

# Journal of Islamic Law Research

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

Challenging the Exclusivity of Guarantee (*Damān*)  
as Contract or Unilateral Act (*Iqa'*)  
in Shia Islamic Jurisprudence

Authors: Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masouleh |  
Mojtaba Ahmadi Lachegorabi

Stable URL: <https://doi.org/10.30497/law.2025.248000.3737>

انحصارزدایی از عقد یا ایقاع بودن ضمان در فقه امامیه

نویسندگان: سیدعلی جبار گلباگی ماسوله | مجتبی احمدی لچه‌گورابی

پیوند دائمی: <https://doi.org/10.30497/law.2025.248000.3737>

Copyright 2026 The Author(s).

Published by *Imam Sadiq University*, Tehran, Iran.

This work is fully Open Access under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license, allowing non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and not modified. *Islamic Law Research* strictly follows the ethical guidelines of the Committee on Publication Ethics (COPE), which all readers, authors, reviewers, and editors are expected to observe and uphold.



## Challenging the Exclusivity of Guarantee (*Ḍamān*) as Contract or Unilateral Act (*Iqā'*) in Shia Islamic Jurisprudence

Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masouleh · Assistant Professor, Department of Jurisprudence  
and Law, Faculty of Humanities, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran.  
(Corresponding Author) saj.golbaghi@iau.ac.ir

Mojtaba Ahmadi Lachegorabi · MA in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law,  
Department of Humanities, Behshahr Branch, Payame Noor University, Behshahr, Iran.  
mojtabaahmadi.a12@gmail.com

### Abstract

**Context & Objective:** In Shia Islamic jurisprudence, legal acts are traditionally classified strictly as either contracts (*‘aqd*) or unilateral acts (*iqā'*), each possessing distinct legal implications. However, categorizing certain acts within this binary classification remains contentious among scholars. Guarantee (*ḍamān*) exemplifies such ambiguity, as Shia jurists are divided regarding whether it must strictly constitute a contract or can also be recognized as a unilateral act. While most jurists advocate for its exclusive contractual nature, a minority supports its validity as a unilateral act. The purpose of this research is to analyze critically and systematically these divergent viewpoints and determine whether *ḍamān* inherently belongs to a specific legal category or whether its classification depends on contextual factors. Specifically, the research addresses the question: Is the classification of *ḍamān* necessarily confined to a contractual form, or can it legitimately function as a unilateral act under specific conditions?

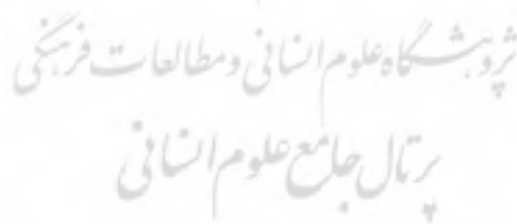
**Method & Approach:** Employing a doctrinal research methodology, this study conducts a comprehensive analytical review of primary sources and scholarly arguments within *Imāmī* jurisprudence. The study systematically investigates foundational theoretical justifications supporting both dominant (contractualist) and minority (unilateralist) perspectives.



**Findings:** The research reveals substantial limitations in the prevailing argument that confines guarantee (*ḍamān*) exclusively to a contractual form. Critical analysis demonstrates that the jurisprudential justifications presented by contractualists do not convincingly preclude the legitimacy of guarantee as a unilateral act. Rather, the findings indicate that both conceptual frameworks—contractual and unilateral—are jurisprudentially plausible and internally consistent within Shia legal theory. The authors' hypothesis is thus affirmed, emphasizing the conditionality and flexibility in classifying *ḍamān* based on the specific nature of the parties' expressions and intentions.

**Conclusion:** The study concludes that the classification of guarantee (*ḍamān*) within Shia Islamic jurisprudence should not be rigidly restricted to a single category. Instead, its form is contingent upon the practical and intentional context in which it occurs. When mutual consent and explicit bilateral agreement are evident, *ḍamān* properly takes the form of a contract. Conversely, when initiated independently by one party without requiring acceptance, it legitimately constitutes a unilateral act. This conclusion not only resolves the theoretical ambiguity surrounding *ḍamān* but also aligns jurisprudential interpretation with practical legal realities, thereby enriching and diversifying the conceptual understanding of legal acts within Shia jurisprudence.

**Keywords:** Guarantee, Contract, Unilateral Act, Jurisprudence of Transactions.



## انحصارزدایی از عقد یا ایقاع بودن ضمان در فقه امامیه

سیدعلی جبار گلباغی ماسوله • استادیار، گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی،

saj.golbaghi@iaua.ac.ir

لاهیجان، ایران. (نویسنده مسئول)

مجتبی احمدی لچه‌گورابی • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه علوم انسانی، واحد بهشهر،

mojtabaahmadi.a12@gmail.com

دانشگاه پیام نور، بهشهر، ایران.

### چکیده

با نگاه سنتی در فقه امامیه، عمل حقوقی فقط در یکی از دو قالب عقد و ایقاع انشاء می‌شود و هر یک از این دو قالب، واجد آثار خاص خود است. گاه، قالب‌شناسی برخی از اعمال حقوقی، یعنی اینکه آن عمل، در کدامیک از دو قالب عقد یا ایقاع می‌تواند و یا باید انشاء گردد، محل اختلاف آراء فقیهان شیعه بوده است. ضمان، از جمله این اعمال است که دانشیان فقه امامیه در خصوص قالب انشاء آن هم‌داستان نبوده‌اند. اینکه ضمان عقد است یا ایقاع، مشهور فقیهان امامیه آن را منحصرأ عقد می‌دانند و برابر مشهور، برخی دیگر آن را ایقاع می‌شمارند و پیروان هر یک از این دو دیدگاه، برای اثبات سخن خویش دلایلی اقامه کرده‌اند. تبیین مبانی هر یک از دو دیدگاه مذکور و اینکه چه نقدی بر هر یک وارد است، موضوعی است که نوشتار حاضر به توصیف و تحلیل آن در گستره فقه امامیه اهتمام دارد. ارزیابی مبانی هر یک از دو دیدگاه پیش‌گفته، عدم کفایت مبانی مشهور را برای انحصار ضمان در قالب عقد نمایان می‌سازد، و این فرضیه نگارندگان را به اثبات می‌رساند که انشاء ضمان، همواره به یکی از دو قالب عقد یا ایقاع منحصر نیست، و می‌تواند حسب رفتار متعاملان، در هر یک از دو قالب عقد و ایقاع انشاء گردد؛ ابراز اراده و رضایت طرفین ضمان، آن را عقد می‌سازد و انشاء آن تنها توسط احد از طرفین ضمان، جامه ایقاع بدان می‌پوشاند.

واژگان کلیدی: ضمان، عقد، ایقاع، فقه معاملات.



#### مقدمه

بی‌شک عقد خواندن عمل حقوقی، آثار و الزاماتی در پی دارد که با الزامات ایقاع شمردن آن متفاوت است. این واقعیت، ضرورت واکاوی قالب‌شناسی معاملات را نشان می‌دهد؛ چنان‌که التفات به نقش بنیادی اراده در ایجاد قالب‌های معاملات می‌تواند حصر هر عمل فقهی و حقوقی را صرفاً به یکی از دو قالب سنتی عقد و ایقاع با تردید مواجه سازد.

اندک تورق میراث مکتوب فقه شیعه نشان می‌دهد که برابر آن دسته از معاملاتی که همگان، عقد یا ایقاع می‌شمارند، گاه عملی فقهی و حقوقی مانند ضمان دیده می‌شود که فقیهان شیعه درباره قالب‌شناسی آن، به اختلاف سخن می‌گویند.

به گواهی ادبیات فقه شیعه، مشهور فقیهان شیعه، ضمان را صرفاً عقدی معین می‌دانند، ولی برخی - هرچند اندک - از دانشیان فقه شیعه، ضمان را ایقاع می‌خوانند و مترتب بودن برخی از احکام ضمان را بر رضایت مضمون<sup>۱</sup>، نافی ایقاع بودن آن نمی‌دانند و بدین بیان، این گمانه را نیرو می‌بخشند که می‌توان تعیین قالب ضمان را به اراده متعاملان وابسته دانست. اینکه دسته اخیر فقیهان شیعه به استناد چه وجوهی، ضمان را ایقاع می‌خوانند و مبانی هریک از دو دیدگاه مشهور و غیرمشهور درباره تفسیر قالب‌شناسی ضمان چیست، عمده پرسش‌های جستاری را سامان می‌دهند که پژوهش نظری به گزارش درآمده در نوشتار پیش رو، مترصد پاسخ و نقد و بررسی آن‌ها و بیان و اثبات این فرضیه است که الزاماً، قالبی خاص، ضمان را در حصر خود ندارد و تعیین قالب ضمان، حسب مورد، تابع اراده متعاملان است.

پیشینه پژوهش: بررسی ادبیات مکتوب فقه امامیه در نوع نوشته‌های فقهی از وجود بخش مستقلی درباره قالب‌شناسی ضمان گزارش نمی‌دهد و این بحث به تناوب میان مسائل ضمان مطرح بوده است که در مقاله حاضر نیز به شماری از این کتب مانند *ایضاح الفوائد*، *الحدائق الناضرة*، *مفتاح الکرامه*، *ریاض المسائل*، *جواهر الکلام*، *العروة الوثقی*، *مستمسک العروة* و *مذهب الاحکام* ارجاع می‌شود.

استقرا در سامانه‌های تخصصی مقالات، ظاهراً از نمایه تنها یک مقاله با عنوان «واکاوی تاریخی قالب‌شناسی ضمان در ادبیات فقه و حقوق شیعه» گزارش می‌دهد. مقاله نمایه‌شده می‌کوشد تا قالب‌شناسی ضمان را در تاریخ ادبیات فقه شیعه بیان دارد.

نوشتار پیش رو از مقاله فوق، در این ویژگی دارای افتراق و تمایز است که مقاله حاضر در

پژوهشی مسئله‌محورانه، با نگاهی درونی و فراتاریخی و برخورداری از ادبیات انتقادی، پس از بیان دیدگاه‌های موجود در ادبیات فقه امامیه، مبانی استنباطی آن‌ها را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد و به طرح و اثبات فرضیه جدید انحصارزدایی از عقد یا ایقاع بودن ضمان در فقه امامیه روی می‌نهد، ولی مقاله نمایه‌شده مذکور، در پژوهشی شخص‌محورانه با نگاهی بیرونی و تاریخی، اصالت و بهره‌واقعیت‌مانندی امکان ایقاع بودن ضمان را در گستره تاریخ ادبیات و میراث مکتوب فقه امامیه می‌کاود و به گزارش قالب‌شناسی ضمان در مکاتب و مدارس فقهی فقه امامیه بسنده می‌کند.

روش پژوهش: جستار پیش رو با روش توصیفی-تحلیلی انجام یافته است. جمع‌آوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای، با رجوع به میراث مکتوب فقه امامیه و استخراج دیدگاه‌ها، مبانی و ادله آرای دانشیان فقه شیعه مستند است و تجزیه و تحلیل اطلاعات نیز به روش کیفی با روی نهادن به بازخوانی و واکاوی آرا، مبانی و دیدگاه‌های فقیهان امامیه و نقد و بررسی جهات و استدلالات استنادی است.

لازم به گفت و التفات است که موضوع مقاله، صرفاً قالب‌شناسی ضمان مصطلح با رویکرد به ادله خاص و مذکور در گستره ادبیات فقه شیعه است نه چیستی‌شناسی و قالب‌شناسی ضمان و سازه‌ها و نهادهای مشابه و مجاور آن مانند التزام به تأدیه که مفهوماً از ضمان مصطلح جداست و نه با رویکرد به وجوه ظنی اصطیادی بازشناسی عقد از ایقاع که نوعاً اموری اختلافی است و گاه از شمول عدم حجیت ظنون بیرون نیست. همچنین، نباید ایقاع مستعمل را در این مقاله با عقد تک‌تعهدی<sup>۱</sup> خلط کرد.

## ۱. دیدگاه‌ها

بررسی ادبیات مکتوب فقه شیعه، وجود دو دیدگاه متفاوت را درباره قالب تحقق ضمان بین فقیهان شیعه گزارش می‌دهد.

### ۱.۱. دیدگاه عقد پنداشتن ضمان

غالب نویسندگان متون فقه شیعه، ضمان را عقد معرفی می‌کنند. از این رو ادبیات فقه شیعه، این

---

1. Unilateral Contract

دیدگاه را به نام مشهور می‌شناسد (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص. ۱۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۰، صص. ۲۱۳-۲۱۴).

## ۲.۱. دیدگاه ایقاع شمردن ضمان

ادبیات فقه شیعه مقابل دیدگاه منسوب به مشهور، از دیدگاه اقلیتی از فقیهان نام‌آشنا و نام‌ناشنای شیعه گزارش می‌دهد که قالب ضمان را ایقاع می‌دانند (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص. ۴۰۰). ناگفته نماند که این میان، فقهی مانند صاحب حدائق به توقف می‌گراید با بیان این سخن که وجه جمع بین روایات مورد استناد دو دیدگاه آشکار نیست (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص. ۱۲). به نظر می‌رسد معلوم نبودن وجه جمع روایات، از این واقعیت حکایت دارد که مستفاد از روایات ضمان، عدم حصر ضمان در هریک از دو قالب عقد و ایقاع است. ظاهراً به جهت واقعیت مذکور است که پیروان دیدگاه ایقاع بودن ضمان نیز به مترتب بودن برخی احکام ضمان بر رضایت مضمون‌له اعتراف دارند (حکیم، ۱۴۳۰، ج ۱۳، ص. ۱۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۰، ص. ۲۱۳). از این‌رو نوشتار حاضر در کنار دو دیدگاه مذکور، از دیدگاه غیرحصرگرایانه برای قالب ضمان سخن می‌راند. بر پایه این دیدگاه، ضمان، عملی فقهی و حقوقی است که می‌تواند به هریک از دو صورت عقد و ایقاع تحقق یابد و تعیین هریک از دو قالب عقد و ایقاع، حسب مورد، به اراده و قصد متعاملانی وابسته است که ضمان را انشا می‌کنند.

## ۲. مبانی دیدگاه‌ها

بررسی ادبیات فقه شیعه، وجوهی برای هریک از دو دیدگاه مذکور گزارش می‌دهد که در زیر بیان می‌شود.

### ۱.۲. مبانی دیدگاه عقد پنداشتن ضمان

فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، برای اثبات عقد بودن ضمان، عمدتاً به وجوه زیر تمسک جست‌ه‌اند.

#### ۱.۱.۲. اجماع

اجماع و عدم خلاف یکی از دستاویزهایی است که نوعاً مشهور، تمسک به آن را فرو نمی‌گذارد. محقق کرکی، نخستین فقیه شیعه از پیروان دیدگاه مشهور است که اجماع را برای عقد پنداشتن ضمان ادعا می‌کند (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص. ۳۱۹). پس از وی، دیگر دانشیان فقه پیرو مشهور،

نقل آن را پی می‌گیرند. گاه برخی در این باره تا آنجا پیش می‌روند که عقد شمردن ضمان را از قطعیات و ضروریات فقه می‌پندارند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۶).

### نقد و بررسی

ادعای اجماع و عدم خلاف برای عقد پنداشتن ضمان، سخنی است که تاریخ ادبیات فقه شیعه، نادرستی آن را نمایان می‌سازد؛ زیرا نه تنها تا قرن ۱۰ هجری گزارشی از این اجماع ادعایی در متون فقه شیعه دیده نمی‌شود، بلکه ادبیات فقه شیعه همواره از وجود فقیهانی گزارش می‌دهد که درباره قالب‌شناسی ضمان، با مشهور به مخالفت برمی‌خیزند و ضمان را ایقاع می‌خوانند؛ چنان‌که برخی از دانشیان فقه شیعه که خود، ضمان را عقد می‌پندارند، به وجود اختلاف و فقدان اجماع و عدم اتفاق فقیهان شیعه درباره قالب انشای ضمان اذعان می‌دارند (آل عصفور، بی‌تا، ج ۱۲، صص. ۳۵۳-۳۵۴) یا گریزی از گزارش آن نمی‌یابند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۱۲۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۲)؛ همان‌گونه که در تقریر بحث از شرط بودن رضایت مضمون‌له و عقد خواندن ضمان، به استعمال واژه‌هایی مانند احتمال، المشهور، وفاقاً للاکثر، الاصح، الاقرب، الاشهر الاقرب، الاجود و الاقوی روی می‌آورند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، صص. ۳۹۵-۳۹۶) که البته در ظهور آن‌ها بر وقوع خلاف و فقدان اجماع تردیدی وجود ندارد.

افزون‌براین، بر فرض نادیده انگاشتن اختلاف مذکور، مدرکی و غیرتعبیدی بودن اجماع مورد ادعا، چنان واقعییتی آشکار است که نمی‌توان بر آن چشم فرو بست.

### ۲.۱.۲. ناقل بودن ضمان

ضمان، انتقال و اثبات حق مضمون‌له از ذمه مضمون‌عنه بر ذمه ضامن است و این انتقالی خواندن ضمان، عقد بودن ضمان را اقتضا دارد؛ زیرا انتقال حق مضمون‌له از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، تصرف در مال غیر است و مانند دیگر حقوق، بدون رضایت مضمون‌له و اقدام مشترک ضامن و مضمون‌له امکان‌پذیر نیست. از این‌رو باید ضمان را عقدی بین ضامن و مضمون‌له پنداشت (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۳۱۹).

### نقد و بررسی

مشهور در پی پذیرش نقل ذمه به ذمه بودن ضمان، ناقل بودن را مفهوم ذاتی ضمان می‌پندارد و

از این رو چون انتقال به دو طرف وابسته است، آن را به عقد، قیاس می‌دارد و عقد پنداشتن ضمان را نتیجه می‌گیرد؛ قیاسی استحسانی که بی اعتبار و خلاف مذهب امامیه است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ب، ج ۳، ص. ۳۱۴).

لغت‌شناسی زبان تازی (فیومی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۶۴؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص. ۲۷۵) در کنار بررسی ادبیات فقه شیعه، این واقعیت را هویدا می‌سازد که مفهوم ضمان چیزی جز التزام و تعهد به ادای دین و صرف اشتغال ذمه نیست (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۵۴۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص. ۲۸۲؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص. ۳۶۸) و اموری مانند نقل ذمه به ذمه و ناقل خواندن ضمان، احکامی هستند که از ادله خارجی مستفاد است نه از جان واژه ضمان؛ چنان‌که برخی پیروان دیدگاه مشهور اذعان می‌دارند که اطلاق عقد بر ضمان، از باب مجاز است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۷۱) و ضامن نیز به هنگام انشا، تنها به همین تعهد و التزام متعرض است. از این رو نمی‌توان ناقل شمردن ضمان را دستاویز عقد پنداشتن آن ساخت (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۶).

افزون بر این، اندک درنگ در تعریف ضمان به تعهد و التزام به ادای مال آشکار می‌سازد که ضمان از مفاهیم ایقاعی است (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۶). از این رو دست یازیدن به مفهوم ضمان نه تنها به عقد پنداشتن ضمان یاری نمی‌رساند، بلکه پذیرش ایقاع خواندن ضمان را هم فراهم می‌آورد؛ چنان‌که توجه به این واقعیت که ناقل بودن ضمان، حکمی است که از دلیل خارجی به دست می‌آید، فرض تنافی ناقل بودن ضمان را با ایقاع شمردن آن منتفی می‌سازد (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۵۵).

بی شک تفسیر انتقال ذمه مضمون عته به ضامن، به جابه جایی اعتباری مال طلبکار (مضمون له)، چیزی جز انتقال طلب نیست و بسی هویدا است که به هیچ رو ماهیت ضمان، انتقال طلب نیست و کاملاً از آن متفاوت است. از این رو نمی‌توان با تمسک به چنین تفسیری، لزوم رضایت انشایی مضمون له را اصطیاد کرد و عدم امکان ایقاع بودن و لزوم عقد پنداشتن ضمان را نتیجه گرفت.

اصل عدم ولایت که از اصول اصطیادی معاصر است و نباید و نمی‌توان آن را با استصحاب عدم ولایت یکی پنداشت، گذشته از وجود اختلاف درباره قاعده یا اصل عملی بودن آن، اگر از وجوه ظنی و مشمول اصل عدم حجیت ظنون دانسته نشود، لزوم رضایت انشایی مضمون له را ایجاب نمی‌کند؛ زیرا بی هیچ تردیدی، اجرای اصل عدم ولایت در محل بحث، تنها و تنها ناظر بر

انتقال ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است و چنین می‌گوید که به جهت عدم ولایت مضمون‌عنه و همچنین، مضمون‌له نسبت به ضامن، مضمون‌عنه نمی‌تواند ذمه خود را به ضامن انتقال دهد. این انتقال ذمه، تنها و تنها رضایت و اراده ضامن را می‌طلبد؛ زیرا ضمان ناقل، ناظر بر نقل ذمه است و البته این نقل، بین دو ذمه مدین اصلی (مضمون‌عنه) و ذمه ضامن است. از این رو بر فرض پذیرش اصل عدم ولایت، این اصل در تنافی با ایقاعی بودن ضمان نیست؛ زیرا ضامن به اختیار و اراده و رضایت خویش، ذمه مضمون‌عنه را به ذمه خویش انتقال می‌دهد و خود را برابر مضمون‌له متعهد می‌سازد. آری؛ آنگاه می‌توان اصل عدم ولایت را برای مداخله مضمون‌له دستاویز ساخت که ماهیت ضمان ناقل، انتقال طلب پنداشته شود که صد البته، ضمان ناقل، انتقال طلب نیست و از آن، متفاوت و بیگانه است.

اگر لزوم انشایی بودن رضایت، قاعده ساخته شود و اراده، معیار بازشناسی عقد و ایقاع دانسته شود، لزوم انشایی بودن اراده دوم، بر فرض عقد پنداشتن عمل استوار است و بی‌تردید استناد به این سخن در اینجا، چیزی جز مصادره به مطلوب نیست؛ زیرا سخن و نزاع درباره همین لزوم انشایی بودن رضایت دوم است.

گذشته از اینکه وجود روایات، ادعای اجمال را دشوار می‌دارد، وفق قواعد اصولی، در محل بحث کنونی، اصل، برائت و عدم اشتراط است؛ عدم اشتراط رضای مضمون‌له و عدم انشایی بودن رضایت وی.

## ۲.۱.۳. اختلاف آدمیان در حسن معامله و قضای دین

بسی آشکار است که آدمیان در معامله و وفای به آن و نیز ادای دین، به یک گونه نیستند. برخی به بدعهدی و مطلّی می‌گرainند و برخی دیگر، خوش‌عهدی و سهولت پرداخت را پیش می‌گیرند و این واقعیت، تحصیل رضایت مضمون‌له را برای انتقال دین وی از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، گریزناپذیر می‌سازد؛ چه بسا که در صورت عدم رضایت مضمون‌له در خصوص تغییر مدین، تضييع حق مضمون‌له و ضرر و غرر پدید آید که به وضوح، شریعت اسلام از آن پرهیز می‌دهد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۲؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۴).

## نقد و بررسی

استدلال مذکور در فرض تمام بودن، تنها وابستگی ضمان را به رضایت قلبی مضمون‌له به اثبات

می‌رساند و در عقد پنداشتن ضمان، هیچ ظهوری ندارد. افزون‌براینکه، اخص از مدعی است و صرفاً مواردی را دربرمی‌گیرد که از عدم رضایت مضمون‌له، تضییع حق وی، ضرر و غرر پدید می‌آید (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۷)؛ هرچند این سخن که عدم تحصیل رضایت مضمون‌له برای انتقال دین وی از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، تضییع حق مضمون‌له، ضرر و غرر را به بار می‌آورد، خود ادعایی است که نمی‌توان به‌سادگی از عهده اثبات آن برآمد.

## ۴.۱.۲. روایات

فقیهان پیرو دیدگاه مشهور برای اثبات عقد بودن ضمان، به سه روایت زیر استناد می‌جویند.

### الف. صحیحہ عبدالله بن سنان<sup>۱</sup>

منطوق جمله شرطیه «إِذَا رَضِيَ بِهِ الْغُرْمَاءُ فَقَدْ بَرَّتْ ذِمَّةُ الْمِيتِ» بیان می‌دارد که هرگاه طلب‌کاران میت به ضمان رضایت دهند، ذمه میت بری می‌شود. بنابراین، از مفهوم مخالف این جمله شرطیه به دست می‌آید که اگر طلب‌کاران میت، رضایت خود را نسبت به ضمان ضامن ابراز ندارند، ذمه میت بری نمی‌شود؛ یعنی مشروط بودن صحت ضمان، به رضایت مضمون‌له بستگی دارد (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۴۵۷؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، صص. ۱۲۳-۱۲۴).

### نقد و بررسی

در استناد به صحیحہ عبدالله بن سنان، کوشش بر این است که از جمله شرطیه ذیل صحیحہ، با تعلیق ضمان، به رضایت مضمون‌لهم و تفسیر رضایت، به رضایت عقدی، ایجاب و قبول و عقد پنداشتن ضمان اصطیاد شود که البته هنگامی دستاویز ساختن صحیحہ ابن سنان برای نیل به این مقصود مفید است که ضمیر «به» در جمله «رَضِيَ بِهِ الْغُرْمَاءُ» به ضمانی برگردد که خلاف ظاهر عبارت روایت، در کلام، مقدر پنداشته شود نه اینکه ضمیر مذکور، موافق ظاهر عبارت روایت، به واژه ضامن برگردد که در صحیحہ مذکور است.

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَجُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَيُضْمَنُهُ ضَامِنٌ لِلْغُرْمَاءِ، فَقَالَ إِذَا رَضِيَ بِهِ الْغُرْمَاءُ فَقَدْ بَرَّتْ ذِمَّةُ الْمِيتِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، صص. ۳۴۶ و ۴۲۲).

همچنین، واژه «رَضَى» نیز مخالف ظهور آن، به رضایت عقدی تفسیر شود نه رضایت قلبی که با ظهور این واژه هماهنگ است؛ زیرا اگر امام (علیه‌السلام) از کلمه «رَضَى» رضایت عقدی را قصد کرده بودند، از به‌کارگیری افعالی مانند «أَمْضَى و قبل» دریغ نمی‌ورزیدند؛ چنان‌که از ظهور جمله سؤال صدر روایت نیز به دست می‌آید که عبدالله بن سنان از ضمانی می‌پرسد که با انشای ضامن، به‌طور کامل در خارج واقع شده است. از این رو صحیح‌ه عبدالله بن سنان، رضایت مضمون‌لهم را شرطی زائد بر ضمان و نه جزء سامان‌دهنده آن بیان می‌دارد (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۵). بنابراین، صحیح‌ه مذکور نه تنها به عقد پنداشتن ضمان یاری نمی‌رساند، بلکه خود مؤیدی بر ایقاع بودن ضمان است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۳).

برخی با طرح این ادعا که فهم عرفی از عبارت «فَيَضُمُّهُ ضَامِنٌ لِلْغُرْمَاءِ»، استعمال واژه «رَضَى» را در رضایت عقدی می‌داند؛ چنان‌که اضافه و نسبت واژه «رَضَى» به غرما نیز به این استعمال گواهی می‌دهد، به نقد ظهور واژه «رَضَى» در رضایت قلبی می‌پردازند؛ بدین بیان که رضا در دو معنای رضایت قلبی و رضایت عقدی یا معاملی استعمال می‌شود که اگر متعلق رضا، امر خارجی مانند ورود به ملک غیر یا تصرف در مال غیر باشد، به جهت ظهور و حسب مناسبات بین حکم و موضوع، معنای رضایت قلبی مراد است، اما اگر متعلق رضا، امور اعتباری عقدی مربوط به اموال و حقوق آدمی باشد، در معنای رضایت عقدی و معاملی ظهور دارد.

محقق خویی در ادامه ادعا می‌کند اگر واژه «رَضَى» در صحیح‌ه عبدالله بن سنان، در رضایت عقدی ظهور نداشته باشد، روایت از این ناحیه دارای اجمال است و وفق قاعده، گریزی از حکم به فساد ضمان فاقد رضایت عقدی مضمون‌له وجود ندارد؛ زیرا با رضایت بدون میرز خارجی، عنوان عقد صادق نیست و ضمان نیز نقل ذمه به ذمه است و نه ضم التزام به التزام (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۹۸).

حقیقت این است که فهم عرفی از عبارت «فَيَضُمُّهُ ضَامِنٌ لِلْغُرْمَاءِ» خلاف ادعای مذکور است؛ زیرا عرف به محض اقدام ضامن به انشای ضمان، ضمان را محقق، ذمه ضامن را نسبت به پرداخت دین به مضمون‌له مشغول و حق مراجعه مضمون‌له به ضامن و نه مضمون‌عنه را ثابت می‌داند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، صص. ۱۳-۱۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۵). از این رو فهم عرف بر وقوع ضمان، به صرف اقدام اختیاری ضامن به انشای ضمان و شرط متأخر بودن رضایت

قلبی مضمون له استوار است؛ همان گونه که صحیحه عبدالله بن سنان در آن ظهور دارد. همچنین، نمی‌توان اضافه واژه «رَضِیَ» را به غرما برای استعمال این واژه در معنای رضایت معاملی گواهی گرفت؛ زیرا ضامن و نه ضمان مقدر، مرجع ضمیر «به» است و اصل هم عدم تقدیر است.

ادعای اجمال و حکم به فساد نیز بر فرض پیشینی عقد پنداشتن ضمان و نیز این پندار استوار است که ضمان دارای ماهیت انتقالی قابل قیاس با معامله و منافی با ایقاع است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۹۸).

#### ب. روایت عیسی بن عبدالله<sup>۱</sup>

در این روایت، پس از اینکه خبر تقاضای عبدالله بن حسن برای ضامن شدن امام سجاد (علیه السلام) از وی به امام (علیه السلام) می‌رسد، حضرت ابتدائاً به ضمان مبادرت نمی‌ورزند، بلکه به استناد عبارت «فَقَالَ (علیه السلام) أَضْمَنُ لَكُمْ الْمَالَ... فَقَالَ الْقَوْمُ قَدْ رَضِينَا وَ ضَمْنَهُ»، در آغاز، رضایت خود را برای ضامن شدن اعلام می‌دارند و پس از دریافت موافقت طلب‌کاران، به ضمان اقدام می‌کنند؛ یعنی حضرت، طلب‌کاران را از تمایل خود به ضامن شدن آگاهی می‌دهند و آنان را در پذیرش این ضمانت، مخیر می‌سازند و اگر رضایت مضمون له برای انعقاد ضمان، لازم و معتبر نمی‌بود، امام (علیه السلام) طلب‌کاران عبدالله را از رضایت خویش آگاه نمی‌ساختند و آنان را در پذیرش ضمان خود مخیر نمی‌داشتند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۴۵۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۳).

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ يُونُسَ بْنِ السُّخْتِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عِيسَى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ احْتَضَرَ عَبْدُ اللَّهِ فَاجْتَمَعَ عَلَيْهِ غَرْمَاؤُهُ فَطَالِبُوهُ بِدَيْنٍ لَهُمْ، فَقَالَ لَا مَالَ عِنْدِي فَأَعْطَيْكُمْ وَلَكِنْ أَرْضُوا بِمَا شِئْتُمْ مِنْ ابْنِي عَمِّي عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ (علیه السلام) وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ؛ فَقَالَ الْغَرَمَاءُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ مَلَى مَطُولٌ وَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ (علیه السلام) رَجُلٌ لَا مَالَ لَهُ صَدُوقٌ وَ هُوَ أَحِبُّهُمَا إِلَيْنَا فَارْسَلْ إِلَيْهِ فَأَخْبَرَهُ الْخَبْرَ؛ فَقَالَ (علیه السلام) أَضْمَنُ لَكُمْ الْمَالَ إِلَى غَلَّةٍ وَ لَمْ تَكُنْ لَهُ غَلَّةٌ تَجْمَلًا؛ فَقَالَ الْقَوْمُ قَدْ رَضِينَا وَ ضَمْنَهُ فَلَمَّا أَتَتْ الْغَلَّةُ أَتَاكَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ لَهُ الْمَالَ فَأَدَّاهُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۴۲۶).

## نقد و بررسی

دست یازیدن به روایت عبدالله بن عیسی نیز نمی‌تواند به عقد پنداشتن ضمان یاری رساند؛ زیرا اگر پذیرفته شود که عبارت «أَضْمَنْ لَكُمْ الْمَالَ ... فَقَالَ الْقَوْمُ قَدْ رَضِينَا وَضَمْنَهُ» در رضایت قلبی و کفایت انشای ضامن برای تحقق ضمان ظهور ندارد، بلکه رضایت عقدی و انعقاد ضمان به ایجاب و قبول را بیان می‌کند و نیز اگر به این سخن برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور توجهی نشود که روایت عبدالله بن عیسی تنها بر این دلالت دارد که هیچ‌گاه اعسار مانع ضامن شدن نیست (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص. ۲۸۸)، ضعف سندی روایت مذکور، دستاویز ساختن آن را ممنوع می‌سازد؛ زیرا این روایت در من لا یحضره الفقیه، فاقد سند و به ایراد مرسله بودن مبتلاست (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۹۸) و در کافی شریف (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۹۷) و تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف، ج ۶، ص. ۲۱۱) نیز «یوسف بن سُخت بصری» در سلسله راویان حدیث قرار دارد که ضعیف به شمار می‌آید (خویی، بی‌تا، ج ۲۱، ص. ۱۷۹؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص. ۴۹؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص. ۵۶۱).

برخی فقیهان شیعه با ادعای عمل اعیان به روایت عبدالله بن عیسی، در صدد انجبار ضعف سندی آن هستند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۳)، لیکن بر فرض پذیرش نظریه انجبار، گذشته از اینکه این نظریه بر عمل اصحاب استوار است نه اعیان، به گواهی ادبیات مکتوب فقه شیعه، فقیهانی که از این روایت در بحث ضمان سخن می‌رانند، از شمارگان انگشتان یک دست فزونی نمی‌گیرند. از این رو چگونه می‌توان جبران ضعف سندی روایت مذکور را ادعا کرد؟!

## ج. روایت فقه‌الرضا (علیه‌السلام)<sup>۱</sup>

از ظاهر جمله «قَبِلْتَ ضَمَانَهُ» نمایان است که ضمان برای تحقق خود افزون بر ایجاب ضامن، به قبول مضمون‌له نیز نیازمند است؛ زیرا در صورت بی‌نیازی ضمان از انشای قبول مضمون‌له، امام (علیه‌السلام) از جمله «قَبِلْتَ ضَمَانَهُ» سخن نمی‌راند. از این رو به دست می‌آید که ضمان، عقد است و نمی‌توان آن را ایقاع شمرد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، صص. ۲۶۲-۲۶۳).

۱. «وَإِنْ كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ وَضَمَّنَهُ رَجُلٌ عِنْدَ مَوْتِهِ وَقَبِلْتَ ضَمَانَهُ فَالْمِيتُ قَدْ بَرَّءَ مِنْهُ وَقَدْ لَزِمَ الضَّامِنُ رَدُّهُ عَلَيْكَ» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۴۰۴).

## نقد و بررسی

اگر از قرینه‌ای چشم‌پوشی شود که بر شرط متأخر بودن قبول ضمان ناظر است و پذیرفته شود که روایت فقه رضوی از عقد شمردن ضمان حکایت می‌کند، از این رو به جهت دلالتی، بر روایاتی مقدم است که ضمان را ایقاع می‌خوانند. باز، استناد به این روایت برای عقد پنداشتن ضمان، سودمند نیست؛ زیرا روایت فقه رضوی به دلیل ارسال، دارای ضعف سندی است.

صاحب ریاض، با طرح ادعای عمل اعیان، از نظریه انجبار برای تصحیح سندی روایت فقه رضوی سخن می‌راند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۳)، لیکن بر فرض پذیرش نظریه انجبار، گذشته از اینکه نظریه مذکور بر عمل اصحاب استوار است نه عمل اعیان، به گواهی ادبیات مکتوب فقه شیعه، ظاهراً وی نخستین فقیهی است که برای عقد پنداشتن ضمان، به این روایت عمل کرده و پیش از او، هیچ فقیهی به این روایت عمل نکرده است. از این رو چگونه می‌توان از عمل اعیان سخن راند و به نظریه انجبار دست یازید؟!

## ۲.۲. مبانی دیدگاه ایقاع شمردن ضمان

ادبیات مکتوب فقه شیعه، دلایل زیر را برای اثبات دیدگاه فقیهانی گزارش می‌دهد که ضمان را ایقاع می‌شمارند.

### ۱.۲.۲. وفای دین بودن ضمان

ضمان، التزام و تعهد به ادا و وفای دین مضمون‌عنه است و ادا و وفای دین، ایقاع است. از این رو ضمان نیز ایقاع است (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۳).

## نقد و بررسی

برخی در انتقاد به استدلال مذکور چنین می‌پندارند که نمی‌توان فایده عقد یا ایقاع را سبب عقد یا ایقاع شمردن عمل فقهی و حقوقی دانست و به صرف اینکه عمل حقوقی مفید فایده ایقاع است، آن را ایقاع شمرد؛ زیرا برای شناخت و تمییز عقد از ایقاع، ضابطه‌ای جز این وجود ندارد که اگر تحقق عمل فقهی و حقوقی به توافق طرفین معامله وابسته است، عقد و اگر تنها با اراده یک طرف تحقق می‌یابد، ایقاع خوانده می‌شود. از این رو اگر عقدی فایده ایقاع را می‌رساند، نمی‌توان آن را ایقاع خواند؛ چنان‌که اگر عقدی مفید فایده عقدی دیگر است، به آن عقد تبدیل نمی‌شود. بدین

جهت است که هر چند مکاتبه، فایده عتق را می‌رساند، اما ایقاع به شمار نمی‌آید و آنگاه که عقد صلح مفید فایده بیع یا اجاره است، از صلح بودن خارج نمی‌شود. بنابراین، نمی‌توان بدین جهت که ضمان مفید فایده ایقاع وفای دین است، آن را ایقاع دانست (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۵۵).

انتقاد مذکور که بازخوانی بهینه از ایراد نقضی تنی چند از فقیهان پیشین پیرو دیدگاه مشهور است که بر پایه پندار خود از استدلال بیان شده بر آن روا می‌دارند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۳۹۶؛ آل عصفور، بی‌تا، ج ۱۲، ص. ۳۵۵؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۶)، گذشته از اینکه بر پذیرش پیشینی فرض عقد پنداشتن ضمان استوار است، ضابطه‌ای که از آن سخن می‌رانند، در خصوص آن دسته از اعمال فقهی و حقوقی مراعی است که وابستگی تحقق عمل فقهی و حقوقی به توافق و ابراز اراده دو طرف یا یک طرف معامله، نمایان و آشکار است. در مواردی که این مهم مشخص نیست و وابستگی تحقق عمل فقهی و حقوقی به یک یا دو اراده، به شک و تردید مبتلاست، چگونه می‌توان به این ضابطه دست یازید؟! اعمال فقهی و حقوقی معینی که انتقاد مذکور از آن‌ها مثال می‌آورد، عقود معینی هستند که نوعاً، در قالب‌شناسی آن‌ها تردیدی وجود ندارد.

افزون‌براین، شناخت و تعیین قالب عمل فقهی و حقوقی، با روی نهادن به فایده‌ای که می‌رساند و قیاس داشتن اعمال فقهی و حقوقی که عقد یا ایقاع بودن آن‌ها نمایان نیست، به عقود و ایقاعات معین و مسلم، یکی از راه‌های عرفی تشخیص عقد یا ایقاع بودن اعمال فقهی و حقوقی مشکوک و غیرمعین است.

نکته مهمی که در استدلال نمایان است و انتقاد مذکور آن را فرو می‌نهد، این است که استدلال به صراحت، ضمان را وفای دین می‌خواند و با توجه به اراده ملحوظ در وفای دین، ضمان را ایقاع می‌خواند. از این رو در تعیین قالب ضمان، از همان ضابطه‌ای پیروی می‌کند که انتقاد مذکور، به اهتمام از آن برمی‌خیزد. استدلال بیان شده به هیچ‌رو بر افاده فایده برای تعیین قالب انشای ضمان استوار نیست تا بتوان بر آن چنین خرده گرفت که به نقض ضابطه‌ای روی می‌نهد که در فقه، دیرین، اتفاقی و انحصاری است.

## ۲.۲.۲. استناد به آیه ۷۲ سوره مبارکه یوسف

واژه زعیم در آیه ۷۲ سوره مبارکه یوسف، «... وَلَمِنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»، به معنای ضامن است و این آیه شریفه به وضوح بر وقوع ضمان بدون قبول عقدی مضمون‌له دلالت دارد

(فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۸۴)؛ زیرا از وقوع ضمان یک بار شتر غله برای آورنده صواع ملک بدون قبول وی گزارش می‌دهد که اگر وقوع ضمان، به قبول عقدی مضمون<sup>۱</sup> له وابسته بود، بی‌شک فصاحت و بلاغت آیه، مقتضی اشاره به آن بود.

#### نقد و بررسی

اصحاب امامیه برای مشروعیت ضمان، به این آیه شریفه استناد می‌جویند (کاظمی، بی‌تا، ج ۳، صص. ۷۹-۸۰)، ولی برخی از دانشیان فقه از این رو که ضمان مستفاد از آیه شریفه را خلاف اجماع و روایات باب ضمان می‌دانند، آیه شریفه را فاقد دلالت بر ضمان مشروع نزد فقها می‌خوانند و چنین سخن می‌رانند که آیه شریفه، تنها اشاره‌ای گذرا به مشروعیت ضمان جعل، قبل از شروع به عمل، در شرایع پیشین دارد (اردبیلی، بی‌تا، ص. ۴۵۸) که البته استواری این انتقاد بر پذیرش پیشینی فرض عقد پنداشتن ضمان، به‌وضوح، نمایان و آشکار است.

#### ۳.۲.۲. روایات

ادیات فقه شیعه از استدلال به روایات زیر برای اثبات ایقاع بودن ضمان گزارش می‌دهد.

#### الف. روایت ابوسعید خدری<sup>۱</sup>

همان‌گونه که در متن روایت نمایان است، پس از اینکه امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) با بیان جمله «هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَ أَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ» ایجاب ضمان را انشا می‌کند، رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) بدون پرسش از قبول مضمون<sup>۲</sup> له، نماز میت را برپا می‌دارند که این خود، از ایقاع بودن ضمان و عدم وابستگی تحقق ضمان به قبول مضمون<sup>۳</sup> له حکایت دارد؛ زیرا اگر چنین نبود، رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله)، پرسش از قبول مضمون<sup>۴</sup> له را فرو نمی‌نهادند. چنانچه از صرف انشای ایجاب، ضمان تحقق نمی‌یافت و ذمه متوفای مدین بری

۱. «عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله) فِي جَنَازَةٍ، فَلَمَّا وُضِعَتْ، قَالَ هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟ قَالُوا نَعَمْ، دَرَهْمَانِ؛ فَقَالَ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله) صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ؛ فَقَالَ عَلِيُّ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَ أَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ؛ فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله) فَصَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَيَّ عَلِيٌّ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فَقَالَ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله) جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا وَ فَكَ رَهَانَكَ كَمَا فَكَكَتَ رَهَانَ أَخِيكَ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۴۲۴؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، صص. ۴۳۶-۴۳۷ و ۴۰۴).

نمی‌شد، رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) همچنان از به‌پا داشتن نماز میت خودداری می‌کردند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ب، ج ۳، ص. ۳۱۴؛ حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۵).

### نقد و بررسی

فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، استدلال به روایت ابوسعید خُدْری را با دو اشکال سندی و دلالتی مواجه می‌پندارند.

### اشکال سندی

تا مدت‌ها دانشیان فقه شیعه، هنگام روی نهادن به نقد استدلال به روایت ابوسعید خُدْری، بر سند روایت مذکور ایرادی بیان نمی‌داشتند، ولی در دو سده اخیر برخی از فقیهان شیعه، از ضعف و قصور سند و فقدان جابر برای آن سخن می‌رانند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۳۹۳؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۴).

مجامع احادیث فقهی شیعه، روایت ابوسعید خُدْری را به‌صورت مرسله نقل می‌کنند، لیکن این ضعف و ارسال ظاهری سند، خللی بر استدلال به آن وارد نمی‌سازد؛ زیرا همان‌گونه که برخی از دانشیان فقه پیرو دیدگاه مشهور اذعان می‌دارند، روایاتی از جمله صحیحہ معاویة بن وهب (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، صص. ۳۱۹ و ۴۲۲-۴۲۳) از وقوع چنین واقعه‌ای در زمان رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) گزارش می‌دهند (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۹۹). افزون‌براین، بررسی ادبیات فقه شیعه، تردیدی نسبت به عمل اصحاب به این روایت در مباحث متعدد باب ضمان بر جا نمی‌نهد. از این رو، چگونه می‌توان با ادعای پذیرش نظریه انجبار، از فقدان جابر برای روایت مذکور سخن گفت؟!

### اشکال دلالتی

عمده‌ترین اشکالی که فقیهان شیعه برای روایت ابوسعید خُدْری بیان می‌دارند، ادعای قصور دلالت آن بر ایقاع خواندن ضمان است. این دسته از دانشیان فقه شیعه، به‌تناوب از وجوهی سخن می‌رانند که می‌توان آن‌ها را در موارد زیر خلاصه کرد.

الف. روایت ابوسعید خُدْری، قضیة فی الواقعة یا به ضمان از میت مختص است. از این رو عمومی نیست تا بتوان از آن، قاعده یا حکمی کلی استنباط کرد (سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص.

۱۸۵؛ خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۹۹).

گذشته از محل سخن بودن اعتبار فرضیه قضیه فی‌الواقع، فقیهانی که از این فرضیه برای بی‌اعتبار نمایاندن دلالت روایت ابوسعید خدری سود می‌جویند، به‌هیچ‌رو معلوم نمی‌دارند که به چه دلیل روایت مذکور، به چنین ایرادی، گرفتار یا به ضمان از میت، منحصر است. به نظر نمی‌رسد که مخالفت با پندار مشهور، توجیه موفقی برای قضیه فی‌الواقع پنداشتن روایتی به شمار آید؛ چنان‌که مورد، مخصص نیست و ماهیت و اثر ضمان نیز چه در ضمان از میت و چه در ضمان از حی، یکسان و غیرمتفاوت است.

ب. سکوت و عدم پرسش، بر عدم لزوم قبول و رضایت مضمون‌له دلالتی ندارد؛ چه‌بسا آشکار است که عدم نقل، ضرورتاً به معنای عدم نیازمندی به رضایت مضمون‌له نیست و این سکوت، همان‌گونه که می‌تواند با عدم لزوم رضایت مضمون‌له هماهنگ بنماید، می‌تواند از آشکاری لزوم رضایت مضمون‌له نشئت گیرد (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۴۵۷).

اندک درنگ در روایت ابوسعید خدری، مخالفت توجیه مذکور با ظاهر روایت و در نتیجه، نادرستی آن را نمایان می‌سازد؛ زیرا رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) تنها به جهت اشتغال ذمه متوفای مدین، از اقامه نماز میت بازمی‌ایستد و اقامه نماز را بر برائت ذمه وی موکول می‌سازد و فقط هنگامی به اقامه نماز مبادرت می‌ورزد که امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) با ضامن ساختن خود و بری گرداندن ذمه متوفای مدین، مانع پیش روی اقامه نماز میت را برمی‌دارد. بی‌شک این نتیجه حاصل نمی‌شود مگر با تحقق کامل ضمان. این سخن، حقیقتی است که برخی از دانشیان فقه پیرو دیدگاه مشهور نیز از اذعان به آن روی گردان نیستند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۴).

افزون‌براین، اصول لفظی اطلاق و عدم تقدیر مجالی برای تردید و ادعای اجمال باقی نمی‌گذارد و همان‌گونه که برخی فقیهان پیرو دیدگاه مشهور اذعان می‌دارند، اصل عدم نیز به یاری ظهور روایت و عدم اشتراط قبول و رضایت مضمون‌له برمی‌خیزد (آل عصفور، بی‌تا، ج ۱۲، ص. ۳۵۵).

ج. عدم پرسش از قبول و رضایت مضمون‌له در روایت ابوسعید خدری، صرفاً بر این مطلب دلالت دارد که ضمان پیش از علم به قبول و رد مضمون‌له باطل نیست و تنها پس از قبول و رد مضمون‌له است که ضمان، لازم یا باطل می‌شود و این سخنی نیست که مشهور، در صحت آن تردید روا دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۸۱).

انتقاد مذکور گذشته از اینکه بر پذیرش پیشینی فرض عقد پنداشتن ضمان استوار است، مدعی است که روایت ابوسعید خُدَری از ضمان ناتمام امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) و قبول فضولی آن از سوی پیامبر گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) حکایت دارد و این ادعا، پنداری است که اندک درنگ در ظهور روایت مذکور، نادرستی آن را نمایان می‌سازد؛ زیرا دعای پیامبر گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) پس از پایان نماز در حق امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) که فرمود «جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا وَفَكَ رِهَانَكَ كَمَا فَكَّكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ»، به‌وضوح بر فعلی بودن ضمان و برائت ذمه متوفا دلالت می‌کند؛ همان‌گونه که برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور اذعان می‌دارند که رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) به جهت اشتغال ذمه متوفا، از اقامه نماز میت روی برمی‌گردانند و تنها هنگامی به اقامه نماز میت مبادرت می‌ورزند که امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) با پذیرش ضمان، برائت ذمه متوفای مدین را فراهم می‌آورد، بسی مسلم و آشکار است که ضمان ناتمام و فضولی، برائت ذمه را حاصل نمی‌آورد (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۳۹۳)؛ چنان‌که روی نهادن رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) به اقامه نماز میت در فرض فضولی و ناتمام پنداشتن ضمان امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام)، با علت امتناع رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) از اقامه نماز ناسازگار است.

د. روایت ابوسعید خُدَری درباره امتناع رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) از اقامه نماز میت بر متوفای مدین و ضامن شدن امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) از چنین متوفایی سخن می‌گوید که این خود نشان می‌دهد عدم نیازمندی ضمان به قبول و رضایت مضمون‌له، حکمی عام و مطلق نیست و تنها به متوفای مدین اختصاص دارد (سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۱۸۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص. ۲۸۸).

گذشته از اینکه انتقاد مذکور، اعترافی است ضمنی به ایقاع بودن ضمان، نمی‌توان بر این واقعیت چشم پوشید که بین ضمان از میت و ضمان از حی، تفاوتی وجود ندارد؛ چنانکه وفق قواعد اصولی، مورد نیز مخصص نیست.

هـ. از فحوای روایت ابوسعید خُدَری می‌توان دریافت که سکوت رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) و عدم پرسش از قبول و رضایت مضمون‌له به جهت حضور و ابراز رضایت

مضمون<sup>۱</sup> له یا علم به رضایت و قبول وی یا ولایت پیامبر گرامی خداوند متعال (صلی الله علیه و آله) بر نفوس مؤمنان یا درجه بالای وثاقت ضامن است؛ به گونه‌ای که هرکسی ضمانت وی را می‌پذیرد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۳۹۳).

همان‌گونه که برخی فقیهان پیرو دیدگاه مشهور بیان می‌دارند، نمی‌توان ادعای فحوا را پذیرفت (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۴)؛ زیرا گذشته از اینکه مستخرجات فحواهای ادعایی بر پذیرش پیشینی عقد پنداشتن ضمان استوار است، این مستخرجات، گمانه‌هایی استحسانی هستند که نه تنها هیچ دلیلی برای آن‌ها قائم نیست، بلکه با ظاهر روایت ابوسعید خدری نیز بیگانه هستند.

همچنین، در مورد ولایت پیامبر گرامی خداوند متعال (صلی الله علیه و آله) در غیر امور معاملی (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۴) و درباره ادعای حد اعلی بودن وثاقت ضامنی مانند امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) که هرکسی ضمانت وی را می‌پذیرد، باید به این نکته توجه داشت که بستر زمانی ادعای این سخن، زمان صدر اسلام است نه دوره‌های پس از صدر اسلام که به تأثیر از ولایت و محبت امیرالمؤمنین علی (علیه السلام)، به سادگی می‌توان از چنین وثاقتی سخن راند. افزون‌براینکه در ضمان، وثاقت مالی مورد نظر آدمیان است و بسی آشکار است که وثاقت علمی و دینی مستلزم وثاقت مالی نیست.

و. برخی از دانشیان فقه چنین می‌پندارند که روایت ابوسعید خدری نه تنها بر عدم لزوم رضایت مضمون<sup>۲</sup> له دلالت نمی‌کند، بلکه از لزوم رضایت مضمون<sup>۳</sup> له حکایت دارد؛ زیرا روایت مذکور از وقوع ضمان خبر می‌دهد و ضمان نیز از ایجاب و قبول سامان می‌پذیرد. از این رو گزارش از وقوع ضمان، گزارش از ایجاب و قبول است و بنابراین، دیگر به گزارشی مجدد از قبول نیاز نیست (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۴).

این سخن که به وضوح پذیرش پیشینی عقد پنداشتن ضمان از آن نمایان است، با برخی روایات مانند صحیح عبدالله بن سنان نقض می‌شود؛ زیرا در آن‌ها از وقوع ضمان گزارش می‌شود، ولی از رضایت مضمون<sup>۴</sup> له نیز سخن می‌رود. این واقعیت آشکار می‌سازد که گزارش از وقوع ضمان، گزارش از قبول و رضایت مضمون<sup>۵</sup> له نیست و رضایت وی، امری زائد بر ضمان است و ضمان برای تحقق خود، به آن وابسته نیست (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۵).

ز. برخی فقیهان معاصر از این رو به قصور دلالتی روایت ابوسعید خدری می‌گیرند که ضمان بیان شده در این روایت را از ضمان محل سخن، بیگانه می‌شمارند و در توجیه پندار خویش چنین

می‌نویسند که تردید نیست که مراد از ضمان محل بحث، ضمان به معنای نقل دین از ذمه مدین به ذمه ضامن است؛ به گونه‌ای که ذمه مدین بری شود و این معنا، در روایت ابوسعید خدری مشاهده نمی‌شود؛ زیرا در این روایت، از برائت ذمه متوفای مدین سخنی نمی‌رود که این خود نمایان می‌سازد که ضمان در روایت ابوسعید خدری تنها به معنای تعهد به ادای دین است تا رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) نسبت به باقی نماندن اشتغال ذمه متوفای مدین و از بین نرفتن حق دائن در پی مرگ مدین اطمینان یابد و استعمال ضمان در این معنا، امری متعارف و دارای فراوانی است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۹۹-۱۰۰).

گذشته از اینکه تعهد به ادای دین، با بقای ذمه متوفای مدین تا هنگامی که متعهد، آن را ادا کند، ضم ذمه به ذمه را تداعی می‌کند که دانشی مذکور، خود به آن باور ندارد. استعمال ضمان در روایت ابوسعید خدری به معنای تعهد به ادای دین، مانند هر استعمال مجازی و خلاف ظاهر، به قرینه نیازمند است که به جهت فقدان چنین قرینه‌ای در روایت، تفسیر ضمان به تعهد نسبت به ادای دین، سخنی خلاف ظاهر روایت ابوسعید خدری است.

همچنین، تعلیل به لزوم ذکر برائت ذمه مدین برای استعمال ضمان در معنای مصطلح، با روایاتی نقض می‌شود که از وقوع ضمان گزارش می‌دهند، ولی در آن‌ها از برائت ذمه مدین سخنی نمی‌رود (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، صص. ۴۲۲-۴۲۴، ۴۲۶ و ۴۲۷).

افزون‌براین، ذیل روایت ابوسعید خدری، خود به‌وضوح گواهی می‌دهد که ضمان مستعمل در این روایت، به معنای صرف تعهد به ادای دین نیست، بلکه به معنای ضمان مصطلح است که با تحقق آن، برائت ذمه متوفای مدین حاصل می‌شود؛ زیرا ذیل روایت بیان می‌دارد که پیامبر گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) در حق امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) چنین دعا می‌فرمایند که «فَكَ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ» و بسی آشکار است که بدون برائت ذمه مدین، فك رِهَان وی تحقق نمی‌یابد.

### ب. روایت جابر بن عبدالله انصاری<sup>۱</sup>

به گواهی متن روایت، پس از اینکه ابوقتاده ایجاب ضمان را انشا می‌کند، پیامبر گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) بدون پرسش از رضایت مضمون‌له، نماز میت را برپا می‌دارند. این رفتار رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) به وضوح بر ایقاع بودن ضمان دلالت دارد؛ زیرا با توجه به عام‌البلوی بودن مورد، اگر ضمان، عقد بود، حتماً رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) از قبول مضمون‌له می‌پرسیدند و تا تحصیل رضایت وی، همچنان از به‌پا داشتن نماز میت امتناع می‌ورزیدند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ب، ج، ۳، ص. ۳۱۴؛ حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۵).

### نقد و بررسی

با توجه به یگانگی محتوا و دلالت دو روایت ابوسعید خدری و جابر، پیروان دیدگاه مشهور، همان دو اشکال سندی و دلالتی را متوجه روایت جابر می‌پندارند که توجه به واقعیت مذکور پیشین، نوشتار حاضر را از نقد و بررسی روایت جابر بی‌نیاز می‌سازد.

### ج. صحیحہ معاویه بن وهب<sup>۲</sup>

این صحیحہ که مؤید مفاد دو روایت قبل است، مانند آن دو گزارش می‌دهد که رسول گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله) به جهت مدین بودن متوفا، از اقامه نماز میت بر وی امتناع می‌ورزند و تنها هنگامی نماز میت را به‌پا می‌دارند که بعضی از اقارب متوفا، با اقدام به ضمان دین وی، برائت ذمه او را فراهم می‌آورند. اینکه پیامبر گرامی خداوند متعال (صلی‌الله علیه و آله)

۱. «عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ النَّبِيَّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) كَانَ لَا يُصَلِّي عَلَى رَجُلٍ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ فَأَتَى بِجَنَازَةٍ، فَقَالَ هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ؟ فَقَالُوا نَعَمْ؛ دِينَارَانِ؛ فَقَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ؛ فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ هُمَا عَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ! قَالَ فَصَلَّى عَلَيْهِ؛ فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ، قَالَ أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ وَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا فَعَلَيْ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۴۲۴؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۴۳۷).

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنْ يَحْيَى الْحَلْبِيِّ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) إِنَّهُ ذَكَرَ لَنَا أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ مَاتَ وَ عَلَيْهِ دِينَارَانِ دَيْنًا، فَلَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) - وَ قَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ! - حَتَّى ضَمِنَهُمَا عَنْهُ بَعْضُ قَرَابَتِهِ؟ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) ذَلِكَ الْحَقُّ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، صص. ۳۱۹ و ۴۲۲).

به محض انشای ایجاب ضمان بدون پرسش از قبول و رضایت مضمون<sup>۱</sup> له، به اقامه نماز میت می‌ایستند، به وضوح بر براءت ذمه مدین با صرف انشای ایجاب ضمان بدون نیاز به رضایت مضمون<sup>۲</sup> له و در نتیجه، ایقاع بودن ضمان دلالت دارد.

#### نقد و بررسی

ناگفته نماند که ادبیات مکتوب فقه شیعه در خصوص نقد و بررسی این روایت، در نوشته‌های فقیهان شیعه از جمله پیروان دیدگان مشهور جز این سخن بیان نمی‌دارد که روایت مذکور مؤید وقوع مفاد روایت ابوسعید خدری و جابر بن عبدالله است (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۹۹).

#### د. موثقه اسحاق بن عمار<sup>۱</sup>

موثقه اسحاق بن عمار روایت دیگری است که ادبیات مکتوب فقه شیعه از امکان استناد به آن برای اثبات ایقاع بودن ضمان گزارش می‌دهد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۱). از اینکه امام صادق (علیه السلام) در پاسخ به پرسش از انشای ایجاب ضمان برای دین محتضر، به تحقق ضمان و براءت ذمه محتضر مدین حکم می‌کنند، به وضوح به دست می‌آید که ضمان، ایقاع است؛ زیرا بی‌شک در صورت عقد بودن ضمان و نیازمندی آن به قبول و رضایت مضمون<sup>۲</sup> له، امام (علیه السلام) صرف انشای ایجاب را باعث براءت ذمه بیان نمی‌داشتند.

#### نقد و بررسی

برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، در پی تعرض به موثقه بودن سند روایت، دلالت آن را در تعارض با صحیح عبدالله بن سنان می‌پندارند؛ زیرا صحیح را مقید به حصول رضایت مضمون<sup>۲</sup> له و موثقه را مطلق می‌شمارند و با ادعای اعتضاد صحیح به شهرت و عمل اکثر و ادله عقلی مشهور، از باب تقدیم نص بر ظاهر و حمل مطلق بر مقید، به تقیید موثقه توسط صحیح دست می‌یازند و عدم امکان استناد به موثقه را برای اثبات ایقاع بودن ضمان نتیجه می‌گیرند (سبزواری، ۱۴۲۳ق،

۱. «عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) فِي الرَّجُلِ يَكُونُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَحَضَرَهُ الْمَوْتُ، فَقَالَ وَلِيُّهُ عَلَى دَيْنِكَ؟ قَالَ (عليه السلام) يُبْرِئُهُ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يُوَفِّهِ وَلِيُّهُ مِنْ بَعْدِهِ وَقَالَ أَرَجُو أَنْ لَا يَأْتِمَ وَإِنَّمَا عَلَى الذِّي يَحْبِسُهُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۳۴۶).

ج ۱، ص. ۵۹۳؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۴).

گذشته از اینکه ادله عقلی مشهور، وجوهی استحسانی هستند و شهرت - در فرض تحقق آن - و عمل اکثر در شمول اصل عدم حجیت مطلق ظنون قرار دارند، ادعای تنافی مفاد صحیحه عبدالله بن سنان با دلالت موثقه اسحاق بن عمار، افزون بر اینکه فرع ادعای اطلاقی برای موثقه است که مانند تفسیر صحیحه، از پذیرش پیشینی فرض عقد پنداشتن ضمان نشئت می‌گیرد، بر این فرض استوار است که ضمیر «به» خلاف ظاهر روایت، به ضمان مقدر و نه ضامن مذکور در روایت برگردد که البته اگر اختلاف بیان شده، روایت را از این جهت به اجمال دچار نکند و خلاف ظاهر روایت، ضمان مقدر نیز برای مرجعیت ضمیر «به» پذیرفته شود، دست‌کم منافی ادعای نص بودن صحیحه است که این خود، نادرستی ادعای تقدیم نص بر ظاهر را در فرض تنافی بین صحیحه و موثقه نمایان می‌سازد. افزون بر این همه، اصلاً بین دو روایت مذکور تنافی وجود ندارد؛ زیرا به استناد ظهور جمله سؤال صدر صحیحه عبدالله بن سنان که پرسش از ضمانی است که با انشای ضامن به‌طور کامل در خارج واقع شده است، این صحیحه از رضایتی گزارش می‌دهد که شرطی زائد بر ضمان و نه جزء سامان‌دهنده آن است (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۵). از این رو صحیحه مذکور، مؤیدی بر ایقاع بودن ضمان است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۳).

همچنین، تقیید از سویی فرع وجود اطلاق و اطلاق فرع نصب عدم قرینه است و از سوی دیگر، فرع تنافی سلب و ایجاب بین مطلق و مقید است و حال اینکه هیچ‌یک از موارد مذکور، بین صحیحه و موثقه مشهود نیست؛ زیرا اگر عبارت «يُبْرَهُ ذَلِكَ» نص در تحقق براءت به‌صرف انشای ایجاب ضمان نباشد، لا اقل به قرینه مناسبت بین سؤال و جواب، در براءتی ظهور دارد که به‌صرف انشای ایجاب ضمان واقع می‌شود. از این رو موثقه یا نصاً یا به جهت قرینه، به موردی مقید است که صرف انشای ایجاب، براءت را در پی دارد.

در فرض پذیرش مطلق و مقید بودن موثقه و صحیحه و چشم‌پوشی از اطلاق شمولی موثقه و اتفاق منطوق هر دو روایت در ایجاب و قبول مفهومی مخالف برای صحیحه، هماهنگی با تفسیر مشهور برای مرجع ضمیر «به» و جواز تقیید منطوق با مفهوم، همچنان، امکان تقیید موثقه منتفی است؛ زیرا جزا در جمله شرطیه ذیل صحیحه، حصول براءت است و نه وقوع ضمان. از این رو شرط در مقام بیان تعلیق براءت و نه تحقق ضمان، به رضایت مضمون‌له است. در نتیجه، مفهوم مخالف

شرط مذکور، انتفای برائت در فرض انتفای رضایت مضمون‌له است و نه انتفای ضمان در فرض انتفای رضایت؛ زیرا برائت، اثر ضمان است و نه خود ضمان و سخن درباره قالب ضمان است و نه اثر ضمان؛ زیرا ضمان غیرنافذ مانند ضمان فرد غیرملی، به رضایت مضمون‌له مشروط است. این واقعیت، حقانیت سخن آن دسته از دانشیان فقه را نمایان می‌سازد که رضایت مذکور را در صحیح، شرطی زائد بر ضمان و نه جزء سامان‌دهنده آن می‌دانند (حکیم، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۵).

#### هـ. موثقه حسن بن جهّم<sup>۱</sup>

از صراحت پاسخ امام (علیه السلام)، «يَكُونُ فِي سَعَةٍ مِنْ ذَلِكَ وَحَلٌّ»، به پرسش از حکم و اثر صرف انشای ایجاب ضمان و قاعده کلی «إِذَا كَانَ الَّذِي حَلَّلَكَ، يَضْمَنُ لَكَ عَنْهُمْ رِضَاهُمْ، فَيَحْمِلُ لِمَا ضَمِنَ لَكَ» در حصول برائت ذمه متعاقب صرف انشای ایجاب ضمان، به وضوح به دست می‌آید که صرف انشای ایجاب ضمان برای وقوع ضمان و برائت ذمه کافی است و به رضایت و انشای قبول مضمون‌له نیازی نیست. از این رو موثقه حسن بن جهّم به وضوح و صریح بر کفایت انشای ایجاب ضمان برای برائت ذمه مضمون‌عنه بدون نیاز به رضایت مضمون‌له، ظهور و بر ایقاع بودن ضمان دلالت دارد (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۴۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۱).

#### نقد و بررسی

برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، با وجود اعتراف به اینکه موثقه حسن بن جهّم به صراحت بیان می‌دارد که صرف انشای ایجاب ضمان بدون نیاز به رضایت مضمون‌له برای برائت ذمه مضمون‌عنه کافی است، موثقه بودن را دلیل قصور سندی روایت و استناد به آن را نتیجه غفلت، بلکه عین

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي فَضَّالٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ الْجَهْمِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَلَهُ عَلَى دَيْنٍ وَخَلَفَ وَلَدًا رَجُلًا وَنِسَاءً وَصِبْيَانًا، فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَقَالَ أَنْتَ فِي حِلٍّ مِمَّا لِأَبِي عَلَىكَ مِنْ حَصَّتِي وَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِمَّا لِإِخْوَتِي وَأَخَوَاتِي وَأَنَا ضَامِنٌ لِرِضَاهُمْ عَنْكَ؟ قَالَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) تَكُونُ فِي سَعَةٍ مِنْ ذَلِكَ وَحَلٌّ؛ قُلْتُ فَإِنْ لَمْ يُعْطِهِمْ؟ قَالَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) كَانَ ذَلِكَ فِي عُنُقِهِ؛ قُلْتُ فَإِنْ رَجَعَ الْوَرِثَةُ عَلَى فَقَالُوا أُعْطِنَا حَقًّا؟ قَالَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) لَهُمْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الظَّاهِرِ؛ فَأَمَّا بَيْنَكَ وَبَيْنَ اللَّهِ، فَأَنْتَ مِنْهَا فِي حِلٍّ. إِذَا كَانَ الَّذِي حَلَّلَكَ، يَضْمَنُ لَكَ عَنْهُمْ رِضَاهُمْ، فَيَحْمِلُ لِمَا ضَمِنَ لَكَ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۴۲۵).

غفلت، خلاف اجماع و مورد اعراض اصحاب می‌پندارند؛ بدین توجیه که برائت ذمه مدین فرد مورث از سوی احدی از وراث بدون اخذ رضایت دیگر وراث و به صورت مجانی، مصداق بارز تصرف در مال غیر بدون اذن مالک مال است که اجماعاً، امری حرام است.

همچنین، ضمان مذکور در روایت را ضمان مصطلح نمی‌بینند و آن را خارج از محل نزاع می‌شمارند؛ زیرا روایت از ضمان برای اخذ رضایت وراث سخن می‌گوید نه از ضمان نسبت به خود دین. بدین جهت است که امام (علیه‌السلام) عبارت «لَهُمْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الظَّاهِرِ» را به طور مطلق بیان می‌دارند که این حکم، هم با فرض وجود بینه و هم با فرض فقدان بینه بر ضمان برای اخذ رضایت هماهنگ است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۲۶۵؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۳۹۴).

گذشته از اینکه موثقه بودن روایت از موانع عمل به آن روایت نیست؛ به‌ویژه که روایات صحیحی مؤید مضمون آن هستند، خلاف پندار پیروان دیدگاه مشهور، موثقه حسن بن جهم در برائت مجانی ذمه مدین فرد مورث بدون اخذ رضایت وراث ظهور ندارد تا مصداق تصرف در مال غیر بدون اذن مالک مال و مخالف حرامی اجماعی باشد؛ زیرا اندک درنگ در عبارت «يَكُونُ فِي سَعَةٍ مِنْ ذَلِكَ وَحِلٌّ؛ قُلْتُ فَإِنْ لَمْ يُعْطِهِمْ؟ قَالَ (علیه‌السلام) كَانَ ذَلِكَ فِي عُنُقِهِ»، به‌وضوح نمایان می‌دارد که ضمان مذکور در موثقه، نه برای اخذ رضایت وراث، بلکه برای دین است؛ زیرا در صورت ضمانت برای اخذ رضایت وراث، نه امام (علیه‌السلام) در پاسخ به پرسش از حکم این ضمان می‌فرمودند «تَكُونُ فِي سَعَةٍ مِنْ ذَلِكَ وَحِلٌّ» و از فراغت ذمه مدین سخن نمی‌راندند و نه حسن بن جهم متعاقب این پاسخ امام (علیه‌السلام)، از فرض عدم پرداخت دین از سوی ضامن می‌پرسید و نه امام (علیه‌السلام) در پاسخ او می‌فرمودند «كَانَ ذَلِكَ فِي عُنُقِهِ» و به اشتغال ذمه فرد ضامن حکم نمی‌کردند. این واقعیت نمایان می‌دارد که موضوع موثقه، ضمان مصطلح است و موثقه از عدم نیازمندی ضمان مصطلح به رضایت مضمون‌له سخن می‌راند و در ایقاعی بودن ضمان مصطلح ظهور دارد.

