

چکیده

یکی از مهمترین و رایج ترین عقود اسلامی، عقد ضمان است. به دلیل نقش مهمی که این قرارداد در روابط تجاری انسانها دارد، همواره مورد توجه محققین و حقوقدانان قرار داشته است. در مورد عقد ضمان، مباحث متعددی مطرح است که یکی از مهمترین آن، بحث انحلال عقد ضمان می باشد. عقد ضمان به دو صورت قابل انحلال است. انحلال قهری و انحلال ارادی. در انحلال قهری، عقد ضمان بدون دخالت اراده طرفین و بدون نیاز به عمل حقوقی اضافی و خود به خود منحل می شود و حق انتخابی برای طرفین یا دادگاه باقی نمی ماند. اما در این پژوهش ما به دنبال بررسی انحلال ارادی عقد ضمان هستیم و انحلال قهری یا همان انفساخ عقد ضمان از قلمروی این بحث خارج است.

بحث این پژوهش در مورد انحلال ارادی عقد ضمان، بیشتر حول دو مورد از این انحلال یعنی درج خیار شرط و اقاله عقد ضمان می گردد. در واقع در این دو مورد انحلال عقد ضمان است که اختلاف نظر شدیدی میان فقها و حقوقدانان وجود دارد و در سایر موارد انحلال ارادی مانند فسخ عقد به استناد اعسار ضامن و تخلف از مقررات عقد و نیز ابراء مضمون له، تردیدی وجود ندارد. در مورد انحلال ارادی عقد ضمان، ایراداتی که به دلایل مخالفین اقاله و خیار شرط در عقد ضمان شده است، وارد است و بنابراین اقاله عقد ضمان و نیز درج خیار شرط در این عقد امکان پذیر است و همچنین ابراء ضامن و مضمون عنه توسط مضمون له نیز از دیگر موارد انحلال ارادی عقد ضمان است که باید این اسباب انحلال را به موارد دیگری که قانونگذار در ماده 701 قانون مدنی آورده است، افزود.

کلید واژه: نقل ذمه به ذمه، ضم ذمه به ذمه، انحلال ارادی عقد ضمان، خیار شرط در عقد ضمان، اقاله عقد

ضمان

فهرست مطالب

1.....	مقدمه
6.....	فصل اول: مفاهیم، ویژگیها و شیوه های انحلال ارادی عقد ضمان
8.....	مبحث اول: مفهوم عقد ضمان
8.....	گفتار اول: مفهوم ضمان در لغت
12.....	گفتار دوم: مفهوم ضمان در اصطلاح فقها و حقوقدانان
12.....	الف): ضمان به معنای عام
12.....	ب): ضمان به معنی خاص
16.....	گفتار سوم: مفهوم عقد ضمان در حقوق مصر
17.....	مبحث دوم: ویژگیهای عقد ضمان
17.....	گفتار اول: ویژگیهای عقد ضمان در حقوق ایران
23.....	گفتار دوم: ویژگیهای عقد ضمان در حقوق مصر
26.....	مبحث سوم: اسباب انحلال عقد ضمان
27.....	گفتار اول: اسباب انحلال قهری عقد ضمان در حقوق ایران
27.....	الف): انحلال به سبب بطلان عقد ضمان
29.....	ب): انحلال قهری عقد ضمان به سبب درج شرط فاسخ
30.....	ج): تلف مبیع قبل از قبض در مورد ضمان ثمن
31.....	د): تهاتر

- ه): مرور زمان در ضمان تضامنی 31
- و): مالکیت مافی الذمه 32
- گفتار دوم : اسباب انحلال قهری عقد ضمان در حقوق مصر 32
- الف): بطلان عقد در حقوق مصر 32
- ب): درج شرط فاسخ در عقد 33
- ج): تهاتر 33
- د): اتحاد ذمه 33
- ه): بطلان دین منشا 34
- و): عدم امکان اجرای عقد 34
- گفتار سوم : اسباب انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق ایران 34
- الف): اقاله عقد ضمان 35
- ب): فسخ عقد ضمان به استناد خیار 35
- ج): ابراء ضامن یا مضمون عنه توسط مضمون له 37
- گفتار چهارم: اسباب انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق مصر 37
- الف): اقاله: 38
- ب): خیار شرط: 38
- ج): ابراء ضامن و مضمون عنه توسط مضمون له 38
- د): عیوب رضا 39
- فصل دوم : بررسی امکان انحلال ارادی عقد ضمان** 40
- مبحث اول: امکان انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق ایران 42
- گفتار اول: بررسی امکان اقاله عقد ضمان 42

- 42..... الف): مفهوم و قلمروی اقاله
- 47..... ب): تاسیس اصل در اقاله پذیر بودن عقد ضمان
- 49..... ج): دلایل مخالفان امکان اقاله عقد ضمان
- 51..... د): دلایل موافقین اقاله عقد ضمان
- 57 گفتار دوم: بررسی امکان درج خیار شرط در عقد ضمان**
- 57..... الف): مفهوم و قلمروی خیار شرط
- 59..... ب): ایجاد اصل عملی در قابل فسخ بودن یا نبودن عقد ضمان
- 61..... ج): دلایل موافقان امکان شرط خیار در عقد ضمان
- 63..... د): دلایل معتقدان به عدم جواز شرط خیار در عقد ضمان
- 71..... گفتار سوم: ابراء ضامن و مضمون عنه توسط مضمون له
- 72..... گفتار چهارم: اعسار ضامن
- 74..... مبحث دوم: امکان انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق مصر
- 75 گفتار اول: بررسی امکان درج خیار شرط در عقد ضمان در حقوق مصر
- 75..... الف): استدلال فقهای مصر در مورد خیار شرط در عقد ضمان
- 76..... ب): نقد استدلال حقوقدانان مصری
- 78..... ج): راه حل
- 79..... گفتار دوم: بررسی امکان اقاله عقد ضمان در حقوق مصر
- 80..... گفتار سوم: ابراء ضامن توسط مضمون له
- 81..... فصل سوم: آثار انحلال ارادی عقد ضمان**
- 82..... مبحث اول: آثار انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق ایران
- 83..... گفتار اول: آثار اقاله انواع عقد ضمان

84	الف): اثر اقاله ضمان ناقل ذمه
85	ب): اثر اقاله ضمان تضامنی
88	د): اثر اقاله ضمان به شرط تادیه از مال معین
92	ه): ضمان به شرط براءت اصیل
93	گفتار دوم: اثر فسخ عقد ضمان به استناد خیار
93	گفتار سوم: آثار ابراء ضامن و مضمون عنه توسط مضمون له
93	الف): ابراء در ضمان ناقل ذمه
94	ب): ابراء در ضمان تضامنی:
94	ج): ابراء در ضمان با وثیقه عینی
95	د): ابراء یکی از دو ضامن
96	مبحث دوم: آثار انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق مصر
96	گفتار اول: اثر اقاله عقد ضمان در حقوق مصر
96	گفتار دوم: اثر فسخ عقد در حقوق مصر
97	گفتار سوم: آثار ابراء ضامن و مضمون عنه توسط مضمون له در حقوق مصر
97	الف): ابراء مضمون عنه
97	ب): ابراء ضامن
99	نتیجه گیری
101	فهرست منابع و مآخذ

مقدمه

بیان مساله

عقد ضمان، از عقودی است که حقوقدانان و فقها، هم در مورد مفهوم لغوی آن و هم در مورد آثار آن و هم در مورد انحلال آن اختلاف نظر دارند. انحلال ارادی عقد عبارت است از اینکه قرارداد، به وسیله تراضی طرفین یا اراده یکی از طرفین عقد، اعتبار و نفوذ حقوقی خود را از دست بدهد. در مورد عقد ضمان، به دلایل فراوانی که خواهد آمد انحلال ارادی عقد، با اشکالات عمده ای مواجه است در واقع درباره امکان انحلال ارادی عقد ضمان، در میان فقهای امامیه، هم در مورد امکان درج خیار شرط و هم در مورد امکان اقاله عقد ضمان، از دیرباز اختلاف نظر وجود داشته است. در حقوق ایران که اصلی ترین منبع آن فقه امامیه است، نسبت به حقوق مصر که تابع فقه اهل سنت است، این اختلاف نظر بیشتر به چشم می خورد.

تاریخچه بحث

درباره انحلال عقد ضمان به وسیله درج خیار شرط، اولین نفر از فقهای امامیه که این بحث را مطرح کرده، مرحوم شیخ طوسی در کتاب «مبسوط» در دو باب کتاب البیع و کتاب الضمان و همچنین در کتاب «الخلاف» می باشد. مرحوم شیخ طوسی در کتاب البیع به صورت خلاصه و مجمل این بحث را آورده است ولی در کتاب الضمان بیان کرده است که وجود شرط خیار در عقد ضمان، صحیح است و اشکالی متصور نیست. شیخ طوسی در کتاب «الخلاف» به جایز بودن درج خیار شرط در عقد بیع اشاره کرده است. پس از شیخ طوسی، مرحوم ابن براج در کتاب «مهدب» به این مساله پرداخته و اعتقاد دارد که درج خیار شرط در عقد ضمان مانعی ندارد. همچنین ابن ادریس در کتاب «سرائر» به جایز بودن آن معتقد شده است. علامه حلی نیز بحث خیار شرط در عقد ضمان را در چهار کتاب خود آورده است؛ وی در کتاب «ارشاد» و «تذکره» عقیده دارد که درج شرط خیار در عقد ضمان امکان پذیر است اما در دو کتاب «قواعد» و «تحریر» تصریح کرده که شرط خیار در عقد ضمان

جایز نیست و درج این شرط عقد ضمان را باطل می کند. پس از علامه حلی، شهید اول در کتاب «دروس» بیان کرده است که درج خیار شرط در عقد ضمان صحیح است. ابن طی در کتاب «مسائل» خود اعتقاد به جایز نبودن شرط خیار در عقد ضمان دارد. محقق صیمری در کتاب «غایة المرام» تصریح کرده است که شرط خیار در عقد ضمان، جایز است. محقق ثانی نیز معتقد به جایز بودن خیار شرط در عقد ضمان است. همچنین آل عصفور بحرانی در کتاب «انوار اللوامع» تصریح به امکان پذیر بودن درج خیار شرط در عقد ضمان کرده است. در کتاب مفتاح الکرامه نیز همین نظر به صراحت آورده شده است. صاحب جواهر نیز معتقد به به جواز خیار شرط در عقد ضمان است. شیخ انصاری در مکاسب صراحتاً و به صورت قطعی نظری نداده و بیان کرده است که اگر در عقد ضمان اقاله امکان پذیر باشد، خیار شرط نیز در آن وجود دارد. پس از شیخ انصاری، بحث شرط خیار در عقد ضمان به صورت جدی تری دنبال شده است و اختلاف نظر در جواز یا عدم جواز شرط خیار در ضمان شدیدتر شده است. محقق یزدی در عروه مقرر کرده است که شرط خیار در عقد ضمان هم برای ضامن و هم برای مضمون له جایز است. محقق نایینی معتقدن که شرط خیار در ضمان جایز نیست. مرحوم خوئی نیز به جواز خیار شرط در عقد ضمان ایراد گرفته است.

در آثار فقهای اهل سنت در مورد بحث درج خیار شرط در عقد ضمان اختلاف نظر کمتری به چشم می خورد. بسیار از فقهای فرقه شافعی این بحث را در کتابهای خود مطرح کرده اند و تقریباً بین همه فقهای شافعی اتفاق نظر وجود دارد که درج خیار شرط در عقد ضمان، باطل است. با این توضیح که قطعاً شرط خیار باطل است ولی در این باره که آیا عقد نیز به تبع شرط باطل است یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. در مورد فرقه حنبلی ها تنها کسی که این بحث را مطرح کرده است ابن قدامه در کتاب «المغنی» است. ابن قدامه ضمن بیان کردن نظرات برخی از فقهای اهل سنت قائل به باطل بودن درج شرط خیار در عقد ضمان بوده و نیز ادعای اجماع کرده است و در نهایت نسبت به بطلان خود شرط تردیدی نکرده ولی نسبت به بطلان عقد ضمان، اظهار تردید نموده است. دیگر فقهای حنبلی نیز به بحث خیار شرط در عقد ضمان نپرداخته اند. در فقه حنفی در دو کتاب به این بحث

پرداخته شده است. ابن نجیم در کتاب «بحر الرائق» تصریح کرده است که درج خیار شرط در عقد ضمان باطل است. بغدادی نیز در کتاب «مجمع الضمانات» در ضمن بحثی که خیار شرط در آن درج شده است، بیان کرده است که در صورت تخلف از شرط خیار برای مشروط له ثابت نمی شود. فقهای مالکی نیز به بحث خیار شرط در عقد ضمان اهمی نشان نداده اند.

در مورد اقاله عقد ضمان نیز از دیرباز بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود داشته است که مهمترین ایرادی که به آن وارد شده است مدیون کردن شخص ثالث (مضمون عنه) بدون اراده او است. در واقع مهمترین ایراد وارد بر اقاله عقد ضمان این است که تراضی ضامن و مضمون له در برهم زدن عقد ضمان مضمون عنه بری الذمه را از نو مدیون می سازد. همچنین ایرادات دیگری نیز وجود دارد که ما در این پژوهش سعی در پاسخ دادن مناسب به تمامی ایرادات وارد بر اقاله عقد ضمان خواهیم بود. همچنین در مورد انحلال ارادی عقد ضمان، بحث ابراء ضامن و مضمون عنه توسط مضمون له نیز مطرح است. زیرا در ابراء نیز مضمون له با اراده خود به عقد ضمان پایان می بخشد. هرچند برخی حقوقدانان موارد انحلال ارادی عقد را تنها فسخ و اقاله می دانند¹.

در حقوق مصر، هیچ کدام از محققان آن کشور به طبقه بندی بحث به انحلال ارادی عقد ضمان در مقابل انحلال قهری این قرارداد پرداخته اند و تنها به انقضای عقد ضمان اهتمام نشان داده اند که هر چند انحلال نیز باعث انقضای عقد می شود اما بحثی از آن در حقوق مصر مطرح نشده است. بنابراین به ناچار باید با استفاده از وحدت ملاک از دیگر موارد مشابه به انحلال ارادی عقد ضمان، از جمله موارد انقضای عقد ضمان که حقوقدانان مصری به آن پرداخته اند، به حکم موضوع در حقوق مصر دست یابیم.

¹ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ دوازدهم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ص ۳ -

اهمیت پژوهش

بحث انحلال ارادی عقد ضمان از آنجایی که از دیرباز بین فقها و حقوقدانان مطرح بوده است ولی هیچگاه درباره موارد آن به اتفاق نظر نرسیده اند و نیز به این دلیل که انحلال هر عقدی از مباحث اصلی مربوط به آن قرارداد است و عقد ضمان نیز از جمله عقود بسیار مهم و رایج می باشد، ضروری است که موارد انحلال ارادی این قرارداد مشخص و واضح باشد تا بخش مهمی از مباحث این عقد مبهم نماند.

شیوه تحقیق

شیوه تحقیق نیز به این ترتیب است که ابتدا با مطالعه در متون و منابع مختلف حقوقی و فقهی مربوط، مطالب پراکنده ای که در این منابع راجع به موضوع بوده است جمع آوری گردیده و سپس به تجزیه و تحلیل داده ها و مطالب گردآوری شده پرداخته ایم و در هر جا که نظریه های مختلف و متعدد وجود داشته است، نظر و دیدگاه شخصی نیز در کنار آن بیان شده است.

سوالات پژوهش

سوال اصلی و اساسی که در این پژوهش باید به آن پاسخ گفت عبارت است از اینکه:

آیا درج خیار شرط در عقد ضمان و نیز اقاله عقد ضمان و همچنین سایر موارد انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق ایران و حقوق مصر امکان پذیر است؟

سوالات فرعی این پژوهش نیز عبارت است از :

1- در صورتی که عقد ضمان قابلیت درج خیار در خود را ندارد، آیا در صورت جعل خیار توسط طرفین، این امر موجب بطلان عقد می شود یا بطلان شرط یا اینکه هر دو باطلند؟

2- در صورتی که در قابل انحلال ارادی دانستن عقد ضمان تردید داشتیم آیا اصل حقوقی وجود دارد تا بتوان با اتکا بر آن حکم مساله را استخراج کرد؟ اثر اقاله یا فسخ عقد ضمان چیست؟

3- در حقوق مصر که از فقه اهل سنت تبعیت می کند وضعیت به چه صورت است؟ آیا موارد انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق همانند حقوق ایران است؟ استدلال حقوقدانان مصری در مورد امکان اقاله و درج خیار شرط در عقد ضمان چیست؟

4- آثار انحلال ارادی عقد ضمان در حقوق ایران و مصر چگونه چیست؟

ساماندهی پژوهش

در این پژوهش فصل نخست را به بحث کلیات اختصاص داده ایم که در آن در مورد مفهوم عقد ضمان، ویژگیها و اسباب انحلال ارادی عقد ضمان بحث کرده ایم. سپس با توجه به سوال اساسی این پژوهش که امکان درج خیار شرط در عقد ضمان و نیز اقاله عقد ضمان است، فصل دوم را به بررسی امکان این موارد انحلال در عقد ضمان پرداخته ایم و در فصل سوم نیز آثار انحلال ارادی عقد ضمان را بررسی کرده ایم تا ببینیم که انحلال ارادی عقد ضمان، چه تاثیری بر حقوق طرفین آن می گذارد.

فصل اول

مفاهیم، ویژگیها و شیوه های انحلال عقد

ضمان

عقد ضمان، از مهمترین قراردادهای حقوقی است که دارای ابعاد وسیعی است و قانونگذار نیز آن را در 40 ماده گنجانده است. هر عقدی از مرحله تشکیل تا زمان انحلال، سه مرحله را طی می کند؛ اول، مرحله تشکیل عقد، مرحله دوم، آثار عقد و مرحله سوم انحلال عقد. در این پژوهش ما به دنبال مرحله انحلال عقد ضمان هستیم. جایی که در آن فقها و حقوقدانان نظرات متفاوتی را ابراز کرده اند.

به طور کلی انحلال قرارداد را می توان به دو دسته تقسیم کرد:

اول: انحلال ارادی عقد: این انحلال یا به صورت تراضی واقع می شود؛ بدین صورت که همان اراده هایی که سبب ایجاد عقد را فراهم کرده اند درباره انحلال عقد به توافق برسند و دو عوض را به جای اول برگردانند. انحلال به تراضی اقاله یا تفاسخ نام دارد. در این باره ماده 283 قانون مدنی بیان می دارد: «بعد از معامله، طرفین می توانند به تراضی آن معامله را اقاله و تفاسخ نمایند». همچنین این انحلال ممکن است به تصمیم یکی از طرفین واقع شود. این عمل حقوقی بر خلاف اقاله، ایقاع است و نیاز به تراضی ندارد. به این شیوه انحلال ارادی فسخ می گویند. قانونگذار در ماده 396 قانون مدنی انواع اختیارات را که به استناد آنها می توان عقد را فسخ کرد بر شمرده است.

دوم: انحلال قهری عقد: این انحلال خود به خود انجام می گیرد. به این معنی که عقد، بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی اضافی باشد، خود به خود از بین می رود و حق انتخاب برای یکی از دو طرف یا دادگاه باقی نمی ماند. قهری بودن انحلال منافاتی با ارادی بودن سبب آن ندارد¹. مثلاً دو طرف تراضی کنند که بعد از سه ماه عقد خود به خود منحل شود. بنابراین ممکن است سبب انحلال عقد اراده طرفین عقد باشد. انحلال قهری را در اصطلاح «انفساخ» می نامند.

¹ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد 5، چاپ دوازدهم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ص 399

درباره انحلال عقد ضمان به وسیله اراده کسانی که این عقد را به وجود آورده اند، یعنی ضامن و مضمون له اختلاف نظر وجود دارد که هدف ما در این تحقیق رفع این اختلاف است.

مبحث اول : مفهوم عقد ضمان

برای درک و تجزیه و تحلیل بهتر نظرات در مورد انحلال ارادی عقد ضمان، در این مبحث، مفهوم عقد ضمان و پاره ای از شاخه های مربوط به بحث را بررسی می کنیم. عقد ضمان از عقود است که حتی درباره تعریف لغوی و ماهیت فقهی و حقوقی آن بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین به جاست که در ابتدای این پژوهش تعریف درستی از عقد ضمان و ماهیت حقوقی آن ارائه بدهیم.

گفتار اول : مفهوم ضمان در لغت

ضمان در لغت به معنای پذیرفتن التزام، اشمال کفالت، طی، خلال و امثال آن است^۱. درباره معنی ضمان در لغت بین فقهای امامیه و فقهای اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد. به نظر فقهای امامیه، لغت «ضمان»، مشتق از ضمن است و وجود حرف «نون» در کلیه تعاریف و مشتقات آن مانند ضامن، ضمین، مضمون، تضامن، تضمین و غیره این ادعا را تایید می کند. واژه ضمن به معنی خلال و بینابین چیزی است، بنابراین ضمان، دلالت بر نقل ذمه می کند و باعث می شود که ذمه مدیون اصلی، ضمن ذمه ضامن قرار گیرد. یکی از فقهای خوش نام در این باره تصریح می کند: «ضمان در نزد ما، همانطور که علامه در تذکره و شهیدین و دیگران گفته اند مشتق از ضمن است. برای اینکه مالی را که بر ذمه قرار دارد ضمن و خلال ذمه دیگری قرار می دهد یا برای اینکه ذمه

^۱ - علی اکبر دهخدا، لغت نامه، زیر نظر محمد معین و جعفر شهیدی، جلد ۸، ص ۱۸۹

ضامن متضمن حق می گردد، پس نون در کلمه اصلیه و جزء کلمه است، بنا بر اینکه موجب انتقال مال از ذمه ای به ذمه دیگر می شود^۱».

در مقابل، عده ای از فقهای اهل سنت می گویند که ضمان از «ضم» گرفته شده است و الف و نون آن اضافی است. همانطور که در «دوران» و «جریان» الف و نون زائد است و معنی آن ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی است. یکی از فقهای اهل سنت نیز در این مورد می گوید: «و اشتقاقه من الضم»^۲.

به نظر می رسد که هیچ کدام از فقهای امامیه و اهل سنت، در استفاده از دلالت لفظ ضمان بر معنی مراد و مقصود خود، موفق نباشند. نه به این دلیل که برخی حقوقدانان اعلام کرده اند و این استدلال را بازی با الفاظ می دانند و اعتباری برای آن قائل نیستند^۳ بلکه، چون انتخاب الفاظ برای عقود، بر اساس رابطه با معنا و مقتضای عقد است. ادعای فقهای اهل سنت بر اینکه ضمان از ضم مشتق است، به علت وجود نون در کلیه مشتقات و مشدد نبودن میم، استدلالی نادرست است. لذا عده ای از فقیهان اهل سنت، علی رغم دیگران، اشتقاق آن را از «ضمن» پذیرفته اند، هر چند به عقیده خود نسبت به عدم ناقل ذمه بودن ضمان اصرار دارند. یکی از فقهای اهل سنت می نویسد: «ضمن در لغت متعهد شدن به چیزی است که در ذمه غیر است و این کلمه مشتق از ضمن است. مانند معنای کفالت که گفته می شود فلان کفیل فلان است، یعنی ضمیمه او شده است»^۴.

همان گونه که ملاحظه می شود، همه فقهای اهل تسنن ضمان را مشتق از «ضم» نمی دانند و اشتقاق از ضمن را نیز مانع افاده ضم ذمه نمی شناسند. در واقع ضمن بودن ذمه ای در ذمه دیگر آن گونه که فقهای امامیه ادعا می کنند نمی تواند به معنی نقل ذمه باشد. چون اگر «ضمن» به معنای «کفل» باشد و کفل نیز در معنای «ضم» استفاده شود، «ضمن» مفید ضم ذمه می تواند باشد نه نقل ذمه. ثانیاً ضمن بودن به معنی طی و خلال

^۱ - محقق عاملی، مفتاح الکرامة، جلد ۵، ص ۳۵۴

^۲ - ابن قدامه، المغنی، جلد ۵، ص ۷۰

^۳ - مصطفی عدل، حقوق مدنی، ص ۲۳

^۴ - عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۳، ص ۳۶۹

بودن با انضمام ذمه ها مناسبتر است دارد تا با انتقال آنها، چنانچه از همین کلمه ضمن لغت «تضامن» تعریف شده است که در افاده انضمام آن تردیدی نیست.

با توجه به این موارد، نمی توان گفت که دلالت لفظ ضمان به معنی مراد فقهای امامیه است یا علمای اهل سنت، بلکه با هر تعبیری می تواند مفید یکی از دو معنا باشد. در نتیجه برای اثبات نظر دو گروه فقها دلیل لغوی قابل استناد نیست.

ضمان به معنی لغوی به اعتبار اینکه اسباب و علل به وجود آورنده آن ارادی یا قهری باشد به دو قسم تقسیم می شود:

1- ضمان قهری: اگر اراده متعهد در ایجاد تعهد دخالتی نداشته باشد و این تعهد به حکم قانون (ماده 307 ق.م) بر متعهد تحمیل شده باشد این تعهد «قهری» است مانند ضمان غاصب (ماده 311 ق.م) نسبت به مال مغصوب یا ضمان متلف نسبت به مال تلف شده (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) در واقع نقطه اشتراک موارد ضمان قهری ناخواسته بودن آنها است.

2- ضمان ناشی از قرارداد: این نوع ضمان با قرارداد واقع بین طرفین به نوعی ارتباط دارد و می توان به نحوی آن را نتیجه قرارداد دانست. یکی از حقوقدانان¹ ضمان عقدی را به این صورت تعریف کرده اند «ضمان عقدی قراردادی است که به موجب آن شخصی ملتزم می شود که دین دیگری را بپردازد یا مدیونی را در دادگاه حاضر نماید».

یکی از فقهای امامیه ضمان را این گونه تعریف کرده اند: «ضمان عقدی است که برای تعهد به نقس یا مال تشریح شده است».²

¹ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی عقود معین، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات بهشهر، تهران ۱۳۶۴، ص ۲۲۲

² - علامه حلی، تذکرة الفقها، بی تا، جلد ۲، ص ۸۵

این تعریف، ضمان به معنای عام را دربر می گیرد که شامل حواله و کفالت هم می شود. تقارن معنای لغوی ضمان و کفالت و حواله، موجب شده است که در بسیاری از متون فقهی^۱ و قانونی، واژه های مزبور به جای یکدیگر به کار می رود. در متون قانونی مصر کفالت به جای ضمان به کار رفته است.^۲

ضمان ناشی از قرارداد را براساس نوع ارتباطی که با قرارداد دارد به سه قسم می توان تقسیم کرد:

اول- ممکن است «ضمان» اثر مستقیم یک توافق و قرارداد باشد و ضمان متعهد در مقابل متعهدله نتیجه قراردادی باشد که بین آنها واقع شده است.^۳ از این قبیل است «ضمان» ضامن در قبال مضمون له در «ضمان عقدی» یا تعهد کفیل در قبال مکفول له در «عقدکفالت» برای حاضر نمودن «مکفول عنه» یا تعهد «محال علیه» در قبال «محتمل» در «عقد حواله». (این نوع ضمان را در معنای عام آن ضمان عقدی می گویند)

دوم- ممکن است ضمان، ناشی از یکی از طرفین قرارداد و نتیجه عدم اجرای تعهد باشد. مانند ضمان موضوع ماده 221 قانون مدنی. البته می توان گفت که ضمان ناشی از عدم انجام تعهد، مسئولیت مستقل از قرارداد است که بر متخلف از انجام قرارداد تحمیل می شود. بنابراین مبنا، باید تعهد در جبران خسارت عدم انجام تعهد را از مصادیق ضمان قهری آورد.

سوم- ممکن است ضمان ناشی از این امر باشد که خواست طرفین در قرارداد محقق نشده است.^۴ مانند اینکه مبیع مستحق للغير در آمده است (ضمان درک مبیع) یا مبیع قبل از قبض تلف شده است (کل مبیع تلف قبل قبضه فهومن مال بايعه) یا مبیع در زمان خیار تلف شود که در ضمان کسی است که خیار ندارد (کل مبیع تلف فی زمن الخیار فهو من مال من لاخيارله)

^۱ - شهید اول، شرح لمعه، جلد ۱، ص ۴۲۴

^۲ - محمد علی نوری، ترجمه قانون مدنی مصر، انتشارات گنج دانش، ص ۱۲۵

^۳ - سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ص ۲۷۰

^۴ - ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، ص ۳۵۱

گفتار دوم: مفهوم ضمان در اصطلاح فقها و حقوقدانان

در اصطلاح فقهی و حقوقی، ضمان عقدی در دو معنا به کار می رود: ضمان به معنی عام و ضمان به معنی خاص.

الف): ضمان به معنای عام

ضمان در این معنی هم شامل عقد ضمان (به معنای خاص) و هم عقود حواله و کفالت نیز می شود. در تعریف کفالت در ماده 734 ق.م.آمه است: «کفالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند». به عبارت دیگر اگر مورد ضمان مال باشد از دو حال خارج نیست: یا شخص ضامن، به مقداری که از دیگری تعهد کرده به او مدیون است که در این صورت حواله است و یا این که ضامن مدیون او نباشد که در این صورت ضمان به معنی اخص است.¹ یکی از فقهای عظام ضمان را به این گونه تعریف کرده اند: «عقد شرع للتعهد بمال او نفس²» و دیگری در مورد عقد ضمان ابراز داشته اند: «هو التعهد علی وجه خاص، نفسا کان او مالا لمن فی ذمته شیء ام لا³»

ب): ضمان به معنی خاص

عبارت است از تعهد شخص بر مالی که بر ذمه دیگری است. در قلمرو فقه و حقوق همواره سعی شده است تا اعمال حقوقی (تعهدات قراردادی) و وقایع حقوقی (الزامات خارج از قرارداد) در قالب و عنوانی از عناوین حقوقی - فقهی گنجانده، بر اساس قالبها و قواعد موجود در حقوق تجزیه و تحلیل شود. ضمان نیز یکی از اعمال حقوقی و الزامات قراردادی است که ماهیت فقهی و نوع رابطه حقوقی آن معرکه آرا و نظریات علمای علم فقه بوده و در مورد آن اتفاق نظر وجود ندارد. البته در این مورد که ضمان از دایره الزامات خارج از قرارداد نیست، اختلاف نظر وجود ندارد و به اتفاق این تعهد را از مصادیق الزامات قراردادی می شمردند؛ اما در نوع این قرارداد که قالب

¹ - محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، ص ۳۴۶

² - محقق حلّی، شرایع الاسلام، جلد ۲، ص ۱۰۹

³ - مقدس اردبیلی، شرح ارشاد الاذهان، جلد ۲، ص ۲۶۴

عقدی دارد یا در قالب ایقاع می‌گنجد، اختلاف نظر وجود دارد. زیرا الزامات قراردادی منحصرأ باید بر یکی از این دو عنوان و قالب حقوقی منطبق باشد و به ناچار ضمان هم باید تحت یکی از این دو عنوان قرار گیرد.^۱

ضابطه کلی برای تمییز عقد و ایقاع عبارت است از اینکه عقد تعهدی وابسته به دو طرف است، ولی ایقاع تعهدی یک طرفه محسوب می‌شود و صرفاً با رضایت متعهد ایجاد و مؤثر می‌گردد. ضمان نیز بر اساس همین ضابطه سنجیده می‌شود که آیا از نوع تعهدی است که وجود یا تأثیرش متوقف بر رضایت دو طرف و منطبق بر ضابطه عقدی است یا به صرف رضایت یک طرف موجود و مؤثر می‌شود. به منظور روشن شدن وضعیت فقهی - حقوقی این تعهد و نوع رابطه فقهی - حقوقی آن به مطالعه و بررسی آرا و نظریات فقهای عظام و ادله ایشان می‌پردازیم و در این تتبع در مورد نظریات فقها به دو نظریه ضمان مساوی با عقد و ضمان مساوی با ایقاع دست می‌یابیم.

نظرات ابراز شده در مورد ماهیت عقد ضمان:

اول: نظریه عقدی: فقهای عظام در مورد ماهیت ضمان، به اتفاق چنین اظهار می‌دارند:

ضمان عقدی است شرعی به معنای تعهد به مالی از جانب کسی که مثل آن مال بر ذمه او نیست.^۲

بنابراین فقهای فقهایی که به ارائه تعریفی برای ضمان به معنای اعم مبادرت کرده‌اند و اکثر قریب به اتفاق آنان از فقهای امامیه هستند، در ابتدا ضمان را به عنوان یک عقد معرفی می‌کنند و گویا عقد بودن را به عنوان جنس مشترک سه تعهد مندرج در ضمان به معنای اعم (کفالت، حواله و ضمان به معنای اخص) که به حسب «متعهد» به «و «متعهد» به عنوان فصل ممیز آنها این سه تعهد تنويع می‌گردد، لحاظ کرده‌اند.

به منظور دستیابی به علت اتخاذ مبنای عقد توسط فقها و استدلالات آنها بایستی به مطالعه متون فقهی آنان در مبحث شرایط یا عناصر و ارکان تشکیل دهنده عقد ضمان بپردازیم. چون در حقیقت آنان در این مبحث به

^۱ - سید محمد موسوی بجنوردی، عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی، پژوهشنامه متین، شماره ۷

^۲ - شهید اول، اللمعه الدمشقیة، جلد اول، ص ۱۴۴

تنقیح مبنای فقهی خود پرداخته و شرطی را تحت عنوان لزوم رضایت مضمون‌له یا اشتراط قبولی شخص اخیر جهت صحت یا مؤثر بودن ضمان قائل شده‌اند و ادله‌ای مشروح در مقام اثبات ادعایشان اقامه فرموده‌اند.

طرفداران نظریه عقد بودن ضمان در مورد کیفیت و نحوه ایجاد این تعهد دو جانبه و ارکان تشکیل دهنده آن اتفاق نظر ندارند و در این مسأله که عقد ضمان طبق روال معمول دیگر عقود صورت می‌گیرد و چون هر عقدی اصولاً نیاز به صیغه‌ای با کیفیت و الفاظ خاص، متشکل از ایجاب و ایجاد تعهد توسط موجب و قبولی از طرف قابل دارد و یا خیر، به دو گروه تقسیم شده‌اند.

برخی معتقدند در عقد ضمان برخلاف دیگر عقود، نیاز به صیغه با کیفیت مقرر نیست و صرف احراز رضایت مضمون‌له به هر شکل که باشد کافی است و برخی معتقدند در عقد ضمان همچون عقود دیگر صیغه با کیفیت مختص به خود لازم است.

هر گروه با استدلال‌های بعضاً منطقی در پی اثبات نظریاتشان هستند که مطالعه و بررسی ادله آنها واجب است و نقد آنها توسط محققان، در نتیجه‌گیری و اتخاذ مبنای خاص در این زمینه و تبیین وضعیت حقوقی و ماهیت ضمان اهمیت دارد، بنابراین ما نیز به آن خواهیم پرداخت.

دوم: نظریه عقد تشریفاتی؛ پیروان این نظریه نه تنها رضایت مضمون‌له را در تحقق ماهیت ضمان لازم شمرده‌اند، بلکه معتقدند این رضایت باید در قالب مخصوص عقود و با کیفیت و صیغه مخصوصی ابراز گردد تا مؤثر واقع شود و صرف وجود رضایت مضمون‌له به هر کیفیتی و در هر زمانی حاصل شود موجب عقد ضمان نخواهد بود و کفایت نخواهد کرد. این گروه به ادله متعددی از جمله روایات استناد کرده‌اند که فقها در متون فقهی خویش به نقل و بعضاً هم به نقد آنها پرداخته‌اند.^۱

^۱ - شهید ثانی، مسالک الافهام، چاپ سنگی، جلد ۱، ص ۳۵۶

سوم: نظریه عقد غیر تشریفاتی: اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه با وجود اینکه ضمان را از عقود شمرده‌اند، اما پیروی از قواعد و مقررات شکلی و تشریفات عقدی را در آن ضروری و لازم ندانسته‌اند.^۱ در حقیقت، این فقها با ابراز این نظریه در مقام بیان دو مطلب هستند: مطلب اول اینکه رضایت مضمون‌له به منظور صحت، لزوم یا تأثیر عقد ضمان، حسب نظریات مختلف ضروری است. مطلب دوم اینکه رعایت شرایط و مقررات حاکم بر شکل و نحوه ابراز عقود (ایجاب و قبول) در عقد ضمان لازم نیست. لذا در استدلالهایی که به منظور اثبات مدعایشان ارائه کرده‌اند گاهی لزوم صرف احراز رضایت مضمون‌له و گاهی عدم لزوم صیغه و نفی کیفیت خاص قبولی مقرر در سایر عقود مورد توجه قرار گرفته و در عین حال هدف واحدی دنبال شده است.

پیروان این نظریه در نقش رضایت مضمون‌له در عقد ضمان اتفاق نظر ندارند. گروهی رضایت مضمون‌له را شرط صحت عقد ضمان می‌دانند^۲ و گروهی عقد ضمان را با ایجاب ضامن صحیح دانسته و در مرحله لزوم عقد ضمان، رضایت مضمون‌له را ضروری می‌شمرند.^۳ برخی دیگر عقد ضمان را مادامی که طرف مقابل نپذیرفته، مؤثر و نافذ ندانسته و معتقدند رضایت مضمون‌له موجب تأثیر و نفوذ عقد ضمان خواهد شد.^۴

نظریه لزوم رضایت مضمون‌له و به عبارت دیگر، عدم لزوم پیروی از تشریفات عقدی در عقد ضمان حاصل گذشت زمان و سعی و تلاش پیگیر فقهای عظام است و بر این محور استوار گردیده که عقد ضمان عبارت است از وثیقه‌ای به نفع مضمون‌له و کمک و التزامی به نفع مضمون‌له، بدون اینکه تملیک و تملکی در آن صورت پذیرفته باشد. بر همین اساس، رعایت ضوابط و تشریفات مقرر در عقود تملیکی از جمله ایجاب و قبول با الفاظ ویژه، توالی آنها و... ضروری نیست و صرف احراز رضایت مضمون‌له به منظور تحقق عقد ضمان مؤثر، کفایت می‌کند.

^۱ - محمدجواد عاملی، مفتاح الكرامة، جلد ۵، ص ۳۶۵

^۲ - علامه حلی، تذكرة الفقها، چاپ سنگی، جلد ۲، ص ۸۸

^۳ - سید محمدکاظم یزدی طباطبایی، العروة الوثقی، جلد دوم، ص ۷۵۹

^۴ - سیواسی، شرح فتح قدیر، جلد ۵، ص ۳۹۰