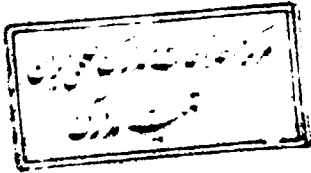


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

٢٤٥٩٩



۱۳۷۸ / ۲ / ۲۹

دانشگاه قم
دانشکده علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

موضوع:

مطالعه تطبیقی اثر عقد ضمان
در فقه امامیه و عامه و حقوق موضوعه ایران

استاد راهنما: جناب آقای دکتر اسدالله امامی

استاد مشاور: جناب آقای دکتر رضا حسین گندمکار

نگارنده: غلامعباس ارجی

تایستان ۱۳۷۷

1497/2

۲۴۵۹۶

تقدیم:

تقدیم به پدر و مادر عزیزم که مرا در مسیر علم قرار دادند و کلیه کسانی که مرا در
پیمودن این مسیر یاری نموده‌اند.

تقدیر و تشکر :

خدای را سپاس می‌گوییم که به من توفیق عنایت فرمود این پایان نامه را به اتمام برسانم؛ اگرچه در تدوین این پایان نامه تمام کوشش خود را مصروف داشته‌ام، اما با اینحال کاستی‌های فراوان دارد که ناشی از نقص اطلاعات علمی‌ام می‌باشد و در حقیقت برگ سبزی است تحفه درویش که امیدوارم اهل علم این نقیصه را بر من ببخشایند. و اگر در این پایان نامه نقاط قوتی یافته می‌شود، نتیجه راهنمایی‌های اساتید بزرگوار می‌باشد.

وظیفه خود می‌دانم که از تمامی بزرگوارانی که در تدوین پایان نامه حاضر نقش داشته‌اند تقدیر و تشکر نمایم.

از استاد گرانقدرم جناب آقای دکتر اسدالله امامی که افتخار شاگردی ایشان در دو دوره کارشناسی و کارشناسی ارشد را داشته‌ام و در این پایان نامه نیز بذل توجه نموده و از راهنمایی‌های ارزشمند خود مرا بهره‌مند ساخته‌اند، تشکر و قدردانی می‌نمایم.

همچنین از استاد گرامی، جناب آقای دکتر رضا حسین گندمکار که به عنوان استاد مشاور با نقطه نظرات سازنده خود موجبات پربارتر شدن این پایان نامه را فراهم نموده‌اند تشکر و قدردانی نمایم.

در پایان جا دارد از اداره تحصیلات تکمیلی و معاونت پژوهشی و انتشارات دانشگاه و تاپیست محترم که در تدوین این پایان نامه مساعدت و همکاری نموده‌اند تقدیر و تشکر نمایم.

چکیده:

بعد از انعقاد ضمان بین ضامن و مضمون له، آثاری بر آن مترتب می‌شود. مهمترین اثر عقد ضمان چگونگی اثر آن در نقل یا ضم ذمه می‌باشد که آثار دیگر عقد ضمان وابسته به این اثر می‌باشد. در این مورد نظرات مختلف است.

در فقه امامیه نظرات فقهاء به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱- نظر اکثریت فقهاء امامیه: بر طبق این نظر به محض انعقاد ضمان، دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود و این اثر ضمان مقتضای ذات عقد را تشکیل می‌دهد و تراضی بر خلاف آن هم جایز نیست.

۲- نظر اقلیت فقهای امامیه: به محض انعقاد ضمان، دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود. متها این اثر مقتضای اطلاق عقد ضمان است و طرفین می‌توانند با تراضی یکدیگر ضمان را ضم ذمه کنند.

۳- نظر بعضی از فقهای معاصر: به نظر این عده از فقهای امامیه مقتضای ذات عقد ضمان نه نقل ذمه است و نه ضم ذمه و طرفین می‌توانند آنرا مفید نقل یا ضم ذمه قرار دهند. ولی در صورت سکوت طرفین اثر آن ضم ذمه است. به عبارت دیگر مقتضای اطلاق عقد ضمان، ضم ذمه است.

فقه عامه:

در فقه عامه نیز همانند فقه امامیه نظرات مختلفی ارائه شده است. اکثریت فقهای عامه، مقتضای ذات عقد ضمان را ضم ذمه مضمون عنه به ضامن دانسته و تراضی بر خلاف آنرا جایز نمی‌دانند. اقلیتی از فقهای عامه نیز ضمان به شرط برائت اصیل را جایز دانسته و مقتضای اطلاق عقد ضمان را ضم ذمه می‌دانند و معدودی از فقهای عامه، همانند اکثریت فقهای امامیه مقتضای ذات عقد ضمان را نقل ذمه مضمون عنه به ضامن می‌دانند.

قانون مدنی ایرانی در ماده ۶۹۸ اثر اصلی عقد ضمان را نقل ذمه مضمون عنه به ضامن دانسته ولی تراضی بر خلاف آنرا در مورد ۶۹۹ و ۷۲۳ به طور ضمنی اجازه داده است. در قانون تجارت ایران هم مطابق ماده ۴۰۲ این قانون اصل بر ضمان تضامنی است.

کلید واژه‌ها:

۱- ضامن ۲- مضمون عنه ۳- مضمون له ۴- عقد ضمان ۵- نقل ذمه ۶- ضم ذمه

فهرست عناوین موضوعات

۱	مقدمه
فصل اول : اثر اصلی عقد ضمان	
۴	مبحث اول: تعریف موضوع و تعیین قلمرو بحث
۴	گفتار اول: تعریف موضوع
۴	بند اول: معانی لغوی ضمان
۴	بند دوم: معانی اصطلاحی ضمان در فقه و حقوق جدید
۵	بند سوم: مفهوم اثر اصلی عقد ضمان
۶	گفتار دوم: تعیین قلمرو بحث
۷	مبحث دوم: دلایل فقهای امامیه در ناقل ذمه بودن ضمان
۷	گفتار اول: دلایل لغوی
۸	گفتار دوم: دلایل نقلی
۱۳	گفتار سوم: دلایل عقلی
۱۴	گفتار چهارم: اجماع
۱۵	مبحث سوم: دلایل فقهای عامه برای ضم ذمه بودن ضمان
۱۶	گفتار اول: دلیل لغوی
۱۶	گفتار دوم: دلیل نقلی
۱۹	گفتار سوم: دلیل عقلی
۲۰	انتقادات وارد بر دلیل عقل
۲۲	مبحث چهارم: اثر اصلی عقد ضمان از دیدگاه اقلیت فقهای امامیه و عامه و حقوق موضوعه ایران
۲۲	گفتار اول: نظر اقلیت فقهای عامه
۲۳	بند اول: مقتضای ذات عقد ضمان ضم ذمه به ذمه نیست
۲۴	بند دوم: ضمان به شرط برائت اصیل صحیح است

ب

۲۴	بند سوم: ضمان مطلق مفید ضم ذمه است
۲۴	گفتار دوم: نظر اقلیت فقهای امامیه
۲۵	بند اول: اثر ضمان مطلق نقل ذمه است
۲۵	بند دوم: اثر ضمان مطلق، ضم ذمه است
۲۷	گفتار سوم: وضعیت حقوق موضوعه ایران
۲۷	بند اول: اثر اصلی عقد ضمان در قانون مدنی ایران
۲۸	الف - دلایل امری بودن نقل ذمه
۲۹	ب - دلایل تکمیلی بودن نقل ذمه
۲۹	ب - ۱ - جواز التزام به تأدیه معلق
۳۱	ب - ۲ - اعتقاد بعضی فقهاء امامیه به مقتضای ذات عقد نبودن نقل ذمه
۳۲	ب - ۳ - دلیل عقلی
۳۲	ب - ۴ - دلیل عرفی
۳۳	بند دوم: اثر اصلی عقد ضمان در قانون تجارت
۳۳	الف - در قانون تجارت اصل ضمان تضامنی است
۳۵	ب - قاعده کلی حاکم بر ضمان تضامنی
۳۷	بند سوم: سایر قوانین موضوعه
۳۷	الف - قانون آیین دادرسی
۳۷	ب - قوانین بانکی و آئین نامه معاملات دولتی
۳۸	ضمانت نامه بانکی

فصل دوم: اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون له

۴۱	مبحث اول: اثر آن در فقه امامیه و قانون مدنی ایران
۴۲	گفتار اول: براءت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن
۴۳	گفتار دوم: یگانگی دین ضامن و مدیون اصلی
۴۳	گفتار سوم: عدم امکان اقاله و فسخ ضمان

ب

۴۳	بند اول: اقاله ضمان
۴۴	بند دوم: فسخ عقد ضمان
۴۵	گفتار چهارم: سقوط تضمینات دین
۴۷	مبحث دوم: اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون له در فقه عامه و قانون تجارت
۴۸	گفتار اول: بقاء ذمه مضمون عنه
۴۹	گفتار دوم: فرعی بودن تعهد ضامن
۴۹	گفتار سوم: امکان اقامه ضمان
۵۰	گفتار چهارم: بقاء تضمینات دین
۵۰	گفتار پنجم: امکان فسخ توسط مضمون له و عدم امکان فسخ توسط ضامن
۵۱	مبحث سوم: ضمان با تغییر شرایط دین
۵۱	گفتار اول: ضمان با تغییر مقدار یا مدت دین
۵۱	بند اول: ضمان با تغییر مقدار دین
۵۴	بند دوم: ضمان به مدت بیشتر یا کمتر از دین اصلی
۵۴	الف - ضمان به مدت بیشتر یا کمتر از دین اصلی
۵۵	ب - ضمان به مدت کمتر از مدت دین اصلی
۵۶	گفتار دوم: ضمان به شرط تادیه از مال معین و به غیر جنس دین
۵۶	بند اول: ضمان به شرط تادیه از مال معین
۵۷	بند دوم: ضمان به غیر جنس دین
۵۸	مبحث چهارم: ابراء ذمه ضامن یا مضمون عنه
۵۹	گفتار اول: ابراء ذمه مضمون عنه
۵۹	بند اول: فقه امامیه و قانون مدنی
۶۰	بند دوم: فقه عامه و قانون تجارت
۶۱	گفتار دوم: ابراء ذمه ضامن
۶۱	بند اول: فقه امامیه و قانون مدنی
۶۱	بند دوم: فقه عامه و قانون تجارت

فصل سوم: اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون عنه

۶۴	مبحث اول: مبنای رجوع ضامن به مضمون عنه
۶۴	گفتار اول: مبنای رجوع ضامن به مضمون عنه در فقه امامیه
۶۴	بند اول: استیفاء از مال ضامن
۶۵	بند دوم: دین مضمون عنه در برابر تعهد ضامن
۶۵	گفتار دوم: مبنای فقهی رجوع ضامن به مضمون عنه در فقه عامه
۶۶	بند اول: اداره اموال غیر
۶۶	بند دوم: عقد قرض
۶۷	گفتار سوم: مبنای حقوقی رجوع ضامن به مضمون عنه در حقوق موضوعه ایران
۶۷	بند اول: عقد معوض (دین مضمون عنه به ضامن در برابر تعهد ضامن به پرداخت دین)
۶۸	بند دوم: وکالت در پرداخت دین
۶۹	بند سوم: اداره اموال غیر
۷۰	بند چهارم: انتقال طلب
۷۲	بند پنجم: نظریه تعهد ضمنی
۷۴	مبحث دوم: شرایط رجوع ضامن به مضمون عنه
۷۴	گفتار اول: اذن مضمون عنه
۷۵	بند اول: حقوق موضوعه ایران
۷۷	بند دوم: فقه امامیه
۷۸	بند سوم: فقه عامه
۷۸	گفتار دوم: تأدیه دین
۷۹	تادیه مستقیم و غیر مستقیم دین
۷۹	الف - حقوق موضوعه ایران
۸۰	موارد رجوع بدون تأدیه دین
۸۱	ب - فقه امامیه
۸۱	ج - فقه عامه

ت

۸۲	گفتار سوم: پرداخت دوباره دین توسط ضامن یا مضمون عنه
۸۲	بند اول: پرداخت دوباره دین توسط ضامن
۸۲	بند دوم: پرداخت دوباره دین توسط مضمون عنه
۸۴	مبحث سوم: زمان مدیون شدن مضمون عنه به ضامن و رجوع ضامن
۸۵	گفتار اول: زمان مدیون شدن مضمون عنه به ضامن
۸۵	بند اول: در فقه امامیه
۸۶	بند دوم: در فقه عامه
۸۶	بند سوم: در حقوق موضوعه ایران
۸۷	نتایج عملی تعیین زمان ایجاد دین
۸۹	گفتار دوم: زمان رجوع ضامن به مضمون عنه
۸۹	بند اول: در فقه امامیه
۹۰	بند دوم در فقه عامه
۹۰	الف - دین حال
۹۰	ب - دین مؤجل
۹۰	بند سوم: در حقوق موضوعه ایران
۹۰	الف - ضمان از دین حال
۹۱	ب - ضمان از دین مؤجل
۹۱	مبحث چهارم: میزان دین مضمون عنه به ضامن
۹۱	گفتار اول: حقوق موضوعه ایران
۹۲	گفتار دوم: فقه امامیه
۹۳	گفتار سوم: فقه عامه

فصل چهارم: اثر عقد ضمان در تعدد ضامنین

۹۶	مبحث اول: تعدد ضامنین
۹۶	گفتار اول: اثر ضمان به قید تسهیم (نسبی)

مباحث

- ۹۷ بند اول: اثر ضمان به قید تسهیم در فقه امامیه
- ۹۷ بند دوم: اثر ضمان به قید تسهیم در فقه عامه
- ۹۸ بند سوم: اثر ضمان به قید تسهیم در حقوق موضوعه ایران
- ۹۹ گفتار دوم: اثر ضمان در ضمان تضامنی چند ضامن
- ۹۹ بند اول: اثر ضمان تضامنی در حقوق موضوعه ایران
- ۱۰۰ الف - تضامن بین یکی از ضامنان و مضمون عنه
- ۱۰۰ ب - تضامن بین همه ضامنان
- ۱۰۰ ج - تضامن بین ضامنان و مضمون عنه
- ۱۰۱ بند دوم: اثر ضمان تضامنی در فقه امامیه
- ۱۰۲ بند سوم: اثر ضمان تضامنی در فقه عامه
- ۱۰۲ گفتار سوم: ضمان چند نفر به قید شمول تمام دین
- ۱۰۲ بند اول: ضمان چند نفر از تمام دین در حقوق موضوعه ایران
- ۱۰۳ بند دوم: ضمان چند نفر از تمام دین در فقه امامیه
- ۱۰۵ بند سوم: ضمان چند نفر از تمام دین در فقه عامه
- ۱۰۵ گفتار چهارم: اثر ضمان مطلق در تعدد ضامنین
- ۱۰۹ گفتار پنجم: اثر ضمان چند نفر به ترتیب
- ۱۱۰ مبحث دوم: ترامی (تسلسل) در ضمان
- ۱۱۰ گفتار اول: قانون مدنی ایران و فقه امامیه
- ۱۱۱ گفتار دوم: فقه عامه و قانون تجارت ایران
- ۱۱۲ مبحث سوم: دور در ضمان
- ۱۱۲ گفتار اول: اثر ضمان مضمون عنه از ضامن در فقه امامیه
- ۱۱۳ گفتار دوم: ضمان مضمون عنه از ضامن در فقه عامه
- ۱۱۴ گفتار سوم: اثر ضمان مضمون عنه از ضامن در حقوق موضوعه ایران
- ۱۱۵ بند اول: ضمانت مضمون عنه از ضامن در دین مضمون به
- ۱۱۶ بند دوم: ضمانت مضمون عنه از ضامن در غیر دین مضمون به

کتاب ج

- ۱۱۷ الف - فوائد ضمان دو نفر از یکدیگر
- ۱۱۷ ب - آثار ضمانت دو نفر از یکدیگر
- ۱۱۷ بند سوم: ضمان دو نفر از یکدیگر در ضمان ضم ذمه
- ۱۱۸ نتیجه گیری کلی
- ۱۱۹ فهرست منابع و مأخذ
- ۱۱۹ الف - کتب حقوقی
- ۱۱۹ ب - مجلات حقوقی
- ۱۲۰ ج - قوانین و آیین نامه ها
- ۱۲۰ د - فرهنگ نامه ها
- ۱۲۰ ه - کتب فقهی شیعه
- ۱۲۰ و - کتب فقهی اهل سنت

مقدمه:

قبل از اینکه با عقد ضمان در قانون مدنی آشنا شوم، مفهومی از ضمان که در ذهن داشتم این بود که با انعقاد ضمان، شخصی انجام تعهد شخص دیگر را تضمین می‌کند و متعهد اصلی خود مضمون عنه می‌باشد. این برداشت ذهنی من ناشی از مفهوم عرفی ضمان بود که در بین مردم مورد عمل قرار می‌گرفت.

هنگامی که در دانشکده حقوق برای اولین بار در درس مدنی ۷ به مفهوم ضمان در قانون مدنی برخورد نمودم بسیار شگفت زده شدم، چراکه برخلاف تصور من که برخاسته از عرف جامعه بود، در قانون مدنی اثر عقد ضمان نقل ذمه مضمون عنه به ضامن ذکر شده بود. این تناقض بین مفهوم عرفی اثر عقد ضمان و مفهوم قانونی آن از همان زمان ذهن مرا مشغول به خود ساخت و در پی فرصتی بودم تا در مورد آن تحقیق به عمل آورم.

بعد از آنکه در کنکور کارشناسی ارشد در دانشگاه قم پذیرفته شدم، به هنگام تعیین موضوع پایان‌نامه، فرصت را غنیمت شمرده و مطالعه تطبیقی اثر عقد ضمان در فقه عامه و فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران را به عنوان موضوع پایان‌نامه انتخاب نمودم.

از آنجا که موضوع پایان‌نامه تطبیقی است و هر کدام از موضوعات باید در فقه امامیه و فقه عامه و حقوق موضوعه ایران بررسی شود، لذا در موضوعاتی که روشهای مورد قبول مانند هم نبوده، در هریک از آنها جداگانه بررسی شده ولی در موضوعاتی که اتفاق نظر وجود داشته به طور مشترک مورد بررسی قرار گرفته است.

عقد ضمان دارای آثاری می‌باشد ولی مهمترین اثر آن که آثار دیگر متأثر از آن می‌باشند نقل ذمه یا ضم ذمه بودن آن است. به همین خاطر از آنجا که در این مورد امامیه و عامه و حقوق موضوعه نظرات متفاوتی ارائه شده است، فصل اول پایان‌نامه را به عنوان اثر اصلی عقد ضمان به بررسی نظرات مختلف موجود در این مورد اختصاص داده‌ام.

۲

در فصل دوم اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون له مورد بررسی قرار گرفته و فصل سوم نیز به بررسی اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون عنه اختصاص یافته است. مواردی نیز پیش می آید که چند نفر از دینی ضمانت می کنند و یا از ضامنی ضمانت می شود. اثر این نوع ضمان نیز در فصل چهارم مورد بررسی قرار گرفته است. امید است که این تحقیق بتواند رضایت خاطر اساتید محترم راهنما و مشاور را برآورده کند.

غلامعباس ارجی

۷۴/۳/۲۴

فصل اول

اثر اصلی عقد ضمان