

واکاوی محل نزاع بین فقه امامیه و اهل سنت در عقد ضمان



محمد امین کبیری^۱

چکیده

عقد ضمان از مهم‌ترین عقود است که در روابط میان اشخاص حقیقی و حقوقی جامعه جریان دارد. معروف است که فقه امامیه در باب ضمان، قائل به نقل ذمه به ذمه است و در مقابل، فقه اهل سنت ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌داند؛ به این معنا که طلبکار حق مطالبه از ضامن و مضمون عنه را با هم دارد؛ اما اینکه دقیقاً محل نزاع در این بحث چیست، نیاز به تأمل بیشتری دارد که بعد از بیان احتمالات مسئله روشن خواهد شد. هریک از این احتمالات، شواهدی در کلمات فقها دارد و از سویی، پس از تتبع و تأمل به دست می‌آید که در ماهیت ضمان ضم ذمه به ذمه نزد اهل سنت و جزئیات آن اختلاف نظر وجود دارد؛ همچنین برداشت‌های فقهای امامیه از ضمان ضم ذمه به ذمه برداشت‌های متفاوتی است. هدف این تحقیق، اولاً بررسی دقیق ضمان ضم ذمه به ذمه نزد اهل سنت، سپس نقد و بررسی برداشت‌های فقهای امامیه از آن و در نهایت، ارائه تصویری صحیح و معقول از محل نزاع در بحث نقل ذمه و ضم ذمه است.

واژگان کلیدی: عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه، ضم ذمه به ذمه، امامیه، اهل سنت.

✽ طرح مسئله

ایجاد وثیقه برای بدهی‌ها از اموری است که امروزه اهمیت زیادی پیدا کرده است. عقد ضمان یکی از عقود است که در راستای این هدف طراحی شده است، هرچند در مورد اینکه موجب نقل ذمه یا ضم ذمه می‌شود، بین امامیه و اهل سنت اختلاف شده است. در قانون مدنی آمده است:

«بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود» (قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۴، ماده ۶۹۸).

اما اکثر عقد ضمان‌هایی که در بازار و عرف جامعه انجام می‌شود، از باب نقل ذمه به ذمه نیست. از قانون تجارت برمی‌آید که ضمان ضم ذمه به ذمه را پذیرفته است:

«ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب، به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد» (قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، ماده ۴۰۲).

برای حل این موضوع، برخی از حقوق دانان به قرینه ماده اخیر و سایر شواهد گفته‌اند قانون مدنی که ضمان را موجب نقل ذمه می‌داند، قاعده‌ای تکمیلی را بیان می‌کند که می‌توان برخلاف آن توافق کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۵-۲۲۷)؛ اما صحت این ادعا از نظر فقهی محتاج اموری است؛ از جمله اینکه محل نزاع بین امامیه و اهل سنت و دامنه این اختلاف روشن شود؛ برای مثال اگر این اختلاف، اختلاف در ماهیت و اقتضای ضمان باشد، توافق برخلاف آن صحیح نخواهد بود؛ زیرا این توافق، مخالف مقتضای عقد است، مگر اینکه توافق به نحو ضم ذمه به ذمه در قالب عقدی مستقل (غیر از ضمان اصطلاحی) مطرح شود که بحث دیگری است؛ بنابراین با توجه به اینکه پیش از این، تحقیقی که به تبیین محل نزاع در این بحث پرداخته باشد یافت نشد، لازم است این مسئله مورد بررسی قرار گیرد تا دامنه اشتراکات و اختلافات بین فقه امامیه و اهل سنت در عقد ضمان روشن شود.

در این تحقیق، ابتدا مروری بر ضمان ضم ذمه به ذمه در فقه عامه شده است و به اختلافاتی اشاره

می‌شود که بین آن‌ها در این بحث وجود دارد. سپس احتمالاتی که ممکن است محل نزاع در بحث نقل ذمه و ضم ذمه باشد مورد بررسی قرار می‌گیرد و احتمالی ارائه خواهد شد که نسبت به سایر احتمالات معقولیت بیشتری دارد.

۱. مروری بر ضم ذمه به ذمه در فقه اهل سنت و محورهای اختلافی آن

در بین فقهای اهل سنت، نظریه ضم ذمه پذیرفته شده است و تنها به عده‌ای از جمله ابو ثور، ابن ابی لیلیا و ابن شبرمه نسبت داده شده که ضمان را ناقل می‌دانند (ابن قدامه، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۰۸؛ زحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵)؛ البته هر چند مبنای ضم ذمه به ضمه به غالب فقهای اهل سنت نسبت داده شده است؛ اما بعد از تتبع به این نتیجه می‌رسیم که در جزئیات این مطلب در بین آن‌ها اختلاف وجود دارد. قبل از بیان موارد اختلافی، مناسب است به قدر مشترک بین همه نظرات اشاره شود. نقطه مشترک اصلی بین قائلین به نظریه ضم ذمه به ذمه این است که ضمان ناقل نیست و چنین نیست که ذمه مضمون عنه بری شده باشد و امکان مراجعه به او وجود نداشته باشد؛ همچنین روشن است که ضم ذمه به ذمه، به این معنا نیست که طلبکار دو طلب پیدا می‌کند و به دارایی‌هایش افزوده می‌شود. در ادامه به سه محور از مواردی که در میان اهل سنت اختلاف است اشاره می‌شود و برداشت فقهای امامیه نسبت به این سه محور بیان خواهد شد.

۱-۱. محور اختلافی اول: ضم در دین یا ضم در مطالبه

محور اول این است که آیا در ضمان ضم ذمه به ذمه، ضامن بدهکار می‌شود و از نظر وضعی ذمه او مشغول می‌شود یا اینکه صرفاً حق مطالبه از ضامن (درکنار مضمون عنه) وجود دارد و آنکه از نظر وضعی مدیون است تنها مضمون عنه است؟ طبعاً اینکه ذمه ضامن مشغول شده و بدهکار شود، هم از نظر تحلیلی و هم آثار عملی بسیار متفاوت است، باینکه صرفاً متعهد باشد و حق مطالبه از او وجود داشته باشد. در مورد نظر اول تعبیر به «ضم در دین» و در مورد نظر دوم تعبیر به «ضم در مطالبه» شده است. برخی نیز گفته‌اند اساساً ضمان ضم ذمه به ذمه دو صورت دارد و به هردو شکل می‌تواند واقع شود (السرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۱۶۱). می‌توان گفت ضم در مطالبه، معادل چیزی است که در فقه امامیه از آن با نام «ضمان عرفی» یاد شده است (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۳۵۶ و ۳۵۹؛ زین الدین، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۷۴).

برخی از اهل سنت هردو نظر (ضم در دین و ضم در مطالبه) را مطرح کرده، به اکثر مشایخ خود



نسبت داده‌اند که اثر عقد ضمان، ثبوت حق مطالبه از ضامن است نسبت به دینی که بر ذمه مضمون عنه است. درحقیقت، ضامن نسبت به دینی که بر ذمه دیگری است مسئول می‌شود؛ یعنی دین واحد است و مطالبه شونده متعدد؛ سپس می‌گوید برخی از مشایخ ما بر این عقیده‌اند که دین بر ذمه ضامن هم ثابت می‌شود و مطالبه از آثار آن است؛ از این رو دو دین و دو حق مطالبه وجود دارد (علاء الدین کاشانی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۰). طبعاً مراد از تعدد دین، این نیست که مضمون له دارای دو طلب شده است و بتواند هر دو را استیفای کند؛ بلکه نظیر واجب کفائی است که با پرداخت یکی، دین از ذمه دیگری ساقط می‌شود.

شاید برخی برای دفع همین اشتباه است که به جای تعدد دین، به دین واحد که در دو ذمه وجود دارد تعبیر کرده‌اند. زحیلی می‌نویسد: درمقابل حنفیه که ضمان را ضم در مطالبه دانسته‌اند و معتقدند دین فقط در ذمه بدهکار اصلی ثابت است، مالکیه و شافعیه و حنابله ضمان را «ضم در دین» می‌دانند و قائل به ثبوت دین در دو ذمه‌اند. به تعبیری، دین امر اعتباری است و مانعی نیست از اینکه دین واحد در دو ذمه اعتبار شود، برخلاف عین که در زمان واحد امکان ندارد در دو ظرف موجود باشد (الزحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۴۳)؛ بنابراین طبق این تحلیل، «تعدد دین» و «ثبوت دین واحد در دو ذمه» دو تعبیر با مراد یکسان‌اند که هر دو درمقابل ضم در مطالبه قرار می‌گیرد.

یکی از ادله اثبات نظریه ضم در دین، این است که اگر طلبکار دین خود را به ضامن ببخشد، این هبه قطعاً صحیح است؛ درحالی که هبه دین جز به «من علیه الدین» صحیح نیست. همچنین گفته شده است طلبکار می‌تواند با ضامن معامله‌ای انجام دهد و ثمن آن را دینی که بر ذمه ضامن است قرار دهد؛ درحالی که خرید کالا با دین فقط از «من علیه الدین» صحیح است. درمقابل این نظر، حنفیه گفته‌اند هر چند اعتبار دین واحد در دو ذمه معقول است؛ اما دلیلی بر آن وجود ندارد؛ زیرا غرض از ضمان، حصول توثیق است که با وجود حق مطالبه ثابت است (الزحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۴۳-۴۱۴۴).

واضح است که این اختلاف دارای ثمراتی است، مثل بحث فروش و هبه دین که به آن اشاره شد؛ همچنین از ثمرات بسیار مهم این اختلاف این است که اگر ضمان، ضم در مطالبه باشد نه دین، در صورت موت، ضامن نباید دین را از ترکه او بردارد؛ بلکه در این صورت، عقد ضمان از بین می‌رود و مثل کفالت (تعهد به احضار دیگران) خواهد بود؛ زیرا دینی در کار نیست تا باقی باشد.

همانطور که برخی از اهل سنت گفته‌اند، این اختلاف صرفاً اختلاف نظری است، و گرنه از جهت آثار و

ثمرات، آثار نظریهٔ ضم در دین و ثبوت دین در ذمهٔ ضامن، مورد قبول همه است؛ زیرا احکامی که لازمهٔ این نظر است نیز مورد اتفاق اند؛ به عنوان مثال روایات حنفیه هم دلالت می‌کند بر اینکه در صورت موت ضامن، دین حال شده و از اموال او برداشته می‌شود که این حکم مخالف نظریهٔ ضم در مطالبه است (عابدین الدمشقی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص ۲۸۲).

بنابراین در جمع‌بندی می‌توان گفت از لحاظ نظری، غالب اهل سنت (به جز حنفیه) ضمان ضم ذمه به ذمه را موجب اشتغال ذمهٔ ضامن می‌دانند، نه صرف تعهد و حق مطالبه (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۴) و از لحاظ احکام و آثار عملی، همهٔ آن‌ها (حتی حنفیه) قائل به این نظرند. با توجه به این مطلب، به این نتیجه می‌رسیم که برداشت برخی فقهای امامیه از ضم ذمه به ذمه که آن را صرفاً تعهد به پرداخت دینی دانسته‌اند که در ذمهٔ دیگران ثابت است (خمینی، ۱۳۷۸، ص ۲۲۴) برداشتی نادرست است؛ همچنین برخی دیگر از آنجایی که طلبکار مستحق یک مال است نه دو مال، گفته‌اند دین واحد نمی‌تواند در دو ذمه وجود داشته باشد؛ پس ضم ذمه به ذمه را به ضمیمه شدن عهده به اشتغال ذمه تفسیر کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص ۱۰۲)، به این معنا که با تحقق عقد ضمان، ذمهٔ ضامن به دین مشغول نمی‌شود، بلکه صرفاً تعهد به پرداخت دارد؛ اما چنان که گفته شد، ضمان ضم ذمه به ذمه مورد قبول اهل سنت (فارغ از صحت و عدم صحت آن)، این است که دین واحد در دو ذمه قرار می‌گیرد و آثار مدیون بودن ضامن مترتب می‌شود، نه اینکه صرفاً تعهد به پرداخت داشته باشد.

البته برداشت اکثر فقهای امامیه را می‌توان صحیح و مطابق واقع تلقی کرد. برخی ضمان ضم ذمه به ذمه را تفسیر کرده‌اند به اینکه ذمهٔ ضامن در کنار بدهکار اصلی مشغول به دین می‌شود؛ اما طلبکار، مالک یکی از این دو «ما فی الذمه» به نحو بدلی است (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۸۶)؛ همچنین اشکالات عقلی برخی فقهای امامیه به ضم ذمه به ذمه، مبنی بر عدم امکان ثبوت دین واحد در دو ذمه (نجفی، ۱۴۲۱، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۳۴۳) و پاسخ برخی به این اشکال عقلی (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۲۷۴؛ یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۸۴)، نشان دهندهٔ برداشت صحیح از این نظریه است. حاصل اینکه فقه امامیه و فقه اهل سنت هر دو ضمان را موجب اشتغال ذمهٔ ضامن می‌دانند (نه صرف حق مطالبه) و اختلاف، در بریء شدن ذمهٔ مدیون اصلی است.

۲-۱. محور اختلافی دوم: توافق برخلاف ضم ذمه به ذمه

محور دوم اختلاف بین اهل سنت، نقطه مقابل اختلافی است که بین فقهای امامیه رخ داده است. فقهای شیعه که ضمان را نقل ذمه به ذمه می دانند، در اینکه آیا می توان با توافق طرفین عقد ضمان را به نحو ضم ذمه منعقد کرد یا نه اختلاف دارند. برخی گفته اند صحت چنین ضمانی گرچه مخالف مشهور است، اما بعید نیست (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۳، ص ۱۷۶)؛ چنان که برخی صریحاً قائل به صحت شده اند (یزدی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۲؛ یزدی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۷۰۰). در مقابل بسیاری از صاحبان حاشیه بر عروه از جمله محقق اصفهانی، بروجردی، عراقی، امام خمینی، نائینی و خوئی در صحت آن اشکال کرده اند (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱۱). در بین اهل سنت نیز این اختلاف وجود دارد که آیا می توان برخلاف ضم ذمه توافق کرد و عقد ضمان را طوری واقع کرد که نتیجه نقل ذمه را داشته باشد. این بحث در کتب اهل سنت با عنوان «ضمان به شرط برائت ذمه اصیل» مطرح شده است.

زحیلی ضمان به شرط برائت ذمه اصیل را صحیح می داند؛ اما به شافعیه نسبت می دهد که چنین شرطی را صحیح نمی دانند. استدلال شافعیه بر عدم صحت این شرط این است که مخالف مقتضای ضمان است (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵؛ جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۹۱). برخی قائل به بطلان اصل ضمان شده اند و برخی گفته اند ضمان صحیح است و فقط شرط باطل است (الدّمیری، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۵۰۶)؛ اما وجه صحت چنین شرطی نزد فقهای عامه روایتی است که در آن ابوقتاده ضامن دو دینار از طرف میتی شد و با مداخله پیامبر اکرم ﷺ این ضمانت به نحو برائت ذمه میت واقع شد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۵). برخی نیز گفته اند این شرط صحیح است و طلبکار دیگر حق مطالبه از مضمون عنه را ندارد؛ اما این شرط، عقد ضمان را به عقد حواله تبدیل می کند و هر چند اسمی از عنوان حواله به میان نیامده است اما حواله واقع می شود؛ زیرا آنچه مهم است معنا و مقصود است، نه تعبیر (السمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۴۷؛ السرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۴۶)؛ بنابراین فراوان تعبیر شده است که «ضمان به شرط برائت اصیل، حواله است؛ همان طور که حواله به شرط ضمان اصیل، ضمان است» (البابری، ۱۳۸۹، ج ۶، ص ۱۵۸؛ الحلبي، ۱۴۱۹، ص ۱۸۴؛ جماعة من علماء الهند الأعلام، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۳۰۵؛ دیان بن محمد الدیان، ۱۴۳۲، ج ۱۳، ص ۵۷۷).

۱-۳. محور اختلافی سوم: جواز مطالبه مطلق از ضامن

اختلاف سوم این است که آیا مضمون له مطلقاً می تواند از ضامن مطالبه دین کند یا اینکه فقط بعد از عدم امکان مطالبه از مضمون له چنین حق دارد. به مالک نسبت داده شده که تنها بعد از عدم امکان مطالبه از مضمون عنه، می توان دین را از ضامن مطالبه کرد؛ زیرا ماهیت ضمان را وثیقه دانسته است و آن را به رهن تشبیه کرده است (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵). دلیل دیگری که برای این نظر ذکر شده، این است که ضامن فرع و مضمون عنه اصل است و با امکان رجوع به اصل، نوبت به رجوع به فرع نمی رسد (العثیمین، ۱۴۲۲، ج ۹، ص ۱۸۷). برخی اضافه کرده اند که مطالبه از ضامن با وجود امکان مطالبه از مضمون عنه قبح عرفی دارد و معهود این است که تنها در فرض عدم امکان به ضامن مراجعه می کنند (الفوزان، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۷۶)؛ همچنین در استدلال دیگری، به محسن و متبرع بودن ضامن تمسک شده و گفته اند از نظر اخلاقی مناسب این است که از شخص احسان کننده مطلقاً مطالبه صورت نگیرد (الخلیل، بی تا، ج ۴، ص ۱۲۳). این نظر منافاتی با نظر «ضم در دین» و مدیون بودن ضامن ندارد و درحقیقت، ذمه ضامن مشغول به دینی است که جواز مطالبه آن مشروط به عدم امکان مطالبه بدهکار اصلی است.

اما در مقابل، برخی گفته اند حق مطالبه از ضامن مطلقاً وجود دارد؛ زیرا ضامن بعد از قبول ضمانت، بدهکار می شود و هم سطح با بدهکار اصلی است (العثیمین، بی تا، ج ۱، ص ۴۷۹۵)؛ همچنین برای این نظر به برخی ادله لفظی مثل روایت «الزعم غارم» استدلال شده است که ضامن را مطلقاً مسئول می داند (الخلیل، بی تا، ج ۴، ص ۱۲۲؛ الهاجری، ۱۴۲۹، ص ۳۰۷). برخی دیگر نیز این نظر را قائل شده اند و قیاس ضمان به رهن را مردود دانسته اند (المقدسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۰۹).

با توجه به این مطالب روشن شد که این مسئله بین اهل سنت مورد اختلاف بوده و اینکه برخی فقهای امامیه ضم ذمه به ذمه را مساوی با یکی از این دو احتمال دانسته اند، صحیح نیست. برخی از فقهای امامیه ضم ذمه به ذمه نزد اهل سنت را به تقویت شدن ذمه مضمون عنه تفسیر کرده اند و گفته اند در صورت عدم پرداخت مضمون عنه، امکان مطالبه از ضامن وجود دارد (بروجردی، ۱۴۱۳، ق، ص ۱۲۸)؛ همچنین برخی گفته اند ضم ذمه به ذمه، تعهد به پرداخت دین در صورت عدم پرداخت مدیون است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ص ۴۸۹)؛ اما از طرف دیگر، برخی معنای ضم ذمه به ذمه را این دانسته اند که ضامن در عرض بدهکار اصلی، نسبت به دین مسئول است و طلبکار مطلقاً می تواند به هر یک مراجعه کند (صدر، ۱۴۰۱،



ص ۲۳۱؛ فیاض، بی‌تا- الف، ج ۲، ص ۳۷۳). از آنچه گذشت روشن شد که هیچ‌یک از این دو مطلب صحیح نیست و ضم ذمه به ذمه به هردو احتمال بین فقهای اهل سنت مطرح است؛ ازاین رو برخی از فقهای امامیه توجه داشته‌اند که نظریه ضم ذمه به ذمه قابلیت هر دو احتمال (ماهیت وثیقه‌ای یا امکان تعدد مطالبه مستقل) را دارد (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱۲؛ یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۴۳).

۲. بررسی احتمالات در محل نزاع بین فقه امامیه و اهل سنت

در ادامه، احتمالاتی که در مورد محل نزاع وجود دارد مطرح شده است و شواهد و مبعّدات هریک از آن‌ها بیان می‌شود. اکثر این احتمالات، شواهدی در کلمات فقهای امامیه و اهل سنت نیز دارد. نکته قابل تذکر این است که چنین نیست که این احتمالات غیر قابل جمع باشند؛ بلکه ممکن است نزاع بین فقه امامیه و فقه اهل سنت در دو یا سه جهت باشد؛ اما با وجود این، در انتهای بحث معقول‌ترین و قابل قبول‌ترین تصویری که برای محل نزاع وجود دارد ارائه خواهد شد.

۲-۱. احتمال اول: اختلاف در بحث لغوی

احتمال اول این است که اختلاف در اینکه ضمان نقل ذمه است یا ضم ذمه، بازگشت به این داشته باشد که ریشه این کلمه چیست؛ به این معنا که اهل سنت ضمان را مشتق از «ضَمَّ» دانسته‌اند؛ ازاین رو قائل به ضم ذمه به ذمه شده‌اند و امامیه آن را مشتق از «ضَمَنَ» دانسته‌اند و قائل به نقل ذمه به ذمه شده‌اند. طبق اشتقاق از «ضَمَّ»، ضمان از نظر لغوی به معنای ضمیمه شدن است و تناسب آن با ضم ذمه به ذمه واضح است، و چنان که برخی گفته‌اند طبق اشتقاق از «ضَمَنَ»، ضمان از باب تضمین است و با نقل ذمه تناسب دارد؛ زیرا ضامن دین را در ضمن ذمه خود قرار می‌دهد که عبارت است از نقل ذمه (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۲۷۹). برخی مناسبت دیگری نیز اضافه کرده، گفته‌اند وجه تسمیه ضمان طبق مبنای نقل ذمه، این است که ذمه ضامن، دین را در برگرفته و متضمن آن می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱).

از شواهد این احتمال این است که برخی از فقهای اهل سنت تصریح کرده‌اند که ضمان از ماده ضَم مشتق شده است؛ بلکه با توجه به این اشتقاق گفته‌اند ضمان اقتضای ضم ذمه به ذمه می‌کند و نظریه ضم ذمه را لازمه این اشتقاق دانسته‌اند (المقدسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۴۰۹). در مقابل، بسیاری از فقهای شیعه

گفته‌اند طبق نظریه نقل ذمه، ضمان مشتق از «ضَمَن» است و به قائلان به نظریه ضَم ذمه به ذمه نسبت داده‌اند که ضمان را مشتق از «ضَمَّ» می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۲۲، ص ۴۱۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۲۷۹ و ۴۳۶). برخی از فقهای شیعه درکنار ادله‌ای که بر اثبات نقل ذمه و رد ضَم ذمه ذکر کرده‌اند، این دلیل لغوی را اضافه کرده‌اند و اشتقاق ضمان از «ضَمَن» و وجود این سه حرف در سایر مشتقات این ماده را شاهد یا دلیل بر رد نظریه ضَم ذمه به ذمه دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۳۴۴؛ نجفی، ۱۴۲۱، ج ۲۶، ص ۱۱۳).

به نظر می‌رسد این بحث‌ها نادرست است و نباید اختلاف بین فقه امامیه و فقه اهل سنت را به بحث لغوی ارتباط داد، بلکه آنچه در مباحث قراردادها مهم است، شناخت ماهیت و مضمون معاملی قرارداد و احکام مترتب بر آن است؛ بنابراین هیچ اشکالی در این نیست که کسی ضمان را مشتق از ضَمَن بداند و درعین حال قائل به ضَم ذمه به ذمه شود، همان‌طور که برخی از اهل سنت بین این دو نظر جمع کرده‌اند (جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۶۳).

شواهد متعددی وجود دارد بر اینکه اختلاف بین فقه امامیه و فقه اهل سنت در بحث نقل و ضَم، به اشتقاق لغوی ماده ضمان ارتباطی ندارد. واضح است ضمان از ماده «ضَمَن» مشتق شده و وجود حرف نون در سایر مشتقات این کلمه (ضامن، مضمون عنه، مضمون له و غیره) بهترین دلیل است بر اینکه ضمان مشتق از ضَمَن است نه «ضَمَّ»؛ از این رو کسانی که ضمان را مشتق از ضَم دانسته‌اند مرتکب اشتباه شده‌اند، مگر اینکه چنان که برخی احتمال داده‌اند مرادشان نتیجه ضمان بوده باشد، نه اشتقاق لفظی آن (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۳۶۵)؛ همچنین اشتقاق ضمان از «ضَمَن» هیچ دلالتی بر نقل ذمه ندارد؛ زیرا متضمن بودن و دربرداشتن دین اعم است از اینکه به نحو نقل ذمه باشد یا ضَم ذمه و چنان که اشاره شد برخی از اهل سنت همین را قائل شده‌اند. اساساً در کتب فقهی قدیم اهل سنت از عقد ضمان تحت عنوان کفالت نام برده می‌شود و کلمه ضمان شناخته شده نیست تا بحث از اشتقاق لغوی آن باشد (الشافعی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۳۴؛ علاء الدین کاشانی، بی تا، ج ۶، ص ۱۰).

نتیجه اینکه اولاً اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت به هیچ وجه در اشتقاق لغوی ضمان نیست؛ ثانیاً واضح است که ضمان از «ضَمَن» مشتق شده است نه از «ضَمَّ»؛ ثالثاً منافاتی بین اشتقاق ضمان از «ضَمَن» و قائل شدن به نظریه ضَم ذمه وجود ندارد؛ رابعاً کسانی از اهل سنت که اشتقاق ضمان از ضَم

را دلیل بر نظریهٔ ضم ذمه به ذمه دانسته‌اند و فقهای از شیعه که اشتقاق ضمان از ضمن را دلیل بر رد این نظریه دانسته‌اند، مرتکب مسامحه شده‌اند؛ زیرا ارتباطی بین این دو مسئله وجود ندارد.

۲-۲. احتمال دوم: اختلاف در ماهیت ضمان

احتمال دوم این است که اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت در ماهیت عقد ضمان باشد؛ به این معنا که امامیه حقیقت ضمان را به معنای نقل ذمه یا تعهد به دین به نحو نقل ذمه به ذمه بدانند؛ اما اهل سنت ماهیت ضمان را ضم ذمه بدانند. تعبیرات برخی از فقیهان که از این اختلاف، تعبیر به اختلاف در معنای ضمان (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹، ص ۱۹) یا اختلاف در حقیقت ضمان (مشکینی، ۱۳۹۲، ص ۳۵۲) یا «معنای ضمان معهود» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۳۴) کرده‌اند، می‌تواند شاهد بر این احتمال باشد.

در راستای همین مطلب، عده‌ای از فقهای متأخر عنصر نقل ذمه به ذمه را در تعریف ماهیت ضمان ذکر کرده‌اند. برخی ضمان را به نقل مال از ذمهٔ مضمون عنه به ذمهٔ ضامن تعریف کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۲۳۳؛ تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۱۵۸؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۸۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۲۰۹؛ فیاض، بی‌تا-ب، ج ۲، ص ۳۷۲). برخی نیز به فقه امامیه نسبت داده‌اند که ضمان را نقل حق یا انتقال حق از ذمه‌ای به ذمه دیگری می‌داند (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، بخش ۱، ص ۸۳). برخی دیگر از فقها ضمان اصطلاحی را به نقل ذمه به ذمه تعریف نکرده‌اند؛ بلکه ماهیت ضمان را تعهد دانسته‌اند، نه مطلق تعهد. در این تعریف گفته شده که ضمان عبارت است از تعهد به دین دیگری به طوری که دین از ذمهٔ مدیون به ذمهٔ ضامن منتقل شود (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۷۱؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۵۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۳۵).

اما به نظر می‌رسد این تعاریف دقیق نیست؛ بلکه از باب خلط بین ماهیت و اثر است و اینکه امامیه دربارهٔ ضمان قائل به نظریهٔ نقل ذمه به ذمه است؛ به این معنا نیست که ماهیت ضمان را نقل ذمه به ذمه بدانند؛ از این رو برخی از فقیهان دقت داشته و گفته‌اند ضمان عقدی است که ثمرهٔ آن نقل ذمه به ذمه است (محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۹۲). با مراجعه به کتب قدیمی‌تر از فقیهان نیز معلوم می‌شود که نقل ذمه را در تعریف ماهیت ضمان ذکر نکرده‌اند. بسیاری از فقیهان، ضمان را به عهده گرفتن مال دانسته‌اند (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ عاملی شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۴۵۹)؛ همچنین بسیاری در تعریف ضمان گفته‌اند عقدی است که برای به عهده گرفتن مال تشریع شده است

(بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۷۹؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۴۲؛ محقق حلی، بی تا، ج ۲، ص ۸۸). گاهی نیز ضمان را به «به عهده گرفتن مال ثابت در ذمه» تعریف کرده‌اند که معادل به عهده گرفتن دین است (اراکي، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۹۵؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۹۹؛ موسوی سبزواری، بی تا، ص ۳۶۱).

بنابراین ماهیت عقد ضمان عبارت است از به عهده گرفتن دین دیگران، بدون اینکه نقل ذمه و بریء شدن ذمهٔ مدیون اصلی در آن مدخلیتی داشته باشد؛ از سوی دیگر، به عهده گرفتن دین به دو نحو تکلیفی و وضعی قابل تصور است: گاهی به عهده گرفتن دین، صرفاً به نحو تکلیفی بوده و بیش از التزام به پرداخت، به همراه حق مطالبه متعهدله نیست؛ اما گاهی به عهده گرفتن دین، به معنای مدیون شدن و بدهکاری است که آثار مختص خود را دارد. برخی از فقیهان به این مطلب توجه داشته و گفته‌اند ضمان به معنای عام خود عبارت است از تعهد به مال دیگران و شامل هر دو قسم می‌شود (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۵۱؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۹۶)؛ با وجود این از مسلمات بین فقهای امامیه این است که در عقد ضمان اصطلاحی (نه ضمان در معنای عام)، دین در ذمهٔ مدیون ثابت شده است و چنین نیست که صرفاً وجوب تکلیفی ادا باشد؛ بلکه تعبیر به نقل ذمه به ذمه که بسیار زیاد به کار رفته است (هرچند ماهیت ضمان نیست) همین مفهوم را دارد. به تعبیر شیخ طوسی، طلبکار حق رجوع به مضمون عنه را ندارد؛ زیرا ضمان موجب نقل مال از ذمهٔ مضمون عنه به ذمهٔ ضامن می‌شود؛ از این رو فقط حق مطالبه از کسی را دارد که مال در ذمه‌اش ثابت است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۱۵)؛ همچنین بسیاری از فقیهان فرموده‌اند در صورت موت ضامن، دین را از ترکّه او برمی‌دارند (طوسی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۰۴)؛ بلکه اگر به نحو مؤجل ضمانت کرده بود، دین حال می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۲۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۷؛ محقق حلی، بی تا، ج ۲، ص ۸۹). همهٔ این مطالب نشانگر آن است که ضمان اصطلاحی در فقه امامیه، مدیون شدن را به دنبال دارد و صرف تکلیف به پرداخت نیست.

بنابراین ماهیت عقد ضمان عبارت است از به عهده گرفتن و تحمل دین دیگران به معنای مدیون شدن به نحو وضعی؛ چنان که خواهیم گفت، به عهده گرفتن دین لزوماً به معنای منتقل شدن ذمهٔ مدیون اصلی و برائت ذمهٔ او نیست و امامیه اگر قائل به نقل ذمه است، از این باب است که حکم ضمان را نقل می‌داند، نه اینکه نقل ذمه اقتضای ذات ضمان باشد؛ در نتیجه اینکه در تعبیرات برخی فقیهان، به عهده گرفتن دین دیگران به معنای نقل ذمه و برائت ذمهٔ مدیون دانسته شده است (رشتی، ۱۳۱۱، ص ۲۷۸؛ بجنوردی،

۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۸) یا اینکه نقل ذمه، لازمه و مقتضای ماهیت ضمان دانسته شده است (بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۵)، مطلب ناتمامی است. طبعاً لازمه این مطلب این است که به عهده گرفتن دین دیگران به نحو ضم ذمه، امری خارج از ماهیت ضمان باشد که خلاف ارتکازات عقلایی است. در ادامه (ذیل احتمال چهارم) شواهد بیشتری بر این مطلب ذکر خواهد شد.

۲-۳. احتمال سوم: اختلاف در تفسیر اراده طرفین ضمان

احتمال سوم در مورد محل نزاع این است که اختلاف بین امامیه و اهل سنت در تفسیر اراده‌ای باشد که از طرفین عقد ضمان واقع می‌شود؛ به این معنا که هم امامیه و هم اهل سنت معترف اند که عقد ضمان می‌تواند به نحو نقل ذمه به ذمه واقع شود؛ یعنی ضامن متعهد به دین بدهکار شود، به این نحو که دین به او منتقل شود و ذمه مدیون اصلی بریء شود؛ همان طور که عقد ضمان می‌تواند به نحو ضم ذمه به ذمه واقع شود و اراده ضامن و مضمون له بر این باشد که علاوه بر امکان مراجعه به ضامن، دین بر ذمه بدهکار اصلی باقی باشد. طبق این احتمال، هیچ‌یک از این دو فرض خارج از ماهیت ضمان نیست و اختلاف بین دو گروه در این است که آنچه در عالم واقع و اراده طرفین رخ می‌دهد کدام است؟ طبق این احتمال، امامیه قائل به نقل ذمه‌اند، از این باب که معتقدند ضامن در عقد ضمان اراده نقل ذمه مدیون به ذمه خود می‌کند؛ در حالی که اهل سنت چون از اراده طرفین ضمان برداشت ضم ذمه می‌کنند، قائل به نظریه ضم ذمه به ذمه شده‌اند. از تعابیر برخی فقیهان به دست می‌آید که نقل ذمه به ذمه را مورد اراده طرفین عقد ضمان می‌دانند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۵۲).

نتیجه این احتمال آن است که اختلاف جدی بین امامیه و اهل سنت وجود نداشته باشد و فقه اهل سنت بپذیرد که اگر طرفین عقد ضمان اراده نقل ذمه به ذمه کرده باشند، نقل واقع می‌شود، همچنان که فقه امامیه باید بپذیرد که اگر عقد ضمان به نحو ضم ذمه به ذمه اراده شد، ذمه بدهکار اصلی بریء نمی‌شود؛ اما به نظر می‌رسد این احتمال در مورد محل نزاع صحیح نیست. تفسیر اراده طرفین امری نیست که اختلاف نظر فقهی در آن جایگاهی داشته باشد، خصوصاً با توجه به اینکه عرف واحد است و دو برداشت متفاوت از تفسیر اراده بعید می‌نماید (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۲۵۰). از طرف دیگر، این اختلاف به شیعه و سنی ارتباطی ندارد و ممکن است بین فقهای شیعه یا بین فقهای اهل سنت نیز چنین اختلاف تفسیری وجود داشته باشد؛ همچنین اکثر ادله‌ای که طرفین برای نظریه خود اقامه کرده‌اند، نشان دهنده این است که

اختلاف به هیچ وجه در تفسیر اراده طرفین عقد ضمان نبوده است.

۲-۴. احتمال چهارم: اختلاف در حکم ضمان

احتمال چهارم این است که اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت در حکم عقد ضمان باشد. مطابق این احتمال، اختلاف نه در اشتقاق لغوی است و نه در تفسیر اراده طرفین و نه در ماهیت عقد ضمان، بلکه اختلاف در این است که آیا بعد از به ذمه گرفتن دین دیگران، حکم به برائت ذمه مدیون اصلی می شود یا خیر؟ بنابراین، مورد قبول طرفین است که نه نقل ذمه و نه ضم ذمه، هیچ یک در ماهیت عقد ضمان مدخلیت ندارد، بلکه اختلاف در حکم این عقد است؛ البته مراد از حکم عقد ضمان، اعم است از اینکه حکم شرعی تبعی باشد یا حکم عقلی یا حکم عقلایی. در حقیقت حکم ضمان به معنای امر خارج از ماهیت ضمان است، در مقابل احتمال دوم که ماهیت ضمان را نقل ذمه یا ضم ذمه می دانست. به نظر می رسد احتمال صحیح همین است که اختلاف در حکم ضمان است؛ اما بعد از تأمل می یابیم که خود این احتمال را باید به فروض مختلفی تقسیم کرد. قبل از بیان فروض مختلف این احتمال، شواهد اثبات آن در فقه امامیه و فقه اهل سنت بیان می گردد.

از مهم ترین شواهد این مطلب که اختلاف در حکم مترتب بر ضمان است، مراجعه به ادله ای است که برای اثبات نظریه نقل ذمه یا ضم ذمه اقامه شده است. اولین و بیشترین ادله ای که به آن ها استدلال شده، روایاتی است که در آن ها حکم به برائت یا عدم برائت ذمه مدیون شده است. طبعاً چنین استدلال هایی کاشف از این است که اختلاف بین امامیه و اهل سنت در حکم عقد ضمان است. بسیاری از فقهای امامیه (خصوصاً فقهای قدیم) برای اثبات نظریه نقل ذمه به ذمه، فقط به برخی روایات استدلال کرده اند که در آن ها معصوم علیه السلام حکم به برائت ذمه مدیون کرده است (حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۷؛ همو، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۶۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۸۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۱۵؛ علامه حلی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص ۴۲۴؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص ۴۳۵). تنها در کلام برخی از متأخرین است که اثبات نظریه نقل ذمه به ذمه، به ماهیت عقد ضمان گره خورده است (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۳۷۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۱۱۸؛ بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۰۵). در فقه اهل سنت نیز اولین و بیشترین دلیلی که به آن برای اثبات نظریه ضم ذمه به ذمه تمسک شده است، ادله تبعی، یعنی احادیثی است که از طرق عامه نقل شده است؛ بلکه تعداد شاذی از ایشان که قائل به نقل ذمه به ذمه اند، به برخی احادیث دیگر

استدلال کرده‌اند (المقدسی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۴۰۸).

همچنین استدلال به اجماع از طرف فقهای امامیه همین امر را نشان می‌دهد. بسیاری از فقهایان برای اثبات اینکه عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه است، به روایات و اجماع استدلال کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۶۱؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۲۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۲)؛ بنابراین این سنخ از استدلال‌ها نشان می‌دهد که اختلاف در حکم ضمان است و به ماهیت آن ارتباطی ندارد. اینکه گفته شود حکم روایات و اجماع فقها بر برائت ذمه مدیون، به خاطر این است که ماهیت ضمان جز نقل ذمه به ذمه نیست، اولاً ادعای بی‌دلیلی است و ثانیاً خلاف ظاهر است، وگرنه مناسب بود فقها این گونه استدلال کنند که اقتضای ضمان این است که ذمه بدهکار بریء شود، نه اینکه به دلیل تعدی (اجماع و روایات) تمسک کنند؛ بلکه به نظر می‌رسد حتی ادله عقلی که بر اثبات نقل یا ضم ارائه شده است، با این ادعا هماهنگ است؛ به عنوان مثال این استدلال که «دین واحد معقول نیست دو ذمه را مشغول کند» برای اثبات نظریه نقل ذمه به ذمه (نجفی، ۱۴۲۱، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۳) بیانگر این است که حکم عقلی عقد ضمان این است که موجب نقل ذمه به ذمه می‌شود و ارتباطی به ماهیت این عقد ندارد. هرچند این استدلال عقلی ناتمام است؛ اما غرض در این بحث اثبات این مطلب است که محل نزاع، حکم و اثر ضمان است نه ماهیت آن.

از طرف دیگر، برخی از فقهای امامیه نقل ذمه به ذمه را ذیل عنوان «احکام ضمان» و بعد از بیان ماهیت، مشروعیت و ارکان ضمان ذکر کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۴۳۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۲). برخی تعبیر کرده‌اند که وقتی ضمان به نحو صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۶۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۸۴؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۳۱۱). همه این شواهد نشانگر آن است که نقل ذمه به ذمه، حکم عقد ضمان است نه ماهیت آن؛ از این رو نزاع در حکم عقد ضمان است. در ادامه به فروض مختلف احتمال چهارم اشاره می‌کنیم.

فرض اول این است که عقد ضمان می‌تواند به نحو نقل ذمه و ضم ذمه اراده شود؛ اما فقه امامیه قائل به این است که حکم عقد ضمان نقل ذمه است مطلقاً، در حالی که طبق فقه اهل سنت حکم عقد ضمان ضم ذمه است مطلقاً. طبق این فرض، فقه امامیه اجرای عقد ضمان حتی با اراده ضم ذمه را موجب نقل ذمه می‌داند و فقه اهل سنت اجرای عقد ضمان حتی با اراده نقل ذمه را موجب ضم ذمه به ذمه می‌داند.

برخی از فقیهان امامیه گفته‌اند تصریح طرفین ضمان به ضم ذمه به ذمه، نمی‌تواند مشروعیت بخشی کند و اگر چنین تصریحی کنند ظاهر این است که اصل ضمان (نقل ذمه) صحیح است و این تصریح باطل است (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۳۸۸) در فقه اهل سنت نیز برخی گفته‌اند شرط برائت ذمه اصيل، باطل است؛ اما اصل ضمان صحیح است (الدّمیری، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۵۰۶). این فرض از این جهت بعید می‌نماید که خلاف قصد متعاقدين لازم می‌آید؛ لذا چنان‌که برخی گفته‌اند جداً بعید است که طرفین قصد نقل کنند و شارع حکم به ضم کند یا قصد ضم کنند و شارع حکم به نقل کند (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۷۰۰).

فرض دوم این است که ضمان می‌تواند هم به نحو نقل ذمه و هم ضم ذمه اراده شود؛ اما فقه امامیه قائل به این است که عقد ضمان در صورت اول صحیح و در صورت دوم باطل است، چنان‌که طبق فقه اهل سنت قضیه برعکس است. طبق این فرض (برخلاف فرض قبلی) فقه امامیه اجرای عقد ضمان به نحو ضم ذمه به ذمه را بی‌اثر می‌داند، چنان‌که فقه اهل سنت اجرای عقد ضمان به نحو نقل را بی‌اثر می‌داند. ظاهر عبارت فقیهانی که صحت ضمان به نحو اراده ضم ذمه را محل اشکال دانسته‌اند، این است که آن را اساساً باطل می‌دانند (خویی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۲۷؛ یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱۱)؛ همچنین برخی از فقهای عامه گفته‌اند شرط برائت ذمه اصيل، مخالف مقتضای ضمان است (الزحیلی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵؛ جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۹۱) که نتیجه آن، بطلان اصل عقد و شرط است.

فرض سوم که از سایر فروض منطقی‌تر به نظر می‌رسد این است که در عین حال که می‌توان ضمان را به نحو نقل ذمه یا ضم ذمه اراده کرد، می‌توان ذات به عهده گرفتن دین دیگران را اراده کرد، بدون لحاظ و در نظر گرفتن اینکه ذمه مدیون اصلی بریء شود یا نشود؛ چنان‌که گذشت، ماهیت ضمان عبارت است از به عهده گرفتن دین دیگران و ضمان اصطلاحی نیز به معنای به عهده گرفتن دین دیگران به نحو وضعی و اشتغال ذمه به آن است. طبق این تحلیل در مورد ماهیت عقد ضمان، می‌توان ضمان را به معنای ذات اشتغال ذمه به دین دیگران انشاء کرد، بدون اینکه نظر و لحاظی به اینکه ذمه بدهکار اصلی بریء شود یا نه، وجود داشته باشد؛ بنابراین نقل ذمه و ضم ذمه، امور خارج از ماهیت عقد ضمان‌اند.

برای اثبات این مدعا می‌توان به عبارت محقق حکیم استشهد کرد. ایشان می‌نویسد:

«آنچه مورد اختلاف بین امامیه و اهل سنت است خارج از مفهوم و ماهیت ضمان بوده، بلکه از احکام آن است و آنچه ماهیت عقد ضمان

راتشکیل می‌دهد ذات به عهده گرفتن دین است بدون توجه به نقل یا ضم ذمه» (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۲۵۰).

از شواهدی که بر این مطلب آورده، این است که فقها ضمان را به تعهد به مال تفسیر کرده‌اند، در مقابل کفالت که صرفاً تعهد به نفس است نه بیشتر؛ اما برخی از حاشیه‌نویسان عروه گفته‌اند بعید است که ذهن ضامن خالی از حیث نقل و ضم باشد و نمی‌توان ضمان را بدون اراده نقل یا ضم انشاء کرد؛ از این رو ادعا کرده‌اند که ضمان نزد عقلایی از این دو حالت را دارد و یکی از این دو حالت، محتوا و ماهیت ضمان است، نه اینکه حکم آن باشد (یزدی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۷۰۰). از آنچه گفتیم روشن شد که این ادعا صحیح نیست و حالت سوم وجود دارد که آنچه اراده شده است صرفاً تعهد به دین مضمون عنه است و خصوصیت نقل و ضم اساساً مورد لحاظ طرفین نیست.

به نظر می‌رسد معقول‌ترین وجه در تصویر محل نزاع، همین وجه است که مرحوم حکیم نیز به آن اشاره دارد. طبق این وجه، اختلاف بین فقه امامیه و اهل سنت، مخصوص موردی است که از ضمان فقط، «به عهده گرفتن» اراده شده است و اراده نقل ذمه یا ضم ذمه نشده است؛ اما اینکه طبق مبانی فقه امامیه بتوان ضمان ضم ذمه در صورت توافق را تصحیح کرد، نیازمند بررسی میزان دلالت ادله‌ای است که برای اثبات نظریه نقل ذمه ارائه شده است. به تعبیر دیگر، باید ملاحظه کرد که این ادله می‌توانند مانع صحت ضمان ضم ذمه در صورت توافق بر آن باشند یا خیر که از موضوع این تحقیق خارج است؛ با وجود این، چنان که گذشت در فقه امامیه برخی فقیهان متمایل به صحت ضمان در فرض اراده ضم ذمه به ذمه شده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۳، ص ۱۷۶؛ یزدی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۲؛ شیرازی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۹)؛ هرچند گفته شده است ظاهر کلمات فقها این است که چنین ضمانی صحیح نیست (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۱)؛ در مقابل برخی از فقهای اهل سنت نیز ضمان به شرط ابراء مضمون عنه را پذیرفته‌اند که طبعاً نتیجه آن نقل ذمه است؛ هرچند گفته شد که این مسئله مورد اختلاف است (الزحیلی، بی تا، ج ۶، ص ۴۱۶۵؛ السرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰، ص ۴۶).

❁ نتیجه‌گیری

وجه مشترک بین قائلین به نظریه ضم ذمه به ذمه در مقابل فقهای امامیه، این است که ضمان ناقل نیست و چنین نیست که با تحقق عقد ضمان، ذمه مضمون عنه بریء شده باشد و امکان مراجعه به او وجود نداشته باشد؛ هرچند در تفاسیل و جزئیات این مطلب اختلافاتی وجود دارد؛ از طرف دیگر، اینکه محل نزاع در این بحث، اختلاف در ریشه لغوی ضمان باشد نادرست است و شواهد زیادی برخلاف آن وجود دارد؛ همچنین اینکه اختلاف در تفسیر اراده طرفین عقد ضمان باشد صحیح نیست. احتمال سوم این است که اختلاف در حقیقت و ماهیت عقد ضمان باشد که هرچند از دو احتمال قبلی قریب‌تر است؛ اما شواهدی برخلاف آن نیز وجود دارد. در این تحقیق احتمال چهارم ترجیح داده شد که مطابق این احتمال، نزاع در اثر و حکم عقد ضمان است. شواهد متعددی بر صحت این احتمال وجود دارد، به ویژه ملاحظه ادله‌ای که طرفین به آن‌ها استدلال کرده‌اند. ذیل احتمال چهارم نیز سه فرض مطرح شد و در نهایت این نظر تقویت شد که ماهیت ضمان اصطلاحی عبارت است از به ذمه گرفتن دین دیگران و این مضمون می‌تواند مستقلاً و بدون لحاظ نقل ذمه (برائت ذمه مدیون) و ضم ذمه انشاء شود و شواهدی وجود دارد که بر اساس آن می‌توان محل نزاع را این فرض دانست.

فهرست منابع

۱. آل کاشف الغطاء، محمد حسين، (۱۳۵۹)، تحرير المجلة، چاپ اول، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
۲. ابن زهره، حمزه بن علي، (۱۴۱۷ق)، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، چاپ اول، قم: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام.
۳. ابن فهد حلي، احمد بن محمد، (۱۴۰۷ق)، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: جماعة المدرسين در حوزة علمية بقم. مؤسسة النشر اسلامي.
۴. اراكي، محمد علي، (۱۴۱۴ق)، المسائل الواضحة، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزة علميه قم.
۵. اشتهاودي، علي پناه، (۱۴۱۷ق)، مدارك العروة، چاپ اول، تهران: منظمة الاوقاف والشؤون الخيرية. دار الأسوة للطباعة والنشر.
۶. اصفهاني، ابوالحسن، (۱۴۲۲ق)، وسيلة النجاة، چاپ اول، قم: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام.
۷. ايرواني، باقر، (۱۴۲۷ق)، دروس تمهيدية في فقه استدلالی على المذهب الجعفري، چاپ دوم، قم: مؤسسة الفقه للطباعة والنشر.
۸. البابرتي، أكمل الدين، (۱۳۸۹)، العناية شرح الهداية، چاپ اول، لبنان: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
۹. بجنوردي، حسن، (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهية (بجنوردي)، چاپ اول، قم: نشر الهادي.
۱۰. بروجردي، حسين، (۱۴۱۳ق)، تقريرات ثلاثة، چاپ اول، قم: جماعة المدرسين در حوزة علميه بقم. مؤسسة النشر اسلامي.
۱۱. بهبهاني، محمد باقر بن محمد اکمل، (۱۴۱۷ق)، حاشية مجمع الفائدة والبرهان، چاپ اول، قم: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهاني.
۱۲. تبريزي، جواد، (۱۳۸۹)، إرشاد الطالب في شرح المكاسب، چاپ اول، قم: دار الصديقة الشهيدة عليه السلام.
۱۳. تبريزي، جواد، (۱۴۲۶ق)، منهاج الصالحين، چاپ اول، قم: مجمع الامام المهدي عليه السلام.
۱۴. جزيري، عبد الرحمن، (۱۴۱۹ق)، الفقه على المذاهب الاربعة ومذهب اهل البيت عليه السلام، جلد ۱، بيروت: دار الثقلين.
۱۵. جماعة من علماء الهند الأعلام، (۱۴۱۱ق)، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، جلد ۱، بيروت: دار صادر.
۱۶. حائري طباطبائي، علي بن محمد علي، (۱۴۱۸ق)، رياض المسائل، چاپ اول، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۱۷. حر عاملي، محمد بن حسن، (۱۴۱۲ق)، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، دار إحياء التراث العربي.
۱۸. حسيني عاملي، محمد جواد بن محمد، (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم:

- جماعة المدرسين در حوزه علمیه بقم. مؤسسة النشر اسلامی.
۱۹. حکیم، محسن، (۱۳۷۴)، **مستمسک العروة الوثقی**، قم: دارالتفسیر.
 ۲۰. الحلبي، ابراهيم، (۱۴۱۹ق)، **ملتقى الأبحر في فروع الحنفية**، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
 ۲۱. حلی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۴ق)، **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع**، چاپ اول، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی رحمته الله علیه.
 ۲۲. حلی، مقداد بن عبدالله، (۱۴۲۵ق)، **کنز العرفان في فقه القرآن**، چاپ اول، قم: مرتضوی.
 ۲۳. الخلیل، احمد، (بی تا)، «شرح زاد المستقنع»، بی جا.
 ۲۴. خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران، (۱۳۷۸)، **الرسائل العشرة**، قم: مؤسسة تنظیم و نشر آثار الإمام خمینی (قدس سره).
 ۲۵. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحين**، چاپ ۲۸، قم: نشر مدينه العلم.
 ۲۶. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۰۹ق)، **مبانی العروة الوثقی**، چاپ اول، قم: منشورات مدرسه دارالعلم - لطفی.
 ۲۷. دبیان بن محمد الدبیان، (۱۴۳۲ق)، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، چاپ دوم، بی جا.
 ۲۸. الدویری، کمال الدین، (۱۴۲۵ق)، **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، چاپ اول، جدة: دارالمنهاج.
 ۲۹. رشتی، حبیب الله بن محمد علی، (۱۳۱۱)، **کتاب الإجارة (رشتی)**، بی جا.
 ۳۰. روحانی، محمد صادق، (۱۴۱۲ق)، **فقه الصادق عليه السلام**، چاپ اول، قم: دارالکتاب.
 ۳۱. الرخيلي، وهبة بن مصطفى، (بی تا)، **الفقه الاسلامي وادلته**، چاپ دوازدهم، دمشق: دارالفکر.
 ۳۲. زين الدين، محمد امين، (۱۴۱۳ق)، **کلمة التقوى**، قم: مطبعة مهر.
 ۳۳. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق)، **مهذب الاحکام في بيان الحلال والحرام**، چاپ ۴، قم: موسسه المنار.
 ۳۴. السمرقندی، محمد بن احمد بن ابی احمد، ابوبکر علاء الدین، (۱۴۱۴ق)، **تحفة الفقهاء**، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
 ۳۵. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۷ق)، **منهاج الصالحين**، چاپ ۵، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی رحمته الله علیه.
 ۳۶. الشافعی، ابوعبد الله محمد بن ادريس، (۱۴۱۰ق)، **الأم**، بیروت: دارالمعرفة.
 ۳۷. شمس الأئمة السرخسی، محمد بن أحمد بن أبی سهل، (۱۴۱۴ق)، **المبسوط**، بیروت: دارالمعرفة.
 ۳۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیه.
 ۳۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۲۲ق)، **حاشية شرائع الإسلام**، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
 ۴۰. شیرازی، سید محمد، (۱۴۱۳ق)، **الفقه، القواعد الفقهيّة**، چاپ اول، بیروت: موسسه امام رضا عليه السلام.

۴۱. نجفی، محمد حسن بن باقر، (۱۴۲۱ق)، **جواهر الکلام**، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۴۲. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۰۱ق)، **البنک اللاریبی**، چاپ ۷، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۴۳. طباطبائی حکیم، سید محسن، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، چاپ اول، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۴۴. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۰ق)، **المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف**، چاپ اول، مشهد: آستانة الرضویه المقدسة. مجمع البحوث اسلامی.
۴۵. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، چاپ سوم، تهران: مکتبة المرتضویه.
۴۶. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق)، **الخلاص**، چاپ اول، قم: جماعة المدرسين در حوزة علمیه بقم. مؤسسه النشر اسلامی.
۴۷. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۴ق)، **الرسائل العشر**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. عابدين الدمشقی، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، (۱۳۸۶)، **رد المحتار على الدر المختار**، چاپ دوم، بیروت: شركة مکتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
۴۹. عاملی شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۰ق)، **اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیة**، چاپ اول، بیروت: دار التراث- الدار الاسلامیة.
۵۰. العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، (۱۴۲۲ق)، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، چاپ اول، بیروت: دار النشر.
۵۱. العثيمين، محمد بن صالح بن محمد، (بی تا)، **الشرح الصوتی لراد المستقنع**، در تفریغ مکتوب لشرحین صوتیین للعلامة ابن عثيمين بر زاد المستقنع، مؤسسه وقف فهد بن عبد العزيز السعيد وإخوانه.
۵۲. علاء الدین کاشانی، ابوبکر بن مسعود، (بی تا)، **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۵۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۳۷۸)، **ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد**، چاپ اول، قم: اسماعیلیان.
۵۴. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ق)، **تذکرة الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۵۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، **تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامیة**، چاپ اول، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۵۶. فاضل موحدي لنكراني، محمد، (۱۳۸۳ق)، **القواعد الفقهية**، چاپ اول، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار علیهم السلام.
۵۷. فاضل موحدي لنكراني، محمد، (۱۴۲۹ق)، **تفصيل الشريعة (كتاب الغصب وإحياء الموات والمشتريات واللقطة)**، چاپ اول، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار علیهم السلام.
۵۸. الفوزان، صالح بن فوزان بن عبد الله، (۱۴۲۳ق)، **الملخص الفقهي**، چاپ اول، ریاض: دار العاصمة.
۵۹. فیاض، محمد اسحاق، (بی تا- الف)، **منهاج الصالحین**، قم: مکتب سماحة آية الله العظمی الحاج الشيخ محمد اسحاق الفياض.

۶۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، چاپ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶۱. کاشف الغطاء، احمد، (۱۴۲۳ق)، سفينة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات. چاپ اول، نجف: مؤسسة کاشف الغطاء العامة.
۶۲. گلیایگانی، محمدرضا، (۱۴۱۳ق)، هداية العباد، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
۶۳. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، چاپ ۶، قم: مطبوعات دینی.
۶۴. — (بی تا)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، عبدالحسین محمد علی بقال، اسماعیلیان.
۶۵. محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۴۰۹ق)، رسائل المحقق الکرکی، چاپ اول، قم: مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی رحمته الله علیه.
۶۶. مشکینی اردبیلی، علی، (۱۳۹۲ق)، مصطلحات الفقه، تحقیق حمید احمدی جلفایی، قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث. سازمان چاپ و نشر.
۶۷. المقدسی، محمد بن قدامه، (۱۴۱۷ق)، المغنی، ریاض: دار عالم الکتب للطباعة والنشر والتوزيع.
۶۸. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴ق)، رسالة توضیح المسائل، چاپ دوم، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۶۹. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، (بی تا)، جامع الأحکام الشرعیة، مؤسسة المنار.
۷۰. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چاپ اول، بیروت: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۷۱. الهاجری، حمد بن محمد الجابر، (۱۴۲۹ق)، القواعد والضوابط الفقهية فی الضمان مالی، چاپ ۱۴۲۹، عربستان: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع.
۷۲. یزدی، محمد كاظم بن عبد العظیم، (۱۳۷۶)، سؤال و جواب (یزدی)، چاپ اول، تهران: مركز نشر علوم اسلامی.
۷۳. یزدی، محمد كاظم بن عبد العظیم، (۱۴۱۰ق)، حاشية المكاسب، قم: اسماعیلیان.
۷۴. یزدی، محمد كاظم بن عبد العظیم، (۱۴۱۹ق)، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، چاپ اول، تصحیح احمد محسنی سبزواری، قم: جماعة المدرسين در حوزه علمیه بقم. مؤسسة النشر اسلامی.
۷۵. یزدی، محمد كاظم بن عبد العظیم، (۱۴۲۸ق)، العروة الوثقی مع التعليقات، چاپ اول، تحقیق ناصر مکارم شیرازی، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
۷۶. یزدی، محمد كاظم بن عبد العظیم، (بی تا)، العروة الوثقی مع تعليقات محمد الفاضل الکنرانی، چاپ اول، تحقیق محمد فاضل موحدی لکنرانی، قم: مركز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.



Semiannual Journal of Comparing the Teachings of Fiqh
Vol.1, No.1, spring & summer 2025

Research Article

Analysis of the Point of Dispute Between Imami and Sunni Jurisprudence in the Contract of Guarantee

Mohammad Amin Kabiri¹ 



Abstract

The contract of guarantee (‘aqd al-ḍamān) is a fundamental contract governing legal relationships between individuals and legal entities. Imami jurisprudence is understood to uphold the doctrine of naql al-dhimmah ilā al-dhimmah (transfer of obligation) in the issue. This contrasts with Sunni jurisprudence, which advocates ḍamm al-dhimmah ilā al-dhimmah (addition of obligation). The latter implies that the creditor has the right to demand fulfillment from both the guarantor and the original debtor concurrently. However, the precise point of contention

between these two perspectives warrants closer scrutiny. This will be clarified by examining the various possible interpretations of the issue.

Each of these interpretations finds support within the body of textual evidence presented by jurists of both traditions. Furthermore, upon closer examination, it becomes evident that the very nature of ḍamm al-dhimmah ilā al-dhimmah, along with its specific details, is a subject of internal debate within Sunni jurisprudence itself. Similarly, Imami jurists have presented differing understandings of this concept.

This research aims, firstly, to conduct a precise examination of the concept of ḍamm al-dhimmah ilā al-dhimmah within Sunni jurisprudence; secondly, to critically analyze the varying interpretations offered by Imami jurists; and finally, to present a coherent and well-founded depiction of the actual point of dispute concerning naql al-dhimmah and ḍamm al-dhimmah.

Keywords: Contract of Guarantee, Naql al-Dhimmah Ilā al-Dhimmah, Ḍamm al-Dhimmah Ilā al-Dhimmah, Imami, Sunni.

Received date: 2024/07/22

Accepted date: 2024/12/03

1 . Lecturer of advanced levels in Qom Seminary and Researcher at the Higher Institute of Jurisprudence and Islamic Sciences; Qom - Iran.

maminkabiri@yahoo.com