



مرکز وکلای قوه قضاییه خراسان رضوی



وابسته به مرکز وکلای قوه قضاییه خراسان رضوی



# فصلنامه علمی تخصصی حقوق وکیل دعاوی

وابسته به مرکز وکلای قوه قضاییه خراسان رضوی

دوره ۱، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۴، صص: ۶۵-۷۶

## ضمان از اعیان مضمونه

نویسندگان:

احسان اله آگاه

URL: <https://www.vakildaavirazavi.ir/>

DOI: <https://doi.org/10.22034/vd.2026.2081000.1005>

### COPYRIGHTS

© 2026 by the authors. Licensee Khorasan Razavi Center of Attorneys – Judiciary. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)



# فصلنامه علمی تخصصی حقوق وکیل دعاوی

Journal of Vakil Daavi

دوره یک، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴، صص: ۶۵-۷۶

Vol 1, No 3, 2026, P: 65-76

## ضمان از اعیان مضمونه

احسان اله آگاه

Email: ehsanagah4@gmail.com

دانشجو مقطع دکتری، مشهد، ایران

### چکیده

اعیان مضمونه اعیانی هستند که در تصرف شخصی غیر از مالک هستند و شخص مکلف به رد عین و در صورت تلف عین ملزم به دادن مثل یا قیمت آن است. برابر نظر مشهور فقهای امامیه ضمان موجب نقل ذمه و این نظر مورد تأیید قانون مدنی و حقوقدانان ماهم قرار گرفته است و این امر خود مستلزم این است که مال موضوع عقد ضمان قابلیت انتقال به ذمه ضامن را داشته باشد. در مورد اعیان مضمونه این قابلیت مورد تردید قرار گرفته و همین مسئله نظرات مختلفی را در بین فقها و حقوقدانان در خصوص صحت ضمان از چنین اعیانی برانگیخته است.

واژگان کلیدی: ذمه، ضمان، عهده، عین مضمونه

### مقدمه

پژوهش حاضر که عنوان ضمان از اعیان مضمونه را دارد به بررسی صحت و امکان ضمان از اعیان مضمونه می پردازد.

همانگونه که می دانیم از نظر فقهای امامیه عقد ضمان موجب نقل ذمه است یعنی با وقوع عقد ضمان ذمه مضمون عنه از آنچه بر عهده دارد بری می شود و در مقابل ذمه ضامن مشغول می شود قانون مدنی هم در ماده ۶۹۸ بدین مسئله تصریح دارد.

از سوی دیگر در مسئله ضمان از اعیان مضمونه یعنی اعیانی که در تصرف شخصی غیر از مالک بوده و شخص مزبور مکلف به رد عین در صورت وجود و رد مثل یا قیمت در صورت تلف مال است این سؤال اساسی مطرح شده که آیا رد عین مضمونه تنها از متصرف آن برمی آید یا امری است که شخص دیگری هم می تواند آن را به عهده بگیرد و قابل انتقال به ذمه نیست؟

در کنار این پرسش اصلی سؤالات دیگری هم مطرح می شود از جمله اینکه: مفهوم ذمه چیست؟ آیا نقل ذمه از ضروریات عقد ضمان است یا فقط محدود به مواردی است که امکان نقل باشد؟ آیا اینکه متصرف ملزم به رد عین است از مقوله حکم است یا حق و آیا اساساً قابل انتقال است یا خیر؟

روش تحقیق به صورت کتابخانه ای و با بهره گیری از مقالات و کتب حقوقی و کتب فقهی و استفاده از نرم افزار سودمند کتابخانه اهل بیت (ع) انجام شد.

در خصوص این موضوع از مقالاتی با موضوعات مشابه از جمله مقاله ای تحت عنوان تعهد به فعل ثالث استفاده شده است.

### تعاریف و کلیات

#### ضمان

مقصود از ضمان، فتح اول، معنای خاص آن و قسیم حواله و کفالت است نه معنای عام آن که این دو را نیز شامل می شود و آن عبارت است از بر عهده گرفتن مال از کسی که بدهکار نیست (بری) با قید مال کفالت خارج شده است چون بر عهده گرفتن شخص است و با قید «بری» حواله خارج شد بنا بر آنکه در حواله مشغول بودن ذمه «محال علیه» ضروری است.

ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف عقد ضمان می گوید: عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد ... و بدین ترتیب یکی از آثار عقد ضمان یعنی به عهده گرفتن دین از سوی ضامن را به جای

تعریف عقد آورده است.<sup>۱</sup>

این تعریف دو اشکال دارد:

- ۱- عقد ضمان به ایجاب ضامن محدود نمی‌شود و باید از قبول مضمون له نیز سخن بگوییم.
- ۲- اثر اصلی عقد نیز فقط به عهده گرفتن دین نیست در نتیجه تراضی طلب مضمون له از مدیون نیز ساقط می‌شود.

در همین تعریف قانونی عقد ضمان به ذمه اشاره شده است تعریفی که ما در مورد مفهوم ذمه انجام می‌دهیم در تعیین دامنه و محدوده عقد ضمان مؤثر خواهد بود.

#### ذمه

به معنی تعهد و عهده است و عناصر آن از قرار ذیل است:

اول: شخص اعم از بالغ و صغیر و عاقل و دیوانه

دوم: تعهد از هر سبب که برخیزد اعم از عقود، ایقاعات، وقایع خارجی مانند اتلاف و تسبیب

سوم: به دادن مال کلی چنانکه در بیع سلم دیده می‌شود یا تعهد غاصب به باز پس دادن مال مغضوب.<sup>۲</sup>

ذمه به اشکال مختلف قرائت می‌شود و در کتب لغت برای هر قرائتی معنای خاصی در نظر گرفته می‌شود. در قرائت مورد نظر ما، ذمه (به کسر ذال) از مشتقات «ذم» است. در کلیه کتب لغوی در ذیل واژه ذمه این معانی به چشم می‌خورد: حق، پیمان، عهد، پذیرفتاری، پایبند، ضمانت، حرمت، امان، پیمان بستن، امان دادن و ضامن شدن. برخی کتب لغوی، شواهدی از روایات و اصطلاحات را نیز برای توضیح همین معانی ذکر کرده‌اند. حدیث مربوط به ضمانت امیرالمؤمنین حضرت علی (ع) «ذمتی رهینه و انا به زعیم ای ضمانی و عهدی رهن فی الوفاء به» و حدیث «من صلی الغداه والعشاء فی جماعه»

فهو فی ذمه الله تعالی ای فی امانه و ضمانه... از این قبیل است.

برخی از فقها ذمه را حقیقت فقهیه دانسته‌اند و معتقدند این لفظ هیچ معنایی ندارد و صرفاً ساخته و پرداخته فقها و منظور آنان از ذمه وجوب حکم بر مکلف است.

در تعریفی دیگر گفته شده: الذمه وصف شرعی به الاهلیه لوجوب ماله و علیه. یعنی ذمه حالت حقوقی است که به موجب آن شخص می‌تواند متعهدله یا متعهد قرار گیرد.<sup>۳</sup>

عده‌ای از حقوقدانان اسلامی معتقدند، ذمه وصفی است که انسان به واسطه انصاف به آن، اهلیک تمتع و اهلیت

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۲۴۱.  
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصر شناسی حقوق مدنی - حقوق جزا، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۳۳۷.  
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان عقدي در حقوق مدني، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص (۱۱۱)

استیفاء را تحصیل می‌کند و قابلیت داشتن حقوقی به نفع خود و متعهد گردیدن به نفع دیگران را به دست می‌آورد. بنابراین انسان متصف به این وصف خاص به منزله ظرف استقرار وجوب است و موضوع تکالیف واقع می‌گردد. باید توجه داشت دین با ذمه تفاوت دارد ممکن است کسی مدیون باشد اما ذمه‌اش مشغول نباشد، مانند محجور که ممکن است مدیون باشد ولی دین از او قابل مطالبه نیست.<sup>۱</sup>

آقای دکتر لنگرودی با مقایسه ماده ۶۸۴ در باب ضمان و ۷۷۱ ق.م در بحث رهن بیان می‌کند در ماده ۷۷۱ در تعریف و هن لغت دین به کاررفته است زیرا مقنن در ماده ۶۹۷ ق.م لغت (مال) استعمال شده که اعم از دین و عین است. این استعمال عمده است زیرا مقنن در ماده ۶۹۷ ضمان اعیان مضمونه را ذکر کرده که در این مورد مال وجود دارد ولی دین وجود ندارد و از اینجا معلوم می‌شود که عبارت (مدیون اصلی) در ماده ۶۸۴ ق.م نه از برای بیرون کردن ضمان اعیان مضمونه است بلکه از این باب است که به پیروی از فقه، ضمان دین را اساس بحث قرار داده و ضمان اعیان مضمونه را بحث تکمیلی قرار داده است.

