



## نگاهی نو به ماهیت عقد ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن

محمد صالحی مازندرانی\*

### چکیده

درباره ماهیت عقد ضمان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. از آنجاکه هدف از تشریح عقد ضمان در فقه شیعه احسان و امتنان به مدیون است، عقد ضمان را موجب نقل ذمه می‌دانند؛ به این معنا که با تحقق عقد ضمان، ذمه مدیون بری و ذمه ضامن مشغول می‌گردد؛ بر این اساس، هر امری که موجب بقای ذمه مدیون بعد از ضمان گردد، سبب بطلان شرط و عقد می‌شود. در مقابل، فقیهان اهل سنت هدف از تشریح عقد ضمان را حمایت از طلبکار، و ضمان را موجب ضم ذمه می‌دانند؛ بنابراین، با تحقق عقد ضمان، طلبکار برای مطالبه طلب خویش به جای یک نفر حق مراجعه به دو نفر را دارد.

بر این اساس، در این نوشتار درصدد بررسی این پرسش‌ها هستیم: هدف از تشریح عقد ضمان چیست؟ ضمان از چه ماهیتی (نقل ذمه یا ضم ذمه) برخوردار است؟ به اجمال می‌توان گفت هدف از تشریح ضمان احسان به مدیون است و نقل ذمه همخوان با اطلاق عقد ضمان است نه اقتضای ذات آن؛ بنابراین، با شرط ضمن عقد، امکان برقراری تضامن وجود دارد. توجه به مفهوم لغوی ضمان، یعنی قرار گرفتن و دربرگرفتن چیزی در چیز دیگر، همانند کفالت و رهن، نشانگر جنبه وثیقه‌ای ضمان است؛ درحالی‌که درباره احسانی بودن کفالت و همچنین گروهی که از ثالث گذاشته می‌شود، تردیدی نیست.

**کلیدواژه‌گان:** ضمان، ضمانت، نقل ذمه، ضم ذمه، عقد ضمان.



## ۱. مقدمه

عقود و ایقاعات مولود نیازهای جوامع بشری است. جوامع، در تعهدات و الزامات مالی، به فراخور، در جست‌وجوی راهی بودند که منافع مشروع افراد در آن تأمین، و اطمینان به ایفای تعهد بیشتر گردد؛ از این‌رو، به تأسیس انواع مختلفی از وثیقه‌های عینی و شخصی اقدام نمودند. ضمان نمونه‌ای از این اقدامات به‌شمار می‌رود.

منشأ ضمان، احترام به اموال، حقوق و دیگر مواردی است که ضمانت در آنها چاره‌ساز است؛ به همین جهت، این نهاد در همه ادیان و مکاتب وجود دارد. در اسلام، اصل ضمان به‌عنوان چاره‌ای عقلایی پذیرفته شد، بدون اینکه کیفیت و نحوه انعقاد آن مشخص شده باشد. ریشه تأسیس عرفی ضمان را باید در مالکیت حقوق فردی و اجتماعی جست‌وجو کرد؛ به‌گونه‌ای که انسان‌ها، برای رعایت مصلحت اجتماعی، در همه دوران‌های تاریخی آن را پذیرفته‌اند.

پیش از ورود به بحث اصلی، نخست، بایسته است برخی از مفاهیم کلیدی، که در رسیدن به برآیند آن ایفای نقش می‌کنند، به اختصار روشن گردند.

### ۱-۱. ضمان

در باره ریشه ضمان اختلاف نظر وجود دارد. ضمان نزد فقیهان شیعه (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۱۶۷؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۶، ص ۳۴۴؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۷ق: ج ۵، ص ۳۹۹) و بیشتر اهل لغت از ریشه «ضمن» است که حرف «نون» در آن اصلی است؛ این واژه به‌نظر بیشتر فقیهان اهل سنت از ریشه «ضم» است و اضافه شدن نون به آن، همانند الف و نون در «دوران» و «جریان»، به ریشه ارتباطی ندارد (صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶ ص ۱۱۳)؛ ولی باتوجه‌به وجود «نون» در همه مشتقات و تصاریف ضمان، اعم از ماضی و مضارع، احتمال زائد بودن و اشتقاق آن از ریشه بدون «نون» واضح الفساد است (همان). افزون‌براین، لازمه چنین ادعایی، مشدد بودن «میم» در ریشه «ضم» است (زیبیدی، بی‌تا: ج ۱۸، ص ۳۵۰)، درحالی‌که کسی مدعی چنین امری نیست. در تاج‌العروس آمده است: «و قول بعض الفقهاء الضمان مأخوذ من الضم غلط

من جهة الإستتاق» (همان). همچنین طریحی نیز می‌نویسد: «قال بعض الأعلام: الضمان مأخوذ من الضم و هو غلط من جهة الإستتاق لأن نونه أصلية و الضم لا نون فيه» (طریحی، بی‌تا: ج ۳، ص ۲۸).

در فقه شیعه، ضمان به معنای قرار گرفتن و دربرگرفتن چیزی در چیز دیگر است؛ از این رو، ضمان سبب تضمین و دربرگرفتن ذمه ضامن به مال موضوع ضمان است. ضامن دینی شدن نیز بدین معناست که آن مال بر ذمه او قرار گرفته و به عبارت دیگر، ذمه شخص آن دین را در خود جای داده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶ ص ۱۱۳؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۷ق: ج ۳، ص ۷۵۹)؛ از این رو، عقد ضمان باعث تحقق حکمی وضعی، یعنی انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر می‌گردد. هرچند، پس از تحقق ضمان، حکم تکلیفی وجوب پرداخت بر ضامن تحمیل می‌شود که این حکم تکلیفی از آثار حکم وضعی اشتغال ذمه است.

در فقه عامه غالباً مفهوم عقدی ضمان با واژه «ضمان» استعمال نمی‌گردد، بلکه همه فقیهان، به جز حنفی‌ها، از کفالت به معنای عام (کفالت نفس و کفالت مال) تعبیر به ضمان می‌کنند. آنان ضمان را بیشتر در معانی خسارت و هرچه در نتیجه تعدی از حکم شرع الزامی باشد به کار برده‌اند (وزارت اوقاف و شئون اسلامیة کویت، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۱۰۱۳۷).

## ۲-۱. عهده

عهده در لغت معانی گوناگونی دارد که از این جمله‌اند: «بیع‌نامه»، «نقص و کاستی در چیزی» (مانند ضعف در نوشته یا ادای حروف، کاستی عقل، سستی در کار) (فراهیدی، ۱۴۰۹ق: ج ۱، ص ۱۰۲ و ۱۰۳؛ جوهری، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۱۵؛ زبیدی، بی‌تا: ج ۵، ص ۱۴۴)، «سوگندنامه» و «بازگشت» (زبیدی، همان).

در قاموس المحيط آمده است: «العهد، جمع العهده، به معنای پیمان و سوگندی است که از طرف معاهد و هم‌پیمان گرفته می‌شود. علت نام‌گذاری یهود و نصاری به اهل العهد بدین جهت است که آنها ذمه‌شان را گرو گذاشتند و از این رو، شرط عهده‌ای علیه آنها و به نفع مسلمین برقرار شد» (فیروزآبادی، ۱۴۱۲ق: ج ۱، ص ۳۲۰).

در کتاب‌های لغت، «ذمه» با قرائت‌های مختلفی نقل و برای هرکدام معنای ویژه‌ای بیان گردیده است. در اینجا مراد از «ذمه» (به کسر ذال و از ریشه «ذمم») معنای اصلی آن، یعنی نکوهش کردن است و در مشتقات این ریشه، مفهوم نکوهش به گونه‌ای گنجانده شده است. ذمه و مذمه به معنای «عهد» و «پیمان» است (ابن اثیر، ۱۳۶۷: ج ۲، ص ۱۶۹؛ ابن منظور، ۱۴۰۸ق: ج ۱۲، ص ۲۲۱)؛ پیمانی که رعایت نکردن آن موجب سرزنش می‌گردد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ص ۱۸۱؛ طریحی، ۱۴۰۸ق: ج ۶، ص ۶۷؛ ابن منظور، همان: ص ۲۲۰-۲۲۳). به عهد و پیمان از آن‌رو «ذمام» گفته‌اند که اشخاص با رعایت نکردن و تضييع آن نکوهش می‌شوند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق: ج ۲، ص ۳۴۶).

همچنین، ذمه در معناهای «حق»، «حرمت» (ابن اثیر، همان؛ ابن منظور، همان) و «امان» (ابن اثیر، همان) استعمال شده است. وقتی بگوییم کسی دارای ذمه است یعنی دارای حق است (ابن منظور، همان). اهل ذمه هم از این جهت نام‌گذاری شده‌اند که در پیمان و امان مسلمین قرار گرفته‌اند (ابن اثیر، همان).

ذمه به معنای ذات و نفس نیز به کار رفته است. مثلاً، در عبارت «ثبت المال في ذمته یا برئت ذمته»، ذمه به این معناست. نام‌گذاری آن برای ذات و نفس، بدین جهت است که نفس و ذات محل ذمه است و از قبیل تسمیه محل به اسم حال است (ابوحیب، بی‌تا: ص ۱۳۷).

فقیهان شیعه کمتر درصدد تعریف ذمه بر آمده‌اند و این واژه را بیشتر با توجه به مضمون آن بررسی کرده‌اند. در بیانی آمده است:

«ذمه، درحقیقت، ظرفی است اعتباری که عقلاً آن را محلی برای اموال کلی فاقد وجود خارجی فرض می‌کنند. اموال کلی همانند رمزی برای اموال خارجی‌اند که هنگام ادای دین بر مصداق خارجی خود تطبیق داده می‌شوند. تطبیق آن در هنگام ادای دین از باب تطبیق رمز نسبت به صاحب رمز است. عقلاً برای تسهیل معاملات و انجام امور، چنین اعتباری را

کرده‌اند؛ مثل اینکه گاهی شخصی نیازمند آن است که بر چیزی معامله کند که مالک آن است یا اقدام به فروش مالی کند یا با ثمنی معامله می‌کند که مالک آن نیست. راه حل اشکال در این نوع معامله خرید و فروش از طریق ذمه میسر است» (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق: ج ۱، ص ۵۰).

درباره مفهوم اصطلاحی ذمه در فقه عامه اختلاف نظر وجود دارد: برخی آن را وصف دانسته و در تعریفش آورده‌اند: «ذمه وصفی است که، به سبب آن، انسان اهلیت ایجاب و قبول پیدا می‌کند (القرافی، ۱۴۰۴ق: ج ۳، ص ۲۳۰؛ الجزیری، ۱۴۱۱ق: ج ۳، ص ۲۲۳؛ وزارة اوقاف و شؤون اسلامیة کویت، ۱۴۱۸ق: ج ۲۱، ص ۲۷۴؛ ابو حبیب، همان: ص ۱۳۸). در این تعریف، ذمه همان اهلیت وجوب است؛ بعضی آن را «ذات» دانسته و گفته‌اند: «ذمه نفس است که دارای عهده، تعهد و مسئولیت است» (الجزیری، همان: الموسوعة الفقهية، همان) و از این رو، مراد فقیهان از عبارت «در ذمه اوست»، یعنی در نفس او به اعتبار تعهدش هست و «ذمه ضمیمه ذمه شد» یعنی شخصی، با در نظر گرفتن تعهد مورد نظر، ضمیمه شخص دیگر شد (الجزیری، همان).

## ۲. هدف از تشریح ضمان

درباره ماهیت عقد ضمان، از نظر نوع نگاه به هدف از تشریح آن، دو دیدگاه اصلی وجود دارد: آنانی که هدف از تشریح را امتنان می‌دانند ضمان را موجب نقل ذمه، و کسانی که هدف از تشریح را ایجاد وثیقه می‌دانند ضمان را موجب ضم ذمه می‌دانند. بر این اساس، شایسته است به این دو دیدگاه اشاره‌ای گذرا کنیم.

### ۲-۱. امتنان و احسان

برخی هدف از تشریح عقد ضمان را حمایت از مدیون و وسیله گشایش او می‌دانند و از این رو، ضامن، به منظور ارفاق به بدهکار و کاستن از فشار طلبکاران بر او، می‌پذیرد که به جای او مدیون باشد تا طلبکار نتواند مزاحم او گردد؛ در این نگاه، ضمان وسیله سودجویی نیست؛ با توجه به ماهیت ضمان، می‌توان گفت نگرش فقیهان امامیه به ضمان

این‌گونه است. این مفهوم از ضمان با نظام‌های حقوقی و دینی‌ای هماهنگ است که در آن به تعاون و همبستگی اجتماعی بیش از حفظ سرمایه‌ها و حمایت از تعهدات حقوقی توجه شده و به مسامحه، دستگیری و گاه ایثار تمایل دارد؛ همچنین این مفهوم از ضمان با روابط حقوقی در جوامع قبیله‌ای و تکیه بر شخصیت پیشوا سازگارتر است (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف: ص ۲۲۶).

تاریخ عرب قبل از اسلام، در دوران جاهلیت و به‌طور کلی، نظام‌های قبیله‌ای، به‌ویژه در نجد و حجاز، نشان می‌دهد که اگر شخصی مدیون و یا مفلّس می‌شد و طلبکار نیز طلبش را درخواست می‌کرد، معمولاً رئیس قبیله با گفتن «هو علی» دین او را برعهده می‌گرفت؛ یعنی با قرارداد، ذمه مدیون را بری می‌کرد؛ چون این عمل در مقام امتنان و ترحم صورت می‌گرفت، موجب نقل ذمه می‌شد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ص ۱۱).

## ۲-۲. ایجاد وثیقه

مشهور در فقه عامه و کشورهای اروپایی بر این عقیده‌اند که هدف از جعل ضمان، ایجاد نوعی تضمین و توثیق برای طلبکار در برابر مدیون معسر است؛ نه طلبکار قصد دارد با تحقق ضمان مدیون اصلی را رها کند و نه ضامن می‌خواهد خود به‌تنهایی مدیون گردد؛ بنابراین، مفاد عرفی ضمان و تمایل ضامن بر این است که وثیقه دین قرار گیرد و رابطه حقوقی اصلی از بین نرود. اثر حقوقی عقد باید تابع خواست طرفین باشد و مقتضای آن را قانونگذار بر این مبنا تعیین کند (کاتوزیان، همان: ص ۲۲۷).

علمای عامه و وثیقه بودن ضمان را مبتنی بر بنای عقلا دانسته و معتقدند هیچ‌یک از ضامن و مضمون له عرفاً و عقلاً از عقد ضمان قصد ابراء ذمه مدیون اصلی را ندارند. مضمون له از این عقد می‌خواهد برای دین خود وثیقه‌ای تحصیل نماید، نه آنکه ذمه او را بری نماید؛ ضامن نیز با عقد ضمان می‌خواهد موجب اطمینان خاطر طلبکار گردد، نه آنکه خود را مستقیماً بدهکار نماید. ضامن از اعتبار خویش نزد طلبکار برای آسودگی خیال او در وصول طلبش استفاده می‌کند (ابن‌قدامة، بی‌تا: ج ۵، ص ۸۱؛ ابن‌رشد، ۱۳۸۶ ق: ج ۲، ص ۲۹۲؛ نووی، ۱۴۰۹ ق: ج ۴، ص ۲۹۲؛ صافی، ۱۳۹۳: ص ۱۹۴)؛ به عبارت دیگر:

«هدف و غرض طلبکار و ضامن، تأمین وثیقه برای دین است، نه انتقال دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر. اگر مقتضای ضمان، نقل ذمه باشد، منظور ضامن و مضمون له از این عقد حاصل نمی‌گردد؛ زیرا طلبکار می‌خواهد در برابر طلب خویش دو دارایی را به‌عنوان وثیقه داشته باشد که این منظور فقط با ضم ذمه حاصل می‌شود» (محقق داماد، ۱۳۶۶: ص ۱۲۸).

به نظر می‌رسد ضمان همانند کفالت و رهن است؛ یعنی جنبه وثیقه‌ای آن پررنگ‌تر می‌نماید و این امر منافاتی با احسانی بودن ضمان ندارد؛ بنابراین، هرچند کفالت، وثیقه به‌شمار می‌آید ولی کسی مخالف احسانی بودن آن نیست. همچنین در گروهی که ثالث برای دین دیگری می‌گذارد، احسانی بودن، منافی وثیقه بودن آن نیست.

### ۳. ماهیت عقد ضمان

با در نظر گرفتن نگاه فقیهان و حقوقدانان به هدف از تشریح ضمان، دو نظریه مهم درباره ماهیت آن مطرح شده است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

#### ۳-۱. بررسی دیدگاه‌ها

##### ۳-۱-۱. نقل ذمه

ماهیت دین و نظریه مالکیت کلی، ماهیت عقد ضمان را در فقه امامیه به شدت تحت تأثیر قرار داده است. اگرچه دین، مال اعتباری و محل آن نیز اعتباری است ولی این دسته از فقیهان آن را همانند مال خارجی می‌دانند و تصور استقرارش بر ذمه را محال. باین حال، برخی استدلال عقلی بر ممنوعیت در امور اعتباری را رد کرده‌اند و یا آن را با تعهد بدلی توجیه کرده‌اند: بدین صورت که آنچه بر ذمه ضامن قرار می‌گیرد، خود مافی الذمه مدیون نیست، بلکه بدل آن است (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴ق: ج ۱۳، ص ۲۷۳)؛ با وجود این، به دلیل رویکرد کاملاً مادی اتخاذشده درباره مفهوم دین، ضمان مصطلح را «نقل ذمه» می‌دانند. فقیهان امامیه و فرقه ظاهریه از اهل سنت (ابن حزم اندلسی، ۱۳۸۷ق: ج ۸، ص ۱۱۰) ضمان مصطلح را موجب برائت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن می‌دانند و از آن به نقل ذمه

تعبیر می‌کنند. علامه حلی در تذکرة الفقهاء می‌فرماید: «نظر فقیهان امامیه در این خصوص اجماعی است و ابن ابی لیلی، ابن شبرمه، داود و ابو ثور از علمای عامه هم بر این نظرند» (۱۴۱۴ق: ج ۱۴، ص ۳۴۲). در غنیه برای این تعبیر، ادعای اجماع طائفه (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ص ۲۶۱) و در مسالک از آن تعبیر به «موضع وفاق» (شہید ثانی، ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۱۸۲) شده است. در حدائق با عنوان «الظاهر أنه لا خلاف فيه» (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۱، ص ۱۵) و در جواهر با عبارت «بلاخلاف فی شیء من ذلک عندنا و لا إشکال بل الإجماع بقسمیه علیہ بل لعلّہ من ضروریات الفقه» (صاحب جواهر، ۱۴۰۸ق: ج ۲۶، ص ۱۲۷) تعبیر شده است. در ماده ۶۹۸ قانون مدنی<sup>۱</sup> نیز به صراحت نقل ذمه پذیرفته شده است.

سؤالی که در نقل ذمه وجود دارد این است که آیا در نقل ذمه همان دین مضمون عنه با تمام اوصاف خود به ذمه ضامن منتقل می‌شود یا اینکه با ضمان، دین اصلی ساقط و دین جدیدی ایجاد و به صورت تبدیل تعهد بر ذمه ضامن قرار می‌گیرد و از این رو، تعبیر نقل ذمه مسامحی است؟ در این باره سه دیدگاه وجود دارد:

الف. اغلب فقیهان بر این عقیده اند که هرگاه دین اصلی دارای وثیقه باشد، وثیقه با ضمانت فک خواهد شد (شہید ثانی، همان: ج ۴، ص ۲۰۳). در جواهر آمده است: «لأن الضمان بمنزلة الأداء» (همان: ج ۲۶، ص ۱۵۰)؛ همچنین در حواشی بر عروة الوثقی از آقایان، نائینی، امام خمینی، خوئی، گلپایگانی، فیروزآبادی (۱۴۲۷ق: ج ۵، ص ۴۲۳، مسئله ۲۳) این نظر نمایان است. دلیل این دیدگاه آن است که صاحبانش قائل به تعدد دین هستند؛ به این معنا که دین بر ذمه ضامن همان دین سابق نیست و عقد ضمان هم انشاء انتقال مافی الذمه نیست، بلکه انشاء اشتغال ذمه در برابر سقوط دین مضمون عنه است (شہید ثانی، همان: ج ۱، ص ۲۵۷)؛ دین بر ذمه ضامن، دین دیگری است که جایگزین و قائم مقام دین سابق می‌شود؛ بنابراین، تعبیر نقل ذمه، مسامحی است (خوئی، ۱۴۱۴ق: ج ۲، ص ۱۶۳). با این نگاه، انتقال مافی الذمه رخ نمی‌دهد بلکه مافی الذمه مدیون با انعقاد عقد ضمان ساقط می‌گردد (خوئی، همان؛ صاحب جواهر، همان: ص ۱۵). این عقیده به مفهوم «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون» شبیه است که با عقد ضمان یا دین سابق، ساقط شده



یا ایفا شده تلقی می‌گردد و بنابراین، همه تضمین‌های دین سابق نیز ساقط می‌گردد.

ب. ظاهر کلمات برخی فقیهان و ماده ۶۹۸ ق.م انتقال همان دین است. از آثار این نظریه، بقای تضمین دین سابق است: یعنی انتقال دین با تمامی متعلقاتش. صاحب عروة فک تضمین سابق بعد از ضمان را خالی از اشکال نمی‌بیند. وی در این باره می‌نویسد: «یظهر من المسالك و الجواهر انفاکاه لأنه بمنزلة الوفاء لکنه لا یخلو عن إشکال» (۱۴۲۷ق: ج ۵، ص ۴۲۳، مسئله ۲۳).

ج. ضمان، انتقال دین اصلاح شده است: برخی از حقوقدانان انعقاد ضمان را تابع صورت انتقال دین نمی‌دانند و آثار آن را متفاوت از نقل دین می‌انگارند. ایشان دو تفاوت را برای ضمان و انتقال دین ذکر کرده‌اند: ۱. در انتقال دین، تراضی میان مدیون با ثالث است ولی در ضمان، میان طلبکار و ثالث؛ ۲. در عقد ضمان، از همه آثار سنتی انتقال دین، مثل انتقال تضمین‌ها، پیروی نشده است، در حالی که با انتقال دین، تعهد با همه توابع و تضمین‌ها برعهده ثالث قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴ الف: ص ۲۸۱، ش ۱۸۹).

### ۳-۱-۲. ضم ذمه

به نظر فقیهان اهل سنت، و در عرف و نظام حقوقی اروپایی، ضمان نوعی تضمین و وثیقه برای دین اصلی به‌شمار می‌رود؛ بنابراین، پس از تحقق ضمان، دین همچنان برعهده مدیون اصلی مستقر می‌ماند و مطالبه از ضامن همانند مطالبه از مدیون اصلی صحیح است (ابن‌قدامة، همان: ج ۵، ص ۸۱؛ ابن‌رشد، همان: ج ۲، ص ۲۹۲؛ نووی، همان: ج ۴، ص ۲۹۲؛ صافی، همان: ص ۱۹۴). از سوی دیگر، تضمین ناشی از ضم ذمه یا به صورت عرضی است و یا طولی.

### ۳-۱-۲-۱. تضامن عرضی

در این نوع تضامن، طلبکار حق رجوع به هریک از ضامن و مضمون له را به طور هم‌زمان دارد. باین حال، نحوه نگرش فقیهان اهل سنت به این موضوع، متفاوت است: برخی آن را ضم دین و تعهد، و گروهی ضم در مطالبه می‌دانند.

الف. ضم دین و تعهد: برخی تضامن را موجب ضم ذمه و تعهد می‌دانند؛ در این صورت، ضامن در کنار مضمون عنه، مدیون و مشغول الذمه می‌گردد و هم‌زمان، دین برعهده مضمون عنه و ضامن قرار می‌گیرد؛ همانند تعاقب ایادی که مضمون له در رجوع به هر یک مخیر است (سرخسی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۰، ص ۲۸؛ صافی، همان).

در دو نظام رومی - ژرمنی و کامن لا، به دلیل اینکه تعهد رابطه‌ای شخصی میان متعهد و متعهدله اصلی است، ایجاد ضمان‌ها و یا روابط حقوقی متعدد در موضوعی واحد با هیچ مشکل و مانعی روبه‌رو نیست (سنهوری، ۱۴۰۸ق: ج ۳، ص ۳۰۰)؛ مثلاً ضمانت تضامنی برپایه وحدت موضوع و با وجود تعدد رابطه‌های حقوقی به‌سادگی تحلیل می‌شود. در این صورت متعهدله چندین متعهد پیدا می‌کند که همه آنها در شیء و با تعهد واحدی در برابر وی متعهد هستند.

البته، بر مبنای وحدت موضوع و تعدد رابطه، باید به اعتبار تعهد هر کدام به‌طور جداگانه رسیدگی شود. هر یک از تعهدها ممکن است مشروط و مقید به شرطی باشد؛ همچنین، ممکن است درحالی که دیگران متعهد باقی می‌مانند، یک نفر بری شود؛ افزون‌براین، امکان ایجاد تعهدات پرشمار درباره موضوع واحد، امکان تعقیب همه متعهدان به‌طور متوالی، آزادی متعهدله در انتخاب متعهد، و تهاوتر و تبدیل تعهد میان طلبکار و بدهکار را فراهم می‌آورد؛ به‌علاوه، انواع مسئولیت قابل تسهیم و تقسیم، و تعهد تضامنی و تعهد تجزیه‌ناپذیر (مسئولیت تضامنی) ناشی از موضوع قابل تقسیم و یا غیرقابل تقسیم و تجزیه را در این حالت می‌توان تصور نمود (سنهوری، همان: ص ۱۹۰)؛ مثلاً اگر شخصی سبب تضییع رنگ اتومبیلی گردد که متعلق به سه نفر باشد، هر یک از مالکان می‌توانند رنگ آمیزی کامل اتومبیل را از فاعل فعل زیان‌بار بخواهند (یزدانیان، ۱۳۸۷: ص ۳۵۲). در واقع، تعهد تجزیه‌ناپذیر، تعهدی است که دارای متعهد یا متعهدله است، ولی با موضوعی غیرقابل تقسیم و تجزیه. در این نوع تعهد به لحاظ تجزیه نشدن تعهد، هر بدهکار ملزم به ایفای تمام تعهد است.

با وجود این، در حقوق اسلام وضعیت دگرگون است: بر مبنای دو تأسیس دین و التزام، عقد ضمان به یک نوع منحصر نیست و دارای انواع متعدد است که برخی برپایه تأسیس

دین و برخی با محوریت التزام اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ص ۲۰۱).

ب. ضم مسئولیت یا مطالبه: عده دیگری ضمان را فقط موجب ضم ذمه در مطالبه می‌دانند نه دین؛ یعنی فقط مضمون عنه مدیون است. این گروه معتقدند که برای تحقق وثیقه، لزومی ندارد ضامن مدیون شود؛ کافی است طلبکار حق مطالبه داشته باشد. بنابراین، آنچه به دین ضمیمه می‌گردد، مسئولیت در پرداخت است که نتیجه‌اش امکان رجوع طلبکار به هریک از مدیون یا ضامن است. شافعیه، مالکیه و گروهی از حنابله و حنفیه نیز بر همین عقیده‌اند (ابن‌قدامه، همان: ج ۵، ص ۸۱؛ ابن‌رشد، همان: ج ۲، ص ۲۹۲؛ نووی، همان: ج ۴، ص ۲۹۲؛ ابن‌عابدین، ۱۴۲۱ق: ج ۵، ص ۴۵۹). همچنین، در م ۱۰۰۸ قانون مدنی عراق نیز آمده است: «إنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام».

قرارداد ضمانت در نظام حقوقی کامن‌لا و رومی - ژرمنی بر مبنای تأسیس تعهد استوار است و در عقد ضمان (فارغ از تضامنی و یا غیرتضامنی بودن) ضامن در کنار تعهد متعهد اصلی، تعهدی را برعهده گرفته و ملتزم به انجام موضوع عقد می‌گردد؛ از این رو، ضمان، ضم مسئولیت به مسئولیت است و تعهد متعهد اصلی ساقط نمی‌شود. در واقع، موضوع تعهد ضامن، در ابتدا تضمین انجام آن از سوی متعهد اصلی است، نه اینکه تعهد ضامن دقیقاً همان تعهد مدیون اصلی باشد؛ به عبارت دیگر، ضمانت، قراردادی است که در آن شخصی انجام تعهد دیگری را تضمین می‌کند تا اگر متعهد اصلی، آن را انجام نداد، ملزم به انجام موضوع تعهد شود؛ از این رو، ضامن کسی است که مسئول تعهد دیگری است؛ بنابراین، در این دو نظام، انواع ضمانت قراردادی، اعم از مدنی و تجاری، بر پایه تعهد استوار است و برای تضمین تعهد اصلی منعقد می‌گردد و همانند عقود مانند وثیقه و رهن، ماهیتی تبعی دارد که در صورت ساقط شدن تعهد اصلی ضمانت نیز ساقط می‌گردد.

همچنین، تعهدات مسئولان سند تجاری که نوعی ضامن پرداخت آن نیز محسوب می‌شوند، تضمین پرداخت سند است. مثلاً به موجب مواد ۹-۱۵ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو راجع به برات و سفته، برات‌دهنده و ظهرنویس برات، قبول یا تأدیة سند از سوی براتگیر را تضمین می‌کنند؛ از این تعهد با واژه ضمانت یا تضمین نمودن (Guarantee) تعبیر شده است (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۱: ص ۷۸).



در مقررات حقوقی ایران نیز تضامن عرضی در ایادی غاصب، اسناد تجاری، مسئولیت مدیران شرکت‌ها، شرکای شرکت‌های تضامنی و نسبی و ... به‌عنوان قاعده‌ای عمومی مطابق ماده ۴۰۳ قانون تجارت با اشتراط ضمن عقد پذیرفته شده است.

### ۳-۱-۲. تضامن طولی

هرچند در تضامن طولی با تحقق ضمان ذمه ضامن مشغول می‌گردد ولی او الزامی به پرداخت دین ندارد. مضمون له نخست باید به مدیون اصلی رجوع نماید و اگر او پرداخت نکرد به ضامن مراجعه کند (صافی، همان: ص ۱۹۵)؛ زیرا تعهد ضامن فرع بر تعهد مدیون اصلی است و طبق قاعده، با تعذر اصل نوبت به فرع می‌رسد. همین نظر در ماده ۷۷۲ قانون مدنی مصر چنین آمده است: «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدیون نفسه». طرفداران این نظر برای فرار از اشکال تعدد دین و مدیون چنین نظریه‌ای را تأسیس کرده‌اند (همان، ص ۱۹۷).

مطابق مواد ۲۰۱۱ و ۲۰۲۱ قانون مدنی فرانسه، مضمون له در صورتی حق رجوع به ضامن را دارد که به دلیل غیبت یا اعسار اصیل از وصول طلب عاجز مانده باشد. در حقوق رم ضامن با مدیون مسئولیت تضامنی پیدا می‌کرد و همچون مدیون دیگری در ردیف او قرار می‌گرفت. بعدها این سخت‌گیری تعدیل و به ضامن حق داده شد که از طلبکار بخواهد ابتدا به مدیون رجوع کند تا تعهد ضامن جنبه تبعی و فرعی پیدا کند (کاتوزیان، همان: ص ۲۲۸). تضامن طولی از طریق شرط ضمن عقد در فقه امامیه پذیرفته شده (طباطبائی یزدی، همان: ج ۵، ص ۴۰۴) و در مواد ۶۹۹ قانون مدنی<sup>۲</sup> و ۴۰۲ قانون تجارت<sup>۳</sup> نیز بدان تصریح گردیده است؛ بنابراین، می‌توان مدعی شد که نقل و ضم ذمه به‌موجب شروط ضمنی تأثیر پذیرفته از وضعیت اجتماعی در جوامع عقلایی هر منطقه، وارد قلمرو ضمان عقدی شده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ص ۱۴).

براین اساس، عرف و عادت، اصل عدم انتقال ذمه مدیون اصلی، و هماهنگی وثیقه شخصی با وثیقه عینی، تضامن طولی را مطابق قاعده می‌سازد (لنگرودی، همان: ص ۱۹۰)؛ به‌عبارت دیگر، عرف کنونی ضمان را «وثیقه اعتباری» می‌داند و تعهد ضامن را فرعی و تبعی می‌انگارد. به‌همین جهت، اگر ضامنی در یابد که تنها اوست که در برابر طلبکار

مدیون است یا درکنار مدیون اصلی امتیازی بر او ندارد، شگفت‌زده می‌شود که چگونه برخلاف مقصود خویش در چنین دامی افتاده است. با وجود این، عرف در صورتی اعتبار دارد که برخلاف قوانین نباشد (کاتوزیان: همان).

### ۳-۱-۳. نظر برگزیده

ضمانِ عقدی به معنای التزام به دین دیگری است، بدون اینکه در مفهوم نخستین آن نقل ذمه و یا ضم ذمه آمده باشد و بنابراین، اموری همچون نقل و یا ضم ذمه، در هر دو معنای طولی و عرضی، خارج از مفهوم ضمان هستند. بیشترین چیزی که می‌توان گفت، این است: نقل ذمه مطابق با اقتضای اطلاق عقد ضمان است نه مطابق با مقتضای ذات آن و از این رو، ایجاد تضامن با شرط ضمن عقد امکان‌پذیر است. کلام سید یزدی نیز می‌تواند مؤید این امر باشد: در فرازی از عروة الوثقی آمده است:

«إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصّحة إنتقل الحقّ من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن و تبرأ ذمّة المضمون عنه بالإجماع و النصوص، خلافاً للجمهور حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة. و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحّة ما ذكره حتّى مع التصريح به على هذا النحو، و يمكن الحكم بصحّته حينئذٍ للعمومات» (همان: ج ۵، ص ۴۱۱، مسئله ۲).

اگرچه قریب به اتفاق حاشیه‌نویسان با این مسئله مخالفت کرده‌اند ولی اظهار نظر نکردن برخی مانند آیه‌الله مکارم شیرازی گویای پذیرش آن است؛ از سوی دیگر، با وجود اینکه در فقه امامیه تضامن عرضی فقط در ضمان ید پذیرفته شده است، ولی تضامن در عقد ضمان در آثار برخی از پیشینیان امامیه ملاحظه می‌گردد. در فرازی از عبارت ابن حمزه آمده است: «... وینقسم قسمین آخرین: ضمان افراد و ضمان اشتراک. فضمن الأفراد: ضمان جماعة عن واحد و يكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الأفراد و على الاجتماع» (۱۴۱۷ق: ص ۲۸۱). همه این امور می‌تواند مؤید نظر برگزیده باشد.



### ۲-۳. دلایل و مستندات

در این بخش، نخست ادله طرفداران نقل ذمه و سپس ضم ذمه بررسی می‌شود.

#### ۱-۲-۳. دلایل طرفداران نقل ذمه

طرفداران نقل ذمه بر مدعای خویش به دلایلی عقلی و نقلی استناد کرده‌اند:

##### ۱-۱-۲-۳. دلیل نقلی

در فقه امامیه جهت اثبات نقل ذمه به روایاتی چند استناد شده است که به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌گردد:

الف. در صحیحہ عبداللہ بن سنان از امام صادق علیه السلام آمده است: «فی الرجل یموت و علیہ دین فیضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: إذا رضی به الغرماء فقد برئت ذمة المیت» (کلینی، ۱۴۰۶ق: ج ۵، ص ۲۹۹، ح ۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۶ق: ج ۶، ص ۱۸۷، ح ۱۷): از امام صادق علیه السلام راجع به میت مدیونی سؤال شد که ضامنی در برابر طلبکاران از دین او ضمانت کرده است. امام علیه السلام فرمودند: «اگر طلبکاران ضمانت را قبول کنند، ذمه میت بری می‌گردد». این روایت صراحت در نقل ذمه دارد چون با ضم ذمه، برائتی برای مدیون حاصل نمی‌گردد.

همین مضمون در فقه الرضا علیه السلام نیز آمده است: «وإن کان لک علی رجل مال و ضمنه رجل عند موته و قبلت ضمانه فالمیت قد برء و قد لزم الضامن ردّه علیک» (۱۴۰۶ق: ص ۲۶۸، باب الدین و القرض؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق: ج ۱۰۰، ص ۱۷۷، ح ۳): یعنی «اگر از شخصی طلبی داشته باشی و در هنگام مرگ او، فردی از آن ضمانت کند و ضمانش هم پذیرفته گردد، ذمه میت بری و بر ضامن ادای دین واجب می‌گردد». این روایت نیز صراحت در نقل ذمه دارد.

ب. در موثقہ اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام آمده است: «فی الرجل یکون علیہ دین فحضره الموت فیقول ولیه علیّ دینک؟ قال: یبرؤه ذلک و إن لم یوفه ولیه من بعده. و قال: أرجو أن لا یأثم و إنما إثمه علی الذی یحبسه» (شیخ طوسی، همان: ص ۱۸۸، ح ۳۹۷: حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۸، ص ۳۴۶، ح ۲۳۸): از امام صادق علیه السلام راجع به محتضر مدیونی سؤال شد

که ولی‌اش عهده‌دار بدهی او گردید؛ امام علیه السلام فرمودند: «ضمانت ولی موجب برائت ذمه‌اش می‌گردد و بدهی از ذمه او ساقط می‌شود، هرچند ادا نکند»؛ همچنین فرمودند: «امید است عهدشکنی نکند که گناه عهدشکنی فقط برعهده ولی است، زیرا موجب حبس و پرداخت نشدن بدهی گردیده است». عبارت «... بیرویه ذلک و این لم یوفه ولیه من بعده» صراحت در برائت ذمه مدیون با وقوع ضمانت دارد که فقط با نقل ذمه سازگاری دارد نه ضم آن.

ج. ابوسعید خدری می‌گوید: در تشییع جنازه‌ای خدمت رسول خدا صلی الله علیه و آله بودیم؛ هنگامی که [میت جهت اقامه نماز] به زمین گذاشته شد، حضرت فرمودند: «آیا دینی بر ذمه میت است؟» گفته شد: «بله. دو درهم». حضرت فرمودند: «خودتان بر او نماز گزارید». علی علیه السلام عرض کردند: «یا رسول الله! من از آن دو درهم ضمانت می‌کنم». [بعد از ضمانت] پیامبر صلی الله علیه و آله بر او نماز گزارد و سپس رو به علی علیه السلام کرد و گفت: «خداوند به تو جزای خیر دهد و ذمه‌ات را آزاد سازد، آن‌گونه که تو ذمه برادرت را آزاد کردی (حر عاملی، همان: ج ۱۸، ص ۴۲۴، ح ۲۳۹۶۸). در حدیثی نزدیک به همین مضمون به نقل از جابر بن عبدالله ابوقتاده هم دو درهم بر ذمه میتی ضمانت کرده است (همان، ح ۲۳۹۶۹).

در چگونگی توجیه دلالت روایت بر نقل ذمه می‌توان گفت از آنجاکه پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نخست، حاضر به نمازگزاردن بر میت مدیون نشد و پس از ضمانت بر او نماز گزارد، مشخص می‌گردد که با ضمان ضم ضمه، دین از عهده میت ساقط نمی‌شد و بر او مدیون صدق نمی‌گردید. اگر ضمان، مقتضی ضم ذمه بود، پس از ضمانت، دین همچنان برعهده مدیون مستقر بود و نماز بر مدیون گزارده می‌شد و حال آنکه پیامبر صلی الله علیه و آله فرمودند: «خود بر میت مدیون نماز بخوانید»؛ افزون بر این، عبارت «جزاک الله عن الإسلام خیراً و فک رهانک کما فککت رهان أخیک» بر برائت ذمه مدیون پس از ضمانت تصریح دارد و این برائت هم فقط با نقل ذمه سازگار است.

د. در موثقه حسن بن جهم آمده است: «از امام کاظم علیه السلام راجع به متوفایی سؤال کردم که از من طلبی داشت و همچنین ورثه‌هایی پسر، دختر و خردسال؛ یکی از پسرانش نزد من آمد

و گفت: آنچه که به پدرم مدیونی، تو را نسبت به سهم خود و برادران و خواهرانم ابراء کردم و من رضایت آنها را به این امر ضمانت می‌کنم. امام علیه السلام فرمودند: «با این عمل بری الذمه می‌گردد». سؤال کردم: «اگر آنها رضایت ندادند، چه می‌شود؟» فرمودند: «این امر به عهده ضامن است». سؤال کردم: «اگر ورثه جهت مطالبه طلب به من مراجعه کردند، چه باید کرد؟» امام علیه السلام فرمودند: «آنها براساس ظاهر امر چنین حقی دارند ولی، درواقع، تو بری الذمه هستی. هرگاه وارث ابراءکننده گرفتن رضایت از آنها را ضمانت کرده باشد، خود ضامن باید آن را انجام دهد» (شیخ طوسی، همان: ج ۹، ص ۱۶۷، ح ۶۸۲). اگرچه مفاد روایت در برائت ذمه مدیون بر سایر ورثه بدون رضایت آنان قابل مناقشه است، ولی بر برائت ذمه به موجب ضمان صراحت دارد.

دلالت روایت‌های ذکرشده بر نقل ذمه از جهاتی محل تأمل است:

نخست: روایات از حیث دلالت بر اعتبار و یا نداشتن اعتبار رضایت مضمون له معارض اند. در صحیح ابن سنان و همین طور در رضوی به قبول تصریح شده، درحالی که در ضمانت امام علی علیه السلام و یا ابوقتاده از میت و یا موثقه اسحاق بن عمار و موثقه حسن بن جهم قبولی مضمون له نیامده است.

دوم: مضمون عنه در همه روایات استنادشده یا میت است و یا مشرف به موت؛ از طرف دیگر، ظاهراً شخصی است که از او ترکه‌ای برجای نمانده که کفاف بدهی اش را نماید. براین اساس، مثال به گونه‌ای است که ضم ذمه در آن اثری ندارد؛ از این رو، توجه نشدن به خصوصیت مثال و تنقیح مناط به موجب الغای خصوصیت و در نتیجه، تسری حکم آن به افراد زنده محل تأمل است.

سوم: برفرض پذیرش دلالت روایات بر نقل ذمه، دلالت آنها بر اینکه مقتضای ذات ضمان نقل ذمه باشد، پذیرفتنی نیست. بیشترین دلالت آنها بر مقتضای اطلاق ضمان است و در این صورت با شرط تضامن در ضمن عقد، امکان برقراری مسئولیت تضامنی هست.

برخی از حقوقدانان در این باره گفته‌اند:



نخست: ضمان از میت، ضمان واقعی نیست و بر فرض که واقعی باشد و در نقل ذمه از میت محملی وجود داشته باشد، قابلیت تسری به امور جاری حیات و به ویژه امر بازرگانی ندارد و از این رو، بنا کردن عقد ضمان، با همه وسعت آن در عرف و عادت، با اخبار ضمان از میت نه صحیح است و نه مجاز.

دوم: روایت مربوط به ضمان از زنده، اگرچه اشعار به نقل ذمه دارد، ولی درباره آن قرینه<sup>۴</sup> وجود دارد و به هیچ وجه نافی تضامن نیست (جعفری لنگرودی، همان: ص ۱۸۷).

### ۳-۲-۱-۲. دلیل عقلی

طرفداران نقل ذمه با استناد به دلیل عقلی معتقدند: به حکم عقل، وقوع یک چیز در آن واحد در دو مکان محال است (صاحب جواهر، همان: ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ بحر العلوم، ۱۴۰۴ق: ج ۲، ص ۳۵۳؛ آملی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۲۹۶). از آنجا که حکمی عقلی و آبی از تخصیص است، پس فرقی نمی‌کند که آن شیء امری تکوینی باشد یا اعتباری؛ هر امری هم که مستلزم چنین نتیجه‌ای گردد هم محال و ممتنع است. از آنجایی که اشتغال هم‌زمان ذمه ضامن و مدیون مستلزم چنین امری است پس محال می‌باشد؛ زیرا اشتغال ذمتین موجب می‌گردد که هم‌زمان یک دین برعهده دو مدیون قرار گیرد؛ یعنی شیئی واحد در آن واحد در دو مکان مستقر گردد.

استدلال مذکور ناتمام و دارای اشکال نقضی و حلّی است:

نخست اینکه، اشتغال هم‌زمانی در احکام تکلیفی‌ای مانند واجب کفایی و واجب تخییری، و در احکام وضعی‌ای مانند ضمان ایادی غاصبه و ضمان عهده پذیرفته شده است. مثلاً در واجب کفایی، باینکه واجب یکی است، با تعدد وجوب بر مکلفین تعدد پیدا می‌کند؛ پس همان‌گونه که اعتبار وجوب متعدد برای یک واجب صحیح است، اعتبار ضمان متعدد برای مضمون واحد هم صحیح است و تنها فرق میان آن دو در حکم تکلیفی و وضعی بودن است (طباطبائی حکیم، همان: ج ۱۳، ص ۲۷۳).

همچنین، به طور متعارف و در مقام عمل چه بسا اتفاق می افتد که چند نفر را پی انجام یک مأموریت می فرستند. بدون اینکه کسی بر آن خرده گیرد؛ به علاوه، ضمان تضامنی در معاملات و تجارت را از قاعده «عدم الدلیل دلیل العدم فیما یعمّ به البلوی» می توان بیرون کشید (جعفری لنگرودی، همان: ص ۱۸۸). بدین بیان، وقتی موضوعی تقریباً همه گیر شد و همه افراد به نوعی با آن درگیر شدند، وظیفه شارع و قانونگذار است که نظر خود را درباره آن دقیقاً مشخص کند تا افراد در آن چهارچوب عمل کنند. تعیین نکردن چهارچوب بیانگر بی اهمیتی آن و آزاد گذاشتن اشخاص در انتخاب است.

در برخی از مقررات حقوقی نیز صریحاً به تضامن اشاره شده است: مثلاً ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی<sup>۵</sup> در مقام مسئولیت کارگرانی که به اجتماع، باعث ورود خسارت گردند؛ مواد ۲۴۹، ۳۰۹،<sup>۶</sup> و ۳۱۴<sup>۷</sup> قانون تجارت در بیان مسئولیت تضامنی صادرکننده برات، سفته و چک با ظهرنویس ها و ضامن در برابر دارنده، مسئولیت تضامنی شرکای شرکت های تضامنی در برابر طلبکاران پس از انحلال شرکت (مفاد ماده ۱۲۴<sup>۹</sup> همان قانون)، مسئولیت تضامنی قییم هایی که با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تقریط کرده اند (مفاد ماده ۹۴<sup>۱۰</sup> قانون امور حسبی). بنابراین، اگر تضامن عقلاً ممتنع باشد، پذیرش آن در موارد ذکر شده بلاوجه خواهد بود.

دوم اینکه، مستشکل، ذمه را به منزله مکان، و بدهی را همچون جسم مادی فرض کرده است و از این رو، استقرار یک بدهی در چند ذمه در آن واحد را مانند وقوع یک شیء در چند مکان در آن واحد، محال و نامعقول شمرده است؛ در حالی که، امتناع یک چیز در دو مکان به امور حقیقیه اختصاص دارد، نه امور اعتباری، که وجودات ادعائیه اند، و نزد عقلاً به سبب برخی اسباب مقتضی آن اعتبار، جعل گردیده اند (طباطبائی حکیم، همان: ج ۱۳، ص ۲۷۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ص ۱۹). به عبارت دیگر، استدلال یاد شده بر مبنای وحدت امور اعتباری با امور واقعی قابل ترسیم است و حال اینکه قیاس دین به اجسام طبیعی مع الفارق است. اگرچه امور اعتباری، به جهت وهمی نبودن، از قواعد منطقی و تاحدی واقعی تبعیت می کنند، ولی تبعیت کامل امور اعتباری از امور واقعی موجب تعطیل

نظام اجتماعی و عسر و حرج شدید می‌گردد، زیرا در این حالت حتی یک قاعده حقوقی را نیز نمی‌توان پذیرفت.

برفرض، این موضوع را بپذیریم که در امور اعتباری نیز قاعدهٔ عقلی تخصیص‌بردار نیست و یک دین همانند یک شیء خارجی هم‌زمان نمی‌تواند در دو ذمه قرار گیرد؛ در این صورت در تضامن مدعی آن نیستیم که موجب تعدد دین می‌گردد بلکه دین، واحد است و مسئولیت، متعدد. به عبارت دیگر، تضامن فقط موجب ایجاد مسئولیت می‌گردد و میان «دین» و «مسئولیت» رابطهٔ عموم و خصوص من‌وجه است.<sup>۱۱</sup> در پاره‌ای موارد، همانند مدیونی که قدرت پرداخت ندارد، «دین» هست بدون اینکه مدیون، مسئول و ملزم به پرداخت باشد؛ گاه نیز شخص مسئول وفای به عهدی می‌شود که در واقع، مدیون آن نیست؛ مانند پرداخت نفقهٔ خویشاوند؛ همچنین غاصبی که عین مال نزد او باقی باشد، فقط در رد عین مال مسئول و ملزم می‌گردد ولی چون هنوز مال تلف نشده مدیون نیست؛ همچنین است در حالتی که شخصی مال خود را وثیقهٔ دین دیگری قرار می‌دهد. در برخی موارد نیز شخص هم مدیون است و هم مسئول؛ مانند غاصبی که مال در نزد او تلف شده و یا شوهری که نفقهٔ زوجه را نپرداخته است.

بر همین مبناست که در حقوق آلمان تعهد را به دو عنصر دین (Haftung) و مسئولیت یا اجبار (Schuld) تجزیه کرده و گفته‌اند: دین تکلیفی قانونی است که به موجب آن، مدیون باید موضوع تعهد را به‌جا آورد. این رابطه با پرداختن دین از بین می‌رود، ولی هرگاه دین اجرا نشود، در نتیجهٔ مسئولیتی که مدیون دارد، طلبکار حق پیدا می‌کند که با مراجعه به دادگاه او را اجبار کند. در این اجبار، موضوع التزام نیز در موارد بسیاری تفاوت می‌کند و به‌جای تعهد اصلی، معادل آن از مدیون گرفته می‌شود. در کامن‌لا نیز تفاوت و امتیاز دین و مسئولیت پذیرفته شده است و پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی تعهد را به سه عنصر متمایز تحلیل کرده‌اند: دین، مسئولیت مدیون هنگام عدم انجام تعهد، و اجبار (کاتوزیان، ۱۳۷۴ب: ص ۶۴، ش ۴۷).

افزون‌براین، اشتغال ذمه در عقد ضمان، معلول دین نیست، بلکه ارادهٔ ضامن و



مضمون له علت اشتغال ذمه است و از این رو، دو سبب موجب ایجاد و اشتغال شده است؛ به همین دلیل، برخی از فقیهان اهل سنت معتقدند در ضمان، مانند رهن و وثیقه، ضم اشتغال است و دین منتقل نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ص ۹).

در نتیجه، می‌توان گفت باتوجه به معانی لغوی و اصطلاحی ذمه، این مفهوم هرگز به معنای مکان و محل نبوده است، مگر از باب تسمیه محل به اسم حالش؛ یعنی عهد و پیمان، و تعهد و مسئولیت، و حال‌های دیگر نام محل استقرار آنها هستند؛ بنابراین، حقیقت ضمان مبتنی بر نقل ذمه یا ضم ذمه، به معنای منتقل شدن تعهد و مسئولیت و یا ضمیمه شدن تعهدی به تعهد دیگر است، نه اینکه نقل ذمه به معنای نقل مکان و ضم ذمه به معنای اضافه شدن مکانی به مکان دیگر باشد (همان).

### ۳-۲-۲. دلایل طرفداران ضم ذمه

در مقابل، طرفداران ضم ذمه علاوه بر دلیل لغوی به دلیل نقلی هم استناد کرده‌اند: فقیهان اهل سنت بر مدعای خویش به روایت ضمانت اُبی‌قتاده اشاره کرده‌اند که در مسند حنبل به نقل از جابر چنین آمده است:

یکی از دوستانمان از دنیا رفت. پیامبر اکرم ﷺ را برای نماز خواندن بر او دعوت کردیم. حضرت ﷺ پس از برداشتن قدمی فرمودند: «آیا برعهده او دینی هست؟» گفتیم: «دو دینار». پیامبر اکرم ﷺ از نماز گزاردن بر او منصرف شدند. ابوقتاده از آن دو دینار ضمانت کرد و گفت: «آن دو دینار برعهده من». پیامبر ﷺ فرمودند: «آیا حق طلبکاران واجب از میت بری شد؟» ابوقتاده در جواب گفت: «بله». پس از آن پیامبر ﷺ بر میت نماز گزارند و بعد، از ابوقتاده سؤال کردند: «قضیه آن دو دینار چه شد؟» ابوقتاده گفت: «دیروز از دنیا رفته است». روز بعد نیز دوباره سؤال فرمودند؛ ابوقتاده گفت: «آن را پرداخت کردم». پیامبر ﷺ فرمودند: «الآن آتش بر او سرد شد».<sup>۱۲</sup>

طرفداران ضم ذمه با استناد به ذیل روایت برآن اند که صرف ضمانت موجب نقل ذمه و برائت مدیون نمی‌گردد، زیرا پیامبر اکرم ﷺ پس از پرداخت دین فرمودند: «الآن آتش بر او سرد شد»؛ یعنی برائت ذمه مدیون با پرداخت حاصل شد نه با ضمانت.

در باره خودداری پیامبر اکرم ﷺ از نماز گزاردن گفته شده است:

نخست آنکه، مفاد روایت دلالت تحریصی دارد تا مردم در ادای دین خویش بی‌اعتنا نباشند و در وفای به آن تسریع نموده و یا زمینه‌های وفای آن را فراهم کنند (صافی، همان: ص ۱۹۸)؛ پس امتناع پیامبر اکرم ﷺ به این جهت بود که متوفی هیچ ترکه‌ای جهت ادای دین خود برجای نگذاشته بود و حال اینکه وظیفه‌اش بود پیش از وفاتش چنین کاری بکند تا جلوی اضرار دائن را بگیرد (همان: ص ۱۹۷)؛ در موضوع یادشده، چون وفای دین میت با ضمانت حاصل شد، بر او نماز گزارد (ابن قدامه، همان: ج ۵، ص ۸۲)؛

دوم آنکه، عبارت «وجب حق الغریم و برئ المیت منهما» به این معناست که با تحقق ضمانت، دین از ضامن مطالبه می‌گردد و چون ضمانت ضامن در اینجا تبرعی است، او حق رجوع به مضمون عنه را ندارد. در این مسئله، با توجه به فقدان ترکه میت، برای طلبکار پس از ناامیدی از رسیدن به طلب خویش با تحقق ضمانت اطمینانی برای وفا به وجود آمد؛ از این رو، این گونه برداشت شده که گویا طلبکار با این ضمانت طلب خویش را استیفا کرده و میت نیز بری شده است. این مسئله از قبیل ﴿أَتَىٰ أَمْرَ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ﴾ است (صافی، همان: ص ۱۹۸)؛ یعنی قطعی الوقوع و در شرف تحقق بودن چیزی به منزله وقوع آن فرض می‌شود؛ به همین دلیل، در آیه شریفه، «أَتَىٰ» با وجود اینکه فعل ماضی و مربوط به گذشته است، مفهوم آن مضارعی قطعی التحقق است.

دیدگاه ابن قدامه درباره ضم ذمه با استناد به روایت نبوی «نفس المؤمن معلقة بدینه حتی یقضی عنه» (ابن حنبل، ۱۴۱۴ ق: ج ۲، ص ۴۴۰؛ ابن ماجه، ۱۳۷۵ ق: ج ۲، ص ۸۰۶، ح ۲۴۰۲)<sup>۱۳</sup> و همچنین، عبارات پایانی روایت ابوقتاده (الآن بردت جلدته علیه) گویای این است که با توجه به اینکه آن حضرت پس از اطلاع از تأدیة دین آن جمله را فرمودند، معنای «بری المیت منهما» (که برابر است با «صرت انت المطالب منهما») مربوط به بعد از



ضمان و قبل از پرداخت است و از این رو، حالت تأکیدی دارد؛ چون حق بر ذمه میت ثابت و ادای آن نیز بر او واجب بود (ابن قدامه، همان).

به عبارت دیگر، این حالت ضمانت مانند موردی است که مدیون مال کافی برای پرداخت به جا گذاشته باشد و یا دین دارای وثیقه باشد؛ بنابراین، علت خودداری پیامبر اکرم ﷺ از نمازگزاردن در دفعه نخست این بود که دین متوفی فاقد محل بوده است.

در اشکال به استدلال مذکور می توان گفت:

نخست اینکه، برداشت تحریصی کردن صرف از روایت یادشده با عکس العمل شدید پیامبر ﷺ و تصریح بر نماز نگزاردن بر مدیون سازگاری ندارد؛

دوم اینکه، اگر ضمان موجب نقل ذمه نمی شد، چرا پیامبر اکرم ﷺ از سویی با تحقق ضمان با بیان «وجب حق العزیم و برئ المیت منهما» به برائت ذمه مدیون تصریح کردند و از سوی دیگر، پیش از ضمان به جهت مدیون بودن از نماز منصرف شدند و پس از ضمانت نماز گزاردن؟ از این بیان مشخص می گردد که پس از ضمانت، دیگر عنوان مدیون بر میت صدق نمی کرد؛

سوم اینکه، تفسیر ابن قدامه از «برئ المیت منهما» با هیچ قاعده تفسیری و ادبی سازگاری ندارد و هیچ قرینه ای بر این فهم معکوس وجود ندارد؛

چهارم اینکه، با استناد به حدیث نبوی «نفس المؤمن معلقة بدینه حتی یقضی عنه»، فهم قضای دین به صورت تأدیه مادی نه تنها هیچ گونه کارایی بر اثبات ضم ذمه در موضوع محل بحث ندارد، بلکه دقیقاً با آن مغایر است. با توجه به قرینه نماز گزاردن پیامبر اکرم ﷺ بعد از ضمان، مشخص می گردد ضرورتی به ادای مادی نیست، بلکه ادای حقوقی و اعتباری نیز کافی است که در این صورت، روایت یادشده فقط مؤید نقل ذمه است.

بر این اساس، ادله هیچ یک از طرفداران نقل ذمه و یا ضم ذمه وافی به اثبات ادعای آنان و نفی ادعای مقابل نیست؛ از این رو، با توجه به ادله عمومی صحت قراردادها مانند

«أوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و قاعدهٔ صحت، می‌توان به صحت عقد ضمان در دو حالت نقل و یا ضم ذمه حکم نمود.

#### ۴. نتیجه‌گیری

الف. ضمان در لغت به معنای قرار گرفتن و دربر گرفتن چیزی در چیز دیگر است؛ بنابراین، ضمان سبب تضمین و دربر گرفتن ذمهٔ ضامن به مال موضوع ضمان است. ضامن دینی شدن نیز بدین معناست که آن مال بر ذمهٔ او قرار گرفته و ذمهٔ شخص دین را در خود جای داده است.

ب. ضمان عقدی به معنای التزام به دین دیگری است، بدون اینکه در مفهوم نخستین آن، در لغت و یا شرع، نقل ذمه و یا ضم ذمه آمده باشد؛ بنابراین، اموری همچون نقل و یا ضم ذمه در هر دو معنای طولی و عرضی خارج از مفهوم ضمانند و با توجه به بررسی‌های صورت گرفته در مقاله نهایتاً می‌توان مدعی شد: نقل ذمه مطابق اطلاق عقد ضمان است نه اقتضای ذات آن، و از این رو، با شرط ضمن عقد امکان برقراری تضامن وجود دارد.

ج. جنبهٔ وثیقه‌ای عقد ضمان، همانند کفالت و رهن، پررنگ می‌نماید و این امر منافاتی با احسانی بودن آن ندارد؛ از این رو، هر چند کفالت، وثیقه به شمار می‌آید ولی کسی مخالف احسانی بودن آن نیست؛ گروهی که ثالث برای دین دیگری می‌گذارد هم با وجود احسانی بودن، منافای وثیقه بودن آن نیست.

د. عرف کنونی ضمان را «وثیقهٔ اعتباری» می‌داند و تعهد ضامن را فرعی و تبعی می‌انگارد. به همین جهت، اگر ضامنی دریابد که تنها اوست که در برابر طلبکار مدیون است یا در کنار مدیون اصلی امتیازی بر او ندارد، شگفت‌زده می‌شود؛ با وجود این، عرف در صورتی اعتبار دارد که برخلاف قوانین نباشد.



## پی‌نوشت:

۱. بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌گردد.
۲. تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.
۳. ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له 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.
۴. ظاهراً منظور این است که در موثقه اسحاق، محتضر ترکه‌ای ندارد که جوابگوی بدهی‌اش باشد. بنابراین، در این باب ضم ذمه اثری ندارد.
۵. ماده ۱۲: کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به‌مناسبت آن وارد شده است مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به‌عمل آورده و یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به‌عمل می‌آورند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.
۶. ماده ۲۴۹: برات‌دهنده - کسی که برات را قبول کرده - و ظهرنویس‌ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض می‌تواند به هرکدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید. همین حق را هریک از ظهرنویس‌ها نسبت به برات‌دهنده و ظهرنویس‌های ماقبل خود دارد. اقامه دعوی بر علیه یک یا چند نفر از مسئولین موجب اسقاط حق رجوع به سایر مسئولین برات نیست - اقامه‌کننده دعوی ملزم نیست ترتیب ظهرنویسی را از حیث تاریخ رعایت کند. ضامنی که ضمانت برات‌دهنده یا محال‌علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است..
۷. ماده ۳۰۹: تمام مقررات راجع به بروات تجارتي (از مبحث چهارم الی آخر فصل اول این باب) در مورد فته‌طلب نیز لازم‌الرعایه است.
۸. ماده ۳۱۴: صدور چک ولو اینکه از محلی به محل دیگر باشد ذاتاً عمل تجارتي محسوب نیست لیکن مقررات این قانون از ضمانت صادرکننده و ظهرنویس‌ها و اعتراض و اقامه دعوی ضمان و مفقود شدن راجع به بروات شامل چک نیز خواهد بود.
۹. ماده ۱۲۴: مادام که شرکت تضامنی منحل نشده مطالبه قروض آن باید از خود شرکت به‌عمل آید و پس از انحلال طلبکاران شرکت می‌توانند برای وصول مطالبات خود به هریک از شرکا که بخواهند و یا به تمام آنها رجوع کنند و در هر حال هیچ‌یک از شرکا نمی‌تواند به استناد اینکه میزان قروض شرکت از میزان سهم او در شرکت تجاوز می‌نماید از تأدیه قروض شرکت امتناع ورزد فقط در روابط بین شرکا مسئولیت هریک از آنها در تأدیه قروض شرکت به نسبت سرمایه‌ای خواهد بود که در شرکت گذاشته است آن هم در صورتی که در شرکت‌نامه ترتیب دیگری اتخاذ نشده باشد.
۱۰. ماده ۹۴: در صورتی که قییم متدد بوده و با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تفریط نمایند هریک از آنها مسئولیت تضامنی دارند و اگر بعضی از قییمین بدون شرکت دیگران تعدی یا تفریط در اموال محجور نمایند مسئولیت متوجه به کسی خواهد بود که تعدی یا تفریط کرده است.



