

## **A study on the rule of due cause and absence of impediment in the contract of guarantee**

Mohsen Aghasi<sup>1</sup>

Received: 25 January 2025

Mohammad Jafari Fesharaki<sup>2</sup>

Reception: 1 June 2025

### **Abstract**

The complete cause consists of necessity and absence of impediment. To prove the realization of jurisprudential phenomena, the phrase "existing necessity, missing impediment" is used. In the present study, the author will examine these two concepts in the guarantee contract. This research was conducted using a library method and a descriptive-analytical method. In the present study, the integrity and originality of the work have been observed. Identifying the cause of the occurrence of each legal phenomenon and discovering the components of its complete cause and their application in legal actions is the result of this rule. The intention and consent of the parties to the transaction are the requirements of the guarantee contract, but the consent or lack of consent of the subject is not a condition. The incomplete ability to invoke is sufficient for the conclusion of the guarantee, but in the event of the guarantor's insolvency, to exercise the right of termination, having the complete ability to invoke is a condition. The guarantor's incapacity at the time of the contract is not a requirement of the contract, and the guarantor's insolvency is merely a means to eliminate the effect of the contract after its formation. The guarantor's non-bankruptcy, existence and legitimacy, transferability, and ownership of the original debt are also among the requirements of a guarantee contract, but general knowledge is not an obstacle to the validity of the contract.

**Keywords:** rule, reason, condition, necessity, absence of obstacle, guarantee

---


<sup>1</sup>PhD student in the field of private law, Department of Theology and Political Science, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.

<sup>2</sup>Assistant Professor, Department of Private Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran (Corresponding author)


<http://doi.org/10.30510/pscci.2025.502089.1236>

## مداقه ای بر تحولات قاعده سبب مقتضی و عدم مانع در عقد ضمان

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۶

محسن آقاسی 

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۱

محمد جعفری فشارکی 

### چکیده

علت تامه عبارتست از مقتضی و عدم مانع. برای اثبات محقق شدن پدیده های فقهی از عبارت «مقتضی موجود، مانع مفقود» بهره گرفته می شود. نگارنده در پژوهش حاضر به بررسی این دو مفهوم در عقد ضمان خواهد پرداخت. این تحقیق به شیوه کتابخانه ای و روش توصیفی- تحلیلی انجام شده است. در تحقیق حاضر، امانتداری و اصالت اثر رعایت شده است. شناسایی علت حدوث هر پدیده حقوقی و کشف اجزای علت تامه آن و کاربرد آنها در اعمال حقوقی رهاورد این قاعده است. قصد و رضای طرفین معامله مقتضای عقد ضمان است، اما رضایت یا عدم رضایت مضمون عنه شرط نیست. اهلیت ناقص استیفا برای انعقاد ضمان کافی است، اما در صورت اعسار ضامن، برای اعمال حق فسخ، داشتن اهلیت استیفا به طور کامل شرط است. ملائت ضامن در زمان عقد جزو مقتضای عقد نیست و اعسار ضامن صرفاً رافعی برای از بین بردن اثر عقد بعد از تشکیل آن است. ورشکسته نبودن ضامن، موجود و مشروع بودن، قابل انتقال بودن، مالیت داشتن دین اصلی نیز، جزو مقتضیات عقد ضمان است، اما علم اجمالی مانعی برای صحت عقد نیست.

**کلید واژها:** قاعده، سبب، شرط، مقتضی، عدم مانع، ضمان

## مقدمه

بحث اسباب و شروط و موانع و مقتضیات سراسر فقه مذاهب خمس را فرا گرفته است و از همان جا وارد قانون مدنی شده است. شرط آن است که از وجودش وجودی لازم نمی آید ولی عدمش باعث عدم اثر

مطلوب است؛ درحالی که در مورد سبب، نه تنها عدمش با عدم آن اثر ملازمه دارد، وجودش نیز با ایجاد اثر ارتباط عرفی و تناسب دارد. سبب مفهومی است که هم در متون حقوقی و هم در متون کیفری کاربرد دارد و دارای مفاهیم متعددی است. اولین مفهوم آن مفهوم فلسفی و اصولی آن است. فلاسفه و اصولیان در تعریف سبب می گویند سبب آن چیزی است که از وجودش وجود معلول و از عدمش عدم معلول حاصل می آید. مقتضی نیز اعم از شرط و سبب است. هرگاه سبب و مقتضی امری احراز گردد و در وجود مانع بر سر راه اثر گذاری آن تردید شود، قاعده حکم به ثبوت مسبب و مقتضا می دهد. این قاعده یک موضوع و یک محمول دارد که موضوعش احراز مقتضی و شک در وجود مقتضاست و محمولش حکم به ثبوت مقتضا و مترتب شدن آثار مقتضاست. از این قاعده بعضی با عنوان «قاعده اقتضا» و بعضی با عنوان «قاعده اقتضا و منع» یاد کرده اند. سیری در کتب فقهی و اصولی شیعه نشان می دهد که معتقدین به این قاعده اقلیت محدودی را تشکیل می دهند و نظر مشهور، فقدان اعتبار این قاعده است. با این حال از نظر حقوقدانان، مقتضی دارای آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمیشود، به طوری که عقد بللذات تولیدکننده آن است و چنین اثری از عقد جداشدنی نیست. نگارنده در پژوهش حاضر با استفاده از منابع کتابخانه ای و به شیوه توصیفی - تحلیلی به بررسی این دو مفهوم در عقد ضمان خواهد پرداخت.

۱- تبیین مفاهیم

۱-۱- مفهوم قاعده

قاعده در اصطلاح عبارتست از: مفهومی که همراه با معنای اصل، قانون، مسأله، ضابطه و مقصد می باشد و فی الجمله عبارتند از مطلب کلی که تمامی افراد خود را در بر می گیرد.<sup>۱</sup>

### ۲-۱- مفهوم سبب

سبب در لغت در معانی متفاوتی از جمله ذریعه، وسیله، علت، دست آویز، طریق، جهت، رسن، علاقه خویشاوندی آمده (همان) و جمع آن نیز اسباب است.<sup>۲</sup> برخی گفته اند: سبب چیزی است که از وجودش، چیز دیگر به وجود آید و از عدمش، عدم ذاتی آن شی حاصل گردد.<sup>۳</sup> در اصطلاح، سبب به هر وصف ظاهری معینی گفته می شود که به دلالت دلیل، نمایان کننده یک حکم شرعی است؛ به صورتی که وجود آن وصف ملازمه با وجود حکم شرعی داشته باشد و از عدم آن وصف، حکم شرعی نیز معدوم گردد و حکم بدون آن ممتنع باشد.<sup>۴</sup> اگر مانعی وجود نداشته باشد باعث به وجود آمدن چیز دیگر می شود، مانند آتش که باعث سوختن است<sup>۵</sup> و یا قرابت که سبب ارث بردن است. مفهوم دیگر سبب، مفهوم فقهی و حقوقی آن است. به عقیده برخی «سبب هر فعلی است که تلف به سبب آن ایجاد می شود، مانند: حفر کردن چاه در ملک دیگری و ریختن اشیاء در راه که باعث لغزش می شود».<sup>۶</sup>

برخی سبب را مانند شرط تعریف کرده اند، زیرا شرط و سبب به گونه ای هستند که در صورت فقدان آنها نتیجه محقق نمی شود، طوری که اگر شرط نباشد جزا حاصل نمی شود و اگر سبب نباشد مسبب حاصل نمی گردد.<sup>۷</sup>

از بررسی مواد قانونی نیز می توان نتیجه گرفت که مفهوم سبب با تعریفی که اصولیین مطرح کرده اند و حقوقدانان بر آن صحه گذاشته اند منطبق است و به طور خلاصه می توان گفت: سبب آن چیزی است که از وجودش وجود معلول و از عدمش عدم معلول حاصل می آید.<sup>۸</sup>

### ۳-۱- مفهوم شرط

<sup>۱</sup> (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ج ۱، ۸)

<sup>۲</sup> (دهخدا، ۱۳۷۷، ۳۵۶)

<sup>۳</sup> (شهید اول، ۱۳۷۲، ج ۱، ۱۱)

<sup>۴</sup> (شهید اول، ۱۳۷۲، ج ۱، ۳۹)

<sup>۵</sup> (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ۳۵۲)

<sup>۶</sup> (نجفی، ۱۳۹۸، ج ۴۳، ۹۵ و جلد ۳۷، ۴۸)

<sup>۷</sup> (محقق حلی، ۱۴۱۰، ج ۲۵، ۴۷۶)

<sup>۸</sup> (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۵۱؛ زراعت، عباس، ۱۳۸۳، ۲۶۸)

"شرط" واژه ای عربی است که در لغت به معنای قرار، پیمان، عهد، نشان و علامت آمده است.<sup>۹</sup> معنای لغوی شرط، علامت است و معنای عرفی شرط، امری است که موثر برای اثرگذاری متوقف بر آن است، نه برای ایجاد کردن.<sup>۱۰</sup>

فقها در توضیح این واژه گفته اند: شرط چیزی است که از عدم آن عدم مشروط لازم می آید، اما از وجود آن وجود مشروط لازم نمی آید. مانند: حفر کردن چاه نسبت به افتادن در آن.<sup>۱۱</sup> به تعبیر دیگر شرط چیزی است که تأثیر مؤثر متوقف بر وجود آن است اما در علیت آن هیچ دخالتی ندارد.<sup>۱۲</sup> شباهت سبب با شرط این است که هر دو اگر نباشند نتیجه محقق نمی شود، اما با این وجود سبب نسبت به شرط در وقوع نتیجه تأثیر بیشتری دارد؛ بدین گونه که با وجود سبب غالباً مسبب و تلف واقع می شود، اما با وجود شرط معمولاً تلف به وجود نمی آید.

به مجموع سبب و شرط اصطلاحاً مقتضی گفته می شود که رکن اصلی تحقق معلول موجود بودن مقتضی است.<sup>۱۳</sup>

#### ۱-۴ - مفهوم مقتضی

مقتضی عبارتست از این که شی ذاتاً با قطع نظر از موانع خارجی قابلیت بقاء داشته باشد.<sup>۱۴</sup> چهار نظریه در مورد ارتباط مقتضی با مفاهیم دیگر وجود دارد که هر یک مدافعانی دارد:

۱- برابری مقتضی و سبب<sup>۱۵</sup>؛ ۲- شرط اعم از مقتضی: این حالت با مسامحه ی قانون گذار در ماده ی ۱۹۰ مدنی اتفاق افتاده است. برخی نویسندگان قانون مدنی ایران نیز در جهت تجمیع موضوعات مربوط به تشکیل عقد تحت عنوان واحد، به منظور تسهیل طرح مسائل و پرهیز از پراکندگی مباحث مرتبط، کلمه ی شرایط را در معنی اعم که سبب و علت را نیز دربر گیرد، بکار برده اند.<sup>۱۶</sup> ۳- مقتضی اعم از سبب و علت تامه: برخی معتقدند که مقتضی از لحاظ لغت و عرف اعم است از علت تامه و سبب اصولی. در واقع علت تامه و سبب از افراد و مصادیق مقتضی می باشند و اطلاق مقتضی به هر یک از آن ها مانند اطلاق کلی است بر فردی از افرادش.<sup>۱۷</sup> ۴- مقتضی

<sup>۹</sup> (عمید، ۱۳۷۵، ج ۲، ۱۵۴۷؛ انوری، ۱۳۸۱، ج ۵، ۴۴۷۸؛ دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۹، ۱۴۲۱۶-۱۴۲۱۷)

<sup>۱۰</sup> (شهید اول، پیشین، ۶۴)

<sup>۱۱</sup> (نراقی، ۱۴۱۷، ق.، جلد ۱، ۲۶۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ۳۸۰)

<sup>۱۲</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۳، ق.، ۵۸۹؛ صادقی، ۱۳۹۳، ۷۶)

<sup>۱۳</sup> (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲، ص ۸۹)

<sup>۱۴</sup> (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ۳۱۳-۳۱۲)

<sup>۱۵</sup> (عراقی، پیشین، ۲۷۳)

<sup>۱۶</sup> (شهیدی، ۱۴۰۲، ۱۳۲)

<sup>۱۷</sup> (آشتیانی، ۱۴۳۰، ج ۳، ۴۶)

اعم از شرط و سبب: عده ای از فقها و حقوقدانان معتقدند که مقتضی اعم از شرط و سبب است.<sup>۱۸</sup> ایشان به طور کلی و در همه جا به اعمیت مقتضی نسبت به شرط و سبب نظر نداده اند؛ بلکه در قاعده ی «مقتضی و مانع» عنوان داشته اند که مقتضی اعم از شرط و سبب است.<sup>۱۹</sup> به نظر می رسد، نظریه اخیر قویترین است. مقتضی باید اقتضای ایجاد مقتضا را داشته باشد و سبب به تنهایی چنین اقتضایی ندارد. ترکیب سبب و شرط است که می تواند اقتضای لازم را پدید آورد.<sup>۲۰</sup>

### ۱-۵- مفهوم مانع

در حقیقت و ماهیت مانع اختلاف نظر وجود دارد که میتوان به سه نظریه در این زمینه اشاره کرد:

برخی معتقدند، عدم مانع در معلول شرط می باشد<sup>۲۱</sup>؛ همان طور که وجود شرط در وجود معلول مدخلیت دارد، عدم مانع نیز در وجود معلول مدخلیت دارد، به گونه ای که وجود معلول مقید و متصف به عدم مانع است.

به عقیده برخی دیگر، در امور تکوینی مانع جلوی حدوث معلول را می گیرد؛ اما در امور اعتباری فقهی بدین صورت نیست که مانع جلوی حدوث معلول را بگیرد؛ بلکه هم مانع حدوث می یابد و هم معلول. برای مثال ربا مانع صحت و تأثیرگذاری بیع است. حال اگر ایجاب و قبول بیع به همراه سایر شرایط صحت به وجود آید و ربا نیز در عقد وارد شود، هم عقد بیع حادث می شود و هم ربا، و این طور نیست که مانع جلوی حدوث عقد را بگیرد؛ زیرا عقد بیع متشکل از اجزایی است (اسباب و شرایط) که وقتی به وجود آمدند، عقد بیع نیز حادث می یابد و در کنار آن، مانع ربوی بودن نیز حادث می شود.<sup>۲۲</sup> مطابق نظر دیگر، عدم مانع نقش و مدخلیتی در حدوث معلول ندارد و رابطه مانع با معلول تنها مثل رابطه سفیدی و سیاهی می باشد. در نظریه اول معنای مانع، به شرطیت عدم برمی گردد؛ اما در نظریه سوم مانع در رابطه با وجود است. بدین معنا که وجودش متضاد با وجود معلول است و اجتماع این دو محال است. در این نظریه معلول هیچ تقیدی به عدم مانع ندارد. (موسوی بهبهانی، همان، ۳۳) طبق تحلیلی که در نقد نظریه اول صورت پذیرفت، به نظر می رسد که نظریه صحیح همین نظریه سوم است.

<sup>۱۸</sup> تبریزی، پیشین، ۵۶۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲، ۸۹

<sup>۱۹</sup> (مروج جزائری، ۱۴۱۵ ق.، ج ۷، ۱۳۱)

<sup>۲۰</sup> (موسوی بهبهانی، ۱۴۰۵، ج ۱، ۲۲) پ

<sup>۲۱</sup> (نجفی عراقی، بی تا، ۴۵۱)

<sup>۲۲</sup> (موسوی بهبهانی، ۱۴۰۵، ج ۱، ۳۰)

## ۲- قاعده مقتضی و مانع

هرگاه سبب و مقتضی امری احراز گردد و در وجود مانع بر سر راه اثر گذاری آن تردید شود، قاعده حکم به ثبوت مسبب و مقتضا می دهد. از این قاعده بعضی با عنوان «قاعده اقتضا»<sup>۲۳</sup> و بعضی با عنوان «قاعده اقتضا و مانع» یاد کرده اند.<sup>۲۴</sup> سیری در کتب فقهی و اصولی شیعه نشان می دهد که معتقدین به این قاعده اقلیت محدودی را تشکیل می دهند و نظر مشهور، فقدان اعتبار این قاعده است.<sup>۲۵</sup> با این حال از نظر حقوقدانان، مقتضی دارای آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمیشود، به طوری که عقد بلذات تولیدکننده آن است و چنین اثری از عقد جداشدنی نیست.<sup>۲۶</sup> مثلاً اثر عقد بیع، تملیک و تملک است و نمی توان عقد بیعی را تصور کرد که در آن تملیک و تملک نباشد. اما همین اثر عقد، تنها زمانی خود را نشان می دهد که مانعی بر سر آن نباشد. مثلاً بیع بر مال موقوفه صورت نگرفته باشد، زیرا وقف مانع اثر عقد بیع خواهد بود. هر عامل مؤثر که در صورت عدم مانع بتواند منشأ اثر شود، مقتضی نامیده میشود. مثلاً هرگاه عقد مخالف صریح قانون نباشد، منشأ اثر است (ماده ۱۰ قانون مدنی). پس در عقود، اقتضاء تأثیر وجود دارد، اما مخالفت یک عقد با نص صریح قانون مانع تأثیر آن است و بنابراین اگر وجود مانع، محرز نباشد باید مقتضی را مؤثر دانست.<sup>۲۷</sup> نقش قاعده در عقد ضمان

ضمان عقدی است که میان ضامن و طلبکار (مضمون له) واقع می شود ضامن تعهد پرداخت دین را می کند و مضمون له به سقوط طلب خود از مدیون رضایت می دهد و در نتیجه این تراضی دین از عهده مدیون خارج و به ذمه ضامن منتقل می شود. علاوه بر وجود شرایط اساسی صحت عقود (ماده ۱۹۰ ق.م.) در عقد ضمان، گاه نیز قانونگذار شرایط ویژه ای را در آن لازم دانسته است، مانند منجز بودن عقد، که در سایر قراردادها ضرورت ندارد. این شرایط ذیلاً در دو مبحث جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد.

### ۲-۱- تراضی و اهلیت

<sup>۲۳</sup> (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق.، ج ۱۴، ۵۶)

<sup>۲۴</sup> (موسوی بهبهانی، پیشین، ۷۶)

<sup>۲۵</sup> (سیحانی، ۱۳۸۸، ج ۲، ۱۵۴)

<sup>۲۶</sup> (شهیدی، ۱۳۸۵، ۱۱۳-۱۱۲)

<sup>۲۷</sup> (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۶۷۷)

در فقه، نسبت به لزوم قبول مضمون له و عقد بودن ضمان تردیدهایی شده است.<sup>۲۸</sup> همچنین از شیخ طوسی منقول است که رضایت مضمون له را شرط نمیداند.<sup>۲۹</sup> ولی قانون مدنی به گونه ای قاطع قبول مضمون له را شرط صحت ضمان می داند و در ماده ۶۸۹ مقرر می دارد: «هرگاه چند نفر ضامن شخص شوند، ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است». برعکس، رضای مضمون عنه اثری در عقد ندارد. ضمان مبتنی بر انتقال دین است و بدین وسیله ضامن به عهده می گیرد که دین بدهکار را بپردازد. پرداخت دین از جانب دیگری، حتی بی اذن بدهکار نیز، امکان دارد. پس، ضامن می تواند بدون دخالت بدهکار تعهد به پرداخت دین او کند.<sup>۳۰</sup> منتها، اگر ضمان به اذن مدیون انجام گیرد، ضامن می تواند پس از تأدیه به او رجوع کند و در صورتی که مأذون نباشد، حق رجوع به مدیون را ندارد.

ماده ۶۸۶ قانون مدنی مقرر می دارد: «ضامن برای معامله باید اهلیت داشته باشد». برخی فقها نیز برای اثبات لزوم اهلیت ضامن و رشد او معتقدند که ضمان به تفاوت موارد یا اقراض است یا تبرع و در هر دو حال سفیه نمیتواند اقدام به آن کند.<sup>۳۱</sup> ولی سخنی از لزوم اهلیت مضمون له به میان نمی آورند. پس، احتمال دارد چنین ادعا شود که، چون در عقد ضمان تنها ضامن تعهد میکند و مضمون له آن را به رایگان می پذیرد، سفیه و صغیر ممیز می تواند آن را در زمره تملکات بدون عوض قبول کند. لیکن، چنان که در اوصاف ضمان نیز گفته شد، این ادعا را باید رد کرد. زیرا، در اثر عقد ضمان، طلب مضمون له نیز از بین می رود و به ذمه ضامن انتقال می یابد. بنابراین، او نیز بدین وسیله در اموال خود تصرف می کند و برای این اقدام باید رشید باشد. باوجود این، هرگاه ضمان بر مبنای وثیقه دین پذیرفته شود یا اثر آن تضامن باشد، می توان قبول مضمون له سفیه و صغیر ممیز را برای انعقاد ضمان کافی دانست. زیرا، قبول رایگان تعهد ضامن در حکم تملک بدون عوض است<sup>۳۲</sup> و هیچ تعهدی برای آنان به وجود نمی آورد و تنها ایجاد وثیقه برای طلب است که به سود طلبکار تمام می شود.

از آنجایی که عقد ضمان فی مابین ضامن و مضمون له منعقد می شود، در نتیجه قصد و رضای طرفین معامله موضوعیت پیدا میکند و در زمره شروط صحت این عقد قرار میگیرد، اما رضایت یا عدم رضایت مضمون عنه هیچ تأثیری در عقد ضمان نخواهد داشت. حتی می

<sup>۲۸</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۱۴۵؛ - فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ۸۴؛ یزدی، عروة الوثقی، ج ۲، ۱۴۱۴ق، ۳۱۷)

<sup>۲۹</sup> (فاضل مقداد، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ۶۶)

<sup>۳۰</sup> (ماده ۶۸۵ق.م.)

<sup>۳۱</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ۸۶)

<sup>۳۲</sup> (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ق.م.)

توان از مرده، به اعتبار مدیون ماندن او، ضمانت کرد؛ چنانکه ماده ۶۸۷ قانون مدنی در این باره اعلام می کند: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است».

در مورد اهلیت هم از آنجایی که انعقاد ضمان برای ضامن تصرفی کاملاً مالی و به ضرر وی می باشد در نتیجه داشتن اهلیت کامل استیفا برای ضامن شرط اساسی است اما برای مضمون له چنانچه صرفاً قبول انتقال دین از مضمون عنه به ضامن تلقی می شود در نتیجه قبول آن در حکم تملکات بلاعوض و به نفع مضمون له است پس اهلیت ناقص استیفا یعنی داشتن تمیز و عقل برای انعقاد ضمان کافی خواهد بود، هر چند در صورت اعسار ضامن و ایجاد حق فسخ، اعمال حق فسخ تصرفی مالی است که داشتن اهلیت استیفا به طور کامل شرط صحت اعمال آن خواهد بود.

## ۲-۲- اثر اعسار ضامن

درماندگی مالی، جز در مورد ورشکستگی تاجر، از صلاحیت اشخاص درباره تصرفات مالی آنان نمیگاهد. ولی، از آنجا که هدف از ضامن دادن معرفی کسی است که بتواند دین را بپردازد، در هر مورد که شخصی ملتزم به دادن ضامن شده است، یا با معرفی ضامن می خواهد مال بازداشت شده را آزاد کند، باید ضامنی بدهد که اعتبار کافی برای پرداخت دین داشته باشد.

ماده ۶۹۰ قانون مدنی به تبعیت از نظر برخی فقها<sup>۳۳</sup> در بیان همین احکام مقرر می دارد: «در ضمان شرط نیست که ضامن مال دار باشد، لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می تواند عقد ضمان را فسخ کند. ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملئی شود مضمون له خیراری نخواهد داشت.» دلیل اینکه، تنها در صورت جهل به اعسار ضامن، طلبکار می تواند عقد را فسخ کند این است که فقط در این حالت می توان بنای دو طرف و شرط ضمنی در عقد را مال دار بودن ضامن تعبیر کرد، وگرنه، در فرضی که مضمون له به اعسار ضامن آگاه است و تعهد او را می پذیرد، تصور این شرط امکان ندارد. به علاوه، به تعبیر برخی از نویسندگان<sup>۳۴</sup>، مبنای حق فسخ مضمون له جلوگیری از ضرر او است (قاعده لاضرر) و اگر مضمون له آگاهانه ضمان معسر را بپذیرد، خود به ضرر خویش اقدام کرده است و دیگر نمی تواند برای جبران نتایج آن به قاعده استناد کند.<sup>۳۵</sup>

<sup>۳۳</sup> (علامه حلی، ۱۴۲۰ ق، ۲۲۱؛ یزدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ۳۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۴، ۱۲۱؛ نجفی،

۱۳۹۸ ق، ج ۲۶، ۱۲۸)

<sup>۳۴</sup> (نجفی، ۱۳۹۸، ج ۲۶، ۱۲۸)

<sup>۳۵</sup> (حسینی عاملی، ۱۳۹۱ ش، ج ۵، ۳۵۶)

برخی نیز مبنای خیار را تخلف عقد از مقصود مضمون له (آسان کردن وصول طلب و اداء آن به وسیله ضامن) دانسته و آن را به خیار عیب و غبن در بیع تشبیه کرده اند.<sup>۳۶</sup>

در نتیجه ملائت ضامن در زمان عقد جزو شرایط صحت عقد محسوب نمی شود که بتوان با عدم آن (اعسار ضامن) حکم به بطلان عقد داد. اعسار ضامن حتی مانع ضمان هم نخواهد بود زیرا ضمانت اجرای اعسار ضامن به شرط جهل مضمون له، باز هم بطلان عقد نخواهد بود و صرفاً موجب پیدایش حق فسخ خواهد شد که ایجاد حق فسخ فرع بر صحت عقد است. در نتیجه اعسار ضامن صرفاً رافعی است که بعد از تشکیل عقد اثر عقد را از بین خواهد برد.

### ۳-۳- اثر ورشکستگی ضامن

فقها، مفلس بودن ضامن را مانع صحت عقد نمی دانند و ضمانت را مانند وام گرفتن مباح می شمارند ولی مضمون له را داخل در غرما نمی آورند و در توجیه خود می گویند: تفلیس باعث محجور شدن بدهکار از تصرف در اموال است نه ذمه خود و وام گرفتن زبانی به طلبکاران نمی رساند و مانند تصرف راهن در سایر اموال خویش است.<sup>۳۷</sup>

این نظر را در مورد ورشکستگی ضامن نیز می توان اجرا کرد. زیرا، تاجر ورشکسته بعد از صدور حکم توقف از تصرف در اموال خویش ممنوع می شود و هر حقی که مؤثر در تأدیه دیون او باشد به هیأت طلبکاران تعلق می یابد. ولی، دلیل قاطعی که تمام قراردادهای او را در زمان ورشکستگی باطل کند وجود ندارد. زیرا، ماده ۵۵۷ قانون تجارت، که کلیه قراردادهای تاجر را پس از تاریخ توقف باطل اعلام می کند، با مفاد ماده ۴۲۳ همان قانون که معامله های ویژه ای را باطل می داند تعارض دارد. ماده ۴۲۳ با اصول سازگارتر به نظر می رسد، زیرا، ورشکستگی از موارد حجر عام بدهکار نیست و تنها در کارهایی ایجاد ممنوعیت می کند که مؤثر در تأدیه دیون بدهکار باشد و به وثیقه آنان صدمه بزند. پس، در رفع این تعارض، ناچار باید ماده ۵۵۷ را ناظر به معاملات ورشکسته به تقصیر و تقلب کرد که در همه آنان فرض تقلب و اضرار به طلبکاران وجود دارد. عنوان ماده ۵۵۷ (باب دوازدهم، ورشکستگی به تقصیر و ورشکستگی به تقلب) نیز این تعبیر را تأیید میکند.

از سوی دیگر، ضامن شدن ورشکسته، نه مالی از دارایی او را منتقل می سازد یا مقید میکند نه از اعتبار ورشکسته می کاهد. پس، اقدام او مشمول مواد ۴۱۸ و ۴۲۳ قانون تجارت نمی

<sup>۳۶</sup> (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ق. ۱، ج ۱، ۳۱۴)

<sup>۳۷</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۴، ق. ۱، ج ۲، ۸۶؛ حسینی عاملی، ۱۳۹۱، ج ۵، ۳۶۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ق. ۱، ج ۱، ۳۱۴؛ یزدی، ۱۴۱۴، ق. ۱، ج ۲، ۳۱۸؛ ابن قدامه، ۱۴۱۷، ق. ۱، ج ۴، ۴۰۵)

شود. منع تاجر ورشکسته نیز برخلاف اصل است و باید آن را محدود به اعمالی کرد که به زیان طلبکاران تمام می شود. در نتیجه، ضامن شدن و وام گرفتن و خرید به اعتبار را باید در زمره اعمال مباح آورد. منتها، تاجر ورشکسته نمی تواند دیون ناشی از این معاملات را تا پایان تصفیه ورشکستگی بپردازد. (بند ۲ ماده ۴۲۳) طلبکار اینگونه قراردادها نیز نباید در شمار سایر طلبکاران قرار گیرد و از سهم آنان بکاهد. مضمون له، اگر از ورشکستگی ضامن آگاه نباشد، حق دارد ضمان را فسخ و به مضمون عنه رجوع کند. ولی، در درستی و نفوذ ضمان نباید تردید کرد.<sup>۳۸</sup>

اما نکته ای که نایست از آن غافل شد این است که با توجه به نظریه نقل ذمه در ضمان مطلق، از آنجایی که انتقال دین و ذمه به طور کامل به ضامن محقق شده و مضمون عنه بری الذمه گردیده است و این تصرف مالی با حقوق غرما در تعارض قرار خواهد گرفت، زیرا چنین تصرفی مؤثر در تادیه دیون طلبکاران خواهد بود و با توجه به حکم بطلان در مورد معاملات تاجر ورشکسته در ماده ۴۲۳ ق.ت می توان این گونه نتیجه گرفت که در ضمان مطلق ورشکسته نبودن ضامن شرط صحت ضمان است که می بایستی اثبات شود و نه اینکه ورشکسته بودن را مانع ضمان تلقی کنیم و به استناد اصل عدم مانع حکم به صحت ضمان دهیم.

### ۳-۵- ورشکستگی مضمون له

ورشکستگی مضمون له مانع از انعقاد ضمان و نفوذ اراده او است. درست است که طلبکار تعهدی در عقد ضمان به عهده نمی گیرد ولی معنی «نقل ذمه» این است که طلب او از مضمون عنه ساقط شود و ضامن به جای مدیون قرار گیرد، و این امر تصرف در دارایی و تغییر در میزان و کیفیت وثیقه طلبکاران است.

با وجود این، اگر ضمان به عنوان وثیقه شخصی دین واقع شود، ورشکستگی مضمون له مانعی در راه انعقاد آن ایجاد نمی کند، زیرا تحصیل وثیقه برای طلب به سود طلبکاران است و زبانی به مجموعه دارایی بدهکار نمی زند.

### ۳-۶- لزوم منجز بودن ضمان

با این که تعلیق ناظر به اثر تراضی است نه خود آن، به اعتبار این اثر می توان تنجیز را از شرایط صحت عقد ضمان آورد. ماده ۶۹۹ ق.م تعلیق در ضمان را موجب بطلان عقد می داند، یعنی دو طرف نمی توانند انتقال دین از ذمه مدیون را منوط به تحقق شرایطی، از جمله رجوع طلبکار به او، کنند (مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم)

<sup>۳۸</sup> (ماده ۶۹۰ ق.م.)

ولی ضامن می تواند به طور منجز عهده دار پرداخت دین شود و «التزام به تأدیه» دین انتقال یافته را معلق به شرایطی سازد. حکم شماره ۳۳۷۶ - ۶۹۸، ۷ مهر ۱۳۰۹ دیوان عالی کشور، و حکم شماره ۱۳۶۸ - ۱۰۳۷، ۲۵ بهمن ۱۳۰۷ نیز در این باره صادره شده اند که مضمون آنها بدین قرار است: «تعلیق پرداخت در مورد ضمان موجب تعلیق اصل ضمان و بطلان آن نخواهد بود ولو اینکه معلق علیه تعلل و تسامح دائن باشد» در حکم شماره ۱۵۶۱ - ۱۴۷، ۱۴ اردیبهشت ۱۳۰۷ نیز مقرر گردیده است: «التزام موضوعاً با ضمان مخالف است و تعلیق در التزام مطابق ذیل ماده ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی صحیح است».<sup>۳۹</sup> برخی فقها شرط خیار را نیز در ضمان موجب بطلان عقد می دانند<sup>۴۰</sup>، ولی بیشتر فقهاء از این نظر پیروی نکرده اند و در قانون مدنی نیز مانعی برای آن وجود ندارد.

در ماده ۷۲۳ قانون مدنی نیز حالتی پیش بینی شده است که شخصی از مدیون ضمانت نمیکنند و انتقال دین انجام نمی پذیرد و تنها ملتزم به تأدیه دین او می شود، که در این صورت تعلیق در التزام مانعی ندارد.

پس میتوان این طور نتیجه گرفت که منجز بودن نقل ذمه جزو شرایط صحت ضمان است که در صورت معدوم بودن آن (معلق بودن) عقد ضمان باطل خواهد بود. حتی می توان فراتر رفت و با توجه به اقتضای ذاتی ضمان بر نقل ذمه، تعلیق آن را تعلیق در قصد انشاء ضامن دانست که به قصد سرایت میکند به نحوی که تنجیز در انعقاد را سبب عقد ضمان معرفی کنیم که ملازمه وجودی و ملازمه عدمی با تشکیل عقد خواهد داشت.

### ۳- موضوع ضمان

چنانکه گفته شد ضمان تعهد تبعی است، یعنی ضامن دینی را که مضمون عنه داشته است برعهده می گیرد. بنابراین شرط درستی و نفوذ ضمان این است که دین اصلی موجود و مشروع باشد. به علاوه، اگر قبول شود که اثر عقد ضمان انتقال ذمه مدیون به ذمه ضامن است، دینی می تواند موضوع ضمان قرار گیرد که قابل انتقال باشد، مالیت داشته باشد، و به اجمال معلوم و معین باشد.

#### ۳-۱- وجود و اوصاف دین

دین کامل تعهدی است که بر ذمه مدیون به وجود آمده و قابل مطالبه باشد، هرچند که قابل فسخ یا مؤجل به شمار آید. پس، اگر خریدار مالی بابت ثمن به فروشنده بدهکار باشد، این دین را ضامن می تواند به عهده گیرد. وجود خیار فسخ برای خریدار یا فروشنده، دین

<sup>۳۹</sup> (بروجردی عبده، ۱۳۸۳، ۱۵۱)

<sup>۴۰</sup> (حسینی عاملی، ۱۳۹۱، ج ۵، ۳۵۲)

خریدار را متزلزل می کند ولی با وجود آن منافات ندارد؛ چنان که ماده ۶۹۶ قانون مدنی در این باره اشعار می دارد: «هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگرچه شرط فسخی در آن موجود باشد.»

همچنین، مؤجل بودن دین خریدار در وجود آن ایجاد تردید نمی کند. زیرا، دین مؤجل دینی است موجود و قابل مطالبه، جز اینکه امکان استیفای از آن بایستی مدتی به تأخیر افتد.<sup>۴۱</sup> ولی، گاه دین اصلی را نمی توان مطالبه کرد و از حیث ارکان تشکیل دهنده آن ناقص است و گاه دین، معلق به وجود شرطی در آینده است، و سرانجام گاه سبب ایجاد یا مقتضی وجود دین فراهم آمده، لیکن موانع رفع نشده یا شرایط جمع نیامده است. آنچه مسلم است اینکه دین آینده را نمی توان ضمانت کرد. برای مثال، کسی نمی تواند به فروشنده ای بگوید، هرچه خریدار مایل بود به او بفروش و من ضامن پرداخت بهای آن هستم. چنین ضمانتی را فقها «ضمان مالم یجب» می نامند و در بطلان آن تردید ندارند.<sup>۴۲</sup> در اثبات لزوم این شرط گفته اند، ضمان تعهد تبعی است و سبب می شود که دین به ذمه ضامن منتقل شود یا ذمه ضامن وثیقه آن قرار گیرد. پس، چگونه ممکن است دینی که به وجود نیامده منتقل گردد یا وثیقه برای آن داده شود؟<sup>۴۳</sup> ولی، این استدلال قاطع به نظر نمی رسد. زیرا، از نظر عقلی اشکال ندارد که تعهد ضامن برای بعد از ثبوت دین و معلق به آن باشد. بی گمان، دین ضامن پیش از ایجاد دین اصلی تحقق نمی یابد، ولی اثر آن التزامی است که برای او به وجود می آید و پس از تحقق دین اصلی نمی تواند وعده ای را که داده است برهم زند.<sup>۴۴</sup>

به موجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است» و مفهوم مخالف ماده این است که «ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده درست است». در نوشته های حقوقی واژه «سبب» به معنی فلسفی آن مورد توجه قرار گرفته است، با این بیان که، چون سبب همیشه با مسبب همراه است، پس دینی که سبب آن ایجاد شده خود نیز باید موجود باشد. بدین ترتیب، دینی را که سبب آن ایجاد شده با دین ثابت در ذمه مترادف دانسته اند. ولی، باید دانست که «سبب» در این مقام به معنی «مقتضی» است،<sup>۴۵</sup> یعنی امری که احتمال دارد، به دلیل ایجاد موانع، هیچگاه به اثر مطلوب منتهی نشود. اگر منظور

<sup>۴۱</sup>(مواد ۶۹۲ و ۷۰۵ ق.م.)

<sup>۴۲</sup>(نجفی، ۱۳۹۸، ج ۲۶، ۱۳۵ به بعد؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق.، ج ۴، ۱۲۲ و ۱۲۳؛ یزدی، ۱۴۱۴ق.، ج ۲، ۳۱۹؛

حسینی عاملی، ۱۳۹۱، ج ۵، ۳۶۷)

<sup>۴۳</sup>(علامه حلی، ۱۴۱۴ق.، ج ۲، ۸۸)

<sup>۴۴</sup>(ابن قدامه، ۱۴۱۷ق.، ج ۵، ۴۰۱)

<sup>۴۵</sup>(یزدی، ۱۴۱۴ق.، ج ۲، ص ۳۱۹ - کاشف الغطاء، ۱۳۸۴، ج ۲، ۲۴۱)

قانونگذار در ماده ۶۹۱ اشاره به دین موجود و ثابت در ذمه بود، نیازی احساس نمی شد که به «سبب دین» تکیه شود. اگرچه نویسندگان قانون مدنی اصطلاح «سبب» را به «مقتضی» تغییر ندادند، ولی لحن ماده نشان می دهد که متمایل بدان هستند تا از بطلان پاره ای از ضمانتها که از دیرباز مورد نیاز جامعه بوده است پرهیز کنند. حقوقدانان نیز سعی دارند، تا جایی که در قالب «ایجاد سبب دین» امکان دارد، ضمان از دین آینده را بپذیرند.<sup>۴۶</sup>

پرسش مهم و دشواری که باقی می ماند این است که سبب چیست؟ چگونه باید آن را شناخت و تفاوت آن با «شرط» در چیست؟

درباره سبب، تعریف های گوناگونی شده است. ولی در علم حقوق، هرگاه قانونگذار وضع خاصی را منشأ آثاری قرار دهد، آن وضع را سبب آن آثار مینامند، خواه ایجاد آن وضع ارادی باشد یا قهری؛ چنان که در امور ارادی، عقد بیع سبب انتقال مبیع و نکاح سبب توارث بین زن و شوهر و قتل سبب مجازات و تقصیر سبب ایجاد مسئولیت مدنی است و در امور اضطراری، جنون سبب حجر و اضطراب سبب مباح شدن پاره ای از کارها است.<sup>۴۷</sup> بنابراین می توان گفت که شرط، زمینه ساز است بدون اینکه ایجاد کننده باشد؛ از وجودش وجودی لازم نمی آید ولی عدمش باعث عدم اثر مطلوب است. درحالی که در مورد سبب، نه تنها عدمش با عدم آن اثر ملازمه دارد، وجودش نیز با ایجاد اثر ارتباط عرفی و تناسب دارد.

در جایی که مجموع چند سبب دینی راجه وجود می آورد، برخی از فقها گفته اند که آن مجموع «سبب» و هر یک از عوامل «جزء سبب» است نه تمام آن. پس، با وجود یکی از اسباب، نمی توان ادعا کرد که سبب دین ایجاد شده است.<sup>۴۸</sup> این نظر به عنوان قاعده درست است. ولی، باید توجه داشت که گاه یکی از اسبابی که مورد ضمان را ایجاد می کند، به عنوان مقدمه، تعهدی به وجود می آورد. نشانه ایجاد این تعهد تغییر وضع حقوقی مدیون است؛ برای اینکه غاصب ملزم به جبران خسارت مالک شود، باید مال در دست او یا یکی از غاصبان پس از او تلف گردد. ولی، این وضع نامتعارف، که شخصی مسئول تلف مالی باشد که حوادث قهری و خارجی از بین برده است، در اثر غصب به وجود می آید. پس، می توان گفت «غصب مال» تعهدی به وجود آورده است که، در عین حال که مقدمه دین مربوط به جبران خسارت قرار میگیرد، خود نیز آثار خاص و اصالت دارد. پس، از همین تعهد واسطه، که تبدیل آن به دین، معلق به تلف مال است، می توان ضمانت کرد. در اثر

<sup>۴۶</sup> (مامی، ۱۴۰۰، ج ۲، ۲۶۰ و ۲۶۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲، ش ۱۷۳ به بعد)

<sup>۴۷</sup> (شاطبی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ۱۲۲ به بعد)

<sup>۴۸</sup> (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳۵۷)

ضمان مسئولیت غاصب با همان وضع برعهده ضامن قرار می‌گیرد و اگر مال تلف شود ضامن نیز مسئول جبران است. ضامنی که از غاصب ضمانت می‌کند تا در صورت تلف مال از عهده برآید، در واقع همین تعهد واسطه با مسئولیت غاصب را برعهده می‌گیرد. برخی تحلیلها که بین ضمان از دین و ضمان از تعهد تفاوت گذارده اند با آنچه گفته شد قرابت دارد، جز اینکه ارتباط بین تعهد واسطه و دین و اینکه تعهد نیز خود دین است در آن مجمل مانده و به همین دلیل نیز از جهت نتیجه با نظریه بالا تفاوت دارد.<sup>۴۹</sup> با عنایت به این که عنوان «سبب» صراحتاً در ماده ۶۹۱ قانون مدنی به کار رفته است و با توجه به عنوان و موضوع پژوهش مبنی بر وجود سبب و شرط (مقتضی موجود) و عدم وجود مانع که موجب تحقق عمل حقوقی می‌گردد، بحث در مورد موجود بودن سبب دین مطرح شد که موضوع کاملاً تبیین گردیده و هر گونه ابهامی در این خصوص مرتفع گردد.

## ۲-۴- اوصاف دین

موضوع ضمان باید قابل تأدیه به وسیله دیگری باشد. زیرا، دینی که به علت ارتباط با شخصیت مدیون یا طبیعت موضوع آن، قابل ایفاء به وسیله دیگری نباشد نه به ذمه او انتقال می‌یابد نه ذمه ضامن می‌تواند وثیقه آن به شمار رود. هدف از عقد ضمان این است که دین برعهده دیگری قرار گیرد و طلبکار بتواند از ذمه جدید سود برد. پس چگونه می‌توان از ضمان دینی سخن گفت که تنها مدیون توانایی ایفاء آن را دارد؟

بی‌گمان، شخص ثالث می‌تواند سعی در گرفتن حق از مدیون را برعهده گیرد یا اخذ حق را تضمین کند، ولی ضمیمه شدن این تعهد را به دین نباید ضمان شمرد، هرچند که برخی آن را ضمان شمرده اند تا راهی برای نفوذ این قرارداد بیابند. زیرا، بین موضوع این تعهد و دین اصلی یگانگی وجود ندارد و به دشواری می‌توان ادعا کرد که همان دین برعهده ضامن نیز قرار گرفته است. به هر حال دین باید واجد اوصافی باشد که ذیلاً برشمرده می‌شوند:

### ۱. موضوع دین باید مال کلی باشد

شرط مربوط به «مال بودن» دین در ماده ۶۸۴ قانون مدنی بدین بیان آمده است که: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی «مالی» را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد...». بنابراین، از تعهدهای غیرمالی، مانند حضانت و تمکین و سکونت مشترک با همسر، نمی‌توان ضمانت کرد. این تکالیف چنان وابسته به شخص و روابط انسانی دو سویه آنها است که شخص دیگری به جای مدیون نمی‌تواند آن را بجا آورد؛ قابل مبادله و تقویم با پول هم

<sup>۴۹</sup> (نابینی، ۱۳۴۶ق.، ج ۲، ۳۱۹)

نیست تا با استفاده مال ضامن بتوان وسایل اجرای حق را فراهم آورد. پس، هیچ وثیقه ای جایگزین اصل تکلیف نمی شود. مال موضوع دین ممکن است عین باشد، چنانکه مدیونی تأدیه چند خروار برنج یا چند عدل کاغذ برعهده داشته باشد و ضامنی آن را بر ذمه خود بگیرد. به طور معمول، موضوع ضمان پول است ولی از این عرف شایع نباید نتیجه گرفت که تنها دین پولی با ضمان قابل انتقال است.

همچنین، احتمال دارد که موضوع ضمان منفعت باشد<sup>۵۰</sup> مانند اینکه کارگزار اتومبیلی تعهد کند که ظرف یک هفته ماشین سواری در اختیار مشتری خود قرار دهد و شخصی از این کار در برابر مشتری ضمانت کند. انجام کار نیز موضوع ضمان قرار می گیرد، مانند اینکه شخصی تعهد به کندن چاه یا آسفالت راه یا نقاشی ساختمانی را بکند و ضامنی این دین را برعهده بگیرد، زیرا انجام این گونه کارها با صرف پول همیشه امکان دارد و در حکم ضمان از دین پولی است.

هرگاه مباشرت شخص مدیون در انجام دادن کاری موردنظر طلبکار باشد و با وجود این ضمان دیگری را بپذیرد، اقدام او به معنی صرف نظر کردن از ویژگی انجام کار به وسیله مدیون است، مگر اینکه قرینه ای برخلاف آن موجود باشد که در این صورت به معنی تعهد به فعل ثالث است و باعث انتقال دین به ذمه ضامن نمی شود. با این وجود برخی از فقها در این مورد ضمان را باطل می دانند.<sup>۵۱</sup>

برخی از محققان «تعهد مربوط به رد مال» را «تعهد به مال» ندانسته اند و بر مبنای تفاوت این دو مفهوم خواسته اند «ضمان از اعیان» را مردود شمارند: بدین تعبیر که غاصب متعهد به رد مال است و خود مال بر ذمه او قرار نگرفته است.<sup>۵۲</sup> ولی، پذیرفتن این نظر دشوار است. زیرا تعهد به تسلیم مال نیز مانند تعهد به تملیک آن جنبه مالی دارد. آنچه در درستی ضمان از اعیان ایجاد تردید می کند، مالی نبودن دین نیست؛ از این نظر است که، جز متصرف، کسی دیگر نمی تواند این دین را ایفاء کند.

واژه های «دین» و «ذمه» که در مواد گوناگون قانون مدنی و متون حقوقی به کار رفته است خود دلیل کافی برای اثبات لزوم «کلی بودن تعهد» است و وجود حق عینی صاحب مال بر

<sup>۵۰</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۴ق.، ج ۲، ۸۹)

<sup>۵۱</sup> (یزدی، ۱۴۱۴ق.، ج ۲، ۳۲۸)

<sup>۵۲</sup> (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق.، ج ۱، ۳۱۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق.، ج ۱، ۲۵۵)

آن مانع از این است که بین «دین» و «وجوب رد عین» یا «دین مربوط به احترام حق عینی» اختلاط ایجاد شود.<sup>۵۳</sup>

## ۲. لزوم مشروع بودن دین

دینی که موضوع ضمان قرار میگیرد باید مشروع باشد. پس، اگر کسی دین ناشی از قمار یا معامله فاسد را برعهده بگیرد، ضمان باطل است. زیرا، دین ضامن تعهد مستقل و جدیدی نیست که جانشین تعهد مدیون شود؛ همان دین است که تغییر محل می یابد و بدیهی است که این جابه جایی نمی تواند آن را مشروع سازد.

## ۴. لزوم قابلیت تعیین دین

ضمان از عقود مسامحه ای است، بنابراین، لزومی ندارد که ضامن به میزان و شرایط و اوصاف دین آگاهی داشته باشد.<sup>۵۴</sup> ولی، علم اجمالی به گونه ای که بتواند موضوع قصد او قرار بگیرد لازم است<sup>۵۵</sup> به علاوه، برای اجرای تعهد ضامن و امکان مطالبه از او باید دین قابلیت تعیین داشته باشد، وگرنه، دین مجهول یا دینی که متعهد موضوع و مقدار آن را معین سازد از نظر حقوقی دین نیست و اثری ندارد.<sup>۵۶</sup>

همچنین، ضامن می تواند تمام دیون شخصی را برعهده گیرد یا ضامن طلب کسی شود که هنوز مدیون واقعی آن روشن نشده است یا او نمی داند. ولی، ضمان یکی از چندین دین، به گونه ای تردید آمیز که نتوان در آینده نیز آن را تعیین کرد، باطل است؛ چنان که در ماده ۶۹۴، پس از اعلام درستی ضمان از دین مجهول، آمده است: «.. لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.» همچنین است ضمانت بخش مبهمی از دین، مانند اینکه ضامن بگوید چیزی را ضمانت می کنم. (همان)

<sup>۵۳</sup> امامی، ۱۴۰۰، ج ۲، ص ۲۵۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق. ج ۱، ۲۵۵؛ نجفی، جواهرالکلام، ۱۳۹۸ق. ج ۲۶، ۱۴۰ و ۱۴۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق. ج ۱، ۳۱۵؛ یزدی، عروه الوثقی، ۱۴۱۴ق. ج ۲، ۳۳۰؛ برای دیدن نظر مخالف ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲، ش ۱۶۴ به بعد؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق. ج ۲، ۷۹؛ میرزای قمی، ۱۳۹۹، ۲۳۷

<sup>۵۴</sup> ماده ۶۹۴ ق.م.

<sup>۵۵</sup> ماده ۲۱۶ ق.م.

<sup>۵۶</sup> شهید ثانی، ۱۴۱۳ق. ج ۱، ۲۵۶

#### ۴- نتیجه گیری

از آنجایی که عقد ضمان فی مابین ضامن و مضمون له منعقد می شود، در نتیجه قصد و رضای طرفین معامله در زمره شروط صحت این عقد قرار میگیرد، اما رضایت یا عدم رضایت مضمون عنه هیچ تاثیری در عقد ضمان نخواهد داشت. در مورد اهلیت هم از آنجایی که انعقاد ضمان برای ضامن تصرفی کاملاً مالی و به ضرر وی می باشد در نتیجه داشتن اهلیت کامل استیفا برای ضامن شرط اساسی است اما برای مضمون له چنانچه صرفاً قبول انتقال دین از مضمون عنه به ضامن تلقی می شود در نتیجه قبول آن در حکم تملکات بلاعوض و به نفع مضمون له است پس اهلیت ناقص استیفا یعنی داشتن تمیز و عقل برای انعقاد ضمان کافی خواهد بود، هر چند در صورت اعسار ضامن و ایجاد حق فسخ، اعمال حق فسخ تصرفی مالی است که داشتن اهلیت استیفا به طور کامل شرط صحت اعمال آن خواهد بود. همچنین ملائمت ضامن در زمان عقد جزو شرایط صحت عقد محسوب نمی شود و اعسار ضامن صرفاً رافعی است که بعد از تشکیل عقد اثر عقد را از بین خواهد برد. در ضمان مطلق ورشکسته نبودن ضامن شرط صحت ضمان است که می بایستی اثبات شود و نه اینکه ورشکسته بودن را مانع ضمان تلقی کنیم و به استناد اصل عدم مانع حکم به صحت ضمان دهیم. منجز بودن نقل ذمه نیز جزو شرایط صحت ضمان است که در صورت معدوم بودن آن (معلق بودن) عقد ضمان باطل خواهد بود.

از دیگر شرایط درستی و نفوذ ضمان این است که دین اصلی موجود و مشروع باشد. به علاوه، اگر قبول شود که اثر عقد ضمان انتقال ذمه مدیون به ذمه ضامن است، دینی می

تواند موضوع ضمان قرار گیرد که قابل انتقال باشد، مالیت داشته باشد، و به اجمال معلوم و معین باشد. همچنین، مؤجل بودن دین خریدار در وجود آن ایجاد تردید نمی کند. چون سبب همیشه با مسبب همراه است، پس دینی که سبب آن ایجاد شده خود نیز باید موجود باشد. علاوه بر اینها، موضوع ضمان باید قابل تأدیه به وسیله دیگری باشد، بنابراین، از تعهدهای غیرمالی، مانند حضانت و تمکین و سکونت مشترک با همسر، نمی توان ضمانت کرد. شرط مال بودن موضوع ضمان و کلی بودن آن و شرط مشروع بودن دین موضوع ضمان نیز جزو شرایط صحت عقد ضمان خواهد بود که ملازمه عدمی با تشکیل عقد خواهد داشت، زیرا مشروعیت دین منطبق با قواعد نظم عمومی است که با اصول و قواعد عمومی قراردادها نیز سازگار است. اما معلوم بودن به علم تفصیلی جزو شرایط صحت عقد ضمان نیست و مجهول بودن دین و مضمون له یا مضمون عنه خللی به صحت عقد وارد نمیکند و شاید بتوان گفت جهل مطلق در مورد دین مانع تحقق ضمان خواهد بود، اما معین بودن و مردد نبودن یکی از چند دین به تصریح قانونگذار جزو شرایط صحت عقد محسوب خواهد شد.

#### منابع

- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، ریاض، دارعالم الکتب، ۱۴۱۷ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد (مقدس اردبیلی)، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشادالاذهان، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۲ ش.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ بیست و نهم، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۰۰
- بروجردی عبده، محمد، اصول قضایی - حقوقی، مستخرجه از احکام دیوان عالی کشور، تهران، نشر رهام، ۱۳۸۳
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۷.
- -----، ضمان عقودی در حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۲.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۵، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۹۱ ش.
- حلی، محمد بن حسن (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ش.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی، الموافقات، عربستان، خیر، دار ابن عفان، ۱۴۱۷ ق.
- شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۰ ق.
- -----، مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
- -----، تحرير الاحكام الشرعيه على مذهب الاماميه، قم، مؤسسه آل البيت، مؤسسه الامام الصادق، ۱۴۲۰ ق.
- -----، قواعد الاحكام، جلد ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ۱۴۱۳ ق.
- فاضل لنكراني، محمد، القواعد الفقهيّه، ج ۱، مقدمه به قلم محمد جواد فاضل لنكراني، چاپ اول، قم، مركز فقه الاثمه الاطهار عليهم السلام، ۱۳۸۳.
- فاضل مقداد، كنز العرفان، مكتب نويد اسلام، ۱۴۲۲ ق.
- قمی، ميرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، قم، فقه الثقلين، ۱۳۹۹ ش.
- كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجله، تهران، مجمع جهاني تقريّب مذاهب اسلامي، ۱۳۸۴ ش.
- محقق حلي، جعفر بن حسن، شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، تهران، مؤسسه اسماعليان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق ثاني (محقق كركي)، جامع المقاصد في شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- ناييني، محمد حسين، حاشيه العروه الوثقي، نجف، ۱۳۴۶ ق.
- نجفي جواهری، شيخ محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۶، دار الكتب الاسلاميه، ۱۳۹۸ ق.
- يزدي طباطبائي، سيد محمد كاظم، العروه الوثقي، قم، مؤسسسه الاعلمي للمطبوعات، ۱۴۱۴ ق.

استناد:

آقاسی، محسن، جعفری فشارکی، محمد. مذاقه ای بر سیاست تحول قاعده سبب مقتضی و عدم مانع در عقد ضمان در ایران. فصلنامه تحولات سیاسی اجتماعی معاصر ایران 140، 140،

<http://doi.org/10.30510/pscci.2025.502089.1236>