ورود به بحث تبیین سه مفهوم دین، ذمه و عهده ضروری است.

دین از لحاظ فقهی مال کلی متعلق به دائن است که در ذمه مدیون قرار دارد (حلی، ۱۳۸۷: ۶۲) و مدیون ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند. وجود مال در ذمه مدیون عنصر وضعی دین است و لزوم پرداخت آن به دائن، عنصر تکلیفی دین.<sup>۱</sup> بدیهی است که متناظر با تکلیف مدیون به رد مال، حق مطالبه آن توسط دائن نیز وجود دارد. به اعتبار حق و تکلیف مذکور، و در نتیجه وجود رابطه بین دائن و مدیون، مفهوم دین به «حق دینی» در اصطلاح حقوق شباهت دارد؛ اما اصطلاح فقهی دین با تعبیر حق دینی یکسان نیست. لذا این سخن که «دین کامل تعهدی است که بر ذمه مدیون به وجود آمده و قابل مطالبه باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۶۹) نمی تواند ماهیت دین را به طور کامل بیان کند و افزودن وصف «کامل» به دین، تأثیر چندانی ندارد.

دین مالی اعتباری است که موطن وجود آن نمی تواند عالم خارج باشد؛ از این رو در فقه برای آن یک ظرف وجود اعتباری در نظر گرفته اند که از آن به ذمه تعبیر می شود.<sup>۲</sup> دین موضوع ضمان می تواند مال یا عمل باشد؛ اما باید از هر گونه قید و بندی که موجب وابستگی آن به مدیون شود، رها باشد تا بتواند توسط دیگران پرداخت یا انجام شود. بنابراین مال قیمی یا عملی که مباشرت آن توسط مدیون شرط گردیده، قابل انتقال به ذمه

۱. بصری، ۱۴۱۳ق: ۵۴۲؛ «و المراد بالدين، المال الذي تشتغل به الذمة اشتغالا وضعياً». آملی، ۱۳۸۰: ۲۱۸. «الدين عبارة عن المال الكلي الثابت في ذمة شخصي لشخصي آخر بسبب من الأسباب ... فهو حكم وضعي ... يتبعه أحكام تكليفية كوجوب أدائه».

۲. رشتی، بی تا: ۱۱. «الذمة بالنسبة الى امور تستقر فيها كالمكان بالنسبة الى المتحيز». نائینی، ۱۴۱۳ق: ۲۸۴. «الذمة في عالم الاعتبار تكون في حكم اين خارجي يستقر فيه المال». خمینی، ۱۴۲۰ق: ۲۲۴. «نفس الذمة من الاعتبارات العقلانية، و كأنها مخزن قابل لكون شيء فيها». کاسانی، ۱۴۰۹ق: ۳. «الدين لا يحتمله الا الذمة».

ضامن نیست.

عهده مفهوم دیگری است که با مفهوم ذمه تناسب دارد و ظرفی اعتباری برای تکالیف محسوب می‌شود. تقابل بین ذمه و عهده در برخی آثار فقهی به صراحت مطرح شده است (از جمله: نوری، ۱۴۱۴ق: ۲۰-۲۶؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۳۱۳ و ج ۳، ص ۱۱۰؛ خمینی، ۱۴۲۰ق: ۲۲۴).

باید افزود که برخی حقوقدانان بین دین و التزام به تأدیه یا مسئولیت پرداخت، تفکیک قائل شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۳۹ و ۲۵۶). تفکیک مذکور را می‌توان تعبیر دیگری از تفکیک حکم وضعی و تکلیفی دین دانست.

پس از بیان نکات مقدماتی، در ادامه به بررسی ماهیت و موضوع ضمان و سپس برخی مسائل ضمان پرداخته می‌شود. این مقاله در صدد نشان دادن ارتباط این مباحث با مسئله حکم وضعی و تکلیفی در عقد ضمان است و به همین حد بسنده می‌کند. بدیهی است که پرداختن تفصیلی به برخی از این مباحث و یافتن راه حل نهایی و اتخاذ موضع در خصوص آنها از حوصله این مقاله خارج است.

#### ۱. ماهیت ضمان

ماهیت ضمان در فقه شیعه هنگام تقابل آن با فقه اهل سنت آشکار می‌شود. در مورد ماهیت ضمان در فقه اهل سنت اختلاف نظر است (جزیری، ۱۴۱۹ق: ۲۶۵-۲۶۹؛ سرخسی، ۱۴۰۶ق: ۱۶۰-۱۶۱). توضیح اینکه: به نظر برخی فقهای حنفی، ضم ذمه به ذمه صرفاً در حق مطالبه صورت می‌گیرد، بدون اینکه ذمه ضامن به دین مشغول شود. نتیجه این نظر اولاً وحدت حکم وضعی (دین) و تعدد حکم تکلیفی (حق مطالبه) و ثانیاً تفکیک حکم وضعی

دین از حکم تکلیفی آن است.<sup>۱</sup> شاید برای مقابله با همین رویکرد فقه سنت در تفکیک دین از حق مطالبه باشد که محقق حلی هنگام ذکر اثر ضمان، علاوه بر برائت ذمه مدیون، سقوط حق مطالبه از وی را نیز ذکر کرده است (حلی، ۱۴۰۸ق: ۸۹).

به نظر برخی دیگر از فقهای حنفی و نیز به نظر مالکیه و حنبله، علاوه بر ضم ذمه به ذمه در حق مطالبه، در اصل دین هم ضم ذمه به ذمه صورت می گیرد و ذمه ضامن نیز به دین مشغول می شود، بدون اینکه ذمه مدیون بری شود. یکی از ادله طرفداران نظر اخیر این است که اگر ضامن فقط تکلیف به پرداخت داشته باشد و ذمه وی مشغول به دین نباشد، نمی توان پس از فوت وی دین مورد ضمان را از ترکه وی برداشت کرد؛ چون با فوت مکلف تکلیف از بین می رود، همان طور که با فوت کفیل کفالت منفسخ می شود؛ درحالی که در بحث ضمان تصریح شده که با فوت ضامن دین مورد ضمان حال، و از ترکه وی برداشت می شود.<sup>۲</sup>

نتیجه این نظر تعدد حکم وضعی و حکم تکلیفی است که در این عبارت فقهی به خوبی بیان شده است: در صورتی که ضمان به درخواست مضمون عنه باشد، دو دین و سه حق

۱. سرخسی، ۱۴۰۶ق: ۱۶۱: «و كما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من له ابتداء ... فكذاك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه فتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة و أصل الدين في ذمة الأصيل».

۲. ابن عابدین، ۱۴۱۵ق: ۴۱۵: «ولو كانت ضمناً في المطالبة فقط بدون دين لزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل، لان المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كان كفيلاً بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته، مع أن المصرح به أن المال يحل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته». باید متذکر شد که اولاً در فقه اهل سنت واژه کفالت برای ضمان هم به کار می رود؛ لذا در این عبارت، مقصود از کفیل در مورد اول و آخر ضامن است. ثانیاً ماده ۶۵۱ مجله الاحکام العدلیه، حکمی مخالف با این نظر دارد و مقرر می کند که پس از فوت کفیل، اگر ورثه وی مکفول را تسلیم نکنند، مال از ترکه کفیل برداشته می شود. اما همان طور که مرحوم کاشف الغطاء فرموده، این حکم قابل بحث است؛ زیرا حتی که مکفول له بر کفیل دارد، حق مالی نیست تا به ترکه وی منتقل شود. از این گذشته، حق مذکور بر فرض که حق مالی باشد، وابسته به خود کفیل است و به ورثه وی منتقل نمی شود (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق: ۲۵۶-۲۵۷).

مطالبه وجود دارد: دین و حق مطالبه اولیه دائن در برابر مضمون‌عنه، دین و حق مطالبه ضامن در برابر مضمون‌عنه پس از پرداخت دین توسط ضامن، و یک حق مطالبه صرف برای دائن علیه ضامن (ابن عابدین، ۱۴۱۵ق: ۴۵۹). بنابراین بر اساس دیدگاه غالب در فقه اهل سنت، عنصر وضعی (دین) و تکلیفی (حق مطالبه) به تعداد مدیون و ضامن (یا ضامنین) تکرار می‌یابد.<sup>۱</sup> از این رو این سخن یکی از فقهای معاصر که مقصود فقهای اهل سنت از ذمه در عبارت ضمّ ذمه به ذمه، عهده است (لنکرانی، بی تا: ۱۰۱) و نیز این سخن که مقصود واقعی فقهای اهل سنت از این مطلب که ضمان ضمّ ذمه، ذمه است، این است که ضمان ضمّ عهده به عهده است (حائری، ۱۴۲۱ق: ۶۰؛ همچنین ر.ک: شاهرودی، ۱۴۲۳ق: ۲۵۴)، با نظر اقلیت فقهای اهل سنت تناسب دارد.

بدین ترتیب، نظر غالب در فقه اهل سنت این است که عنصر وضعی دین در ذمه مدیون باقی است و در نتیجه، مدیون نیز مکلف به پرداخت دین باقی می‌ماند؛ اما بر اثر عقد ضمان، یک دین اضافی و در نتیجه، یک حکم تکلیفی اضافی به پرداخت دین در ذمه و عهده ضامن پدید می‌آید. البته معنای این سخن این نیست که دائن می‌تواند دو بار دین خود را دریافت کند. فقهای اهل سنت نیز تصریح کرده‌اند که ضمان موجب پیدایش حقی اضافی برای دائن نمی‌شود؛ دائن در نهایت بیش از یک حق ندارد و هر کدام از مدیون یا ضامن که دین را پرداخت کند، ذمه دیگری نیز بری می‌شود (سرخسی، ۱۴۰۶ق: ۱۶۱؛ همچنین ر.ک: جزایری، ۱۴۱۹ق: ۲۶۶).

اما ضمان در فقه شیعه موجب انتقال عنصر وضعی دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن می‌گردد و به تبع، حکم تکلیفی وجوب پرداخت دین نیز از عهده مدیون به عهده ضامن منتقل می‌شود. بنابراین فقه شیعه با هیچ یک از دو نظریه مذکور در فقه اهل سنت سازگاری

۱. ر.ک: کاسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۰: «یتعدد الدین حسب تعدد المطالبة».

ندارد و هیچ نوع انضمامی را در ضمان مصطلح نمی‌پذیرد.

از لحاظ بحث حاضر، ماهیت ضمان مصطلح از دیدگاه فقه شیعه، انتقال حکم وضعی دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است که در نتیجه، حکم تکلیفی وجوب پرداخت نیز به عهده وی منتقل می‌شود. بهترین تعریفی که بیانگر ماهیت ضمان در فقه شیعه باشد، تعریف آن به انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است (خویی، ۱۴۱۰ق: ۱۸۲. همچنین ر.ک: نجفی، ۱۳۹۴ق: ج ۲۶، ص ۱۱۶).

در انتهای این بحث باید متذکر شد که فقهای معاصر به نوع دیگری از ضمان هم اذعان کرده و نام ضمان غیر مصطلح یا عرفی را بر آن نهاده‌اند. مفاد این نوع ضمان، تعهد به انجام کاری مانند پرداخت دین یا تسلیم مال است، نه انتقال دین به ذمه ضامن (خویی، ۱۴۰۹ق: ۱۱۵-۱۱۶؛ حکیم، ۱۴۱۶ق: ۳۵۸-۳۵۹). بعضی فقهای معاصر فصل خاصی به این نوع ضمان اختصاص داده‌اند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق: ۷۴)، و برخی دیگر، در ابتدای بحث عقد ضمان، و پس از آنکه ضمان را به «به عهده گرفتن مال به نفع شخصی دیگر» معنا کرده، تصریح کرده‌اند که ضمان به دو صورت واقع می‌شود: به صورت نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ضامن، و به صورت تعهد ضامن در برابر مضمون‌له به پرداخت مال.

نتیجه این نوع ضمان را صرفاً وجوب تکلیفی پرداخت مال دانسته‌اند، نه اشتغال ذمه ضامن به مال؛ لذا اگر ضامن فوت کند مالی از ترکه وی برای پرداخت دین برداشت نمی‌شود (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۳۵۱). امام خمینی (ره) نیز ضمان به معنای مورد پذیرش فقه شیعه یعنی نقل دین از ذمه به ذمه را تعبد شرعی و برخلاف بنای عرف و عقلا دانسته است. به نظر ایشان، در ضمان عرفی، که مورد پذیرش فقهای اهل سنت است، دین در ذمه مضمون‌عنه قرار دارد و ضامن صرفاً تعهد به پرداخت دین می‌کند. معنای تعهد وی این است که اگر مضمون‌عنه دین را پرداخت نکند، ضامن باید در صورت امکان، مال از مدیون

بگیرد و به مضمون له بدهد و در غیر این صورت، دین را با مال خود پرداخت کند (خمینی، ۱۴۲۰ق: ۲۲۴).

## ۲. موضوع ضمان

موضوع عقد ضمان مصطلح باید دین ثابت در ذمه مدیون باشد، که چنان که گفته شد، یک امر وضعی است. در مورد اینکه اموری غیر از دین مانند اعیان یا احکام تکلیفی می توانند موضوع ضمان ناقل دین<sup>۱</sup> واقع شوند یا نه، اختلاف است. برخی مصادیق مهمی که صحت عقد ضمان در مورد آنها مورد تردید قرار گرفته، در واقع ضمان از حکم تکلیفی هستند؛ مانند ضمان از اعیان مضمونه، ضمان عهده و ضمان نفقه اقارب که در زیر بررسی می شوند.

### ۲.۱. ضمان از اعیان مضمونه

ضمان اعیان مضمونه به این معناست که شخصی عین مالی را که در ضمان متصرف آن است به نفع مالک عین ضمانت کند. برخی مصادیق چنین ضمانی عبارتند از: ضمان مال مورد غضب، ضمان مال مقبوض به عقد فاسد، ضمان مال مقبوض بالسوم، و ضمان عاریه ای که در آن شرط ضمان شده است.

به نظر برخی از فقها، ضمان اعیان مضمونه قابل پذیرش نیست.<sup>۲</sup> در مقابل، بسیاری از فقها ضمان اعیان مضمونه را جائز دانسته اند (از جمله ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۳۲۶؛ حلی، ۱۴۱۰ق:

۱. تعبیر «نقل ذمه» که گهگاه به عنوان وصفی برای عقد ضمان در فقه شیعه به کار می رود، تعبیری مسامحی است و تعبیر حقیقی آن «ناقل دین» است. رابطه دین و ذمه رابطه مطرووف و ظرف است و آنچه با ضمان منتقل می شود مطرووف (دین) است، نه ظرف (ذمه).

۲. ر.ک: عاملی، ۱۴۱۴ق: ۳۲۲، که در اشکال به جواز ضمان از اعیان مضمونه می گوید: «و یشکل بأنه لیس ثابتاً فی الذمه، و انما الثابت فی الذمه هو وجوب ردّها، و لیس بمال». بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۱، ص ۳۸۳۷. برخی از فقها معاصر نیز ضمان اعیان مضمونه را جائز نمی دانند. ر.ک: حواشی گلپایگانی، امام خمینی، شیرازی، نائینی، اصفهانی در: یزیدی، ۱۴۱۹ق: ۴۳۵-۴۳۶.

۷۳؛ همو، ۱۴۰۸ق: ۳۵۷-۳۵۸؛ قمی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ۸۴-۸۵؛ یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۳۵). اما در مورد مفاد این نوع ضمان اختلاف است:

۱. مضمون‌له می‌تواند علاوه بر مضمون‌عنه، عین را از ضامن نیز مطالبه کند (حلی، ۱۴۲۵ق: ۳۳۵-۳۳۶).

۲. حکم تکلیفی وجوب رد عین از مضمون‌عنه به ضامن منتقل می‌شود، اما در صورتی که عین مال در تصرف مضمون‌عنه باشد، او هم مکلف به رد عین است و تکلیف وی به این دلیل است که عین به طور غصبی در دست اوست (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۲۹۷-۲۹۸).

بنابراین بازگشت این دو نظر به پذیرش نوعی تضامن در حکم تکلیفی، یعنی حق مطالبه عین یا بدل است. البته منشأ پیدایش تضامن در این دو نظر متفاوت است: در مورد اول تضامن ظاهراً از خود عقد ضمان ناشی می‌شود، در حالی که تضامن در مورد دوم امری عارضی است که در نتیجه جمع شدن ضمان ناشی از عقد با ضمان قهری حاصل شده است. به تعبیر دیگر، در مورد اول ضمان هر دو ضامن، قراردادی و در مورد دوم، ضمان یک از آنان، قراردادی و ضمان دیگری قهری است.

۳. مفاد تعهد ضامن، الزام مضمون‌عنه به رد مال است. این سخن در مورد ضمان عهده مطرح شده که در بند بعد بررسی می‌شود.

## ۲.۲. ضمان عهده

چنان که می‌دانیم، فروشنده ضامن عهده میبع است؛ به این معنا که اگر معلوم شود میبع متعلق به وی نیست و مالک میبع، بیع را اجازه نکند، بایع باید ثمن را به خریدار مسترد کند. به همین ترتیب، خریدار نیز ضامن عهده ثمن است و اگر ثمن مستحق للغير درآید، باید میبع را به فروشنده مسترد کند.

حال، شخص ثالث می‌تواند از فروشنده یا خریدار نسبت به ضمان عهده ثمن یا میبع

ضمانت کند. در ضمان عهده ثمن، ضامن از فروشنده در برابر خریدار ضمانت می‌کند که اگر مبیع مستحق للغير درآید، ثمن را به خریدار مسترد سازد. در ضمان عهده مبیع نیز ضامن از خریدار در برابر فروشنده ضمانت می‌کند که اگر ثمن مستحق للغير درآید، مبیع را به فروشنده بازگرداند. ضمان عهده مصادیق متعددی دارد که صحت یک مورد آن، یعنی ضمان از عین مبیع یا ثمن بعد از قبض و قبل از تلف مورد اجماع است (بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۳۴۳). مصداق مذکور یکی از موارد ضمان از اعیان مضمونه است که در فقه به طور خاص مورد توجه قرار گرفته است.

ضمان عهده درواقع ضمان از حکم تکلیفی یعنی وجوب ردّ ثمن یا مبیع است که برای توجیه آن راه‌هایی در فقه ذکر شده است (همان: ۳۳۷). توضیح اینکه احکام تکلیفی را می‌توان به اعتبار قابلیت انتقال به دو دسته تقسیم کرد: برخی از احکام تکلیفی قابل انتقال به غیر مکلف است، مانند وجوب پرداخت دین که به تبع انتقال دین، به ضامن منتقل می‌شود. اما قابلیت انتقال برخی دیگر مانند وجوب ردّ عین مال به مالک، و در نتیجه قابلیت آنها برای عقد ضمان مصطلح مورد تردید است. ممکن است گفته شود که واژه «ضمان» در ضمان عهده به معنای مصطلح آن به کار نرفته است؛ چون تکلیف به رد ثمن (در ضمان عهده ثمن) و تکلیف به رد مبیع (در ضمان عهده مبیع) به ضامن منتقل نمی‌شود و بعد از تحقق ضمان نیز فروشنده و خریدار همچنان مکلف به رد ثمن و مبیع هستند؛ چراکه مال غیر یعنی ثمن یا مبیع را بدون مجوز در تصرف دارند. در نتیجه نوعی تضامن در تکلیف وجوب رد مال پیدا می‌شود که البته منشأ آن مختلف است: تکلیف ضامن نتیجه عقد ضمان است و تکلیف خریدار یا فروشنده، نتیجه تصرف مال غیر.

