

۱-۱۶	صفحات	شماره انتشار	۱۴۰۵	سال انتشار
------	-------	--------------	------	------------

باز پژوهی تحلیلی قاعده فقهی اسقاط ضمان مالیم یجب

خانم نرگس کریمی و آقای دکتر محمد حسن زاده

کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده الهیات، گروه فقه و مبانی حقوق، ایران

دکترای فقه و حقوق، دانشگاه تهران، طلبه سطح چهار حوزه علمیه، ایران.

چکیده

مسئله «ضمان مالیم یجب» به معنای تعهد به پرداخت دینی که سبب آن در آینده محقق می‌شود یکی از مباحث پیچیده فقهی و حقوقی است که دیدگاه سنتی، آن را به دلیل فقدان موضوع در زمان عقد، باطل می‌شمارد. این دیدگاه عمدتاً متکی بر دو استدلال اصلی است: اول تبعی دانستن ماهیت عقد ضمان و دوم، ادعای اجماع فقها بر این بطلان. با وجود این، بررسی عملی مواردی چون ضمان مال الجعالة پیش از انجام عمل، ضمان نفقه آینده زن، و مانند آن، نشان می‌دهد که در تطبیق این قاعده میان فقها اختلاف نظر گسترده‌ای وجود دارد. این اختلاف نظرها، هم ادعای اجماع را تضعیف می‌کند و هم گویای ناکارآمدی قاعده سنتی در مواجهه با شرایط پیچیده حقوقی و اقتصادی است. نقد این دیدگاه نشان می‌دهد که وصف تبعی بودن، ذاتی عقد ضمان نیست، بلکه توصیفی از الگوی رایج آن در گذشته است و در چارچوب حقوق مدرن، می‌توان «تعهد مستقل به پرداخت دیون آتی» را به عنوان موضوع یک عقد صحیح پذیرفت.

در مقابل، ادله محکم‌تری بر صحت چنین تعهدی وجود دارد. مهم‌ترین دلیل، سیره عقلایی جاری در معاملات امروزی است که در قالب نهادهایی مانند بیمه و تضمین‌نامه‌ها ظهور یافته و مورد تأیید ضمنی شارع قرار دارد. همچنین، عمومات شرعی لزوم وفای به عهد، وجود نهادهای فقهی مقبول مانند «ضمان جریره» که به روشنی تعهد نسبت به دین آینده را جایز می‌شمارد، و ضرورت انطباق فقه با مقتضیات اقتصادی عصر حاضر، همگی بر امکان و مشروعیت ضمان مالیم یجب دلالت دارند.

با توجه به این ادله، به نظر می‌رسد می‌توان ضمان مالیم یجب را به عنوان عقدی مستقل و معتبر به رسمیت شناخت. این نگرش نه تنها تناقض‌های موجود در فتاوای فقهی را کاهش می‌دهد، بلکه زمینه سازگاری بیشتر حقوق اسلامی با نظام‌های مالی جهانی را فراهم کرده و انعطاف و پویایی فقه در پاسخگویی به نیازهای نوین را به نمایش می‌گذارد.

واژگان کلیدی: تعهد، دین، رهن، ضامن، ضمان مالیم یجب، مضمون له، مضمون عنه

طبقه‌بندی: JEL. فقه - حقوق - جزا و جرم‌شناسی - حقوق بین‌الملل - حقوق خصوصی

Analytical re-examination of the jurisprudential rule of rescission of warranty

Abstract

The issue of "Damaan Malam Yajab" meaning the obligation to pay a debt due to which it will be fulfilled in the future is one of the complex jurisprudential and legal issues that the traditional view considers invalid due to the lack of an issue at the time of marriage. This point of view is mainly based on two main arguments: firstly, the nature of the guarantee contract is secondary, and secondly, the claim of the consensus of the jurists on this invalidity.

Despite this, the practical examination of cases such as the guarantee of property before the act, the guarantee of the wife's future alimony, and the like, show that there is a wide difference of opinion in the application of this rule among jurists. These differences of opinion both weaken the claim of consensus and show the ineffectiveness of the traditional rule in the face of complex legal and economic conditions. Criticism of this point of view shows that the definition of subordination is not inherent in the guarantee contract, but rather a description of its common pattern in the past, and in the framework of modern law, "independent obligation to pay the future debt" can be accepted as the subject of a valid contract.

On the contrary, there are stronger evidences for the validity of such an obligation. The most important reason is the current rational way in today's transactions, which has emerged in the form of institutions such as insurance and guarantees and is subject to the tacit approval of Shariah. Also, the generality of Shari'ah, the necessity of keeping the promise, the existence of accepted jurisprudential institutions such as "Jarirah Guarantee" which clearly considers the commitment to the future religion as permissible, and the necessity of adapting jurisprudence to the economic requirements of the present age, all indicate the possibility and legitimacy of the malimjab guarantee.

According to these evidences, it seems that it is possible to recognize Malem Yajb guarantee as an independent and valid contract. This attitude not only reduces the contradictions in jurisprudential fatwas, but also provides the basis for greater compatibility of Islamic law with global financial systems and demonstrates the flexibility and dynamism of jurisprudence in responding to modern needs.

Keywords: commitment, religion, stay, guarantor, Error 500 (Server Error)!!1500. That's an error. There was an error. Please try again later. That's all we know., Guaranteed for him, Guaranteed about it

متن مقاله

خلق تمهیدات حقوقی پیچیده و گاه تصنعی انجامیده، یا هاله‌ای از ابهام و تردید درباره‌ی اعتبار آنها ایجاد کرده است. این تعارض آشکار میان حکم ثابت گذشته و ضرورت متغیر امروز، زنگ خطری است که نشان می‌دهد نمی‌توان با ساده‌انگاری، از کنار این قاعده گذشت.

شایسته است که پیش از هر داوری، به درون خود سنت فقهی نیز سفر کنیم. کاوش در آراء فقها در موارد عینی و خارجی، روایتی متفاوت از یک اجماع یکپارچه ارائه می‌دهد. در مسائلی چون صحت یا بطلان «ضمان مال الجعالة پیش از اتمام عمل»، «ضمان نفقه‌ی ایام آتی زوجه»، «ضمان عهده» در صورت بطلان معامله، یا «ضمان درک» و «ضمان ارش»، ما شاهد کشمکش عمیق و دامنه‌دار میان دیدگاه‌های متفاوت هستیم. برخی با تمسک به عموم قاعده، حکم به بطلان می‌دهند و برخی دیگر با ارائه‌ی تفسیری موسع از مفاهیمی چون «سبب دین» یا «ثبوت»، گاه به صحت آن رأی می‌دهند. این اختلاف نظر گسترده، خود گواهی ارزشمند است که نشان می‌دهد قاعده‌ی بطلان، حتی در دل سنت، امری بدیهی و غیرقابل تأمل نبوده و همواره محل اجتهاد و بحث بوده است.

از این رو، این نوشتار بر آن است تا با رویکردی تحلیلی-انتقادی و با احترام به عمق میراث فقهی، اما با چشمانی باز به نیازهای زمانه، مسئله‌ی اسقاط ضمان مالیم یجب را بار دیگر و این بار با دقتی مضاعف به محاکمه بگذارد. این بازخوانی، سه عرصه‌ی اصلی را درمینورد: نخست، تبیین ژرف‌تر و موشکافانه‌تر ادله‌ای که موجبات بطلان چنین تعهدی شمرده شده‌اند. دوم، بررسی میدانی و تطبیقی مهم‌ترین مصادیقی که این قاعده در مواجهه با آنها دچار تزلزل و تکرر آراء شده است، تا وسعت چالش عملی آن روشن شود. و سوم، ارائه‌ی نقدی منسجم بر این ادله و در مقابل، صورتبندی مبانی نظری و عملی محکمی که می‌تواند صحت و اعتبار «ضمان به عنوان یک تعهد مستقل و پیش‌دستانه نسبت به دیون آینده» را توجیه نماید. گمانه‌ی اصلی این جستار آن است که قاعده‌ی بطلان ضمان مالیم یجب، با همه‌ی شهرت دیرینه‌اش، فاقد پشتوانه‌ی ادله‌ی قطعی غیرقابل خدشه است و با تکیه بر اصولی چون حاکمیت اراده‌ی متعاقدين در عقود مشروع، عموماً لزوم وفای به عهد، سیره‌ی مسلم عقلایی در تجارت نوین و اهداف

در قلمرو پهن‌آور فقه معاملات و حقوق مدنی، نهاد ضمان به مثابه ستونی استوار، وظیفه‌ی انتقال اطمینان و ایجاد پشتوانه‌ای اعتباری در شبکه‌ی پیچیده‌ی روابط مالی و تعهدات حقوقی را بر عهده دارد. این نهاد، در کالبدشکافی کلاسیک خود، عموماً حول محور تضمین و التزام به دینی می‌چرخد که پیش‌تر، در ذمه‌ی بدهکار اصلی تثبیت شده است. اما هنگامی که از مرزهای این تعریف سنتی فراتر می‌رویم و به عرصه‌ی پویا و پیش‌بینی‌ناپذیر معاملات مدرن قدم می‌گذاریم، پرسشی بنیادین سر برمی‌آورد که هسته‌ی مرکزی بسیاری از تحولات حقوقی معاصر است: آیا قالب حقوقی ضمان، ظرفیت دربرگیری تعهدی را دارد که نه معطوف به دین موجود، که متوجه بدهی‌ای است که در پرتو رویدادهای آینده شکل خواهد گرفت؟ این پرسش، همان مفهوم بحث‌انگیز و چالش‌برانگیز «اسقاط ضمان مالیم یجب» را نشانه می‌رود.