در فقه عقیده‌ی قوی این است که برای هر حق مالی که موضوع تعهدی باشد (اعم از تعهد قراردادی و تعهد خارج از قرارداد) می‌توان رهن داد، خواه در مورد آن تعهد، دین (کلی در ذمه) وجود داشته باشد یا نه.

### عین مضمونه

مقصود از اعیان مضمونه اموالی است که در تصرف شخصی غیر از مالک است و اگر تلف شود باید مثل و قیمت آن را بدهد و در صورت وجود عین باید آن را به مالک تسلیم کند.<sup>۲</sup> برخی اساتید در تعریف اعیان مضمونه چند عنصر را برشمرده‌اند:

الف- عین موجود در خارج باشد ب- عین در تصرف غیرقانونی (اعم از غصب و یا مأخوذ به عقد فاسد و هر نوع تصرف غیرقانونی) کسی باشد یا اگر در تصرف غیرقانونی دیگری نباشد قانون صریحاً او را مسئول رد عین مال به مالک شناخته باشد مانند عاریه مضمونه ج- متصرف مکلف به حفظ ورد مال به مالک باشد د- اگر مال تلف شود متصرف باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر تلف نشده ولی دسترسی به آن نیست تا به مالک رد شود باید بدل حیلوله بدهد

بنابراین مواردی از قبیل مال مغضوب و آنچه در حکم غصب است، مأخوذ به عقد فاسد (مانند بیع فضولی)، عاریه مضمونه و هر امانتی که مورد تعدی و تفریط قرار گرفته و به طور کلی هر جا عینی باشد که ید متصرف آن نسبت به عین ضمانتی باشد از مصادیق اعیان مضمونه است و این چنین است عهده بایع و مشتری نسبت به ثمن و مبیع در جایی که این دو عین معین باشند.

۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، عقد ضمان، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۱۴.  
۲. کتعی، محمد طاهر، تعهد به فعل ثالث، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۸۸.

در لغت معانی گوناگون دارد که مشهورترین آن‌ها «تعهد» و «ذمه» است چنانکه وقتی گفته می‌شود بر عهده او است که فلان کار را انجام دهد یعنی در زمره تعهدهای او است و بر ذمه دارد که آن کار را انجام دهد. عهده به معنی «درک» و ضعف و سستی نیز آمده است و کسی که ضامن عهده مبیع می‌شود بدین معنی است که اگر مظلّم‌های باشد و صاحب مال آن بگیرد یا ضعف و سستی در معامله آشکار شود او جبران کند.

### نظریات پیرامون ضمان از اعیان مضمونه

در میان فقها و حقوقدانان در خصوص ضمان اعیان مضمونه به طور کلی سه نظر وجود دارد: عده‌ای معتقدند که این نوع ضمان باطل است برخی دیگر معتقدند که این نوع ضمان صحیح است و ادله صحت ضمان شامل آن می‌شود و گروه سوم را اعتقاد بر این است که این نوع التزام درست است ولی نباید آن را ضمان تلقی کرد.

### عدم صحت ضمان اعیان مضمونه:

علامه در تذکره<sup>۱</sup> بعد از یادآوری اینکه بر طبق نظر مشهور امامیه ضمان مال موجب نقل ذمه می‌شود در صحت ضمان از اعیان مضمونه و عهده اشکال وارد می‌کند بدین ترتیب که در ضمان عین مغضوبه هم از ضامن و هم از مضمون عنه قابل مطالبه است از ضامن به سبب ضمان و از مضمون عنه به سبب وجود عین در ید او و در ضمان عهده دم مشتری می‌تواند ثمن (عین معین) را از بایع و ضامن هرکدام که بخواهد مطالبه کند لذا این نوع ضمان منجر به ضم ذمه به ذمه می‌شود که مورد قبول ما نیست.

نظر دیگری که مطرح شده نظر صاحب جواهر<sup>۲</sup> است. ایشان پس از ذکر نظر موافقان صحت ضمان اعیان مضمونه به نقد نظر آنان می‌پردازد و می‌فرماید عموماتی که موافقان بدان استفاده کرده‌اند در صحت این نوع ضمان یعنی عموم اوفو بالعقود و حدیث الزعیم عازم و اقتضای شرعی بودن چنین ضمانی را ندارد زیرا حدیث الزعیم غارم از حیث سند مورد قبول ما نیست و عموم اوفو بالعقود هم وجوب و فاء به مقتضای هر عقده را می‌کند بعد از اینکه عقد شرعاً واقع شد و نمی‌تواند از آن در صحت عقد استفاده کرد قبل از اینکه عنوان شرعی عقد احراز شود (آیت ... مظاهری: عرف این عقد را ضمان می‌داند پس اوفو بالعقود شامل آن می‌شود و اینجا ضم ذمه به ذمه است). سپس ایشان می‌فرمایند: ضمان از نظر ما نقل ذمه است و یکی از شرایط آن این است که مال در ذمه باشد و اعیان مضمونه که واجب است رد آن‌ها مال فی الذمه نیستند و در اینجا غاصب مخاطب وجوب در عین است در هر حال اجماع و فلذا اینجا ضمان منجر به ضم ذمه به ذمه خواهد شد که مورد پذیرش ما نیست و بعد استفاده

۱. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۴، ص ۳۳۷-۳۳۵.  
 ۲. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۴۱-۱۴۰.

می‌کنند به نظر علامه در تذکره که پیش‌تر گفته شد ایشان تصریح می‌کند که این‌هایی که گفته در جایی است که ضمان نسبت به رد عین شده باشد اما در جایی هم که ضمان نسبت مثل یا قیمت بعد از تلف واقع شده باشد چون سبب ضمان حاصل نشده ضمان مالم یجب است لذا شهیدین و محققین و فخر الاسلام قائل به عدم جواز این نوع ضمان هستند.

اما در بین حقوقدانان آیت‌ا... موسوی بجنوردی در کتاب عقد ضمان<sup>۱</sup> به این مسئله پرداخته‌اند و پس از ذکر نظریات مختلف از قول علامه در کتاب قواعد می‌گوید: راجع به ضمانت از اعیان مضمونه دو وجه مطرح است وجه اول اینکه ضامن بگوید «ضامنم اگر عین تلف شد مثل یا قیمت آن را به تو بپردازم» در شکل اول ضمان روی خود عین وقفه است در حالی که در شکل دوم ضمان از ابتدای روی تلف رفته است علامه این صورت دوم را بلاشکال می‌داند و ابوحنیفه هم بر این اعتقاد است.

ایشان می‌فرماید حکم به رد مال بر غاصب و قابض به عقد فاسد است و این حکم قابلیت انتقال ندارد زیرا آنچه قابلیت انتقال دارد حق است.

ایشان در نهایت بین فرض وجود عین و تلف آن فرق می‌گذارند و می‌فرمایند ضمن عقدی بعد از تلف صحیح است بدین ترتیب که ابتدائاً عقد ضمان منجزاً و مشروط به تلف عین منعقد می‌شود چون عین در اختیار مضمون عینه است و از سلطه ضامن خارج می‌شود و لذا شخص نمی‌تواند از مالی ضمانت کند که در سلطه او نیست زیرا در این صورت مصداق حقیقی براءت ذمه ذوالیه (مضمون عینه) خود عین است و ضمانت تعهد فعلی کرده لکن به شرطی که عین تلف شود او مسئول پرداخت مثل یا قیمت باشد. لذا تا زمان وجود عین، ضمان عقدی صحیح نیست و ضمان عقدی مربوط به بعد از تلف است. پس اگر شرط ضمن عقد ضمان بشود که اگر عین تلف شد و مضمون عینه امتناع ورزید مضمون له می‌تواند به ضامن مراجعه کند این درست است.

### صحت ضمان از اعیان مضمونه

اکثر فقها من جمله شیخ طوسی<sup>۲</sup> در المبسوط، محقق حلی<sup>۳</sup> در شرایع الاسلام و علامه حلی در تحریر و ارشاد حکم به جواز ضمان اعیان مضمونه داده‌اند.

مؤلف کتاب ارزشمند جامع الشتات<sup>۴</sup> - میرزای قمی - از قول مرحوم آخوند (ره) می‌فرماید: استبعاد نمی‌کنم در ضمان اعیان به معنی جواز طلب عین از آن که در دست اوست و از ضامن یعنی مضمون له مخیر است، بین رجوع،

۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، عقد ضمان، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷-۹۴.

۲. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۳۲۶.

۳. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۵۷-۳۵۸.

۴. المیرزای قمی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۸۳-۸۴.

به هر يك از آن‌ها با بقايای آن و رد قیمت آن بعد از تلف و بعید نیست که اینجا هم ضمان ناقل باشد به معنی وجود رد پس مضمون له عین را از ضامن طلب می‌کند و او از مضمون عنه می‌گیرد و رد می‌کند به صاحبش اگر قائل به این باشیم که نقل با دلیل ثابت است مطلقاً (در عین و دین) اما اگر قائل به ثبوت نقل از ذمه مضمون عنه علی الاطلاق نباشیم می‌گوئیم منتقل شدن مخصوص است به طوری که ممکن باشد از سؤالی که در ذمه است.

سپس ایشان می‌فرماید ممکن است قول به انتقال ذمه ضامن هر چند عین موجود باشد و هر چند مضمون عنه هم مکلف به رد باشد به تقریب اختلاف حیثیات یعنی از حیثیت ضمان و جوب رد به ضامن منتقل می‌شود و چیزی بر مضمون عنه نیست و لکن از حیثیت ید و غاصب بودن بر مضمون عنه لازم است رد، چنان‌که در ابدی متعاقبه بر عین مغصوبه.

از طرفی دلیلی بر این‌که ضمان مطلقاً ناقل است وجود ندارد زیرا اجماع و روایت در اعیان نیست و اعیان تحت عموم است ادله ضمان باقی و عمومات شامل آن‌ها است.

مرحوم میرزای قمی در مقام جمع بین نظریات می‌فرماید بهتر است که حمل کنیم دعوی اجماع بر (اشتراط مال بودن در صحت ضمان) را بر این‌که ضمان نفس نیست. تا کفالت بیرون رود- و ضمان مالا یملک یا حرام التملک (مثل مال ربا) صحیح نیست و مجرد (تعلق به مال) فی الجمله اجماعی است هر چند به قیمت آن باشد، شرط تلف یا به وجوب رد و تسلیم به صاحب باشد در صورت بقاء؛ و هم چنین اجماع در (اشتراط در ذمه بودن) ناظر به این باشد که هرگاه بگوید که زید هر چه خواهد به او بده من ضامن او هستم. که در حین ضمان مطلقاً شغل ذمه حاصل نیست این ضمان نباشد. مرحوم محقق اردبیلی در رد ایراد مخالفان صحت ضمان اعیان مضمونه دو احتمال را مطرح می‌کند:

احتمال اول اینکه ضرورت نقل ذمه در ضمان به موردی مربوط است که مورد ضمان کلی فی الذمه باشد و اختیار و اجماع نقل ذمه هم ناظر به همین فرض است. پس ضم ذمه به ذمه در ضمان اعیان مبطل ضمان نیست. احتمال دوم این است که حتی در فرض ضمان از اعیان هم می‌توان به نقل ذمه معتقد بود و به هر حال در صحت چنین ضمانی به عموم ادله از جمله «المؤمنون عند شروطهم» استفاده می‌کند.

آقای دکتر جعفری لنگرودی، ضمان از اعیان و از جمله ضمان از عهده را در قالب عقد ضمان تحلیل کرده‌اند و صحیح دانسته‌اند. به اعتقاد ایشان مورد ضمان می‌توان به جای آنکه «تعهد کلی» باشد یک «تعهد جزئی» ناظر به رد عین باشد.

بدین ترتیب در مورد اعیان مضمونه، متعهدی وجود دارد که سبب تعهد او و نیز خود تعهد او وجود دارد. ثالث می‌تواند با مالک عقد ضمان منعقد کند به یکی از دو صورت: الف- ضمان دین: یعنی در صورت تلف، ضامن مثل یا قیمت بدهد. ب- ضمان عین: یعنی ضامن متعهد تسلیم عین مال به مالک آن باشد؛ و این ضمان اشکال ندارد

نظر خلاف آن خلاف است؛ و در این فرض باید قائل به ضم ذمه به ذمه شد.<sup>۱</sup> ایشان در توجیه نظر خود به ماده ۶۹۷ قانون مدنی، (ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک بیع یا ثمن در صورت مستحق للغير درآمدن آن جایز است.) استناد می‌کند به موجب این مواد در عقد بیع مثلاً ثالثی یا بایع، عقد ضمان منعقد می‌کند به این صورت که اگر ثمن که مشتری داده مستحق به غیر درآید آن ثالث، ضامن است که مبیع را از دست مشتری گرفته تسلیم بایع کند، تعهد ضامن به رد مبیع عین معین خارجی به بایع، یک تعهد جزئی است. بنابراین کلیت و جزئیت موضوع تعهد ضامن عنصر عقد ضمان نیست. در مقابل عده‌ای گفتند این ماده فقط مختص عقد بیع است و نمی‌توان ضمان از اعیان مضمونه به طور کلی را از آن استنباط کرد.

از طرفی بنا بر نظر مشهور امامیه کلیت موضوع تعهد از عناصر عقد ضمان است بنابراین مدلول ماده ۶۹۷ قانون مدنی را ضرورت معاملات پیش آورده و به طور استثناء قبول شده است.

### التزام انجام شده صحیح است ولی ضمان مصطلح نیست

در بین فقها صاحب عروه مرحوم سید یزدی<sup>۲</sup> (تاب ثراه) در خصوص ضمان از اعیان مضمونه چنین نظری دارند ایشان می‌فرمایند:

در مسئله جواز ضمان از اعیان مضمونه مانند مال مغصوب و مقبوض به عقد فاسد و مانند آن‌ها اختلاف شده است. دو قول طرفدارانی دارد نظر قوی‌تر جواز است. چه مقصود از ضمان التزام به رد عین باشد یا مثل یا قیمتش بر فرض تلف، یا مقصود فقط ضمان باشد به معنی التزام مثل یا قیمتش بعد از تلف. دلیل جواز عموم حدیث الزعیم غارم و عمومات افوا بالعقود است؛ و ادعا شده است که بر فرض اول که ضمان یعنی التزام به رد آن باشد- افزون بر اینکه ضمان نقل حق از ذمه است به ذمه دیگر و اشکالی وجود ندارد که غاصب هم مکلف به رد عین باشد پس منجر به ضم ذمه می‌شود که در مذهب ما پذیرفته نیست.

و بنا بر قول دوم که مقصود از ضمان التزام به رد مثل یا قیمت بعد از تلف باشد اشکال شده که این از مصادیق ضمان مال لم یجب است همچنانکه در فرض اول در جایی که عین نباشد این مسئله وجود دارد. پاسخ صاحب عروه به این اشکال این است که این‌ها مانع صحت نیست به استناد عمومات، نهایتاً اینکه این نوع ضمان، ضمان مصطلح نیست و این نظر که ضمان مال لم یجب است به دلیل اینکه مقتضی ضمان وجود دارد صحیح نیست به علاوه اینکه اساساً دلیلی بر عدم صحت ضمان مال لم یجب از نص و اجماع وجود ندارد و در مواردی هم فقها حکم به صحت آن داده‌اند.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان عقدي در حقوق مدني، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶-ص ۳۳۲.  
۲. السید یزدی، عروه الوثقی، ج ۵، ص ۴۳۱-۴۲۹.

در بین حقوقدانان جناب دکتر کاتوزیان با قرار دادن چنین تعهدی در قلمرو نهاد تعهد به فعل ثالث ایراد مربوط به کلی نبودن موضوع تعهد مضمون عنه و تفاوت دین مضمون عنه و ضامن و عدم تحقق نقل ذمه را رفع نموده و به این ترتیب برشمار و تأیید شخصی افزوده است. تعهد به فعل ثالث یا تضمین فعل ثالث در قانون مدنی عنوان خاصی ندارد ولی در تعریف شرط فعل در پایان ماده ۲۳۴ آمده است: شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.<sup>۱</sup>

ایشان در فرض تعاقب ایادی در غصب هم با تحلیل مشابهی حکم ماده ۳۱۷ قانون مدنی را توجیه کرده‌اند بر اساس این ماده: «مالک می‌تواند عین مال مغضوب را از غاصب اولی یا هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند.»<sup>۲</sup>

ایشان سپس با ذکر ایراداتی که به ضمان اعیان مضمونه شده یکی ایراد مربوط به موجود نبودن سبب دین و این ایراد که حکمی که غاصب در صورت تلف ضامن قیمت مال است تابع وصف غصب و از احکام ویژه آن به شمار می‌رود و در اثر ضمان انتقال نمی‌یابد چون حکم است و نه حق به این ایرادات به صورت زیر پاسخ داده‌اند: اولاً سبب این دین سلطه نامشروعی است که غاصب بر مال دیگری پیدا کرده است به علاوه غصب خود تعهدی برای غاصب ایجاد می‌کند و همین تعهد قانونی می‌تواند در اثر ضمان بر عهده ضامن قرار گیرد و نباید آن را ضمان مالیم یجب شمرد.

ثانیاً: درست است با قرارداد خصوصی نمی‌توان حکم مسئولیت غاصب را از میان برد ولی هیچ اشکالی وجود ندارد که ذمه ضامن نیز به آن افزوده شود و وثیقه حق مالک قرار گیرد. مفهوم ضمان در مواردی که دین قابلیت انتقال را دارد نقل ذمه است ولی در چنین حالتی باید آن را به معنی ضمیمه شدن التزام ضامن به ذمه غاصب گرفت.<sup>۳</sup> (ضم ذمه به ذمه)

### نتیجه‌گیری

با توجه مطالب عنوان شده و نظرات مختلفی که در این خصوص ابراز شده به نظر می‌رسد با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه که ضمان را موجب نقل ذمه می‌دانند و اینکه مال موضوع ضمان می‌باید قابلیت انتقال به ذمه را داشته باشد نباید ضمان از اعیان مضمونه را در شمار اقسام ضمان مصطلح به شمار آورد ولی نباید چنین ضمانی را باطل شمرد و می‌توان با استفاده از نهاد تعهد به فعل ثالث این‌گونه تعهدات را صحیح به شمار آوریم و

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۷۹، ص ۱۴۵ و ۱۴۶.

۲. ایزانلو، محسن، تعهد به فعل ثالث، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، سال ۳۷، شماره ۱، بهار ۸۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین ج ۴، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۲۹۱.

بدین شکل از ایراد مربوط به قابل انتقال نبودن تعهد به رد عین مضمونه به ضامن رهایی یابیم و در چنین مواردی تعهد ضامن را الزام متصرف به بازگرداندن عین بدانیم که منافاتی هم با تعهد متصرف به بازگرداندن عین مضمونه ندارد و می‌تواند به آن ضمیمه شود. این همان نتیجه ایست که قائلان به صحت ضمان از اعیان مضمونه به آن اعتقاد دارند چه اینکه اینان هم ضمان مزبور موجب ضم ذمه می‌دانند.

## منابع

### الف) کتب فارسی

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصر شناسی حقوق مدنی-حقوق جزا، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، ضمان عقدي در حقوق مدني، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، عقود معین، ج ۴، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، قواعد عمومی قراردادها ج ۲، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.  
موسوی بجنوردی (۱۳۸۵)، سید محمد، عقد ضمان، انتشارات مجد، چاپ اول.

### ب) کتب عربی

جیلانی، حاج میرزا ابوالقاسم (میرزای قمی)، جامع الشتات، ج ۳،  
شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲،  
طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، عروه الوثقی، ج ۵،  
علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۴،  
محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲،  
نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶،

### ج) مقالات

ایزائلو، محسن (۱۳۸۶)، تعهد به فعل ثالث، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، سال ۳۷، شماره ۱، بهار.  
کنعانی، محمد طاهر (۱۳۸۸)، تعهد به فعل ثالث، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز.