

آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره سیزدهم، شماره ۲۴، پاییز - زمستان ۱۴۰۰
نوع مقاله: علمی - پژوهشی (۱۳۷-۱۶۲)

تصحیح فقهی ضمان تعلیقی؛

با رویکرد نقد مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی*

- هادی خوش‌نقش^۱
- محمد ادیبی‌مهر^۲

چکیده

یکی از بحث‌های چالش‌برانگیز فقهی، مسئله اشتراط تجیز در عقود است و به ادعای برخی فقیهان، بطلان عقد تعلیقی در فقه شیعه امری اجماعی است. یکی از عقود مهم و پرکاربرد، عقد ضمان است که به نظر بسیاری از فقها، اجماع مذکور در آن جریان داشته و ضمان تعلیقی نیز باطل می‌باشد. از سوی دیگر، برخی فقها با نقد ادله بطلان تعلیق و همچنین استناد به ادله عمومی وفای به عقد، با حکم بطلان به مخالفت پرداخته‌اند. در نظر ایشان، اجماع مدرکی بوده و دلیل اصلی بطلان، «امتناع عقلی» تعلیق در عقود است؛ اما مثال‌های نقض متعدد در فقه، دلیلی بر رد این برهان عقلی است. همچنین صدق عنوان «التزام یا تعهد طرفینی» برای شمولیت ادله عمومی وفای به عقد کافی است و ضمان تعلیقی نیز چنین خصوصیتی را دارا می‌باشد.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم (hadi.khoshnaghs@gmail.com).

۲. دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (madiby@ut.ac.ir).

به نظر می‌رسد با بررسی نظریات گوناگون و ادله آن‌ها، ادله بطلان ضمان تعلیقی از استحکام کافی برخوردار نبوده و می‌توان صحت آن را پذیرفت. این حکم در تعدیل و بازنگری مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی - که حکم به بطلان ضمان تعلیقی می‌نمایند- کاربرد داشته و از این طریق می‌توان عقد بیمه را به عنوان مصداقی از آن تصحیح نمود.

پژوهش پیش رو با روش توصیفی- تحلیلی و با گردآوری اطلاعات از منابع کتابخانه‌ای و رایانه‌ای و در ادامه با تجزیه و تحلیل این داده‌ها، به بررسی این موضوع پرداخته است.

واژگان کلیدی: فقه، عقد، تعلیق، تنجیز، ضمان تعلیقی، قانون مدنی.

مقدمه

گاهی طرفین معامله، عقد خود را مشروط بر هیچ امری نکرده و آن را در همان لحظه محقق می‌کنند و گاهی نیز اصل معامله، مشروط بر تحقق امر دیگری می‌شود. در عرف نیز نمونه‌های بارزی از این گونه عقود وجود دارد که امروزه با آن روبه‌رو هستیم؛ برای مثال، خریدن محصول یک مزرعه به شرط موافقت بانک با وام خریدار. مسئله تنجیز یا تعلیق عقود در میان فقها نیز به دلیل اهمیت آن مورد امعان نظر قرار گرفته و پیرامون آن سخنان بسیاری گفته شده است. در نگاهی سطحی به کتب فقهی، «تنجیز» یکی از شرایط صحت عقد قلمداد گردیده و عقد معلق، عقدی باطل انگاشته شده است. برخی این حکم را به مشهور فقها نسبت داده و برخی نیز ادعای اجماع نموده‌اند.

یکی از عقود مهم که کاربردهای فراوانی در تسهیل تجارت و داد و ستد در جامعه دارد، عقد ضمان است. در این عقد، شخص سومی عهده‌دار طلب مدیون شده و آن را برای طلبکار ضمانت می‌کند. در مورد این عقد نیز شرایط گوناگونی ذکر کرده‌اند که یکی از این شروط، تنجیز و عدم تعلیق آن می‌باشد. در این موضوع نیز برخی از فقها این شرط را به مشهور نسبت داده و برخی نیز آن را اجماعی دانسته‌اند. در این میان، سید یزدی و چند تن دیگر با خدشه بر ادله لزوم تنجیز، ضمان تعلیقی را عقدی بدون اشکال معرفی نموده‌اند.

از سوی دیگر با توجه به مواد گوناگون قانون مدنی نیز متوجه خواهیم شد که قانون گذار راه مشهور فقها را پیموده و چنین ضمانتی را باطل می‌داند. همچنین قانون با تفکیک بین ضمانت و الزام به تأدیه، تعلیق در عنوان دوم را صحیح مقرر می‌نماید. اما با دقت در معاملات نوین مشخص می‌شود که در عمل، چنین حکمی از مرحله عمل دور است و استناد به فتوای مشهور برای تدوین قانون مدنی، موجب پدید آمدن شکافی میان قانون و عمل بدان شده است؛ برای مثال، عقد بیمه - به عنوان یکی از عقود مهم و پرکاربرد در جوامع کنونی - از سوی شرکت بیمه، ضمانتی است که معلق به خسارت احتمالی در آینده شده است. البته برخی بیمه را عقدی مستقل برمی‌شمارند؛ اما به نظر نگارندگان، بیمه عقدی است که به راحتی با ضمان معلق قابل تطبیق است. تحقیق پیش رو با بررسی نظرات فقهی موافق و مخالف، همچنین توصیف و تحلیل این نظریات، در صدد آن است تا به بازنگری در حکم ضمان تعلیقی بپردازد. از این رو، مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی نیز قابلیت بازنگری و تغییر را خواهند داشت.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. ضمان

این واژه از ریشه «ضمن» و به معنای «التزام» می‌باشد. برخی فقها این کلمه را از ریشه «ضمم» دانسته‌اند؛ اما حرف «نون» در این واژه از حروف اصلی است و نمی‌تواند مشتق از ریشه مذکور باشد (فیومی مقری، ۱۴۱۴: ۳۶۴/۲؛ طریحی، ۱۳۷۵: ۲۷۵/۶)؛ به ویژه آنکه اصطلاح مسئولیت تضامنی را نیز نمی‌توان مشتق از ریشه «ضمم» دانست. در اصطلاح نیز این کلمه در معنای لغوی به کار رفته است. بنابراین می‌توان گفت که برای فهم معنای این اصطلاح باید به عرف رجوع کنیم؛ چرا که شارع این لغت را در همان معنای عرفی خود به کار برده است. از این روی با تحلیل عرف می‌توان به این نتیجه دست یافت که ضمان، تعهد اعتباری و اثبات چیزی بر عهده خود به سود شخصی دیگر است (مشکینی، بی‌تا: ۳۵۰). به عبارت دیگر، ضامن یا به صورت قهری و یا با ایجاد التزام برای خود نسبت به دیگری، متعهد به پرداخت چیزی می‌گردد؛ مثلاً

گاهی شخص به مجرد غضب اموال دیگران، تعهد قهری به بازگرداندن آن پیدا می‌کند و گاهی نیز با اعتبار التزام به پرداخت دین شخصی نسبت به شخص دیگر، تعهد به پرداخت آن دین را می‌نماید. در کتب فقهی نیز ضمان، تعریف به تعهدی شده است که از سوی شخص بریء نسبت به مالی داده می‌شود (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۵).

۲-۱. تعلیق

این کلمه از ریشه «علق» گرفته شده است. «تعلیق، عُلُقَة، علاقه، تعلق، معلق» و... از این ریشه مشتق شده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۶۱/۱۰-۲۶۲). اگرچه برخی این واژه را به معنای «آویختن» ترجمه نموده‌اند (دهخدا، بی‌تا: ۵۹۷۰)، اما با توجه به کاربرد کلمات بالا می‌توان چنین نتیجه گرفت که این واژه و مشتقات آن، به معنای ارتباط خاصی است که بین دو چیز وجود دارد؛ مثلاً علقه و علاقه به معنای محبت خاص بین دو نفر است (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۴۹/۱۳). بنابراین می‌توان گفت که این واژه در اصل به معنای رابطه‌ای خاص بین دو یا چند چیز است و با توجه به این معنای اصلی، به معانی دیگری که نزدیک به این معنا هستند، نقل شده است که «آویختن» نیز یکی از این معانی است. زمانی که چیزی را آویزان می‌کنیم، بین شیء آویزان و چیزی که به آن آویزان شده، ارتباط خاصی وجود دارد؛ مثلاً آویختن لباس بر روی بند، ایجاد ارتباط بین دو چیز متباین است. بنابراین تعلیق به معنای آویختن و ایجاد ارتباط بین معلق و معلق علیه است. در اصطلاح، واژه تعلیق در مقابل تنجیز و به معنای وابسته (آویخته) نمودن عقد یا ایقاع به شرطی (معلوم یا ممکن التحقق) به کار می‌رود (مشکینی، بی‌تا: ۱۷۰).

۳-۱. انواع تعلیق

تعلیق به چهار صورت قابل تصور است:

۱. شرط حالی و وقوع آن یقینی باشد؛ مثلاً شخصی در روز دوشنبه، هنگام فروش منزل خود چنین بگوید: خانه را به تو فروختم، به شرط آنکه امروز دوشنبه باشد.
۲. شرط استقبالی و وقوع آن یقینی باشد؛ مثلاً خانه را به تو فروختم، به شرط آنکه فردا خورشید طلوع کند.
۳. شرط حالی و وقوع آن ممکن باشد؛ مثلاً اسب را به تو فروختم، به شرط آنکه

حمل (فرزند درون شکم) آن، نر باشد.

۴. شرط استقبالی و وقوع آن ممکن باشد؛ مثلاً خانه را به تو فروختم، به شرط آنکه فردا باران بیارد (موسوی خویی، بی تا: ۶۴۳-۶۵).
به صورت سوم و چهارم «تعلیق بر شرط»، و به صورت دوم «تعلیق بر صفت» می گویند (عاملی، ۱۴۱۳: ۴۶-۴۷).

۴-۱. دین، عین و تفاوت آن‌ها

مال در اصطلاح فقهی، همان معنای عرفی خود را حفظ کرده است و مفهومی بدیهی می باشد (مشکینی، بی تا: ۴۶۵). مشکینی چنین تعریفی از مال ارائه می دهد:
«مال در اصل به طلا و نقره مملوکه گفته شده، سپس بر هر چیزی از اعیان که به ملکیت درآید، اطلاق شده است» (همان: ۴۶۶).

با توجه به تعریف بالا می توان گفت مال امر متشخص و خارجی است که مورد میل و رغبت انسان قرار می گیرد؛ به گونه ای که سعی در تصرف و بهره برداری از آن می نماید. از این روی فقها بین مال، منفعت و انتفاع تفاوت قائل شده اند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۸-۷).

لسان العرب دین را مترادف قرض می داند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۳/۱۶۷-۱۶۸). فیروزآبادی و فراهیدی نیز دین را به معنای «کل شیء لم یکن حاضرًا» می دانند (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۷۲/۸؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۸/۲۱۴).

اگرچه در نگاه اول، لغویان در معنای این کلمه اتفاق نظر ندارند، ولی باید گفت که تمامی معانی بالا به نوعی به یکدیگر مربوط بوده و همپوشانی دارند. اما از جایی که معنای اصطلاحی این واژه برای ما اهمیت دارد، بحث لغوی را به مجال وسیع تر وامی نهیم و به کاوش در معنای اصطلاحی آن می پردازیم.

ابن فهد حلی در شرح بر کتاب *المختصر النافع*، دین را این گونه تعریف می فرماید:
«دین، امر کلی غیر مشخص است که در ذمه ثابت شده است» (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۴۸۴/۲).

بنابراین عین، امری متشخص و دین، امری کلی است.

۲. ضمان تعلیقی در آراء فقها

سید یزدی در کتاب *عروه نگاشته* است که نظر مشهور فقها بر بطلان ضمان تعلیقی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۱/۲). اما با دقت در کتب فقها می‌توان فهمید که بیشتر ایشان در باب ضمان نسبت به شرط تجزیه سخنی به میان نیاورده‌اند. از این روی به نظر می‌رسد که این سخن سید یزدی ناظر به مبنای فقیهان نسبت به تعلیق در اصل عقود بوده باشد که در میان ابواب فقهی پخش شده است. همچنین شیخ انصاری نیز با ذکر کلمات برخی از ایشان در کتاب *مکاسب* چنین بیان می‌دارد که عده‌ای در این زمینه مدعی اجماع هستند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۶۲/۳-۱۶۴).

اما چنان که بیان کردیم، می‌توان تعلیق را به دو صورت تعلیق بر شرط و تعلیق بر وصف تصور نمود. تفصیل نظرات به شرح زیر است:

۱. بطلان تعلیق به صورت مطلق (بر صفت یا شرط) (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹۵/۳ و ۳۱۷: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۳۹/۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷۷/۱۲).

۲. صحت تعلیق بر صفت و بطلان تعلیق بر شرط (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۲۳۳/۲۵-۲۳۴؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۶۴/۳-۶۵).

۳. صحت تعلیق بر شرط در صورت تحقق آن (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۱۷/۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۹۶/۲).

البته محقق خویی صورت اول از فروض چهارگانه تعلیق (شرط حالی و وقوع آن یقینی باشد) را از معقد اجماع خارج و مناقشه را تنها در سه فرض دیگر جاری می‌داند (موسوی خویی، بی‌تا: ۶۵/۳).

در این نوشتار در صدد آن هستیم تا تعلیق را در هر سه صورت تصحیح نماییم. به همین دلیل در بررسی ضمان تعلیقی، به توضیح صورتی می‌پردازیم که شرط، مربوط به آینده و ممکن‌الحصول (فرض چهارم) باشد. بدیهی است که در صورت تصحیح این نوع ضمان، دو فرض دیگر نیز به طریق اولویت تصحیح خواهند شد. البته تصحیح این نوع ضمان در صورتی خواهد بود که شرط محقق شود؛ در غیر این صورت و با عدم تحقق شرط، عقد نیز واقع نخواهد شد و از محل بحث خارج است.

۳. بررسی فقهی ضمان تعلیقی

ضمان یا به عین تعلق می‌گیرد و یا به دین. صورت اول مانند جایی است که عین به رهن گذاشته شده، در دست مرتهن تلف شود. ضمان دین نیز مانند ضمانت ضامن از قرضی که شخصی از نفر سوم می‌گیرد.

۱-۳. ضمان دیون

برای بررسی فقهی ضمان تعلیقی دیون، به دو صورت می‌توان مسئله را مورد واکاوی قرار داد:

۱. دین بر ذمه مدیون ثابت باشد.

۲. دینی بر ذمه مدیون ثابت نباشد.

در صورت دوم نیز دو فرض مطرح می‌شود:

الف) ضامن به دائن امر به دین نماید، دائن نیز قبول کرده و به شخص سومی (مدیون) قرض دهد (مثلاً ضامن به فردی می‌گوید: به شخص سومی قرض بده و من تضمین می‌کنم).

ب) ضامن امر به پرداخت دین نکرده، بلکه تنها در صورت عدم پرداخت مدیون، ضمانت مال را بر عهده بگیرد (مثلاً بگوید: اگر به فلانی قرض بدهی و اگر او پرداخت نکند، من ضامن دین تو هستم).

آیا در تمام این فروض و با توجه به اینکه ضمان در آنها تعلیقی است، عنوان عقد صادق است؟

ابتدا به بررسی فرض اول (ثبوت دین بر ذمه مدیون) می‌پردازیم.

فرض اول

سید یزدی در شرط هفتم از شرایط عقد ضمان در کتاب *العروة الوثقی* بر این عقیده است که اگر ضمان معلق بر شرطی باشد، مانند اینکه ضامن بگوید: «من ضامن آنچه هستم که بر عهده فلانی است، به شرط آنکه پدرم اجازه بدهد یا مدیون آن را نپردازد»، اگرچه طبق نظر مشهور، چنین ضمانتی باطل است، اما دلیلی بر بطلان ضمان به نحو

مذکور وجود ندارد؛ زیرا عنوان ضمان بر آن صادق است و عموماً نیز شامل آن می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۱/۲). ایشان در توضیحاتی کامل‌تر در رساله سؤال و جواب، تعلیق در چنین صوری را تعلیق در مُنْشَأً برمی‌شمارد که مانع عقلی و عرفی در صحت آن وجود ندارد (همو، ۱۴۱۵: ۳۳۰). همچنین با توجه به استناد ایشان به عموماًتی همچون ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و «المؤمنون عند شروطهم» در تصحیح ضمان ضم ذمه به ذمه (همان: ۲۵۲) می‌توان دریافت که مقصود ایشان از عموماًت در بحث حاضر نیز همین ادله است.

ادله بطلان عقد تعلیقی در فرض اول الف) اجماع

اجماع وجود دارد که در تمامی عقود لازم است که اثر، بلافاصله پس از تحقق عقد ایجاد شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۶: ۵۳۳).

ابن ادریس نیز در مسئله بطلان عقد در صورت تعلیق آن به مرگ همسر، دلیل بطلان را اجماع برمی‌شمارد. ایشان چنین عقده را متفاوت از عقد تدبیر و وصیت دانسته و بر این عقیده است که اگر اجماع بر صحت دو عقد مذکور وجود نداشته، باید حکم به بطلان آن‌ها می‌نمودیم (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۴۴/۲). از سخنان این فقیه می‌توان چنین فهمید که هر عقد تعلیقی به دلیل وجود اجماع باطل است؛ مگر عقود -مانند وصیت و تدبیر- که اجماعاً خارج از دایره این اجماع باشند.

ب) امتناع عرفی

چنان که گفته شد، به دلیل اجماع، اثر باید بلافاصله پس از تحقق عقد ایجاد شود، در حالی که در عقد مفروض چنین نیست؛ چرا که اثر این عقد، متوقف بر اجازه پدر یا عدم پرداخت دین توسط مدیون است. چنین فرضی مانند آن است که اثر عقدی چند ماه پس از انعقاد آن مترتب شود که خلاف سیره عقلاً بوده و امتناع عرفی دارد.

علامه حلی در توضیح این دلیل پس از ذکر فتاوی علمای اهل سنت، دلیل بطلان چنین عقدی را از زبان جوینی چنین نقل می‌کند: دلیل امتناع تعلیق در عقود آن است که تعلیق موجب خروج ایجاب و قبول از نظم متعارف آن گشته و سبب می‌شود که

قبول در آن شرط نباشد. بنابراین با عدم اشتراط قبول، چنین معامله‌ای مانند طلاق (ایقاع) می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۲/۱۷).

میرزای نائینی نیز در بسط این اشکال، تعلیق را به دو صورت تقسیم می‌نماید:
 ۱. تعلیق در انشا، ۲. تعلیق در مُنشأ.

تعلیق در انشا بدیهی‌البطالان است؛ زیرا انشا دائرمدار وجود و عدم است، مانند ضرب که با ایجاد آن توسط ضارب محقق می‌شود، بنابراین اختلاف مربوط به تعلیق در مُنشأ می‌باشد. در نظر میرزای نائینی تعلیق در مُنشأ ممکن و معقول است و نمونه‌هایی از آن را مانند تدبیر، وصیت و نذر در فقه می‌یابیم. تنها دلیل بطلان چنین تعلیقی، اجماع است که موارد پیش گفته از شمول آن خارج می‌باشد. در نظر ایشان، اجماع مدرکی است.

مدرک اجماع و دلیل بطلان عقد تعلیقی آن است که امور اعتباری محقق شده در عالم اعتبار، با امور تکوینی که در خارج موجود هستند، مقارن می‌باشند؛ مثلاً عقد بیع محقق شده توسط بایع، مقارن با زمان و امور زمانی تکوینی است و عاقد نیز تنها نفس بیع را انشا کرده است، نه بیعی که مقید به زمان و امر زمانی باشد. به عبارت دیگر، متعارف، انشاء نفس بیع است و تقارن این انشا با زمان و زمانیات، مربوط به انشاکننده نیست؛ بلکه امری قهری است، زیرا هر عملی در این دنیا در زمان واقع می‌شود. بنابراین اگر شخصی عقدی را معلق به زمان یا امر زمانی نماید، خلاف متعارف عمل کرده است - به عبارت دیگر، چنین عقدی عرفی نیست - و از تحت عمومات خارج خواهد بود (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱/۲۹۵).

ج) امتناع عقلی

تعلیق منافات با انشا دارد؛ زیرا انشا، نوعی ایجاد در عالم اعتبار است و ایجاد، وجود و موجود از یکدیگر جدا نبوده و ذاتاً واحدند و تنها در اعتبار تفاوت دارند. از سوی دیگر، لازمه تعلیق آن است که ایجاد و وجود از هم منفک باشند؛ بنابراین تعلیق، مضر به تحقق انشا بوده و چنین انشایی امتناع عقلی دارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲/۸۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۲۶۰).

اصفهان‌ی با تبیین دقیق‌تر این دلیل چنین می‌فرماید:

اولاً: انشا به معنای ایجاد بالعرض معنا در نفس الامر به وسیله لفظ است. لفظ واسطه در عروض برای ایجاد معناست؛ زیرا وجود حقیقی لفظ منحصر در وجود خارجی و ذهنی می‌باشد. همچنین بدیهی است که لفظ علت وجود خارجی معنا نیست و این نوع از وجود، مبادی و علل مخصوص خود را دارد؛ مثل وجود خارجی گرما که معلول آتش خارجی است.

ثانیاً: لفظ علت وجود ذهنی معنا نیست؛ زیرا لفظ کیف مسموع بوده و با جعل و اعتبار واضح بین لفظ و معنا ملازمه پدید می‌آید. بنابراین وجود خارجی لفظ، بالذات منتسب به کیف مسموع و بالعرض منتسب به معنا خواهد بود. به عبارت دیگر، انشا ایجاد بالعرض مُنشأً (معنا) است و چون انفکاک ایجاد از موجود (چه ذاتی باشد و چه بالعرض) ممتنع است، پس تخلف انشا از مُنشأً نیز مستحیل خواهد بود.

ثالثاً: ایجاد ملکیت اعتباری به صورت معلق، ایجاد تملیک به صورت حقیقی (به معنای ایجاد اثر بلافاصله پس از مؤثر) نیست، مگر آنکه معلق علیه مباشرتاً محقق شود. بنابراین اعتبار معلق مانند مقتضی می‌باشد که به دلیل نبود شرط، هیچ تأثیری ندارد (مانند آتش که مقتضی سوزاندن چوب است، اما به شرط اتصال به آن؛ پس اگر چوب از آتش فاصله داشته باشد، آتش هیچ اثری نسبت به چوب ندارد) (غروری اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۸۶-۲۸۸).

با توجه به سه مطلب پیشین، انشا از مُنشأً بالعرض نمی‌تواند منفک باشد و انشاء معلق نیز اثری ندارد، پس چنین عقد و اعتباری، امتناع عقلی خواهد داشت.

امام خمینی نیز به سه دلیل بر اشتراط تنجیز در عقود اشاره می‌کند: واجب مشروط به دلیل رجوع قید به هیئت باطل است. وجه بطلان آن یکی از سه مورد زیر می‌باشد:

۱. هیئت دارای معنای حرفی است و معنای حرفی نیز قابلیت تعلیق ندارد؛ زیرا لحاظ معنای حرفی، آلی و فی غیره است و در صورت تعلیق لازم می‌آید تا به صورت مستقل لحاظ گردد که خلف و باطل است.

۲. معنای حرفی، معنای جزئی است و جزئی قابلیت تعلیق و تقیید را ندارد.

۳. هئیت وسیله‌ای برای ایجاد معنای ماده در عالم اعتبار است (مانند ایجاد ماده ضرب) و ایجاد مانند وجود، قابلیت تعلیق ندارد؛ زیرا شیء یا موجود است و یا معدوم، بنابراین ایجاد معنا با لفظ، یا محقق است یا غیر محقق، و در آن تعلیق معنا ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۴۸/۱).

پاسخ به ادله بطلان فرض اول

سید یزدی به دو دلیل پاسخ می‌گوید. ایشان در مورد اشکال امتناع عقلی، از مثال نقض بهره می‌برد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۱/۲)؛ برای مثال، نذر که نیازمند انشاست، می‌تواند معلق بر شرط گردد و تمامی فقها چنین انشایی را پذیرفته‌اند. همچنین وصیتی که موجب تملیک مورث یا آزادسازی عبد گردد نیز می‌تواند معلق باشد. وقوع چنین انشاهای معلق، دلالت بر عدم صحت برهان عقلی بالا دارد؛ چرا که قواعد عقلی تخصیص بردار نیستند.

اجماع نیز از محل بحث خارج است؛ زیرا اجماع دلیل لبی بوده و به قدر متیقن آن اخذ می‌شود، در حالی که قدر متیقن از اجماع مذکور، عقود هستند که سبب ایجاد ملکیت شوند و عقد ضمان چنین نیست (همان).

بنابراین هر جا که عنوان عقد، التزام طرفینی و تجارت صدق کند، اطلاقات و عمومات شامل آن مورد خواهد شد، اگرچه معلق شده باشد؛ البته به شرط آنکه دلیل خاصی بر لزوم تنجیز وجود نداشته باشد.

امام خمینی در نقد این ادله چنین می‌نگارد:

۱. هر لفظی برای طبیعت معنا وضع شده است و تقیید آن معنا با لحاظ معنای ثانوی استقلال صورت می‌گیرد. هئیت نیز در معنای مطلق استعمال می‌شود و تقیید، وارد بر لحاظ دیگری از آن معنا می‌شود. بنابراین دو معنا وجود دارد: ۱. طبیعت معنا که لفظ در آن وضع و همچنین استعمال می‌شود. این معنا حرفی است. ۲. لحاظ ثانوی استقلال از این معنا که تقیید بر آن وارد می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۳۱۷/۱).

۲. هدف اصلی اهل محاوره، ایجاد یا حکایت نسبت میان معانی است. حال اگر در عالم تکوین محکایات مقید باشند، متکلم با تصور همان امر تکوینی مقید، از همان

امر مقید حکایت می کند و یا آن را ایجاد می نماید. بنابراین الفاظ مانند قالبی برای معنا به کار می روند و در این صورت حتی نیازی به لحاظ ثانوی نیز نمی باشد (همان: ۳۱۸/۱).

۳. تقیید در جزئی حقیقی، به اعتبار حالات و اصناف آن اشکال ندارد (همان).

۴. اعتباریات، احکام وجود حقیقی را ندارند و نباید اعتباریات را با تکوینیات خلط

نمود (همان: همو، ۱۴۲۱: ۳۴۸/۱).

محقق خوبی نیز در پاسخ به این ادله چنین می فرماید: اعتبار و انشا همان گونه که به امور مطلق تعلق می گیرد، به امور مقید نیز تعلق می گیرد؛ مثلاً گاهی انسان ملکیت مطلق و گاهی ملکیت مقید را انشا می کند که در این صورت تعلیق در اصل انشا نیست، بلکه معتبر (امر اعتباری) معلق شده است. همچنین در این صورت، انفکاک بین انشا و مُنشأ نیز روی نمی دهد؛ زیرا ملکیت مقیده (مُنشأ) به صورت فعلی حاصل می شود؛ چنان که در وصیت و تدبیر چنین است. ایشان این صور را به واجب مطلق و مشروط تشبیه می نماید. بنابراین در ضمان تعلیقی، تعلیق در مُنشأ است؛ اما هم انشا و هم مُنشأ (ضمان مقیده) بالفعل موجود هستند و تنها ضمان، فعلی نبوده و معلق به شرط می باشد که عقلاً ممتنع نیست (موسوی خوبی، ۱۴۱۸: ۴۰۱/۳۱).

بررسی بطلان فرض اول

در ایجاد تکوینی، تعلیق معنا ندارد؛ چرا که امر تکوینی یا موجود است یا معدوم. اگر چیزی ایجاد شد، باید موجود هم باشد. به عبارت دیگر، چون ایجاد عین موجود است، در صورتی که علت تامه پدیده ای موجود باشد، بلافاصله معلول آن نیز موجود خواهد بود. اما انشا، امری اعتباری است که ایجاد یا عدم ایجاد آن، وابسته به معتبر می باشد. انشا از سنخ اعتباریات بوده و قواعد امور تکوینی به دلیل تفاوت در سنخیت، در آن جاری نیست، بنابراین استدلال بر امتناع تعلیق در امور تکوینی نمی تواند دلیلی برای بطلان آن در امور اعتباری باشد.

اجماع فقها نیز مستند به ادله ای است که ایشان در میان سخنان خود در ابواب مختلف فقه بیان نموده اند و حداقل احتمال مدرکی بودن آن وجود دارد. بنابراین از این جهت نیز اجماع مخدوش بوده و قابلیت استناد ندارد. محقق خوبی نیز با احتمال

استناد اجماع به دلایل اعتباری مانند امتناع عقلی، اجماع را نمی‌پذیرد (همو، بی‌تا: ۶۶/۳).

همچنین در توضیح مثال‌های نقض می‌توان گفت:

۱. اگر شخصی به عبد خود بگوید: «أنت حرّ دبر وفاتی» که مقصود از چنین انشایی، آزادی عبد پس از مرگ است، پر واضح است که اثر این انشا بلافاصله پس از عقد محقق نشده است، بلکه منوط به مرگ مولاست، اگرچه تحقق آن در آینده قطعی است. بنابراین در این مثال، انشا معلق به امر قطعی خواهد بود.
۲. اگر شخصی نذر کند که در صورت بهبودی بیماری‌اش، عبدش آزاد گردد، اگرچه تحقق شرط معلوم نیست و احتمال دارد که مریضی او خوب نشود، با این حال، تمامی فقها قبول دارند که چنین نذری صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۴/۳۵ و ۳۷۷). همچنین به نظر می‌آید سخن از بطلان چنین نذری، موجب تخصیص اکثر باشد؛ چراکه بیشتر نذرهای معلق به تحقق میل درونی نادر است و نذر منجز کمتر اتفاق می‌افتد.

بنابراین می‌توان گفت در همه موارد چنین نیست که اثر عقد باید بلافاصله پس از انعقاد آن محقق گردد، بلکه معتبر می‌تواند تحقق اثر عقد را متوقف بر شروطی قرار دهد. چنین امری در عرف، امری عادی به حساب می‌آید و امتناع عرفی نیز ندارد. پس به مجرد اینکه عنوان عقد و تجارت بر موردی صادق باشد، مشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خواهد شد، هرچند تحقق اثر آن معلق باشد.

البته شاید در مورد دو مثال نقض، این اشکال مطرح شود که در ماهیت عقد تدبیر، و نذر تعلیق وجود دارد، در حالی که در ماهیت عقد ضمان چنین نیست؛ پس نمی‌توان این دو عقد را به عنوان شاهدی برای نقض مطرح کرد.

اما در پاسخ می‌توان گفت که نقطه کانونی بحث در بطلان یا عدم بطلان چنین عقود، امتناع عقلی تعلیق عقد است. بر اساس این مبنا، تعلیق با انشا منافات دارد - چنان که گذشت - و دلیل عقلی نیز تخصیص بردار نیست. بنابراین اگر چنین استحالتهای صحیح باشد، در عقود که در ماهیت آنها تعلیق وجود دارد، اشکال مؤکد خواهد بود.

فرض دوم

هشتمین شرطی که سید یزدی از جانب مشهور در مورد صحت ضمانت بیان کرده است، آن است که دین باید پیش از ضمانت در ذمه مدیون ثابت باشد؛ حال فرقی ندارد که دین مستقر (مانند قرض) باشد یا متزلزل (مانند بیع خیاری). اما ضمانت از کسی که هنوز ذمه‌اش مشغول نشده است، بنا بر نظر مشهور صحیح نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۲/۲). علامه حلی نیز بر بطلان چنین ضمانتی ادعای اجماع نموده است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۱۱/۱۴) و از سوی دیگر، برخی قداماً حکم به صحت چنین ضمانتی نموده‌اند (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۰۰).

برخی فقها چنین شرطی را در تنافی با بسیاری از فروعی می‌دانند که خود مشهور اعتقاد بر صحت آن‌ها دارند. در این فروع، مشهور با آنکه دینی بر عهده مضمون‌عنه ثابت نیست، پذیرفته‌اند که ضمان صحیح است. ایشان بر این عقیده‌اند که اگر مقتضی برای ثبوت دین حاصل باشد، هرچند سقوط دین فعلی نباشد (بلکه بالقوه باشد)، ضمان صحیح خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۲/۲؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۲۰/۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۱۴۲؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۶۳-۶۴)؛ مثلاً با اقدام به نکاح، مقتضی برای ثبوت دین ایجاد می‌شود؛ زیرا با انعقاد عقد نکاح، پرداخت نفقه همسر واجب شده و در صورت عدم پرداخت، به عنوان دین بر ذمه او خواهد آمد (کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۳: ۱۷۵/۳؛ محقق داماد، بی‌تا: ۳۶۵). همچنین عده‌ای برائت گرفتن طبیب پیش از عمل طبابت را نیز مانند این نوع ضمان بر شمرده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۶۴/۲)، اگرچه به نظر این مسئله «ابراء ما لم یجب» است.

سید یزدی این ضمان را مطلقاً مشمول عمومات دانسته و حتی صورتی را که مقتضی دین حاصل نشده باشد، نیز صحیح می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۲/۲)؛ مثل آنکه ضامن به دیگری بگوید: «اگر خودروی کسی را خراب کردی و به آن خسارت وارد نمودی، ضمانت آن بر عهده من است». در این مثال، ضامن نسبت به صاحب خودرو (مضمون‌عنه) متعهد گشته است تا خسارات احتمالی را جبران نماید؛ اگرچه هنوز مقتضای ضمانت (ایجاد خسارت به خودروی دیگری) ایجاد نشده است. این تعهد می‌تواند تبرعی و یا در مقابل مالی باشد که بین ضامن و مدیون قرارداد شده است.

میرزای قمی در پاسخ به سؤالی در مورد ضمانت برادر داماد نسبت به کوتاهی‌های داماد در مورد شروط عقد نکاح، توهم بطلان ضمان ما لم یجب را دفع کرده و چنین می‌نویسد:

«چنان که در "ضمان عهده درک ثمن مبیع" نیز چنین است؛ یعنی هر گاه کسی با ثمن معین به دیگری ملکی بفروشد و ثالثی با این شرط که اگر مبیع مستحق غیر برآید، برای مشتری ضامن شود، صحیح است و ضامن رد ثمن خواهد بود، در حالی که در زمان این معامله و عقد، در ظاهر، ضمان چیزی بر بایع لازم نیست» (گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۱۹/۴-۴۲۰).

ایشان در جای دیگر ضمان ما لم یجب را با استناد به عمومات و عدم دلیل بر بطلان آن تصحیح کرده و چنین می‌نگارد:

«پس حکم به اینکه ضمان ما لم یجب، ضمان آنچه در ذمه تعلق نگرفته یا عدم انتقال از ذمه مضمون عنه باطل است، صورتی ندارد» (همان: ۸۵/۳).

امام خمینی نیز در تقریراتی که در مورد مسائل جدید از ایشان منتشر شده است، چند دلیل به شرح زیر برای صحت ضمان ما لم یجب اقامه می‌نماید:

۱. شمول عموماتی همچون ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و «المؤمنون عند شروطهم».
۲. فتوای فقها به صحت چنین ضمانی در موارد گوناگون و در نتیجه عدم صحت ادعای اجماع.
۳. وجود روایاتی که دلیل بر صحت ضمان ما لم یجب است؛ مانند روایت یعقوب بن

شعب از امام صادق ع:

«سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ يَبِيعُ لِلْقَوْمِ بِالْأَجْرِ عَلَيْهِ صِمَانُ مَالِهِمْ. قَالَ: إِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ بِذَلِكَ إِنَّمَا أَخَافُ أَنْ يُعَرِّمُوهُ أَكْثَرَ مِمَّا يُصِيبُ عَلَيْهِمْ. فَإِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ فَلَا بَأْسَ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۷/۷)؛ از حضرت درباره مردی سؤال کردم که در برابر دستمزدی، کالای دیگران را به فروش می‌رساند، آیا [پیش از عمل] می‌تواند ضامن مال صاحبان کالا گردد؟ حضرت فرمود: اگر خود بدین امر راضی باشد، صحیح است. اگرچه بیم آن می‌رود که صاحبان کالا، بیش از آنچه به او می‌پردازند، غرامتی بر او تحمیل کنند؛ ولی اگر خود به این امر راضی باشد، اشکالی ندارد.

ایشان در نهایت به دلیل وجود مقتضی (عمومات) و نبود مانع، حکم به صحت چنین ضمانتی نموده و عقد بیمه را از همین راه تصحیح می‌نماید (موسوی خمینی و دیگران، بی‌تا: ۲۸-۲۷/۱).

بنابراین چنان که پیش از این بدان اشاره کردیم، هر موردی که صدق عنوان عقد بر آن مورد صحیح و التزام دوطرفه وجود داشته باشد، تحت عمومات قرار گرفته و می‌توان حکم به صحت چنین ضمانتی نمود.

البته در مورد این نوع ضمان می‌توان دو فرض مطرح کرد:

۱. گاهی ضامن به دائن، امر به دین می‌کند و مثلاً می‌گوید: «قرض بده و من ضمانت می‌کنم»، دائن نیز قبول کرده و قرض می‌دهد. در چنین صورتی، صدق عنوان عقد واضح است؛ زیرا در صورت پیشین که حکم به صحت آن شد، مضمون‌له بالفعل طلبکار بوده و ضامن با ایجاد ضمانت (پس از بدهکاری مضمون‌عنه) ذمه خود را مشغول می‌نمود؛ اما در این فرض، هنوز ذمه مضمون‌عنه مشغول نشده و کسی به او قرضی نداده است و این خود ضامن است که امر به پرداخت دین (از سوی مضمون‌له به مضمون‌عنه) نموده و ضمانت او را بر عهده می‌گیرد. لذا صدق عنوان التزام طرفینی و عقد، واضح‌تر از صورت قبل می‌باشد. بنابراین، این صورت مشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قرار می‌گیرد.

برخی روایات وارد شده مانند «لا طلاق إلا بعد نکاح»، «لا عتق إلا بعد الملك» و «لا صدقة إلا بعد الملك» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۵۰۷/۱۱)، مربوط به موارد خاصی همچون نکاح، عتق و صدقه است و عمومیت مطلب بالا را به چالش نمی‌کشد؛ زیرا این روایات مربوط به جایی است که از اساس عنوان عقد صادق نباشد. مثلاً اگر مردی پیش از ازدواج و انعقاد عقد نکاح، همسر خود را طلاق دهد، بدیهی است که چنین طلاق صادق نخواهد بود؛ زیرا طلاق متوقف بر علقه زوجیتی است که پیش از آن ایجاد شده است و با نبود این علقه، طلاق موضوعی ندارد تا محقق شود. بنابراین این موارد (طلاق، عتق و صدقه)، ایقاعاتی هستند که نمی‌توانند پس از عقد غیر محقق، واقع شوند و تحقق آن‌ها نیازمند موضوعی است که از پیش و توسط عقود دیگر ایجاد گردد، اما در محل بحث، عنوان عقد و التزام طرفینی صادق است؛ چرا که ضامن با

پذیرش تعهد نسبت به مضمون‌عنه، امر به پرداخت دین احتمالی می‌نماید. مطلب بالا مؤیدی نیز دارد. توضیح آنکه اگر یکی از افراد حاضر درون کشتی در حال غرق، به دلیل ترس از غرق شدن کشتی، به مالک اجناسی که درون آن است امر کند تا اجناس خود را به دریا بیفکند و در مقابل، ضمانت آن‌ها را بر عهده بگیرد، بین تمامی مسلمانان اجماع وجود دارد که چنین ضمانتی (اگرچه پیش از آن هیچ اشتغال ذمه‌ای وجود نداشته) صحیح است (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۷۵/۵). پس در این مسئله به صرف امر ضامن و پذیرش مضمون‌له، ضمانت حاصل می‌شود، اگرچه ذمه‌ای از پیش مشغول نباشد. در مسئله ما نیز همین امر محقق است و اگر در فرض حاضر، فساد چنین ضمانتی را بپذیریم، در مسئله کشتی در حال غرق نیز باید حکم به فساد نماییم، در حالی که هیچ فقیهی فتوا به بطلان چنین ضمانتی نداده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۹/۲). البته برخی فقها، دلیل صحت ضمان در چنین فرعی را ضرورت (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۴۱/۴)، و برخی حاجت برای حفظ نفس و اجماع (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۶۴/۲) ذکر نموده‌اند. اما طباطبایی حکیم چنین فرعی را ضمان عرفی نامیده و در نهایت نتیجه می‌گیرد که هر چه دارای فایده عقلایی باشد و عرف نیز آن را بپذیرد - حتی اگر ضرورت نداشته باشد - صحیح است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۵۹/۳). به همین جهت، فخرالمحققین صحت این فرض را مترتب بر وجود «فایده» نموده است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۷۵/۴). بنابراین می‌توان گفت که دلیل اجماع بر صحت چنین فرضی، وجود فایده عقلایی بوده و در هر فرض دیگری که چنین فایده‌ای وجود داشته و از مصادیق ضمان ما لم یجب باشد، می‌توان حکم به صحت نمود.

۲. ضامن ضمانت خود را معلق بر وقوع قرض و عدم بازپرداخت مدیون نماید و مثلاً بگوید: «اگر به فلانی قرض دهی و او پرداخت نکند، من ضامن دین تو هستم». در این فرض نیز به نظر می‌آید که عنوان عقد و التزام طرفینی صادق، و از جهتی مانند عقد جعاله باشد. همان گونه که در جعاله، جاعل پرداخت جُعل را معلق بر عمل عامل نموده است، در اینجا نیز ضامن، پرداخت وجه ضمانت‌شده را معلق بر عدم پرداخت از سوی مضمون‌عنه می‌نماید. البته در جعاله، جُعل به سود عامل می‌باشد و در ضمانت، چیزی به نفع مقرض نبوده و او تنها چیزی را که قرض داده است، با ضمانت ضامن و

پرداخت او دوباره به دست می‌آورد. اما در هر صورت می‌توان گفت که ضمانت در این فرض، از جهت صدق عنوان عقد و التزام طرفینی مانند جعاله است. بنابراین فرض حاضر نیز مشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بوده و صحیح است.

۲-۳. ضمان اعیان

ضمان اعیان به دو صورت قابل فرض است: ۱. ضمان اعیان مضمونه مانند ضمان مقبوض به عقد فاسد، ۲. ضمان اعیان غیر مضمونه مانند ضمان عینی که ودیعه بوده و بدون تعدی و تفریط تلف شده باشد.

۱-۲-۳. اعیان مضمونه

دو نظر درباره ضمان اعیان مضمونه وجود دارد:

۱. صحت ضمان (صدر، ۱۴۰۱: ۲۴۱-۲۴۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۰/۲).
۲. عدم صحت ضمان (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۴/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۰/۲۶-۱۴۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۹۵/۴).

با تصحیح ضمان در اعیان غیر مضمونه می‌توان با قیاس اولویت و یا حداقل با قبول همان دلایل، این ضمان را نیز تصحیح کرد. به همین دلیل، تنها به بررسی اعیان غیر مضمونه می‌پردازیم.

۲-۲-۳. اعیان غیر مضمونه

در مورد ضمان اعیان غیر مضمونه مانند مالی که به عنوان مضاربه، رهن یا ودیعه گذاشته می‌شود، برخی فقها با تعبیر «لا خلاف»، خبر از عدم وجود اختلاف بین شیعه در عدم صحت ضمان آن‌ها داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۱/۲۶). البته «لا خلاف» یعنی کسانی که به بیان این فرع پرداخته‌اند، در این حکم اختلافی ندارند و چه بسا اگر فقهای دیگر این مطلب را بیان می‌کردند، نظر مخالفی را ابراز نمی‌نمودند. بنابراین از «لا خلاف» اجماع و یا مطابقت حکم شارع با مفاد «لا خلاف» را نمی‌توان کشف نمود. بنابراین در نهایت می‌توان گفت مشهور بر این باورند که اگر مالی به عنوان مضاربه، رهن، ودیعه و... در اختیار دیگری گذاشته شود، شخص دیگر

نمی‌تواند آن را ضمانت کند.

اما عده‌ای از فقها در مقابل مشهور ایستاده و بر حسب عمومات و با تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ضمان مذکور را تصحیح نموده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲/۷۷۷). توضیح آنکه مثلاً اگر ضامن به مودع بگوید: آنچه را که پیش فلانی ودیعه گذاشتی، من ضامن هستم (در صورت بقاء، عین و در صورت تلف، مثل آن را برمی‌گردانم) و مودع هم قبول کند، در این صورت عنوان عقد صادق است؛ چرا که التزام طرفینی محقق شده است. بنابراین چنین عقدی، مشمول عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و تعلیق هم ضرری به صدق عقد نمی‌رساند.

یکی از فقهای معاصر بر این عقیده است که اگر مراد از ضمان در اعیان غیر مضمونه، صرف اشتغال ذمه باشد - که غیر از معنای مصطلح ضمان است - می‌توان آن را با تمسک به عمومات وفای به شرط و عهد تصحیح نمود. در نتیجه هر گاه عین تلف شود، امین ضامن نیست، بلکه ضمان بر عهده کسی است که ضمانت کرده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۳۴۸).

به نظر می‌رسد که اصل این سخنان قابل پذیرش است. اما چنان که گذشت، برای صدق التزام طرفینی و عقد، نیاز به قبول مضمون‌له نیز وجود دارد. در صورت عدم قبول مضمون‌له، ضمان به صورت ایقاع یا وعد ابتدایی می‌باشد که اجماع بر عدم وجوب التزام به آن است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۵۶/۶).

۴. ضمان تعلیقی در قوانین موضوعه

ماده ۱۰ قانون مدنی به صراحت بیان می‌دارد کلیه تعهداتی که خلاف صریح قانون نباشد، صحیح است. از سوی دیگر، قانون عقد معلق را به صورت عمومی باطل نمی‌داند، پس می‌توان نتیجه گرفت که عقد معلق صحیح است، مگر آنکه در قانون به خلاف آن تصریح شود.

نظر قریب به اتفاق حقوق‌دانان نیز بر عدم بطلان عقد تعلیقی است. ایشان دلایل بطلان عقد تعلیقی را همان استدلال‌هایی که پیشتر از زبان فقها ذکر شد، بیان می‌دارند (امامی، ۱۳۸۴: ۱/۱۶۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۵۸؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۲: ۱/۱۸۰؛ جعفری

لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۲۹۳/۲). اگرچه در این بین، برخی با توجه به نظر مشهور فقها چنین عقودی را باطل می‌دانند (بروجردی عبده، ۱۳۲۹: ۱۵۶). یکی از موارد استثنا در قانون مدنی، ضمان تعلیقی است که قانون‌گذار حکم به بطلان آن داده است.

ماده ۶۹۹ در مورد ضمان تعلیقی بدین شرح است:
«تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد، من ضامنم، باطل است. ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد».

ماده ۶۹۹ اشاره به بطلان تعلیق ضمان بر شرط دارد. بنابراین اگر اصل ضمانت ضامن معلق گردد، آن ضمانت باطل خواهد بود. اما با توجه به ذیل ماده ۶۹۹، تعلیق التزام به تأدیه اشکالی ندارد. ماده ۷۲۳ نیز به همین موضوع اشاره می‌نماید:
«ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود. در این صورت، تعلیق به التزام مبطل نیست؛ مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید».

بنابراین قانون‌گذار با تفکیک دو عنوان «ضمانت» و «التزام به تأدیه»، احکام جداگانه‌ای برای آن در نظر گرفته است. از این رو، شناسایی تفاوت این دو عنوان امری مهم به نظر می‌رسد.

۱-۴. تفاوت ضمانت و التزام به تأدیه

چنان که گفته شد، منظور از ضمانت در اینجا عقدی است که شخصی، مالی را که بر ذمه دیگری است، بر عهده می‌گیرد. پس ضمانت اولاً عقدی با عنوان مستقل فقهی است و ثانیاً عنصر نقل ذمه در آن مورد نظر است.

در سوی مقابل، التزام به تأدیه مانند ضمانت، عقدی مستقل نیست؛ بلکه صرفاً نوعی تعهد است که از سوی متعاقدين و ضمن عقد دیگری حاصل می‌شود. در تعلیق التزام به تأدیه، اصل عقد معلق نمی‌گردد، بلکه تنها پرداخت (تأدیه) مال تعهدشده معلق می‌شود، بر خلاف تعلیق عقد ضمان.

برای مثال، گاهی ضامن اصل ضمانت خود را معلق به حصول شرطی می‌نماید،

مانند آنکه می‌گوید: اگر مدیون پرداخت نکرد، من ضامن هستم. گاهی نیز ارکان عقد ضمان تکمیل شده و ضامن پرداخت مال مضمون را معلق به شرط می‌نماید، مانند آنکه می‌گوید: من پرداخت می‌کنم، اگر مدیون پرداخت نکرد. پر واضح است که در صورت اول، ضامن اصل ضمانت خویش را معلق به شرط نموده است؛ اما در صورت دوم، تنها پرداخت دین معلق شده است.

خلاصه آنکه بر اساس مواد مذکور از قانون مدنی، ضمان تعلیقی باطل، و با تعلیق التزام به تأدیه متفاوت است؛ اگرچه اصل عقد تعلیقی، صحیح انگاشته شده است. البته ماده ۷۰۰ این قانون تنها در یک صورت، تعلیق اصل ضمان را صحیح می‌داند: «تعلیق ضمان، به شرایط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون باشد، من ضامنم، موجب بطلان آن نمی‌شود».

در این ماده، تعلیق ضمان به شروطی که وجود آن‌ها شرط صحت اصل ضمان است، صحیح شمرده شده است.

ماده ۶۹۱ - که اشاره به ضمان ما لم یجب دارد - مقرر می‌دارد:
«ضامن دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است».

در نتیجه ضمانت دینی صحیح است که بالفعل ایجاد شده باشد. به عبارت دیگر، یکی از شرایط صحت عقد ضمان، مدیون بودن مضمون‌عنه است. حال در نفس الامر، مضمون‌عنه یا مدیون است و یا مدیون نیست. اگر مدیون باشد که تعلیق این عقد بر شرطی است که معلوم‌الحصول بوده و ضرری به ماهیت انشا وارد نمی‌سازد و می‌توان گفت که به نوعی خارج از بحث حاضر و شروطی است که محتمل‌الحصول هستند (مانند فرض اول از فروض چهارگانه سید خوبی). اگر این شرط در حال محقق نباشد، بدیهی است که عقد ضمان از اصل محقق نشده است. از همین روی قانون‌گذار نیز این مورد خاص را استثنا کرده است.

حال با توجه به آنچه در بخش اول مقاله گذشت، می‌توان گفت که نه تنها ضمان تعلیقی، بلکه ضمان ما لم یجب نیز که در مواد ۶۹۱ و ۶۹۹ تصریح به بطلان آن‌ها شده است، صحیح و نافذ می‌باشد. بنابراین ماده ۷۰۰ قانون مدنی با توجه به تصحیح مطلق

ضمان تعلیقی خصوصیتی ندارد. همچنین میان ضمان تعلیقی و تعلیق التزام به تأدیه از جهت نفوذ نیز تفاوتی وجود ندارد.

برخی حقوق‌دانان در تصحیح ضمان تعلیقی چنین نگاه داشته‌اند:

«استدلال کسانی که عقیده به بطلان این نوع از ضمان دارند، دو چیز است: اولاً تأخر اثر ضمان از موقع انشاء عقد، و ثانیاً تعلیق اثر ضمان منافی با انشاست. در صورتی که به عقیده مصنف، این نوع از ضمان هم در نظر عرف ضمان است و موجب انتقال ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌شود. به هر حال کسانی که این نوع از تعلیق را باطل می‌دانند، تعلیق التزام وفا را مانع نمی‌دانند، در صورتی که تعلیق در التزام وفا هم موجب تعلیق در ضمان می‌شود؛ مثل اینکه گفته شود من ضامنم اگر پولی برای من رسید تا دو ماه دیگر پردازم. این نوع از تعلیق را که راجع به اداء دین است نه نفس ضمان، مبطل ضمان ندانسته‌اند» (حائری، ۱۳۷۶: ۶۲۶/۲).

برخی دیگر در تصحیح عقود غیر مضمونه مانند عاریه و ودیعه که در زمان عقد ضمان سبب مسئولیت (تعدی و تفریط) ایجاد نشده است، به ماده ۱۰ قانون مدنی و همچنین «پذیرش منطق ساده اجتماع» استناد کرده و از این رهگذر به صورتی ضمان ما لم یجب را پذیرفته‌اند (امامی، ۱۳۸۴: ۲۶۱/۲).

در قانون نیز مثال‌های نقضی برای چنین ضمان‌هایی موجود است؛ برای نمونه، شوهر می‌تواند نسبت به نفقه آینده زن ضمانت کند؛ ضمان از تعهد جاعل پیش از انجام دادن کار موضوع قرارداد نیز صحیح است یا ضمان حسن انجام قرارداد پیمانکار در مورد جبران خسارت صاحبکار نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۴۷).

نتیجه‌گیری

ضمان تعلیقی به دو صورت قابل فرض است؛ گاهی دین بر ذمه مدیون ثابت است و گاهی هیچ دینی بر ذمه مدیون ثابت نیست. در صورت اول، به دو دلیل حکم به بطلان چنین ضمانتی شده است؛ امتناع عقلی و اجماع. در مورد دلیل عقلی می‌توان گفت که اساساً بین عقلاً چنین عقود (مثل نذر و...) رایج است و از جایی که دلیل عقلی تخصیص‌بردار نیست، این برهان با مثال نقض باطل می‌شود. اجماع نیز مدرکی

بوده و حجیت ندارد؛ چرا که ادله‌ای که مدعیان اجماع به آن تمسک کرده‌اند، در اختیار ما قرار دارد و حداقل اجماع محتمل‌المدرکی خواهد بود.

همچنین به صورت کلی‌تر می‌توان گفت که هر جا عنوان عقد و تجارت صدق کند، اطلاقات و عمومات صحت عقد مانند ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ شامل آن شده و تا دلیلی مخصص آن را خارج نکند، حکم به صحت آن می‌شود. ضمان تعلیقی نیز این‌گونه بوده و دلیل مخصصی وجود ندارد.

اما صورت دوم نیز با توجه به نکته کلی و عدم تحقق اجماع ثابت است؛ زیرا این صورت نیز مشمول عنوان عقد و التزام طرفینی شده و مخصصی نیز وجود ندارد.

بنابراین ضمان تعلیقی در هر صورت صحیح، و حکم به بطلان آن ناصحیح می‌باشد. همچنین ضمان آنچه دلیل آن هنوز به وجود نیامده نیز صحیح است. مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی را نیز که حکم به بطلان چنین ضمان‌هایی کرده‌اند، می‌توان مورد بازنگری قرار داد. بدین منظور صدق عنوان التزام طرفینی در صدق عنوان ضمان کافی بوده و با توجه به آنچه طرفین توافق می‌کنند، عقد منعقد می‌شود. این التزام می‌تواند مجانی و یا در مقابل عوض باشد. ضمانت آنچه وقوعش در آینده محتمل است نیز با توجه به توافق طرفین صحیح و الزام‌آور می‌باشد. بنابراین میان تعلیق التزام به تأدیه، تعلیق به شرایط صحت ضمان و تعلیق به غیر آن تفاوتی وجود ندارد. از این رو، مواد ۶۹۱ و ۷۰۰ عملاً بلااثر، و ماده ۶۹۹ نیازمند بازنگری کلی خواهد بود.

کتاب‌شناسی

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، تصحیح علی پناه اشتهاردی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳. ابن فهد حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، تحقیق جمال‌الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ هجدهم، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب مکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب‌فروشی علمی، ۱۳۲۹ ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۰. حائری (شاه‌باغ)، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، *المسائل المستحدثة*، قم، بی‌نا، بی‌تا.
۱۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق علی شیری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، تهران، مؤسسه لغت‌نامه دهخدا، بی‌تا.
۱۶. صدر، سیدمحمدباقر، *البنک اللاربوی فی الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
۱۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دارالنفیسی، ۱۴۱۶ ق.
۱۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۱۹. همو، *سؤال و جواب*، تهران، مرکز نشر العلوم الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۰. طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، کتاب‌فروشی مرتضوی، ۱۳۷۵ ش.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۲۲. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۲۳. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۲۴. عاملی، یاسین عیسی، *الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیه*، بیروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۳ ق.

۲۵. عاملی جمعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. همو، *تمهید القواعد الاصولیة و العربیة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۷. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیة*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیة، ۱۴۱۰ ق.
۲۹. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳۱. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۲. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۰۹ ق.
۳۴. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، چاپ دوم، قم، دار الهجرة، ۱۴۱۴ ق.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، چاپ بیست و سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۳۶. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۳۷. کاشف الغطاء نجفی، احمد بن علی بن محمدرضا، *سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۳۸. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۹. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴۱. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، بی تا.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *جلیل قنوتی*، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی پور فرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیة*، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۹۲ ش.
۴۴. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی تا، بی تا.
۴۵. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه الشركة و کتاب التأمین*، قم، مکتبه امیرالمؤمنین علیه السلام - دار العلم مفید، ۱۴۱۴ ق.
۴۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تهذیب الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۳ ق.
۴۷. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۴۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، و دیگران، *مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*؛ بررسی چند مسئله مستحدثه، قم، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، شماره اول، بی‌تا.
۴۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی‌جا، بی‌تا، بی‌نا.
۵۰. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۱. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار - دفتر معظم‌له، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.