با این حال، بعضی فقها احتمال صحت ضمان عهده را مطرح ساخته و تفاسیر نسبتاً متفاوتی ارائه کرده‌اند. محقق اردبیلی (ره) در مورد ضمان عهده ثمن می‌گوید: «... ناقل

بودن چنین ضمانی هم بعید نیست به این معنا که تکلیف وجوب رد از بایع به ضامن منتقل شود و مشتری، عین را از ضامن مطالبه کند و او هم عین را از مضمون‌عنه بگیرد و به مشتری بدهد» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۲۹۷). برخی فقها تکلیف ضامن در ضمان عهده را وادار کردن مضمون‌عنه به رد مال دانسته‌اند (بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۳۴۷). همین نظر را یکی از حقوق‌دانان نیز مطرح کرده و موضوع تعهد ضامن را «تضمین فعل مضمون‌عنه» و به تعبیر دیگر، تعهد به فعل ثالث دانسته است؛ با این توضیح که ضامن در برابر مالک تعهد می‌کند که متصرف را راضی به رد مال کند و اگر موفق به جلب رضایت وی نشود، خسارت عدم انجام تعهد خود را بپردازد. بر خلاف ضمان متعارف که در آن دین ضامن همان دین مضمون‌عنه است، مفاد تعهد متصرف با تعهد ضامن متفاوت است: اولی متعهد به رد مال است و دومی متعهد به راضی کردن مضمون‌عنه به رد مال. ایشان چنین نظری را به علامه حلی نیز نسبت داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۹۵ و پاورقی ۱ همان صفحه. همچنین ر.ک: همان: ۳۰۱ و ۳۱۶-۳۱۷. در مورد سخن علامه حلی، ر.ک: علامه حلی، ۱۴۲۵ق: ۳۳۶).

### ۲.۳. ضمان نفقه اقارب

ضمان از نفقه اقارب به نظر برخی از فقها ضمان از حکم تکلیفی است و تکالیف نمی‌توانند مورد ضمان واقع شوند (یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۳۳-۴۳۴). در مقابل، بعضی فقها ضمان از نفقه اقارب را صحیح دانسته‌اند. البته دلیل مخالفت ایشان این نیست که ضمان از احکام تکلیفی صحیح است؛ زیرا تصدیق کرده‌اند که ضمان از تکالیف صحیح نیست (حکیم، ۱۴۱۶ق: ۳۳۷). به نظر ایشان، اینکه اقارب می‌توانند در صورت عدم دریافت نفقه به حاکم مراجعه کنند و حاکم می‌تواند به آنها اذن در قرض گرفتن دهد، نشان می‌دهد که نفقه اقارب حکم تکلیفی صرف نیست؛ بلکه اقارب از نوعی ملکیت یا حق وضعی برخوردارند (حکیم، ۱۴۱۶ق: ۳۳۷-۳۳۸). تفاوت نفقه اقارب با نفقه زوجه در این است که زوجه مالک

نفرقه است، اما اقارب مالک «انفاق» هستند. انفاق یک حکم تکلیفی محض نیست تا قابل ضمان نباشد، بلکه حق مالی ثابت در ذمه است و همان طور که عمل خیاطی اگر در ذمه اجیر باشد، قابل ضمان است، انفاق نیز قابل ضمان است و می تواند از ذمه ای به ذمه دیگر منتقل شود (همان: ۳۳۸).

### ۳. بررسی برخی مسائل ضمان

در ادامه، برخی مصادیق احکام ضمان که در آنها تجزیه عنصر وضعی و تکلیفی دین مشهود است، به اختصار و از لحاظ ارتباط با موضوع مقاله بررسی می شود.

#### ۳.۱. اشتغال ذمه های متعدد به دین واحد

این مسئله هم در فقه اهل سنت مطرح گردیده و هم فقهای شیعه با آن مواجه شده اند. فقهای اهل سنت به مناسبت پذیرش ضم ذمه به ذمه در ماهیت ضمان با این اشکال مواجه شده اند که چگونه ممکن است دین واحد در ذمه چند شخص قرار گیرد. به نظر برخی فقهای اهل سنت، اعتبار کردن یک دین در چند ذمه از لحاظ شرعی امکان پذیر است، اما تا زمانی که دلیلی بر آن وجود نداشته باشد، نمی توان به آن ملتزم شد. به نظر آنها، بسیاری از موارد وجود دارد که در آنها شخص تکلیف به پرداخت دارد، اما ذمه اش مشغول نیست. به عنوان نمونه، وکیلی که برای موکل مالی را خریداری کرده، تکلیف به پرداخت ثمن دارد؛ ولی ذمه موکل مشغول به دین است، نه ذمه وکیل.

همچنین وصی یا ولی ای که مکلف به پرداخت به حساب مولی علیه است و نیز هر امینی که مکلف به رد امانت است، ذمه اش مشغول نیست؛ هر چند تکلیف به پرداخت یا رد مال دارد (ابن نجیم، ۱۴۱۸ق: ۳۴۲). از این رو تعریف ضمان به ضم ذمه به ذمه را به «مطالبه» مقید کرده اند تا معلوم شود که ذمه ضامن فقط در مورد حق مطالبه مضمون له ضمیمه ذمه مدیون

می‌شود، نه در اصل دین (همان: ۳۴۱). به تعبیر دیگر، تعدد دین یک مسئله حکمی است؛<sup>۱</sup> در نتیجه با پرداخت دین توسط مدیون، ذمه ضامن هم بری می‌شود؛ زیرا ضامن دینی در ذمه نداشته و فقط مکلف به پرداخت بوده است. باقی ماندن تکلیف به پرداخت دینی که از بین رفته امکان‌پذیر نیست (همان: ۳۷۷-۳۷۸).

در فقه امامیه، اشتغال ذمه‌های متعدد به یک دین هم در مباحث ضمان قهری (تعاقب ایادی غاصبین) و هم در بحث تضامن قراردادی با اشکال مواجه شده است. مورد اول هرچند از موضوع مقاله خارج است، اما مباحث آن می‌تواند برای بحث حاضر سودمند باشد. برای این مورد توجیهات مختلفی ذکر شده است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۳۶۵). یکی از توجیهاتی که به بحث ما مربوط می‌شود، این است که بین نوع خطاب مدیون اصلی و خطاب ضامنین دیگر تفکیک شود. به این معنا که هم غاصبی که مال در دست او تلف شده و هم سایر غاصبان، مخاطب تکلیف به وجوب رد مال مغضوبند؛ با این تفاوت که خطاب غاصبی که مال در دستش تلف شده، خطاب تکلیفی است که حکم وضعی در پی دارد و به وجوب انفاق زوجه شباهت دارد که ذمه زوج مشغول به نفقه زوجه است. اما خطاب سایر غاصبان صرفاً تکلیفی است که حکم وضعی در پی ندارد و به انفاق اقارب شباهت دارد (ر.ک: جزائری، ۱۴۱۶ق: ۵۸۹-۵۹۰). بنابراین در مسئله اشتغال ذمه‌های متعدد فقط ذمه مدیون اصلی مشغول به دین است، اما سایر اشخاص مشغول‌الذمه نیستند و فقط مکلف به پرداختند. این توجیه را صاحب جواهر مطرح کرده، و دلیل اصلی این نظر را در یک جا<sup>۲</sup>

۱. ابن نجیم، ۱۴۱۸ق: ۳۷۸: «تعدد الدین عند القائل به حکمی فیسقط بأداء واحد».

۲. نجفی، ۱۳۹۴: ج ۲۶، ص ۱۱۳: «... بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتین فصاعداً بمال واحد، وقد بینا أن المشغول به في تعاقب الأيدي على المغضوب، ذمة واحدة، و هو من تلف في يده المال مثلاً، و إن جاز له الرجوع على كل واحد».

غیر قابل تصور بودن اشتغال ذمه‌های متعدد به دین واحد و در جای دیگر<sup>۱</sup> فقدان دلیل بر چنین ضمانی می‌داند.<sup>۲</sup> توجیه مذکور در واقع ناظر به وحدت حکم وضعی (دین) و تعدد حکم تکلیفی (وجوب ادا) و به تعبیر دیگر، وحدت ذمه و تعدد عهده است. ثمره تفکیک این دو نوع خطاب در این مسئله ظاهر می‌شود که اگر مکلف به خطاب وضعی قبل از پرداخت دین از دنیا برود، بدل مال مغضوب از ترکه وی پرداخت می‌شود؛ اما در مورد مکلف به خطاب تکلیفی چنین حکمی صادق نیست.

مورد دوم به تضامن قراردادی مربوط می‌شود. ضمان چند شخص از یک شخص به صورت‌های مختلفی قابل تصور است که یکی از آنها این است که دو نفر هم‌زمان با ایجاب عقد ضمان، دین یک نفر را به عهده بگیرند، و مضمون‌له نیز هم‌زمان به هر دو رضایت دهد. در مورد حکم چنین ضمانی سه نظر (حر عاملی، ۱۴۱۹ق: ۴۶۸-۴۶۹) دیده می‌شود: اول: بطلان هر دو عقد (حلی، ۱۴۱۳ق: ۴۶۶-۴۶۷)؛ دوم: صحت هر دو عقد، و تقسیم دین بر هر دو ضامن (ر.ک: فخر المحققین، ۱۳۸۷ق: ۸۹؛ که این نظر را به ابن جنید نسبت می‌دهد)؛ سوم: صحت هر دو عقد و مخیر بودن مضمون‌له در رجوع به هر یک از دو ضامن. نظر اخیر را صاحب وسیله (طوسی، ۱۴۰۸ق: ۲۸۱) اختیار کرده است. علامه حلی هم در درس خود محال بودن نظریه بطلان را مورد تردید قرار داده و گفته است که چنین ضمانی در امور عبادی (مانند واجبات کفایی) و امور مالی (مانند تعاقب ایادی در بحث غصب) دیده

۱. همان: ج ۳۷، ص ۳۴: «... و بذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد».

۲. توجیه مذکور مورد اشکالات متعدد قرار گرفته است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۵۱۰-۵۰۹؛ حکیم، بی تا: ۲۸۰؛ بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۳۷۱-۳۷۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۳۴۲). یکی از آنها این است که چگونه می‌توان از خطاب واحد یعنی «علی الیه ما اخذت حتی تؤدی» دو حکم متفاوت برای غاصبین استنباط کرد؟

می‌شود (ر.ک: فخر المحققین، ۱۳۸۷ق: ۸۹). سید یزدی نیز این نظر را تقویت کرده و می‌گوید: «ضمان به قصد ضم ذمه به ذمه - همان گونه که در مذهب اهل سنت رایج است - صحیح است؛ زیرا [ادله صحت عقود مانند] «اوفوا بالعقود» عام است [و این نوع ضمان را شامل می‌شود]، هر چند در زمره ضمان مصطلح نمی‌باشد. بنابراین ناقل بودن ضمان در نزد شیعه منافاتی با صحت قسمی دیگر، در صورتی که مشمول عمومات مانند «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» باشد، ندارد» (یزدی، ۱۳۷۸: ۱۸۴).

از سخن سید یزدی می‌توان نتیجه گرفت که این نوع تضامن قراردادی، موجب ضم ذمه به ذمه به مفهومی است که فقهای اهل سنت می‌گویند و چنان که در ابتدای بحث ملاحظه شد، در چنین ضمانی وحدت حکم وضعی (دین) و تعدد حکم تکلیفی (حق مطالبه) صورت می‌گیرد.

پس از وقوع تضامن قراردادی، از آنجا که نقل دین صورت نگرفته، ذمه مدیون اصلی مشغول به دین باقی می‌ماند؛ در نتیجه وی هم مکلف به پرداخت دین است، اما ضامنین دیگر بدون اینکه ذمه‌شان مشغول به دین شود، مکلف به پرداخت دین هستند. با توجه به سخن برخی فقها در نظیر این مسئله (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۳۵۱ و ۴۳۷) می‌توان گفت اگر مدیون اصلی قبل از پرداخت دین از دنیا برود، دین از ترکه وی پرداخت می‌شود، اما در مورد ضامنین چنین حکمی صادق نیست.

### ۳.۲. تعلیق ضمان و پرداخت دین

یکی از شروط ضمان از لحاظ فقهی منجز بودن آن است (حلی، ۱۴۱۳ق: ۱۵۵). تعلیق در ضمان صورت‌های گوناگونی دارد که همه این صورت‌ها باطل تلقی شده است، مانند اینکه ضامن بگوید: «من ضامنم اگر پدرم اذن دهد» یا «من ضامنم اگر مدیون تا فلان مدت نپردازد» یا «من ضامنم اگر مدیون نپردازد» (یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۰۴). همچنین ر.ک: علامه

حلی، ۱۴۲۵ق: ۲۸۴).

اما بعضی فقهای معاصر بین تعلیق در ضمان و تعلیق در ادای دین تفکیک کرده و صحت تعلیق در ادای دین را محتمل دانسته‌اند (خوانساری، بی‌تا: ۹۴؛ یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۰۴-۴۰۵). قانون مدنی نیز در ماده ۶۹۹<sup>۱</sup> این تفکیک را پذیرفته است. تفکیک مذکور مورد اشکالاتی واقع گردیده است: برخی این تفکیک را صحیح ندانسته و تفاوت بین آن دو را انکار کرده‌اند (یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۰۵). از این گذشته، تفکیک مذکور بر مبنای پذیرفته شده در فقه امامیه، یعنی نقل دین صحیح نیست؛ چون وجود تعهد مدیون به ادای دین به معنای اشتغال ذمه او به دین است و اثر چنین ضمانی ضمّ ذمه به ذمه است (همان؛ حواشی مراجع عظام اصفهانی، بروجردی، امام خمینی و نائینی).

در مقابل، طرفداران صحت تعلیق در اداء نیز به توجیهات مختلفی متوسل شده‌اند که وجه مشترک آنها پذیرش منجز بودن ضمان است. از جمله اینکه:

الف) ضمان در این مورد همانند ضمان اعیان خارجی است و معنای آن به عهده گرفتن ما فی الذمه دیگری است. بنابراین، ضمان به صورت فعلی و منجز واقع می‌شود اما اثر آن این است که انتقال به ذمه ضامن منوط به عدم پرداخت مدیون می‌شود. (همان، حاشیه مرحوم آیت الله خویی).

ب) ضمان به صورت منجز واقع می‌شود، اما ضامن اعلام می‌کند که وی هنگامی پرداخت می‌کند که دین باقی باشد و مدیون آن را پرداخت نکرده باشد. (همان، حاشیه مرحوم آیت الله گلپایگانی).

ج) همان‌طور که برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۲۹-۲۳۰) گفته‌اند، تعلیق در

---

۱. «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد، من ضامنم باطل است؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد».

پرداخت دین توسط مدیون منافاتی با نقل دین ندارد. نقل دین به ذمه ضامن به صورت منجز واقع می‌شود، اما پرداخت دین منوط به عدم پرداخت مدیون می‌گردد. درواقع ضامن می‌تواند پرداخت دین را مشروط یا معلق به شرایطی سازد. مثلاً ضامن می‌تواند پرداخت را منوط به تأدیه ثالث سازد. معنای این شرط یا تعلیق این نیست که ثالث مدیون باشد تا ضم ذمه به ذمه صورت گیرد، بلکه بر ثالث شرط می‌شود که همانند شخصی بیگانه، دین ضامن را ادا کند. در موردی که شرط یا تعلیق به پرداخت مدیون صورت می‌گیرد، همین نکته نیز صادق است: دین به ذمه ضامن منتقل می‌گردد، اما بر مدیون شرط می‌شود که دین ضامن را به‌عنوان دین ضامن و نه به‌عنوان دین خود مدیون (مضمون‌عنه) پرداخت کند. البته چنین شرطی از مصادیق شرط به ضرر ثالث است و نفوذ آن منوط به موافقت مدیون.

به هر حال، بر طبق این دو تصویر، تفکیک حکم وضعی دین از حکم تکلیفی آن صورت می‌گیرد: دین به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مدیون آزاد می‌گردد، اما تکلیف ضامن به پرداخت دین معلق بر عدم پرداخت مدیون می‌گردد.

### ۳.۳. زمان پیدایش دین مضمون‌عنه به ضامن

در صورتی که ضمان به اذن مضمون‌عنه باشد، در مورد اینکه ذمه وی چه زمانی در مقابل ضامن مشغول می‌شود و نیز اینکه ضامن چه زمانی حق مراجعه به وی پیدا می‌کند، چند احتمال (یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۱۶-۴۱۷؛ حکیم، ۱۴۱۶ق: ۲۹۴) وجود دارد:

الف) اشتغال ذمه مضمون‌عنه در برابر ضامن (و نیز حق مطالبه ضامن از مضمون‌عنه)، پس از پرداخت دین توسط ضامن ایجاد می‌شود. نظر مشهور همین است (ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۱۶). مبنای این نظر این است که دلیل رجوع ضامن به مضمون‌عنه خسارتی است که درواقع ضامن با انعقاد ضمان و پرداخت مال متحمل می‌شود. خسارت هنگامی تحقق می‌یابد که ضامن مال را پرداخت کند و صرف انعقاد ضمان موجب خسارت نیست.

ب) اشتغال ذمه مضمون عنه در برابر ضامن و نیز حق مطالبه ضامن از مضمون عنه با عقد ضمان به وجود می آید و پرداخت توسط ضامن تأثیری در این مورد ندارد. سید یزدی این احتمال را مطابق قاعده می داند، اما بیشتر فقهای معاصر با وی مخالفت کرده و احتمال اول را تقویت کرده اند (ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۱۶-۴۱۸، حواشی مرحوم اصفهانی، خویی، گلپایگانی، نائینی، آقا ضیاء و امام خمینی).

ج) اشتغال ذمه مضمون عنه در برابر ضامن با عقد ضمان ایجاد می شود، اما مشروط به پرداخت ضامن است؛ به این معنا که پس از پرداخت ضامن معلوم می شود که ذمه مدیون از هنگام ضمان در برابر ضامن مشغول بوده است (نجفی، ۱۳۹۴ق: ج ۲۶، ص ۱۵۳).

د) اشتغال ذمه مضمون عنه در برابر ضامن به صورت متزلزل با عقد ضمان ایجاد می شود و با پرداخت دین توسط ضامن استقرار می یابد. اگر پرداخت صورت نگیرد، ضمان منفسخ می شود و اشتغال ذمه مضمون عنه از بین می رود (همان؛ حکیم، ۱۴۱۶ق: ۲۹۴).

ه) اشتغال ذمه مضمون عنه در برابر ضامن با عقد ضمان ایجاد می شود، اما حق مطالبه ضامن از مضمون عنه مشروط به پرداخت دین توسط ضامن است (یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۱۷).

تقابل کامل بین چهار نظریه نخست، خصوصاً نظر اول و دوم است. نظر آخر نظری بینابین است که در آن بین حکم وضعی (یعنی مدیون شدن مضمون عنه به ضامن) و حکم تکلیفی (یعنی وجوب پرداخت طلب ضامن توسط مضمون عنه) تفکیک شده است.

بر این نظریات آثاری مترتب می شود (نجفی، ۱۳۹۴ق: ج ۲۶، ص ۱۵۴؛ یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۱۸-۴۱۶) که در اینجا به برخی از آنها اشاره می شود:

الف) بنا بر نظر اول، قبل از اداء دین توسط ضامن، ابراء ذمه مضمون عنه توسط ضامن امکان پذیر نیست، چون طبق این نظر با انعقاد عقد، مضمون عنه مدیون ضامن نمی شود؛ چرا که ضامن قبل از اداء دین خسارتی نمی بیند تا ذمه مضمون عنه در برابر وی مشغول شود،

اما بنا بر نظرهای اخیر، ابراء محقق می‌شود.

ب) بنا بر نظر اول، ضامن نمی‌تواند قبل از پرداخت دین، از مضمون‌عنه مالی مطالبه کند و اگر مضمون‌عنه مالی به وی دهد، ضامن مالک آن نمی‌شود؛ درحالی‌که بنا بر نظرهای دوم تا چهارم، ضامن حق مطالبه دارد و مالی که دریافت می‌کند، به ملکیت او درمی‌آید. طبق نظر اخیر ضامن حق مطالبه ندارد، اما اگر مضمون‌عنه مالی به وی دهد، به ملکیت وی درمی‌آید.

#### ۳.۴. شرط پرداخت از مال معین

ممکن است بر ضامن شرط شود که دین را از مال معینی پرداخت کند. همچنین پرداخت از مال معین ممکن است به صورت قید ضمان باشد. شرط پرداخت از مال معین را برخی از فقها صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۵ق: ۳۸۲؛ همو، ۱۴۲۰ق: ۵۵۰؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳۶-۳۳۷) و صاحب جواهر اختلافی در صحت آن نیافته است (نجفی، ۱۳۹۴: ج ۲۶، ص ۱۱۸). اما برخی فقها نتوانسته‌اند معنای قابل قبولی برای آن، خصوصاً اگر به صورت قید باشد، در نظر بگیرند (یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۲۴، حواشی نائینی، بروجردی، گلپایگانی، امام خمینی، خویی).

در مورد اینکه در این فرض ذمه ضامن به دین مشغول می‌شود یا نه، اختلاف است. طبق یک احتمال ضمان در اینجا نیز مانند سایر موارد، موجب انتقال دین به ذمه ضامن و اشتغال ذمه اوست. فایده شرط این است که فقط حق مطالبه مضمون‌له و به تعبیر دیگر، وجوب پرداخت را به مال تعیین شده منحصر می‌کند، اما موجب برائت ذمه ضامن نمی‌شود. بنابراین درواقع گویا اثر ضمان در این مورد رهن آن مال است.<sup>۱</sup> در نتیجه حکم وضعی دین به ذمه

۱. شیخ طوسی نیز از تعبیر وثیقه استفاده کرده است: طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳۶-۳۳۷. «و كذلك الحر إذا عین ضمانه في مال من أمواله لزمه أن يقضيه منه لأن الوثيقة إذا عيّنت تعينت».

ضامن منتقل می‌شود و حکم تکلیفی آن مشروط به پرداخت از مال معین می‌گردد. احتمال دیگر این است که ذمه ضامن اصلاً مشغول به دین نمی‌شود و فایده شرط این است که حق مضمون‌له را به مال تعیین شده منحصر می‌کند. در این صورت، حکم وضعی دین در ذمه مدیون باقی است و فقط یک تکلیف بر عهده ضامن در مورد پرداخت مال معین بار می‌شود.

بر این دو نظر و احتمال، آثار متعددی مترتب شده است؛ از جمله:

الف) در صورتی که مال تعیین شده بدون تقصیر ضامن تلف شود، بنا بر نظر اول، عقد ضمان باقی است و ضامن باید از سایر اموال خود دین را بپردازد، همان‌طور که اگر مال مورد رهن تلف شود، حق دائن از بین نمی‌رود. اما بنا بر نظر دوم، ضمان منفسخ می‌شود و خود مضمون‌عنه باید دین را بپردازد.

ب) اگر مال تعیین شده کمتر از دین مورد ضمانت باشد، طبق نظر اول ضامن باید مقدار کسری را از اموال دیگر خود جبران کند؛ همان‌طور که اگر مال مورد رهن برای پرداخت دین کافی نباشد، مدیون مکلف به جبران آن از سایر اموال است؛ اما بنا بر نظر دوم ضامن چنین تکلیفی ندارد (حر عاملی، ۱۴۱۳ق: ۱۷۷-۱۷۸).

از لحاظ بحث ما، این دو اثر را می‌توان این گونه توجیه کرد: طبق نظر اول، حکم وضعی دین به ذمه ضامن منتقل شده و با از بین رفتن مال، حکم تکلیفی مربوط به پرداخت آن مال از بین می‌رود، اما حکم تکلیفی ناشی از دین هنوز باقی است. در حالی که طبق نظر دوم، حکم وضعی دین به ضامن منتقل نشده، بلکه فقط تکلیفی بر وی تحمیل شده بود که با از بین رفتن مال، تکلیف به پرداخت از بین می‌رود و ضامن دیگر تکلیفی نسبت به پرداخت ندارد.

### ۳.۵. ضمان به بیشتر یا کمتر از مدت

ضامن می‌تواند دین حال را به صورت حال یا مؤجل ضمانت کند و بالعکس، دین مؤجل را به صورت حال یا مؤجل ضمانت نماید. همچنین در ضمان دین مؤجل به صورت مؤجل، اجل ممکن است مساوی، کمتر یا بیشتر از مدت دین اصلی باشد. در مورد صحت برخی از این صورت‌ها اختلاف نظر است (ر.ک: یزدی، ۱۴۱۹ق: ۴۱۶-۴۱۷؛ حکیم، ۱۴۱۶ق: ۲۸۵).

تفکیک عنصر وضعی و تکلیفی در این مسئله بدین صورت است که تغییر زمان دین اصلی در واقع تغییر در زمان حکم تکلیفی آن یعنی وجوب پرداخت است (حکیم، ۱۴۱۶ق: ۲۸۶). به تعبیر دیگر، ضمان مربوط به خود دین است، و مهلت دین صرفاً ظرف پرداخت دین است و به صورت مستقل مورد ضمان قرار نمی‌گیرد (همان: ۲۸۵).

## نتیجه

۱. تفکیک احکام شرعی به دو دسته تکلیفی و وضعی که در فقه و اصول اسلامی نکته بدیهی به شمار می آید، ثمرات قابل توجهی در این دو شاخه علمی دارد. یکی از این ثمرات را می توان در تحلیل مفهوم دین به دو حکم وضعی (مال بودن آن در ذمه مدیون) و تکلیفی (وجوب پرداخت دین) ملاحظه کرد و در عقد ضمان، که از عقود مبتنی بر دین است، این ثمره بسیار بارزتر است.

۲. در بررسی ماهیت عقد ضمان معلوم می شود که فقهای امامیه بر انتقال عنصر وضعی دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن اصرار می ورزند، اما در فقه اهل سنت، به نظر اکثریت، ذمه ضامن، هم در عنصر وضعی و هم در عنصر تکلیفی ضمیمه ذمه مدیون می گردد؛ درحالی که اقلیت صرفاً انضمام در عنصر تکلیفی را می پذیرند.

۳. در بسیاری از مسائل فرعی عقد ضمان نیز تجزیه دین به دو عنصر وضعی و تکلیفی درك عمیق تری برای محقق فراهم می کند. از جمله اینکه:

- تعلیق در حکم وضعی عقد ضمان باطل، اما تعلیق در حکم تکلیفی آن صحیح است.
- برخی از موارد مورد بحث در عقد ضمان که از نظر مشهور فقهای امامیه عقد ضمان مصطلح و ناقل دین در مورد آنها صحیح نیست (مانند ضمان از اعیان مضمونه، ضمان عهده و ضمان نفقه اقارب)، درواقع ضمان از حکم تکلیفی هستند و طبق نظر برخی فقها می توان چنین نوع ضمان غیرمصطلحی را صحیح دانست.
- اشتغال ذمه های متعدد به صورت ضمان از حکم وضعی صحیح نیست، اما به صورت ضمان از حکم تکلیفی صحیح است.
- در مورد زمان پیدایش دین مضمون عنه به ضامن، طبق نظر مشهور حکم وضعی و

تکلیفی دین در مورد مضمون‌عنه نسبت به ضامن، پس از پرداخت دین توسط ضامن ایجاد می‌شود، اما طبق نظر غیر مشهور حکم وضعی دین در زمان ضمان به وجود می‌آید؛ اما وجوب پرداخت مضمون‌عنه به ضامن، پس از ادای توسط ضامن ایجاد می‌شود.

- در موردی که بر ضامن شرط می‌شود که دین را از مال معینی پرداخت کند، حکم وضعی دین به ذمه ضامن منتقل می‌شود و حکم تکلیفی آن مشروط به پرداخت از مال معین می‌گردد.

- تغییر در زمان پرداخت دین در واقع تغییر در حکم تکلیفی وجوب پرداخت و حق مطالبه است، نه در حکم وضعی دین.

## منابع

۱. ابن عابدین، محمد امین، حاشیه رد المحتار، ج ۵، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۵ق.
۲. ابن نجیم، عبد الله بن محمد، البحر الرائق، ج ۶، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان، ج ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
۴. اصفهانی، شیخ محمدحسین، حاشیه مکاسب، ج ۲ و ۳، بی جا: علمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
۵. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۳، قم: کنگره شیخ انصاری، چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.
۶. آملی، میرزا محمدتقی، مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی، ج ۸، بی جا: مؤلف، چاپ اول، ۱۳۸۰ق.
۷. بحرالعلوم، سیدمحمد، بلغه الفقیه، ج ۲، تهران: مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۳۶۲.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد، الحقائق الناضره، ج ۲۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
۹. بصری بحرانی، محمد امین، کلمه التقوی، ج ۶، قم: بی نا، چاپ سوم، ۱۴۱۳ق.
۱۰. جزایری، سیدمحمدجعفر مروج، هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۵، قم: مؤسسه دارالکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
۱۱. جزایری، عبد الرحمن و سیدمحمد غروی و یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (علیهم السلام)، ج ۳، بیروت: دار الثقلین، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
۱۲. حائری، سید کاظم، فقه العقود، ج ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
۱۳. حکیم، سیدمحسن طباطبایی، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۳، قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

۱۴. \_\_\_\_\_، نهج الفقاهة، قم: ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی تا.
۱۵. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
۱۶. \_\_\_\_\_، تحرير الأحكام، ج ۲، قم: مؤسسة امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
۱۷. \_\_\_\_\_، قواعد الأحكام، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۱۸. \_\_\_\_\_، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
۱۹. حلی (فخر المحققين)، محمد بن حسن، إيضاح الفوائد، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ اول، ۱۳۸۷ق.
۲۰. حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور، السرائر، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
۲۱. حلی (محقق)، جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، ج ۲، قم: اسماعيليان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۲۲. خمینی (امام)، سيد روح الله موسوی، الرسائل العشرة، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
۲۳. خوانساری، محمد امامی، الحاشية الثانية على المكاسب، بی جا: بی نا، چاپ اول، بی تا.
۲۴. خویی، سيدابو القاسم موسوی، مباني العروة الوثقى، ج ۲، قم: مدرسة دار العلم، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
۲۵. \_\_\_\_\_، منهاج الصالحين، ج ۲، قم: مدينة العلم، چاپ ۲۸، ۱۴۱۰ق.
۲۶. رشتی، ميرزا حبيب الله، كتاب الغصب، بی جا: بی نا، بی تا.
۲۷. \_\_\_\_\_، كتاب القضاء، ج ۲، قم: دار القرآن، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.

۲۸. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحكام، ج ۱۶، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
۲۹. سرخسی، شمس الدین، المبسوط، ج ۱۹، بیروت: دار المعرفة، ۱۴۰۶ق.
۳۰. سیستانی، سیدعلی حسینی، منهاج الصالحین، ج ۱، قم: دفتر آیت الله سیستانی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.
۳۱. شاهرودی، سید محمود هاشمی، قرائات فقهیه معاصره، ج ۲، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۲۳ق.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
۳۳. طوسی (ابن حمزه)، محمد بن علی، الوسيلة إلى نیل الفضیلة، قم: کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
۳۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام، ج ۴، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۳۵. عاملی، سیدجواد حسینی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
۳۶. عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین کرکی، جامع المقاصد، ج ۵، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، چاپ دوم، ۱۴۱۴ق.
۳۷. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، ج ۳، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۳۸. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
۳۹. کاسانی، ابوبکر، بدائع الصنائع، ج ۶، پاکستان: المكتبة الحبییه، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
۴۰. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر نجفی، أنوار الفقاهة (کتاب الغصب)، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ق.

۴۱. کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، ج ۱، قسم ۲، نجف: المكتبة المرتضوية، چاپ اول، ۱۳۵۹ق.
۴۲. لنکرانی، محمدفاضل موحدی، القواعد الفقهية، بی جا: بی نا، بی تا.
۴۳. نائینی، میرزا محمدحسین، المكاسب و البيع، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۴۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، و ۳۷، تهران: دار الکتب الاسلامی، چاپ ششم، ۱۳۹۴.
۴۵. نوری، فضل الله، رسالة في قاعدة ضمان اليد، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
۴۶. یزدی، سیدمحمد کاظم، حاشية المكاسب، ج ۱، قم: مؤسسة اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
۴۷. \_\_\_\_\_، العروة الوثقی، ج ۵، قم: جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.