

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتاب ضمان

فصل اول. در تعریف و شرایط و احکام ضمان

ضمان بکسر ضاد مشتق از ضمن است و نون جزء کلمه است بطوری که در تمام متصرفات و مشتقات آن از ماضی و مستقبل و غیره مستظهر است و اصطلاحاً ضمان عقدیست که بموجب آن شخصی پرداخت مالی را که بر ذمه دیگری مستقر میباشد بعهده بگیرد

تعهد را ضامن و شخصی که طلب او تعهد پرداخت شده مضمون له (بستانکار) و مدیون اصلی مضمون عنه (بدهکار) و مالی که تعهد پرداخت آن گردیده مضمون به (بدهی) نامیده میشود این معنی خاصی است که از ضمان در کتب فقهیه از جمله در عروة الوثقی شده و قانون مدنی در ماده ۶۸۴ از آن تبعیت کرده است و بطوری که در کتاب مبسوط و وسیله ذکر شده مقصود از این تعریف تعهد بمال اعم از عین و یا منفعت و یا عملی است که بموجب عقدی بر ذمه بدهکار ثابت می‌باشد و بهترین تعریفی است که از ضمان شده است زیرا جامع افراد خود بوده و مانع ورود حواله و کفالت که در تعمیم اطلاقات تعریف معنی ضمان به تعهد مال و نفوس وارد شده می‌باشد بنا بر این تعریف ضمان نقل ذمه به ذمه است نه ضم ذمه به ذمه این نتیجه بدست می‌آید که هر گاه مباشرت شخصی با حادث ساختن و یا دوختن لباس باشد ضمان در مسائل نامبرده و نظائر آنها چون اصل بدهی قابل نقل ذمه

به ذمه نیست ضمانت آن صحیح نخواهد بود و خلاف قول مشهور است .

« شرائط صحت و تحقق ضمان »

اول - ایجاب و قبولی که دال به مقصود باشد (و ممکن است از جمله مبانی لزوم قبول، مستظهر از قضیه امتناع نبی(ص) از خواندن نماز بر میت بدهکار بوده باشد که پس از ضمانت علی (ع) از دین متوفی و قبول بستانکار صلوة بر گذار گردیده) بخلاف عقیده بعضی از فقها که ضمانت را از ایقاعات دانسته اند.

دوم - رضایت ضامن در حین وقوع ضمان و رضایت بستانکار سابقاً و یا لاحقاً شرط صحت ضمان است و با وجود کراهت آنان ضمان صحیح نیست لکن رضایت بدهکار شرط نیست چنانچه ضمانت پرداخت بدهی تبرعاً صحیح است و احتیاجی بر رضایت بدهکار ندارد و حتی در موردی هم که وفای بدهی و یا ضمان مستلزم حرج و ضرر برای بدهکار باشد مثل آنکه شخصی وضعی بدهی شخص شریف غنی و قادر باداء بدهی را که منافی شأن او است ضمانت کند صحیح است و احتیاج به رضایت بدهکار ندارد .

سوم - ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد یعنی عاقل و بالغ ورشید باشد و فقها عقل و بلوغ و رشد بستانکار را هم معتبر دانسته اند اما در تمام صور اهلیت بدهکار شرط نیست و از محجور و میت میتوان ضمانت کرد لکن اذن صغیر و مجنون مجوز رجوع ضامن بعوض نخواهد بود چنانچه در خصوص میت قضیه نبوی ذکر گردیده .

تبصره در صورتی که ضامن جنون ادواری داشته باشد در موقع افاقه ضمانت کردن او جائز است .

چهارم - تنجیز است ضمان باید منجزاً واقع شود و تعلیق بشرط بنا بر مشهور موجب بطلان است چنانکه ضامن بگوید اگر بدهکار تا فلان زمان و یا اصلاً پرداخت و یا اگر پدرم اجازه دهد من ضامن هستم در این موارد چون ضمانت معلق بعدم پرداخت در زمان محدود یا مطلق و یا اجازه پدر شده است باطل است باری با انعقاد ضمان تکمیلاً تعلیق در تأدیه ممکن است چنانچه ضامن بگوید من ضامنم

که بدهی را پرداخت نمایم و پرداخت آن موکول بآنست که برادرم از سفر بیاید صحیح است .

تبصره - در این مورد علامه آیة‌الکلیبایگانی در حاشیه بر عروه نظر دادند که هر گاه مقصود، تعلق ضمان بعدم عطا باشد عیناً همان تعلق در زمان مورد نظر مشهور است که باطل می‌باشد و اگر مقصود آن باشد که ضمان منجزاً واقع شده و ضامن بطور اخبار گفته باشد دین را ادا میکنم مادامی که دین باقی باشد و بدهکار نپرداخته باشد نه تعلق است و نه ممنوع و چنین ضمانی جایز است .

پنجم - بایستی ضمانت از بدهی که ثابت و مسلم است باشد اعم از اینکه مستقر باشد (مثل آنکه شخصی ضمانت اشتغال ذمه بدهکار را به بدهی و یا اشتغال ذمه متعاملین را بتحویل و پرداخت ثمن و ثمن در بیع قطعی) و یا متزلزل مثل معامله با حق استرداد مانند آنکه شخصی ضمانت ثمن کلی را از برای فروشنده و یا مبیع کلی را برای خریدار و یا مبیع مشخصی را قبل از قبض و یامهریه را قبل از استمتاع و نظائر آن بنماید و در این امثله اصل بدهی مسلم است لذا ضمانت آن نیز صحیح است و نطقه آینده زوجه که هنوز بر ذمه زوج مستقر نشده است و همچنین حق الجعالة قبل از اتیان بعمل چون مستلزم ضمان مال می‌یجب است صحیح نیست و بعضی از فقها در این قبیل موارد قائل به جواز شده‌اند و معتقدند مقتضی وجوب انفاق در موضوع زوجیت و وجود قرارداد در خصوص جعالة موجود و کافیهست .

ششم - مشخص بودن بدهکار است و هر گاه مردد و یا اصلاً معین نباشد مثل ضمانت شخصی از چند نفر بطور تردید ضمان باطل است لکن علم ضامن بمقدار و اوصاف بدهی را که ضمانت میکند لازم نیست بنابراین اگر شخصی ضمانت شخص دیگری را بنماید بدون آنکه بدانند آن بدهی چه مقدار و از چه جنسی است صحیح است و همچنین ضمانت عین مغصوبه و یا عاریه نیز جایز است که در ماده ۶۹۲ و ۶۹۴ قانون مدنی هم بدان اشاره شده است .

پس از آنکه ضمان با جمیع شرایط صحیحاً واقع شد ذمه بدهکار بری و ذمه ضامن در مقابل بستانکار مشغول میشود که در ماده ۶۹۸ قانون مدنی نیز باین

موضوع اشاره گردیده - ضمانت دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است. در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین میتواند در دین مؤجل (مدت‌دار) تعهد پرداخت فوری آنرا بنماید - لازم نیست که ضامن کاملاً و تفصیلاً شخص بستانکار را بشناسد چنانکه در ماده ۶۹۶ قید شده هر دینی را ممکن است ضمانت نمود ولو اینکه شرط فسخی در آن موجود باشد و ضمانت از مشتری یا بایع نسبت بدارک مبیع و یا ثمن در صورت مستحق‌الغیر در آمدن آن جایز است - تعلیق ضمان بشرایط صحت آن مثل آنکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمیشود .

بدهی حال را هم جایز است بحال ضمانت کرد و هم جایز است با مدت ضمانت نمود مثل آنکه جواد هزار تومان در زمان حاضر به رضا بدهکار است تقی ضمانت کند که در زمان حاضر و یا در مدت مثلاً یکماه دیگر بپردازد هر دو ضمانت از حال و مؤجل صحیح است و همچنین بدهی مدت‌دار را (مؤجل) که هنوز موعد پرداخت آن نرسیده جایز است ضمانت حال کرد که زمان حاضر پرداخت شود و یا ضمانت بدهی را بهمان مدت اصلی و یا مدت زیادتر و یا کمتر از مدت مزبور نمود و قول باین که بدهی مدت‌دار را نمیتوان برای زمان حاضر ضمانت کرد بتصور اینکه ضمانت مال می‌باید است یعنی هنوز موجب ضمان فراهم نشده است خلاف مشهور است و این نظر ضعیف است زیرا اصل بدهی برقرار است و پرداختش مدت‌دار است بنابراین مال می‌باید نیست .

در صورتی که ضامن با اذن بدهکار ضمانت بدهی را بنماید حق مراجعه باو را قبل از پرداخت بدهی ندارد و این نظر مشهور و اجماع در مسئله است و منطبق آن آنست که زمه ضامن بمجرد ضمانت در مقابل بستانکار مشغول گردیده و زمه بدهکار در مقابل ضامن وقتی بآن مقدار از دین مشغول میشود که اداء کرده باشد و یا بعلمت آنکه هر چند زمه ضامن در حین ضمانت در مقابل بستانکار مشغول میشود ولی مشروط با اداء بدهی است و در این صورت پرداخت بدهی کاشف از اشتغال زمه ضامن در حین ضمانت است و یا آنکه هر چند زمه ضامن بمجرد ضمانت مشغول میشود لکن مطالبه

از بدهکار اصلی مشروط به پرداخت بدهی است و بنظر وجه و منطق اول که اشتغال زمه منوط باداء دین باشد نه شرط، اولی و بهتر است و این حکم مسئله هر چند بر خلاف قاعده است زیرا قاعده آنست که همچنان که بمجرد ضمانت زمه ضامن در مقابل بستانکار مشغول میشود زمه بدهکار اصلی هم در همان موقع در مقابل ضامن مشغول میشود و ضامن میتواند از بدهکار مطالبه نماید اعم از اینکه بدهی را پرداخت کرده باشد یا خیر لکن بنا بر قول مشهور و اجماع بنحوی که ذکر شد و همین چنین مستنداً بخبری که نقل شده (شخصی ضمانت بدهی را نمود و ضامن با بستانکار بمبلغی کمتر از بدهی مورد ضمانت صلح و سازش نمود و حکم مسئله چنین شد که ضامن زائد بر آنچه پرداخته حق مطالبه و دریافت از بدهکار اصلی را نخواهد داشت) و متفرع بر این حکم است فروعی .

۱- در صورتی که بستانکار تبرعاً زمه ضامن را از بدهی کلاً یا بعضاً بری نماید که در این فرض ضامن حق رجوع به بدهکار را اصلاً و در فرض دوم بیش از مقداری که پرداخته ندارد .

۲- در صورتی که ضامن دیگری از ضامن اولی تبرعاً ضمانت نماید که بدهی را پرداخت نماید چون زمه ضامن اول بعنوان تبرع بری شده است حق رجوع به بدهکار اصلی را ندارد پس تکلیف این فروع بعد از پرداخت بدهی تعیین میشود نه قبل از آن .

هر گاه ضامن که ضمانت بدهی را کرده است قبل از پرداخت به بدهکار اصلی بگوید بدهی را خودت به بستانکار پرداز و بدهکار هم بدستور ضامن بدهی را به بستانکار پرداخت نماید بنا بر قول مشهور و نظر صاحب جواهر که از علامه فقها است زمه بدهکار اصلی و ضامن توأمأً و دفعةً بری خواهد شد و اقوال و نظرات دیگر در این مسئله ضعیف است .

جایز است در ضمان شرط رهن شود و بعد از ضمان رهن بعمل آید و نیز در ضمان اشتراط رهن جایز است باین نحو که ضامن ضمانت بدهی را با اشتراط رهن بودن فلان ملک معین بدهکار بنماید که بمجرد وقوع عقد ضمان شرط هم واقع میشود و

احتیاجی بوقوع عقد رهن علیحده نخواهد داشت و اولی در اصطلاح فقها شرط ضمن العقد و دومی شرط نتیجه می باشد - شرط نتیجه آنست که احتیاجی بسبب و یا عقد علیحده ندارد مثلاً در موضوع مزبور با وقوع عقد ضمان، رهن هم واقع شده است هر گاه بدهی مشتمل بر رهن باشد و بدهی بطور مطلق ضمانت شود بنا بر نظریه فقها که از آن جمله نظر صاحب جواهر و مسالك می باشد مجرد وقوع ضمانت موجب فك رهن از مورد وثیقه خواهد شد زیرا ضمانت بدهی بنظر آنها وفای بدهی است و اما در صورتی که در ضمن عقد ضمانت فك رهن یا عدم آن صریحاً اشراط شود شرط مزبور متبع است و دیگر جای هیچگونه اختلاف نظری نخواهد بود .

ضمانت بدهی را بامال معین بعنوان تقید و یا بعنوان شرط میتوان نمود که بعنوان شرط التزام در التزام خواهد بود مثل اینکه بدهی هزار تومان پول باشد و ضامن ضمانت کند که اسبی را به بستانکار بدهد در این صورت بر ضامن است که همان اسب را بدهد و با تسلیم اسب اداء بدهی شده است و در فرض اول که مال معین بعنوان قید باشد و چنانچه قبل از تسلیم، اسب تلف شود ضمان باطل میشود و بستانکار حق دارد به بدهکار مراجعه و طلب خود را وصول نماید و چنانچه قبل از تسلیم، اسب ناقص شود ضرر ما به التفاوت بعهده بدهکار است و این حکم مسئله در موردی است که مال در خود عقد ضمان قید شده باشد باین نحو که ضامن بگوید مال معینی را ضمانت میکنم که بجای بدهی پرداخت کنم و در صورت دوم که شرط شده باشد با تلف شدن مال معین مورد ضمانت برای هر يك از ضامن و بستانکار منفرداً و مستقلاً و یا مجتمعاً و متفقاً اختیار فسخ ضمان است و در صورت نقصان مال خسارت ما به التفاوت بر ضامن است. علم ضامن در موقع ضمانت به ثبوت بدهی بدهکار شرط نیست همچنان که علم او بمقدار بدهی شرط نخواهد بود بنابراین اگر شخصی ادعای طلبی را از شخص دیگری کند و ضامن قبول ضمانت چنین بدهی را بنماید و بدهی مزبور باینه و دلیل ثابت گردد بر ضامن است که بدهی مزبور را پرداخت کند و هم چنین هر گاه بدهی به موجب اقرار بدهکار سابق بر ضمان و یا به موجب قسمی که از طرف بدهکار رد به بستانکار شده و او قسم یاد کرده باشد بر ضامن است که بدهی او را پرداخت کند و اما در صورتی

که بدهکار بعد از وقوع ضمان اقرار به بدهی بنماید و یا آنکه بدهی بموجب قسم مردوده به بستانکار ثابت شده باشد دلیل آن نیست که ضامن بدهی مذکور را که منکر است بدهد و هر گاه بین ضامن و بستانکار اختلاف در ثبوت بدهی بدهکار و یا مقدار آن بشود و ضامن اقرار بچنین بدهی بنماید و یا بموجب قسمی که ضامن به بستانکار رد نموده و اوقسم یاد کرده بدهی مزبور ثابت گردد و بدهکار منکر بدهی باشد ضامن با پرداخت بدهی در این مورد حق رجوع به بدهکار را نخواهد داشت و هر گاه ضمانت ضامن با اذن بدهکار باشد و بین (شهادت شهود) مثبت و حاکمی از تحقق بدهی در حین ضمان باشد بایستی ضامن پردازد و هر گاه شهادت شهود بر لاق بودن بدهی بر ضمان باشد و یا آنکه از اطلاق شهادت آنها معلوم نشود که بدهی لاق بر ضمان و یا سابق بر آن بوده موجب پرداخت بدهی ضامن نخواهد بود .

بنابر قول بعضی از فقها دور در ضمانت جائز است مثل آنکه ضامن از ضامن دیگر ضمانت کند و بدهکار اصلی از ضامن دوم ضمانت نماید و در این فرض زمه ضامن دوم در مقابل ضامن اول و زمه بدهکار اصلی در مقابل ضامن دوم مشغول میشود و همچنین تسلسل را جائز دانسته اند که ضامن از ضامن مسلسل ضمانت کند و بعضی دیگر صحیح ندانسته اند بعلمت آنکه گفته اند دور مستلزم آنست که فرع اصل شود و اصل فرع شود و از طرفی فایده ای به آن متصور نیست زیرا در واقع بدهی برگشت به همان حالت اولیه میکند و آنهایی که جائز دانسته اند میگویند اولاً مانعی برای این موضوع نیست و ثانیاً فایده و اثر آن در معسر شدن و یا قادر بودن یکی از آنان ظاهر میشود. کسی که خمس و یا زکوة و یا مظلّم بر زمه او است میتواند از بدهکار فقیری ضمانت کند و وجه مورد ضمانت را بابت آنها حساب نماید ولی اگر هنوز زمه او مشغول نشده ضمانت کردن بنحومزبور خالی از اشکال نیست. هر گاه شخصی بابت خمس و زکوة ورد مظلّم بدهی داشته باشد جایز است از او در مقابل حاکم جمانت کرد ولی ضمانت در مقابل مستحقین بدریافت وجوه مزبور خالی از اشکال نخواهد بود .

هر گاه ضامن در مرض موت خود ضمانت دینی را بنماید اگر با اذن بدهکار ضمانت کرده باشد مورد ضمانت از اصل مال او خارج و پرداخت میشود زیرا ضمانت چنین دینی بمنزله قرض خود ضامن و هم چنین مانند ضمانت از ثمن نسیه معامله قطعی می باشد .

ضمانت کردن ثمن معامله برای مشتری بعد از وقوع معامله بعلت آنکه مبیع مال غیر و مورد استحقاق دیگری در آید و یا بعلت باطل شدن معامله قطعی بجهت فقدان شرط و یا شروط چنین ضمانتی صحیح بوده و بر ضامن است که در هر دو مورد از عهده ثمن معامله بر آید و به مشتری پردازد اما در صورتی که بیع صحیح بوده و فسخ بخیار شده و یا مبیع قبل از قبض تلف شده در این موارد الزامی بر ضامن نیست و مشتری میتواند بفروشنده مراجعه کند زیرا در موقع ضمان حقی هنوز تحقق پیدا نکرده بوده و ضمان مال میباید است و در این مسئله نظرات مختلفی است که مشهور و اقوی نظری بود که ذکر شد .

هر گاه ضامن ضمانت ثمن معامله را برای مشتری بکند و استحقاق مقداری از مبیع برای غیر معلوم شود از مقدار مزبور ضمان صحیح بوده و ضامن بایستی از عهده بر آید و نسبت به مقدار بقیه مشتری مختار است که معامله را نسبت بمقدار بقیه امضاء و قبول نماید و هم میتواند بعنوان خیار تبعض صفقه اصل معامله را فسخ نماید و بقیه ثمن را از فروشنده مسترد دارد و این نظر که ذکر شد اقوی نظرات مسئله است .

بنا بر قول شهید اول و دوم جایز است که شخصی ضمانت کند که آنچه را مشتری در زمین مورد خریداری از بنا و اشجار احداث و غرس نماید و بعلت آنکه زمین مورد معامله مستحق از برای غیر در آید و نتیجتاً بنای احداث شده و اشجار غرس شده قطع شود ارش یعنی تفاوت زمین بدون بنا و اشجار و با بنا و اشجار قطع و قطع شده را به مشتری پردازد البته این نظر خلاف مشهور است و نظر مشهور در این مسئله عدم جواز است و فلسفه آنرا ضمان مال میباید دانسته اند یعنی هنوز سبب ایجاد حقی وجود پیدا نکرده تا ضمان آن صحیح باشد .

برای ترس از غرق شدن کشتی بعلت زیادی بار و متاع، شخصی بصاحب اجناس بگوید آنها را بدريا بریزید من ضامن هستم که از عهده برآیم چنین ضمانتی بنا بر اجماع صحیح است بلکه اگر ترس از غرق شدن کشتی هم نباشد و برای مصلحت دیگر از قبیل مثلا خاموش شدن دستگاه موتوری و غیره هم باشد بنا بر عموم ادله صحیح است که خسارت ریختن متاع مزبور را ضمانت وعهده دار شود. ضامن نیاستی در مقابل بدهکار اصلی بمثل دینی که ضمانت میکنند مشغول الذمه باشند زیرا اگر ذمه ضامنی در مقابل بدهکار بعنوان نفس مشغول باشد کفالت خواهد بود و اگر ضمانت بمثلی همان مالی که بدهکار است باشد حواله تحقق پیدا خواهد کرد و لکن دلیلی بر عدم جواز آن نیست بنا بر این اگر چنین ضمانتی شود یعنی ضامن بمثل آن دینی که به بدهکار دارد با اذن او در مقابل بستانکار ضمانت کند و پردازد ذمه ضامن و ذمه بدهکار بعنوان تها تر بری میشود لکن در این مورد اگر ضامن پردازد اشتغال ذمه بدهکار در مقابل بستانکار و ذمه ضامن در مقابل بدهکار باقی است.

بقیه دارد

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی