



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسے طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۷-۱۳۹۶

جلسه پنجاهم؛ دوشنبه ۱۳۹۶/۱۰/۱۸

از آنچه تا کنون بیان کردیم، حکم بعض فروع دیگر مسئله نیز روشن می‌شود و نیازی به بحث جداگانه‌ای ندارد. از جمله آنچه که سید یزدی رحمته در شرط هشتم ضمان ذکر فرموده‌اند.

اشترط اشتغال فعلی ذمه مضمون عنه در صحت ضمان و مناقشه سید یزدی رحمته در آن

هشتمین شرطی که سید یزدی رحمته^۱ از جانب مشهور برای ضمان ذکر فرموده آن است که دینی را که ضامن ضمانت می‌کند، باید از قبل در ذمه مضمون عنه ثابت باشد؛ چه این دین مستقر باشد مانند قرضی که گرفته یا عوضین در بیعی که خیار ندارد و چه این دین متزلزل باشد مانند ضمان احد العوضین در بیع خیاری و اما اگر کسی هنوز ذمه‌اش مشغول نشده باشد، دیگری نمی‌تواند ضامنش شود و مثلاً بگوید اگر دین گرفتی، ضمانش بر عهده من باشد و یا اینکه مثلاً خطاب به مقرض یا بایع بگوید «أقرض فلاناً کذا و أنا ضامن» یا «بعه نسیئة و أنا ضامن» و چنین ضمانی بنا بر مشهور صحیح نیست و بلکه مرحوم علامه رحمته در تذکره ادعای اجماع بر عدم صحت آن کرده و فرموده است: «لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علی لم

۱. العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۷۶۲:

الثامن كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي قبل القبض و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك فلو قال أقرض فلاناً كذا و أنا ضامن أو بعه نسيئة و أنا ضامن لم يصح على المشهور بل عن التذكرة الإجماع قال لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علی لم يصح إجماعه و لكن ما ذكره من الشرط يناهض جملة من الفروع الآتية و يمكن أن يقال بالصحة إذا حصل مقتضي الثبوت و إن لم يثبت فعلاً بل مطلقاً لصدق الضمان و شمول العمومات العامة و إن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

یصح إجماعاً^۲ اگر ضامن به دیگری بگوید «هر وقت به فلانی چیزی دادی، ضمانش بر عهده من باشد»، اجماعاً صحیح نیست.

اما سید یزدی رحمته الله این شرط را نمی‌پذیرد و در کلام مشهور مناقشه کرده و می‌فرماید:

این شرطی را که مشهور ذکر کرده‌اند، با بسیاری از فروعی که بعداً خواهد آمد منافات دارد؛ چراکه در فروع مذکور، مشهور ضامن را قبول کرده‌اند با اینکه دینی بر عهده مضمون‌عنه ثابت نبوده است - پس معلوم می‌شود اجماع مذکور قطعی نیست - سپس می‌فرمایند: می‌توان قائل به صحت ضمان شد در صورتی که مقتضی برای ثبوت دین حاصل شده باشد، هر چند ثبوت فعلی نداشته باشد؛ مثلاً کسی که ازدواج کرده، مقتضی - یعنی عقد نکاح - برای ثبوت دین بر ذمه‌اش وجود دارد؛ چراکه اگر نفقه زوجه‌اش را پرداخت نکند، به عنوان دین بر ذمه‌اش می‌آید، لذا مانعی ندارد کسی ضامن نفقه برای زوجه شود.

مهم عبارت بعدی ایشان است که می‌فرمایند: و بلکه چنین ضمانی مطلقاً صحیح است هر چند مقتضی ثبوت دین هم حاصل نشده باشد؛ مثلاً کسی می‌تواند به دیگری بگوید اگر ماشین فردی را خراب کردی، ضمانش بر عهده من باشد. و در تعلیل این مطلب می‌فرمایند: اولاً: ضمان بر آن صادق است و ثانیاً مشمول عمومات عامه است، هر چند از ضمان مصطلح در نزد شیعه نباشد - اعلامی هم که بر عروه حاشیه دارند، اکثراً با این حرف سید موافقت کرده‌اند - سپس ایشان ترقی کرده و می‌فرمایند: «بل یمكن منع عدم كونه منه ايضاً»؛ و بلکه می‌توان منع کرد از اینکه ضمان مذکور - یعنی ضمانی که دینی ثابت نیست - از ضمان مصطلح در نزد شیعه نباشد، بلکه از ضمان مصطلح می‌باشد.

نقد و بررسی کلام سید یزدی رحمته الله

هر چند ما اصل کلام سید رحمته الله را قبول داریم اما نسبت به بعض فرمایشات ایشان در اینجا کلام داریم. از جمله اینکه فرمودند: حتی اگر مقتضی برای ثبوت دین هم وجود نداشته باشد، ضمان صحیح است که ما مثال زدیم به اینکه فردی به دیگری بگوید «اگر تصادف کردی، خسارت بر عهده من باشد». خدمت ایشان می‌گوییم:

۲. تذكرة الفقهاء (ط - الحديثة)، ج ۱۴، ص ۳۱۱:

مسألة ۵۰۰: يشترط في الحق المضمون به أمران...

الثاني: الثبوت في الذمة، فلو ضمن ذنباً لم يجب بعد و سيجب بقرض أو بيع أو شبههما، لم يصح.

و لو قال لغيره: ما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصح أيضاً عند علمائنا أجمع - و به قال أحمد - لأنّ الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة في التزام الدّين، فإذا

لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضمّ فيه و لا يكون ضماناً. و لأنّ الضمان شرع لوثيقة الحقّ، فلا يسبق وجوب الحقّ كالشهادة.

دلیل شما بر تصحیح ضمان غیر مصطلح در نزد شیعه، تمسک به عمومات بود که عمده نظر هم به «اوفوا بالعقود» است؛ چراکه بیان کردیم تمسک به «المؤمنون عند شروطهم» و بعض عمومات دیگر دارای اشکال است. پس اگر در جایی عقد صادق باشد، ملتزم به صحت می شویم. عقد هم گفتیم به معنای بستن است، لذا اگر در ما نحن فیه طرف مقابل هم قبول کند به گونه‌ای که عقد صادق باشد و ضامن خود را به نوعی ملتزم به پرداخت خسارت بداند و طرف مقابل هم مالک ذمه ضامن بشود ولو در ظرفی که خسارت وارد کرده، در این صورت کلام شما صحیح است و می‌توان ضمان را تصحیح کرد. اما اگر طرف مقابل قبول نکند، دیگر عقد صادق نیست، بلکه یک وعد ابتدایی است که ظاهراً اجماع و سیره متشرعه و غیر متشرعه، بر عدم وجوب وفاء به آن است.

همچنین اینکه در تعلیل مطلب فرمودند: «لصدق الضمان»، می‌گوییم: اینکه «ضمان غیر مصطلح» صادق باشد، تأثیری در حکم به صحت ندارد؛ زیرا در ما نحن فیه عمومی وجود ندارد که مشتمل بر لفظ ضمان باشد و بتوان به آن استناد کرد. روایت عامیه «الزعیم غارم» هم که ایشان ذکر کردند، سنداً ناتمام است و لعل دلالتش هم ناتمام باشد. بنابراین صدق «ضمان غیر مصطلح» تأثیری ندارد و مهم آن است که «اوفوا بالعقود» و نظایر آن قابل تطبیق باشد.

همچنین اینکه فرمودند «بل یمكن منع عدم كونه منه ايضاً» و ضمان در ما نحن فیه، از ضمان مصطلح در نزد شیعه است، این کلام هم صحیح نیست؛ زیرا همان‌طوری که خود ایشان تصریح فرمودند، ضمان در نزد شیعه به معنای «نقل ذمه الی ذمه» است که ظهور در این دارد که ذمه باید بالفعل مشغول باشد و قابلیت نقل فعلی داشته باشد، اما در ما نحن فیه هنوز ذمه‌ای مشغول نشده تا قابلیت نقل فعلی داشته باشد. بنابراین قطعاً ضمان در ما نحن فیه از ضمان مصطلح در نزد شیعه نیست. بله، ذمه‌ای که بعداً پیدا می‌شود قابلیت نقل را دارد، اما خیلی مشکل است که ادله ضمان مصطلح شامل آن شود.

این مطلب را هم تذکر دهیم که طبق مبنای مختار، بیان کردیم ضمان هم می‌تواند به نحو «نقل ذمه» باشد و هم به نحو «ضم ذمه»، و در هر دو صورت مطلق باشد و یا مشروط، اما باید توجه داشت که ضمان خسارت، در صورتی می‌تواند به نحو «نقل ذمه» باشد که مضمون‌له آن را قبول کرده باشد، و الا اگر فقط مضمون‌عنه ضمان را پذیرفته باشد، کافی در تحقق ضمان به نحو «نقل ذمه» نیست؛ به این معنا که مضمون‌له به حکم شرع همچنان می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند و چیزی از حق او کاسته نمی‌شود و ذمه مضمون‌عنه منتقل به ذمه ضامن نمی‌شود. بله اگر ضمان را به نحو «ضم ذمه» قصد و انشاء کرده باشد به این معنا که مضمون‌عنه بتواند

ضامن را الزام به ادای خسارت کند، در این صورت عقد صادق بوده و ضمان صحیح است.

بنابراین در مثل «أقرض فلاناً كذا و انا ضامن» یا «بعه نسيئةً و انا ضامن» فقط در صورتی ضمان به نحو «نقل ذمه» صحیح است که مضمون له یعنی مقرض، ضمان را قبول کرده باشد. بله، در مورد ضمان خسارت اگر فقط مضمون عنه قبول کرده باشد ولی مضمون له قبول نکرده باشد، ضمان فقط به نحو «ضم ذمه» صحیح است - البته اگر به این نحو قصد و انشاء شده باشد - و مضمون عنه می تواند ضامن را الزام به ادا کند.

ضمان اعیان مضمونة و غیر مضمونة

آنچه تا کنون بحث کردیم، عمدتاً در مورد ضمان دین بود - هرچند مثالی که سید یزدی رحمته الله ذکر کردند مقداری مشتبه بود - اما آیا ضمان اعیان هم صحیح است یا خیر؟

سید یزدی رحمته الله در مسئله ۳۷ کتاب الضمان عروه، ضمان اعیان مضمونه را مطرح کرده اند، مانند ضمان مقبوض به عقد فاسد. و در مسئله ۳۸ ضمان اعیان غیر مضمونه را مطرح کرده اند، مانند ضمان عینی که مضاربه یا ودیعه دست کسی بوده و بدون تعدی و تفریط تلف شده باشد.

ایشان در مورد ضمان اعیان مضمونه می فرمایند: دو نظر در مسئله وجود دارد؛ بعض فقهاء آن را پذیرفته اند و بعضی دیگر نپذیرفته اند و خود ایشان ضمان را می پذیرد.^۳

و در مورد ضمان اعیان غیر مضمونه می فرمایند: ضمان اعیان غیر مضمونه، بلاخلاف بین مشهور شیعه صحیح نیست. عبارت ایشان چنین است:

«أما ضمان الأعيان الغير المضمونة كمال المضاربة و الرهن و الوديعة قبل تحقق سبب ضمانها

۳. العروة الوثقى (للسيد اليزدي)، ج ۲، ص ۷۷۶.

مسألة ۳۸:

اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد و نحوهما على قولين ذهب إلى كل منهما جماعة و الأقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا و مثلها أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت و ذلك لعموم قوله عليه السلام: الزعيم غارم و العمومات العامة مثل قوله تعالى أوفوا بالعقود و دعوى أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى و أيضا لا إشكال في أن الغاصب أيضا مكلف بالرد فيكون من ضم ذمة إلى أخرى و ليس من مذهبنا و على الثاني يكون من ضمان ما لم يجب كما أنه على الأول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح و كونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت مقتضي و لا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع و إن اشتهر في الألسن بل في جملة من الموارد حكموا بصحته و في جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع.

من تعد أو تفریط فلا خلاف بینهم فی عدم صحته و الأقوی بمقتضی العمومات صحته ایضاً»^۴

هیچ خلافتی بین شیعه در عدم صحت ضمان اعیان غیر مضمونه وجود ندارد، مانند مالی که به عنوان مضاربه، رهن و یا ودیعه گذاشته می‌شود، البته قبل از اینکه سبب ضمان آنها محقق شود؛ یعنی در صورتی که آخذ تعدی و تفریط نکرده باشد. بنابراین مشهور قائل هستند مالی که به عنوان مضاربه، رهن، ودیعه و ... در اختیار دیگری گذاشته می‌شود، فرد ثالثی نمی‌تواند آن را ضمانت کند، به این معنا که بگوید اگر عین باقی بود، آن زمانی که باید عین برگردد، من آن را به تو برمی‌گردانم و در صورتی که عین تلف شده باشد، بدلش را می‌دهم. اما سید یزدی رحمته الله علیه در مقابل مشهور می‌ایستد و می‌فرماید: اقوا به حسب عمومات، صحّت ضمان اعیان غیر مضمونه است.

و اینکه سید رحمته الله علیه در مقابل «لاخلاف» ایستاده، مانعی ندارد؛ زیرا ظاهراً اینکه مشهور ادعای «لاخلاف» در اینجا کرده‌اند به این جهت بوده که چنین ضمانتی، نه «نقل ذمه» است و نه «ضمّ ذمه»؛ چراکه هنوز عین باقی است و تلف نشده پس اصلاً ذمه‌ای وجود ندارد و باید خود عین برگردد. به تعبیر دیگر چون تعدی و تفریطی که موجب به ذمه آمدن است محقق نشده، لذا ذمه معنا ندارد. بنابراین لعل مراد از «لاخلاف» این باشد که بلاخلاف ضمان معهود در نزد شیعه در اینجا وجود ندارد. علاوه آنکه معنای «لاخلاف» این نیست که همه متعرض شده‌اند و خلاف آن نگفته‌اند، بلکه به این معناست کسانی که متعرض مطلب شده‌اند، خلاف آن را نگفته‌اند و چه بسا اگر دیگران متعرض می‌شدند، ملتزم به خلاف آن می‌شدند. پس کشف نمی‌شود حکم شارع، همان چیزی باشد که «لاخلاف» بین شیعه است و چون حکم شارع کشف نمی‌شود، باید ملتزم به چیزی شد که ادله بر آن دلالت می‌کند و سید یزدی رحمته الله علیه هم می‌فرماید به دلالت عمومات، چنین ضمانتی مانعی ندارد.

به نظر ما هم کلام سید یزدی رحمته الله علیه تمام است و با تمسک به «اوفوا بالعقود» می‌توان ضمان مذکور را تصحیح کرد؛ چراکه طبق بیانی که داشتیم اگر ضامن به مودع بگوید آنچه را که پیش فلانی ودیعه گذاشتی، من ضامن هستم که در صورتی که باقی باشد عینش را ردّ کنم و در صورتی که تلف شده باشد بدلش را بدهم و مودع هم قبول کند، در این صورت عقد صادق بوده و مشمول عموم «اوفوا بالعقود» می‌باشد و تعلیق هم همان‌طور که توضیح دادیم، مضرّ به صدق عقد نیست.

۴. العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۷۷۷.

و اگر کسی اصرار داشته باشد که اشتغال ذمه حتماً باید در ضمن عقود تجاریه باشد می‌گوییم: حداقل آن است که ضامن می‌تواند تعهد به ردّ عین یا بدلش داشته باشد بدون اینکه ذمه‌اش مشغول شود. و نتیجه‌اش هم آن است که [دیگر به عنوان دین بر ذمه ضامن نمی‌آید و آثار دیون را ندارد از جمله اینکه] اگر ضامن فوت کرد، آن مال از ترکه‌اش کسر نمی‌شود، هرچند برخی در اینجا بیانی ارائه کرده‌اند که می‌توان در صورت فوت، آن مال را از ترکه برداشت که ان شاء الله بیانش خواهد آمد اما به حسب معمول، فقهاء گفته‌اند که از ترکه کسر نمی‌شود.

سید خویی رحمته الله هم این مطلب را قبول دارند و می‌فرمایند: عقد، التزام و ربط طرفینی است، اما در عین حال می‌گویند به عنوان **تعهد**، می‌تواند مشمول «اوفوا بالعقود» شود. خدمت ایشان می‌گوییم: تعهد با صرف نظر از قبول، التزام یک طرفه است و طرف مقابل التزامی علی النفس ندارد بلکه التزام له دارد، در نتیجه همان اشکال قبلی را در اینجا تکرار می‌کنیم که اگر شما واقعاً قبول دارید التزام طرفینی در صدق عقد لازم نیست، چرا ملتزم نمی‌شوید در جایی که مفاد عقد اشتغال ذمه است، عقد صادق بوده و ضمان محقق می‌شود و چنین ضمانی خلاف شرع نیست و مشمول عمومات صحت می‌باشد. دلیلی هم وجود ندارد که اشتغال ذمه حتماً باید در ضمن عقود تجاریه باشد. بله در جایی که وعد ابتدایی باشد و عقد صادق نباشد، در این صورت ذمه مشتغل نمی‌شود.

سید حکیم رحمته الله هم در مستمسک در شرح مسئله ۳۸ عروه می‌فرمایند: اگر مراد از ضمان در اعیان غیر مضمونه، صرف اشتغال ذمه باشد - که غیر از معنای مصطلح ضمان است - می‌توان ضمان مذکور را با تمسک به عمومات وفاء به شرط و عهد و امثال این دو، تصحیح کرد. در نتیجه هرگاه عین تلف شود، امین ضامن نیست بلکه ضمان بر عهده کسی است که ضمانت کرده است.^۵

به نظر ما هم کلام سید حکیم رحمته الله صحیح است و فقط باید اضافه می‌فرمودند که ضمان مذکور احتیاج به قبول مضمون له هم دارد. البته ایشان در ادامه می‌فرمایند اگر به نحو ایقاع هم باشد - یعنی مشتمل بر قبول نباشد - صحیح است.^۶ اما به نظر ما این کلام صحیح نیست و ایقاع، همان وعد ابتدایی است که اجماع و

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۴۸:

نعم إذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمة بها، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذي نحن في مباحثه و مسائله بل بمعنى محض اشتغال الذمة، فمعنى: «ضمنت الأمانة التي عند زيد»: اشغلت ذمتي بها، أمكن التمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط و العهد و نحوهما في صحة الضمان المذكور، فإذا تلفت العين لم يكن الأمين ضامناً، و كان الضامن له ضامناً بمقتضى إنشائه.

۶. همان، ص ۳۴۹:

سیره عملیه بر عدم وجوب التزام به آن است.

کلام سید حکیم رحمته در تصحیح عقد بیمه

سید حکیم رحمته در انتهای مسئله ۳۸، گریزی به عقد بیمه هم می‌زند و آن را نظیر ضمان اعیان غیر مضمونه می‌داند. حاصل فرمایش ایشان چنین است:

عقد بیمه را از دو طریق^۷ می‌توان تصحیح کرد: یکی از طریق ضمان غیر مصطلح در نزد شیعه، چراکه عقد بیمه نظیر آن است که ضامن به مودع می‌گوید آنچه را که پیش ودعی امین گذاشته‌ای، اگر خسارتی از جانب ودعی بر آن وارد شد، من ضامنم و می‌پردازم. عقد بیمه هم چنین است که بیمه کننده می‌گوید اگر خسارتی بر دیگری وارد کردی که اگر من نبودم ضمانش بر عهده خودت بود، من آن را ضامنم یا اگر خسارتی بر خودت وارد کردی من ضامنم و ... بنابراین عقد بیمه را می‌توان با تمسک به عمومات تصحیح کرد و تنها فرقی که عقد بیمه با ما نحن فیه دارد این است که ضمان در ما نحن فیه تبرعی است، اما در عقد بیمه تبرعی نیست بلکه بیمه‌گذار باید پولی را به بیمه‌کننده بپردازد؛ چه به صورت ماهیانه و چه به صورت یکجا. و ممکن است بیمه‌گذار هم سقفی برای پرداخت خسارت تعیین کند و یا شروط دیگری بگذارد مانند اینکه فقط خسارت سهوی را جبران کند یا فقط خسارت عمدی را جبران کنند و سایر شروط.^۸

و در ضمان غیر تبرعی، به دو عنوان می‌توان مال را پرداخت کرد، یکی اینکه مال را در مقابل ضمان بدهد؛ مثلاً بگوید ماهی صد هزار تومان می‌دهم یا یک میلیون یک‌جا می‌دهم و هر خسارتی که تا سال

و أما الضمان العرفي فمنه شرعي بحت، مثل من أتلّف مال غيره فهو له ضامن. و منه إنشائي إما تبرعاً. و يحتمل أنه إيقاعي لا عقدي، لأنه ليس فيه تصرف في المال، ليتوقف على قبول المالك.

۷. با صرف نظر از روش صلح که ظاهراً فقط در *منهاج الصالحين* به آن اشاره کرده‌اند.

۸. *مستمسك العروة الوثقى*، ج ۱۳، ص ۳۴۸.

و لعل من ذلك ضمان شركة التأمين المتعارف في هذا العصر و إن كان ضمانها في مقابل المال لا تبرعاً، فصاحب المال يعطي الشركة مالا في قبال أن تضمن أو في قبال أن تنشئ الضمان، فتنشئ الضمان و يلزمها ذلك، لعموم الوفاء بالعهد، و إن كان الجاري بينهم الأول. و كيف كان فهذا ليس من الضمان الذي نحن فيه بل هو معنى آخر، إذ ليس فيه مضمون عنه أصلاً.

و الذي يتحصل: أن الضمان المصطلح لا يصح إذا لم يكن المال المضمون مضموناً لمضمون عنه حال الضمان. و أما الضمان العرفي فمنه شرعي بحت، مثل من أتلّف مال غيره فهو له ضامن. و منه إنشائي إما تبرعاً. و يحتمل أنه إيقاعي لا عقدي، لأنه ليس فيه تصرف في المال، ليتوقف على قبول المالك. اللهم الا أن يكون عقداً لاقتضائه التمليك. و إما بعوض، فيكون عقداً، كضمان شركة التأمين المجعول في مقابل مال معين. و قد يكون العوض في مقابل إنشاء الضمان، فيكون نظير عقد الإجارة، و لا بد فيه من إنشاء الضمان بعد العقد. و يمكن أن يكون المال مبذولاً مجاناً بشرط إنشاء الضمان، أو بشرط تدارك الخسارة لو اتفقت، فلا يكون ضمان في البين، و إنما يكون تدارك خسارة لا غير.

و أما بذل المال في مقابل تدارك الخسارة فلا يصح، لعدم وجود الخسارة في بعض الأوقات، فيكون المال بلا عوض.

آینده بر من وارد شد یا به دیگری وارد کردم، بر عهده تو باشد. سید حکیم می‌فرمایند در اینجا عقدِ ضمان صادق است، هرچند از ضمان مصطلح نیست بلکه ضمان عرفی است. گاهی هم مال را در مقابل انشاء ضمان پرداخت می‌کند یعنی بیمه‌گذار به بیمه‌کننده می‌گوید این مال را به تو می‌دهم، در مقابل اینکه انشاء ضمان از جانب خودت برای من بکنی، نظیر اینکه کسی پولی می‌دهد تا دیگری عقد نکاح، اجاره یا هر عقد دیگری را برای او بخواند.

دومین راه برای تصحیح عقد بیمه، از طریق هبه معوضه است؛ یعنی بیمه‌گذار می‌گوید من این پول را به تو می‌بخشم به شرط اینکه اگر خسارتی بر من وارد شد یا خسارتی بر دیگری وارد کردم، ضمانش بر عهده تو باشد؛ چه به نحو شرط فعل و چه به نحو شرط نتیجه.

بنابراین سید حکیم در مستمسک فرمودند عقد بیمه را می‌توان از دو طریق تصحیح کرد، اما در منهاج الصالحین^۹ که کتاب فتوایی ایشان است، عقد بیمه را فقط از طریق هبه معوضه [و صلح] قبول کرده‌اند ولی از طریق عقد ضمان ولو به نحو غیر متعارف قبول نکرده‌اند. اما شهید صدر^{رحمته} در حاشیه‌ای که بر منهاج الصالحین دارد می‌فرمایند: مانعی ندارد که عقد بیمه را از طریق عقد ضمان هم تصحیح کرد.

طبق نظر مختار نیز می‌شود عقد بیمه را از طریق عقد تصحیح کرد؛ یعنی از هر طریقی که عقد صادق باشد قابل تصحیح است؛ چه به نحو عقد ضمان غیر مصطلح باشد، چه عقد صلح، چه عقد هبه معوضه و... اما آنچه امروزه رواج دارد، به نظر می‌آید **عقد مستقلی** باشد. این عقد هم همان‌طور که گفتیم به دو نحو ممکن است منعقد شده باشد؛ یا به نحو شرط نتیجه و اشتغال ذمه است و یا به نحو شرط فعل و تعهد است که این جهت منوط به آن است شرکت بیمه‌کننده، چگونه با بیمه‌گذار خود قرارداد ببندد.

جواد احمدی

والحمد لله رب العالمین

۹. منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)، ج ۲، ص ۱۵۳:

(مسألة ۹) عقد التأمین للنفس أو المال المعبر عنه في هذا العصر «بالسيكورته» صحيح بعنوان المعاوضة ان كان للمتعهد بالتأمین عمل محترم له مالية و قيمة عند العقلاء من وصف نظام للأكل أو الشرب أو غيرهما أو وضع محافظ على المال أو غير ذلك من الأعمال المحترمة فيكون نوعاً من المعاوضة و أخذ المال من الطرفين حلال و إلا فالعقد باطل و أخذ المال حرام نعم إذا كان بعنوان الهبة المشروطة [۵] فيدفع مقدارا من المال هبة و يشترط على المتهب دفع مال آخر على نهج خاص بينهم فأخذ المال من الطرفين حلال، و كذا إذا كان بعنوان المصالحة على ان يدفع المراجع مالا على نهج خاص و تدفع الشركة له مالا بنهج خاص و لعل هذا الأخير هو المتعارف في هذا العصر.