دیدگاه مشهور و ریشه‌داری که در متون فقهی انباشته شده و با تصریح ماده‌ی ۶۹۱ قانون مدنی ایران نیز همراه گشته، با قاطعیتی نظری، چنین تعهدی را فاقد اعتبار و باطل می‌شمارد. منطق این دیدگاه، بر مبانی به ظاهر استواری استوار شده است: از یک سو، ماهیت تبعی عقد ضمان که گویا وجود دین اصلی پیشین را همچون اصل برای فرع، ضروری می‌نماید، و از سوی دیگر، ادعای اجماعی تاریخی که پشتوانه‌ی این حکم قرار گرفته است. این چارچوب فکری، برای قرن‌ها، خط ممیز میان تعهدات صحیح و باطل در این حوزه ترسیم کرده است.

اما واقعیت‌های زندگی اقتصادی در سده‌ی بیست و یکم، پیکره‌ی این قاعده‌ی به ظاهر تغییرناپذیر را با آزمونی سخت مواجه ساخته است. در عمق ساختار مالی جهان معاصر، از پیچیده‌ترین قراردادها تا معمول‌ترین قرارداد مانند بیمه‌ی شخص ثالث، از تضمین‌نامه‌های بانکی کلان تا ضمانت‌نامه‌های اجرای پروژه، آنچه جریان دارد چیزی جز «تعهد به جبران خسارت یا پرداخت مبلغی در آینده، مشروط به وقوع حادثه‌ای نامطمئن» نیست. تلاش برای فشردن این نهادهای حیاتی در قالب‌های سنتی، یا به

با توجه به تعریف ضمان، حق مضمون به عنوان یکی از ارکان سه گانه عقد ضمان محسوب می شود که دو رکن دیگر آن ضامن و مضمون له می باشند. در میان فقها اجماع وجود دارد که علم ضامن به میزان دقیق حق مضمون و همچنین شناخت دقیق طرفین قرارداد (مضمون له و مضمون عنه) از شرایط صحت عقد ضمان نیست (یزدی، ۵۹۰ق: ۱۴۱۰). قانون مدنی ایران نیز در مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ به صراحت بر این قاعده تأکید نموده است. دلیل این امر آن است که عقد ضمان در زمره عقود مسامحه ای قرار دارد و در پاره ای موارد حتی به عنوان یک عمل حقوقی تبرعی محسوب می شود؛ بنابراین بر خلاف عقود معوض، جهل به مقدار موضوع تعهد یا وجود غرر، موجب بطلان آن نمی گردد.

بدیهی است که حقی که مورد ضمانت قرار می گیرد، باید دارای شرایط و ویژگی هایی باشد که فقیهان در آثار مکتوب خود به طور مفصل به بررسی و تبیین آن پرداخته اند.

۱. دارا بودن مالیت نخستین شرط آن است که حق مورد نظر دارای مالیت باشد؛ به این معنا که دارای ارزش اقتصادی و قابلیت مبادله در نزد عرف باشد و بتوان در برابر آن مالی داد یا از آن منع کرد. بر این اساس، حقوق غیرمالی همچون حق حضانت، حق ولایت یا حق قذف قابلیت ضمانت ندارند، زیرا فاقد ارزش مبادلاتی هستند. در مقابل، ضمانت از عین مانند یک خانه، منفعت مانند سود حاصل از یک ملک و عمل مانند انجام یک کار مشخص صحیح خواهد بود. البته در مورد ضمانت از «عمل»، شرط است که مباشرت و انجام شخصی کار، شرط نشده باشد؛ یعنی ضامن بتواند عمل را خود انجام دهد یا توسط دیگری انجام دهد.

۲. ثبوت در ذمه شرط دوم آن است که حق یا دین، در ذمه ی مدیون (بدهکار) ثابت شده باشد. یعنی بدهکار به عنوان یک مدیون بالفعل شناخته شود و دین به طور قانونی به عهده ی او تعلق گرفته باشد. در اینجا تفاوتی نمی کند که دین مستقر باشد یا غیرمستقر.

در فقه اسلامی، این مسئله مورد بررسی قرار گرفته است که آیا میتوان از «دین متزلزل» نیز ضمانت کرد؟ دین متزلزل به دینی اطلاق می شود که اگرچه در حال حاضر در ذمه ی مدیون ثابت شده، اما به دلیل وجود یک

کلان شریعت، می توان و باید گفتمان حقوقدانان و فقها را به سوی پذیرش اعتبار این گونه تعهدات سوق داد. این حرکت، نه تنها انسجام درونی نظام حقوقی را افزایش می دهد، بلکه فقه اسلامی را برای ایفای نقش رهبری در تنظیم روابط پیچیده ی اقتصادی عصر حاضر، توانمندتر و کارآمدتر می سازد.

طرح مساله

«ضمان» در لغت به مفاهیمی همچون تکفل، التزام، تضمین و تعهد اطلاق می گردد (فیومی، ۱۴۱۱ق: ۳۶۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۹۸). در اصطلاح فقهی، این واژه در دو سطح معنایی متمایز به کار می رود: مفهوم عام آن که شامل هرگونه تعهد و مسئولیتی می شود، و مفهوم خاص آن که صرفاً به «تعهد به پرداخت مال از سوی شخص بری الذمه» اشاره دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۳۳). در تعریف اصطلاحی «ضمان» در فقه، دو دیدگاه اصلی وجود دارد. عده ای با محور قرار دادن اثر ضمان، آن را به «نقل مال از ذمه بدهکار اصلی به ذمه ضامن» تعریف کرده اند (خوئی، ۱۴۱۲ق: ۱۸۲). در مقابل، برخی دیگر با تأکید بر ماهیت تعهدی آن، ضمان را «تعهد به پرداخت مال» می دانند (امام خمینی، ۲۲/۲).

قانون مدنی ایران در ماده ۶۸۴ با پیروی از نظریه اول، عقد ضمان را این گونه تعریف می کند: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.»

بر این اساس، ضمان در معنای خاص تنها ناظر بر تعهدات مالی است، در حالی که ضمان در معنای عام شامل همه تعهدات (اعم از مالی و غیرمالی) می شود. از این منظر، ضمان به معنای خاص، در کنار دو نهاد حقوقی حواله و کفالت، به عنوان یکی از اقسام سه گانه ضمان در معنای عام قرار می گیرد. تعهد مالی از حیث منشأ ایجاد به دو قسم اساسی تقسیم می گردد: ضمان قهری که ناشی از حکم قانون یا شرایط قاهر است، و ضمان عقدی که برآمده از اراده و اختیار ضامن در قالب یک قرارداد می باشد. هرگاه واژه «ضمان» به صورت مطلق و بدون قید به کار رود، مقصود همان ضمان عقدی است.

برای تبیین هرچه بیشتر این اصل، گروهی از فقها استدلال جالبی را مطرح کرده‌اند: «از چیزی می‌توان ضمانت کرد که بتوان آن را به رهن گرفت.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۲۲). این قیاس منطقی، وجه اشتراک بنیادین دو عقد ضمان و رهن را نشان می‌دهد: هر دو عقد نیازمند یک «موجود عینی و مشخص» به عنوان موضوع تعهد هستند. همان‌گونه که گرفتن رهن و وثیقه از شخصی که تنها در آینده ممکن است بدهکار شود «مرتبه‌ن مالم یجب» کاملاً باطل و بی‌اثر است، ضمانت از چنین دین آینده‌ای نیز به تبع آن، باطل خواهد بود. در هر دو صورت، عقد فاقد موضوع محقق و معلوم است. این قاعده فقهی که ریشه در استحکام بخشی به معاملات و جلوگیری از غرر دارد، به طور صریح در قانون مدنی ایران نیز پذیرفته شده است. ماده ۶۹۱ این قانون مقرر می‌دارد: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل می‌باشد.» این تصریح قانونی، نشان‌دهنده پایبندی نظام حقوقی ایران به اصول مستحکم فقهی است و هرگونه شبهه در مورد اعتبار چنین تضمین‌های پیش‌دستانه‌ای را از بین می‌برد.

با وجود آنکه قاعده «بطلان ضمان مالم یجب» به عنوان اصلی اجماعی در میان فقها شناخته می‌شود، اما در مقام تطبیق این قاعده بر مصادیق خارجی، شاهد اختلاف نظرات قابل توجهی میان اندیشمندان فقهی هستیم. در موارد متعددی، برخی فقها با استناد به شمول قاعده مذکور، به بطلان چنین ضمان‌هایی حکم داده‌اند، در حالی که گروهی دیگر با تحلیل متفاوتی از ماهیت تعهد، همان موارد را مصداق «ضمان دین ثابت در ذمه» دانسته و حکم به صحت آن داده‌اند. این تقابل آراء که ریشه در تفسیرهای مختلف از مفهوم «ثبوت دین» و «موجودیت موضوع ضمان» دارد، لزوم واکاوی عمیق‌تر این مسئله را آشکار می‌سازد. برای نیل به این هدف، لازم است بررسی خود را در سه محور اصلی سامان دهیم:

نخست: بیان ادله و مبانی فقهی که قائلان به بطلان ضمان مالم یجب به آن استناد می‌کنند.

دوم: طرح مصادیق مورد مناقشه – مانند ضمانت از دینی که سبب آن هنوز به طور کامل محقق نشده – بدون آنکه در این مرحله حکمی مثبت یا منفی در مورد آنها صادر شود.

حق فسخ یا شرطی خاص، در معرض زوال و سقط قرار دارد. پاسخ مثبت است؛ ضمانت از دین متزلزل صحیح می‌باشد. دلیل این امر آن است که در زمان انعقاد عقد ضمان، این دین به عنوان یک «موجود» و «ثابت شده در ذمه» توصیف می‌شود. بنابراین، حتی اگر این ثبوت، ناپایدار و در معرض تزلزل باشد، به دلیل مصداق داشتن عنوان کلی «ثبوت در ذمه»، می‌تواند موضوع ضمان واقع شود. به طور قطع، شرط بنیادین برای صحت عقد ضمان، «ثبوت دین در ذمه ی مدیون اصلی» در زمان انعقاد عقد است. این شرط اساسی، فارغ از اختلاف نظر در ماهیت حقوقی ضمان، نزد همه ی فقها پذیرفته شده است. در تحلیل ماهیت این عقد، میان فقه‌های شیعه و اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد:

نظر فقه‌های شیعه: آنان بر این باورند که اثر عقد ضمان، «نقل ذمه به ذمه» است؛ به این معنا که مسئولیت پرداخت دین از ذمه ی مدیون اصلی به ذمه ی ضامن منتقل می‌شود. این دیدگاه در آثار فقه‌هایی مانند حکیم (حکیم طباطبائی، ۱۳۹۰ق: ۲۴۴) مورد تأکید قرار گرفته و قانون مدنی ایران نیز صراحتاً به آن تصریح کرده است.

نظر فقه‌های اهل سنت: نظر مشهور در میان اهل سنت این است که ضمان به معنای «ضم ذمه به ذمه» است. در این نگاه، ذمه ی ضامن به ذمه ی مدیون اصلی ملحق می‌شود و مسئولیت پرداخت دین به صورت مشترک بر عهده ی هر دو قرار می‌گیرد. این دیدگاه در منابعی مانند «الفقه الاسلامی و ادلته» اثر زحیلی (زحیلی، ۲۰۰۴م: ۱۴۹-۱۵۰) منعکس شده است.

با کنار گذاشتن این اختلاف نظر در ماهیت ضمان، یک قاعده ی مسلم و مورد اجماع همگان وجود دارد: ضمانت از دینی که هنوز به وجود نیامده است، باطل می‌باشد. فقها تعهد نسبت به دینی که هنوز وجود خارجی ندارد را تحت عنوان «ضمان مالم یجب» (ضمانت چیزی که واجب نشده است) شناخته و با استناد به دلایل متقن، اتفاقاً حکم به بطلان آن داده‌اند. دلیل این بطلان، واضح است: موضوع عقد ضمان، یعنی «دین»، در زمان انعقاد عقد مفقود است و تعهد به «عدم» و «هیچ»، از نظر عقلی و شرعی باطل محسوب می‌شود.

است. بر پایه این ویژگی، تعهد ضامن در گرو وجود و تبعیت از دینی است که پیش تر بر عهده مدیون اصلی قرار گرفته است. به بیان دقیق تر، تحقق عقد ضمان منوط به وجود یک رابطه دینی پیشین میان دو شخص (حقیقی یا حقوقی) است؛ به گونه ای که یکی در جایگاه طلبکار و دیگری در موقعیت بدهکار قرار گیرد. تنها در سایه برقراری این رابطه اولیه است که شخص ثالث می تواند با انعقاد عقد ضمان، تعهد پرداخت دین را بر عهده بگیرد. این تبعیت بدان معناست که عقد ضمان به صورت مستقل و بی نیاز از یک دین پیشین، قابلیت انعقاد ندارد. در واقع، ضمان یک تعهد تبعی است که وجود و صحت آن، وابسته به وجود تعهد اصلی است. بنابراین، اگر دینی از اساس محقق نباشد (مالم یجب)، تعهد ضامن نیز فاقد موضوع خواهد بود و باطل می شود. این دیدگاه در میان فقهای امامیه و نیز قانون مدنی ایران پذیرفته شده است. بر این اساس، اگر از ابتدا هیچ دین و تعهدی در ذمه مدیون اصلی وجود نداشته باشد، تعهد شخص ثالث برای پرداخت آن فاقد مبنای حقوقی و منطقی خواهد بود. از آنجا که عقد ضمان ماهیتی تبعی دارد و وجود آن منوط به وجود دین اصلی است، بدیهی است که با فقدان اصل (دین)، فرع (ضمان) نیز نمی تواند به وجود آید. به عبارت دیگر، تعهد ضامن به پرداخت دینی که اساساً تحقق نیافته، همانند قصد بر شیء معدوم است که به دلیل فقدان موضوعیت عینی، هیچ ارزش حقوقی ندارد. این مسئله نه تنها در منطق حقوقی، بلکه از دیدگاه عقلایی نیز قابل پذیرش نیست، چرا که شخص نمی تواند نسبت به چیزی که وجود خارجی ندارد، تعهد ایجاد کند.

این اصل که "فرع تابع اصل است و با سقوط اصل، فرع نیز ساقط می شود" در سایر مباحث حقوقی نیز کاربرد گسترده ای دارد و در مورد عقد ضمان به صورت خاص مصداق پیدا می کند. بنابراین، صحبت از ضمان در فرض عدم وجود دین اصلی، جایی برای اجرای تعهدات ضامن باقی نمی گذارد. بر این اساس، ضمان در این ویژگی بنیادین با دو نهاد حقوقی دیگر، یعنی "رهن" و "ابراء"، اشتراک ماهوی دارد. از این منظر، موضوع هر سه عقد باید "دینی باشد که پیشتر در ذمه مستقر شده باشد". این اشتراک ماهوی به حدی است که برخی فقهای بزرگ، از جمله شهید ثانی در کتاب خود،

سوم: نقد و ارزیابی ادله بطلان و در کنار آن، تبیین دلایل و مبانی ای که می تواند صحت چنین ضمان هایی را در موارد خاص توجیه نماید. این روال پژوهشی، امکان دستیابی به تحلیلی منسجم و مستدل در مورد یکی از چالش برانگیزترین مباحث فقه معاملات را فراهم خواهد کرد.

ادله ی بطلان ضمان مالم یجب

در میان منابع فقهی و حقوقی، ادله بطلان «ضمان مالم یجب» عمدتاً از سوی فقهای تبیین شده و حقوقدانان معمولاً به بازخوانی و گاه نقد این آراء پرداخته اند. با بررسی آثار این دو گروه می توان به رویکردهای متفاوتی دست یافت:

از یک سو، فقها با استدلال های مستند به منابع اسلامی، به تبیین دقیق ادله بطلان این نوع ضمان همت گمارده اند. این استدلال ها عمدتاً بر عدم تحقق موضوع عقد (دین) در زمان انعقاد ضمان استوار است.

از سوی دیگر، در میان حقوقدانان، اگرچه برخی به ندرت مخالفت خود با نظریه بطلان را ابراز داشته اند، اما اکثر نویسندگان آثار حقوقی با توجه به همخوانی قانون مدنی با نظریه فقها، بطلان ضمان مالم یجب را بدون بحث و بررسی عمیق تری پذیرفته اند.

این تقلید نسبتاً بی چون و چرا از نظریه فقهی، موجب شده است که در متون حقوقی کمتر به تبیین فلسفه حقوقی این حکم پرداخته شود و بررسی دقیق تر ادله و امکان سنجی اعتبار چنین ضمان هایی در فضای حقوق مدرن، مهجور بماند. این در حالی است که با توسعه روزافزون قراردادهای و ضرورت پاسخگویی به نیازهای اقتصادی نوپدید، بازخوانی و نقد ادله سنتی بطلان ضمان مالم یجب می تواند زمینه ساز توسعه نظریه های حقوقی همسو با مقتضیات زمان باشد.

۱. استناد به تبعی بودن عقد ضمان: ضمان همچون دیگر عقود، از ویژگی های ماهوی خاصی برخوردار است که احکام ویژه ای را برای آن به ارمغان می آورد. یکی از مهم ترین این ویژگی ها، «تبعی بودن» عقد ضمان

۲۱۶). در این حال، ماهیت رابطه حقوقی بین مالک و غاصب دگرگون شده و به جای رابطه غصب، رابطه ودیعه یا اجاره برقرار می‌گردد. در تکمیل این بحث باید به دیدگاه متفاوت برخی دیگر از فقها اشاره نمود. این گروه معتقدند هرچند در زمان وقوع ابراء، دین مالی به طور قطعی بر ذمه غاصب مستقر نشده است، اما سبب دین از پیش محقق شده است. به باور ایشان، وجود همین سبب کافی است تا مورد را از مصادیق ابراء مالم یجب خارج دانسته و در نتیجه ابراء واقع شده را صحیح بشمار آورد (عاملی، ۱۴۱۴ق: ۱۴۹). این دیدگاه با استناد به اینکه غاصب به محض تلف شدن مال، مشغول‌الذمه خواهد شد و این تعهد بالقوه ناشی از سبب محقق شده (غصب) است، ابراء پیش از تلف را نیز معتبر می‌داند.

در عقد رهن نیز همین قاعده کلی جریان دارد. مطابق ماده ۷۷۵ قانون مدنی، «برای هر مالی که در ذمه باشد می‌توان رهن قرار داد، هرچند عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد». مفاد این ماده برگرفته از دیدگاه فقیهان است که بر این باورند: رهن تنها در برابر دینی صحیح است که در ذمه بدهکار تحقق یافته و مستقر شده باشد (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۹۹).

بر همین اساس، گروهی از حقوقدانان معتقدند رهن نسبت به دیونی که هنوز ایجاد نشده‌اند - مانند رهن در قبال وامی که قرار است در آینده گرفته شود یا در برابر بهای معامله‌ای که هنوز انجام نشده - باطل است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۸۷).

۲. استناد به اجماع: اتفاق نظر فقیهان بر بطلان ضمانی ما فی الذمه، خود دلیل قاطع و استواری بر نادرستی چنین ضمانی است، زیرا همه فقها بدون هیچ تردیدی آن را باطل دانسته‌اند. روشن است که اجماع یکی از منابع معتبر استنباط احکام و از مبانی مهم فقه به شمار می‌رود. به نظر می‌رسد همین اجماع سبب شده است که تاکنون هیچ فقیهی در درستی این دیدگاه تردید نکرده یا آن را مورد نقد قرار نداده است. حقوقدانان نیز این نظر را یا به صراحت پذیرفته‌اند یا با بیان‌های گوناگون با آن موافقت کرده‌اند. آنان معمولاً تنها به همان دو دلیل بسنده کرده‌اند که فقیهان نیز به آن استناد نموده‌اند: نخست آنکه رهن ماهیتاً یک عقد است، و عقد زمانی

به صراحت یکی از این عقود را مبنایی برای استنباط حکم دیگری قرار داده‌اند. برای نمونه، ایشان در جلد چهارم کتابش (ص ۱۲۲) اشاره می‌کنند که معیار صحت در ضمان، مشابه معیار صحت در رهن است؛ همان‌گونه که نمی‌توان مالی را برای دینی که هنوز محقق نشده به رهن گرفت، نمی‌توان به ضمانت همان دین فرضی و معدوم پایبند شد. این همسانی در شرایط اساسی، نشان از یک اصل کلی و منطقی در حقوق اسلامی دارد: "هر تعهد یا عقد تبعی، نیازمند یک موضوع محقق و موجود است." وقتی اصل دین هنوز به وجود نیامده باشد، هیچ‌یک از این اعمال تبعی (ضمانت، رهن گذاری یا بخشش) نمی‌توانند به طور صحیح محقق شوند.

فقیهان بر این باورند که «ابراء مال لم یجب» همانند خود «مال لم یجب» صحیح نیست. بر همین اساس گفته‌اند: اگر مالک، غاصب را از مال غصب‌شده ابراء کند، در حالی که آن مال هنوز نزد غاصب موجود است و از بین نرفته، این ابراء معتبر نیست و در حکم ابراء از چیزی است که هنوز بر ذمه نیامده است (علامه حلی، ۱۲۷۳ق: ۱۶۱). دلیل این امر آن است که تا زمانی که مال مغضوب تلف نشده، غاصب موظف به بازگرداندن عین مال است و ضمانت او ناظر به ردّ خود مال است، نه مثل یا قیمت آن. تنها در صورتی که مال تلف شود، مثل یا قیمت آن بر عهده غاصب قرار می‌گیرد. بنابراین اگر مالک پیش از تلف مال، غاصب را ابراء کند، در حقیقت او را از چیزی که هنوز به ذمه‌اش تعلق نگرفته بری کرده است، زیرا ابراء به اعیان تعلق نمی‌گیرد و در این فرض، غاصب همچنان مکلف است عین مال را به صاحبش بازگرداند. اما اگر مال از بین برود و در نتیجه، ضمانت مثل یا قیمت آن بر ذمه غاصب مستقر گردد، آنگاه مالک می‌تواند او را از این دین بری کند. در غیر این صورت، یعنی پیش از تلف شدن مال، ابراء نافذ نیست و غاصب همچنان مانند پیش، موظف به بازگرداندن عین مال باقی می‌ماند. با این حال، اگر مالک در همان شرایط (پیش از تلف شدن مال) مال مغضوب را نزد غاصب به عنوان ودیعه بسپارد یا آن را به وی اجاره دهد، در این صورت تعهد غاصب مبنی بر استرداد عین مال ساقط خواهد شد. این وضعیت کاملاً با ابراء متفاوت است (باقری،

در پاسخ، برخی از فقیهان و حقوقدانان بر این باورند که منشأ ایجاد دین، همان عقد جعاله است؛ یعنی به محض انشای عقد از سوی جاعل، دینی بالقوه بر ذمه او پدید می‌آید که با انجام عمل مورد جعاله، فعلیت می‌یابد. از این دیدگاه، تعهد جاعل به پرداخت مال الجعاله از لحظه انعقاد عقد، به صورت تعهد مشروط در ذمه او موجود است، نه امری که کاملاً در آینده ایجاد شود. بنابراین، ضمانت شخص ثالث نسبت به این دین می‌تواند صحیح و مؤثر تلقی گردد.

به بیان نجفی (جواهرالکلام، ص ۳۲۵) و کاتوزیان (حقوق مدنی، ص ۴۵۴)، سبب پیدایش دین در جعاله همان انشای صیغه عقد از جانب جاعل است، و از آن لحظه، ذمه او نسبت به پرداخت مال الجعاله متعهد می‌شود؛ هرچند این تعهد تا پیش از انجام کار از سوی عامل، معلق و غیرقابل مطالبه است. ناگفته نماند که گروهی از فقیهان با استدلالی متفاوت، ابراء از غاصب را حتی پیش از تلف مال صحیح می‌دانند. این دسته از فقها استدلال می‌کنند که هرچند در زمان وقوع ابراء، دین مشخصی بر ذمه غاصب مستقر نشده است، اما سبب دین (یعنی عمل غصب) به طور قطع محقق شده است. به اعتقاد ایشان، وجود همین سبب کافی است تا مورد را از مصادیق ابراء مالیم یجب خارج دانسته و در نتیجه ابراء واقع شده را صحیح بشمار آورد (عاملی، ۱۴۱۴ق: ۱۴۹).

در تبیین این دیدگاه می‌توان گفت که از منظر این فقها، آنچه موجب بطلان ابراء مالیم یجب می‌شود، عدم وجود هر گونه رابطه حقوقی سابق است. در حالی که در مورد غاصب، رابطه حقوقی ناشی از غصب از پیش برقرار شده و تنها تحقق قطعی دین مالی، منوط به تلف مال است. بنابراین، ابراء مبتنی بر این سبب محقق شده را می‌توان به عنوان اسقاط حق مستقبل (حق آینده) تفسیر کرد که به اعتقاد این گروه، عملی صحیح و نافذ است.

این دیدگاه مبتنی بر تفسیر موسع از مفهوم تبعیت است و نشان می‌دهد که در پارادایم فقهی، امکان ارائه خوانش‌های متفاوتی از نسبت بین سبب، دین و اعمال حقوقی تبعی مانند ابراء وجود دارد.

صحیح است که موضوع آن مال باشد؛ بنابراین، همان استدلالی که در بطلان ضمان ما فی الذمه بیان شده، برای اثبات بطلان رهن نسبت به مالی که هنوز بر ذمه مستقر نشده نیز کافی خواهد بود.

ثانیاً، عقد رهن در حقیقت وسیله‌ای است برای تضمین و تأمین دینی که بر ذمه شخص مستقر شده است. بنابراین، اگر رهن نسبت به مالی واقع شود که هنوز وجود نیافته یا در آینده تحقق خواهد یافت، چنین عقدی از نظر حقوقی و فقهی باطل است. در نتیجه، با پذیرفتن بطلان «ضمان ما فی الذمه»، بطلان عقد رهن نیز که بر همان مبنا استوار است، امری بدیهی خواهد بود؛ زیرا رهن بدون وجود دین فعلی معنا و اثر حقوقی ندارد. به این ترتیب، وقتی ضمان ما فی الذمه فاقد اعتبار باشد، عقد رهنی که مبتنی بر چنین ضمانی منعقد شده نیز به تبع آن بی اعتبار است. با این حال، باید توجه داشت که این دیدگاه، گرچه مورد اتفاق مشهور فقهاست، اما در عرصه فقه و حقوق، همواره محل تأمل و پرسش بوده است. اختلاف نظرهای موجود در منابع فقهی و حقوقی نشان می‌دهد که این مسئله از زوایای گوناگونی قابل بررسی است. از جمله پرسش‌های مهم در این زمینه آن است که: آیا حکم به بطلان ضمان ما فی الذمه با اصول و مبانی فقهی و تحلیل‌های حقوقی هماهنگی دارد؟ آیا این حکم صرفاً بر پایه یک مبنای نظری خاص شکل گرفته و امکان بازنگری در آن وجود ندارد؟ و آیا نمی‌توان در سیره عقلا، یعنی رویه عقلایی جامعه، نمونه‌هایی یافت که برخلاف این دیدگاه، ضمان تعهدات آینده را معتبر بدانند؟

به نظر می‌رسد برای دستیابی به پاسخی دقیق و منسجم، باید نمونه‌های گوناگون این مسئله در فقه و حقوق مورد بررسی تطبیقی قرار گیرد تا هم میزان انطباق این قاعده با مبانی فقهی و عرفی روشن شود و هم بتوان به درکی عمیق‌تر و واقع‌بینانه‌تر از فلسفه و کارکرد آن دست یافت. اگر در عقد جعاله، عامل برای اطمینان از دریافت «مال الجعاله» پیش از انجام موضوع جعاله از جاعل بخواهد که شخص ثالثی ضامن پرداخت آن شود، یا خود جاعل چنین ضمانتی را بپذیرد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین ضمانتی از مصادیق «ضمان ما فی الذمه» است و در نتیجه باطل محسوب می‌شود، یا آنکه صحیح و نافذ است؟

ضمان عهده

در صورتی که در قرارداد بیع، مشتری این احتمال را بدهد که مبیع مستحق للغير باشد یا معامله به جهتی باطل گردد، می‌تواند از بایع درخواست کند که شخص ثالثی پرداخت ثمن را ضمانت نماید. اکثر فقها - از جمله امام خمینی (خمینی، ۱۳۹۲: ۲۶)، آیت‌الله خوئی (خوئی، ۱۴۱۲: ۱۸۵) و شهید ثانی (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۱۲۳) - چنین ضمانتی را در فرض بطلان بیع صحیح دانسته و آن را مصداق ضمان مالیم می‌دانند. دلیل این امر آن است که در زمان انعقاد عقد ضمان، دین (ثمن) به طور بالفعل در ذمه مشتری وجود داشته است. این حکم اعم است از اینکه بطلان بیع ناشی از مستحق للغير بودن مبیع باشد یا فقدان یکی از شرایط صحت معامله. با این حال، اگر انحلال عقد به دلیل اقاله، اعمال خیار فسخ یا تلف مبیع پیش از قبض صورت گیرد، به جهت عدم وجود سبب دین در زمان عقد ضمان، چنین ضمانتی مصداق ضمان مالیم می‌باشد و باطل خواهد بود. ماده ۶۹۷ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «ضمان عهده از مشتری با بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است.» گرچه این ماده صراحتاً تنها به فرض استحقاق للغير اشاره کرده، اما به نظر می‌رسد حکم مذکور محدود به این مورد نبوده و کلیه موارد بطلان معامله را در بر می‌گیرد. این تفسیر گسترده با مبانی فقهی مطابقت داشته و منطبق حقوقی ایجاب می‌کند که ضمان عهده در همه انواع معاملات باطل - صرف نظر از سبب بطلان - قابل اعمال باشد.

ضمان عهده نفقات آتیه زوجه

در خصوص نفقه گذشته و حال زن، این امر مسلم است که این دین به عهده مرد بوده و وی متعهد و مدیون به پرداخت آن می‌باشد. با این حال مسئله اختلاف برانگیز مربوط به نفقه آینده زن است که آیا شخص ثالث می‌تواند به نفع زن و از طرف شوهر، تعهد پرداخت این نفقه آینده را ضمانت نماید؟

پاسخ به این پرسش در گرو تحلیل دقیق ماهیت حقوقی این تعهد است. چنانچه بتوان توجیه حقوقی متقنی برای خروج این مورد از مصادیق ضمان مالیم یجب ارائه نمود، می‌توان به صحت چنین ضمانتی حکم داد. در غیر این صورت، ضمانت از نفقه آینده زن، مصداق بارز ضمان مالیم یجب تلقی شده و محکوم به بطلان خواهد بود.

برخی فقها با استناد به اینکه نفقه آینده، تعهدی مستمر و الزامی است که به محض فرا رسیدن زمان آن، به صورت قهری در ذمه شوهر مستقر می‌گردد، چنین ضمانتی را صحیح می‌دانند. در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند تا زمانی که موعد نفقه فرا نرسیده، دینی در کار نیست و بنابراین ضمانت از آن باطل است. راه حل میانه این است که این تعهد به عنوان یک التزام جدید و مستقل توسط ضامن تلقی گردد، نه ضمانت از دین موجود.

در مسئله ضمانت نفقه آینده زن، آرای فقها و حقوقدانان از تنوع و اختلاف نظر برخوردار است. از یک سو، گروهی از فقها با استناد به این اصل که وجوب نفقه منوط به تمکین فعلی زوجه است، چنین استدلال می‌کنند که تا زمانی که تمکین محقق نشده، هیچ دینی در ذمه شوهر ثابت نیست تا بتوان موضوع ضمان قرار گیرد. این دیدگاه که در آثار صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۷: ۳۲۷) انعکاس یافته، ضمانت نفقه آینده را به دلیل عدم تحقق موضوع دین در زمان عقد ضمان، باطل می‌دانند.

در میانه این طیف، گروه دیگری از فقها با احتیاط بیشتری برخورد کرده‌اند. هرچند این دسته به صراحت حکم به بطلان نداده‌اند، اما صحت چنین ضمانتی را خالی از اشکال نمی‌دانند. آیت‌الله خوئی (خوئی، ۱۴۱۲: ۱۸۵) از جمله کسانی است که این رویکرد محتاطانه را برگزیده است. در مقابل، برخی دیگر مانند صاحب عروه (یزدی، ۱۴۱۰: ۶۰۳) با وجود عدم تصریح به صحت، آن را بعید نمی‌دانند.

اما در سوی دیگر جمعی از حقوقدانان با استدلالی متفاوت، به صحت چنین ضمانتی رأی داده‌اند. دکتر کاتوزیان به عنوان نماینده این دیدگاه معتقد است: با توجه به وجود سبب دین (یعنی عقد نکاح) در زمان انعقاد ضمان، ضمانت از نفقه آینده مصداق ضمان مالیم یجب نبوده و صحیح

ضمان را صحیح می‌دانند که توسط خود بایع صورت پذیرد، نه شخص ثالث (شهادتانی، ۱۴۱۳ق: ۱۲۴). این اختلاف آراء، نشان‌دهنده حساسیت و پیچیدگی تطبیق قواعد سنتی ضمان بر مصادیق نوپدید حقوقی است و نیازمند بازخوانی و دقت بیشتر در مبانی فقهی این نهاد حقوقی می‌باشد.

ضمان عهده جعل

مسئله ضمانت از مال الجعالة پیش از انجام عمل مورد جعالة، از مباحث چالش‌برانگیز در فقه و حقوق است که در خصوص صحت یا بطلان آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقها و حقوقدانان با استدلال به اینکه به محض انعقاد عقد جعالة، دین مال الجعالة در ذمه جاعل ثابت می‌شود، قائل به صحت چنین ضمانتی هستند. از نظر ایشان، عقد جعالة به خودی خود سبب تام برای ثبوت دین محسوب می‌گردد. بر این اساس، ضمانت از مال الجعالة حتی پیش از انجام عمل توسط عامل صحیح است و عامل می‌تواند برای اطمینان از دریافت اجرت، از جاعل درخواست ارائه ضامن نماید. این دیدگاه مورد تأیید صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۷ق: ۳۲۵) و دکتر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۵۴) قرار گرفته است.

در مقابل، گروه دیگری از فقها بر این باورند که تا پیش از انجام عمل توسط عامل، هیچ دینی در ذمه جاعل ثابت نشده است. به اعتقاد ایشان، عقد جعالة به تنهایی سبب تام برای ثبوت دین نیست، بلکه تنها بخشی از سبب محسوب می‌شود. سبب کامل، مجموعه‌ای است از انعقاد عقد جعالة به همراه انجام عمل توسط عامل. بنابراین، ضمانت از مال الجعالة پیش از اتمام عمل، مصداق ضمان مالیم یجب بوده و باطل است. این دیدگاه مورد تأکید محقق اردبیلی (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲ق: ۲۹۲) قرار گرفته است.

این اختلاف نظر نشأت گرفته از تفاوت در تحلیل ماهیت حقوقی عقد جعالة و زمان ثبوت دین ناشی از آن است. در حالی که برخی عقد جعالة را سبب مستقیم ثبوت دین می‌دانند، گروهی دیگر انجام عمل را شرط لازم برای تحقق دین قلمداد می‌کنند. این تفاوت دیدگاه در استنباط شرایط تحقق ضمان صحیح، منجر به آرای متفاوتی در مسئله شده که هر

است. بر این اساس، همان‌گونه که ضمان نفقه آینده صحیح است، گرفتن رهن برای تضمین وصول آن نیز جایز خواهد بود و زن می‌تواند برای اطمینان از دریافت نفقه آینده، از شوهر وثیقه بگیرد (ص ۴۵۴). این اختلاف آراء، در واقع ناشی از تفاوت در تحلیل زمانی تحقق دین و تفسیر گستره شمول قاعده ضمان مالیم یجب است.

ضمان عهده بنا و مغروسات

یکی از چالش‌برانگیزترین مباحث در حقوق اسلامی، مسئله ضمانت خسارات آتی ناشی از مستحق للغير درآمدن مال است. به طور مشخص، هنگامی که شخص ثالث متعهد شود در صورت استحقاقی بودن مال، کلیه خسارات ناشی از تخریب ساختمان و درخت‌هایی که مشتری در زمین خریداری شده احداث کرده است را پرداخت نماید، آیا چنین تعهدی مصداق ضمان مالیم یجب است و باطل می‌باشد؟ یا ضمانتی صحیح محسوب می‌شود؟

در تحلیل این مسئله، دیدگاه‌های فقهی به دو دسته تقسیم گردیده‌اند. از یک سو، برخی فقها همچون شهید ثانی (ج ۴، ص ۱۲۴) با استناد به وجود سبب دین از زمان انعقاد عقد، چنین ضمانتی را صحیح دانسته و آن را خارج از مصادیق ضمان مالیم یجب قلمداد نموده‌اند. در این دیدگاه، وجود سبب دین در زمان عقد ضمان برای صحت آن کافی تلقی شده است.

در مقابل، مشهور فقهای امامیه از جمله صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۷ق: ۹۳۳) با این استدلال که سبب دین پس از عقد ضمان محقق می‌گردد، چنین ضمانتی را باطل می‌دانند. به اعتقاد ایشان، از آنجا که دین مورد ضمانت خسارات تخریب پس از عقد ضمان به وجود می‌آید، التزام به پرداخت آن فاقد موضوع بوده و مصداق بارز ضمان مالیم یجب است. این دیدگاه با توجه به اینکه مشتری تنها پس از وقوع تخریب استحقاق دریافت ارش را پیدا می‌کند، تأیید می‌گردد.

در میانه این دو دیدگاه، گروهی از فقها همچون آیت‌الله خوئی (خوئی، ۱۴۱۲ق: ۱۸۵) با احتیاط اعلام نموده‌اند که چنین ضمانتی خالی از اشکال نیست. شایان ذکر است که برخی دیگر از فقها نیز تنها در صورتی

تأمل است. این دسته از اندیشمندان، با وجود بررسی دقیق استدلال‌های طرفین بحث، نه نظریه گروه اول را می‌پذیرند و نه دیدگاه گروه دوم را قانع‌کننده می‌دانند. این عده که قائل به تردید در مسئله هستند، عمدتاً از اظهار نظر قطعی و صریح در این خصوص خودداری ورزیده‌اند. از جمله این محققان می‌توان به محقق حلی در کتاب "شرایع الاسلام" اشاره نمود که در جلد دوم، صفحه ۹۹ اثر خود، با احتیاط علمی به این مسئله پرداخته و از اتخاذ موضعی شفاف در این زمینه پرهیز کرده است.

این تردید فقهی نشان‌دهنده پیچیدگی مسئله و وجود ابهامات جدی در تطبیق قواعد عام ضمان بر مصادیق خاصی مانند جعالة است. چنین رویکرد محتاطانه‌ای از سوی برخی فقهای برجسته، بر غنای علمی این بحث افزوده و فضایی برای پژوهش‌های مهم در این زمینه گشوده است.

ضمان عهده ارش

در صورتی که پس از انعقاد عقد بیع، مشخص گردد بیع در زمان معامله دارای عیب پنهانی بوده است، مشتری مطابق مقررات از دو حق برخوردار می‌باشد: اول، حق فسخ معامله و استرداد کامل ثمن؛ دوم، حق ابقای معامله و مطالبه ارش از بایع. در این زمینه، پرسش اساسی آن است که آیا شخص ثالث می‌تواند در زمان انعقاد عقد بیع، پرداخت ارش را از جانب بایع و به نفع مشتری ضمانت نماید؟

در پاسخ به این پرسش، دیدگاه‌های فقهی به دو دسته تقسیم شده‌اند. گروهی از فقها، از جمله آیت‌الله حکیم (حکیم طباطبائی، ۱۳۹۰: ۳۵۳)، با استدلال به اینکه سبب دین در زمان عقد بیع موجود بوده است، چنین ضمانتی را صحیح می‌دانند. به اعتقاد ایشان، کشف عیب پس از عقد، تنها موجب آشکار شدن وضعیتی می‌گردد که از ابتدا وجود داشته است. در این نگاه، بایع از زمان انعقاد عقد به طور بالقوه مدیون بوده و بنابراین ضمانت از این تعهد، کاملاً صحیح و معتبر است.

در مقابل، مشهور فقها از جمله شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۲۵) این نوع ضمانت را مصداق ضمان مالیم یجب و در نتیجه باطل می‌دانند. استدلال ایشان مبتنی بر این اصل است که آنچه در زمان عقد بیع وجود

یک دارای مبانی استدلالی محکمی در متون فقهی می‌باشند و در نظام حقوقی ایران نیز هر دو دیدگاه طرفدارانی دارد. با این حال، گروه سومی از فقیهان با استدلالی متفاوت، ضمان از مال الجعالة را صحیح می‌دانند. این گروه نه بر مبنای ثبوت اولیه دین در ذمه جاعل و نه بر اساس ثبوت شرطی دین، بلکه با وجود اینکه ظاهراً ثبوت دین فقط منوط به انجام عمل است، به صحت چنین ضمانتی حکم می‌دهند.

مبانی استدلال این گروه عبارت است از:

اولاً: استناد به آیه شریفه «وَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ فَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (سوره یوسف، آیه ۷۲) که در آن واژه «زعیم» به معنای ضامن به کار رفته است. این آیه به صراحت به ضمانت برای امر آینده اشاره دارد و به عنوان دلیل جواز چنین ضمانتی مورد استناد قرار می‌گیرد.

ثانیاً: قائلان به این نظر معتقدند که وجود مقتضی برای ثبوت دین در ذمه جاعل، برای تصحیح ضمان کافی است، حتی اگر خود دین هنوز به طور قطعی محقق نشده باشد.

ثالثاً: این گروه شرط «ثبوت فعلی دین» را برای صحت ضمان لازم نمی‌دانند و با نفی این شرط، دایره شمول ضمان را گسترده‌تر تفسیر می‌کنند. (یزدی، ۱۴۱۰: ۶۰۴-۶۰۵)

بر این اساس، این دسته از فقها معتقدند گرچه دین ناشی از جعالة تنها پس از انجام عمل به طور قطعی در ذمه جاعل مستقر می‌شود، اما همین که سبب دین (یعنی عقد جعالة) محقق شده باشد، برای صحت ضمان از مال الجعالة کفایت می‌کند. این دیدگاه با تمسک به ادله قرآنی و با نگاهی فراتر از ظاهر شرایط عامه ضمان، سعی در توسعه قلمرو اعتبار ضمان و پاسخگویی به نیازهای اجتماعی دارد.

آرای ارائه‌شده نمایانگر آن است که در مسئله ضمان از مال الجعالة، دیدگاه‌های فقهی متفاوتی شکل گرفته است. جمعی از فقها این نوع ضمان را مصداق "ضمان مالیم یجب" دانسته و آن را باطل شمرده‌اند، در حالی که گروهی دیگر با استنباط متفاوتی، دین ناشی از جعالة را در ذمه ثابت تلقی کرده و به صحت چنین ضمانتی حکم داده‌اند.

در این میان، رویکرد سومی نیز از سوی برخی فقها اتخاذ شده که در خور

ابتدا به نقد و بررسی دو دلیل اصلی ارائه شده در رد صحت ضمان مالم یجب می پردازیم:

۱. نقد استدلال تبعی بودن عقد ضمان: وصف تبعی برای عقد ضمان، بیشتر از باب غلبه مصادیق است، چرا که در اکثر موارد ضمانت مربوط به دیون موجود و فعلی می باشد. این امر به خودی خود دلیلی بر عدم امکان ضمانت تعهدات آتی نیست. وقتی ضامن دین فعلی را تضمین می کند، تعهد او نیز فوری و حال است، اما در مواردی که ضمانت مربوط به دین آتی می شود، ماهیت تعهد ضامن نیز آینده نگر خواهد بود. در این حالت، ذمه ی ضامن متوجه تعهداتی است که در آینده بر عهده مضمون عنه قرار خواهد گرفت. به عبارت دیگر، ضامن متعهد می شود که هر آنچه در آینده به عنوان دین بر ذمه مضمون عنه مستقر گردد، وی پرداخت خواهد نمود. این شکل از تعهد به خودی خود می تواند موضوع یک عقد ضمان قرار گیرد.

۲. نقد استدلال تعلیقی بودن ضمان. اگر گفته شود چنین ضمانی متضمن تعلیق است و تعلیق موجب بطلان عقد می شود، در پاسخ باید گفت: اولاً، خود اصل بطلان تعلیق نیاز به اثبات دارد و در میان فقها مورد اختلاف نظر است. برخی از حقوقدانان مانند دکتر گرجی (گرجی، ۱۳۷۲: ۳۱) به صراحت وجود دلیلی محکم بر بطلان مطلق تعلیق را رد کرده اند.

ثانیاً، حتی اگر بطلان تعلیق را بپذیریم، این نوع ضمانت مشمول تعلیق باطل نخواهد بود. تعلیق نمایانگر آن است که تحقق اثر عقد، منوط به امری خارجی شود، در حالی که در ضمانت تعهدات آتی، اثر عقد به طور مستقیم و بی درنگ ایجاد می شود؛ تنها موضوع تعهد است که در آینده محقق خواهد شد. به بیان دیگر، این نوع ضمانت را می توان به عنوان "تعهد به تضمین تعهدات آتی" تحلیل نمود، نه "تعهد معلق". در این تحلیل، عقد ضمان به طور قطعی منعقد می شود، اما دایره شمول تعهد ضامن، تعهداتی را در بر می گیرد که در آینده برای مضمون عنه ایجاد خواهد شد. این دیدگاه با توجه به نیازهای تجاری نوین و توسعه روابط اقتصادی، می تواند مورد پذیرش قرار گیرد.

استناد به اجماع نیز نمی تواند دلیل قاطعی بر بطلان ضمان مالم یجب ارائه دهد. این ادعا از دو جهت قابل خدشه است:

دارد، صرفاً "اختیار" فسخ یا مطالبه ارش برای مشتری است، بدون آنکه میزان ارش تعیین شده باشد. تعیین دقیق مبلغ ارش منوط به انتخاب گزینه مطالبه ارش توسط مشتری است که پس از عقد بیع و کشف عیب صورت می پذیرد. بنابراین، از آنجا که موضوع ضمان (مبلغ ارش) در زمان انعقاد عقد ضمان هنوز تعیین نشده و محقق نگردیده است، چنین ضمانی باطل محسوب می گردد.

این اختلاف نظر، ناشی از تفاوت در تفسیر زمان تحقق دین و ماهیت حقوقی ارش است و نشان دهنده پیچیدگی های تطبیق قواعد کلاسیک فقهی بر مصادیق عملی می باشد. از رهگذر بررسی تطبیقی نمونه های پیش گفته، دست کم دو نکته بنیادین به دست می آید:

نخست آنکه تنها در یک مورد خاص - یعنی ضمان عهده - میان صاحب نظران حقوق اسلامی اتفاق نظر وجود دارد، و در سایر موارد، دامنۀ اختلاف نظرها به حدی گسترده است که نمی توان به سادگی از کنار آن گذشت و آرای مخالف را با تکیه بر فرضیه بطلان ضمان مالم یجب توجیه نمود.

دوم آنکه به نظر می رسد برخی از حقوقدانان و فقها، حکم به بطلان ضمان مالم یجب را با وجدان حقوقی و درک مدرن از تعهدات سازگار نمی بینند. از این رو، با وجود پذیرش ظاهری این قاعده در تئوری، در مقام عمل با ارائه تأویل ها و توجیهات گسترده، عملاً زمینه را برای انطباق موارد مختلف با شرایط صحت ضمان فراهم می کنند؛ تا جایی که تقریباً هیچ مصداق عینی برای ضمان مالم یجب باقی نمی ماند. این رویکرد، در تقابل با دیدگاه گروه دیگری قرار دارد که با اتکا به نص قاعده و بی نیازی از چنین توجیهاتی، در اکثر موارد به بطلان چنین ضمان هایی رأی می دهند.

با توجه به این شکاف نظری و عملی، شایسته است که نظریه بطلان ضمان مالم یجب مورد نقد و بازخوانی عمیق تری قرار گیرد. این بازخوانی باید از سویی به نقد و تحلیل ادله بطلان بپردازد و از سوی دیگر، مبانی نظری و عملی صحت چنین ضمان هایی را تبیین نماید. دستیابی به چنین تحلیل متوازنی می تواند گامی در جهت کاهش اختلاف نظرهای دامنۀ دار و تدوین چارچوبی منسجم برای این مسئله پیچیده حقوقی باشد.

غرری نیز باطل است، در پاسخ باید گفت:

اولاً، حتی اگر بطلان معامله غرری را بپذیریم، مسلماً مقصود از غرر، آن میزان از ریسک و ابهام است که عقلای جامعه از ورود به آن خودداری می‌کنند. در حالی که در مورد ضمان دیون آینده، این تعهدات به حدی در روابط تجاری رایج و متداول است که هیچ عاقلی از آن احتراز نمی‌کند. ثانیاً، همین سیره مستمر و روش عقلایی - که شارع مقدس نیز هیچ‌گاه آن را نهی نکرده است - به خودی خود تأییدی محکم بر صحت ضمان مالیم موجب محسوب می‌شود. این بنای عقلانی که با سکوت شارع همراه شده، حجیتی استوار برای این نوع از تعهدات به شمار می‌آید.

۲. عمومات و اطلاعات گسترده‌ای در ادله شرعی وجود دارد که بر صحت کلیه تعهدات و قراردادهای دلالت دارد. آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و نیز روایات معتبری مانند «المؤمنون عند شروطهم» و «الزعم غارم» به گونه‌ای عام و فراگیر بیان شده‌اند که همه انواع تعهدات از جمله تعهد به دیون آینده را در بر می‌گیرند. با توجه به آنچه در نقد ادعای اجماع گفته شد، روشن می‌گردد که این ادله شرعی هیچ تخصیصی نداشته و بر عمومیت خود باقی هستند. تعبیر «العقود» در آیه شریفه «أوفوا بالعقود» به صورت جمع محلی به الف و لام آمده و بر همه پیمان‌ها و قراردادهای اطلاق می‌شود. این ادعا که الف و لام در «العقود» برای عهد بوده و تنها عقود رایج در زمان نزول آیه را شامل می‌شود، تفسیری است مخالف ظاهر آیه و فاقد پشتوانه استدلالی قابل اعتنا. چنین تفسیر محدودکننده‌ای با روح کلی شریعت که بر حفظ حقوق مردم و اجرای عدالت تأکید دارد، در تعارض است. بنابراین، با استناد به این عمومات و اطلاعات، می‌توان ضمان تعهدات آینده را نیز مشمول این ادله کلی دانست و به صحت آن حکم نمود.

۳. در نظام حقوق اسلام، نهاد شناخته‌شده‌ای به نام «ضمان جریره» وجود دارد که بر پایه آن، شخص به صورت پیشاپیش مسئولیت جرمی را که دیگری در آینده ممکن است مرتکب شود و مستلزم پرداخت دیه باشد، بر عهده می‌گیرد؛ مشروط بر آنکه از مجرم ارث ببرد. در این نوع ضمان، شخص متعهد می‌شود دینی را بپردازد که نه تنها در زمان انعقاد عقد

نخست آنکه، تحقق اجماع واقعی در چنین مسائل پیچیده و مورد اختلافی، به دشواری امکان‌پذیر است. با بررسی دقیق آرای فقها می‌توان ادعا کرد که دستیابی به اجماعی قطعی در این زمینه عملاً غیرممکن به نظر می‌رسد.

دوم آنکه، حتی در فرض تحقق چنین اجماعی، این اجماع قادر نیست بر عمومات و اطلاعات دلایل شرعی که مؤید صحت ضمان مالیم می‌باشند، تخصیص زند. به عبارت دیگر، اجماع نمی‌تواند جایگزین استدلال مستقیم از منابع اولیه فقهی گردد.

شاید به همین ملاحظات است که برخی از صاحب‌نظران برجسته فقهی به صراحت اعلام می‌دارند که هیچ نص صریحی از کتاب و سنت و هیچ اجماع قطعی‌ای بر بطلان ضمان مالیم موجب وجود ندارد. این واقعیت که فقها در برخورد با مصادیق مختلف، گاه به صحت و گاه به بطلان چنین ضمان‌هایی حکم داده‌اند (یزدی، ۱۴۱۰ق: ۶۰۵)، خود گواه روشنی بر عدم تحقق اجماع در این مسئله است. این اختلاف نظر ذاتی میان فقها، ادعای وجود اجماع را با تردید جدی مواجه می‌سازد.

در تکمیل مباحث پیشین، لازم به ذکر است که دلایل متقنی نیز بر صحت "ضمان مالیم یجب" وجود دارد که می‌تواند مورد استناد قرار گیرد:

۱. سیره عقلایی و بنای مستمر عقلاً بدون تردید، رویه جاری در معاملات و بنای مستمر عقلای جامعه نه تنها ضمان مالیم یجب را باطل نمی‌شمارد، بلکه در دنیای معاصر، تقریباً در اکثر قراردادهای و توافقات تجاری، طرفین معامله یا یکی از آنها، متعهد به پرداخت دیون آینده می‌شوند، بدون آنکه کوچک‌ترین تردیدی در صحت این تعهدات داشته باشند. این رویکرد عملی در جوامع بشری، خود گواه روشنی بر مقبولیت و اعتبار چنین ضمان‌هایی نزد عقلاست. برخی از فقیهان قائل به نظریه "ضم" نیز به این دلیل استناد جسته و تصریح کرده‌اند: «ثمن معامله‌ای که در آینده انجام خواهد شد و نیز مالی که قرار است به عنوان قرض دریافت گردد، قابلیت ضمانت را دارا می‌باشد، زیرا این امری است مورد نیاز جامعه و مردم ناگزیر از انجام آن هستند» (شرینی، ۱۴۱۷ق: ۲۰۱).

اگر ادعا شود که چنین معاملاتی مصادق معاملات غرری هستند و معامله

کاملی در ذمه مستأجر یا اجیر ثابت نشده است، چرا که منافع به تدریج و در آینده محقق خواهند شد. این مسئله نشان می‌دهد که حتی در نزد فقهای مخالف ضمان مالم یجب، مواردی از تعهدات آینده قابل ضمانت شمرده شده‌اند.

بدون تردید، حکم به صحت چنین ضمان‌هایی مبتنی بر اعتبار تعهدات آتی مستأجر است. این مسئله موجب شده است که برخی از فقهای برجسته، شرط «ثبوت دین در ذمه مضمون عنه» را در تعارض با فروع متعدد مطرح شده در مباحث ضمان بدانند (یزدی، ۱۴۱۰ق: ۵۸۹). در مواجهه با این تعارض، دو راه حل قابل تصور است: یا باید این موارد را استثنایی بر قاعده کلی تلقی کرد، یا باید پذیرفت که شرط مذکور صرفاً بیانگر وضعیت متعارف و غالب عقد ضمان است، نه آنکه شرط صحت آن محسوب شود (حکیم طباطبائی، ۱۳۹۰ق: ۲۶۴). به بیان دیگر، قید ثبوت دین در ذمه، وصفی توضیحی است و نه احترازی.

نتیجه آنکه، واکاوی ادله استنادی فقها در رد ضمان مالم یجب و نقد آنها با توجه به نمونه‌های عینی مذکور، این دیدگاه را تقویت می‌کند که ضمان مالم یجب می‌تواند از اعتبار شرعی برخوردار باشد. پذیرش این نظریه، افزون بر کاهش تناقض‌های موجود در آراء و نظریات فقهی، موجب می‌شود تا بسیاری از قراردادهای نوین مانند «بیمه» که حقوقدانان مسلمان به دلیل چالش بطلان ضمان مالم یجب ناچار به توجیه آن در قالب عقود نامعین شده‌اند به سهولت در چارچوب عقد ضمان جای گیرد. طبیعتاً به تبع پذیرش صحت ضمان مالم یجب، نهادهای حقوقی هم‌خانواده آن مانند «ابراء مالم یجب» و «رهن بستن برای دین آینده» نیز معتبر شناخته خواهند شد. این تحول نظری، نه تنها تسهیلات گسترده‌ای در حوزه معاملات به وجود خواهد آورد، بلکه موجب حذف تشریفات صوری و زائد موجود در نظام بانکی که عمدتاً به منظور فرار از چالش‌های ناشی از بطلان ضمان مالم یجب ایجاد شده‌اند خواهد گردید.

نتیجه‌گیری

این جستار مفصل، با پیمودن مسیری از بن‌مایه‌های نظری قاعده‌ی مشهور

وجود خارجی ندارد، بلکه حتی سبب آن نیز هنوز محقق نشده و چه بسا ممکن است هرگز به وقوع نپیوندد. با این وجود، قاطبه فقهای اسلام - با وجود همه این ملاحظات - این نوع ضمان را کاملاً صحیح و معتبر می‌دانند. این اجماع فقهی گواهی روشن و متقن بر امکان پذیرش "ضمان مالم یجب" در چارچوب حقوق اسلامی است. چرا که اگر شریعت اسلام، ضمان جریره را با همه ویژگی‌های خاص آن می‌پذیرد، به طریق اولی می‌توان ضمان تعهدات مالی آینده را که احتمال تحقق آنها به مراتب بیشتر است نیز صحیح شمرد.

این مقایسه نشان می‌دهد که معیار اصلی در صحت چنین تعهداتی، قصد جدی متعاقدين و مشروعیت موضوع تعهد است، نه صرفاً وجود عینی دین در زمان انعقاد عقد. بنابراین، ضمان مالم یجب را می‌توان بر همین اساس توجیه و تبیین نمود.

۴. در میان فقهای اسلامی، دیدگاه‌های متفاوتی درباره «ضمان اعیان مضمونه» وجود دارد. گروهی از فقها همچون محقق اردبیلی (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲ق: ۲۹۳) ضمان اعیان مضمونه مانند ضمانت مثل یا قیمت مال غصب‌شده توسط شخص ثالث را صحیح می‌دانند، با این که در زمان عقد ضمان، عین مال موجود است و ذمه غاصل هنوز به پرداخت مثل یا قیمت مشغول نشده است.

در مقابل، جمعی دیگر از فقها مانند امام خمینی (خمینی، ۱۳۹۲: ۲۶) این نوع ضمان را مصداق ضمان مالم یجب دانسته و به بطلان آن حکم داده‌اند. با این حال، همین اختلاف نظر میان فقها خود نشانه آن است که قول به صحت ضمان اعیان مضمونه - هرچند از سوی گروهی از فقها - می‌تواند مؤیدی برای صحت ضمان مالم یجب باشد.

نکته قابل تأمل این که همان فقهایی که ضمان اعیان مضمونه را صحیح نمی‌دانند، به صحت ضمان از منافع و عمل اجیر حکم کرده‌اند (امام خمینی، ۱۳۹۲: ۲۵). برای مثال، در عقد اجاره شخص ثالث می‌تواند اجاره‌بهایی را که مستأجر متعهد به پرداخت آن است ضمانت کند، یا عملی را که اجیر ملتزم به انجام آن است بر عهده گیرد.

در همه این موارد باید توجه داشت که در زمان عقد ضمان، هنوز دین

ناموجه می‌نماید. وجود ضمان جریره نیز به عنوان دلیلی درونی از متون فقهی، راه هرگونه استدلال بر استحاله‌ی چنین تعهداتی را می‌بندد.

چهارم، تحلیل حقوقی پیشنهادی مبنی بر تعریف «ضمان» به عنوان عقدی با موضوع «تعهد مستقیم ضامن» که می‌تواند معطوف به دین موجود یا آینده باشد، چارچوبی انعطاف‌پذیر، واضح و قدرتمند ارائه می‌دهد. در این چارچوب، موضوع عقد (تعهد ضامن) همیشه حاضر و معلوم است و تنها تحقق شرطی که موضوع آن تعهد را فعال می‌سازد (وقوع دین آتی) به آینده وابسته است. این دقیقاً منطق حاکم بر همه‌ی قراردادهای بیمه‌ای، تضمین‌نامه‌ای و شرطی در دنیاست. این تحلیل، ابهامی تاریخی را زدوده و پیوندی طبیعی و مستقیم بین فقه و نظام‌های مالی مدرن برقرار می‌سازد.

پیامدهای پذیرش این دیدگاه می‌تواند برای نظام تقنینی کشورهایی مانند ایران دگرگون‌کننده باشد. بعنوان مثال می‌تواند به بازنگری در ماده ۶۹۱ قانون مدنی یا دست‌کم تفسیری هدفمند و توسعه‌خواهانه از آن بینجامد. به گونه‌ای که بطلان را ناظر به ضمان به مفهوم خاص نقل ذمه‌ی دین موجود بدانیم و در کنار آن، صحت «عقد تضمین» یا «ضمان تعهد» نسبت به دیون آینده را به رسمیت بشناسیم. برای نظام بانکی و اقتصادی، حذف لایه‌های پیچیده‌ی قراردادی را در پی خواهد داشت. بسیاری از ضمانت‌نامه‌های بانکی که امروز در قالب‌های پیچیده‌ی «تعهد به انعقاد ضمان آینده» یا «صلح» صادر می‌شوند، می‌توانند در قالب ساده و شفاف همان «عقد ضمان» (با موضوع تعهد به پرداخت آینده) ارائه شوند. این امر کارایی، سرعت و شفافیت را به شدت افزایش داده و هزینه‌های مبادله را کاهش می‌دهد. برای دانش فقه و اجتهاد، این حرکت نمونه‌ای درخشان از پویایی اجتهاد خواهد بود که نشان می‌دهد چگونه می‌توان با وفاداری به اصول و منابع، پاسخی نو به مسئله‌ای کهن داد. این، احیای روح زنده و زمان‌آگاه فقه در مقابل صورت‌های خشک و تاریخ‌گذشته آن است.

بطلان ضمان مالم يجب تا ژرفای اختلاف‌نظرهای عملی در تطبیق آن، و سپس ارائه‌ی نقدی ساختاری و پیشنهاد بدیلی منطقی، به نقطه‌ای رسید که اکنون می‌توان با وضوح بیشتری نتایج نهایی را صورت بندی کرد و افق‌های پیش رو را ترسیم نمود.

نخستین و شاید مهم‌ترین دستاورد این پژوهش، به چالش کشیدن قطعیت به ظاهر تزلزل‌ناپذیر قاعده‌ی بطلان بود. روشن شد که استدلال مبتنی بر تبعیت ذاتی، بیش از آنکه کشف یک حقیقت تعبدی مطلق باشد، توصیفی تاریخی و عرفی از الگوی غالبی است که در بستر اقتصادی خاصی شکل گرفته است. حقوق، به عنوان دانش تنظیم‌گر روابط انسانی، نمی‌تواند در چارچوب چنین توصیفاتی منجمد بماند. همچنین، ادعای اجماع، در پرتو انعکاس آرا و فتاوی متون فقه در صدها سال گذشته، رنگ باخته و نمی‌تواند به عنوان مانعی در برابر بازاندیشی قرار گیرد.

دوم، واکاوی مصادیق اختلاف‌برانگیز به وضوح نشان داد که قاعده‌ی موجود، از کفایت لازم برای هدایت نظام حقوقی در مواجهه با پدیده‌های نوظهور برخوردار نیست. هنگامی که در مسئله‌ای مانند «ضمان عهده» اتفاق نظر بر صحت است، اما در مواردی با ساختار حقوقی مشابه مانند برخی مصادیق ضمان درک یا ارش، اختلاف نظر شدید وجود دارد، این نشان‌دهنده‌ی نارسایی قاعده در ایجاد انسجام قضایی است. این ناهماهنگی عملی، فریاد بلندی برای بازسازی نظری است.

سوم، وزن ادله‌ی طرفداران صحت، در ترازوی نقد عقلانی و عملی، سنگین‌تر به نظر می‌رسد. این ادله، ریشه در مقاصد کلان شریعت (حفظ مال، اجرای عدالت، وفای به عهد) و واقعیت‌های جاری زندگی بشر دارند. سیره‌ی عقلایی که در هیأت نظام‌های مالی پیچیده‌ی امروز متجلی شده، دیگر یک رسم فرعی نیست؛ زبان جهانی تجارت و مبادله است. نادیده گرفتن این زبان، به معنای حاشیه‌نشینی حقوق اسلامی در تنظیم مهم‌ترین عرصه‌ی زندگی اجتماعی است. همچنین، عمومات نصوص شرعی چنان گسترده و قاطع هستند که تخصیص آنها بدون دلیل صریح،

منابع

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۰ق). العروة الوثقی، قم: انتشارات دارالتفسیر.

عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۴ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، بیروت: مؤسسه المفید

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۲۷۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، تهران:

فیومی، احمد بن محمد بن علی (۱۴۱۱ق). المصباح المنیر، بیروت: دار الفکر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر دادگستر.

گرچی، ابوالقاسم (۱۳۷۲). مقالات حقوقی، تهران.

محقق اردبیلی، احمد بن محمد بن محمد (۱۴۱۲ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: انتشارات دارالفکر.

محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین (۱۴۰۹ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، بیروت: دار الاضواء.

نجفی اصفهانی، محمد حسن (۱۴۰۷ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن قدمه، ابو محمد عبدالله بن احمد المغنی (۱۴۰۵ق). فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، بیروت: دارالکتب العلمیه.

الخطیب شربینی، محمد مغنی (۱۴۱۷ق). المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر.

الزحیلی، وهبه (۲۰۰۴م). الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت: مؤسسه الرساله

حکیم طباطبائی، سید محسن (۱۳۹۰ق). مستمسک العروه الوثقی، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

خمینی، سید روح الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). منهاج الصالحین، بیروت: دارالبلاغه.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، بیروت: دار العالم الاسلامی.