۱۱. در حقوق به موارد ذیل می‌توان اشاره کرد: تعهد طبیعی که «دین» است، بدون اینکه مدیون، مسئول و ملزم به پرداخت باشد (مانند دینی که مشمول مرور زمان واقع شده است)؛ گاه نیز شخص مسئول وفای به عهده می‌شود که درواقع، مدیون آن نیست: مانند ظهرنویس‌های اسناد تجاری که باینکه دینی به دارنده سند ندارند، مسئول پرداخت آن قرار می‌گیرند یا غاصبانی که هیچ دخالتی در تلف مال مغضوب ندارند، باین‌حال با متلف دربرابر مالک مسئولیت تضامنی پیدا می‌کنند.

۱۲. عن جابر قال: توفي صاحب لنا فأتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه فخطأ خطوة ثم قال: «أعليه دين؟» فقلنا ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال: الديناران على فقال رسول الله ﷺ: «وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما؟» قال: نعم، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك: «ما فعل الديناران؟» قال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغداة فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت جلده» (ابن حنبل، ص ۳۳۰؛ ابن قدامة: ج ۵، ص ۸۳).

۱۳. این روایت در منابع شیعی از جمله علل الشرایع چنین آمده است: «نفس المؤمن معلقة ما كان عليه الدين» (شیخ صدوق، ۱۳۸۵ق: ج ۲، ص ۵۲۸، ح ۵).

## کتابنامه

۱. آملی، محمدتقی (۱۴۱۳ق)، المکاسب و البیع: تقریرات بحث المیرزا نائینی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ نخست.
۲. ابن اثیر (۱۳۶۷)، النهایة فی غریب الحدیث والأثر، قم، اسماعیلیان، چاپ چهارم.
۳. ابن حزم اندلسی (۱۳۸۷ق)، علی بن احمد، المحلی فی شرح المجلی بالحجج والآثار، مصر، مكتبة الجمهورية العربية.
۴. ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۱۷ق)، الوسيلة الی نیل الفضیلة، قم، کتابخانه مرعشی، چاپ نخست.
۵. ابن حنبل، احمد (۱۴۱۴ق)، المسند، لبنان، دارالفکر، چاپ دوم.
۶. ابن رشد (قرطبی) (۱۳۸۶ق)، محمد بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية.
۷. ابن زهره (حلبی) (۱۴۱۷ق)، حمزة بن علی، غنية النزوع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ نخست.
۸. ابن عابدین، امین بن عمر (۱۴۲۱ق)، ردالمحتار علی الدرالمختار، دمشق، دارالثقافة و التراث، چاپ نخست.
۹. ابن فارس، ابوالحسن احمد (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم، مكتب الاعلام الإسلامی.
۱۰. ابن قدامه (مقدسی) عبدالله بن احمد (بی تا)، الشرح الكبير، قاهره، مطبعة الإمام.
۱۱. ابن ماجه (قزوینی) حافظ ابو عبدالله (۱۳۷۵ق)، سنن ابن ماجه، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۱۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق)، لسان العرب، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ نخست.
۱۳. ابو حبیب، سعدی (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم.
۱۴. بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۴ق)، بلغة الفقيه، تهران، مكتبة الصادق، چاپ چهارم.
۱۵. بحرانی، یوسف (بی تا)، حقائق الناضرة، تحقیق محمدتقی ایروانی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۶. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۱ق)، الفقه علی المذاهب الأربعة، بیروت، دارالفکر.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۲)، عقد ضمان، تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، چاپ نخست.

١٨. جوهرى، ابونصر اسماعيل بن حماد (بى تا)، الصحاح، بيروت، دارالعلم.
١٩. حر عاملى، محمد بن حسن (بى تا)، وسائل الشيعة، بيروت، دار إحياء التراث العربى، چاپ پنجم.
٢٠. حسيني حائرى، سيد كاظم (١٤٢٣ق)، فقه العقود، قم، مجمع الفكر الإسلامى، چاپ نخست.
٢١. حسيني عاملى، سيد محمد جواد (١٤١٩ق)، مفتاح الكرامة، تحقيق محمد باقر مجلسى، قم، مؤسسة نشر الإسلامى، چاپ نخست.
٢٢. راغب اصفهاني، حسين بن محمد (١٤١٢ق)، المفردات فى غريب القرآن، بيروت، دارالعلم - الدار الشاميه، چاپ نخست.
٢٣. زبيدى، محمد تقى (بى تا)، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت، مكتبة الإحياء، چاپ نخست.
٢٤. سرخسى، شمس الدين (١٤١٤ق)، المبسوط، لبنان، دارالمعرفة.
٢٥. سنهورى، عبدالرزاق (١٤٠٨ق/١٩٩٥م)، الوسيط فى شرح القانون المدنى، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٢٦. شيخ صدوق (محمد بن بابويه) (١٣٨٥ق)، علل الشرايع، نجف اشرف، مكتب حيدرية.
٢٧. شيخ طوسى (١٤٠٦ق)، تهذيب الأحكام، بيروت، دارالأضواء.
٢٨. شهيد ثانى، (زين الدين عاملى جبعى) (١٤١٧ق)، مسالك الافهام، قم، المؤسسة المعارف الإسلاميه، چاپ نخست.
٢٩. صاحب جواهر (محمد حسن نجفى) (١٤٠٨ق)، جواهر الكلام، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٣٠. الصافى، على عبد الحكيم (١٣٩٣)، الضمان فى فقه الإسلامى، قم، مجمع جهانى تقريبات اسلامى.
٣١. طباطبائى حكيم، سيد محسن (١٤٠٤ق)، مستمسك العروة الوثقى، قم، مكتبة السيد المرعشى.
٣٢. طباطبائى يزدي، سيد محمد كاظم (١٤٢٧ق)، عروة الوثقى، با حاشيه اعظم، قم، ميثم تمار، چاپ نخست.
٣٣. طريحي، فخر الدين (بى تا)، مجمع البحرين، بيروت، دار إحياء التراث العربى.
٣٤. عبدى پور فرد، ابراهيم (١٣٩١)، حقوق تجارت كاربرى، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم.
٣٥. علامه حلى (حسن بن يوسف حلى) (١٤١٤ق)، تذكره الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، چاپ نخست.
٣٦. فراهيدى، خليل بن احمد (١٤٠٩ق)، كتاب العين، قم، دارالهجرة.

۳۷. فقه الرضا عليه السلام (۱۴۰۶ق)، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
۳۸. فیروزآبادی (۱۴۱۲ق)، قاموس المحيط، بیروت، دارالعلم.
۳۹. القرافی، احمدین ادريس (۱۴۰۴ق)، الفروق، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴ الف)، عقود معین، ج ۴، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم.
۴۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴ ب)، نظریه عمومی تعهدات، تهران، یلدا، چاپ نخست.
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۶ق)، فروع کافی، بیروت، دارالأضواء.
۴۳. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق)، بحار الأنوار، بیروت، مؤسسة الوفاء.
۴۴. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۶۶)، «ضمان عقدی: ضم ذمه یا نقل ذمه یا ...»، حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، ش ۱۱ و ۱۲.
۴۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۱)، «نگرش جدید بر ضمان عقدی و احکام آن»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۴.
۴۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۳)، عقد ضمان، به کوشش ابوالفضل احمدزاده، تهران، مجمع علمی - فرهنگی مجد، چاپ دوم.
۴۷. نووی، ابوزکریا یحیی بن شرف (۱۴۰۹ق)، المجموع فی شرح المهذب، المملكة العربية السعودية، الجامعة أم القرى، چاپ نخست.
۴۸. وزارة اوقاف و شئون اسلامية كويت (۱۴۱۸ق)، الموسوعة الفقهية، كويت، بی نا.
۴۹. یزدانیان، علی رضا (۱۳۸۷)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران، میزان.