همچنین، از مطالب فوق نادرستی ادعای اطلاقی آشکار می‌شود که پیروان دیدگاه مشهور برای عبارت «لَهُمْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الظَّاهِرِ» می‌پندارند؛ زیرا ظهور جملات پیش از عبارت مذکور و نیز جمله پایانی این بخش از موثقه، «إِذَا كَانَ الَّذِي حَلَّلَكَ، يَضْمَنُ لَكَ عَنْهُمْ رِضَاهُمْ، فَيَحْمِلُ لِمَا ضَمَنَ لَكَ»، در ضمان مصطلح ایقاعی، قرائنی مانع امکان سخن از پندار اطلاق ادعا شده هستند؛ چنان‌که

اندک التفات به بیان این عبارت امام (علیه السلام)، «فَأَمَّا بَيْنَكَ وَبَيْنَ اللَّهِ، فَأَنْتَ مِنْهَا فِي حِلٍّ»، پس از بیان جمله «لَهُمْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الظَّاهِرِ»، نمایان می‌دارد که امام (علیه السلام) حکم موردی را بیان می‌کنند که مضمون<sup>۱</sup> عنه، دلیلی - مانند بینه - برای اثبات وقوع ضمان و برائت ذمه خود برابر وراثت ندارد در حالی که در عالم واقع، ضمان واقع و برائت ذمه وی حاصل شده است. از این رو عبارت «لَهُمْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ الظَّاهِرِ»، فاقد اطلاق و به ضمان مصطلح ایقاعی در فرض فقدان بینه اختصاص دارد. این واقعیت، ناپذیرفتنی بودن این پندار را نیز آشکار می‌سازد که تأویل روایت به ضمان بدون رضایت در فرض فقدان بینه، بر ضمان برای اخذ رضایت اولویت ندارد (نجفی، بی تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۵).

#### و. صحیحہ حبیب خثعمی<sup>۱</sup>

از اینکه امام (علیه السلام) در پاسخ به این پرسش که مستودع فاقد مال در فرض فقدان اجازه ودیعه‌گذارنده، به شرط اخذ ضمان و شهادت می‌تواند از مال ودیعه بردارد، برداشت از مال ودیعه را برای مستودع بدون اشاره به لزوم اخذ رضایت مضمون<sup>۲</sup> له (ودیعه‌گذارنده) تجویز می‌کنند، نمایان است که تحقق ضمان به اخذ رضایت مضمون<sup>۳</sup> له منوط نیست. از این رو صحیحہ بر عدم اشتراط رضای مضمون<sup>۴</sup> له و در نتیجه، ایقاع بودن ضمان ظهور دارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۲).

#### نقد و بررسی

برخی از فقیهانی که ضمان را عقد می‌پندارند، استدلال به صحیحہ حبیب خثعمی را مانند موثقہ حسن بن جهم برای اثبات ایقاع بودن ضمان، حاصل غفلت و خود روایت را مورد اعراض اصحاب می‌خوانند، مفاد آن را مخالف قواعد و اجماع می‌شمارند و ضمان مذکور را در آن، از محل نزاع بیرون می‌دارند؛ بدین توجیه که ظاهر متن روایت، مصداق تصرف در مال غیر بدون اذن مالک مال است و ضمان مذکور در آن، خلاف ضمان مصطلح، متضمن برائت ذمه مستودع مدین نسبت به مال

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ زَيْدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَبِيبِ الْخَثْعَمِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ قُلْتُ لَهُ الرَّجُلُ يَكُونُ عِنْدَهُ الْمَالُ وَدِيعَةٌ، يَأْخُذُ مِنْهُ بغيرِ إِذْنٍ؟ فَقَالَ لَا يَأْخُذُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ وَفَاءٌ. قَالَ قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ مِنْ يَضْمَنَهُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءٌ وَ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ الَّذِي يَضْمَنُهُ، يَأْخُذُ مِنْهُ؟ قَالَ نَعَمْ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص. ۸۶).

مودع غریم و نقل ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن نیست. از این رو صحیحه تنها بر این مطلب دلالت دارد که مستودع فاقد مال در صورتی می‌تواند از مال ودیعه بردارد که فردی تعهد دهد که مستودع پس از برداشت از مال ودیعه، آن را پرداخت می‌کند و بی‌تردید چنین موردی، بر وجود اذن مودع، محمول است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۳۹۴؛ نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص. ۱۲۶).

اندک درنگ در متن صحیحه نمایان می‌دارد که مورد سخن، فرض فقدان اذن ودیعه‌گذار است، ولی مفاد آن، تجویز کلی تصرف در مال غیر نیست؛ زیرا امام (علیه‌السلام) در پاسخ خود به صراحت از اخذ مال غیر نهی می‌کند؛ اگرچه این قاعده کلی را با استثنایی همراه می‌دارد که «لَا يَأْخُذُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ وَفَاءٌ». ادعای منتقدان صحیحه بر اینکه ضمان مذکور در آن، از ضمان مصطلح، جدا و از محل نزاع، بیرون است، خلاف ظاهر عبارات صحیحه و فاقد دلیل است و از پذیرش پیشینی عقد پنداشتن و ناقل شمردن ضمان و حصر ضمان در آن دو نشئت می‌گیرد.

### ۳. دیدگاه برگزیده

بررسی دو دیدگاه مذکور درباره قالب‌شناسی عمل فقهی و حقوقی ضمان در گستره ادبیات مکتوب فقه شیعه از این واقعیت پرده برمی‌دارد که اختلاف درباره عقد یا ایقاع خواندن ضمان به پذیرش این پندار حصرگرایانه برمی‌گردد که انشای اعمال فقهی و حقوقی، صرفاً و صرفاً، در تقسیم دوگانه عقد و ایقاع محصور است و فرض و قسم سومی برای قالب انشای اعمال فقهی و حقوقی قابل تصور نیست. از این رو هر عمل فقهی و حقوقی، برای همیشه، صرفاً در یکی از دو قالب مذکور عقد یا ایقاع انشا می‌شود. پذیرش انشا در یک قالب، نافی همیشگی انشای آن در قالب دیگر است؛ پنداری که در گذر زمان، بخشی از سنت و قواعد عمومی ادبیات فقه معاملات شیعه را سامان داده است.

از توجه به استقرایی و اجتهادی بودن و عقلی و تعبدی نبودن حصر تحقق و انشای اعمال فقهی و حقوقی در یکی از دو قالب عقد و ایقاع و الثفات به این واقعیت که امروزه گاه برخی از اعمال فقهی و حقوقی که در گستره فقه معاملات اعتبار می‌یابند، تفسیر قالب‌شناختی متعارف سنتی، بر قامت آن‌ها چندان راست نمی‌آید و قالب تحقق آن‌ها از چنان ظرفیتی برخوردار است که می‌توان آن‌ها را در هر دو قالب سنتی عقد و ایقاع معین واقع ساخت. عنایت به عرفی بودن معاملات و حاکمیت اراده در تحقق اعمال فقهی و حقوقی و اصل آزادی اراده و نیز اذعان به فقدان نصی

خاص که به مدد آن بتوان تفسیر قالب شناختی ضمان را به صورت حصری بیان داشت و به تعیین قالب شرعی آن دست یافت، به همراه درنگ در نقد و بررسی مبانی هریک از دو دیدگاه مشهور و غیر مشهور، این دیدگاه را به اثبات می‌رساند که تعیین قالب تحقق ضمان را باید در نحوه اراده کسانی جست که به انشای ضمان مبادرت می‌ورزند و بر تحقق آن توافق می‌کنند. متعاملان می‌توانند عمل فقهی و حقوقی ضمان را حسب اراده خویش در هریک از دو قالب عقد و ایقاع محقق سازند؛ گاه آن را به صورت عقد - با یک ایجاب و یک قبول یا یک ایجاب و دو قبول - و گاه به صورت ایقاع - بدون شرط یا با شرط رضایت مضمون‌له - انشا کنند.

در سنت ادبیات فقه امامیه، نحوه اراده متعاملان برای انشای عمل فقهی و حقوقی، معیار بازشناسی دو قالب عقد و ایقاع از یکدیگر است. از این رو، شیوه ابراز اراده متعاملان و نحوه انشای ضمان از سوی آنان، چگونگی تصور یکی از دو قالب عقد یا ایقاع برای ضمان و مرز بین عقد و ایقاع بودن ضمان را نمایان می‌دارد. ابراز اراده هر دو طرف عمل فقهی و حقوقی ضمان به صورت انشایی، آن را عقد می‌سازد و انشایی بودن ابراز اراده تنها یکی از دو طرف ضمان، آن را ایقاع قرار می‌دهد.

بنابراین، دیگر نمی‌توان ضمان‌های مصطلحی که در معاملات مدنی و تجاری و روابط اقتصادی عصر حاضر انشا و انعقاد می‌یابند، مطابق دیدگاه مشهور دانشیان فقه شیعه، با روی نهادن به تفسیر قالب شناختی متعارف سنتی، در قالب معهود عقد محصور داشت، همه آن‌ها را عقد شمرد و تحقق آن‌ها را در غیر قالب متعارف عقد مردود پنداشت؛ چنان‌که ایقاع خواندن ضمان نیز این امر را باعث نمی‌شود که انعقاد ضمان را در قالب عقد، منتفی به شمار آورد، بلکه ضمان مصطلحی که امروزه در بازار تجارت و اقتصاد انعقاد می‌یابد، این توانایی را دارد که حسب مورد، وفق اراده کسانی که در تحقق و انشای آن سهیم هستند، در هریک از دو قالب عقد و ایقاع به شرح مذکور فوق تحقق یابد و این، خواست متعاملان است که حسب اراده آنان، عقد یا ایقاع بودن ضمان مصطلح را تعیین می‌بخشد؛ هرچند در مواردی خاص، شرایط خارجی و اراده قانون‌گذار نیز در هدایت طرفین قرارداد برای گزینش قالب انشای ضمان اثرگذار است.

### نتیجه‌گیری

مطالعه قالب شناختی ضمان در گستره ادبیات مکتوب فقه شیعه نمایان می‌دارد که ادعای اجماع و

شهرت برای عقد خواندن ضمان از واقعیت تاریخی بهره‌ای ندارد. مبانی عقلی و مستندات روایی دیدگاه مشهور نیز دلالتی فراتر از امکان انشای ضمان را در قالب عقد نشان نمی‌دهد تا بتوان با اتکا به توانایی و کفایت آن، حصر انشای ضمان را در قالب عقد تفسیر کرد.

دیدگاه ایقاع خواندن ضمان نیز مانند دیدگاه عقد شمردن ضمان، دارای پیشینه‌ای دیرین و به وجوه عقلی، معتضد و از مستند قوی روایی برخوردار است و خلاف پندار فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، تردیدی در حجیت سندی روایاتی وجود ندارد که در ایقاع بودن ضمان ظهور دارند. این روایات مورد اعراض نیستند و اصحاب فقهای امامیه اعم از مشهور و غیرمشهور در غیر جهت قالب‌شناسی، به آن‌ها عمل کرده‌اند و نمی‌توان درباره صدور این روایات، ادعاهایی مانند قضیه فی‌الواقع را طرح کرد یا درباره دلالت آن‌ها از وجود تعارض مستقر و غیرمستقر سخن راند.

روایاتی که به آن‌ها برای عقد یا ایقاع خواندن ضمان استناد می‌شود، در واقع، یا قضایایی جزئی یا قضایای مهمله‌ای هستند که جز در جزئی بودن ظهوری ندارند و نوعاً در مواجهه با یکدیگر، فاقد جهات تعارض مستقر و غیرمستقر هستند و این خود، عدم تنافی و نیز امکان سخن از عقدی و ایقاعی بودن قالب ضمان مصطلح حسب اراده متعاملان بدون حصرداشت انشای ضمان در یکی از آن دو قالب را توجیه می‌کند.

آن دسته از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور که ضمان را صرفاً عقد می‌پندارند و به نقد مستندات دیدگاه ایقاع بودن روی می‌آورند، هیچ‌گاه خود دلیلی مستقل برای اثبات حصر انشای ضمان در قالب عقد و عدم امکان انشای آن در قالب ایقاع ارائه نمی‌دهند؛ چنان‌که فقیهان پیرو دیدگاه ایقاع خواندن ضمان نیز دلیلی بیان نمی‌دارند که حصر انشای ضمان را در قالب ایقاع به اثبات رساند.

بررسی آثار مکتوب پیروان هریک از دو دیدگاه مذکور، از این واقعیت حکایت دارد که فقیهان هر دو دیدگاه، به تأثیر و تأسی از این پندار متداول و رایج که انشای اعمال فقهی و حقوقی محصول اراده، برای همیشه، صرفاً و تنها در یکی از دو قالب عقد و ایقاع، ممکن و محصور است، یکی از دو قالب عقد یا ایقاع را برای عمل فقهی و حقوقی ضمان برمی‌گزینند.

بی‌شک پذیرش پندار حصر انشا و تحقق اعمال ارادی فقهی و حقوقی در یکی از دو قالب ایقاع و عقد، امکان پذیرش هر دو قالب عقد و ایقاع را برای انشای ضمان سلب می‌کند و در معارض و منافی دیدن روایات باب قالب‌شناسی ضمان با یکدیگر مؤثر است و بی‌تردید امکان این تفسیر هم‌گرایانه بین روایات مذکور را می‌زداید که هر دسته از روایات مورد استناد، عهده‌دار بیان

یکی از دو قالب انشای ضمان است.

از این رو همراهی مطالب فوق با لحاظ این واقعیت که اعمال فقهی و حقوقی، اعتباراتی عرفی هستند و تحت حاکمیت اراده و اصل آزادی اراده قرار دارند و اراده، مهم‌ترین و اصلی‌ترین رکن اعمال فقهی و حقوقی است و حصر انشای اعمال ارادی فقهی و حقوقی به یکی از دو قالب عقد و ایقاع، امری اجتهادی و استقرایی و نه عقلی محض و تعبدی صرف است و نص شرعی خاصی نیز موجود نیست تا بتوان به استناد تنصیص یا ظهور و دلالت آن، حصر و انشای همیشگی هر عمل فقهی و حقوقی ارادی را تنها و تنها در یکی از دو قالب عقد و ایقاع استنباط و از آن دفاع کرد تا در پرتوی آن، به تعیین قالب حصری شرعی و همیشگی انشای ضمان دست یافت و از حصر انشای همیشگی ضمان در یکی از دو قالب عقد و ایقاع به‌طور قاطع سخن راند، جملگی این فرضیه را به اثبات می‌رساند که عمل حقوقی ضمان، فاقد قالب حصری عقد یا ایقاع است و توانایی انشا در هر دو قالب را دارد. تعیین هریک از این دو قالب، به نحوه اراده انشایی طرفینی وابسته است که به انشای ضمان مبادرت می‌ورزند.

## منابع

- (۱) قرآن کریم.
- (۲) آل عصفور، حسین بن محمد (بی تا). الانوار اللوامع (جلد ۱۲). قم: مجمع البحوث العلمیة.
- (۳) اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده والبرهان (جلد ۹). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۴) اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). زبدة البیان فی احکام القرآن. چاپ ۱، تهران: کتاب فروشی جعفری.
- (۵) اشتهااردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (جلد ۲۸). چاپ ۱، تهران: اسوه.
- (۶) بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (جلد ۲۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۷) حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (جلد ۱۸). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- (۸) حکیم، سید محسن (۱۴۳۰ق). مستمسک العروة (جلد ۱۳). چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- (۹) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة (جلد ۵). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۱۰) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- (۱۱) خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). مبانی العروة (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دارالعلم.
- (۱۲) خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). معجم رجال الحديث (جلد ۲۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه احیای آثار شیعه.
- (۱۳) سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مذهب الاحکام (جلد ۲۰). چاپ ۴، قم: المنار.
- (۱۴) سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۱۵) سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع (جلد ۲). چاپ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- (۱۶) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة (جلد ۴). چاپ ۱، قم: داوری.
- (۱۷) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام (جلد ۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- (۱۸) صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (جلد ۳). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۱۹) طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (جلد ۹). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- (۲۰) طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین (جلد ۶). چاپ ۳، تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
- (۲۱) طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، الف). تهذیب الاحکام (جلد ۶). چاپ ۴، تهران: اسلامیة.
- (۲۲) طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، ب). الخلاف (جلد ۳). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۲۳) عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه (جلد ۱۶). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۲۴) فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد (جلد ۲). چاپ ۱، قم: اسماعیلیان.
- (۲۵) فیومی، احمد بن محمد (بی تا). المصباح المنیر (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دارالرضی.

- (۲۶) کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد (جلد ۵). چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
- (۲۷) کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۵). چاپ ۴، تهران: اسلامیه.
- (۲۸) کاظمی، جواد بن سعد (بی تا). مسالک الافهام الی آیات الاحکام (جلد ۳). بی جا.
- (۲۹) مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۴ق). مرآة العقول (جلدهای ۱۹ و ۲۳). چاپ ۲، تهران: اسلامیه.
- (۳۰) مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۶ق). ملاذالخیار (جلد ۹). چاپ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- (۳۱) نجفی، محمد حسن (بی تا). جواهر الکلام (جلد ۲۶). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- (۳۲) نوری، حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل (جلد ۱۳). چاپ ۱، بیروت: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
- (۳۳) یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (محشی) (جلد ۵). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Al Asfour, Hossein ibn Mohammad (n.d.). al-Anwār al-Lawāmi' (Vol. 12). Qom: Majma' al-Buhuth al-Ilmiyah [in Arabic].
- 3) Amili, Seyyed Javad ibn Mohammad (1419 AH/1998). Miftāḥ al-Karāmah (Vol. 16) (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- 4) Ardabili, Ahmad ibn Mohammad (1403 AH/1983). Majma' al-Fā'idah wa-al-Burhān (Vol. 9) (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- 5) Ardabili, Ahmad ibn Mohammad (n.d.). Zubdat al-Bayān fī Aḥkām al-Qur'ān (1st ed.). Tehran: Jafari Bookstore [in Arabic].
- 6) Bahrani, Yousef ibn Ahmad (1405 AH/1985). al-Ḥadā'iq al-Nādirah (Vol. 21) (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- 7) Eshtehardi, Ali Panah (1417 AH/1996). Madārik al-'Urwah (Vol. 28) (1st ed.). Tehran: Osveh [in Arabic].
- 8) Fakhr al-Muhaqqiqin, Mohammad ibn Hasan (1387 AH/1967). Īdāḥ al-Fawā'id (Vol. 2) (1st ed.). Qom: Esmaeilian [in Arabic].
- 9) Fayoumi, Ahmad ibn Mohammad (n.d.). al-Miṣbāḥ al-Munīr (Vol. 2) (1st ed.). Qom: Dar al-Razi [in Arabic].
- 10) Hakim, Seyyed Mohsen (1430 AH/2009). Mustamsak al-'Urwah (Vol. 13) (1st ed.). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi [in Arabic].
- 11) Hilli (Allamah), Hasan ibn Yousef (1413 AH/1992). Mukhtalaf al-Shī'ah (Vol. 5) (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- 12) Hilli (Allamah), Hasan ibn Yousef (1420 AH/1999). Taḥrīr al-Aḥkām (Vol. 2) (1st ed.). Qom: Imam Sadiq (A.S.) Institute [in Arabic].
- 13) Hurr Amili, Mohammad ibn Hasan (1409 AH/1989). Wasā'il al-Shī'ah (Vol. 18) (1st ed.). Qom: Al al-Bayt (A.S.) Institute [in Arabic].
- 14) Karaki, Ali ibn Hossein (1414 AH/1993). Jāmi' al-Maqāṣid (Vol. 5) (2nd ed.). Qom: Al al-Bayt (A.S.) Institute [in Arabic].
- 15) Kazemi, Javad ibn Saad (n.d.). Masālik al-Afhām ilā Āyāt al-Aḥkām (Vol. 3). [n.p.] [in Arabic].
- 16) Khoei, Seyyed Abolqasem (1409 AH/1989). Mabānī al-'Urwah (Vol. 2) (1st ed.). Qom: Dar al-Elm [in Arabic].
- 17) Khoei, Seyyed Abolqasem (n.d.). Mu'jam Rijāl al-Ḥadīth (Vol. 21) (1st ed.). Qom: Shia Works Revival Institute [in Arabic].
- 18) Koleyni, Mohammad ibn Yaqoub (1407 AH/1987). al-Kāfi (Vol. 5) (4th ed.). Tehran: Eslamiyeh [in Arabic].
- 19) Majlesi, Mohammad Baqir (1404 AH/1984). Mir'āt al-'Uqūl (Vols. 19 & 23) (2nd ed.). Tehran: Eslamiyeh [in Arabic].
- 20) Majlesi, Mohammad Baqir (1406 AH/1986). Malādh al-Akhyār (Vol. 9) (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library [in Arabic].
- 21) Najafi, Mohammad Hasan (n.d.). Jawāhir al-Kalām (Vol. 26) (7th ed.). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi [in Arabic].
- 22) Nouri, Hossein (1408 AH/1988). Mustadrak al-Wasā'il (Vol. 13) (1st ed.). Beirut: Al al-Bayt (A.S.) Institute [in Arabic].

- 23) Sabzevari, Mohammad Baqir ibn Mohammad (1423 AH/2002). Kifāyat al-Aḥkām (Vol. 1) (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- 24) Sabzevari, Seyyed Abdolaali (1413 AH/1992). Muḥadhdhab al-Aḥkām (Vol. 20) (4th ed.). Qom: al-Manar [in Arabic].
- 25) Sadouq, Mohammad ibn Ali (1413 AH/1992). Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh (Vol. 3) (2nd ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- 26) Shahid Sani, Zayn al-Din ibn Ali (1410 AH/1990). al-Rawḍah al-Bahiyah (Vol. 4) (1st ed.). Qom: Davari [in Arabic].
- 27) Shahid Sani, Zayn al-Din ibn Ali (1413 AH/1992). Masālik al-Afhām (Vol. 4) (1st ed.). Qom: Islamic Educational Institute [in Arabic].
- 28) Siyouri, Miqdad ibn Abdollah (1404 AH/1984). al-Tanqīḥ al-Rā'ī (Vol. 2) (1st ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library [in Arabic].
- 29) Tabatabaei, Seyyed Ali (1418 AH/1997). Riyāḍ al-Masā'il (Vol. 9) (1st ed.). Qom: Al al-Bayt (A.S.) Institute [in Arabic].
- 30) Torahi, Fakhr al-Din (1416 AH/1995). Majma' al-Baḥrayn (Vol. 6) (3rd ed.). Tehran: Mortazavi Bookstore [in Arabic].
- 31) Tusi, Mohammad ibn Hasan (1407 AH/1987, a). Tahdhīb al-Aḥkām (Vol. 6) (4th ed.). Tehran: Eslamiyeh [in Arabic].
- 32) Tusi, Mohammad ibn Hasan (1407 AH/1987, b). al-Khilāf (Vol. 3) (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- 33) Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1419 AH/1998). al-'Urwah al-Wuthqā (Muḥashshā) (Vol. 5) (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی