



## تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه چهل و نهم؛ یکشنبه ۱۳۹۶/۱۰/۱۷

### بررسی صحّت ضمان در جایی که دینی بر عهده مضمون عنه ثابت نباشد

فرع دیگر آن است که کسی هنوز ذمه‌اش مشغول نشده باشد و ضامن به شخص دیگری بگوید - چه مطلقاً و چه معلقاً بر شرطی - اگر دینی بر عهده او بیاید من می‌پردازم؛ مثلاً ضامن بگوید اگر به زید قرض بدهی، من ضامن او می‌شوم و ذمه من هم مشغول باشد، با اینکه هنوز دینی و اشتغال ذمه‌ای نسبت به زید حاصل نشده است.

**مثال دیگر** اینکه تجاری که از کشورهای خارجی جنس وارد کشور می‌کنند، معمولاً پول را نقداً نمی‌پردازند بلکه از طریق بانک‌ها «ال سی»<sup>۱</sup> یا همان اعتبارنامه باز می‌کنند و تا این «ال سی» را نداشته باشند، فروشنده اصلاً جنسی به آنها نمی‌فروشد. پس در حقیقت بانک ضمانت آن شخص را می‌کند که اگر نتوانست پول را پرداخت کند، بانک آن را می‌پردازد، با اینکه آن شخص هنوز معامله‌ای نکرده و ذمه‌اش مشغول نشده است.

آیا ضمان در این موارد شرعی است و ضامن ملزم به پرداخت دین - چه مطلقاً و چه به نحو مشروط - می‌باشد و یا اینکه ضمان شرعی نیست و اگر احیاناً بعداً بانک یا هر تضمین کننده دیگری ابا کرد و دین را نپرداخت، مرتکب خلاف شرع نشده بلکه نهایت خلاف و عد عمل کرده است؟

در این فرع دو صورت متصور است: گاهی ضامن به کسی که می‌خواهد دین بدهد و دائن شود، امر می‌کند که به فلانی دین بده - چه تحت عنوان قرض و چه تحت عنوان فروش نسبه مثلاً - و من تضمین

۱. «lc» مخفف «Letter of Credit» و به معنای اعتبارنامه می‌باشد.

می‌کنم و دائن هم قبول می‌کند. و گاهی به او امر نمی‌کند بلکه به نحو **مشروط** می‌گوید اگر به فلانی قرض بدهی، من ضامن هستم که اگر نپرداخت، دین تو را بپردازم. البته می‌شود ضامن در عرض مضمون<sup>۱</sup> عنه هم ضامن بشود، ولی ظاهراً این روش فعلاً معمول نیست.

### الف: امر به ضمان در جایی که هنوز ذمه‌ای مشغول نشده

در صورت اول که ضامن امر به پرداخت دین می‌کند و ضمانش را به عهده می‌گیرد و دائن هم قبول می‌کند، **عقد صادق** بوده و مانعی وجود ندارد - چه ضمان را به نحو نقل ذمه قصد و انشاء کرده باشد و چه به نحو ضم<sup>۲</sup> ذمه، و نیز چه ضمان منجز باشد و چه معلق - چراکه هم ایجاب و هم قبول دارد. و صدق عقد در این صورت، روشن‌تر از صورتی است که دینی از قبل بر ذمه مدیون ثابت باشد؛ زیرا در صورت قبل، مضمون<sup>۱</sup> له چیزی را از مضمون<sup>۱</sup> عنه طلب‌کار بود و ضامن با ضمانتی که می‌کرد، ذمه خود را مشغول به مضمون<sup>۱</sup> له می‌کرد و دیگر کار اضافه‌ای انجام نمی‌داد، برخلاف ما نحن فیه که هنوز ذمه مضمون<sup>۱</sup> عنه مشغول نشده و کسی حاضر نشده به او دین بدهد و ضامن امر به پرداخت دین به او می‌کند و ضمانش را به عهده می‌گیرد، لذا می‌توان گفت در اینجا التزام دو طرفه وجود دارد و صدق عقد روشن‌تر است و دلیلی بر عدم ممضی بودن آن وجود ندارد. به هر حال چون در ما نحن فیه عقد صادق بوده، تحت شمول «اوفوا بالعقود» قرار می‌گیرد و بیش از این هم در حکم به صحت لازم نیست.

بله، در بعضی از روایات وارد شده است که «لا طلاق الا بعد النکاح»، «لا عتق الا بعد الملك» یا «لا صدقة الا بعد الملك» اما اولاً: این روایات مربوط به موارد خاصی است؛ نکاح، عتق و صدقه. ثانیاً: مورد این روایات جایی است که عقد صادق نیست؛ مثلاً اگر مردی قبل از اینکه ازدواج کند بگوید «هر چه زن گرفتم طالق باشد»، عقدی صادق نیست بلکه ایقاعی است که قبل از تحقق عقد نکاح واقع شده است و دلیلی بر صحت چنین طلاق و وجود ندارد، بلکه دلیل صحت آن را نفی می‌کند. همچنین است جایی که بگوید «هر عبدی که مالک شدم حرّ باشد» یا «هر چه بیشتر از فلان مقدار مالک شدم، صدقه باشد». پس در این موارد عقد صادق نیست، برخلاف ما نحن فیه که عقد صادق است و همان‌طور که گفتیم، «اوفوا بالعقود» شامل همه<sup>۱</sup> عقود می‌شود و لازم نیست حتماً عقد تجاری باشد و حتی چه بسا بتوان گفت در ما نحن فیه عقد تجاری بالمعنی الاعم صادق است.<sup>۲</sup>

۲. ما نحن فیه با وعد ابتدایی تفاوت دارد. وعد ابتدایی مانند اینکه کسی ابتدائاً به دیگری بگوید ذمه من به اندازه صد هزار تومان برای شما

در اینجا جهت دیگری هم وجود دارد که خیلی مربوط به بحث نیست و آن اینکه اگر ضامن به کسی که بناست دائن شود، بگوید به فلانی دین بده - به عنوان قرض یا به عنوان دیگر - و اگر اصلاً یا تا فلان زمان نپرداخت، من ضامن هستم و علاوه بر اصل دین، مثلاً پنج درصد هم اضافه بر می‌گردانم، آیا این زیادت ربا و حرام است و یا اینکه ربا نیست؟

حکم این مسئله منوط به آن است که از ادله ربا چه چیزی را استظهار کنیم. اگر استظهار کردیم فقط شرط زیاده‌ای که به نفع مقرض و علیه مستقرض باشد حرام است، در اینجا زیادت مانعی ندارد و ربا نیست؛ زیرا در ما نحن فیه هرچند زیادت به نفع مقرض است اما علیه مستقرض نیست بلکه علیه ضامن می‌باشد. ولی اگر از ادله ربا استظهار کردیم هر نوع زیاده‌ای که به نفع مقرض و از ناحیه قرض باشد رباست، زیادت ربا می‌شود؛ چون این زیادت به نفع مقرض بوده و از ناحیه قرض است. البته آنچه گفتیم طرح ابتدایی در مسئله است و نظر نهایی منوط به بررسی دقیق روایات باب قرض و رباست.

### تأییدی بر صحت ضمان در فرض مذکور

همان‌طور که گفتیم، اگر ضامن به دائن بگوید به فلانی قرض بده و ضمانش بر عهده من باشد، چنین ضمانی صحیح است؛ چراکه عقد صادق بوده و مشمول عموم «اوفوا بالعقود» است، هرچند اشتغال ذمه‌ای از قبل ثابت نبوده باشد. مؤید این مطلب، مسئله‌ای است که بلاخلاف بین المسلمین همه حکم به صحت آن کرده‌اند و در کلمات سید یزدی رحمته‌الله و دیگران هم وجود داشت و آن اینکه: اگر یکی از افرادی که در کشتی سوار است به خاطر خوف غرق شدن به دیگری بگوید: «اجناست را در دریا بینداز و ضمانش بر عهده من» همه پذیرفته‌اند چنین ضمانی صحیح است با اینکه هیچ اشتغال ذمه‌ای از قبل نسبت به هیچ کس وجود ندارد. بنابراین عقد و اشتغال ذمه در این مسئله، به صرف امر ضامن به إلقاء متاع در دریا حاصل می‌شود. ما نحن فیه نیز از این جهت چنین می‌باشد و اشتغال ذمه ضامن به سبب امر به پرداخت قرض و به عهده

---

مشغول باشد، بدون اینکه اسبابی برای اشتغال ذمه وجود داشته باشد. در چنین جایی عقد صادق نیست، برخلاف ما نحن فیه که عقد صادق است. و حتی در موارد وعد ابتدایی هم اگر اجماع بر خلاف وجود نداشت، چه بسا عده‌ای ملتزم به صحت آن می‌شدند؛ زیرا خیلی‌ها گفته‌اند اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» و امثال آن اقتضاء دارد که به وعد ابتدایی هم عمل شود، الا اینکه اجماع یا سیره عملی وجود دارد وعد ابتدایی واجب الوفاء نیست.

به نظر ما هم این اجماع یا سیره عملی، در مورد وعد ابتدایی وجود دارد؛ چه با فرض اشتغال ذمه باشد و چه بدون آن. به هر حال حتی اگر در بعض موارد وعد، عرفاً عقد صادق باشد دلیلی بر عدم صحت وجود ندارد؛ چراکه اجماع، دلیل لثمی است و باید قدر متیقن آن را اخذ کرد و قدر متیقن از اجماع هم جایی است که عقد صادق نباشد.

گرفتن ضمان آن حاصل می‌شود، بدون اینکه اشتغال ذمه‌ای از سابق وجود داشته باشد.<sup>۳</sup>

### ب: ضمان تعلیقی در جایی که هنوز ذمه‌ای مشغول نشده

فرع دیگری که در اینجا مطرح می‌شود آن است که اگر ضامن، امر به پرداخت دین نکند بلکه چنین بگوید: «اگر به زید تا فلان مبلغ قرض بدهی، من ضامن هستم که اگر اصلاً یا تا زمان خاصی پرداخت نکرد، دین تو را بپردازم». آیا چنین ضمانتی صحیح است؛ چه به نحو نقل ذمه باشد و چه به نحو ضم ذمه؟ البته باید توجه داشت در تمام این فروعی که در مسئله مطرح کردیم، فرض آن است که سایر شروط معتبر در عقد موجود باشد؛ مثلاً اگر گفتیم غرر در همه عقود مضر است، غرر وجود نداشته باشد، قدرت بر تسلیم باشد و... .

در این فرع هم به نظر می‌آید اگر کسی که قرار است قرض بدهد، ضمان آن شخص را قبول کند، عقد صادق بوده و مشمول عموم «اوفوا بالعقود» است، ولو اینکه شرط تنجیز وجود ندارد و معلق می‌باشد - چون گفته اگر قرض دادی - و چیزی نظیر جعاله می‌باشد که کسی مثلاً به نحو خاص به زید می‌گوید یا به نحو عام اعلام می‌کند که هر کسی خانه من را بسازد، فلان مبلغ به او می‌دهم یا اگر دابه من را رد کند، فلان مبلغ به او می‌دهم. در ما نحن فیه هم ضامن می‌گوید: اگر به فلانی قرض دادی، من قرضت را ضمانت می‌کنم.

البته نمی‌خواهیم بگوییم ما نحن فیه از موارد جعاله است؛ زیرا در جعاله باید جعلی وجود داشته باشد که به نفع عامل باشد، اما در ما نحن فیه چیزی به نفع مقرض نیست و مقرض فقط قرضی را که داده به دست می‌آورد، بلکه مقصود این است که از جهت صدق عقد، نظیر جعاله می‌باشد، لذا مشمول «اوفوا بالعقود» بوده و حکم به صحّت آن می‌شود.

بله در صورتی که ضامن بگوید اگر مدیون دین را نپرداخت، من علاوه بر اصل قرض، مبلغ اضافی هم می‌پردازم، در این فرض شکی نیست که جعاله صادق است؛ زیرا عقد مشتمل بر جعلی می‌باشد که به نفع

---

۳. باید توجه داشت که در این دو مسئله، تعلیق فعلی وجود ندارد؛ زیرا ضامن امر به پرداخت دین می‌کند و می‌گوید ضمانت بر عهده من یا امر امر به القاء متاع در دریا می‌کند و ضمانت را بر عهده می‌گیرد. بله، در هر دو مسئله تا مأمور به محقق نشود، ضمانی وجود ندارد، اما این به معنای تعلیق نیست و عقد ضمان منجز می‌باشد. بله در هر دو مسئله، کأن در لباب تعلیقی وجود دارد؛ چراکه می‌گوید «اگر این عمل را انجام دادی و متاع را در دریا انداختی، من ضامن هستم» یا می‌گوید «اگر به فلانی قرض دادی من ضامنم»، اما تعلیق فعلی در هر جا وجود ندارد؛ چون قبول آن به فعل است و انشاء آن به امر، و امر که معلق بر چیزی نیست و قبول فعلی هم که روشن است. و اگر گفته شود به هر حال در لباب تعلیق دارد، پاسخ آن است که چنین تعلیقی به سیره عقلانیه مضاعه، مشکلی ندارد.

قرض دهنده است، اما باز شبهه ربا مطرح می‌شود که آیا چنین جعاله‌ای که نتیجه‌اش نفع برای مقرض است، مشتمل بر ربا می‌باشد یا خیر؟

قضاوت در این جهت هم منوط به بررسی روایات باب قرض و ربا است که آیا از آنها استظهار می‌شود فقط شرط زیاده‌ای که به نفع مقرض و علیه مستقرض باشد موجب رباست که در این صورت در فرض ما ربا صادق نیست، اما اگر استظهار کردیم هر نوع زیاده‌ای که به نفع مقرض و از ناحیه قرض باشد رباست، در این صورت جعاله مشتمل بر ربا می‌باشد.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی