

اسکن شد

تاریخ: ۷/۷/۸۱  
توسط:

۴

بسم الله الرحمن الرحيم

۴/۷/۸۱

کتابخانه مرکزی دانشگاه امام صادق (ع)



شماره ثبت  
نسخه

دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

۱۳۸۱ / ۳ / ۳۰

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق (گرایش حقوق خصوصی)

**ضمان عهده در حقوق ایران، فقه امامیه و مطالعه تطبیقی**

**با فقه حنفی**

**سید حامد موسوی نیا**

استاد راهنما:

**دکتر اسد الله امامی**

**بهار ۱۳۸۰**

۴۱۷۷۶

۲۰ / ۲ / ۱۳۸۱



دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق (گرایش حقوق خصوصی)

**ضمان عهده در حقوق ایران، فقه امامیه و مطالعه تطبیقی**

**با فقه حنفی**

**سید حامد موسوی نیا**

استاد راهنما:

**دکتر اسد الله امامی**

استاد مشاور:

**آیة الله سید حسین مصطفوی**

بهار ۱۳۸۰

۴۱۷۷۶

کلیه حقوق اعم از چاپ و تکثیر، نسخه برداری،  
ترجمه، اقتباس و... از این پایان نامه کارشناسی ارشد  
برای دانشگاه امام صادق علیه السلام محفوظ است. نقل  
مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

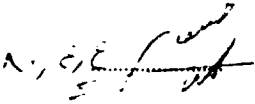
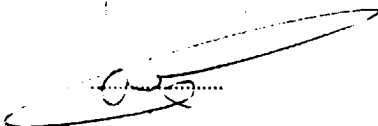
تأییدیه اعضای هیأت داوران حاضر در جلسه دفاع از رساله کارشناسی ارشد

اعضای هیأت داوران نسخه نهایی رساله آقای سید حامد موسوی نیا به شماره دانشجویی ۷۳۳۱۱۶۵۴۸

با عنوان :

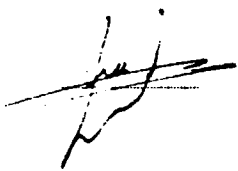
" ضمان عهده در حقوق ایران ، فقه امامیه و مطالعه تطبیقی با فقه حنفی "

را از نظر شکل و محتوی بررسی نموده و پذیرش آنرا برای تکمیل درجه کارشناسی ارشد پیشنهاد می کنند .

محل امضاء	رتبه علمی	نام و نام خانوادگی	اعضای هیأت داوران
	استاد یار	دکتر اسدالله امامی	(۱) استاد راهنما :
	دانشیار	آیت الله سید حسین مصطفوی	(۲) استاد مشاور :
	دانشیار	دکتر حمید بهرامی احمدی	(۳) استاد داور :

(۴) نماینده شورای

تحصیلات تکمیلی دانشکده : عتی عباس حیاتی



## چکیده پایان نامه

ضمان عهده) از جمله تأسیسات حقوق اسلامی است که علاوه بر فقه امامیه در قانون مدنی نیز پذیرفته شده فقهای حنفی آن را با عنوان (کنات درک) تجویز نموده‌اند. ضمان عهده بر خلاف تعریف فقهای امامیه از ضمان موجب بری الذمه شدن مضمون عنه نمی‌گردد. ضمان عهده بر خلاف تعریف فقهای امامیه از ضمان موجب بری الذمه شدن مضمون عنه نمی‌گردد. ضامن عهده در این تأسیس حقوقی متعهد می‌گردد در صورتی که مبیع یا ثمن مستحقٌ للغير درآید. در فرض مشخص بودن بدل و در فرض کلی بودن مصداق دیگری از آن را به مضمون له تسلیم و استرداد نماید و عهده‌دار خسارات ناشی از امر گردد. خسارات ناشی از درک حادث در صورت تصریح قطعاً و در صورت اطلاق ظاهراً داخل در قلمرو مسئولیت ضامن عهده می‌باشد. همچنین اگر معامنه به واسطه عیوب سابق بر عقد ضمان عهده دستخوش حدوث بطلان گردد ضامن عهده مسئول خواهد بود کما اینکه در مورد (ارش) و خسارات ناشی از (نقصان، نامرغوب بودن و صنجه) بنا به مورد عهده‌دار استرداد مورد معامله و وجبران خسارات است. ضمانت عهده لزوماً باید از سوی ثالث صورت بگیرد چرا که ضمانت از نفس باطل است. هرگاه عقد ضمان پس از انعقاد بیع منعقد شود تقدم و تأخر قبض و تسلیم تأثیری در صحت و عدم صحت آن ندارد. در مواردی که بعض مبیع یا ثمن مستحقٌ للغير درآید مسئولیت ضامن عهده به همان میزان غیرمستحق می‌باشد و اگر مبیع یا ثمن به واسطه اخذ بشنعه از سوی شفیع از کف مضمون له خارج شود ضامن عهده هیچ مسئولیت نخواهد داشت.

فقهای حنفی (کنات درک) را فقط ناظر به فرض غیرمستحق در آمدن مورد معامنه دانسته در کل یا بعض آن را تجویز نموده‌اند. لیکن در سایر موارد یعنی حدوث بطلان، درک حادث، خسارات ناشی از نقصان، صنجه و نامرغوب بودن، ارش، اخذ به شنعه و نیز ضمانت از نفس حکم به بطلان نموده‌اند.

### واژگان کلیدی :

ضامن، مضمون له، مضمون عنه، ضمانت، عقد، عهده.

## خلاصة

(ضمانُ العهدة) من جملة التشكيلات الحثوقية الاسلامية التي تمَّ قبولها في فقه الامامية و القانون المدني ايضاً حيث انَّ فقهاء الحنفية جَوَّزوها بعنوان (كفالة الدرك). (ضمانُ العهدة) و على خلاف تعريف فقهاء الامامية ان لا يكون موجِباً لبرائة ذمَّة المضمون عنه و هذا خلاف الضمان. ضامن العهدة في هذا البناء الحثوقي يتعهد بان يسلم المضمون له بدل المبيع او الثمن اذا كان مستحقاً للغير بشرط ان يكون مُعَيَّناً و في حال كان كلياً (الثمن او المبيع) يسلم مصداقاً من مصاديقه للمضمون له و يكون مسئول الخسارات الناشئة عن هذا الامر. الخسارات الناشئة عن درك الحادث في حال التصريح به وايضاً اذا كان بشكلٍ مطلق فكليهما يدخلان في اطار مسئولية ضامن العهدة. اذا كانت المعاملة باطلة بسبب العيوب المتقدمة على عقد ضمان العهدة يكون ضامن العهدة مسئولاً لذلك. حيث نرى في مورد الارش و الخسارة الناشئة (نقص، ردائها و صنجة) و ذلك حسب الموضوع ان يكون مسئول اعادتها و جبران الخسارة. (ضمان العهدة) يجب ان يكون عن الاشخاص الآخرين و ذلك لان ضمان النفس باطلاً. اذا انعقد عقد الضمان بعد انعقاد البيع فتقدم و تأخر القبض و التسليم لا يكون مؤثراً في صحة و فساد البيع. في الجهات التي يكون فيها المبيع او الثمن مستحقاً للغير تكون مسئولية ضامن العهدة بنفس هذا الميزان المستحق للغير و اذا خرج المبيع او الثمن من يد مضمون له بواسطة الاخذ بالشفعة لا يتحمل الضامن اية مسئولية. فقهاء الحنفية خصت (كفالة الدرك) بالفرض القائل بعهدم استحقاق مورد المعاملة كلاً او بعضاً. في حين انهم حكموا ببطلان ساير المواضع و ذلك مثل الدرك الحادث الخسارات الناشئة من النقص الصنجة الردائة الارش الاخذ بالشفعة و ايضاً ضمانة النفس.

## الكلمات الاساسية :

الضمان. الضامن، المضمون له، المضمون عنه، الضمانة، العقد، العهدة.

۱	مقدمه
۷	فصل نخست: تعاریف و کلیات
۸	بخش نخست: مفهوم ماهیت، اوصاف و انواع ضمان
۸	مبحث نخست: مفهوم و ماهیت ضمان
۱۴	مبحث دوم: انواع ضمان
۱۶	مبحث سوم: اوصاف ضمان عقدی
۱۶	گفتار نخست: عقد بودن
۱۹	گفتار دوم: لازم بودن عقد ضمان
۲۱	گفتار سوم: تبعی بودن
۲۲	گفتار چهارم: عهدی بودن
۲۳	گفتار پنجم: تسامحی بودن
۲۵	گفتار ششم: مسقط تعهد بودن یا ناقل بودن دین و تعهد
۲۷	بخش دوم: شرایط انعقاد ضمان
۲۷	مبحث نخست: شرایط عمومی
۲۷	گفتار نخست: تراضی
۲۸	گفتار دوم: اهلیت
۲۹	گفتار سوم: مشروعیت تعهد مورد ضمان
۳۰	مبحث دوم: شرایط اختصاصی
۳۰	گفتار نخست: وجود تعهد مضمون عنه یا سبب آن



- گفتار دوم: وجود ارکان ضمان ..... ۳۲
- گفتار سوم: منجز بودن ..... ۳۳
- گفتار چهارم: وجود علم اجمالی ..... ۳۵
- فصل دوم: ضمان عهده ..... ۳۷
- بخش نخست: مفهوم ماهیت و صورلفظیه ..... ۳۸
- مبحث نخست: مفهوم لغوی ..... ۳۸
- مبحث دوم: ماهیت یا مفهوم اصطلاحی ..... ۳۹
- مبحث سوم: صورلفظیه ..... ۵۳
- بخش دوم: قلمرو شمول، تحمّل مسؤولیت و اثر برخی اعمال حقوقی بر ضمان عهده ..... ۶۲
- مبحث نخست: قلمرو شمول ضمان عهده ..... ۶۲
- گفتار نخست: در درک حادث و ارش ..... ۶۲
- گفتار دوم: در موارد حدوث بطلان ..... ۶۷
- گفتار سوم: در ارش ..... ۷۷
- گفتار چهارم: در موارد نقصان، صنجه و نامرغوب بودن ثمن ..... ۸۳
- گفتار پنجم: در ضمانت از نفس ..... ۸۸
- مبحث دوم: اثر برخی اعمال حقوقی بر ضمان عهده ..... ۹۴
- گفتار نخست: قبض ثمن ..... ۹۴
- گفتار دوم: تبعّض صفت ..... ۱۰۰
- گفتار سوم: اخذ بشفعه ..... ۱۰۶

۱۱۱	نتیجه گیری نهایی :
۱۱۶	منابع و مآخذ
۱۲۰	چکیده پایان نامه
۱۲۱	خلاصه

## مقدمه

این پایان نامه با عنوان (ضمان عهده در حقوق ایران فقه امامیه و مطالعه تطبیقی با فقه حنفی) در صدد آن است که اطلاعاتی به شکل تفصیلی راجع به این تأسیس حقوقی (ضمان عهده) که علیرغم بحث پیرامون آن در کتب فقهی امامیه و نیز تجویز آن در قانون مدنی، در بین دانشجویان و نیز بعضاً اساتید محجور و ناشناخته مانده است در اختیار خوانندگان محترم قرار دهد. بر مدعای مجهول و محجور ماندن این تأسیس حقوقی شاید همین دلیل کافی باشد که عمده کتابهای حقوقی حاضر و مورد استفاده در دانشکده های حقوق کشورمان و نیز جزوه های اساتید ارجمند تنها اشاراتی گذرا به این نهاد حقوقی نموده صفحات بسیار اندکی از مباحث خود را به آن اختصاص داده اند. از دیگر سو با عنایت به سابقه تاریخی این نهاد و نیز نقش عمده ای که در تسهیل معاملات بین مردم داشته است و از همه اینها گذشته به عنوان نهادی که قانونگذار ما آن را بعنوان یک نهاد حقوقی پذیرفته، احساس نیاز به تشریح آن در زمره انواع ضماناتی که در قانون بعنوان ضمان قانونی و مشروع شناخته شده اند نموده است نگارنده بر آن شد تا با مطالعه منابع فقهی و حقوقی و بررسی مقررات و ضوابط شرعی و قانونی که ضمان عهده شامل آن است گامی در راستای شناساندن آن به علاقه مندان مباحث حقوقی بر داشته سعی در روشن نمودن مباحث مربوط به این تأسیس حقوقی در حدّ توان خود نیز با در نظر گرفتن ظرفیتی که یک پایان نامه کارشناسی ارشد ایجاب می نماید داشته است.

و در حاشیه برای اینکه پایان نامه جنبه ابتکاری و نوآوری بیشتری داشته اطلاعات بیشتری را در اختیار علاقه مندان بگذارد با عنایت به اینکه ضمان عهده از تأسیسات حقوق اسلامی می باشد قید مطالعه تطبیقی با فقه حنفی نیز به عنوان پایان نامه اضافه گردید و دلیل انتخاب فقه حنفی از بین مذاهب اربعه اهل سنت این بود که از بین مذاهب چهارگانه آراء و نظریات فقهای حنفی ظاهراً

مستدل تر و منطقی تر به نظر رسید.

روش مورد تبعیت در این پایان نامه روش توصیفی می باشد چرا که به هر تقدیر در معرفی یک تأسیس حقوقی و بررسی و تحقیق و مقایسه و تطبیق ضوابط و شرایط اوصاف و آثار آن لزوماً باید مستند و متکی به آراء فقهی و حقوقی بوده از بین آن آراء و تقریرات قوی را از ضعیف و سره را از ناسره باز شناخت و این کار جز با تحقیق و مطالعه مباحث مطروحه حول موضوع امکان پذیر نیست. مقدمتا معروض می دارد که ضمان عهده فلسفه وجودیش مبتنی بر لزوم معامله با غرباء و کسانی است که مورد شناخت و احیاناً اعتماد نیستند. یعنی ابتدائاً پیدایش این نوع ضمان بواسطه آن بود که گاهی پیش می آمد کسی در دیار غربت قصد خرید چیزی را داشته یا برعکس تاجر و کاسبی محلی قصد خرید جنسی را از فروشنده غریبی داشته است و به هر تقدیر و در هر فرض مشتری احتمال می داده که آنچه قرار است مبیع واقع شود متعلق به بایع نبوده وی فضولتاً یا غضباً به فروش آن ایجاب نموده است لذا ممکن است پس از معامله صاحب اصلی مبیع وارد صحنه شده ضمن رد بیع فضولی مبیع را قانوناً از مشتری پس گرفته ثمنی که مشتری پرداخته بلاعوض از کفش خارج شده از استرداد آن نیز عاجز باشد.

برای دفع این ضرر احتمالی تأسیس حقوقی ضمان عهده وارد عرصه معاملات مردم شد به این شرح که در فرضی نظیر آنچه ذکرش رفت ثالثی که می توانست مورد اعتماد مشتری قرار گیرد از جانب بایع ضامن و عهده دار استرداد ثمن به نفع مشتری می گردید. به این ترتیب مشتری بدون دغدغه اقدام به معامله می نمود چرا که مستظهر به ضمانت ضامنی که اصطلاحاً ضامن عهده نام گرفته می شد و مطمئن بود که در فرض عدم استحقاق مبیع و عدم اجازه بیع فضولی از جانب مالک اصیل ثمنی را که بابت معامله پرداخته است می تواند مسترد داشته از این جهت خسارتی متوجه وی

نخواهد بود.

پس از پیدایش اینگونه ضمان و رواج آن در بین مردم و احترام و ارزش بخشیدن عرف به آن به تدریج مورد پذیرش قانونگذار نیز قرار گرفت .

لیکن همانگونه که هیچ تأسیس حقوقی از بدو پیدایش تاکنون بدون تغییر و تحول نمانده است و همان نیروی موجد و زایندهٔ نهادهای حقوقی بنا به ضرورتها اضطرارها و نیازها و مصالح عمومی جامعه و در راستای تسهیل روابط مردم با کاستن و افزودنهای بجا و مفید پیراستن و آرایش این نهادهای مفید را در قالب تغییر و تحولاتی که عموماً مفید فواید فراوان بوده روابط اجتماعی را نظم می بخشیده است عهده دار گردیده، نهاد مورد بحث ما نیز از این سیر تحول و تطوّر مستثنی نبوده دستخوش توسعه تغییر و دگرگونیهایی شده است.

ما می دانیم تمام تغییر و تحولات و دگرگونی‌هایی که در شرایط آثار ضوابط و مفاهیم تأسیسات حقوقی بوجود می آمده مردم به آنها ملتزم می شده‌اند یا به بین دیگر عرف رایج یا نادر می گردیده است و نیز آراء و نظریاتی که صاحب نظران پیرامون مفاهیم و شرایط و آثار و ... نهادهای حقوقی ابراز می داشته اند همگی لزوماً مورد امضاء پذیرش و تأیید شارع و قانونگذار قرار نمی گرفته است.

لذا در پایان نامه حاضر تلاش شده است که ضمن بیان و مطالعهٔ تحولات از اظهار نظرهای صاحبان رأی، نیز برخورد و تلاقی و تداخل برخی نهادها و تأسیسات حقوقی دیگر با تأسیس موضوع این پایان نامه یعنی ضمان عهده، بهره گرفته و آن شرایط، مفاهیم و آثاری که مورد تأیید شارع و قانونگذار هستند مشخص و معرفی شوند.

مسئله برای رسیدن به اهدافی که گذشت صعود از پله اول به پله آخر نردبان ممکن نبوده لذا

ضمن تقسیم پایان نامه به دو فصل کوشیدیم تا در فصل اول کلیاتی راجع به ضمان در حقوق ایران و فقه در حد لزوم و به مقداری که بتواند شالوده و اساس فصل دوم قرار گیرد را مورد بررسی کنی و اجمالی قرار دهیم. در فصل اول ضمن اشاره به سر فصلهای مهم مربوط به ضمان بطور کلی و برشمردن انواع و اوصاف ضمان همچنین بررسی گذرای شرایط انعقاد عقد مزبور از مطالعات تفصیلی و موشکافی هایی که در حکم اطناب ممل و خارج از موضوع پایان نامه حاضر بود اجتناب شده است و تمامی اهتمام نگارنده بر این بوده که شمایی کلی از ضمان در فقه و حقوق را به گونه‌ای به خواننده ارائه دهد که در ضمن مطالعه فصل دوم و بحث تفصیلی از مباحث مربوط به ضمان عهده علاوه بر داشتن یک مقدمه و پیش زمینه ذهنی درک و هضم و تحلیل مباحث مطروحه در فصل دوم تسهیل گردد.

در فصل دوم که بخش عمده مطالب این پایان نامه را به خود اختصاص داده است کوشیده شده موضوع پایان نامه یعنی ضمان عهده مورد تدقیق و مطالعه تفصیلی واقع شود و در همین راستا در صدد بوده‌ایم که به عموم سؤالاتی که پیرامون این عقد به ذهنی می‌رسد طی مباحثی تفصیلی پاسخ گوئیم به سؤالاتی از این قبیل که

منهوه لغوی و وجه تسمیه ضمان عهده چیست و در اصطلاح فقهاء و حقوقدانان به چه معنایی به کار رفته ناظر به چه شرایط اوصاف و آثاری است؟

شمولیت ضمان عهده در برخورد و تلاقی با سایر تأسیسات و وقایع حقوقی چگونه محدود و محصور می‌گردد؟

آیا ضمان عهده از نظر قانونگذار فقط ناظر به استرداد اصل تمن است یا خسارتی نظیر درک

حادث ارش و خسارات ناشی از نامرغوب بودن و نقصان وزن و کیل را نیز شامل می‌شود؟

در فروضی که بیع به دلیلی از دلایل باطل می‌گردد نظیر موارد بطلان بیع از اصل ضامن عهده

مشغول الذمه و متحمل بار مسؤولیت خواهد بود یا خیر؟

آیا با ضمانت ضامن عهده ذمه بایع بری می‌گردد یا چنانکه برخی صاحب نظران گفته‌اند در

ضمان عهده ضمان تضامنی و انضمام ذمم صورت می‌گیرد و با این تفصیل آیا بایع خود می‌تواند

ضمانت ردّ ثمن را بنماید و اثر چنین ضمانتی چیست؟

ضمان عهده در چه فروضی (ما لم یجب) تلقی می‌شود و نقش قبض و تسلیم در انعقاد و

حکم به صحت یا بطلان آن چیست؟

آیا ضمانت عهده از نظر شارع و قانونگذار فقط ناظر به فروضی است که تمامی مبیع

مستحقّ للغیر در آمده یا خیر، فروضی که بعض مبیع نیز غیر مستحق باشد باعث مسؤولیت آفرینی

برای ضامن عهده خواهد بود؟

آیا ضمانت عهده از نظر قانونگذار به مرور زمان آنقدر قلمروش وسعت یافته است که ته تنها در

صورت عدم استحقاق مبیع که در فرض اخذ به شفعه توسط شفیع و نتیجتاً خارج شدن مبیع از

تصرف مشتری نیز ضامن عهده مسؤول ردّ ثمن و احیاناً خساراتی خواهد بود و ...؟

سؤالاتی که مطرح شد سؤالاتی کلی است که عموماً آنقدر اهمیت داشته که عنوان گفتار یا

مباحثی را به خود اختصاص داده و به انضمام چندین سؤال کوچکتر و کم اهمیت‌تر که ضمن مباحث

و گفتارها مطرح شده نگارنده در حدّ بضاعت اندک علمی و متناسب با ظرفیت پایان نامه حاضر

کوشیده است به آنها پاسخ گوید.

در پاسخگویی به سؤالات مطروحه و تحت عناوین مشخص در پایان نامه مباحث به این

صورت تنظیم شده است که مطالب موجود در قانون پیرامون آن عنوان و به دنبال آن نظرات احتمالی