

گردآورنده: آقای مهدی گودرزی

منبع: وبلاگ حقوقدانان اراک

Arakilaw.blogfa.com

عنوان: مبحث ضمان و 46 نکته کلیدی مرتبط

نکته 1: عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است. به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند. (ماده 684 ق م)

نکته 2: عقد ضمان به معنی اعم، عقدی است برای تعهد به مال یا نفس. تعهد به نفس، کفالت است. (ماده 734 ق م) و تعهد به مال، حواله (ماده 724 ق م) و عقد ضمان است. (ماده 684 ق م)

نکته 3: عقد ضمان به معنای اخص دو نوع است:

الف: ضمان نقل ذمه

ب: ضمان ضم ذمه

در ضمان نقل ذمه وقتی ضامن با مضمون له (طلبکار) عقد را می بندد، مضمون عنه (بدهکار) بری می شود. و دینش بر ذمه ضامن قرار می گیرد. اما در ضمان ضم ذمه، مضمون عنه (بدهکار) بری نمی شود و ضامن به مضمون عنه اضافه می شود.

ضمان ضم ذمه خود دو نوع است:

الف: عرضی (تضامنی)

ب: طولی (وثیقه ای)

در ضمان عرضی، ضامن و بدهکار (مدیون) در عرض هم هستند. طلبکار (مضمون له) می تواند به هر کدام رجوع کند. اما در ضمان طولی، طلبکار (مضمون له) ابتدا به بدهکار (مدیون اصلی یا مضمون عنه) رجوع می کند، اگر نداد به ضامن رجوع خواهد کرد.

نکته 4: ضمان نقل ذمه عقدی است لازم (ماده 701 ق م)، معوض (عوضین عبارتند از برائت ذمه مضمون عنه در مقابل اشتغال ذمه ضامن)، مسامحه ای (مواد 694 و 695 ق م) و رضایی.

نکته 5: ضمان ضم ذمه عقدی است از طرف ضامن لازم ولی از طرف مضمون له جایز، مجانی (زیرا فقط باعث اشتغال ذمه ضامن می شود) رضایی و مسامحه ای.

نکته 6: اصولاً ضمان به نحو اطلاق چه در قانون و چه در تست، منصرف به ضمان نقل ذمه است و ضمان ضم ذمه نیاز به تصریح دارد.

قانون مدنی صریحاً عقد ضمان مبتنی بر نقل ذمه را پذیرفته است (مواد 684 و 698 ق م) ولی عرف ضم ذمه را می پذیرد. آن هم ضم ذمه طولی.

نکته 7: ضمان، عقدی است عهدی (چه نقل ذمه، چه ضم ذمه) چون اثر آن تعهد ضامن است. ضمان نقل ذمه معوض است. ولی ضمان ضم ذمه مجانی است. اگر در تست مطلق آمد ضمان، عقدی معوض است.

نکته 8: اثر حقوقی ضمان نقل ذمه، انتقال دین از مدیون به ضامن و اثر حقوقی ضمان ضم ذمه، التزام به تادیه ضامن است.

نکته 9: گفته شد که ضمان ضم ذمه عقدی است مجانی و ضمان نقل ذمه عقدی معوض است. در ضمان نقل ذمه ضامن می گوید. من ضامنم (و ذمه اش مشغول می شود) و طلبکار (مضمون له) نیز طلبش را از مدیون اسقاط می کند. (اسقاط طلب)

نتیجه ای که از این مطلب به دست می آید این است که در ضمان نقل ذمه مضمون له باید اهلیت کامل داشته باشد. چون بدهکار را از دست می دهد و بری می نماید. (به عبارت دیگر

ریسک می کند) ولی در ضمان ضم ذمه اینطور نیست. چون عقد کاملاً به سود مضمون له است. پس طلبکار می تواند صغیر ممیز یا سفیه باشد. (نه مجنون یا صغیر غیر ممیز)

نتیجه: در عقود معوض اهلیت کامل شرط است. ولی در عقود مجانی عقد به نفع هر کسی که هست، می تواند سفیه یا صغیر ممیز باشد.

نکته 10: در ضمان نقل ذمه، ضامن و مضمون له باید برای معامله اهلیت داشته باشند. (ماده 686 ق م) و اهلیت مضمون عنه شرط نیست. به همین دلیل است که طبق ماده 687 ق م از محجور و میت نیز می توان ضمانت کرد.

نکته 11: در مورد فلسفه عقد ضمان دو نظر وجود دارد:

الف: نظر اول که مبتنی بر نقل ذمه است نظر فقهای شیعه است. آنها بر این اعتقادند که فلسفه عقد ضمان حمایت از بدهکار است و ضمان برای کمک و احسان به بدهکار است. با انعقاد عقد ضمان بدهکار بری و ضامن مشغول الذمه می شود. (نقل ذمه)

ب: نظر دوم که مبتنی بر ضم ذمه است. نظر حقوقدانان اروپایی و فقهای اهل سنت است که معتقدند فلسفه عقد ضمان حمایت از طلبکار است. عقد ضمان برای این است که طلبکار مطمئن شود به طلبش می رسد. که در نتیجه این نوع عقد ضمان، بدهکار بری نمی شود. (ضم ذمه)

نکته 12: عقد ضمان از جمله عقود احسان و مبتنی بر مسامحه است که علم اجمالی به آن کفایت کفایت می کند. (مواد 695 و 694 و 216 ق م)

نکته 13: منظور از ضمان ترامی (ماده 688 ق م) آن است که پس از انعقاد ضمان، شخصی (غیر از مضمون عنه) از ضامن ضمانت نماید. مثلاً علی به آقای ایکس بدهکار است. حسن ضامن علی می شود. و علی بری می شود. حسین ضامن حسن می شود. و حسن بری می شود. و به همین ترتیب، که به آن ترامی می گویند.

اما منظور از ضمان دور آن است که مضمون عنه پس از عقد ضمان، از ضامن ضمانت کند. مثلاً علی به آقای ایکس بدهکار است. حسن ضامن علی می شود. و علی بری می شود. بعد از مدتی علی ضامن حسن می شود. و حسن بری می شود. و به همین ترتیب.

در دور بین دو نفر است. و در ترامی بین دیگران. اما در هر دو یک نفر ضامن می شود. اگر آن فرد، خود مدیون بود، می شود دور. و اگر شخص دیگری بود می شود ترامی (ماده 688 ق م هر دو را در بر می گیرد)

نکته 14: مال موضوع دین که در ماده 684 ق م آمده است. ممکن است عین باشد. (مانند پول) یا منفعت یا انجام دادن کار، منوط بر اینکه مباشرت مدیون شرط نباشد. که در این صورت نمی توان از آن ضمانت کرد. (زیر نویس 2 ماده 648 ق م دکتر کاتوزیان)

نکته 15: از تعهدات غیر مالی مانند حضانت، تمکین و سکونت مشترک با همسر نمی توان ضمانت کرد. زیرا این تکالیف قابل انتقال به ذمه نیست. (زیر نویس 1 ماده 684 ق م دکتر کاتوزیان)

نکته 16: موضوع ضمان، دین است. این دین باید کلی فی الذمه باشد. نمی توان از عین معین ضمانت کرد. از غاصب نیز نمی توان برای رد عین ضمانت کرد. اگر کسی برای رد عین از غاصب ضمانت کند، این دیگر ضمان اصطلاحی نیست. بلکه ضمان از اعیان مضمونه است که نوعی تعهد به فعل ثالث می باشد. (زیر نویس 3 ماده 648 ق م دکتر کاتوزیان)

نکته 17: عقد ضمان بین ضامن و طلبکار (مضمون له) بسته می شود. و بدهکار (مضمون عنه یا مدیون اصلی) دخالتی ندارد. به همین دلیل است که در ماده 685 ق م آمده است: "در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست."

تنها عقدی که در قانون مدنی 3 اراده می خواهد عقد حواله است (ماده 724 ق م)

نکته 18: گفته شد که موضوع ضمان دین است. بنابراین موقع عقد، دین باید وجود داشته باشد. تا بر عهده ضامن قرار بگیرد. اما قانونگذار سختگیری نکرده و از ماده 691 ق م (مفهوم مخالف آن) استنباط می شود که وجود دین لازم نیست. همین که سبب، مقتضی یا علت آن باشد کافی است.

مثلا برای مدیون شدن شوهر به دادن نفقه دو عامل لازم دارد:

الف: عقد نکاح

ب: تمکین زن

پس عقد نکاح برای مدیون شدن شوهر به دادن نفقه کافی نیست. ولی چون سبب آن (نکاح) به وجود آمده، ضمانت ضامن از نفقه آینده زن صحیح است.

نکته 19: طبق ماده 689 ق م هر گاه چند نفر ضامن شخصی شوند، مانند آن است که مضمون له با چند ایجاب مواجه می گردد. لذا هر یک از ایجاب ها که مورد قبول مضمون له واقع شود، موجب انعقاد ضمان می گردد.

نکته 20: در ضمان لازم نیست ضامن مال دار باشد. (ماده 690 ق م) اما اگر ضامن مالدار نباشد و طلبکار هم جاهل به آن باشد، طلبکار (مضمون له) حق فسخ دارد. مبنای این حق فسخ، خیار تخلف از شرط صفت ضمنی (شرط تبانی) است. (زیر نویس 1 ماده 690 ق م دکتر کاتوزیان) اما اگر ضامن بعد از عقد غیر ملکی شود، مضمون له خیاری نخواهد داشت.

نکته 21: ضمان از جمله عقود تبعی است. (عقود تبعی قانون مدنی: ضمان، حواله، کفالت، رهن) و تابع وجود دین است. همچنین در عقد ضمان از دین حال می توان به صورت موجب ضمانت کرد. یا از دین موجب به صورت حال ضمانت کرد.

حتی اگر دین اصلی وثیقه داشته باشد، ضمان می تواند وثیقه نداشته باشد. همچنین دین می تواند وثیقه نداشته باشد اما ضمان وثیقه داشته باشد. (مواد 692، 693، 702، 703، 704، 715، 716 ق م)

نکته 22: اگر به هنگام عقد ضمان، سبب دین موجود نباشد عقد ضمان به لحاظ فقدان موضوع (بند 3 ماده 190 ق م) باطل است. به عبارت دیگر ماده 691 ق م از مصادیق ضمان ما لم یجب است.

نکته 23: تعلیق در ضمان (مواد 699، 700، 723 ق م)

تعلیق در ضمان 2 قسم است:

الف: تعلیق در ضمان نقل ذمه

ب: تعلیق در ضمان ضم ذمه

الف: تعلیق در ضمان نقل ذمه: طبق بند 1 ماده 699 ق م تعلیق در ضمان نقل ذمه باطل است. به دلیل اینکه اثر حقوقی ضمان نقل ذمه انتقال دین است. لذا، ضامن و طلبکار نمی توانند انتقال دین را که اثر نقل ذمه است معلق کنند و الا باطل است. به دیگر سخن ضمان باید منجز باشد. و علت آنکه عقد ضمان نمی تواند معلق باشد این است که عقد ضمان از عقود وثیقه است و وثیقه معلق بی معنی است.

ب: تعلیق در ضمان ضم ذمه: تعلیق در این نوع ضمان صحیح است. و ضامن می تواند ضم خود را معلق کند. یعنی همان ضمان طولی (بند 2 ماده 723 ق م)

نکته 24: تعلیق ضمان به شرایط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد، من ضامنم. موجب بطلان آن نمی شود. (ماده 700 ق م)

نکته 25: رابطه بند 1 ماده 699 ق م و ماده 700 همان قانون تخصّص است. نه تخصیص. به عبارت دیگر ماده 700 ق م تخصّصا از ماده 699 ق م خارج است.

نکته 26: طبق بند 2 ماده 699 ق م در ضمان نقل ذمه التزام ضامن می تواند معلق باشد. و باطل نیست. چون تعلیق، در التزام است نه در ضمان.

ضامن به طلبکار می گوید من ضامنم (که معلق نیست) عقد به طور منجز واقع شد و دین منتقل شد. حال ضامن می گوید من ضامنم ولی اول به بدهکار رجوع کن که بری شده، اگر نداد من دین را می دهم.

به عبارت دیگر در بند 1 ماده 699 ق م همه چیز معلق است. و انتقال دین صورت نگرفته است. اما در بند 2 ماده 699 ق م انتقال دین صورت گرفته است. و تنها التزام در تادیه دین است که معلق است که آن هم صحیح است.

نکته 27: طبق ماده 701 ق م ضمان (مبتنی بر نقل ذمه) نسبت به ضامن و طلبکار (مضمون له) عقدی لازم است. اما ضمان مبتنی بر ضم ذمه نسبت به ضامن لازم و نسبت به مضمون له جایز است. (ماده 187 ق م) (که در قانون نیست و فقط دکتر لنگرودی به آن اشاره نموده است مثل رهن و کفالت)

از عبارت فوق نتیجه گیری می کنیم که ضمان نقل ذمه قابل اقاله نیست. در صورت اقاله، اقاله آن غیر نافذ است. زیرا در نتیجه ضمان نقل ذمه، مدیون اصلی بری می شود. و با اقاله این

عقد، موجب می شود. که شخص بری بدون اراده خویش مدیون شود. (زیر نویس 3 ماده 283 ق م د کتر کاتوزیان)

ولی ضمان ضم ذمه به دلیل آنکه مدیون اصلی بری نمی شود و اقاله این عقد به هیچ وجه موجب ضرر او نمی شود. لذا اقاله ضمان مبتنی بر ضم ذمه با اشکالی مواجه نیست.

نکته 28: ماده 697 ق م و ضمان عهده:

وقتی عقدی باطل است طرفین باید عوضین را برگردانند. حال اگر طرفین برای برگرداندن عوضین به هنگام بطلان عقد، ضامن بدهند این به معنای ضمان عهده است. مثلاً حسن و علی عقدی می بندند. علی واهمه دارد که عقد باطل باشد (باشد نه بشود) به همین دلیل از حسن در خواست ضامن می کند که اگر عقد باطل بود برای گرفتن عوض، مستقیم به ضامن رجوع کند و عوض را بگیرد. اگر عوض عین معین بود، می شود تعهد به فعل ثالث. و کلی بود، ضمان عهده است.

نکته 29: ضمان عهده در تمام مواردی که عقد باطل است مجری است. اما قانونگذار فقط در یک مورد ضمان عهده را گفته است و آن بطلان عقد در موردی است که مورد عقد مستحق للغیر (فضولی) است. (ماده 697 ق م)

اما ما از ماده 697 قانون مدنی ملاک می گیریم که به هر دلیل که عقد باطل باشد ضمان عهده صحیح است.

نکته 30: ضمان عهده در جایی است که عقد باطل است. (یا به جهت مستحق للغیر یا جهات دیگر) ولی اگر فسخ یا اقاله شود ضمان عهده شامل آن دو نمی شود مگر اینکه تصریح شود. (زیر نویس 1 ماده 708 ق م د کتر کاتوزیان)

نکته 31: ماده 705 ق م مصداق ماده 231 قانون امور حسبی است. و با ماده 505 ق م ارتباطی ندارد.

نکته 32: عقد ضمان (مبتنی بر نقل ذمه) عقدی است لازم که در 3 مورد قابل فسخ است. یکی در مورد اعسار ضامن (ماده 690 ق م) و دیگری در صورت تخلف از مقررات و شروط عقد ضمان و آخر، وجود حق فسخ نسبت به دین مضمون له (ماده 701 ق م)

نکته 33: ضمانت از یکی از چند دین به نحو مردد، باطل است. به جهت نامعین بودن موضوع عقد (قسمت اخیر ماده 694 ق م)

نکته 34: اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد زیاده بر آنچه داده نمی تواند از مدیون مطالبه کند. به دلیل آنکه عقد ضمان از عقود احسان و مبتنی بر مسامحه است و نمی توان از آن منتفع شد. (ماده 713 ق م)

نکته 35: طبق ماده 709 ق م ضامن وقتی می تواند به مضمون عنه رجوع کند که دین را پرداخته باشد. اما برای رجوع ضامن به بدهکار دو شرط دیگر نیز لازم است:

الف: اول اینکه ضامن اذن داشته باشد. (ماده 267 ق م)

ب: دوم اینکه ضامن قصد تبرع نداشته باشد. (ماده 720 ق م)

نکته 36: خیار شرط در عقد ضمان راه ندارد. اما در ضمان ضم ذمه می توان خیار شرط گذاشت:

نکته 37: در ضمان مبتنی بر نقل ذمه به ذمه، پس از انعقاد عقد، دین از مضمون عنه به ضامن منتقل می شود. (ماده 698 ق م)

بنابراین اگر مضمون له که از ضامن طلبکار است به ضامن بدهکار شود میان این دو دین تهاتر رخ می دهد. پس اگر بعد از ضمان، مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد. زیرا مضمون له که دیگر طلبی از مضمون عنه ندارد به شخص اخیر مدیون شده است. در این صورت چون رکن تهاتر، تقابل دو دین است (ماده 294 ق م) وجود ندارد. لذا ضامن بری نمی شود. (زیرا ضامن در رابطه دینی حاصله، ثالث تلقی می گردد)

نکته 38: در نکته قبل گفته شد که در ضمان مبتنی بر نقل ذمه به ذمه، اگر مضمون له به مضمون عنه بدهکار شود موجب فراغ ذمه ضامن نمی شود. چون مضمون عنه در ضمان نقل، در حکم بیگانه است.

اما در ضمان مبتنی بر ضم ذمه به ذمه اگر مضمون له به مضمون عنه بدهکار شود. هر دو دین به تهاتر ساقط شده است و موجب فراغ ذمه ضامن می شود. (زیر نویس 1 ماده 297 ق م دکتر کاتوزیان)



نکته 39: در صورتی که مضمون عنه، دین را بپردازد با پرداخت مجدد دین توسط ضامن، ضامن حق رجوع به مضمون عنه را ندارد ولو اینکه از پرداخت اول آگاه نباشد. زیرا آنچه می پردازد دین مضمون عنه نیست پولی است که ناروا پرداخته و قابل استرداد است. (ماده 301 ق م)

نکته 40: پس از انعقاد عقد ضمان (نقل ذمه) مضمون عنه بری می شود و در رابطه با مضمون له و ضامن مانند شخص ثالث است. بنابراین اگر مضمون عنه، دین را بدهد در واقع مانند آن است که ثالثی دین مدیون را پرداخته است. لذا مشمول ماده 267 ق م می گردد که اگر مضمون عنه اذن در پرداخت داشته باشد حق رجوع به ضامن را خواهد داشت.

نکته 41: پس از ابرای ضامن از سوی مضمون له، به دلیل آنکه ضامن چیزی به مضمون له نپرداخته لذا حق رجوع به مضمون عنه را نخواهد داشت. چون ملاک رجوع ضامن به مضمون عنه؛ تحمل غرامت است نه تحصیل براءت. (زیر نویس 1 ماده 719 ق م دکتر کاتوزیان)

نکته 42: حواله نیز مانند تهاتر در حکم پرداخت است. و ضامن پس از تحقق حواله حق رجوع به مضمون عنه را دارد. (ماده 710 ق م)

نکته 43: کلمه "عقدی" که در عبارت "در ضمان عقدی" در ابتدای فصل چهاردهم از کتاب قانون مدنی آمده است برای تمیز از ضمان قهری است.

نکته 44: دلیل آنکه اگر مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد. حق رجوع به مضمون عنه را دارد (ماده 712 ق م) این است که ضامن از راه مالکیت ما فی الذمه از محل سهم الارث خود ایفاء دین مدیون اصلی را نموده است. (بند 6 ماده 264 و ماده 300 ق م)

نکته 45: ماده 720 ق م مفهوم مخالف ندارد. و از آن نمی توان نتیجه گرفت که اگر ضامن قصد تبرع نداشته باشد حق رجوع به مضمون عنه را دارد. زیرا معیار رجوع به مضمون عنه اذن اوست نه قصد ضامن. به عبارت دیگر قصد تبرع، اذن را از بین می برد. (زیر نویس 1 ماده 720 ق م دکتر کاتوزیان)

نکته 46: التزام به تادیه (ماده 723 ق م) ماهیتاً قرارداد خصوصی (ماده 10 ق م) یا همان شرط ابتدایی در اصطلاح فقهاست. این التزام به تادیه، ماهیتاً ضمان (نقل ذمه) نیست بلکه ضم ذمه است که قانون مدنی نامی از آن نبرده است.