

Jurisprudential and Legal Analysis of Article (1013) of the Civil Code and the feasibility of its generalization to kinds of trustees

*Mohsen Esmaili

**Saied Akba Zadeh Moghadam

Administrator is not responsible for any defect property that has been entrusted, except in cases of negligence. Many jurists and some lawyers are hesitant about possibility of making absolute liability a condition against administrator; they reason that the trust and the absolute liability are conflicted. But they have spoken less about possibility of obtaining guarantees from the administrators. However, articles 1013 and 1243 of the Iranian Civil Code, about the administrator of the absentee and the Mandate, impose a unit regulation: "The possibility of obtaining guarantee from the administrators that the court appoints them". The condition of bringing the guarantee is for a time when the administrator became responsible, for compensation, easily, the hesitant damages. To investigate the possibility of generalization this regulation to other administrators, firstly the types of administrators, includes proprietary and judicial and legal administrators, are defined; their judicial effects and regulations is expressed. After expressing the definitions and the main elements of Article 1013 of Iranian Civil Code, by adopting the criterion unity, the currency this regulation is proven for the other legal administrators. To say that exerting governorship, in legal administration, is basically for the governor; but because this is done through the installation of the administrators, they must provide her legitimate conditions. In proprietary administration, because of the Domination Principle, prohibition modification in property another person without their permission and justifiability of trade that is with compromise, obtaining guarantee from the administrators is possible. In all of this, observing the imperative regulations is necessary. But, requesting the guarantees from legal administrators, depending on its types, is not possible. In addition, the conditions and obstacles of legal administrator are different with judicial administrator.

Keywords: legal administrator, judicial administrator, proprietary administrator, guarantee, condition of guarantee, guarantees of debts

*Faculty Member of Tehran

esmaeili1344@ut.ac.ir

**Master of Private Law (Corresponding Author)

تحلیل فقهی و حقوقی ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی و امکان تعمیم آن به انواع امین

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۵/۱۰

محسن اسماعیلی*

سعید اکبرزاده مقدم**

چکیده

«امین»، جز در صورت تقصیر، مسؤول تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده، نیست. قانون مدنی در مواد ۱۰۱۳ در باب امین بر غایب مفقودالاثَر و ۱۲۴۳ در باب قیمومت، حکمی مشابه مقرر داشته است: امکان اخذ تضمین از امین منصوب از جانب دادگاه. شرط اتیان تضمین برای آن است که هرگاه امین به دلیلی، مثل تقصیر یا شرط ضمان مطلق و موارد مشابه، مسؤول شناخته شد، بتوان از محل آن تضمین، بی‌دغدغه، خسارات را جبران کرد.

با اتخاذ وحدت ملاک و الغای خصوصیت از مواد مذکور، جریان این حکم در سایر امنای قضایی اثبات می‌شود؛ بدین بیان که اعمال ولایت بر موارد امانت قضایی اصالتاً وظیفه‌ی «حاکم» است ولی چون این کار از طریق نصب امین صورت می‌پذیرد، امین باید شروط مشروع حاکم را فراهم آورد. در مورد امین مالکی (به سبب عقد یا ایقاع) نیز به دلیل قاعده‌ی تسلیط و حرمت مال مسلم و حلّیت تجارّتی که با تراضی باشد، امکان اخذ تضمین از وی وجود دارد؛ در تمام این امور، مقررات امری قانون لازم‌الاجراست. لکن، امکان عملی اخذ تضمین از امین قانونی، بسته به نوع آن، به دلیل «استفاده از حقّ خویش» و به دلیل قاعده‌ی «احسان» و «وجوب ردّ فوری مال» وجود ندارد.

واژگان کلیدی

امین حاکم، امین قضایی، امین مالکی، امین قانونی، شرط تضمین، تضمین، وثایق دین

مقدمه

اخذ تضمین از امین، بدین منظور است که اولاً امین در حُسن انجام امور بکوشد؛ ثانیاً در جایی که مسؤول شناخته شد، بتوان از محل آن تضمین خسارات را جبران نمود. قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی^۱، اخذ تضمین از امین بر غایب مفقودالاثَر را پذیرفته است. نیز ماده‌ی ۱۲۴۳ قانون مذکور، اخذ تضمین از قیّم را پیش‌بینی کرده است. در مورد اخذ تضمین از امنای مالکی و قانونی نیز مقرّرات مختلفی در قوانین آمده است. در تحقیق حاضر، پس از بیان معنا و انواع امانت و تفکیک آن‌ها، امکان تعمیم حکم ماده‌ی ۱۰۱۳ به امنای مالکی و شرعی را بررسی می‌کنیم.

بر این اساس، تفاوت «شرط ضمان مطلق» و «شرط اتیان تضمین» چیست؟ دادگاه یا سازمان حکومتی چه نوع تضمیناتی می‌تواند اخذ کند؟ آیا اخذ وثایق دین مصطلح، که شامل عقود «ضمان»، «کفالت»، «حواله» و «رهن» است، امکان‌پذیر است؟ با اذعان به صحّت اخذ تضمین از امین بر غایب مفقودالاثَر، دلیل جواز اخذ تضمین از وی چیست؟ آیا این دلیل در سایر امنای قضایی نیز وجود دارد، تا بتوان حکم این ماده را در آن‌ها جاری دانست؟

برای بررسی امکان تعمیم حکم ماده‌ی مذکور به امین مالکی کار چندان سختی نداریم؛ زیرا برای هر کسی قابل قبول است که مالک می‌تواند با هر شرایطی، که مخالف امر قانون‌گذار نباشد، مال خود را در اختیار دیگری بگذارد؛ خواه در قالب عقد باشد یا در قالب ایقاع. بدین ترتیب، تضمینات اخذشده از امین مالکی باید چه ویژگی‌هایی داشته باشد و تفاوت آن با ویژگی‌های تضمینات مأخوذه از امین قضایی چیست؟ با پذیرش اخذ تضمین از امین مالکی، دلایل امکان اخذ تضمین از وی چیست؟

امین قانونی از امین قضایی متفاوت است، نحوه‌ی انتخاب و ایتمان هر یک فرق دارد؛ شرایط، اختیارات و تکالیف هر کدام یکسان نیست و خلاصه، احکام و آثار خاصّ خود را دارند؛ لذا در بند اخیر تحقیق، به بررسی دلایل تفکیک امانت قانونی و قضایی و دلایل عدم امکان اخذ تضمین از امین قانونی می‌پردازیم.

۱- مفهوم «امانت»، «امین» و «اخذ تضمین از امین»

۱-۱- معنای لغوی «امانت» و «امین»

«امانت» نوعی رابطه میان فرد و اموال یا حقوق دیگران است و به معنای زینهار، امین بودن، درستکاری، مال یا چیزی که به کسی برای نگاه‌داشتن سپرند، است و در مقابل خیانت قرار دارد (معین، ۱۳۶۰، ج ۱، ص ۳۴۷)؛ لذا «امانت» یکبار به معنای «وصف امانت» است که شخص امین موصوف به آن است، وصفی که از آن اعتماد به امین حاصل می‌شود (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۶)؛ «امانت» در ماده‌ی ۱۱۸۶ قانون مدنی بدین معنا استعمال شده است: «در مواردی که برای عدم امانت ولی قهری نسبت به دارایی طفل امارات قویّه موجود باشد...»؛ و بار دیگر به معنای «شیء» است، خواه شیء مادی (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۸۳)، مثل آنچه ماده‌ی ۶۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در احوال شخص امانت‌گذار تغییری حاصل گردد...»، یا شیء غیرمادی، مانند آیه‌ی شریفه‌ی «إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ».^۲

بدین ترتیب، «امین» نیز دارای دو معنای «ثقه» (کسی است که وصف امانت در او موجود باشد) و «امانت‌دار» (کسی که با انشاء عقدی از عقود امانی، عهده‌دار حفاظت از مال دیگری می‌شود) است.

۱-۲- معنای اصطلاحی «امانت» و «امین»

معنای اصطلاحی «امانت» و «امین» از معنای لغوی آن دور نیفتاده است و به اطمینان خاطر برگشته و ضدّ بیم و خیانت است (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۲۶).

«امانت» در اصطلاح حقوقی یک بار به معنای وجود مال کسی نزد دیگری به اذن مالک یا قانون است که از آن به «امانت مالکانه» و «امانت قانونی» تعبیر می‌شود (لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۶۲۱) و اگر به حکم حاکم باشد «امانت قضایی» نام دارد؛ بار دیگر به معنای «مال» است که موضوع امانت قرار می‌گیرد و نهایتاً به معنای «صفت نفسانی امانت» است (اسماعیلی، ۹۴-۱۳۹۳، ص ۱۲).

واژه‌ی «امین» نیز دارای دو معنای اصطلاحی است؛ اول، به کسی می‌گویند که مال با اجازه‌ی مالک یا شارع یا به حکم حاکم در اختیار او قرار گرفته است، و دوم، کسی که «صفت امانت» در او وجود داشته باشد.

۱-۳- انواع امانت

معنایی که از «امانت» برای شرح انواع آن اتخاذ می‌کنیم عبارت است از «وجود مال کسی نزد دیگری به سببی از اسباب مشروع و جایز». بدین اعتبار، امانات به سه دسته‌ی مالکی، شرعی (قانونی) و قضایی تقسیم می‌شود. برخی از حقوق‌دانان در جایی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۷ و لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۳۴۴ و محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۹۴) امانت را به اعتبار مبنا و سبب، منحصر در دو نوع مالکانه و شرعی (قانونی) دانسته‌اند و در جایی دیگر (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۷۴۰) سخن از امانت قضایی در کنار آن دو آورده‌اند. فقهای عظام نیز در بیان انواع امانت، مقدمتاً آیادی را به عدوانی و امانی منحصر می‌کنند، سپس ید امانی را یا ناشی از اذن مالک می‌دانند و یا ناشی از اجازه‌ی قانون و نه مالک (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۱۹۲ و سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۹۳) که ید امانی به مالکی و شرعی تقسیم می‌شود (نابینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۷۷).

با وجود این که حقوق‌دانان و فقها به صراحت امانت قضایی را به عنوان قسمی در کنار امانت مالکی و شرعی بحث نکرده‌اند و برخی اساساً تفاوتی میان آن و امانت شرعی نیافته‌اند، امانت قضایی را به عنوان قسمی از اقسام امانات در کنار امانت مالکی و امانت شرعی شرح می‌دهیم.

۱-۳-۱- امانت مالکی

«امانت مالکانه» عبارت است از استیلا بر مال دیگری که استیمان و اذن از جانب مالک است، خواه برای حفظ باشد و خواه نگهداری مال به تبع هدف دیگری باشد، مانند عین در ید مرتهن و مستعیر و مستأجر و عامل (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۸، ص ۳۰۳).

برخی از حقوق دانان با پذیرش این که منشأ امانت می‌تواند اذن مالک یا حکم قانون یا رأی دادگاه باشد، امانتی را که ناشی از اذن مالک باشد، «امانت قراردادی» نامیده و این دو را مساوی انگاشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۸)؛ در حالی که اذن و رضایت مالک، می‌تواند یک‌بار به صورت ایجاب و قبول ابراز شود و بار دیگر اذن و رضایت به صورت ایقاع بیان شود که در این صورت اطلاق عنوان «امین قراردادی» صحیح نمی‌باشد. به همین دلیل است که فقهای عظام از مطلق اذن مالک برای تعریف امانت مالکانه استفاده می‌کنند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۸۲ و بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۵). امانت مالکی مفهومی فراتر از امانت قراردادی دارد و شامل امانت ناشی از قرارداد و امانت ناشی از ایقاع است.

۱-۳-۲- امانت قانونی (شرعی)

«امانت قانونی» که فقها آن را «امانت شرعی» می‌نامند، در مواردی می‌باشد که مالک مال خود را با اختیار نزد متصرف قرار نداده است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۳۴۲)، لکن تصرف او به نحو عدوان نیز نمی‌باشد و مال از طرف قانون و به حکم آن در اختیار متصرف قرار می‌گیرد. خواه آن مال به طور قهری در اختیار وی قرار گرفته باشد، مانند آن که باد لباس کسی را به خانه‌ی همسایه بیاندازد؛ خواه توسط مالک جاهل به گیرنده داده شده باشد، مانند آن که کسی کیف یا صندوقی بخرد و درون آن مالی از فروشنده که مورد معامله نبوده یافت شود؛ و خواه مال کسی به حکم قانون و شرع نزد دیگری نهاده شود، مانند آن که شخصی مالی را می‌یابد که در زمان تعریف، قواعد امانت قانونی اجرا می‌شود (امامی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۱۴۵).

۱-۳-۳- امانت قضایی

امین قضایی کسی است که به حکم حاکم یا «نصب» او امین بر مال دیگری می‌شود. دادگاه نیز با اجازه‌ای که از حاکم دارد، به نصب امین می‌پردازد. لذا اطلاق «امین قضایی» برای این نوع از امانت تمام معنا را شامل نمی‌شود؛ زیرا ممکن است نصب این گروه از امانت به سازمانی غیر از دستگاه قضا، مثل اداره‌ی اوقاف و امور خیریه، واگذار

شود. لذا صواب آن است که این قسم از «امین» را، همانند فقها (نجفی، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۸ و طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۱۲۲)، «امین حاکم» بنامیم.

ماده‌ی ۱۲۲۲ قانون مدنی نمونه‌ای از نصب امین توسط دادگاه است: «... دادگاه مدنی خاص از میان اشخاص مزبور یک یا چند نفر را به سمت قیّم معین و حکم نصب او را صادر می‌کند...». بند ۱ ماده‌ی ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳، مثالی برای نصب امین حاکم توسط سازمانی غیر از نهاد قضاست: «اداره‌ی امور موقوفات عام که فاقد متولّی بوده (یعنی واقف در ضمن عقد وقف برای آن متولّی معین نکرده است) یا مجهول‌التولیه است و موقوفات خاصّه در صورتی که مصلحت وقف و بطون لاحقّه و یا رفع اختلاف موقوف‌علیهم متوقف بر دخالت ولیّ فقیه باشد، بر عهده‌ی سازمان حج و اوقاف و امور خیریه می‌باشد». لکن ما در این تحقیق به پیروی از حقوقدانان مسامحتاً تعبیر «امین قضایی» را به کار می‌بریم.

۱-۴- مفهوم اخذ تضمین و تفاوت آن با شرط ضمان

امین، جز در صورت تعدّی و تفریط، مسؤول تلف یا نقص مورد امانت نیست (بحرانی، بی تا، ج ۱۲، ص ۷۴). مفهوم «شرط ضمان بر امین» در حقوق و فقه آن است که امین ضامن است، حتّی در صورتی که تعدّی و تفریط نکرده باشد (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۱۸، ص ۴۶)؛ چنان‌که ماده‌ی ۶۴۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسؤول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگر چه مربوط به عمل او نباشد» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۱۸۳)؛ در این صورت حتّی اگر به طور متعارف عمل کرده و تقصیری هم مرتکب نشده باشد، ضامن است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۵).

به علاوه، شرط ضمان امین به نحو «تعهد به ردّ مال» نیز متصور است؛ در این فرض، اولاً به دلیل آن‌که امین متعهد به حصول نتیجه است، صرف عدم تحقّق نتیجه‌ی مطلوب باعث تقدیم قول مالک یا کسی می‌شود که نسبت به آن مال استحقاق دارد؛ بنابراین بار اثبات بر عهده‌ی امین است. ثانیاً آن چیزی که باید ثابت کند، قوه‌ی قاهره

است، نه عدم ارتکاب تعدی و تفریط. متصدی حمل و نقل مثالی برای این نوع از شرط ضمان است. او با اجازه‌ی ارسال‌کننده بر مال استیلا پیدا کرده و وفق ماده‌ی ۵۱۶ قانون مدنی به‌مانند امانت‌داران متعهد است. لکن ماده‌ی ۳۸۶ قانون تجارت اشعار داشته است: «اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل مسؤول قیمت آن خواهد بود مگر این‌که ثابت نماید تلف یا گم‌شدن مربوط به جنس خود مال‌التجاره یا مستند به تقصیر ارسال‌کننده یا مرسل‌الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید...». ظاهر آن است که این دو ماده از مبانی متفاوت پیروی کرده است در حالی‌که می‌توان گفت، طبق قواعد عمومی هرگاه کسی به موجب قراردادی ملتزم به انجام کاری شود و به تعهد خود وفا نکند، عدم اجرای قرارداد نوعی تقصیر است و قانون کسی را که به مفاد عقد رفتار نکند، مسؤول خسارات ناشی از آن می‌داند، مگر این‌که او ثابت کند تقصیری نداشته و حادثه‌ی خارجی مانع از ایفای به عهد شده است (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۲۱۶).

اما، اخذ تضمین از امین به این معناست که از امین تضمینی بگیریم، تا در موقعی که به هر دلیل مسؤول شناخته خواهد شد، بتوانیم از محل آن تضمین خسارت وارد شده را جبران نماییم (امامی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۲۳۱). این شرط برای آرامش خاطر امانت‌گذار است (خوئی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۸۸) که بتواند در جایی که امین مسؤول است، از تضمین استفاده کند. چنان‌که عقد رهن برای این منظور وضع شده است و موجب آرامش خاطر داین به ایفای دین مدیون می‌شود.^۳

۲- بررسی امکان اخذ تضمین از امین قضایی

ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «محکمه می‌تواند از امینی که معین می‌کند تقاضای ضامن یا تضمینات دیگر نماید». با پذیرش امکان اخذ تضمین از امین بر اموال غایب مفقودالثر، دلایل امکان اخذ تضمین از او و دیگر امنای قضایی و تضمینات مختلف قابل اخذ بحث می‌شود.

۲-۱- دلایل امکان اخذ تضمین از امین قضایی

صحت تعمیم حکم مواد ۱۰۱۳ و ۱۲۴۳ قانون مدنی به امنای قضایی دیگر، بدان دلیل که عناوین امانت اموال غایب و قیمومت خصوصیتی ندارد و دلیل این حکم نیابت و امانت از سوی حاکم است، آن قدر بدیهی است که ما را از مواد مشابه بی‌نیاز می‌کند. زیرا «نصب حاکم» چنین حکمی را لازم می‌آورد و او در حقیقت ولی و قیم است (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۸۵) و هرچه بگوید لازم‌الاتباع است، گذشته از آن که دلیلی بر منع آن نداریم.

به علاوه، برخی از فقها که ولایت مطلقه‌ی فقیه را قبول ندارند یا در مورد آن تردید جدی روا می‌دارند، وقتی به اهمّیت و لزوم تعیین تکلیف در امور حسبی می‌رسند، حکم به جواز و نفوذ تصرفات فقیه جامع‌الشرایط می‌دهند و او را برای این مناصب از دیگران انساب می‌دانند (حکیم، ۱۴۱۶ق-الف، ص ۴۰-۳۹ و سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۹۱). لکن بدین دلیل که حاکم رأساً این قبیل کارها را انجام نمی‌دهد (حائری، بی‌تا، ص ۲۴۰)، امین منصوب موظف است غبطه و مصلحت غایب را در نظر بگیرد و در حفظ و نگهداری اموال او بکوشد؛ و به دلیل توقّف تصرف امین به اذن حاکم (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۲۵)، لازم است امین شروط حاکم را بپذیرد، از جمله شرط اتیان تضمین.

اضافه آن که، در اسلام، مال مسلمان همانند خورش محترم بوده، تضييع آن ممنوع و تصرف در آن بدون اذن مالک حرام است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۸۷)؛ تا جایی که در حدیث شریف نبوی گفته شده است: «... وَ حَرَمَةُ مَالِهِ كَحَرَمَةِ دَمِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۳۶۰). لذا خداوند متعال وظیفه‌ی اداره‌ی امور ملت و رهبری امت را به دوش فقیه جامع‌الشرایط نهاده و شؤون این رهبری را اداره‌ی اوقاف عامه و نهادهای قضایی و اجرایی، اخذ نذور، صدقات، مجهول‌المالک، حفظ اموال غایبین، مجانین، سفها و اداره و صرف ترکه‌ی بلاوارث و امثال‌ذلک دانسته و در همه‌ی این‌ها اختیار نصب ولایه و عمال و نواب را که فقها از آن تعبیر به «امنا» می‌کنند، به حاکم شرع داده است (نجفی،

۱۳۸۱ق، ج ۱، ص ۳۴۲ و خوئی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۰). لذا حاکم برای جلوگیری از تضییع حقوق ذی‌نفعان دخالت می‌کند (حکیم، ۱۴۱۶ق-ب، ج ۱۴، ص ۴۷۷) و از طریق نصب امین و اخذ تضمین از او منافع آن‌ها را تأمین و تضمین می‌نماید.

وانگهی، با این‌که ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی در باب غایب مفقودالآثر آمده است، تعبیر آن عام است و می‌تواند در تمام امنای حکومتی کاربرد داشته باشد. به علاوه، تعبیر «محکمه» در ماده‌ی مذکور مستلزم آن نیست که اگر وظیفه‌ی اداره‌ی اموال غایب به نهادی غیر از دادگاه واگذار شود، حکم به عدم جواز اخذ تضمین از امین بر اموال غایب بدهیم. بنابراین، می‌توان با الغای خصوصیت و اتخاذ وحدت ملاک از مواد ۱۰۱۳ و ۱۲۴۳ قانون مدنی، حکم به جواز اخذ تضمین از تمام انواع امنای حکومتی بدهیم؛ تضمینی که اصل آن و نوع آن به نظر سازمانی است که نصب امین کرده است.

۲-۲- تضمینات قابل اخذ از امین قضایی

با این‌که ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی در اخذ تضمینات، دست قاضی را باز گذاشته است، اما محکمه نمی‌تواند به بهانه‌ی اطلاق «تضمینات دیگر» مندرج در ماده، از امنایی که معلوم نیست در انجام وظایف خود رعایت غبطه‌ی غایب را می‌کنند، تضمیناتی سست طلب کند. هدف ما از اخذ تضمین، جبران خسارت‌های احتمالی‌ای است که اگر نتوان از امین مطالبه کرد، بتوان از محل وثایق برداشت؛ بنابراین از تضمیناتی که توانایی جبران خسارت ندارند، سخن نگفته و به بیان تضمیناتی می‌پردازیم که با تکیه بر آن‌ها می‌توان از جبران خسارات احتمالی آینده اطمینان حاصل کرد.

اگر امین از وراثت غایب باشد، ماده‌ی ۱۰۱۴ قانون مدنی دادگاه را ملزم به اخذ تضمینات «کافی» نموده است. ماده‌ی ۱۰۲۶ همین قانون، معنای «کافی» را بیان می‌کند: «... تا در صورت مراجعت غایب و یا در صورتی که اشخاص ثالث حقی بر اموال او داشته باشند، از عهده‌ی اموال و یا حق اشخاص ثالث برآیند». ماده‌ی ۵۱۳ قانون تجارت نیز نمونه‌ای از اخذ تضمین کافی و مؤثر از امین قضایی است: «مدیر تصفیه ...

باید وثیقه‌ی کافی که تأمین پرداخت مال‌الاجاره را بنماید به مالک اموال مستأجر داده...».

ممکن است گفته شود اصل اخذ تضمین در ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی با توجه به عبارت «محکمه می‌تواند» اختیاری است، پس چگونه می‌گویید تضمینات باید «کافیه» باشد؟

اشکال ایشان از یک جهت وارد و از جهت دیگر مخدوش است. اشکال در این فرض صحیح است که محکمه تشخیص دهد با گرفتن توثیقات کم‌رنگ و غیرمالی از امین، هدف را تأمین کرده است. اما در جایی که محکمه نتواند تشخیص دهد که امین به طور متعارف و به دور از تقصیر، اموال اصیل را نگهداری می‌کند یا تشخیص دهد که بدون اخذ تأمین هدف محقق نمی‌شود، اشکال وارد نیست. در این فرض، تمسک به عبارت «می‌تواند» و اطلاق «تضمینات دیگر» نمی‌تواند راه‌گشا باشد؛ بالاتر از آن، در این مورد معلوم نیست که محکمه مجاز باشد چنین امینی را انتخاب و نصب کند.

نتیجه آن‌که، ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی دست محکمه را در اصل اخذ تضمین و سپس نوع آن باز گذاشته است و عبارت «تضمینات دیگر» اعم از وثایق دین و حتی تضمینات مالی است. لذا دادگاه مخیر است هر نوع تضمینی که برای اطمینان ذی‌نفع کافی باشد، حتی تصدیق امام جمعه، مقرر بدارد. بنابراین، اگر محکمه از امینی که معین می‌کند تقاضای استشهاد اهالی محل مبنی بر وثاقت وی را بخواهد، نمی‌توان گفت دادگاه در اجرای این ماده مرتکب تخلف شده است، زیرا استشهاد بر وثاقت نوعی تضمین است، همان‌طور که می‌توانسته اساساً تضمینی طلب نکند. «کافیه» بودن تضمین امری نسبی است و به مؤلفه‌های گوناگونی بستگی دارد؛ برای مثال محلی که اموال غایب در آن‌جا قرار دارد، ویژگی‌های شخصیتی غایب و امین و... می‌تواند در اطمینان به امین مؤثر باشد.

در همه‌ی این فروض اعتراض اشخاص ذی‌نفع نسبت به عدم رعایت شرایط ایتمان قضایی از سوی دادگاه یا عدم انجام وظیفه در اخذ تضمینی که پاسخگوی خسارات

باشد، می‌تواند به مسئولیت قاضی یا دادگاه منتهی شود (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۴).

۲-۲-۱- اخذ وثایق دین مصطلح

۲-۲-۱-۱- عقد ضمان

برخی از حقوق‌دانان معتقدند «ضمان» در ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی در معنای اصطلاحی آن (عقد ضمان اصطلاحی) استعمال نشده است؛ زیرا تعهدی است که امین طبق ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی در مقابل دادگاه می‌نماید (امامی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۲۳۱) و «ضمان» انتقال دین است و امین مدیون نیست و سبب دین نیز هنوز ایجاد نشده است (قاسم زاده، ۱۳۸۹، ص ۷۶). بدین بیان که معنای وجود «سبب» این نیست که احتمال دارد استیلائی امین در آینده منجر به مسئولیت وی شود؛ بلکه بدین معناست که دین هنوز به دلیل فراهم نیامدن شرایط ثبوت در ذمه قابل مطالبه نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۴۴۷). بنابراین، از امین نمی‌توان ضامن طلبید. ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی نیز در تعریف ضمان می‌گوید: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد».

صحیح است که قانون‌گذار مدنی مقصود از «سبب» در ماده‌ی ۶۹۱ را به روشنی بیان نکرده است، لکن «سبب» در ماده‌ی ۶۹۱ قانون مذکور به معنای «مقتضی» است و نه معنای فلسفی آن (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۴۴۷)، و در فرض مذکور مقتضی که «تسلط» بر مال دیگری است، حاصل شده است. استیلائی بر مال دیگری از قبیل «ضمان مال‌یجب» نیست که برخی از فقها ادعای اجماع بر بطلان آن دارند (خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۱۳). این که گفته شود اگر فلانی از مالت سرقت کرد یا بعداً آن را غصب نمود من ضامن هستم، مثال‌هایی از ضمان مال‌یجب است که فقها در این زمینه بیان کرده‌اند و بیان‌گر آن است که وقتی ضمان مال‌یجب محقق می‌شود که نه حقیقتاً، نه فعلاً، نه اقتضائاً و نه قوه‌ی دین ثابت در ذمه نباشد (نجفی، ۱۳۵۹ق، ج ۲، ص ۲۴۸).

نهایتاً، اگر نگوییم استیلائی بر مال دیگری مقتضی ایجاد دین است، حتماً سبب بالقوه‌ی آن می‌باشد، چنان‌چه قانون مدنی در برخی موارد، صرف در اختیار داشتن مال دیگری را برای صحت عقد ضمان کافی دانسته است. برای مثال، ماده‌ی ۶۹۷ قانون مذکور ضمان عهده را پذیرفته است: «ضمان عهده از مشتری یا بائع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌الغیر در آمدن جایز است» و فقهای عظام ادعای عدم خلاف در صحت آن کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۳۶). برخی از حقوق‌دانان احتمال داده‌اند این ضمان، ضمان اصطلاحی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۴۴۹)، در حالی که این ماده در مواد مربوط به «ضمان عقدی» آمده است. برخلاف ظاهر عبارت قانون مدنی که ضمان عهده را تنها در عقد بیع آورده است، می‌توان در تمام عقود معوض، مانند اجاره و معاوضه، قائل به جریان آن شد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۹۹)؛ به علاوه، برخی فقها در عاریه‌ی مضمونه نیز که عقدی غیر معوض است، ضمان عهده را پذیرفته‌اند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۱۱۳). از ملاک این ماده می‌توان به مقصود قانون‌گذار از «سبب» در ماده‌ی ۶۹۱ قانون مذکور پی برد؛ چه اگر منظور از «سبب»، تنها دینی بود که بعداً حتماً در ذمه‌ی دیگری ثابت می‌شد، نیازی به ذکر آن نبود. اضافه آن‌که، ضمان عهده حکمی استثنایی نیست و در تمام عقود معوض و حتی عقود غیر معوض جاری است؛ لذا مدیون بودن بالقوه در صحت ضمان کافی است و لازم نیست دین در ذمه‌ی مضمون‌عنه ثابت باشد.

۲-۱-۲-۲- عقد کفالت

در صحت عقد کفالت نیز لازم نیست مکفول به صورت فعلی مدیون باشد. ماده‌ی ۷۳۴ قانون مدنی در تعریف کفالت می‌نویسد: «کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند». طبق ماده‌ی ۷۳۶ همین قانون نیز، «در صحت کفالت علم کفیل به ثبوت حقی بر عهده‌ی مکفول شرط نیست، بلکه دعوی حق از طرف مکفول‌له کافی است، اگرچه مکفول منکر آن باشد». همانند ضمان، در معرض ثبوت بودن و وجود سبب، به گونه‌ای که عرف آن را به منزله‌ی ثابت بدانند، برای انعقاد عقد کفالت کافی است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰،

ص ۳۴۳). بالاتر از آن، در صورتی نیز که تحقق دین غیر ثابت منوط به حصول شیئی دیگر باشد، کفالت صحیح است، مثل جعل در عقد جعاله که در ذمه‌ی جاعل غیر ثابت است و مثل عوض در عقد سبق و رمایه که ثبوت آن منوط به تحقق سبق و رمی می‌باشد (قمی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۹)؛ بنابراین، می‌توان جاعل در عقد جعاله را و طرفین در عقد سبق و رمی را مکفول قرار داد.

۲-۲-۱-۳- عقد حواله

ماده‌ی ۷۲۴ قانون مدنی در تعریف حواله می‌گوید: «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه‌ی مدیون به ذمه‌ی شخص ثالثی منتقل می‌گردد». برخی حقوق دانان با اذعان به این که حواله معمولاً به منظور پرداخت دین ثابت در ذمه و قابل مطالبه منعقد می‌شود، وجود «سبب» را برای انعقاد حواله کافی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۰۶). در مقابل، برخی از این که حواله انتقال ذمه است و سکوت قانون مدنی به مشهور فقها راجع می‌شود، به بطلان حواله‌ی دین غیر ثابت متمایل شده‌اند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۴۶۹). مشهور فقها حواله‌ی دینی را که غیر ثابت است باطل دانسته (حکیم، ۱۴۱۶ق-ب، ج ۱۳، ص ۳۸۵) و فقهای متأخر نیز به آن فتوا داده‌اند (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۶۱ و زنجانی، ۱۴۲۸ق، ص ۵۱۹ و خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۲۱۵ و قمی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۱ و گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۱۰۵). برخی دیگر، ادعای اجماع در مورد آن کرده‌اند (علّامه حلّی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۷۷ و بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۵۳).

در جایی که مقترض به هنگام عقد قرض به مقرض می‌گوید: «فلان مال را به من قرض بده و عوض آن را از زید بستان»، در صورت رضایت محتال (مقرض) و محالّ علیه (زید) عقد کامل شده، عمومات وفای به عهد شامل آن شده و ذمه‌ی مقترض فارغ و ذمه‌ی زید بعد از اقتراض به دین مشغول می‌شود. لکن جمله‌ی فوق به معنای «حواله» اصطلاحی نیست که در آن دین محیل به ذمه‌ی محالّ علیه منتقل می‌شود، بلکه بدین معناست که عوض از زید گرفته شود زیرا هنوز دین ایجاد نشده است (شهیدثانی،

۱۳۱۴ق، ج ۴، ص ۲۱۸)؛ بنابراین، تحویل و تحوّل صورت نگرفته است و حواله بر آن صدق نمی‌کند. تحویل و تحوّل عرفی نیز اقتضای نقل ذمه به ذمه‌ی دیگری را دارد، لذا متوقّف بر وجود دینی در ذمه است تا بتوان انتقال آن به محل دیگری را تصوّر نمود (حکیم، ۱۳۱۶ق-ب، ج ۱۳، ص ۳۸۵).

نتیجه آن که نمی‌توان از امین قضایی حواله طلب کرد، زیرا دین بر ذمه‌ی او ثابت نشده است و اساساً تحویل و تحوّل دین، جز با ثبوت دین بر ذمه‌ی مدیون متصوّر نیست؛ به علاوه، ماده‌ی ۷۲۶ قانون مدنی تصریح کرده است: «اگر در مورد حواله محیل مدیون محتال نباشد، احکام حواله در آن جاری نخواهد بود».

۲-۲-۱-۴- عقد رهن

«رهن» عقدی تبعی است؛ بدین معنا که پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین مالی به وثیقه (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۹۶) داده شود (طاهری، ۱۳۱۸ق، ج ۴، ص ۵۲۲)؛ اگر چنین نبود، دست‌کم باید سبب دین، مانند آنچه در عقد ضمان گفته شد، به وجود آمده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۹۷). لکن، نه تنها قانون‌گذار در باب رهن از «سبب» حرفی به میان نیاورده است، بلکه ماده‌ی ۷۷۱ در تعریف «رهن»^۶ (لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۳۹۶) و ماده‌ی ۷۷۵^۷، به صراحت از لزوم وجود دین برای صحّت عقد رهن سخن گفته است. وحدت ملاکی که برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۶۹) از ماده‌ی ۶۹۱ قانون مذکور در باب «عقد ضمان» برای صحّت رهن در صورتی که تنها سبب دین به وجود آمده باشد، استفاده کرده‌اند، بدون دلیل است؛ زیرا ملاکی که در ضمان وجود دارد، و آن انتقال دین است، در رهن موجود نیست (امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۳۵۳).

تمام فقیهان امامی نیز مدیون بودن را در تعریف عقد رهن آورده‌اند. به عنوان مثال، قاضی ابن براج در تعریف مختصر خود از رهن می‌گوید: «نهادن مال نزد صاحب دین، برای اطمینان داین نسبت به دین، رهن نامیده می‌شود» (طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۴). هم‌چنین جمیع فقهای امامیه گفته‌اند فقط نسبت به دینی می‌توان رهن طلبید

که ثابت در ذمه باشد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۲۱). برخی دیگر میان «ثبوت» و «لزوم» دین تفاوت گذاشته و آن دین ثابتی را قابل رهن می‌دانند که حین انعقاد رهن لازم شده باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۸۰)؛ ایشان در جایی با قبول ضمان عهده در بیع، به صراحت رهن عهده در آن را، به دلیل عدم ثبوت دین در ذمه‌ی طرف مقابل باطل دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۸۳)؛ بلکه اقرار رهن را با عقدی که دین ایجاد می‌کند، با این استدلال که رهن برای وثیقه‌ی دین مرتهن است و باید نسبت به دین تأخر داشته باشد، صحیح نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۴۱۹)، اما در جایی دیگر از شرط ثبوت و لزوم دین عدول کرده، گرفتن رهن بر درک مثل رهن عهده‌ی ثمن و رهن عهده‌ی مال‌الاجاره را پذیرفته‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۴۷۷).

مراد از «لزوم» حق یک‌بار به این معناست که دین ثابت در ذمه باشد (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۸۷)؛ بدین معنا، تفاوتی میان ثبوت و لزوم نیست. معنای دیگر آن «استقرار» است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۵، ص ۴۰۶) که به این معنا، برای دینی می‌توان رهن گذارد که ثابت و مستقر باشد؛ در حالی که در روایت خرید نسیه‌ی جو از یهودی، رسول اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) لباسی را نزد او رهن گذاشتند (راوندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۵۹) با این که تا زمان رسیدن اجل، دین بر ذمه‌ی ایشان مستقر نشده بود. لذا قید «لزوم» تنها در صورتی می‌تواند صحیح باشد که به معنای «ثبوت» استعمال شود، نه «استقرار»؛ برای مثال، رهن برای ثمن در مدت خیار نزد فقهای امامیه پذیرفته شده است، گرچه دین ثابت غیرمستقر است (بحرانی، بی تا، ج ۱۲، ص ۳۲۶).

چنان که از مطالب فوق معلوم می‌گردد، در مقابل حقی می‌توان رهن قرار داد که در حین عقد در ذمه‌ی رهن ثابت باشد، خواه آن دین مستقر شده باشد یا خیر، مانند ثمن در بیع نسیه، مثنی در بیع سلف، مال‌الاجاره پس از عقد اجاره و دین پس از قرض، حال باشد یا مؤجل. اما نمی‌توان برای دینی که بر ذمه ثابت نشده باشد، مانند دینی که بعداً قرض می‌شود یا ثمن مالی که بعداً خریداری می‌گردد، رهن قرار داد؛ اساساً اگر دین ثابت نباشد، ماده‌ی ۷۹۳ قانون مدنی کارکرد خود را از دست می‌دهد: «رهن

نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافعی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن». تحدید تصرفات حقوقی و مادی رهن در مال خودش وقتی صورت می‌گیرد که مرتهن حقی علیه او در مال مرهونه داشته باشد؛ و این حق فقط با ثبوت دین در ذمه‌ی رهن ایجاد می‌شود.

۲-۲-۲- اخذ تضمیناتی غیر از وثایق دین مصطلح

عبارت «ضامن یا تضمینات دیگر» در ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی، مفهومی اعم از وثایق دین مصطلح و غیرمصطلح را می‌رساند. با الگو گرفتن از ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی^۸، می‌توان در مورد امنای قضایی حکم به اتیان وجه التزام کرد؛ به این صورت که امین به وجه ملزومی مکلف شده باشد که اگر مقررات بین او و حاکم را زیر پا بگذارد، مبلغ معینی را بپردازد. اخذ وجه التزام می‌تواند در قالب‌های مختلفی انجام پذیرد؛ گاهی امین ملزم می‌شود چک^۹ یا سفته‌ای به عنوان وثیقه به بانک بدهد، گاهی تضمین‌نامه‌ی بانکی ارائه می‌کند، گاهی اسناد خزانه تحویل می‌دهد و...^{۱۰}

اگر چه نمی‌توان برخی از وثایق دین مصطلح را از امین طلب کرد، اما قراردادهایی شبیه این عقود را به صورت دیگری می‌توان منعقد نمود؛ لکن دیگر احکام و مقررات اختصاصی آن عقود در این توافق جدید جاری نیست. برای مثال، در ماده‌ی ۷۲۳ قانون مدنی آمده است که: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه‌ی دین دیگری ملتزم شود. در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست. مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه‌ی دین مدیون معلق به عدم تأدیه‌ی او نماید». در این فرض، چون دین همچنان بر ذمه‌ی مدیون اصلی باقی می‌ماند و به متعهد منتقل نمی‌شود، قانون‌گذار آن را «ضمان» نمی‌داند؛ بلکه التزامی است که شخص درباره‌ی پرداختن دین مدیون پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۹). لذا آثار خاص آن، از جمله نقل ذمه، را ندارد و اگر امین مرتکب تعدی یا تفریط گردید، هم او مسؤول است و هم کسی که ضامن او شده است.

نیز ممکن است مالی برای تضمین خسارات احتمالی آینده از امین اخذ شود تا اگر مسؤول شد، دادگاه بتواند با فروش آن خسارات را جبران کند؛ لکن این مال با عنوان «رهن» به دادگاه داده نمی‌شود؛ چرا که در عقد رهن شرط است که رهن مدیون مرتهن باشد، یا حداقل سبب دین ایجاد شده باشد. لذا مقررات خاص رهن، از جمله رجحان مرتهن از قیمت رهن بر سایر طلبکارها (ماده‌ی ۷۸۰ قانون مدنی)، در مورد آن اجرا نمی‌شود.

همچنین، دادگاه می‌تواند از امین بخواهد شخصی را معرفی کند و آن شخص نیز تعهد نماید که در صورت مسؤولیت امین، بتوان از او تقاضای جبران خسارات را نمود؛ یا شخصی را معرفی نماید که تعهد حضور امین را، در صورتی که ضامن شد، قبول کند.

۳- بررسی امکان اخذ تضمین از امین مالکی

امین مالکی، کسی است که بر اساس اذن مالک بر مال تسلط پیدا کرده است (خلخال، ۱۴۲۷ق: ۴۰۲). رضایت مالک هم می‌تواند در قالب عقدی از عقود ابراز شود و منشأ امانت گردد و هم می‌تواند در قالب اراده‌ی یکطرفه بیان شود، که تعبیر دقیق‌تر آن «اباحه» است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۴۱۲)؛ از این جهت، امانات مالکی به دو دسته‌ی قراردادی و ایقاعی تقسیم می‌شوند.

اشتراک اتیان تضمین، شرطی است که می‌تواند در ضمن عقود امانی بیاید و مشروط‌علیه را به آن الزام کند و در صورت ترک آن، به مشروط‌لّه حق فسخ بدهد. در ایقاعات امانی هم، که از اذن محض ناشی می‌شود، شرط اتیان تضمین، جزئی از اذن مالک است و تا وقتی حاصل نشود، «اذن» کامل نمی‌شود. در ادامه، ابتدا به شرح دلایل امکان اخذ تضمین از امانای مالکی، سپس به تضمینات مختلف قابل اخذ از آن‌ها می‌پردازیم.

۳-۱- دلایل امکان اخذ تضمین از امین مالکی

۳-۱-۱- قاعده‌ی تسلیط (ماده‌ی ۳۰ قانون مدنی)

قاعده‌ی معروف به «تسلیط» (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۳۴ و کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۴۴ و لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۳۶) از حدیث شریف نبوی گرفته شده است؛ حضرت رسول اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) می‌فرمایند: «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» (احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۲۰۸). قانون مدنی نیز در ماده‌ی ۳۰ این قاعده را برگردانده است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». این ماده به روشنی بیان می‌کند که مالک می‌تواند هر تصمیم مشروعی در مورد مال خود بگیرد؛ می‌تواند مال خود را به کمتر از قیمت به دیگری بفروشد؛ مال خود را فقط به کسی عاریه دهد که مبلغی را جهت تضمین به صورت نقد یا چک به او بدهد یا دیگر تضمیناتی ارائه دهد و

ضروری است «شرط اتیان تضمین» به عنوان شرط ضمن عقد، ذیل قواعد شروط ضمن عقد (مواد ۲۳۲ الی ۲۴۶ قانون مدنی) بررسی شود. ابتدائاً بایستی به این سؤال پاسخ داده شود که آیا این شرط صحیح است یا باطل یا مبطل؟

ماده‌ی ۲۳۲ قانون مدنی شروط باطل را بیان می‌کند: «شروط مفصله‌ی ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳- شرطی که نامشروع باشد». بی‌شک «شرط اتیان تضمین» مقدور و بافایده است؛ اما در مواردی می‌تواند نامشروع باشد. برای مثال، گذاردن چک تضمین یا معرفی مال یا معرفی فردی به عنوان ضامن یا کفیل غیرمصطلح و امثال ذلک، شرط‌هایی مشروع و دادن رهن و حواله مصطلح نامشروع است. اگر شرطی نامشروع باشد، چنان که چیزی را که قانون اجازه نداده است یا خلاف اخلاق و نظم عمومی است شرط کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۱)، باطل است ولی مفسد عقد نیست. با بطلان شرط، اگر بطلان مستند به فعل مشروطه نباشد و یا جهل به بطلان داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۱)، برای مشروطه خیار فسخ ایجاد می‌شود.

ماده‌ی ۲۳۳ قانون مدنی شروط مفسد عقد را بیان می‌کند: «شروط مفصله‌ی ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱- شرط خلاف مقتضای عقد؛ ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود». شرط اتیان تضمین در قراردادهایی که موجب امانت می‌گردد، قطعاً خلاف مقتضای ذات این عقود نیست؛ زیرا همان‌گونه در بحث «مفهوم اخذ تضمین از امین و تفاوت آن با شرط ضمان» بیان کردیم شرط تضمین دخلی به دعوی صحت یا عدم صحت اشتراط ضمان بر امین ندارد. ودیعه «استنباه فی الحفظ» است و شرط فعل یا نتیجه‌ای مبنی بر اتیان تضمین از جانب امین، ذات این عقد را نشانه نگرفته است؛ عقد اجاره «تملیک منفعت به عوض معلوم» است و شرط اتیان تضمین در این عقد نیز مخالف ذات آن نیست و هکذا سایر عقود امانی. برعکس، در برخی از عقود امانی، به ویژه عاریه، شرط اتیان تضمین در میان مردم پذیرفته شده و رواج دارد؛ کتابخانه‌ها، بنگاه‌های کرایه‌ی ماشین‌های لوکس، کرایه‌دهندگان ظروف برای مهمانی‌ها و... از روش‌های متعددی برای پوشش خطر نهادن مال خود نزد دیگران استفاده می‌کنند؛ این رواج و پذیرش همگانی نشان از آن دارد که اشتراط تضمین، گرچه خلاف مقتضای اطلاق عقود امانی است، هیچ‌گاه با ذات آن منافات ندارد.

ممکن است برخی از شروط اتیان تضمین به گونه‌ای تنظیم شوند که باعث جهل به عوضین گردند؛ به عبارت دیگر، این شرط باعث تردید در موازنه‌ی ریسک و سود امین شود، به دلیل جهل خطرناک باطل و مبطل عقد است؛ زیرا «نَهَى النَّبِيُّ عَنِ الْغَرْرِ» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۷۹). این روایت هم به صورت مطلق آمده است (عن الغرر) و هم به صورت اختصاص به بیع (عن بیع الغرر)، لکن فقها از جمله علامه حلی، صاحب غنیه و شیخ انصاری در ابواب مختلف فقه از این روایت استفاده کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۲۹)؛ بنابراین، در این صورت شامل شروط نیز شده و نهی از غرر، معامله‌ی مجهول، شرط مجهول و ارکان مجهول را شامل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۱۱۵).

طبق ماده‌ی ۲۳۴ قانون مدنی نیز، «شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت؛ ۲- شرط نتیجه؛ ۳- شرط فعل اثباتاً و نفیاً...». اشتراط اتیان تضمین، نمی‌تواند به صورت شرط صفت باشد، زیرا شرط صفت راجع به مورد معامله است؛ لکن آن کس که دیگری را امین قرار می‌دهد، می‌تواند علیه امین شرط فعل و شرط نتیجه کند؛ بدین صورت که بر امین شرط فعل کند که تضمینات مختلف مالک را تأمین کند و در صورتی که تأمین نکرد، مال به مالک برگردانده شود؛ مثلاً موجر در زمان انعقاد اجاره بر مستأجر شرط کند که چکی به فلان مبلغ برای تضمین جبران خسارات احتمالی آینده به موجر بدهد. و یا علیه مستأجر شرط نتیجه کند که با انعقاد عقد اجاره، موجر وکیل بلاعزل مستأجر در فروش فلان مال شود تا در صورتی که مستأجر مسؤول شناخته شود، بتواند از محل فروش آن مال، خسارات وارده را جبران نماید.

۳-۱-۲- روایت «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسِهِ مِنْهُ»

این روایت (محقق حلی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۰۷) بیان حکمی عقلایی است که هر کس، تنها همان‌طور که مالک مقرر داشته، حق دارد از مال دیگری استفاده کند. این روایت می‌تواند دلیل بر امکان اخذ تضمین از امین قراردادی و امین ایقاعی باشد؛ زیرا همان‌طور که عاریه دهنده می‌تواند با اشتراط اخذ تضمین از امین خاطر خود را آسوده گرداند، موصی نیز با اشتراط اتیان تضمین، بدون آوردن آن از جانب وصی آسوده‌دل نمی‌گردد. در همه‌ی این‌ها رعایت آن‌چه در مورد وثایق قابل اخذ از امین مالکی گفته می‌آید، لازم است.

۳-۱-۳- ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی

ممکن است کسی برای تجویز امکان اخذ تضمین از امین مالکی به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی استناد کند: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». مقصود از واژه‌ی «قانون» در این ماده، قانون امری است، نه تکمیلی (لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۸). قراردادهای منحصر در عقود

معینه نیست و هر عقدی که میان موجب و قابل بسته شد، محمول به صحّت است، مگر آن که دلیلی بر بطلان آن داشته باشیم (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۱).

نهایت مدلول ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی آن است که اگر در صحّت عقد موجب امانتی که نام آن در میان عقود معینه نیامده است شک کنیم، محکوم به صحّت است مگر این که دلیل قطعی بر مخالفت آن با مقرّرات امری وجود داشته باشد. لکن ما در این جا عقدی جز عقود معینه‌ای که به ایتمان مالکی مربوط هستند، نداریم، جز آن چه ماده‌ی ۶۳۱ قانون مدنی می‌گوید: «هر کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرّف باشد و مقرّرات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است. بنابراین، مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولیّ نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تفریط یا تعدی». پیام این ماده آن است که نباید امانت را منحصر در ودیعه دانست، بلکه ممکن است کسی مال غیر را تصرّف کرده باشد و مقرّرات قانون، چه به صورت مصرّح و چه به صورت تلویحی، به امانت او حکم دهد (اسماعیلی، ۹۴-۱۳۹۳، ص ۲۷).

نهایتاً، نمی‌توان ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی را مبنای صحّت اخذ تضمین از امین شمرد؛ زیرا همان‌طور که به «اصل آزادی قراردادها» مشهور است، تنها می‌تواند ما را در صحّت عقود غیر معینه‌ای که شامل شرط اخذ تضمین از امین است، یاری برساند. توافق طرفین بر دادن تضمین، توافقی فرعی جدای از اصل عقد است.

۳-۱-۴- آیه‌ی «تجارة عن تراض»

مستند دیگری که می‌تواند مبنای استدلال برخی برای جواز شرط اتیان تضمین بر امین باشد، آیه‌ی «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^{۱۱} است. این آیه را تنها در رابطه با قراردادهایی می‌توان استفاده کرد که شامل ایتمان می‌شود، نه ایقاعات امانی. زیرا از لغاتی که رضایت و قصد طرفین را بیان می‌کند، استفاده کرده است.

در نهایت، می‌توان برای مشروعیت و صحت حکم اخذ تضمین از امین مالکی به «عقل»، «عمل عرف»، و روایات «لا یحلّ مال امرء إلا بطیب نفسه» و «الناس مسلطون علی أموالهم» استناد کرد. آیهی «تجارة عن تراض» فقط در مورد امنای قراردادی و مادهی ۱۰ قانون مدنی تنها برای حکم به صحت عقود غیرمعینه‌ی شامل ایتمان، نه جواز شرط اتیان تضمین، مفید است.

۳-۲- تضمینات قابل اخذ از امین مالکی

به دلیل آن‌که مالک در مورد مال خود اختیار تام دارد، می‌تواند آن را تحت هر شرایطی به دیگری بدهد. مگر در مواردی که حقوق اقلیت اقتضای سخت‌گیری بیشتر دارد. برای مثال، مادهی ۱۱۴ لایحه‌ی اصلاحی قانون تجارت، برای حفظ حقوق سهامداران، مدیران شرکت را به اتیان تضمین الزام کرده است: «مدیران باید تعداد سهامی را که اساسنامه‌ی شرکت مقرر کرده است دارا باشند. این سهام برای تضمین خساراتی است که ممکن است از تقصیرات مدیران منفرداً یا مشترکاً بر شرکت وارد شود».

در مورد نوع تضمینات مأخوذه، در نگاه اول مالک می‌تواند هرگونه تضمینی از امین منصوب از جانب خود دریافت کند، چرا که اختیار مال خود را دارد؛ و وفق قاعده‌ی تسلیط و حرمت مال مسلم، کسی نمی‌تواند او را ملزم به عدم اخذ مالی مثلاً به عنوان رهن بکند. اما باید این تضمینات در بستر قواعد مربوط به «شروط ضمن عقد» بحث شود.

به طور مثال، جمیع فقها گفته‌اند که فقط نسبت به مالی که ثابت در ذمه است می‌توان رهن گرفت (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۲۱)؛ چنان‌که ظاهر مادهی ۷۷۱ قانون مدنی^{۱۲} نیز به آن اشعار دارد. حال، اگر مالک از امین «رهن به معنای مصطلح» بخواهد، به دلیل امری بودن قواعد آن، نمی‌توان گفت مقررات خاصه‌ی رهن، از قبیل شرطیت قبض مال مرهونه^{۱۳}، لزوم عینیت مال مرهونه^{۱۴}، رجحان مرتهن بر دیگر دیان در مال مرهونه^{۱۵} و... در مورد مالی که اخذ می‌کند جاری است و با نهادن نام «رهن» بر توافقی

که رهن اصطلاحی نیست، نمی‌توان علیه دین دیگر مبنی بر اولویت مالک در استیفای طلبش از امین، استدلال نمود.

مثال دیگر آن که، با اشتراط معرفی محال علیه به مالک، احکام خاصه‌ی حواله جاری نیست؛ زیرا در مورد وثایق دین، به خصوص حواله و رهن، همان‌طور که مفصلاً بیان شد، باید دین به وجود آمده باشد (علّامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۷۸ و فیض کاشانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۱۰). در حالی که در فرض ما، امین هنوز مدیون نشده است و سبب مدیون شدن او نیز حاصل نشده است؛ لذا نمی‌توان توافق موجود را «حواله به معنای خاص» دانست. در نهایت، مالک حق دارد همه‌گونه تضمینی، از امین خود طلب کند؛ لکن با رعایت قوانین امری و احکام شارع و قانون‌گذار.

گذشته از تضمینات مالی، مالک می‌تواند تضمینات غیرمالی، مانند گواهی امام جماعت محلّ یا استشهاد محلی، نیز از امین خود اخذ کند؛ تضمیناتی که گرچه نمی‌تواند خسارت احتمالی را پوشش دهد، لکن از جنبه‌های اخلاقی و دینی اعتماد ایجاد می‌کند.

۴- بررسی امکان اخذ تضمین از امین قانونی

برای بررسی اخذ تضمین از امین قانونی و جریان یا عدم جریان ماده‌ی ۱۰۱۳ قانون مدنی در امین قانونی، بیان وجوه تفکیک میان آن و امین قضایی لازم می‌نماید. سپس به بررسی امکان یا عدم امکان اخذ تضمین از امین قانونی پرداخته می‌شود.

۴-۱- دلایل و وجوه تفکیک امین قضایی و امین قانونی

ممکن است گفته شود که امانت قضایی بر اساس قانون انجام می‌شود، بنابراین نوعی از امانت قانونی است؛ بسیاری از حقوق‌دانان نیز در تقسیم انواع امین، «امین قضایی» را جداگانه مورد مطالعه قرار نداده‌اند. لکن با جستجو در مواد قانونی و تحقیق در اصول و قواعد هر کدام از امین قضایی و قانونی، به تفاوت‌هایی میان این دو برمی‌خوریم که لزوم تفکیک آن را دو را منتج می‌شود.

امین قانونی، مانند پدر و جد پدری، به حکم مستقیم قانون یا شرع نصب می‌شود، در حالی که امین قضایی، مثل امین بر اموال غایب، با حکم دادگاه منصوب می‌شود. لحاظ تخصص با توجه به رشته‌ی امانت و مال مورد امانت، لیاقت و توانایی در اداره‌ی اموال، امانت، بلوغ و رشد و اسلام (برای اموال مسلمانان) از مهم‌ترین شرایط «امین قضایی» است. لکن در امین قانونی وجود همه‌ی این شرایط لازم نیست؛ لازم نیست امین قانونی ابتداءً و استدامهً امین باشد، و مثل امین رفتار کردن کفایت می‌کند. تخصص در امانتداری قانونی لازم نیست.

در ایتمان قضایی موانعی از جمله تحت قیمومت یا ولایت بودن، ارتکاب برخی جرایم، ورشکستگی، اشتهار به فساد اخلاق، دعوا علیه محجور و عدم رضایت شوهر وجود دارد. امین قضایی، وفق ماده‌ی ۱۲۴۰ قانون مدنی، نمی‌تواند از طرف موکلی علیه با خود معامله کند. به‌علاوه، مستند به ماده‌ی ۱۲۴۱ قانون مذکور، معاملات اموال غیرمنقول موکلی علیه موکول به اجازه‌ی دادستان است. طبق ماده‌ی ۱۲۳۷ قانون مدنی نیز قیّم نمی‌تواند بیش از مبالغی که مدعی‌العموم برای اداره‌ی اموال موکلی علیه لازم می‌داند خرج کند. اما در مورد امنای قانونی چنین محدودیت‌هایی وجود ندارد و تنها ضابطه‌ی کیفی «رعایت غبطه و امانت نسبت به اموال سپرده شده» کفایت می‌کند.

در مواد مختلف مربوط به امین قضایی، دادگاه اختیار عزل امین را دارد. مثلاً در ماده‌ی ۱۲۴۸ قانون مدنی می‌بینیم که زوال صفت امانت، ارتکاب جنایت و جنحه‌های ذکر شده، حکم به حبس، اعلام ورشکستگی و... باعث عزل امین از این سمت می‌شود. لکن در امانت قانونی حاکم یا فرد دیگری اختیاری بر عزل امین ندارد و در برخی موارد عزل امین قانونی اساساً ناممکن است مثل ملتقط. تنها ماده‌ی ۱۱۸۴ قانون مدنی عدم رعایت غبطه‌ی صغیر و ورود ضرر به موکلی علیه را موجب عزل ولی قهری دانسته است.

۴-۲- دلایل عدم امکان اخذ تضمین از امین قانونی

از جمله علل اصلی امین دانستن امنای قانونی عبارت است از «احسان»، «استفاده از حق قانونی و شرعی» و «ید شرعی منقلبه از ید مالکی»؛ امنای قانونی، همگی یا از حق

شرعی و قانونی خود در تسلط بر اموال دیگران استفاده می‌کنند، یا عمل آن‌ها، که بدون اذن مالک است، عملی محسنانه است و یا ابتدائاً ید مالکی داشته‌اند (امانت مالکی) و پس از زوال اذن، ید آن‌ها قهراً به قانونی تبدیل شده است. این نکته دور از نظر نباشد که دلیل امانت برخی از امنای قانونی ممکن است متعدّد باشد که در این صورت، ما به عمده دلیل آن توجه داشته‌ایم؛ مثلاً ولیّ قهری در عین حال که از حقّ قانونی و شرعی خود استفاده می‌کند، محسن است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۹)، لکن وجه «استفاده از حقّ» در ولیّ قهری پررنگ‌تر از «احسان» است.

صاحب حق ارتفاق طبیعی یا قانونی، صاحب حق حبس، ولیّ قهری (پدر و جدّ پدری) و تقاص کننده، امنای قانونی‌ای هستند که از حق قانونی خود استفاده می‌کنند و نمی‌توان از ذی حق برای استفاده از حقش تضمین طلب کرد. برای مثال، نمی‌توان از ولیّ قهری خواست تا تضمین بیاورد؛ زیرا ولایت او بر طفل به اصل شرع ثابت شده است و تابع ابوت اوست (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۷۶)، و اخبار مستفیضه و اجماع بر آن دلالت دارد (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۳۰). زیرا طلب تضمین محدودیتی است که بر او بار می‌شود و در مقابل ولایت او که از جانب خداوند به طور مطلق جعل شده است، قرار می‌گیرد؛ چنان‌که روایتی از امام باقر علیه‌السلام مروی است که ایشان فرمودند: حضرت رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) فرمودند: «تو و مالت از آن پدرت هستی» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۳۵)؛ اطلاق روایت مذکور، دالّ بر آن است که چیزی، مگر خیانت و ارتداد و ظهور فسق و جنون، مانع از ولایت پدر و جدّ پدری نمی‌شود. اگر بگوییم لازم است تضمین بیاورد و چون نیاورده است، از ولایت عزل می‌شود، قطعاً نادرست است؛ زیرا تنها خیانت و کفر و طرد جنون و فسق و امثال این علل است که باعث انعزال او از ولایت می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۸)، نه عدم اتیان تضمین.

اشتراک اتیان تضمین بر تقاص کننده نیز، که از جانب شارع اجازه‌ی نگهداری مال دیگری را دارد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۱۲)، مانع از اجرای حقش می‌شود؛ طلب تضمین از صاحب حق حبس و صاحب حق ارتفاق نیز به اطلاق جواز استفاده از

حَقَّشان لطمه می‌زند؛ بنابراین، از امنایی که از حقّ خویش استفاده می‌کنند و بر مال دیگران به واسطه‌ی حقّی که شارع برای آن‌ها قائل شده است استفاده می‌کنند، نمی‌توان طلب تضمین نمود.

ملتقط و مدیر فضولی مال غیر، امنایی هستند که برای «احسان» مال غیر را در اختیار دارند. برداشتن لقیط برّ و احسان به مالک آن است (حائری، بی‌تا، ص ۲۴۸) و اگر مشروع و جایز نبود، به تلف مال منجر می‌شد؛ کمالین که در قرآن کریم نیز تنبیهی به این عمل خیر شده است: «يَلْتَقِطُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ» و «فَالْتَقِطَةُ آلُ فِرْعَوْنَ»؛ برخی این امر را آن‌چنان مهم شمرده‌اند که حکم به وجوب کفای آن داده‌اند (حلی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۸۳)، لکن استحباب آن قابل پذیرش است (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص ۴۱۷). اشتراط اتیان تضمین بر ملتقط، با «احسان» به مقابله آمده و جایز نیست. عموم نفی سبیل به استناد «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» مستلزم نفی همه‌ی راه‌هایی است که در کار محسنانه خلل وارد می‌سازد، از جمله شرط اتیان تضمین؛ اخذ تضمین از ملتقط، علاوه بر آن که امکان عملی آن وجود ندارد، به دلیل احسان محض نسبت به مالک امکان‌پذیر نیست و باعث سدّ باب احسان شده یا کمتر کسی به آن تن می‌دهد. اضافه آن‌که، ملتقط تنها «محسن» نیست، بلکه از «حقّ» خویش نیز استفاده می‌کند؛ زیرا اگر بعد از تعریف، مالک پیدا نشد، می‌تواند در آن تصرّف نماید.

از مدیر فضولی مال غیر نیز بدین استدلال نمی‌توان تضمین طلبید؛ با این تفاوت که هدف او تنها «احسان» به مالک است و عرف نیز به جز تأمین مخارجی که مدیر متحمّل شده است، حقّی برای او در مال مالک نمی‌داند؛ چنان‌چه ماده‌ی ۳۰۶ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آن‌ها را بدون اجازه‌ی مالک یا کسی که حقّ اجازه دارد اداره کند، باید حساب زمان تصدّی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است، حقّ مطالبه‌ی مخارج نخواهد داشت، ولی اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت‌کننده مستحقّ اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است».

وانگهی در تمام این گونه موارد، شارع تکلیفی بر امین مبنی بر اتیان تضمین نداشته است و نمی‌توان بر کسی که شارع او را امین قرار داده است، بدون اجازه‌ی او، تکلیفی فراتر بار کرد.

گونه‌ی دیگری از امنای قانونی نیز وجود دارد که ید آن‌ها در ابتدا مالکی بوده است و پس از رفع اذن یا انقضای عقد، تا برگرداندن مال، امین شرعی محسوب هستند (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۲۳۶). در تمام این موارد، به عقیده‌ی برخی رد فوری مال به مالک واجب است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۲۸۵ و گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۴) و به نظر برخی دیگر، رد واجب نیست و رفع و تخلیه‌ی ید کفایت می‌کند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۸، ص ۲۷۶)؛ زیرا انقضای ید مالکی و انقلاب آن به ید شرعی اقتضای رد مال به مالک و وجوب انجام فعل مثبت از جانب او ندارد و قدر متیقن، رفع ید از مال است. لکن ماده‌ی ۶۱۹^{۱۶} قانون مدنی به صراحت از «استرداد» ودیعه سخن می‌گوید.

با انحلال عقد، امین باید مال را به مالک یا قائم مقام قانونی یا مأذون در اخذ بازگرداند یا اگر به این‌ها دسترسی نداشته باشد، با رد آن به حاکم دیگر مسئولیتی ندارد؛^{۱۷} و اگر در انجام این وظیفه اهمال ورزد، مرتکب تعدی و تفریط شده است و در هر صورت ضامن است. به عبارت روشن‌تر و جامع‌تر، امتناع امین قانونی (منقلبه از ید مالکی) از رد مال یا اهمال در آن، باعث ضمان مطلق او می‌شود و از بحث ما خارج است، زیرا ما از «امکان اخذ تضمین از امین» سخن می‌گوییم. و اگر از رد آن امتناع نکرد و در آن تقصیری مرتکب نشد، دیگر امکان عملی اخذ تضمین از وی متصور نیست.

نتیجه‌گیری

۱- «شرط اتیان تضمین» با «اشتراط ضمان» متفاوت است. اتیان تضمین برای آن است که اگر امین به هر دلیلی مسؤول شناخته شد، بتوان از محل تضمین خسارت

وارد شده را جبران کرد؛ اما «شرط ضمان علیه امین» به معنای آن است که امین مطلقاً ضامن است، چه مرتکب تقصیر شده یا نشده باشد.

۲- این که حاکم، بر اساس مواد ۱۰۱۳ و ۱۲۴۳ قانون مدنی می‌تواند از امین بر غایب و قیّم تضمین بطلبد، به دلیل آن نیست که عناوین «غایب مفقودالاثّر» و «قیمومت» چنین می‌طلبد؛ بلکه «منصوب بودن از جانب حاکم» چنین حکمی را لازم می‌آورد. لذا در تمام انواع امین قضایی امکان اخذ تضمین از امین وجود دارد.

۳- تعبیر «ضامن یا تضمینات دیگر» در ماده ی ۱۰۱۳ قانون مدنی به معنای اعم، چه تضمین مالی یا غیرمالی، به کار رفته است. دادگاه می‌تواند از امین منصوب ضامن و کفیل به معنای مصطلح بخواهد. لکن ثبوت دین در ذمه‌ی رهن و محیل داخل در تعریف آن دو عقد است و بدون آن نمی‌توان از امین رهن و حواله طلب کرد. «وجه التزام»، «چک تضمین» و عقود مشابه وثایق دین مصطلح از جمله تضمینات دیگری است که دادگاه می‌تواند از امین اخذ کند.

۴- برای جواز اخذ تضمین از امین مالکی می‌توان به قاعده‌ی تسلیط، روایت «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ» و آیه‌ی «تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ» استناد کرد. در اخذ تضمین از امین مالکی همه چیز در اختیار مالک است؛ می‌تواند اصلاً تضمین نگیرد و یا تضمیناتی کافیه یا غیرکافیه بگیرد؛ لکن رعایت مقررات امری در این باره لازم است.

۵- از جمله علل اصلی امانت‌انای شرعی عبارت است از «استفاده از حق شرعی»، «احسان» و «تبدیل ید مالکی به شرعی».

۶- اشتراط اتیان تضمین بر امین شرعی‌ای که از «حق قانونی» خود استفاده می‌کند، با اطلاق اجازه‌ی استفاده از حق، منافات دارد؛ لذا الزام‌آور نیست. از امنای شرعی‌ای که جنبه‌ی «احسان» در عمل آن‌ها پررنگ‌تر است نیز به دلیل تقابل با احسان و سدّ باب آن و عموم نفی سبیل نمی‌توان تضمین طلبید. در انقلاب ید به ید شرعی نیز با وجوب ردّ فوری مال، اگر امین مال را فوراً ردّ نکرد، یدش ضمانتی می‌شود؛ و اگر ردّ نکرد، جایی برای اتیان تضمین باقی نمی‌ماند.

یادداشت‌ها:

۱. «محکمه می‌تواند از امینی که معین می‌کند تقاضای ضامن یا تضمینات دیگر نماید».
۲. قرآن کریم، سوره‌ی احزاب، آیه‌ی ۷۲
۳. ماده‌ی ۷۷۱ قانون مدنی: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد».
۴. «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است».
۵. ماده‌ی ۶۳۵ قانون مدنی: «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه‌دهنده را معیر و عاریه‌گیرنده را مستعیر گویند».
۶. «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد».
۷. «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد».
۸. «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است محکوم کند»
۹. ماده‌ی ۱۳ قانون چک مصوب ۱۳۸۲: «در موارد زیر صادرکننده چک قابل تعقیب کیفری نیست: ... ج- چنانچه در متن چک قید شده باشد که چک بابت تضمین انجام معامله و یا تعهدی است».
۱۰. ماده‌ی ۹ آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶: «شهرداری مکلف است هنگام تنظیم و عقد پیمان معادل ده درصد کل مبلغ مورد پیمان را به منظور تضمین حسن انجام کار از پیمانکار، تضمین نامه بانکی یا اسناد خزانه به عنوان سپرده دریافت دارد».
۱۱. قرآن کریم، سوره‌ی نساء، آیه‌ی ۲۹
۱۲. «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد».
۱۳. ماده‌ی ۷۷۲ قانون مدنی: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحّت معامله نیست».
۱۴. ماده‌ی ۷۷۴ قانون مدنی: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل

است».

۱۵. ماده‌ی ۷۸۰ قانون مدنی: «برای استیفای طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت».
۱۶. ماده‌ی ۶۱۹ قانون مدنی: «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است ردّ نماید».
۱۷. ماده‌ی ۶۲۴ قانون مدنی

کتابنامه

الف. فارسی

- ۱- اسماعیلی، محسن (۱۳۹۴-۱۳۹۳)، جزوه‌ی درس حقوق مدنی ۱۰، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، دانشکده‌ی معارف اسلامی و حقوق.
- ۲- امامی، سیدحسین (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه.
- ۳- جمعی از مؤلفان (بی‌تا)، مجله‌ی فقه اهل‌البیت علیهم‌السلام، قم: مؤسسه‌ی دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام، ج ۱۸.
- ۴- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۷)، دوره‌ی مقلّماتی حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.
- ۵- طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم.
- ۶- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۹)، امور حسبی غایب مفقودالاثَر، تهران: نشر میزان.
- ۷- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، دوره‌ی حقوق مدنی، عقود معین (جلد چهارم) - عقود اذنی، وثیقه‌های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۸- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
- ۹- گیلانی، میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسین (۱۴۱۳ق)، جامع الشّتات فی أجوبه‌ السّؤالات، تهران: مؤسسه‌ی کیهان، ج ۳.
- ۱۰- لنگرودی، محمدجعفر جعفری (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش، ج ۱.
- ۱۱- لنگرودی، محمدجعفر جعفری (۱۳۷۹)، مجموعه‌ی محشّی قانون مدنی، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش.
- ۱۲- محقّق داماد، سید مصطفی یزدی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی،

ج ۱.

۱۳- معین، محمد (۱۳۶۰)، فرهنگ فارسی، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ج ۱.

ب. عربی

۱۴- احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی (۱۴۰۵ق)، عوالی (غوالی) اللثالی العزیزیه، قم: دار سیدالشهداء للنشر، ج ۳.

۱۵- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۱۰.

۱۶- اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۱۰.

۱۷- موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابرگ (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.

۱۸- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، قم: مجمع البحوث العلمیه، ج ۱۲.

۱۹- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۲۱.

۲۰- طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد (بی تا)، کتاب المناهل، قم: مؤسسهی آل البيت عليهم السلام.

۲۱- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق- الف)، دلیل الناسک - تعلیقه و جیزه علی مناسک الحج (لنائبی)، قم: مدرسهی دار الحکمه.

۲۲- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق- ب)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.

۲۳- حلی، مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۲۵ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: انتشارات مرتضوی، ج ۲.

۲۴- خراسانی، حسین وحید (۱۴۲۸ق)، منهاج الصالحین، قم: مدرسهی امام باقر علیه السلام، ج ۳.

۲۵- موسوی خلخالی، سید محمد مهدی (۱۴۲۷ق)، فقه الشیعه - کتاب الإجارة، تهران: مرکز انتشارات فرهنگي منیر.

۲۶- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۵ق)، تحریر الوسيلة - ترجمه، علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۳.

۲۷- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، قم: تحت

- اشراف جناب آقای لطفی، ج ۲.
- ۲۸- خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۶ق)، صراط النجاة (المحشی)، قم: مکتب نشر المنتخب، ج ۱.
- ۲۹- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق)، مبانی العروة الوثقی، قم: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، ج ۲.
- ۳۰- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهة، بی جا: بی نا، ج ۶.
- ۳۱- راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله (۱۴۰۵ق)، فقه القرآن، قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی (ره)، ج ۲.
- ۳۲- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۲۸ق)، المسائل الشرعية، قم: مؤسسه نشر الفقاهة.
- ۳۳- سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق)، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ج ۱.
- ۳۴- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار.
- ۳۵- سبزواری، محقق، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق)، کفایة الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۱.
- ۳۶- سعدی، أبو جیب (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقہی لغة و اصطلاحا، دمشق: دار الفکر.
- ۳۷- سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۱۷ق)، منهاج الصالحین، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ج ۲.
- ۳۸- شهیدثانی، زین الدین بن علی العاملی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی: کلاتر)، قم: کتابفروشی داوری.
- ۳۹- شهیدثانی، زین الدین بن علی العاملی (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ج ۴.
- ۴۰- صدر، سید محمد (۱۴۲۰ق)، ما وراء الفقه، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ج ۵.
- ۴۱- طرابلسی، قاضی عبدالعزیز ابن براج (۱۴۰۶ق)، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۲.
- ۴۲- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۳.
- ۴۳- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران: المکتبه الرضویة

لإحياء الآثار الجعفرية.

- ۴۴- عاملی، حسینی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلماء، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم.
- ۴۵- عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسهی آل البيت عليهم السلام.
- ۴۶- عبدالرحمان، محمود (بی تا)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، بی جا: بی نا، ج ۱.
- ۴۷- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية، قم: مؤسسهی امام صادق علیه السلام، ج ۲.
- ۴۸- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسهی آل البيت عليهم السلام، ج ۱۳.
- ۴۹- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۵.
- ۵۰- فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی (۱۴۱۸ق)، النخبة فی الحکمة العملية و الأحكام الشرعية، تهران: مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی.
- ۵۱- قمی، سیدصادق حسینی روحانی (بی تا)، منهاج الصالحین، بی جا: بی نا، ج ۲.
- ۵۲- کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، کافی، تهران: دار الکتب الإسلامية.
- ۵۳- گلپایگانی، لطف الله صافی (۱۴۱۶ق)، هداية العباد، قم: دار القرآن الکریم، ج ۲.
- ۵۴- محقق حلی، نجم الدین، جعفر بن الحسن (۱۴۱۳ق)، الرسائل التسع، قم: انتشارات کتابخانهی آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- ۵۵- حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق)، العناوين الفقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم، ج ۲.
- ۵۶- مغنیه، محمّدجواد (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم: مؤسسهی انصاریان.
- ۵۷- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسهی امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- ۵۸- غروی نایینی، میرزا محمّدحسین (۱۴۱۳ق)، المکاسب و البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیهی قم.
- ۵۹- نجفی، کاشف الغطاء، علی بن محمّدرضا بن هادی (۱۳۸۱ق)، النور الساطع فی الفقه النافع، نجف اشرف: مطبعة الآداب، ج ۱.
- ۶۰- نجفی، کاشف الغطاء، محمّدحسین بن علی بن محمّدرضا (۱۳۵۹ق)، تحریر المجلة، نجف

اشرف: المكتبة المرتضوية، ج ٢.

٦١- نجفی، کاشف الغطاء، مهدي (بی تا)، مورد الأنام فی شرح شرائع الإسلام، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ج ٢.

٦٢- نجفی، محمدحسن (١٤٠٤ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ج ٢٧.

٦٣- نوری، محدث، میرزا حسین (١٤٠٨ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ج ١٤.