

شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش چهارم)

مرتضی محمدحسینی طرقی^۱

اشاره:

معمولاً اشخاص برای استفاده از امکانات و رفع نیازهای خود با بستن قراردادهایی با چهره مدنی، گاهی متعهد و گاهی متعهدله واقع می‌شوند. اما، در این اثناء، همواره برای متعهدله این نگرانی وجود دارد که چه شرایطی را در قرارداد پیش‌بینی کند تا اگر متعهد به تعهدات خود عمل نکرد یا به تنهایی قادر به پرداخت دین نبود، سهل و آسان بتواند مطالبات خود را علاوه بر مدیون اصلی، از دیگران هم مطالبه و به حیثه وصول درآورد؟

اگرچه عقد ضمان قالب مناسبی برای ایجاد چنین تعهدات و تضمیناتی به شمار می‌رود و متعهدله با این وسیله می‌تواند هنگام بستن قرارداد و ایجاد تعهد، راهکار پرفایده‌ای را برای نیل به اهداف خود برگزیند؛ ولی، در این راستا توجه داریم که برای تحقق امر مزبور، قانون مدنی (ضمان عقدی)، تنها ضمان نقل ذمه به ذمه را پیش‌بینی کرده است و این کافی و وافی به مقصود نیست. (هرچند راه را بر ضمان تضامنی هم نبسته است).

بنابراین، ناگزیر باید به قوانین و مقررات و تأسیسات حقوقی دیگر از جمله باب ضمانت مندرج در قانون تجارت و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مراجعه کنیم و در کنار ضمان نقل، از ضمان ضم، یعنی ضمان تضامنی هم بهره‌مند شویم. بدین ترتیب و از آنجا که ایجاد مسئولیت تضامنی طریق مهمی است که قانون‌گذار برای رعایت حقوق اشخاص، رفع برخی از مشکلات مردم و تضمین انجام تعهد و جبران خسارت اندیشیده است، ابزاری که با تشریفات مختصر، می‌تواند امنیت فراوانی را در روابط حقوقی و مالی طرفین بیمان، بویژه متعهدله ایجاد کند، مناسب

دیدیم. شیوه‌ای را برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی ارائه دهیم که کمتر موارد توجه قرار گرفته است.

در بحث پیرامون این نوشتار و اهداف موردنظر در فصل نخست به مفاهیم و کلیات عقد ضمان و در فصل دوم به موضوع ضمان در فقه و ماهیت آن پرداختیم، اینک «ویژگی‌های ضمان» و ادامه بحث را پی می‌گیریم.

واژگان کلیدی: ضمان، ضمانت، نقل ذمه، ضم ذمه، تضامنی، ضامن، مضمون‌له، مضمون‌عنه، دین، تعهد.

ویژگی‌های ضمان

مبحث نخست - لازم بودن

می‌دانیم براساس قاعده و اصالت اللزوم، هر عقدی لازم است، مگر آنکه دلیلی بر جائز بودن آن وجود داشته باشد. ماده ۲۱۹ قانون مدنی در تأیید این اصل مقرر می‌کند: عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود. بنابراین، ضمان هم از جمله عقود لازم به شمار می‌رود. یعنی، هیچ یک از ضامن و مضمون‌له حق فسخ آن را ندارند و ماده ۷۰۱ قانون یاد شده با تأکید مجدد بر لزوم ضمان و ویژگی این پیمان، هرگونه تردیدی را برطرف نموده و صراحتاً مقرر نموده است که: ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون‌له نمی‌توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است، یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون‌له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد. با این حال برخی گفته‌اند: حق فسخ ضمان ممکن است به سود ضامن یا مضمون‌له یا هر دو باشد.^۱

مطلب دیگری که در اینجا می‌توان به آن اشاره نمود این است که هرچند ضمان

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، همان، ص ۴۵۸ و نیز ر.ک: ایت‌الله

عقدی لازم است و موافق ماده ۴۵۶ قانون مدنی: تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است. اما در ماده ۷۰۱ قانون مدنی دیدیم که حق فسخ فقط با شرایطی استثنایی، به طرفین این پیمان داده شده است. با وجود این، بعضی از اساتید نوشته‌اند که: وجود شرط خیار به درستی عقد صدمه نمی‌زند. زیرا بطلان چنین ضمانتی نیاز به تصریح قانونگذار دارد و از ماده ۷۰۷ نیز چنین حکمی بر نمی‌آید.^۱

ماده ۶۹۰ که در ماده ۷۰۱ قانون مدنی به آن اشاره شده، مقرر نموده است: در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیرملی شود مضمون له خیاری نخواهد داشت. بدین ترتیب، چون براساس توافق و تراضی طرفین، مالدار بودن ضامن در واقع شرط شده است، اگر ضامن معسر یا ورشکسته بوده، ولی هنگام ضمان آن را ابراز نکرده است و بستانکار به گمان تمکن او عقد را منعقد کرده باشد، حق فسخ عقد ضمان را خواهد داشت.

مبحث دوم - مسامحه‌ای بودن

مراد از تسامحی یا ارفاقی بودن ضمان، آن است که عقد مذکور معمولاً برخلاف عقود مغایبه‌ای، برای سودجویی و کسب درآمد بسته نمی‌شود تا متعهد اگر چیزی از دست می‌دهد، عوض مناسب آن را بگیرد. بلکه، هدف اصلی از تشریح آن به ویژه در فقه و حقوق ما که ضمان نقل ذمه پذیرفته شده، ارفاق به مدیون اصلی است و ضامن در این میان، فردی خیر و گاهی ایتارگر تلقی می‌شود. لذا، علم اجمالی او به موضوع و طرف مقابل کافی خواهد بود و قانونگذار هم در این راستا سخت‌گیری نکرده و به

راحتی و ارفاق تحقق ضمان را پذیرفته و مقرر نموده است: علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص شود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است (ماده ۶۹۴ قانون مدنی) و در ادامه ماده ۶۹۵ همین قانون می‌گوید: معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست. البته باید توجه داشت که در ضمان نقل ذمه به ذمه، داین یعنی مضمون له نیز در این اثناء بی‌بهره نمی‌ماند. زیرا، حداقل سودی که او می‌برد، آرامش فکر و اطمینانی است که تعهد مدیون جدید (که بسا از موقعیت و ملالت برتری نسبت به مضمون عنه برخوردار است). برای وی ایجاد می‌کند.

بدین ترتیب، وقتی هدف عمده تشریح این پیمان، نیکوکاری و تبرع باشد، باید اعتقاد داشت که غرر موجب ایجاد خدشه و یا بطلان ضمان نخواهد بود.

با این حال، در ضمان طولی و عرضی (تضامنی) وضع به این سادگی نیست، زیرا، در آنجا تضمین عمدتاً برای طلبکاران است و هدف غایی بستانکار از پذیرش چنین ضمانتی تحصیل وثیقه، و حتی گاهی با این منظور صورت می‌گیرد که ضامن در کنار مدیون اصلی و در عرض وی قرار گیرد. یعنی، مضمون عنه و ضامن مسئولیت تضامنی پیدا نمایند و طلبکار عنداللزوم برای وصول مطالبات خود به هر یک از مدیون اصلی و ضامن یا هر دو مراجعه کند. به هر حال، همان‌گونه که گفته شده: در دین و مضمون له و مضمون عنه نباید ابهام و تردیدی باشد، پس اگر کسی دو فقره بدهکاری دارد ولو اینکه طلبکار شخص واحدی باشد، ضمانت یکی از آن دو فقره لاعلی‌التعین صحیح نیست.^۱

مبحث سوم - تبعی بودن

منظور از خصیصه تبعی بودن عقد ضمان، آن است که تعهد ضامن، تابع دینی است که مضمون عنه (مدیون اصلی) به دائن داشته. (نه اینکه ضامن تابع عقود دیگر باشد).

تبعی بودن و وجود دین در تاریخی پیش از زمان بستن عقد ضمان، از مواد مختلف قانون مدنی از جمله مواد ۶۸۴، ۶۹۰ لغایت ۶۹۸ و ۷۰۲ و ۷۰۳ این قانون استنباط می‌گردد و هر یک از این مواد به نحوی دلالت بر وجود دین قبلی بدهکار اصلی دارد. لیکن در میان آنها ماده ۶۹۱، از ویژگی و اهمیت بیشتری برخوردار است. این ماده می‌گوید: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است.

نتیجه تبعی بودن عقد ضمان آن است که نه تنها دینی که مبنای عقد ضمان است باید مشروع، موجود و یا لاقبل سبب آن به وجود آمده باشد. بلکه، دین ضامن از نظر مقدار، جنس و شرایط پرداخت آن، همان دین بدهکار اصلی است. مگر آنکه مغایر آن مقرر شده باشد. از مفهوم ماده یاد شده می‌توان استفاده کرد که ضمان دینی که سبب قراردادی یا قانونی آن ایجاد شده است، درست می‌باشد. مانند نفقه آینده زن، که راجع به این نمونه بعداً به طور خلاصه بحث خواهیم کرد.

از تبعی بودن ضمان، نتایج مهمی به دست می‌آید که به طور خلاصه عبارتند از: اینکه باید دین مبنا، موجود و مشروع بوده باشد، از حیث مقدار و جنس و شرایط تأدیه، همان دین مضمون عنه است، در صورتی که بطلان دین اصلی به دلیلی اثبات شود، ضمان نیز باطل است و ضامن قائم‌مقام مدیون اصلی است.^۱

وقتی قانونگذار ما طبق ماده ۶۹۸ قانون مدنی از نظریه نقل ذمه به ذمه تبعیت کرده

است. پس باید دین موجود یا سبب آن ایجاد شده باشد تا از طریق ضمان از عهده مضمون عنه جدا و به عهده ضامن منتقل گردد والا ضمان از دین ناموجود یا دینی که حتی سبب آن فراهم نمی‌باشد، باطل است. مثل اینکه الف به ب بگوید که هر آنچه ج از تو خواست به او بفروش، من ضامن قیمت آن هستم. زیرا چنین ضمانی همان «ضمان مالم یجب»^۱ است که در فقه و حقوق ما (ماده ۶۹۱) نظر به بطلان آن داده شده است. به نظر می‌رسد حکم قضیه در ضمان طولی و عرضی نیز تا حدودی چنین باشد. زیرا، دینی که سبب آن موجود نیست و هنوز وجود واقعی ندارد، در چنین وضعیتی شخص ثالث مدیون نشده است تا مضمون له ابتدا به او مراجعه نماید یا ضامن از وی ضمانت عرضی کند و متعاقباً بستانکار به ضامن و بدهکار اصلی رجوع نماید.

پیرامون ماده ۶۹۱ قانون مدنی بحث‌ها و مسائل فراوانی مطرح گردیده است که از میان آنها ما به دو موضوع که ارتباط بیشتر و نزدیکی با بحث حاضر دارد، می‌پردازیم. نخست اینکه، آیا در حقوق ما، ضمان لم یجب، درست است؟ یعنی آیا می‌توان از دین یا تعهدی که هنوز به وجود نیامده است، ضمانت کرد؟ و دوم آنکه، معنا و مفهوم «سبب» که در ماده مزبور از آن اسم برده شده است، چیست؟

راجع به ضمان مالم یجب، در قوانین و مقررات جاری نصی دیده نمی‌شود و این عبارت بیشتر در اصطلاح فقیهان دیده می‌شود. مثل اینکه مرحوم محقق حلی در مورد اینکه اگر کسی ضامن مشتری شود (نسبت به آنچه در ساختن بنا و یا کاشتن درخت که پیش می‌آید)، از این اصطلاح استفاده کرده است.^۲ در خصوص چنین ضمانتی

۱. تعهد به مالی که هنوز بر ذمه مستقر نشده است. (دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، همان، ص ۴۲۳).

۲. المحقق الحلی، همان، ص ۳۵۹ و زیرنویس آن.

برخی نوشته‌اند: فقهای اسلام، در صحت ضمان از دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد، دارای عقاید مختلفی هستند: عده‌ای آن را باطل می‌دانند و استدلال می‌کنند که در مورد مزبور دین در ذمه مضمون عنه ثابت نمی‌باشد و ضمان، مالم یجب است و آن باطل می‌باشد. عده‌ای دیگر، ضمان مزبور را صحیح می‌دانند، دلیل نظر اینان آیه کریمه: *ولمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم می‌باشد و برآند که دلیلی که ضمان مالم یجب را مطلقاً باطل بداند موجود نیست.*^۱

به هر حال یکی از شرایط صحت ضمان در حقوق ما، وجود دین یا سبب آن قبل از بسته شدن این پیمان است. بنابراین، اگر دین مورد ضمان وجود نداشته و یا سبب آن نیز به وجود نیامده باشد، ضمان از آن، ضمان مالم یجب تلقی می‌شود و باطل خواهد بود و قانون مدنی هم با تیزی، نه زیاد سخت‌گیری نموده و نه به راحتی ضمانت از دین آینده را پذیرفته است و با انتخاب راه‌حلی میانه، مقرر نموده است: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است. (ماده ۶۹۱ قانون مدنی)

یکی از شرایط لازم و پراهمیت برای بسته شدن عقد ضمان و صحت آن، تحقق دین اصلی است. زیرا، همان‌گونه که بحث کردیم، ضمان عقدی تبعی است و به تبع وجود دین، منعقد می‌گردد. با این حال، در مواردی که دین اصلی هنوز به وجود نیامده، ولی سبب آن ایجاد شده است و همچنین، ضمان از دین آینده در برخی موارد صحیح خواهد بود. در مورد ماده ۶۹۱ قانون مدنی، و ضمان دین می‌توان گفت: یا دین موجود است؛ یا موجود نیست، ولی سبب آن ایجاد شده و یا نه موجود است و نه سبب آن فراهم آمده است. بدین ترتیب، ضمان از دینی که موجود است بالاترین درستی است. اما، راجع به ضمان از دینی که سبب آن به وجود آمده، هرچند وجود

واقعی پیدا نکرده (و می‌توان آن را در حکم دین موجود تلقی نمود)، مفهوم مخالف ماده یاد شده، بنا به مصالحی آن را صحیح می‌داند. ولی، ضمان از دین ناموجود یا دینی که نه موجود است و نه سبب آن ایجاد شده، طبق ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل خواهد بود.

با این مقدمه، باید دید معنا و مفهوم سبب که در ماده مزبور از آن نام برده شده، چیست؟ می‌دانیم که در عالم حقوق، همه جا نمی‌توان بین سبب و مسبب ملازمه عقلی برقرار نمود و آن را مانند فلسفه و امور طبیعی قیاس کرد. اما، می‌توان نوعی ملازمه عرفی و قانونی برقرار نمود. مثل اینکه سخت‌گیری روانداشت و برحسب معمول و متعارف، معتقد شد که عمدتاً سبب خاص، منجر به مسبب می‌شود، هرچند این احتمال ضعیف هم وجود دارد که به دلیل جمع نشدن شرایط یا ایجاد موانع، نتیجه مورد انتظار حاصل نگردد. مانند ضمانت از نفقه آینده زن که با تحقق نکاح، شوهر مکلف و مستعهد به دادن نفقه همسرش می‌باشد. ولی نشوز زن، مانع ایجاد دین می‌شود. یعنی می‌توان گفت، در اینجا سبب دین، نکاح است و تمکین یکی از شرایط تأثیر سبب تلقی می‌گردد. با این توضیح باید توجه داشت که، سببی که در ماده ۶۹۱ قانون مدنی استعمال شده است، سبب به معنای فلسفی آن نیست. بلکه سبب در ماده یاد شده، به مفهوم مقتضی استعمال و استفاده گردیده است. چون سبب و مقتضی دین اگر پدید آمده باشد، چنانچه مانعی ایجاد نشود، دین محقق می‌گردد. این است که در مورد معنا و مفهوم سبب برخی نوشته‌اند: «سبب» در این مقام به معنی «مقتضی» است، یعنی امری که احتمال دارد، به دلیل ایجاد موانع، هیچ‌گاه به اثر مطلوب منتهی نشود.^۱ (نه سبب به معنی فلسفی که همیشه با مسبب همراه است)

بدین ترتیب، هرچند در ماده مذکور، کلمه سبب، عیناً به کار برده شده، اما از این ماده استنباط می‌شود که قانون مدنی، سبب را به مفهوم فلسفی آن استفاده نکرده، بلکه آن را به معنای مقتضی و علت ناقصه استعمال نموده است و ظاهراً مقنن تلاش نموده این ماده را به نحوی تنظیم کند که حتی‌الامکان از بطلان ضمان جلوگیری نماید و بدین وسیله در موارد ضروری مشکلات حقوقی افراد را کاهش دهد و رفع کند. با این حال، به صراحت ماده مزبور، اگر دین اصلی محقق نباشد و سبب آن هم ایجاد نشده باشد، ضمان درست نیست. به عنوان نمونه، چنانچه کسی مسئولیت ناشی از تعدی و تفریط امین (در عاریه یا ودیعه) را ضمانت کند، چون این عقود غیرمضمونه هستند، هنگام بستن پیمان، متصرف امین محسوب می‌شود و مسئولیتی ندارد و مسئولیت وی در صورت تعدی و تفریط حادث می‌شود. بنابراین، قبل از تعدی یا تفریط کردن و ایجاد مسئولیت، ضمان از امین، نمی‌تواند صحیح باشد. زیرا، سبب در حین عقد ضمان موجود نیست، یعنی سبب دین، تعدی و تفریط است که هنگام انعقاد عقد موجود نبوده است.

آخرین مطلبی که مناسب است در ارتباط با تبعی بودن عقد ضمان، ضمان مالم یجب و موجود بودن سبب دین بیان شود، ضمان از نفقه آینده زوجه است که بی‌ارتباط با بحث حاضر هم نمی‌باشد و در واقع، نمونه‌ای از این موضوعات تلقی می‌گردد. در اینجا لازم به یادآوری است که نفقه همسر ممکن است مربوط به گذشته، حال و آینده باشد. در مورد ضمان از خرجی گذشته و حال، معمولاً به جهت مستقر شدن آن در ذمه شوهر (خصوصاً نفقه گذشته)، فقهای ما آن را صحیح می‌دانند. ولی، نفقه آینده زن و ضمانت از آن را قابل ضمان و صحیح نمی‌دانند.^۱ لذا،

این بحث مطرح می‌شود که اگر سبب تحقق دین بر ذمه شوهر، تنها پیمان ازدواج نباشد، بلکه، علاوه بر عقد نکاح، تمکین زن هم ضروری باشد تا نفقه مستقر شود، ضمان از نفقه آینده همسر، ضمان لم یجب خواهد بود و چون هنگام ضمانت هم دین و هم سبب آن به وجود نیامده است، باید این ضمان را باطل محسوب کرد. ولی گروهی با این عقیده مخالفت نموده و می‌گویند: با مفهومی که نکاح در حقوق کنونی دارد، باید نظر معدودی که ضمان از نفقه آینده را درست دانسته‌اند تأیید کرد...^۱ البته این مشکل در مورد نفقه گذشته اقارب دیده نمی‌شود. زیرا، مطابق قسمت پایانی ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی اقارب فقط نسبت به آتیه می‌توانند مطالبه نفقه نمایند. بنابراین، ضمان دین مربوط به خرجی نزدیکان مصداق پیدا نمی‌کند و راجع به نفقه آینده آنان که شرایط تحقق و موارد نفقه در موارد ۱۱۹۶ لغایت ۱۲۰۶ قانون مدنی بیان شده است، معمولاً به نحوی نیست که ضمان از آن قابل طرح و بررسی باشد.

در خصوص ضمان از نفقه آینده زن می‌توان گفت: از یک طرف طبق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی: در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است و از سوی دیگر، برابر ماده ۱۲۰۶ این قانون: زوجه در هر حال می‌تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوی نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده... بدین ترتیب، راجع به نفقه گذشته زوجه و درست بودن ضمان آن تردیدی پیش نمی‌آید. ولی در مورد نفقه آینده او، چون به اعتقاد قانون مدنی ما، ضمان نقل ذمه به ذمه بوده و اشتغال ذمه مضمون عنه لازم است تا ضمان از آن درست باشد. یعنی برای اینکه نفقه برعهده شوهر مستقر گردد، اولاً بایستی رابطه زوجیت دائم بین زن و شوهر برقرار باشد. ثانیاً،

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۲۸۸ و نیز ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان. صص

زن از شوهر تمکین نماید، که این شرط مربوط به آتیه است و هنگام تحقق ضمان، هنوز تمکین صورت نگرفته است. پس، معمولاً، نظر فقهای امامیه، بر بطلان ضمان، از نفقه آینده می‌باشد. بدین ترتیب، برای توجیه صحیح بودن ضمان از نفقه آینده زن دائم اگر به قانون مدنی مراجعه کنیم، برای نمونه می‌بینیم، ماده ۱۱۰۶، نفقه زن را به عهده شوهر قرار داده است و ماده ۱۱۰۸ مقرر نموده: هرگاه زن بدون مشروعی از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود. لذا به نظر می‌رسد مقتضی و سبب نفقه بیشتر نکاح است تا تمکین، یعنی با وقوع نکاح، مرد مکلف و متعهد به پرداخت نفقه همسرش می‌شود، منتها نشوز که نسبت به نکاح نادر و مقطعی است، مانع فراهم گشتن دین می‌گردد.^۱ در نتیجه، هرچند هنگام ضمان از نفقه آینده زن، هنوز دین در عالم خارج وجود پیدا نکرده است. اما، موجبات و سبب ایجاد آن، یعنی نکاح و تعهد به انفاق بر اثر ازدواج، موجود گردیده است. به بیان دیگر، اگر متقاعد شویم که سبب یعنی وضع خاصی که بر آن اثری بار می‌شود و بین آن وضع خاص و اثر رابطه تنگاتنگی به وجود می‌آید، در اینجا عقد ازدواج سبب تلقی می‌شود و از جمله آثار مهمش، نفقه همسر خواهد بود. پس می‌توان بیان کرد که ضمان از نفقه آینده زن به دلیل وجود سبب، درست است.

مبحث چهارم - عهدی بودن

عقود را از یک جهت و از نظر آثار می‌توان به تملیکی و عهدی تقسیم نمود. در عقد تملیکی نتیجه و اثر مستقیم پیمان، انتقال مالکیت است مانند عقد بیع (ماده ۳۳۸ قانون مدنی: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم) راجع به عقد عهدی، برخی گفته‌اند: در مواردی است که: نتیجه قرارداد ایجاد و انتقال یا سقوط تعهد

است.^۱ بدین ترتیب، در این تقسیم‌بندی، عقد ضمان از جمله عقود عهدی محسوب می‌شود. زیرا، رکن اصلی و اثر آن، تعهد ضامن (در نقل ذمه) به پرداخت دین بدهکار اصلی است و حامیان نظریه ضم ذمه نیز ناگزیرند با این تقسیم‌بندی، اثر قرارداد ضمان را عهدی تلقی نمایند. به علاوه، ضمان از جمله عقود است که در آن قصد اولیه طرفین تعهد است، به ویژه اگر آن را به عهده و تعهد یعنی، تعریفی که ماده ۶۸۴ قانون مدنی از ضمان ارائه نموده است، تعریف نماییم. هرچند در این عقد تعهد ایجاد شده متوجه یک طرف پیمان یعنی ضمان خواهد بود. به بیان اخری، ضامن بدون اینکه تعهدی را از طرف مقابل بخواهد، به تنهایی ملتزم به پرداخت دین کسی (بدهکار اصلی) می‌شود که در ایجاد ضمان دخالتی ندارد.

در اینجا که از آخرین وصف برگزیده عقد ضمان، یعنی عهدی بودن آن بحث می‌شود، مناسب است به نوعی تعهد رایج که عمدتاً به طور تضامنی و رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت می‌گردد، اشاراتی نماییم. این گونه تعهدات که به تعهدات دانشجویی هم معروف شده‌اند، به وسیله برخی از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و غیره از دانشجویان خاص اخذ می‌شود. یعنی این اشخاص به منظور کمک به تأمین نیروی انسانی متعهد و متخصص مورد نیاز خود، استعدادهای برتر را از میان دانشجویان، خصوصاً در مقاطع تحصیلی کارشناسی ارشد و دکتری دانشگاه‌ها بورسیه (راتبه‌گیر) نموده و به آنان بورس تحصیلی اعطا می‌کنند و در قبال پرداخت: کمک هزینه تحصیلی، مقرری تحصیلی، شهریه دانشگاه یا حقوق و مزایا و غیره (مثلاً برای مقطع تحصیلی دکتری، ماهیانه معادل حقوق و مزایای کارشناس ارشد در بدو استخدام)، از آنان وثیقه ملکی، تعهدنامه ذمه‌ای و عندالاقضاء چک و سفته

۱. همان، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، چ سوم، ۱۳۷۴، ناشر: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن

اخذ می‌نمایند تا دانشجوی در رشته مورد نظر تحصیل، موضوع خاصی را برای پایان‌نامه انتخاب و پس از فارغ‌التحصیل شدن در مقطع تحصیلی مورد تعهد (داخل یا خارج از کشور)، برای نمونه: حداقل معادل دو برابر مدتی که از امکانات دستگاه متبوع و بورس تحصیلی استفاده کرده، برای متعهدله یا هر جا که او تشخیص دهد و تعیین نماید، خدمت کند. این گونه تعهدات معمولاً با ضمانت تضامنی یک یا چند نفر کارمند رسمی و یا کاسب و غیره انجام می‌شود و اگر به هر دلیلی (به جز قوه قاهره) متعهد به مفاد تعهدات خویش عمل نکند، متعهدله برای مثال اختیار و حق دارد، معادل دو برابر کلیه مبالغی که به متعهد پرداخت نموده و یا برای او هزینه کرده است را دفعتاً واحده، از متعهد و ضامن منفرداً و یا متضامناً مطالبه و وصول نماید.^۱ (در این پیمان‌ها، یک طرف متعهد اصلی و ضامن یا ضامنین قرار دارند و طرف دوم، متعهدله خواهد بود).^۲

حال این پرسش مطرح می‌شود که چنین تعهدی با صفت عهدی بودن و دارای یک یا چند نفر ضامن آن هم به طور تضامنی، آیا از مصداق عقد ضمان مندرج در قانون مدنی محسوب می‌گردد، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی و در قالب آن بسته می‌شود و یا با کمک مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت منعقد خواهند شد؟

در پاسخ می‌توان گفت این قبیل تعهدات مصداقی از ضمان عقدی و نقل ذمه به ذمه نیست. زیرا، با تضامنی بودن ضمان متعهد اصلی و ضامن در این تعهدنامه‌ها، نمی‌توان آنها را نوعی ضمان مندرج در قانون مدنی محسوب کرد، (گرچه در تنظیم

۱. برای ملاحظه نمونه تعهد توأم با رهن و غیره، ر.ک: حجتی اشرفی، غلامرضا، حقوق ثبت، نمونه اسناد، کتابخانه گنج دانش، ج اول، ۱۳۷۲، ص ۵۹، لغایت ۶۸

۲. در این قبیل تعهدنامه‌ها، معمولاً در صورت تعدد ضامن، هر ضامنی فقط ضامن بدهکار اصلی است و

اسناد این تعهدات، از بسیاری از احکام، شرایط و آثار ضمان عقدی استفاده می‌شود).

مضافاً اینکه، هنگام تنظیم و ثبت سند تعهدنامه، هنوز مالی در ذمه دانشجو (متعهد اصلی) قرار نگرفته است، تا ضامن آن را به عهده بگیرد. یعنی دانشجو معمولاً پس از سپردن تعهد و ارائه آن به متعهدله، به تدریج از حقوق و مزایا بهره‌مند می‌شود، هرچند سبب دین به نحوی هنگام امضاء تعهدنامه موجود گردیده است.

پیش از آنکه بررسی نمایم و به این پرسش پاسخ دهیم که آیا تعهدات موصوف را در چهارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی هم می‌توان منعقد کرد یا نه؟ سؤال دیگری به ذهن متبادر می‌شود که: چون تعهدات مزبور را تنها متعهد و ضامن یا ضامنین امضاء می‌کنند، یعنی در آنها امضاء متعهدله وجود ندارد. (مگر اینکه در ضمن آن ملکی هم در رهن قرار داده شود که در این صورت مرتهن هم آن را امضاء می‌نماید)، این شبهه و اشکال به وجود می‌آید که: اصولاً چنین تعهداتی یک جانبه است و معمولاً فقهای امامیه، تعهد یک جانبه و شروط ابتدایی را الزام آور نمی‌دانند.^۱ و در قانون مدنی هم، مواد ۱۰ و ۲۱۹، ناظر به قراردادهای و پیمان‌هایی است که دو طرف آن را امضاء می‌نمایند و ارتباطی با تعهد یک جانبه ندارد. بدین ترتیب، چنین تعهداتی عقد نیست و ایقاع تلقی می‌شود و متعهد هرگاه بخواهد می‌تواند رجوع و تعهد خویش را مسترد نماید. اما، به این ایراد می‌توان پاسخ داد. زیرا، قطع نظر از اینکه دانشجو قبل از سپردن تعهد، برای بورسیه شدن ابتدا راه سخت و پیچیده‌ای را طی می‌کند. یعنی مثلاً، درخواست بورسیه شدن خود را مطرح می‌کند، مورد بررسی و تصویب قرار می‌گیرد، کسانی که حاضر به ضمانت از او هستند را معرفی و اسناد و مدارک ملاتت ایشان را

۱. برای نمونه ر.ک: الشیخ مرتضی الانصاری، کتاب المکاسب، مؤسسه النشر الاسلامی (تبریز)، ربیع‌الآخر

تسلیم متعهدله می‌کند و پس از حصول توافق نسبت به پذیرش ضامن یا ضامنین، آن وقت دانشجو نمونه تعهدنامه را دریافت و در دفتر اسناد رسمی، اقدام به ثبت و امضاء آن به اتفاق ضامن یا ضامن‌ها می‌نماید و سپس تعهدنامه را به نماینده متعهدله تسلیم می‌کند و در اختیار او قرار می‌دهد و نماینده متعهدله با پذیرش تعهدنامه، راجع به آن اقداماتی انجام می‌دهد و از آن به بعد دانشجو به عنوان بورسیه (راته‌گیر) محسوب و از امکانات متعهدله استفاده می‌نماید. بنابراین، متعهد اصلی (دانشجو) و ضامن یا ضامنین نمی‌توانند تعهد سپرده شده را یک سویه تلقی کنند و صحت آن را مورد تردید و یا انکار قرار دهند. به علاوه، توالی عرفی بین ایجاب و قبول هم معمولاً وجود دارد و اقدامات متعهدله پس از دریافت تعهدنامه، کاشف از قبول و بسته شدن و وقوع نوعی قرارداد، دارد. بدین ترتیب، چنین تعهداتی یک جانبه نیست و به استناد موادی از قانون مدنی مانند ۱۰، ۱۹۱، ۱۹۳ و ۲۱۹ لغایت ۲۲۱، عقد محسوب می‌شود و صحیح و لازم‌الاتباع خواهد بود.

اینک به سؤال مطرح شده برمی‌گردیم تا ببینیم آیا تعهدنامه‌های یاد شده می‌تواند با توجه به مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و در قالب آن بسته شود؟ قبلاً یادآوری نمودیم که در قانون مدنی ما اصل آزادی و حاکمیت اراده، با این ماده بیان گردیده است و پیمان‌های طرفین با هر محتوا و شکلی که منعقد شوند، معتبر خواهند بود، مگر اینکه قانون آن هم به طور صریح مانع نفوذ آنها شده باشد. بنابراین، می‌توان گفت که قانونگذار مدنی در کنار انتخاب نظریه نقل ذمه به ذمه، با توجه به مفهوم ماده ۱۰ قانون مدنی اصل آزادی و حاکمیت اراده را هم در مورد ضمان قبول نموده تا با ایجاد ضمان تضامنی، جوابگوی این گونه احتیاجات مردم و عرف و عادت جامعه باشد.

تنها بحث و ایرادی که ممکن است مطرح گردد این است که با وجود مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت، ماده ۱۰ قانون مدنی چه جایگاهی در اینجا دارد و اگر بخواهیم

یکی از این دو چهارچوب را برای تعهدنامه‌های دانشجویی برگزینیم، اولویت با کدام یک خواهد بود؟

برای رسیدن به پاسخ، ابتدا ماده ۱۰ قانون مدنی را یادآوری می‌کنیم و سپس نص مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت را می‌آوریم. ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر می‌کند: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. ماده ۴۰۳ قانون تجارت می‌گوید: در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید. و طبق ماده ۴۰۴ همین قانون: حکم فوق در موردی نیز جاری است که چند نفر به موجب قرارداد یا قانون متضامناً مسؤول انجام تعهدی باشند.

قطع نظر از اینکه ممکن است در لایحه اصلاح قانون تجارت، موادی که راجع به باب ضمانت در آن قانون است حذف شود، اصلاح گردد یا به صورت فعلی باقی بماند. در شرایط کنونی، به نظر می‌رسد اولویت با مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت است تا براساس آنها، تعهدنامه‌های دانشجویی را تنظیم و منعقد نمود.

زیرا، اولاً با ملاحظه و مقایسه مفاد مواد یاد شده تعهدنامه‌های مزبور با حکم خاص مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت تطبیق بیشتری دارد تا حکم کلی و عام ماده ۱۰ قانون مدنی به نحوی که نه تنها در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت به تضامنی بودن ضمانت چند نفر اشاره دارد، ماده ۴۰۴ آن، به مسئولیت تضامنی کسانی پرداخته که به موجب قرارداد (خصوصی)، چنین مسئولیتی به عهده خواهند داشت. یعنی، در اینجا مسئولیت انجام تعهد مطرح است که می‌تواند دین نباشد، ولی مسئولیت انجام به امری یا

خودداری از انجام آن باشد (مفاد ماده ۲۲۱ قانون تجارت) ثانیاً، برای تطبیق این گونه تعهدات با ماده ۱۰ قانون مدنی ناگزیر به تفسیر هستیم. اما در مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ نص صریح قانون، آثار ضمان تضامنی را بیان کرده‌اند و دلیلی بر نفی این آثار در مورد تعهدات دانشجویی دیده نمی‌شود. بنابراین، از لحن این دو ماده به خوبی استفاده می‌شود که ایجاد ضمانت تضامنی چه در اعمال تجاری و چه در قرارداد خصوصی تضامنی مانند تعهدات دانشجویی، ممکن خواهد بود و این مواد راهنما و قالب مناسبی برای بستن تعهدنامه‌های دانشجویی تضامنی، تلقی خواهد گردید و با وجود آنها ضرورتی به ماده ۱۰ قانون مدنی، دیده نمی‌شود. با این وجود، اگر مفاد این مواد در لایحه اصلاح قانون تجارت، برای قراردادهای خصوصی مدنی پیش‌بینی نشود، ایجاد ضمانت تضامنی در قراردادهای خصوصی با وصف مدنی، با مشکل مواجه خواهد گردید که در این صورت، ماده ۱۰ قانون مدنی و قصد و اراده مشترک و تراضی طرفین در چهارچوب این ماده، می‌تواند مسأله را رفع نماید.

در پایان این مبحث مناسب است به نکاتی در پیرامون موضوع مطرح شده اشاره نماییم. نخست اینکه، ممکن است در مورد تعهدنامه‌های دانشجویی، ایراد شود که هنگام امضاء تعهدنامه هنوز تمام دین به عهده دانشجوی متعهد، ثابت نگردیده است تا دیگران از او ضمانت نمایند. دوم اینکه، سبب آن هم ممکن است فراهم نگردیده باشد. بنابراین، از این جهات به تعهدات مزبور ایراد وارد است. در پاسخ می‌توان گفت، اگرچه هنگام سپردن تعهدنامه، هنوز تمامی دین ایجاد نشده، اما سبب و مقتضای آن موجود شده است و همان گونه که پیش از این بحث نمودیم و مفهوم ماده ۶۹۱ قانون مدنی هم آن را تأیید می‌کند، ضمانت از دینی که سبب آن به وجود آمده، صحیح است. در مورد اینکه موقع امضاء تعهدنامه، کدام دین یا سبب دینی

ایجاد گردیده است؟ به طور خلاصه در این قبیل تعهدنامه‌ها می‌توان گفت: از زمانی که دانشجو برای بورسیه شدن و سپردن تعهدنامه، به متعهدله مراجعه می‌کند، سرمایه‌گذاری و امکانات متعهدله شروع می‌شود. مثل اینکه در مورد دانشجویان سهمیه‌ای متعهدله طبق قراردادی که با دانشگاه دارد، شهریه دانشجو را می‌پردازد، امکانات اداری، مالی و غیره برای او تدارک می‌بیند، محل مناسبی را برای مطالعه و تحقیق دانشجو فراهم می‌کند، سپس تعهدنامه ثبت و امضاء شده وی را می‌پذیرد و با پرداخت مقرری و کمک هزینه تحصیلی و مانند اینها، به تدریج دین دانشجو افزایش می‌یابد تا با دفاع او از پایان‌نامه و فارغ‌التحصیلی، میزان دین به حداکثر می‌رسد و از آن پس متعهد باید با انجام خدمت برای متعهدله (البته با دریافت حقوق و مزایای معمول)، یافته‌های خود را عیناً محقق و دین خویش را ادا نماید. وجه التزام تخلف از ایفاء تعهد می‌تواند خسارتی نقدی و مقطوع باشد (مثلاً دویست میلیون ریال وجه رایج) که کمتر معمول است، یا ضربی از کمک هزینه تحصیلی یا مزایا و امکانات استفاده از بورس، مقرری تحصیلی و غیره و در یک کلام مبالغی که مستقیماً به دانشجو در مدت بورس پرداخت و یا برای او هزینه می‌شود.

بدین ترتیب، پذیرش تعهدنامه از سوی طرف یعنی متعهدله به مفهوم عقد و خودداری متعهد فارغ‌التحصیل شده از ایفاء تعهدات مربوطه (هر دو) را می‌توان از اجزاء سبب به شمار آورد. مع‌ذلک، برای توجیه ماده ۶۹۱ قانون مدنی و درستی ضمان بایستی معتقد بود که سبب و مقتضای پیمان قبل از اینکه استنکاف دانشجوی متعهد از انجام تعهد باشد، خود عقد است. به بیان دیگر، هنگامی که دانشجو، تعهدنامه را به عنوان متعهد به متعهدله تسلیم می‌کند و متعهدله یا نماینده او آن را می‌پذیرد، سبب دین عمدتاً ایجاد می‌گردد و با التزام متعهد اصلی و ضامن و اراده

مشترک طرفین این پیمان، تدریجاً به میزان دین افزوده می‌شود و با استنکاف و تخلف دانشجو از مندرجات تعهدنامه (در حین تحصیل یا پس از فراغت از تحصیل) که شرط تأثیر سبب تلقی می‌شود، دین به حداکثر خود می‌رسد. بنابراین، با ایفاء تعهد خدمت از طرف دانشجوی سابق و فارغ‌التحصیل بعدی، آرام آرام دین کمتر و با وفای به تمام آن، تعهد و دین ساقط می‌شود. ولی، اگر تمام یا بخشی از تعهدات انجام نشود، متعهد اصلی و ضامن یا ضامنین، متضامناً مسؤول پرداخت هزینه‌ها و خسارات وارده به متعهدله خواهند بود.

البته به نحو دیگر هم می‌توان استدلال نمود و بیان داشت که در اینجا سبب، بستن عقد نیست. بلکه، سبب و مقتضی، عدم انجام تعهد و تقصیر دانشجو است که هنگام انعقاد قرارداد، تا حدودی مفقود بوده است. بدین ترتیب، ناگزیر باید اعتقاد داشت که ضمان از دینی انجام می‌شود که در آینده به وجود می‌آید. راجع به التزام به تأدیه دین آینده برخی نوشته‌اند که: التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به گونه‌ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، از نظر حقوقی درست است.^۱ مع‌ذلک، در خصوص این موضوع به نظر می‌رسد، نظریه نخست با قانون مدنی ما انطباق بیشتری داشته باشد و بستن پیمان سبب محسوب شود، نه استنکاف از انجام تعهد.

آخرین نکته‌ای که ذکر آن در اینجا خالی از فایده نیست. این است که سبب و مورد ضمان تنها دین نیست. بلکه، ممکن است عمل و تعهد به انجام کار و آن گونه که مورد بحث قرار گرفت، خدمت باشد. هرچند آنچه در قانون مدنی ایران راجع به ضمان عقودی مورد بحث قرار گرفته، ظاهراً دین است که ناظر به مال می‌شود و شامل تعهد انجام کار نمی‌گردد. ولی، در تعهدات دانشجویی، تعهد انجام کار و خدمت،

هدف نهایی طرفین است. (اگرچه ممکن است استنکاف متعهد از انجام کار هم، متعهدله را ناگزیر به مطالبه و دریافت وجه نقد کند).

بنابراین، تعهد انجام کار در حکم مال و دین خواهد بود. به علاوه، ماده ۴۰۴ قانون تجارت (که مقرر می‌کند: حکم فوق در موردی نیز جاری است که چند نفر به موجب قرارداد یا قانون متضامناً مسؤول انجام تعهدی باشند). به حکم ضمانت تضامنی، در موردی که چند نفر به موجب قرارداد مسؤول انجام تعهدی باشند نیز صراحتاً پرداخته است. فلذا، از این جهت هم به تعهدنامه‌های یاد شده، ایرادی وارد نیست و در صورت خودداری متعهد اصلی از انجام خدمت، تعهد تبدیل و ضامن (یا ضامنین)، متضامناً مسؤول پرداخت هزینه‌ها و خسارات وارده به متعهدله می‌باشند. وانگهی، ماده ۲۲۱ قانون مدنی هم که مقرر می‌کند: اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسؤول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارات تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد. شامل، موضوع بحث ما و مؤید آن خواهد بود.

فصل سوم - شرایط اطرافیان عقد ضمان و مضمون عنه

بحث نخست - شرایط اطرافیان

مبحث نخست - شرایط ضامن

پیمان ضمان نیز مانند سایر عقود، با تراضی طرفین بسته می‌شود. اما، نقش ضامن در این عقد از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. زیرا، اولاً، عقد مزبور هم نیاز به ایجاب دارد که به وسیله ضامن صورت می‌گیرد، و سپس مضمون له، آن را قبول می‌کند. ثانیاً، ضامن تعهد پرداخت دین یا ضمانت انجام کار دیگری را به عهده می‌گیرد و متعهدله تنها رضایت خود را اعلام می‌کند و این در حالی است که رضای متعهد

اصلی، هیچ نقشی در انعقاد عقد ضمان ندارد. (ماده ۶۸۵ قانون مدنی) البته اگر ضمان نقل ذمه باشد، در اثر تراضی، دین به عهده ضامن منتقل می‌شود و اگر از نوع طولی یا عرضی باشد، آثار خاص خود را خواهد داشت. به هر حال، قطع نظر از اینکه ضمان از کدام قسم باشد، ضامن چون یک طرف عقد است، باید دارای اهلیت استیفاء بوده. یعنی بالغ، عاقل، رشید (عدم حجر) و دارای قصد و اختیار باشد.^۱ به طوری که ماده ۶۸۶ قانون مدنی می‌گوید: ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد.

نکته‌ای که یادآوری آن در اینجا مفید خواهد بود آن است که اگر ضامن مال‌دار نباشد و تعهد نماید، ضمانت او درست است، به شرط آنکه مضمون له به اعسار او آگاه باشد و اگر نسبت به این موضوع جاهل بوده، به محض اطلاع می‌تواند به عقد رضایت دهد یا ضمان را فسخ نماید. در این مورد ماده ۶۹۰ قانون مدنی مقرر می‌کند: در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد؛ لیکن، اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد، می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند. ولی، اگر ضامن بعد از عقد غیرملی شود، مضمون له خیاری نخواهد داشت.

اهمیت و نقش ضامن در عقد ضمان موجب گردیده، تقریباً در همه موادی که از ضمان عقدی در قانون مدنی بحث شده است، از ضامن اسم برده شود یا به نحوی با او ارتباط داشته باشد. (مواد ۶۸۴ لغایت ۷۲۳ قانون مدنی). دلیل اینکه چرا ضامن بایستی بالغ، عاقل، رشید و دارای قصد و اختیار (در مقابل اکراه) باشد (مواد ۲۱۱ و ۱۹۹ قانون مدنی) و به قول ماده ۶۸۶ قانون مدنی: «ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد»، روشن است. زیرا، هدف غایی از ضمان، ایجاد تعهد برای ضامن است. بنابراین، او باید از یک سو اراده خویش را مبنی بر پذیرش تعهد اظهار کند و از سوی

۱. برای ملاحظه شرایط ضامن به طور مشروح، ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، عقد ضمان،

دیگر، صرف نظر از اینکه ضمان نقل ذمه به ذمه یا ضم آن باشد، ضمان نوعی تصرف در مال و تعهد به پرداخت دین است. فلذا، ضامن بایستی دارای اهلیت باشد تا آثار سنگین ضمان را بپذیرد و از عهده تأدیه دین و انجام تعهد برآید.

مبحث دوم - شرایط مضمون له

هرچند قانون مدنی راجع به اهلیت مضمون له ساکت است و نقش بستانکار، به اهمیت طرف دیگر عقد، یعنی ضامن نیست. اما به هر حال، او نیز در هنگام انعقاد ضمان، یک طرف پیمان محسوب می‌گردد و به قول برخی از فقها: شرط است رضای مضمون له (طلبکار) و اعتباری نیست به رضای مضمون عنه.^۱ و معمولاً با قبول متعهدله، پیمان ضمان بسته می‌شود. بنابراین، مضمون له، صرف نظر از اینکه مشمول حکم عام ماده ۲۱۰ قانون مدنی است، (ماده ۲۱۰ قانون مدنی: متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند). اگر اثر ضمان نقل ذمه به ذمه باشد، قبول انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن، نوعی تصرف در مال به شمار می‌رود. پس، متصرف یعنی بستانکار (متعهدله) برای انتقال دین، تا حدودی باید دارای اهلیت باشد. ولی راجع به ضمان عرضی و طولی گفته شده: هرگاه ضمان بر مبنای وثیقه دین پذیرفته شود یا اثر آن تضامن باشد، می‌توان قبول مضمون له سفیه و صغیر ممیز را برای انعقاد ضمان کافی دانست. زیرا، قبول رایگان تعهد ضامن در حکم تملک بدون عوض است (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ قانون مدنی)، هیچ تعهدی برای آنان به وجود نمی‌آورد و تنها باعث ایجاد وثیقه برای طلب است که به سود طلبکار تمام می‌شود.^۲

بخش دوم - شرایط مضمون عنه

برای مضمون عنه، شرط یا شرایط خاصی را نمی‌توان بیان داشت. زیرا، وی در

۱. المحقق الحلی، همان، ص ۳۵۶.

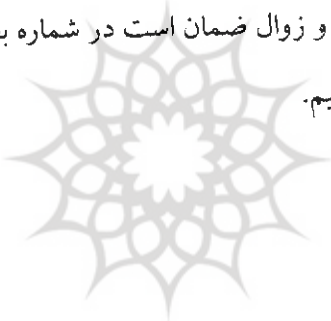
۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۵۸.

تحقق عقد ضمان هیچ گونه دخالتی ندارد. در این خصوص ماده ۶۸۵ قانون مدنی اعلام می‌کند: در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست. به علاوه در میان فقهای ما هم به طور معمول اعتقاد بر این است که در ضمان نیازی به رضایت مضمون عنه نیست.^۱ زیرا، عقد ضمان میان ضامن و مضمون له بسته می‌شود و در این اثناء بدهکار اصلی به گونه‌ای شخص ثالث به حساب می‌آید. بدین ترتیب، چون اراده مضمون عنه، نه می‌تواند در ایجاد ضمان نقشی داشته باشد و نه فقدان آن خللی به عقد ضمان وارد می‌کند، ماده ۶۸۷ قانون مدنی مقرر می‌کند: ضامن شدن از محجور و میت صحیح است. مضافاً اینکه، راجع به ایفاء دین از جانب کسی که مدیون نیست، ماده ۲۶۷ قانون مدنی بیان می‌کند: ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را اداء می‌کند، اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد. در نتیجه، پس از انعقاد عقد ضمان، چنانچه مضمون عنه، تبرع ضامن را رد نماید و ضمان را انکار کند، پیمان ضمان به اعتبار و قوت خود باقی خواهد بود و به همین جهت است که ماده ۶۸۵ قانون مدنی تأکید دارد که: در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست. به بیان دیگر، نتیجه منطقی لازم نبودن رضایت مضمون عنه، در ایجاد عقد ضمان، آن است که اهلیت مضمون عنه مورد توجه قرار نخواهد گرفت. زیرا، همان گونه که در مباحث گذشته دیدیم، رکن ضمان، عبارت از ضامن و مضمون له (خصوصاً ضامن) بود. پس، اراده بدهکار اصلی از این جهت نه می‌تواند در آفرینش عقد ضمان، ایفاء نقش نماید و نه قادر است که در آن اشکالی به وجود آورد. از این رو ضامن می‌تواند دین صغیر، سفیه و حتی مجنون را هم ضمانت کند و در این راستا، نه تنها رضایت یا عدم تنفیذ

۱. الشهید الاول، *اللمعة الدمشقیة* (مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ، ص ۱۴۴، المحقق الحلّی، همان،

ولی یا قیم محجور بی اثر است. بلکه، وی نمی تواند عقد ضمان را هم رد نماید. چون در اینجا، ضامن تبرعاً دین را ضمانت کرده است و رد نمودن تبرع نسبت به مولی علیه، طبق معمول و عرف، عملی است برخلاف غبطه و مصلحت او، لذا، از این جهت نمی تواند مؤثر باشد. البته قانون مدنی هم با الهام گرفتن از فقه امامیه، در ماده ۶۸۷ مقرر نموده: ضامن شدن از محجور و میت صحیح است. که راجع به ضمان از میت قبلاً به طور مفصل بحث نمودیم و به دو روایت، به عنوان منبع فقهی ضمان، در طول نوشته حاضر، یاد کردیم. بدین ترتیب، فصل سوم را به پایان برده و آخرین فصل این نوشتار که آثار ضمان و زوال ضمان است در شماره بعدی مجله را مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می دهیم.

ادامه دارد



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی