



Ilam University



Iranian Association  
of Constitutional Law

# The Nature and Effects of Inkind-Guarrantee in the Iranian, Jordanian and Egyptian Law

Reza Hossein Gandomkar<sup>1</sup>

1. Associ. Prof. in Private Law Dep., Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran. E-mail: [rh.gandomkar@qom.ac.ir](mailto:rh.gandomkar@qom.ac.ir)

## Article Info

## ABSTRACT

### Article type:

Research Article

### Article history:

Received 26 January 2024

Received in revised form 27 February 2024

Accepted 11 March 2024

Available online 26 March 2024

### Keywords:

guarantee,  
mortgage,  
payment from certain property,  
effect of payment,  
objections,  
nature of payment from certain property

Objective guarantees are one of the important guarantees for fulfilling obligations in legal systems. Sometimes the guarantee is personal, and a person undertakes to pay the debtor's debt, and sometimes it is concrete, in such a way that a certain property becomes a guarantee for the payment of the debt. In personal deeds, due to factors such as default and bankruptcy of the guarantor, the right of the creditor is at risk. One of the reliable legal ways to guarantee the creditor's rights is to use concrete collateral. A surety bond or a surety bond is one of these sure methods. According to that, the guarantor, with the consent of the creditor, while assuming the debt, makes the payment of the debt from the property that belongs to him. In fact, there is a kind of private imprisonment for this property. In Iranian law, despite the guarantee contract and relatively detailed regulations, there are no regulations regarding the subject of the article, and the legal writers have not adequately covered all aspects of the subject. In the laws of Islamic countries, including Jordan, Egypt, this issue has been raised under the title of objective guarantee, and various debates have been raised regarding it. Considering the importance and applicability of the subject, this article has been dealt with in a comparative manner. The main question of this research is whether this type of legal institution is acceptable in Iran's legal system, and if the answer is yes, what are its nature and effects? In response to this question, with analytical and descriptive methods, we came to the conclusion that the nature of this contract is a combination of guarantee and mortgage, and its main and direct effects in the relationship between the guarantor and the creditor are the possibility of recourse by the creditor and the guarantor's obligation to pay the debtor's debt from the specified property. By paying the debt from the aforementioned property, the guarantor can refer to the debtor. When facing the creditor, the guarantor can refer to objections related to religion and what is not personal.

**Cite this article:** Gandomkar, Reza Hossein. (2024). The nature and effects of inkind-guarrantee in the Iranian, Jordanian and Egyptian Law. *Comparative Studies on Islamic Countries Law*, 2 (1), 1- 18. <http://doi.org/10.22034/LCS.2024.2025736.1039>



© The Author(s).

DOI: <http://doi.org/10.22034/LCS.2024.2025736.1039>

**Publisher:** Ilam University.



Ilam University



Iranian Association  
of Constitutional Law

## بررسی تطبیقی ماهیت و آثار ضمان با وثیقه عینی (کفالت عینی) در حقوق ایران، اردن و مصر

رضا حسین گندمکار<sup>۱</sup>

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: [rh.gandomkar@qom.ac.ir](mailto:rh.gandomkar@qom.ac.ir)

### اطلاعات مقاله

### چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

کلیدواژه‌ها:

ضمانت،

رهن،

پرداخت از مال معین،

اثر پرداخت،

ایرادات،

ماهیت پرداخت از مال معین

تضمینات عینی یکی از تضمینات مهم برای ایفا تعهدات در نظام‌های حقوق است. تضمین گاهی به صورت شخصی است و شخصی پرداخت دین مدیون را بر عهده می‌گیرد و گاه عینی است، بدین صورت که مال معینی وثیقه پرداخت دین قرار می‌گیرد. در وثایق شخصی به دلیل عواملی از قبیل اعسار و افلاس ضامن، حق طلبکار در معرض خطر قرار می‌گیرد. یکی از راه‌های حقوقی مطمئن برای تضمین حقوق طلبکار استفاده از وثیقه عینی است. ضمان با وثیقه عینی یا ضمان به شرط پرداخت از مال معین یکی از این طرق مطمئن است. به موجب آن ضامن با موافقت طلبکار ضمن بر عهده گرفتن دین پرداخت دین را از مال معین متعلق به خود قرار می‌دهد. در واقع، نوعی حبس خصوصی نسبت به این مال واقع می‌شود. در حقوق ایران با وجود عقد ضمان و مقررات نسبتاً تفصیلی در خصوص موضوع مقاله مقرراتی وجود ندارد و نویسندگان حقوقی هم به طور مستوفی به تمام جوانب موضوع پرداخته‌اند. در حقوق کشورهای اسلامی از جمله اردن و مصر و عراق تحت عنوان کفاله عینی این موضوع مطرح و بحث‌های مختلفی نسبت به آن مطرح شده است. نظر به اهمیت و کاربردی بودن موضوع به صورت تطبیقی به این مطلب پرداخته شده است. سؤال اصلی این پژوهش آن است که آیا این نوع نهاد حقوقی در نظام حقوقی ایران قابل پذیرش است و اگر پاسخ مثبت است، ماهیت و آثار آن چیست؟ در پاسخ به این پرسش با روش تحلیلی و توصیفی به این نتیجه رسیدیم که ماهیت این قرارداد مرکب از ضمانت و رهن است و آثار اصلی و مستقیم آن در رابطه بین ضامن و طلبکار امکان رجوع طلبکار و الزام ضامن به پرداخت دین بدهکار از محل مال معین است و با پرداخت دین از مال مزبور ضامن می‌تواند، به مدیون رجوع کند. ضامن در مواجهه با طلبکار می‌تواند، به ایرادات مربوط به دین و آنچه جنبه شخصی ندارد، استناد کند.

**استناد:** گندمکار، رضا حسین (۱۴۰۳). بررسی تطبیقی ماهیت و آثار ضمان با وثیقه عینی (کفالت عینی) در حقوق ایران و اردن و مصر. *مطالعات تطبیقی*

*حقوق کشورهای اسلامی*، ۲ (۱)، ۱۸-۱.

<http://doi.org/10.22034/LCS.2024.2025736.1039>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه ایلام.



## مقدمه

هدف اصلی از انعقاد قرارداد دسترسی هر یک از متعاقدين به مورد معامله است. زیرا، تردیدی نیست که قراردادهای رفع نیازهای مشروع بشری وضع شده‌اند و این مهم در صورتی تحقق می‌یابد که هر طرف به آنچه در قرارداد توسط طرف دیگر تعهد شده است، دست یابد. نقض تعهد از سوی متعهد و پیمان‌شکنی او از دغدغه‌های طرفین قرارداد است. برای رفع این مخاطرات قراردادی نظام‌های حقوقی روش‌ها و نهادهای حقوقی مختلفی را پیش‌بینی کرده‌اند. تضمینات شخصی و عینی از جمله مهم‌ترین این وثایق هستند. ضمانت عبارت از بر عهده گرفتن دین مدیون به‌وسیله ضامن و تعهد او به ادا دین است. ضمان با وثیقه عینی نیز از تضمینات معتبر است. ضمان با وثیقه عینی عبارت است از اینکه مدیون ضامن بر عهده گرفتن دین مدیون در برابر طلبکار پرداخت آن را در مال معینی از اموال خود قرار می‌دهد. این تأسیس حقوقی که در سالیان اخیر در حقوق کشورهای عربی مطرح است، موسوم به کفالت عینی است و مقصود از این تأسیس حقوقی آن است که شخص غیرمدیون (ثالث) با موافقت طلبکار متعهد می‌شود، طلب او را از مال منقول یا غیرمنقولی که در توافق معین می‌شود، بپردازد. تعهد ضامن محدود به پرداخت طلب از همان مال معین است و در صورت نقص تلف یا عدم کفایت مال برای تأدیه دین تعهد به سایر اموال او تسری نمی‌یابد (سنه‌وری؛ ج ۱۰: ۲۰۰۴ ص ۱۷). تفاوت اساسی این نوع وثیقه عینی با رهن متعارف این است که رهن توسط مدیون و از اموال او برای تضمین پرداخت دین تعیین و به قبض طلبکار داده می‌شود. لیکن در این نوع از توثیق شخص ثالث غیرمدیون متعهد به پرداخت دین مدیون از مال معینی از اموال خود می‌گردد و حدود مسئولیت او محدود به همین مال است. معمولاً در عقد رهن در صورت عدم کفایت مال مرهون برای ادا دین دائن می‌تواند، به سایر اموال بدهکار رجوع کند. ولی، در این نوع وثیقه حق رجوع به سایر اموال نیست. اهمیت این نوع از تأمینات در حفظ حقوق طلبکار در مقابل افلاس بدهکار و ضامن است و طلبکار حق عینی بر مال مورد وثیقه پیدا می‌کند و در استیفای طلب از مال بر سایر طلبکاران حق تقدم دارد و می‌تواند مال را در دست هر کس بیابد، او را تعقیب کند. این نهاد حقوقی در حقوق ایران به‌وضوح شناسایی نشده است. لیکن، عقد ضمان و رهن به‌عنوان دو عقد معین از دیرباز در فقه و قانون مدنی پیش‌بینی شده است (مواد ۶۹۸ تا ۷۷۱ ق.م). تفاوت این نوع ضمانت با رهن این است که در عقد رهن در صورت عدم کفایت عین مرهونه برای ایفای دین طلبکار برای استیفا مابقی دین می‌تواند، به مدیون رجوع کند (ماده ۷۸۱ ق.م). همچنین تفاوت این نوع ضمانت با ضمان معمول این است که در ضمانت ضامن پرداخت دین از کلیه اموال خود است اما در ضمان با وثیقه عینی (کفالت عینی) مسئولیت ضامن محدود به مال معرفی شده است. هرچند این نوع قرارداد به‌صراحت در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است، لیکن با مراجعه به مقررات عقد ضمان و رهن می‌توان قواعد حاکم بر این نهاد حقوقی جدید را به دست آورد. این قرارداد بین ضامن و با موافقت طلبکار واقع می‌شود و رضایت مدیون در آن شرط نیست. هرچند، در مراجعه ضامن به مدیون مؤثر است. این مقاله در ضمن چهار قسمت تقدیم می‌شود: اول، تبیین ماهیت؛ دوم، رابطه طلبکار و ضامن؛ سوم، رابطه ضامن و مدیون اصلی و چهارم، ایرادات و دفاعیات قابل طرح به‌وسیله ضامن.

## ماهیت و صور ضمان با وثیقه عینی در فقه امامیه و حقوق ایران و مصر

ضمانت عینی به سه شکل قابل انجام است:

اول، شرط ضمن عقد بدین صورت که در ضمن عقد ضمان شرط شود که ضامن دین خود را از مال معینی مثلاً فروش منزل مسکونی معین متعلق به خود پرداخت کند (شرط فعل یا شرط نتیجه) این نوع از ضمان با توجه به عموماً لزوم وفا به شرط (المؤمنون عند شروطهم) صحیح است و تردیدی در صحت شرط و عقد نشده است (حکیم، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۰۸؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۳۲۱). در این نوع ضمان برای طلبکار نوعی حق عینی نسبت به مال توثیقی

شبهه حق الرهانه (حلی، بی‌تا، ج ۱۲: ۳۸۲) ایجاد می‌شود و مضمون‌له در استیفا حق خود از مال بر دیگر بستانکاران مقدم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶۵ قنواتی: ۹۴).

دوم، ضمان به نحو تقیید: بدین معنا که ادای دین از مال معین قید عقد ضمان باشد به عبارت واضح‌تر ضامن عقد ضمانی را واقع می‌سازد که پرداخت از مال معین قیدان است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۶: ