

بازخوانی مفهوم و احکام ضمان عرفی در فقه امامیه و حقوق ایران به عنوان چارچوبی برای حل مسائل مستحدث: با نگاهی بر آراء سید یزدی (ره) و استاد آیت الله محقق داماد (حفظه الله)

نیمانوروزی^{۱*}

^۱ پژوهشگر رسمی معاونت پژوهش حوزه های علمیه و سطوح عالی و خارج حوزه علمیه قم و گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشکده علوم و

معارف، جامعه المصطفی (ص) العالمیه، قم، ایران

n.nima1376@gmail.com

چکیده.

عقد ضمان در فقه امامیه نهادی بنیادین است که همواره بر مبنای «نقل ذمه» تبیین شده؛ یعنی با انعقاد عقد، دین از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می شود. هرچند این برداشت سنتی در طول تاریخ جایگاه استواری یافته، اما در برابر تحولات اجتماعی و اقتصادی معاصر کارایی محدودی دارد. در حوزه هایی چون ضمانت نامه های بانکی، قراردادهای بیمانکاری و بیمه، تعریف سنتی ضمان پاسخ گو نیست و نیازمند بازنگری است. بر همین اساس، برخی فقهای معاصر نظریه «ضمان عرفی» را مطرح کرده اند؛ نهادی که نه بر انتقال دین، بلکه بر «التزام عرفی» ضامن به جبران خسارت یا ایفای تعهد استوار است. ضمان عرفی از حیث ماهیت، نوعی تعهد قراردادی یا حتی ایقاعی است که مشروعیت خود را از عرف و نیازهای اجتماعی می گیرد و بدین سان از عقد ضمان مصطلح مبتنی بر ذمه متمایز می شود. در این زمینه، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (ره) با نوآوری های خود در عروه الوثقی و حاشیه های مکاسب راه را برای پذیرش ضمان عرفی گشود. همچنین در حقوق ایران، استاد آیت الله سید مصطفی محقق داماد این مبانی را در قالب نظریه عمومی شروط و التزامات به زبان حقوقی در آورد و وارد دکتترین حقوقی نمودند. این پژوهش با بررسی تاریخی عقد ضمان و تحلیل دیدگاه های سید یزدی و مقایسه عقد ضمان مصطلح و عرفی، نشان می دهد که بازخوانی ضمان بر پایه عرف و نیازهای روز، با مبانی فقه امامیه سازگار بوده و می تواند به پویایی فقه معاملات و همگرایی آن با نظام های حقوقی معاصر یاری رساند.

کلیدواژه ها: عقد ضمان مصطلح، عقد ضمان التزام عرفی، ضمان ذمه، ضمان عهده، تعهدات تکلیفی.

Rereading the concept and types of customary guarantee rulings in Imami jurisprudence and Iranian law as a framework for solving emerging issues: Looking at the opinions of Sayyid Yazdi and Professor Mohaqiq Damad

Nima Norouzi^{1*}

¹ Official Researcher, Vice-President for Research on Seminaries and Higher Levels of the Seminary of Qom and Department of Jurisprudence and Private Law, Faculty of Sciences and Education, Al-Mustafa (PBUH) Al-Alamiyah University, Qom, Iran

Email: n.nima1376@gmail.com

Abstract.

The contract of guarantee (*ḍamān*) has long been regarded as a central institution in Imami jurisprudence, traditionally defined on the basis of *naql al-dhimma* (transfer of liability). According to this view, the debt is moved from the original debtor to the guarantor. While this classical doctrine gained a firm place in juristic tradition, it has lost much of its practical relevance in light of modern social and economic realities. In contemporary contexts—such as bank guarantees, construction contracts, property insurance, and credit arrangements—the traditional model no longer provides an adequate explanation. To address this gap, contemporary scholars have advanced the idea of “customary guarantee” (*ḍamān ‘urfi*). Unlike the classical model, it is not based on transferring debt but on the guarantor’s undertaking to indemnify losses or ensure fulfillment of obligations. This type of guarantee operates as a contractual or even unilateral commitment, validated by custom and practical necessity, and thus differs fundamentally from the *dhimma*-based framework. Sayyid Muḥammad Kāẓim al-Ṭabāṭabā’ī al-Yazdī (d. 1919) played a pioneering role by recognizing the legitimacy of guarantees beyond strict debt transfer in works such as *al-‘Urwa al-Wuthqā*. In modern Iran, Ayatollah Sayyid Muṣṭafā Muḥaqiq Dāmād reformulated these insights in his *General Theory of Conditions and Obligations*. This study concludes that redefining guarantee in light of custom and current needs is compatible with Imami jurisprudence and enhances its capacity to engage with modern legal institutions.

Keywords: Classical contract of guarantee, Customary contract of guarantee, Guarantee based on *dhimma*, Guarantee based on *‘uhda*, Normative obligations

مقدمه

عقد ضمان به عنوان یکی از عقود معین در فقه امامیه، از دیرباز جایگاه ویژه‌ای در نظام معاملات داشته است. فقها این عقد را غالباً به «نقل ذمه» تعریف کرده‌اند؛ بدین معنا که با انعقاد آن، دین از ذمه‌ی بدهکار اصلی به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌شود و مضمون عنه بری الذمه می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۳۵). با وجود این مبنای سنتی، تحولات اجتماعی و نیازهای نوین اقتصادی سبب شده است تا کارکرد این نهاد حقوقی در بسیاری موارد ناکافی یا حتی غیرقابل اعمال جلوه کند.

یکی از مهم‌ترین کاستی‌های برداشت کلاسیک از ضمان، محدود کردن آن به «دین بالفعل» در ذمه است. در حالی که در مناسبات اجتماعی و اقتصادی امروز، ضمانت‌ها غالباً معطوف به تعهدات آینده، قراردادهای بانکی، بیمه‌ها، و ضمانت‌نامه‌های تجاری هستند که با مبنای «نقل ذمه» همخوانی کامل ندارند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۷). این تضاد میان واقعیت‌های اقتصادی و مبانی نظری سنتی، ضرورت بازنگری در مفهوم ضمان را آشکار می‌سازد.

در آثار فقهی، در کنار ضمان به معنای رایج، مواردی دیده می‌شود که موضوع آن‌ها دین نیست؛ از جمله ضمان اعیان و ضمان عهده. این موارد، اگرچه در چارچوب «نقل ذمه» نمی‌گنجند، اما فقها به‌طور پراکنده آن‌ها را پذیرفته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۶۲). پذیرش این موارد نشان می‌دهد که حتی سنت فقهی نیز در مواردی از قالب سخت گیرانه‌ی ضمان مصطلح فراتر رفته است.

در این میان، مفهوم «ضمان عرفی» به عنوان گونه‌ای نو از ضمان در فقه معاصر مطرح گردیده است. در این مفهوم، ضمان صرفاً به معنای «التزام به پرداخت یا جبران» تلقی می‌شود، بی آنکه لزوماً انتقال دین رخ دهد. به بیان دیگر، ضمان عرفی نوعی تعهد قراردادی و توثیقی است که بر مبنای عرف و نیازهای اجتماعی تحقق می‌یابد (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۳۴۲).

یکی از فقهایی که در تحول این بحث نقشی محوری ایفا کرده، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (ره) است. وی ضمن پایبندی به مبنای سنتی ضمان در موارد اصلی، با تحلیل‌های نوآورانه‌ی خود در عروه‌الوثقی و حواشی مکاسب، افق جدیدی برای پذیرش ضمان عرفی گشود. دیدگاه ایشان در خصوص ضمان ید و پذیرش ضمان اعیان در برخی موارد، نشان‌دهنده‌ی انعطاف ایشان در برابر واقعیت‌های عرفی و حقوقی زمانه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۹).

نوآوری سید یزدی در طرح ضمان عرفی را می‌توان در فاصله گرفتن از انحصار ضمان به «ذمه» و توجه به نهاد «عهده» دانست. او با استناد به حدیث «علی‌الدین ما أخذت حتی تؤدیه»، دامنه ضمان را از صرف دیون به مسئولیت نسبت به اعیان نیز گسترش داد. این مبنا، امکان تبیین ضمان به عنوان نهادی عام و تعهدآور را فراهم می‌کند که نه تنها در حوزه‌ی دین، بلکه در عرصه‌های متنوعی همچون قراردادهای تجاری و بیمه نیز کاربرد دارد (همان، ص ۱۰۰).

اهمیت بازخوانی نظریه‌ی سید یزدی در روزگار حاضر بیش از پیش آشکار می‌شود؛ زیرا نظام‌های حقوقی و اقتصادی معاصر، انواع گوناگونی از ضمانت‌نامه‌ها، بیمه‌ها و ترتیبات قراردادی را به کار می‌گیرند که با تفسیر کلاسیک فقهی سازگار نیستند. در چنین شرایطی، تکیه بر دیدگاه‌های نوآورانه‌ای چون دیدگاه سید یزدی می‌تواند زمینه‌ی همگرایی فقه امامیه با نظام‌های حقوقی جدید را فراهم آورد (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۳۰۷).

بر این اساس، هدف اصلی این مقاله بررسی ماهیت و ویژگی‌های ضمان عرفی و تحلیل مشروعیت آن از منظر فقه امامیه است. برای این منظور، نخست به سیر تاریخی و مبانی کلاسیک عقد ضمان پرداخته می‌شود، سپس دیدگاه‌های سید یزدی در خصوص ضمان عرفی تبیین می‌گردد و در نهایت تفاوت‌ها و شباهت‌های ضمان عرفی با ضمان مصطلح مورد بررسی قرار خواهد گرفت. این پژوهش درصدد است نشان دهد که ضمان عرفی، به مثابه یک نهاد تعهدی نوین، قابلیت پذیرش در فقه امامیه را دارد و می‌تواند پاسخ‌گوی نیازهای حقوقی معاصر باشد.

بر اساس این تحلیل، پذیرش و توسعه ضمان عرفی می‌تواند ضمن پر کردن خلأهای نظری و عملی نظام حقوقی، سازگاری بیشتری میان فقه امامیه و نهادهای تضمینی مدرن ایجاد کند. این همگرایی نه تنها در عرصه معاملات و قراردادها، بلکه در تضمین حقوق اشخاص و پشتیبانی از کارکرد اقتصادی نظام حقوقی نقش مهمی خواهد داشت.

۱. مبانی تصویریه بحث

الزام: «الزام» مصدر باب افعال و در لغت به معنای ای چون اجبار، لازم گردانیدن، بر عهده گرفتن، واداشتن و متعهد ساختن آمده است (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۹، ص ۶۰۴۳؛ دهخدا، معین، عمید، ذیل واژه). این واژه اصطلاح خاص فقهی یا حقوقی ندارد؛ اما در قانون مدنی به اشتباه به جای واژه‌های «الزام» و «تعهد» به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۷۶). از منظر مفهومی، الزام ناظر بر هرگونه تکلیف یا تعهدی است که قانون یا توافق آن را بر عهده شخص قرار داده است.

در قانون مدنی، «الزامات» شامل تکالیف ناشی از عقود و نیز تکالیف قانونی بدون قرارداد است. نوع نخست در قالب مسئولیت قراردادی تعریف می‌شود و نوع دوم به الزامات قانونی یا غیرقراردادی بازمی‌گردد، که فصل دوم از قسمت دوم کتاب دوم قانون مدنی از ماده ۳۰۱ به بعد به آن پرداخته است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۰).

مسئولیت: «مسئولیت» از ریشه «سأل» و در لغت به معنای پایبند بودن، متعهد بودن، در معرض بازخواست قرار داشتن، ضمانت و مواخذه آمده است (معین، عمید، دلفانی، ۱۳۸۲ش، ص ۲۴؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۸؛ لطفی، ۱۳۹۳ش، ص ۳). این واژه، مفهوم پاسخ‌گویی را در خود دارد و ناظر بر وضعیتی است که شخص در برابر رفتارهای خویش باید جوابگو باشد.

در اصطلاح حقوقی، مسئولیت به معنای الزام شخص به پاسخ‌گویی در قبال افعالی است که به او منسوب شده است (باریکلو، ۱۳۹۳ش، ص ۲۴). این مفهوم، پایه‌ای برای بحث ضمان، تعهد و تکلیف در روابط حقوقی، اعم از قراردادی و غیرقراردادی است و در فقه اسلامی نیز در پیوند با مفاهیمی چون التزام و ضمان معنا می‌یابد (یزدانی، ۱۳۹۹).

التزام: «التزام» مصدر باب افتعال از ریشه «لزم» است و در لغت به معنای عهده‌دار شدن کاری، پذیرش مسئولیت و وادار کردن خود به انجام امری آمده است (عمید، ذیل واژه). این واژه از نظر فقهی به معنای تعهد به انجام یا ترک کاری دانسته شده (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۶۳۳) و در اصطلاح حقوقی، مترادف با «تعهد» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۷۶).

سنهوری، «التزام» را حالت حقوقی‌ای می‌داند که به موجب آن، شخص معین متعهد به انتقال حقی عینی یا انجام یا ترک فعلی می‌شود و آن را مفهومی عام‌تر و دقیق‌تر از «تعهد» دانسته است؛ زیرا تعهد ممکن است صرفاً به التزام ناشی از عقد محدود شود، در حالی که التزام همه موجبات، اعم از قانونی، قهری و قراردادی را دربرمی‌گیرد (السنهوری، ۱۹۵۲م، ج ۱، صص ۱۱۴-۱۱۲؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶ش).

تعهد: واژه «تعهد» مصدر باب تفعّل و برگرفته از ریشه «عهد» است که در لغت به معنای حفظ و نگهداری از چیزی، به عهده گرفتن امری، و پیمان بستن آمده است (مشکینی، بی‌تا، صص ۳۸۲-۳۸۱؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۲۱؛ حائری، ۱۴۲۳ق، صص ۱۸۶-۱۸۴؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۵۹؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۳۱۳؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۵؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۰۳؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۱۲). این واژه، در اصطلاح فقه و حقوق، به رابطه‌ای حقوقی اطلاق می‌شود که به موجب آن، شخص یا اشخاصی معین، به اقتضای عقد، شبه‌عقد،

جرم، شبه جرم یا حکم قانون، ملزم به دادن چیزی یا انجام یا ترک عملی در نفع دیگری می شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ش، ص ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ص ۷۱). در معنای عام، تعهد مترادف با مفاهیمی چون عقد (گیلانی، ۱۴۰۷ق، صص ۱۳، ۹۲؛ مامقانی، ۱۳۱۶ش، ج ۳، ص ۳۸۰؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۱۲)، شرط (یزدی، بی تا، ص ۳۱۹)، اشتراط، الزام، التزام (همدانی، ۱۴۲۰ق، صص ۱۳۷، ۵۱۴)، عهد، عهده، ضمان (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، قسم ۲، ص ۲۳۴؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۴۵؛ همان، بی تا، ص ۱۱۸) و تکلیف به کار می رود و تمامی حقوق و الزامات دینی را در برمی گیرد (احمدی، ۱۳۸۸). در متون فقهی نیز این واژه بیشتر در ابواب ضمان، حواله و کفالت دیده می شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۶۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۴۳؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۵۵۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۰۳؛ ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۴۹؛ ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۱۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۳؛ جمال الدین حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۸۲).

در نظام حقوقی ایران، به ویژه در قانون مدنی، واژه «تعهد» در مواد متعددی با معانی گوناگون به کار رفته است که عدم دقت در مفهوم حقیقی آن، می تواند موجب اختلال در تفسیر نهادهای حقوقی گردد (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶ش). برای نمونه، تقسیم کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی به دو باب «عقود و تعهدات» و «الزامات خارج از قرارداد» ممکن است این تصور را ایجاد کند که «تعهد» تنها مربوط به دیون ناشی از عقود است و آنچه از دیگر اسباب مانند ضمان قهری یا استفاده بلاجهت پدید می آید، صرفاً «الزام» تلقی می شود؛ حال آنکه حتی در بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م، واژه تعهد شامل تمامی حقوق دینی صرف نظر از سبب پیدایش آن شده است (باقری و نیک عمل، ۱۳۹۱). همچنین، در فصل ششم از باب اول (مواد ۲۶۴ به بعد)، عناوینی چون «سقوط تعهدات»، «وفای به عهد» و «تبدیل تعهد» آمده که اختصاص به دیون ناشی از عقد ندارند و نشان دهنده کاربرد عام این اصطلاح اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ص ۱۹). از این رو، باید پذیرفت که تعهد الزاماً منشأ قراردادی ندارد و ممکن است به حکم قانون، حتی در نبود رابطه حقوقی پیشین میان طلبکار و مسئول، پدید آید (موسوی راد و موسوی راد، ۱۴۰۳). در چنین مواردی، برای حفظ حقوق اشخاص و منع اضرار و استیفای ناروا، قانون گذار تعهدات قانونی را نیز معتبر دانسته است؛ خواه استفاده از مال یا کار مشروع باشد (مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ ق.م) یا نامشروع (مواد ۲۶۵، ۳۰۱ و ۳۶۶ ق.م) (قاسم زاده، ۱۳۹۰ش، ص ۱۱).

ضمان: در مورد ریشه واژه «ضمان» میان لغویان اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را مشتق از «ضم» به معنای پیوستن دانسته اند، ولی اکثر لغویان و فقهای امامیه آن را از ماده «ضمن» می دانند و معتقدند که حرف «نون» جزو اصلی آن است و معنی آن را مطلق تعهد و التزام به مال یا نفس میدانند (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳،

صص ۲۵۸-۲۵۷؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۲۷۹؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، صص ۳۴۴-۳۴۳. فقهای امامیه بر این باورند که ضمان، انتقال ذمه از مدیون اصلی به ذمه ضامن است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۱۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۹).

در مقابل، بسیاری از فقهای اهل سنت ضمان را مشتق از «ضم» دانسته و معتقدند نون آن زائد است، مانند واژگان دوران و جریان (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱). بر این اساس، ضمان به معنای ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون است و نه انتقال دین. البته برخی از اهل سنت اشتقاق از «ضمن» را پذیرفته‌اند (الزحیلی، ۱۹۹۸م، ص ۲۲)، اما همچنان نظریه عدم ناقلیت ضمان را حفظ کرده‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، صص ۸۱-۸۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۸۶).

۲. ماهیت ضمان از منظر فقه و حقوق

در اصطلاح فقهی امامیه، مفهوم «ضمان» متضمن دو برداشت عمده است. گروهی از فقها مانند کاشف الغطاء و سید محسن حکیم، آن را ناظر به جبران خسارت می‌دانند. به گونه‌ای که ضمان به معنای تدارک مال تلف شده یا غرامت ناشی از فعل شخص ضامن تلقی می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، قسم ۲، ص ۲۶۲؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۷۸؛ بی تا، ص ۱۱۹؛ جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۳، صص ۷۲-۷۴).

بر اساس این دیدگاه، ضمان یعنی آن که مال تلف شده بر عهده ضامن قرار می‌گیرد و او باید با مثل یا قیمت آن را جبران کند. اصل در ضمان، جبران ضرر است و تفاوتی ندارد که این جبران به استناد قرارداد، قانون یا عرف صورت گیرد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵ش).

در مقابل، گروهی دیگر از فقها «ضمان» را به معنای اشتغال ذمه و عهده‌داری مالی می‌دانند؛ یعنی صرف ورود مال دیگری در ذمه شخص، و نه صرفاً الزام به پرداخت خسارت. این تعریف، ضمان را یک حکم وضعی می‌داند و پرداخت خسارت را تنها از آثار آن می‌گیرد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۷؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۱۸، ۱۳۰-۳۰۱؛ خویی، بی تا، ج ۴، ص ۳۴۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۲۱).

در این تعریف، مال موضوع ضمان بدون در نظر گرفتن شخصیت مالک اولیه، در ذمه ضامن قرار می‌گیرد و جبران آن به واسطه این عهده‌داری، بر ضامن واجب می‌شود. این معنا در کلمات بسیاری از فقها نیز به چشم می‌خورد (بجنوردی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۷۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۹۶؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۰۰).

تأکید نائینی و دیگران بر این معناست که ضمان به معنای پرداخت خسارت نیست، بلکه پرداخت خسارت، لازمه و اثر ضمان است (رضائی راد و همکاران، ۱۳۹۷). بنابراین، «ضمان» در فقه امامیه به معنای قرار گرفتن مال در ذمه ضامن است، که به موجب آن، مسئولیت پرداخت مثل یا قیمت بر عهده او می‌افتد، اما این پرداخت، عین ضمان تلقی نمی‌شود (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۸).

از آنجا که واژه «ضمان» در فقه امامیه در موارد بسیار متنوعی مانند غصب، عقد فاسد، ضمان قاضی، ضمان طیب، ضمان در شهادت زور، ضمان در تعزیر، و غیره به کار رفته است، باید تعریفی ارائه داد که جامع تمام مصادیق باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۰۷). صرف بررسی لفظی واژه ضمان، کافی نیست؛ بلکه فهم عرفی و سیاق فقهی آن نقش تعیین‌کننده‌ای در تفسیر دارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۴۴).

در نتیجه، ضمان در تمام اقسام آن (مانند ضمان معاوضی، تکفل، و غرامت)، دارای یک معنای پایه‌ای است: برعهده گرفتن تعهدی نسبت به مال یا زیان متعلق به غیر. محقق کرکی و شهید ثانی نیز این معنا را تأیید کرده و ضمان را معادل با تعهد دانسته‌اند (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۰۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱).

۳. ضمان نزد حقوق دانان

در قلمرو حقوق اسلامی، واژه «ضمان» غالباً به جای اصطلاح «مسئولیت» به کار می‌رود. بر این اساس، ضمان به معنای «ثبوت اعتباری چیزی در ذمه شخص به حکم شارع» تعریف می‌شود. هدف اصلی از این ضمان یا مسئولیت، جبران زیان‌های وارده و برقراری عدالت و نظم در جامعه است. در ساختار حقوق اسلامی، علاوه بر احکام تکلیفی که مکلف را به رعایت حقوق دیگران موظف می‌کند، در صورت ورود ضرر، فاعل زیان از منظر شارع دارای ضمان و مکلف به جبران آن می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱).

با این حال، باید توجه داشت که «مسئولیت» ترجمه دقیق و کامل واژه عربی «ضمان» نیست. چرا که مسئولیت، بار معنایی مؤاخذه و پاسخگویی دارد، در حالی که «ضمان» در اصل ناظر به تعهد و التزام مالی است. به عبارت دیگر، ضمان ناظر به ماهیت اعتباری تعهد است و پرسش یا مؤاخذه، صرفاً یکی از آثار ثانوی آن به شمار می‌رود، نه خود مفهوم اصلی. از این رو، برخی از حقوق دانان معاصر عرب، واژه «التزام» را برای ترجمه ضمان مناسب‌تر از «مسئولیت» دانسته‌اند، چرا که این تعبیر با معنای لغوی ضمان نیز هماهنگ‌تر است (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۸).

در متون قانونی نیز، به تبع فقه، از واژه «ضمان» برای بیان مفهوم مسئولیت استفاده شده است. اما در ادبیات حقوقی معاصر ایران، به ویژه پس از تأثیرپذیری از حقوق فرانسه، اصطلاح «مسئولیت مدنی» رایج تر و متداول تر شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ج ۱، ص ۳۵). البته اگر مفهوم مسئولیت مدنی را محدود به تعهدات مالی در برابر ضررهای خصوصی و متمایز از مجازات کیفری در نظر بگیریم، می توان آن را معادل و منطبق با معنای فقهی ضمان در ابواب معاملات و تعهدات دانست، خواه از نوع قهری، عقدی یا ناشی از تقصیر در اجرای معامله باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۴۷).

در یک جمع بندی، می توان گفت واژه «ضمان» در هر دو حوزه فقه و حقوق، به یک حقیقت اشاره دارد که همان «تعهد، التزام و مسئولیت» است. با این تفاوت که اسباب و موارد تحقق آن می تواند متفاوت باشد؛ از جمله در ضمان های معاوضی، قهری و عقدی. این مفهوم یکسان، در هر زمینه ای که مال، شخص یا شیئی موضوع تعهد باشد، جاری است و شامل موجبات ارادی، قهری یا اضطراری می گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۲ش، ص ۱۲؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۹۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۹۵). بنابراین، ضمان مفهومی بنیادین در نظام حقوق اسلامی است که کارکرد آن تضمین عدالت، جبران ضرر و سامان دهی روابط حقوقی میان اشخاص است.

۴. بررسی کاربردهای ضمان عقدی در ادبیات فقهی

اعتماد صرف بر مبانی نظری سنتی همچون «نقل ذمه» در عقد ضمان، بدون توجه به واقعیت های اقتصادی و کارکردهای عملی قراردادها، موجب کاهش کارکرد نهاد ضمان و حتی کنار گذاشته شدن آن در بسیاری از موارد می گردد. در آثار فقهی، در عین تصریح به این مبنا، مواردی از ضمان مطرح شده است که موضوع آن ها دین نیست؛ مانند ضمان از اعیان که در آن مالی معین مورد ضمانت قرار می گیرد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۶۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۷۶). همچنین ضمان عهده، که به رغم نبود دین، در فقه و قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۴۶).

با بررسی انواع ضمان هایی که میان اشخاص رواج دارد، روشن می شود که موضوع ضمانت ها بسیار متنوع است. برخی از فقه های معاصر اقسام جدیدی از ضمان اعیان را نیز مطرح کرده اند؛ مثلاً در موردی که ضامن، مالی را که نزد مالک است، ضمانت می کند و می پذیرد که در صورت تلف یا نقصان آن، بدل آن را بپردازد (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۶۱). این فرض در قالب های جدیدی مانند بیمه اشیا مشاهده می شود، که در آن بیمه گر، در برابر

دریافت عوض، متعهد می‌شود که اگر کالای بیمه‌شده تلف یا ناقص شد، جبران آن را بر عهده گیرد (الشریف، ۱۳۹۶، ص ۳۷). همچنین ممکن است کسی به مالک دستور دهد مالی را به دریا بیفکند و ضمانت جبران آن را بپذیرد یا ضامن تعهد کند هر خسارتی که به مضمون‌له وارد آید، او جبران نماید.

نمونه‌های دیگری نیز وجود دارد که در آن‌ها ضامن به مضمون‌عنه وعده می‌دهد که خساراتی را که او به دیگران وارد کند، خود جبران خواهد کرد؛ مانند ضمانت از نفقه اقارب یا نفقه آینده زوجه، ضمانت از مال‌الجعاله و موارد متعدد دیگری که در آن‌ها موضوع ضمان، دین موجود در ذمه نیست. همچنین ضمانت حسن انجام تعهد، ضمانت‌نامه‌های بانکی، ضمانت در بورس، اسناد تجاری^۱، قراردادهای پیمانکاری، اقساط وام‌ها و بسیاری از ترتیبات مالی دیگر نیز خارج از محدوده سنتی نقل ذمه قرار می‌گیرند.

برخی فقها برای توجیه مشروعیت این موارد، به ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای عرفی استناد کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص ۲۹۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۳۲۵)، اما این استدلال‌ها در تعارض با مبنای مشهور فقهی عقد ضمان، یعنی نقل ذمه، قرار دارند. بر همین اساس، بعضی از فقیهان این ضمانت‌ها را استثناً تلقی کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۸)، اما اشکال این رویکرد در آن است که با توجه به فراوانی مصادیق ضمانت در مناسبات امروزی، نمی‌توان همگی را ذیل عنوان استثنا قرار داد.

با توجه به تنوع و گستره قراردادهای تضمینی نوین، ضروری است نظریه‌ای عام در باب ضمان ارائه شود که بتواند تمامی این موارد را در بر گیرد. این نظریه باید از مبنای سنتی فاصله بگیرد و به گونه‌ای بازتعریف شود که ضمان را نه صرفاً به عنوان نقل ذمه، بلکه به عنوان یک نهاد تعهدآور در معنای عرفی آن تحلیل کند؛ نهادی که کارکرد حمایتی، مالی و قراردادی آن، همسو با فهم عقلایی و نظام‌های حقوقی معاصر باشد.

از این رو لازم است نخست، مفهومی موسع و جدید از ضمان مبتنی بر رویه عرفی و تحلیل‌های اقتصادی ارائه شود و سپس در پرتو این مفهوم نو، شرایط موضوع ضمان در موارد مختلف، از جمله در ضمانت‌نامه‌های جدید، بررسی گردد. این رویکرد ضمن پاسخگویی به نیازهای عملی، امکان همگرایی فقه امامیه با نظام‌های حقوقی دیگر را نیز فراهم می‌سازد.

۵. بحث پیرامون مفهوم ضمان در عرف کنونی

۱ در مواردی که سند به جهت ضمانت صادر میشود.

در تحلیل مفهوم «ضمان عرفی» می‌توان دریافت که برخلاف دیدگاه سنتی در فقه امامیه که عقد ضمان را منحصر به نقل ذمه و انتقال دین از مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌داند، برخی فقها با نگاهی عرفی‌تر، معنای دیگری از ضمان ارائه کرده‌اند. به موجب این دیدگاه، ضمان عرفی صرفاً به معنای تعهد به پرداخت دین یا ایفای مسئولیت در قبال طلب مضمون‌له است، بدون اینکه ذمه ضامن مشغول شود یا انتقال واقعی دین رخ دهد. این تحلیل در آثار فقهایی چون بصری بحرانی، طباطبایی حکیم و موسوی خویی دیده می‌شود که ضمان را نوعی تعهد و توثیق طلب در برابر طلبکار می‌دانند، نه صرف انتقال دین به ضامن (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، صص ۳۴۲-۳۴۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۰۰).

در این مفهوم از ضمان، تعهد ضامن به پرداخت، بدون قصد انتقال دین و با هدف تضمین پرداخت در صورت تخلف مضمون‌عنه از ایفای تعهد است. مضمون‌له در صورت عدم پرداخت از سوی بدهکار اصلی (مضمون‌عنه)، حق مراجعه به ضامن را دارد. بنابراین، ضمان عرفی به معنای انتقال دیون نیست، بلکه به عنوان یک نوع وثیقه اعتباری و تعهد اخلاقی-حقوقی مطرح می‌شود. در این رویکرد، ضمان موجب اشتغال ذمه ضامن از ابتدا نمی‌شود؛ بلکه او تنها در صورت عدم وفای مضمون‌عنه، مسئول شناخته می‌شود (فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۷۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶).

بر این اساس، ضمان عرفی صرفاً تعهدی مستقل و غیرملکی است و با ویژگی‌هایی مانند عدم اشتغال ذمه، عدم لزوم وجود دین قطعی و ثبات تعهد، از ضمان مصطلح متمایز می‌شود. اثر این نوع ضمان نه ایجاد مالکیت مضمون‌له بر ذمه ضامن است، نه برائت مضمون‌عنه، بلکه صرفاً ایجاد مسئولیتی عرفی است که با عدم ایفای تعهد مضمون‌عنه، قابلیت رجوع به ضامن را فراهم می‌سازد. در مقابل، ضمان مصطلح یا فقهی، مبتنی بر نظریه تملیک است که در آن، به محض انعقاد عقد، مضمون‌عنه بری‌الذمه شده و ذمه ضامن مشغول می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۱۵).

سرانجام، باید توجه داشت که ضمان عرفی در مصادیق خود می‌تواند به صورت عقد یا حتی ایقاع تحقق یابد؛ چنان‌که ضمان امر به اتلاف یا ضمان ناشی از وعده نیز از مصادیق آن به‌شمار می‌آید. از این رو، این نوع ضمان برخلاف تصور سنتی از ضمان تنها در قالب عقود، می‌تواند بر پایه عرف و در پاسخ به نیازهای متنوع اقتصادی و اجتماعی امروز شکل گیرد و اعتبار حقوقی بیابد. چنین تحولی در فهم فقهی، زمینه‌ای برای تطبیق فقه امامیه با نظام‌های نوین حقوقی در حوزه قراردادهای تضمینی فراهم می‌آورد. در ادامه به ارکان و شرایط ضمان در عرف جدید پرداخته می‌شود:

۱.۵ عدم انحصار به مال کلی در ذمه (دین)

در نظریه سنتی فقه امامیه، عقد ضمان مبتنی بر انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است. به بیان دیگر، تنها زمانی ضمان محقق می شود که موضوع آن، دینی کلی و ثابت در ذمه باشد. از این رو، فقهای امامیه همچون حسینی عاملی و عاملی کرکی با استناد به نقل ذمه، موضوع ضمان را منحصر به مال کلی در ذمه دانسته اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۹۰). این دیدگاه به حدی مورد اجماع قرار گرفته که فقهای مانند نجفی آن را بدیهی و مورد اتفاق دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۳۵).

این تحلیل فقهی ریشه در دو مؤلفه اصلی دارد: «نقل» و «ذمه». بر این مبنا، چون موضوع عقد باید چیزی باشد که بتوان آن را از ذمه یک شخص به ذمه شخص دیگر منتقل کرد، تنها «دین» قابلیت چنین انتقالی را دارد. در نتیجه، هر نوع ضمان از اعیان یا منافع و هر آنچه که در ذمه قرار ندارد، خارج از این قلمرو قرار می گیرد. تحلیل مفهومی ذمه در این نظریه آن را ظرفی برای اموال کلی می داند و هر چه قابلیت استقرار در این ظرف را نداشته باشد، موضوع عقد ضمان نخواهد بود (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۵۲).

در مقابل این دیدگاه، نظریه ای نوین با عنوان «ضمان عرفی» مطرح شده است که به جای تکیه بر ذمه، نهاد اعتباری دیگری به نام «عهده» را مبنای تحلیل قرار می دهد. در این نظریه، عقد ضمان نوعی تعهد یا التزام عرفی است که ضامن نسبت به مضمون له ایجاد می کند. از این رو، موضوع عقد دیگر منحصر به دین نیست، بلکه می تواند شامل تعهد به تسلیم مال، پرداخت خسارت، یا هر نوع ضمانت مالی دیگر نیز باشد. این نگاه ناظر به نیازهای عرفی و تحولات نظام های حقوقی معاصر است (الشریف، ۱۳۹۶، ص ۳۷؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۶۱).

تحلیل تفاوت میان ذمه و عهده به ویژه در فقه تطبیقی میان شیعه و اهل سنت مورد توجه قرار گرفته است. برخی فقها چون فاضل لنکرانی و حسینی حائری بر این باورند که تفاوت دیدگاه امامیه و اهل سنت در خصوص ضمان، ناظر بر تفاوت این دو ظرف اعتباری است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۰۰؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۰). از نظر شیعه، ضمان انتقال دین است (نقل ذمه)، اما در فقه اهل سنت، ضمان به معنای التزام به انجام تعهدی در قالب عهده مطرح است.

بر پایه این تحلیل، همان گونه که ضمان از دین قابل تحقق است، ضمان از عین نیز می تواند در قالب عهده محقق شود. از جمله مصادیق این نوع ضمان می توان به بیمه اشیاء، ضمانت از حسن انجام تعهد، ضمانت در معاملات اقساطی، ضمان در قراردادهای دولتی و تجاری، و حتی تعهد به پرداخت خسارات احتمالی اشاره کرد. این نوع

ضمان در برخی منابع فقهی مانند روحانی قمی و الشریف مورد بررسی قرار گرفته و مستند آن، حدیث «علی الید» دانسته شده است که بر اساس آن، متصرف غیر مأذون نسبت به عین مأخوذه مسئول است (روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۶۲؛ الشریف، ۱۳۹۶، ص ۳۷).

حدیث «علی الید» نقشی کلیدی در اثبات امکان ضمان عینی در فقه امامیه ایفا می‌کند. فقهای چون طباطبایی یزدی با استناد به این حدیث، به این نتیجه رسیده‌اند که مسئولیت ضمان می‌تواند نسبت به عین خارجی نیز محقق گردد، نه فقط نسبت به دین (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۹). به این ترتیب، همان‌طور که ضمان قهری از عین خارجی پذیرفته شده است، می‌توان ضمان انشایی و ارادی از عین را نیز معتبر دانست.

در تحلیل تفاوت میان «ذمه» و «عهده»، بساری از فقها مانند آیت‌الله فاضل لنکرانی، ذمه را ظرف احکام وضعی و مختص به دیون دانسته‌اند و عهده را ظرف اعتباری برای اعیان خارجی معرفی کرده‌اند؛ بر این مبنا، تنها امور اعتباری چون دین که در خارج تحقق ندارند، نیازمند ظرفی مانند ذمه‌اند، اما اعیان خارجی خود دارای وجود عینی بوده و به ظرفی اعتباری مانند عهده نیاز ندارند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص ۹۷). این تفکیک، دیدگاه غالبی در فقه امامیه است که موجب شده ضمان، صرفاً در حوزه انتقال دیون در ذمه معنا یابد و ضمان از اعیان و امور عینی به عنوان استثنا یا اشکال تلقی شود.

با وجود این دیدگاه، برخی از محققان معاصر همچون محقق داماد و دکتر نعمت‌اللهی با طرح تمایزی نو میان «ذمه» و «عهده»، مسیر متفاوتی را در تحلیل ضمانت‌ها ترسیم کرده‌اند. به زعم اینان، تفاوت بنیادین این دو نهاد در نوع حکم شریعتی است که در آن مستقر می‌شود: ذمه ظرف احکام وضعی (مانند اشتغال به دین) و عهده ظرف احکام تکلیفی (مانند تعهد به انجام کار) است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۳۰۱؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱). از این منظر، دامنه عهده از صرف اعیان خارجی فراتر رفته و شامل تعهدات قراردادی و الزامات عرفی و قانونی نیز می‌گردد.

تحلیل فوق با قرائتی متفاوت از حدیث مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» تقویت می‌شود. در حالی که بیشتر فقها مانند انصاری و غروی اصفهانی، مفاد این روایت را دال بر حکم وضعی دانسته‌اند و ضمان را امری شأنی و مبتنی بر اشتغال ذمه در صورت تلف می‌پندارند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۸۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۰۲)، گروهی دیگر از فقها چون بحر العلوم و ایروانی، دلالت حدیث را بر حکم تکلیفی دانسته و معتقدند مسئولیت متصرف از باب الزام به حفظ مال غیر و جبران خسارت در صورت تعدی است (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۳۴۸؛ ایروانی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۹۳).

در این نگاه، ضمان صرفاً به معنای اشتغال ذمه به بدل مالی نیست، بلکه به معنای الزام متصرف یا ضامن به ایفای یک تعهد خاص است، خواه این تعهد ناشی از قرارداد، قانون یا عرف باشد. به بیان روشن تر، ضامن به جای آن که دین موجود در ذمه شخص ثالث را به عهده بگیرد، تعهد او به ایفای آن دین را تضمین می کند (فیاض کابلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۳). این تحلیل حتی نسبت به مواردی که هنوز دینی محقق نشده یا عینی در ذمه مستقر نگشته نیز صادق است و صرف انشای ضمانت، به خودی خود می تواند مولد عهده و مسئولیت باشد.

در مسئله امکان ضمان از اعیان (یعنی ضمان از غیر دین)، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در عروه الوثقی و نیز در حاشیه مکاسب نظری خاص دارد که به نحوی دیدگاه میانه ای است. او در عین آنکه نظریه رایج فقه امامیه مبنی بر انحصار موضوع عقد ضمان در دین را می پذیرد، اما در موارد خاصی چون ضمان ید (ضمان قهری متصرف غیر مأذون) بر اساس حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»^۱، قائل به مسئولیت متصرف نسبت به عین است و نه صرفاً قیمت آن. به تعبیر وی، موضوع ضمان، نفس عین مأخوذه است، نه عوض آن؛ و این نشان می دهد که در نظر ایشان، ضمان از عین خارجی در فرض ضمان قهری پذیرفته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۹). اما در خصوص امکان تحقق ضمان از اعیان در قالب عقد ضمان (یعنی ضمان انشائی)، وی با احتیاط برخورد کرده و بیشتر بر همان رویکرد سنتی فقهی تأکید دارد.

مرحوم سید محمد کاظم یزدی نیز ضمن پذیرش اصل انحصار ضمان در ذمه، در مواردی مانند ضمانت از اعیان غصبی یا مال مقبوض به عقد فاسد، با استناد به حدیث «علی الید» معتقد است که ضمان تحقق می یابد، هر چند موضوع آن دین سابق نباشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۹۹). این تحلیل راه را برای پذیرش ضمان از غیر دین هموار می سازد.

استاد آیت الله محقق داماد (حفظه الله) دیدگاه نوگرایانه تری دارد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۸). وی با تحلیل عرفی عقد ضمان، معتقد است که انحصار موضوع ضمان به دین، مستند به مبانی فقهی خاص و مبتنی بر نهاد ذمه است، در حالی که می توان ضمان را بر پایه عهده نیز تحلیل کرد. در این تحلیل، ضامن نه دین موجود در ذمه شخص دیگر را منتقل می کند، بلکه تعهدی عرفی برای جبران خسارت یا تحویل مال خاصی در آینده بر عهده می گیرد. محقق داماد با پذیرش این مبنا، ضمان از اعیان و منافع را در قالب ضمان مبتنی بر عهده مجاز می داند. او در آثار خود به ویژه در کتاب نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، به این تفکیک توجه کرده و با تکیه بر کارکرد

اجتماعی و عرفی ضمان، از توسعه قلمرو ضمان در فقه امامیه دفاع می کند (محقق داماد، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۱۱۲؛ محقق داماد، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۱۴۶).

همچنین استاد محقق داماد با تبیین گستره عهده به عنوان ظرف تعهدات الزام آور و نه فقط دیون، بر این باور است که ضمانت تعهدات، حتی در فقد دین پیشین، نه تنها ممکن، بلکه با تحول در کارکرد قراردادها، ضروری است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۳۰۷).

در نتیجه، با پذیرش تحلیل نوین از ذمه و عهده و عبور از رویکرد سنتی انحصار موضوع ضمان به دین در ذمه، می توان دامنه عقد ضمان را به تعهدات قراردادی، تکالیف قانونی، الزامات عرفی و مسئولیت های آتی نیز توسعه داد. بر این مبنا، ضمان می تواند شامل التزام به انجام یک فعل، جبران خسارت، یا حتی تضمین حسن اجرای تعهدات باشد، خواه تعهد مزبور متضمن دین باشد یا نباشد. این تبیین، همسو با نیازهای امروز نظام های معاملاتی و تضمینی، امکان تطبیق فقه امامیه با نهادهای مدرن حقوقی مانند بیمه، ضمانت نامه های بانکی و اسناد تجاری را فراهم می آورد.

۲.۵ عدم ضرورت وجود موضوع هنگام عقد

شرط دوم در عقد ضمان مصطلح، یعنی ضرورت عدم وجود موضوع هنگام عقد، یکی از مباحث مهم در فقه است. مشهور فقها بر آنند که موضوع عقد ضمان باید قبل از انعقاد عقد موجود باشد؛ زیرا ضمان مصطلح بر ذمه و دین استوار است و دین ماهیتی اعتباری و در عین حال، وجود خارجی دارد که باید بالفعل وجود داشته باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۴۰۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۱۱). بنابراین، ضمانتی که موضوع آن دین یا مال موجود نباشد، باطل شناخته می شود. این قاعده به ویژه در ضمان نقل که رابطه مالکیت مطرح است، سخت گیرانه تر است و وجود موضوع عقد ضروری است.

اما ضمان عرفی که موضوع آن صرفاً تعهد و التزام است، با ضمان نقل تفاوت بنیادی دارد. در ضمان عرفی، ضرورت وجود بالفعل موضوع عقد منتفی می شود و کافی است که عرفاً وجود موضوع برای انعقاد عقد فرض شود. در این نوع ضمان، عقد بر مبنای اعتبار عرفی منعقد می شود و نیازی به وجود خارجی و بالفعل موضوع نیست (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۸۰-۲۸۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۹، ص ۲۵۷). به این ترتیب، ضمان عرفی به عنوان عقدی مبتنی بر تعهد، انعقاد آن حتی نسبت به موضوعات آینده و اعتباری نیز معتبر شناخته می شود.

از دیدگاه عرف نیز معاملات متعددی وجود دارد که تضمین ها و ضمانت ها پیش از ایجاد موضوع عقد اخذ می شود؛ مانند وام دهی که ابتدا تضمین اخذ شده و سپس دین ایجاد می گردد. این عرف و تجربه عملی جامعه دلالت دارد بر

اینکه ضمان عرفی بدون وجود موضوع بالفعل نیز قابل تحقق است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۴۸). بر این اساس، عدم وجود موضوع عقد هنگام انعقاد ضمان عرفی، مانع اعتبار و صحت عقد نیست و عرف و عقل حکم به صحت آن می‌دهند.

برخی فقها معتقدند حتی بدون وجود سبب (موجب دین) نیز عقد ضمان عرفی قابل تحقق و معتبر است و وجود سبب یا دین بالفعل شرط صحت عقد نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۶۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۱۱۶). این نظریه نشان‌دهنده انعطاف‌پذیری ضمان عرفی در برابر شرایط و نیازهای روز جامعه است و تلاش دارد ضمان‌هایی را که در عمل پذیرفته شده‌اند، به رسمیت بشناسد.

سید یزدی (ره) نیز در تحلیل خود ضمن تأیید ضرورت وجود دین بالفعل برای ضمان مصطلح، معتقد است که ضمان عرفی مفهوم و ماهیت متفاوتی دارد و به همین دلیل می‌تواند بدون وجود دین بالفعل نیز معتبر باشد. ایشان بر انعطاف‌پذیری ضمان عرفی تأکید کرده و آن را در چارچوب تعهدات اعتباری و عرفی قابل پذیرش دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۶۲).

استاد آیت‌الله محقق داماد (حفظه الله) بر این باورند که در ضمان مصطلح انشائی با مبنای نقل، وجود دین بالفعل و اشتغال ذمه ضامن به دین شرط لازم و غیرقابل حذف است و نمی‌توان صحت ضمان را صرفاً به وجود سبب محدود کرد (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۲۰). ایشان بر این نکته تأکید دارند که ضمان اصطلاحی بدون وجود دین بالفعل قابل تحقق نیست و این دیدگاه مبنای فقهی محکم‌تری دارد. اما در مورد ضمان عرفی به عنوان یک التزام ایشان نیز مانند سید یزدی قائل به ضرورت وجود موضوع هنگام عقد نیستند.

شارحان کلام سید یزدی، ضمن تکمیل دیدگاه ایشان، نظریه ضمان عرفی را معتبر می‌دانند و معتقدند که تحقق عقد ضمان عرفی بدون وجود سبب و دین بالفعل امکان‌پذیر است، زیرا ضمان عرفی تابع عرف و اعتبار عقلا است و بنابراین می‌تواند ضمان تعهدات آینده را نیز شامل شود (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۵۶-۲۶۵).

نتیجه آنکه، بر اساس دیدگاه‌های معاصر فقهای امامیه، به ویژه نظر سید یزدی و استاد محقق داماد، باید تفاوت ماهوی میان ضمان مصطلح (ضمان نقل) و ضمان عرفی قائل شد. ضمان مصطلح نیازمند وجود دین بالفعل است، اما ضمان عرفی که ماهیتی اعتباری و مبتنی بر تعهدات است، می‌تواند بدون وجود موضوع بالفعل نیز صحیح و معتبر باشد؛ این امر با پذیرش اعتبار عرفی و تحقق عقد بر مبنای شرایط واقعی و عرف جامعه قابل توجیه است.

جدول ۱- مقایسه انواع کاربرست های اصطلاحی ضمان و ساخت فقهی- حقوقی متناظر با آن ها

نوع ضمان	ماهیت	ارکان	احکام و آثار
ضمان انشایی (عقد ضمان)	تعهد ارادی و قراردادی شخص بری الذمه به پرداخت دین شخص دیگر؛ مبتنی بر نقل ذمه در فقه سنتی	۱. ایجاب و قبول بین ضامن و مضمون له ۲. وجود دین در ذمه مضمون عنه هنگام عقد (در نظریه سنتی) ۳. برخی معاصرین وجود دین بالفعل را لازم نمیدانند	با انعقاد عقد، دین از ذمه بدهکار اصلی به ذمه ضامن منتقل می شود (فقه سنتی)؛ مضمون عنه بری الذمه می شود مگر شرط خلاف
ضمان عرفی	تعهد عرفی برای تضمین اجرای تعهد یا جبران خسارت بدون لزوم انتقال دین؛ می تواند وثیقه اعتباری یا تضمین پرداخت در صورت تخلف باشد	۱. تراضی یا تعهد یک جانبه (عقد یا ایقاع) ۲. تعیین تعهد یا موضوع تضمین (ممکن است دین موجود نباشد) ۳. قصد الزام و پذیرش عرفی	ذمه ضامن از ابتدا مشغول نمی شود مگر در صورت تخلف مضمون عنه؛ می تواند شامل ضمانت از تعهدات آینده، اعیان یا منافع باشد؛ انعطاف پذیر و قابل انطباق با نیازهای جدید مانند ضمانت نامه بانکی یا بیمه

نتیجه گیری

عقد ضمان در فقه امامیه همواره بر اساس نظریه ی «نقل ذمه» تبیین شده است؛ بدین معنا که با انعقاد ضمان، دین از ذمه ی بدهکار اصلی به ذمه ی ضامن منتقل می شود و مضمون عنه بری الذمه می گردد. این برداشت در طول قرون متمادی چارچوب اصلی ضمان را تشکیل داده و در آثار متقدمان تثبیت شده است.

با این حال، بررسی تحولات اجتماعی و اقتصادی نشان می دهد که چنین تحلیلی به تنهایی پاسخ گوی نیازهای امروزین نیست. ضمانت نامه های بانکی، بیمه های بازرگانی، قراردادهای پیمانکاری و ترتیبات پیچیده مالی نمونه هایی هستند که در آن ها ضمانت به معنای مصطلح نمی گنجد و نیاز به چارچوب جدیدی دارد.

نظریه ی «ضمان عرفی» در همین بستر مطرح شده است. در این نظریه، ضمان مبتنی بر «التزام و تعهد شخصی» ضامن است نه انتقال واقعی دین. ضامن تعهد می کند که در صورت عدم ایفای تعهد توسط بدهکار یا بروز خسارت، جبران آن را بر عهده گیرد.

یکی از تفاوت های بنیادی عقد ضمان مصطلح و ضمان عرفی در ظرف حقوقی آن ها است. در ضمان مصطلح، ذمه ظرف اعتباری دین محسوب می شود، در حالی که در ضمان عرفی، «عهده» ظرف اعتباری برای انواع تعهدات تکلیفی و قراردادی تلقی می گردد.

بر این مبنا، ضمان عرفی می‌تواند دامنه‌ای بسیار گسترده‌تر از ضمان مصطلح داشته باشد. تعهدات قراردادی، الزامات قانونی و حتی ضمانت از اعیان و منافع در چارچوب ضمان عرفی معتبر شناخته می‌شوند، در حالی که ضمان مصطلح صرفاً محدود به دیون موجود در ذمه است.

از نظر شرایط صحت، ضمان مصطلح نیازمند وجود بالفعل موضوع دین در زمان عقد است. در مقابل، ضمان عرفی لزوماً چنین شرطی ندارد و صرف وجود عرفی یا اعتبار عقلایی برای انعقاد عقد کافی است. به همین دلیل، قراردادهای تضمینی می‌توانند حتی پیش از تحقق دین یا تعهد اصلی شکل بگیرند.

علاوه بر این، قاعده‌ی بطلان عقد در صورت فقدان موضوع که در ضمان مصطلح لازم‌الرعايه است، در ضمان عرفی قابل انعطاف است. بسیاری از فقها و حقوق‌دانان با تکیه بر اعتبار عرف و بنای عقلا، صحت ضمان عرفی را حتی در فقدان دین موجود پذیرفته‌اند.

دیدگاه سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (ره) و شارحان آثار او نشان می‌دهد که ضمان عرفی، ماهیتی مستقل از ضمان مصطلح دارد و می‌تواند بدون وجود دین بالفعل نیز معتبر باشد. تحلیل‌های ایشان بر اساس حدیث «علی‌الید» و مبانی عرفی، زمینه‌ی پذیرش ضمان موسع را فراهم ساخته است.

آیت‌الله محقق داماد نیز با تفکیک میان عقد ضمان مصطلح و عرفی، بر ضرورت وجود دین بالفعل برای تحقق ضمان به معنای کلاسیک تأکید دارد، اما در عین حال، ضمان عرفی را مبتنی بر تعهدات اعتباری دانسته و صحت آن را بدون وجود دین بالفعل نیز می‌پذیرد. این تحلیل گامی مهم در پیوند میان فقه و حقوق معاصر است.

در مجموع، بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که ضمان عرفی نهادی کارآمد و متناسب با نیازهای روز است و پذیرش آن در چارچوب فقه امامیه نه تنها تعارضی با مبانی ندارد، بلکه موجب پویایی و روزآمدی نظام فقهی خواهد شد. اصلاح قانون مدنی و گنجاندن قواعد صریح درباره ضمان عرفی ضرورتی انکارناپذیر است؛ زیرا این امر می‌تواند پلی میان سنت فقهی و نهادهای حقوقی مدرن ایجاد کند و پاسخ‌گوی نیازهای اقتصادی و اجتماعی جامعه معاصر باشد.

منابع و مأخذ

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۱۳ق). اردبیلی، احمد بن محمد، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). المکاسب (چاپ اول). قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی. (۱۴۰۶ق). حاشیه مکاسب. تهران: وزارت ارشاد.
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۸) حقوق مدنی ۷ (چاپ اول). تهران: انتشارات مجد.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (چاپ چهارم). تهران: مکتبه الصادق.
- باقری، احمد و نیک عمل، زهره. (۱۳۹۱). ضمان از دین مجهول. آموزه های فقه مدنی، ۴(۶)، ۱۱۵-۱۳۸.
- احمدی، محمدرضا. (۱۳۸۳ش). «تأملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد». پژوهش حقوق و سیاست، ۱۱(۲۶)، ۵-۲۲.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحقائق الناصرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- جعفری خسروآبادی، نصرالله. (۱۳۹۴). «تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران». مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۹(۳)، ۱-۱۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱). ترمینولوژی حقوق (چاپ ۲۳). تهران: گنج دانش.
- حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۳ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خویی، سیدابوالقاسم موسوی. (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی. قم: مدرسه دارالعلم.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۰ش). تحریر الوسیلة. قم: دارالعلم.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۰ش). کتاب البیع (تقریرات الخرم آبادی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار.
- دلفانی، علی اشرف. (۱۳۸۲ش). مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه. قم: بوستان کتاب.
- رضائی راد، عبدالحسین، سیاحی، معصومه و نشان، خسرو. (۱۳۹۷). بررسی فقهی و حقوقی راهکارهای تعیین ضامن در تداخل عرضی اسباب. آموزه های فقه مدنی، ۱۰(۱۷)، ۸۹-۱۱۶.
- زحیلی، وهبة. (۱۹۹۳م). نظریة الضمان. دمشق: دارالفکر.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى. (۱۴۱۹ق). مذهب الأحکام، ج ۲۱. قم: مؤسسه المنار.
- سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۰ق). التقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

- السنهوري، عبدالرزاق احمد. (١٩٩١م). الوسيط في شرح القانون المدني .بيروت: داراحياء التراث العربي .
- شهيد ثاني، زين الدين. (١٤٠٠ق). الروضة البهية في شرح اللمعة .قم: دفتر تبليغات اسلامي .
- شهيد ثاني، زين الدين. (١٤١١ق). حاشيه الإرشاد. قم: دفتر تبليغات اسلامي .
- شهيد ثاني، زين الدين. (١٤٢٢ق). حاشيه شرائع الاسلام. قم: دفتر تبليغات اسلامي .
- شهيد ثاني، زين الدين. (١٤١٩ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الإسلاميه .
- صاحب بن عباد. (١٤٠٠ق). كافي الكفاة. بيروت: عالم الكتاب .
- طاهري، حبيب الله. (١٣٧٧ش). «طبيب ضامن است». نامه مفيد، شماره ١١ .
- علامه حلي، حسن بن يوسف. (١٤٢٠ق). تحرير الأحكام الشرعيه .قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- علامه حلي، حسن بن يوسف. (١٤١٤ق). تذكرة الفقهاء .قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- فخرالمحققين حلي، محمد بن حسن. (١٣٧٧ق). إيضاح الفوائد .قم: مؤسسه اسماعيليان .
- فراهيدي، خليل بن احمد. (١٤٠٠ق). كتاب العين .قم: نشر هجرت .
- فيومي، احمد بن محمد. (١٤٠٠ق). المصباح المنير .قم: دارالرضي .
- فاضل آبي، حسن بن ابي طالب. (١٤١٧ق). كشف الرموز في شرح مختصر النافع .قم: دفتر انتشارات اسلامي .
- فاضل لنكراني، محمد. (١٤١٦ق). القواعد الفقهيّه .قم: چاپخانه مهر .
- فاضل لنكراني، محمد. (١٤٢٣ق). تفصيل الشريعة: الغصب، احياء الموات، المشتركات و اللقطه .قم: مركز فقهی ائمه اطهار (ع).
- قاسم زاده، سيدمرتضى. (١٣٩٠ش). مباني مسئوليت مدني .تهران: ميزان .
- قاسم زاده، سيدمرتضى. (١٣٨٩ش). الزامها و مسئوليت مدني بدون قرارداد .تهران: نشر ميزان .
- قرشي، سيدعلي اكبر. (١٤١٢ق). قاموس قرآن (چاپ ششم). تهران: دارالكتب الإسلاميه .
- كاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (١٤٢٢ق). أنوار الفقاهة – كتاب الكفالة .نجف اشرف .

کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة. نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸ش). مسئولیت مدنی. تهران: دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹ش). نظریه عمومی تعهدات. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸ش). الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی (چاپ ۱۳). تهران: دانشگاه تهران.

گیلانی، میرزا حبیب‌الله رشتی. (۱۳۷۷ق). فقه الامامیه، قسم الخيارات. قم: داوری.

مامقانی، محمد حسن. (۱۳۱۶ق). غایه الآمال فی شرح المکاسب. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام. قم: اسماعیلیان.

محقق داماد، مصطفی و یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۰). شرط خيار در عقد ضمان. آموزه های فقه مدنی، ۳(۴)، ۲۴-۳.

محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۶ش). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق ثانی (کرکی)، علی بن حسین. (۱۴۱۱ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).

مراغی، میر عبد الفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوين الفقهية. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

مشکینی، میرزا علی. (بدون تاریخ). مصطلحات الفقه.

معین، محمد. (بدون تاریخ). فرهنگ فارسی معین.

موسوی اردبیلی، سید عبد الکريم. (۱۴۱۱ق). فقه الشریکة و کتاب التأمین. قم: دارالعلم مفید.

موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۳ق). القواعد الفقهية، ج ۵. قم: نشر الهادی.

موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۹۲ش). عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی. تهران: انتشارات مجد.

موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۹۵ش). «عقد ضمان». وقف میراث جاویدان، ۸(۹۱)، ۲۰-۱.

موسوی راد، سید حسین و موسوی راد، سید جابر. (۱۴۰۳). ضرورت جبران کاهش ارزش پول در صورت اشتراط

در عقد قرض. آموزه های فقه مدنی، ۱۶(۲۹)، ۲۷۴-۲۵۳. doi: 10.30513/cjd.2023.4464.1749

نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). المكاسب و البيع (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

نائینی، محمدحسین. (۱۳۵۹ق). منیة الطالب فی حاشیه المكاسب. تهران: المكتبة المحمدية.

نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر). (۱۴۱۱ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۹۵ش). «اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه». «مجله حقوق اسلامی، ۱۳(۵۲)، ۱-۲۳.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۹ق). موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (ع). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). بحوث فی الفقه الزراعی. قم: دائرة المعارف فقه اسلامی.

همدانی، آقارضا. (۱۴۲۱ق). حاشیه کتاب المكاسب. قم: بدون ناشر.

هوشمند فیروزآبادی، حسین. (۱۳۹۸). ارزیابی مبانی فقهی مسئولیت مدنی. آموزه های فقه مدنی، ۱۱(۱۹)، ۲۹۷-۳۲۸. doi: 10.30513/cjd.2019.20

یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۱۳ق). العروة الوثقی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۹). صحت شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان. آموزه های فقه مدنی، ۱۲(۲۱)، ۳۰۳-۳۲۰.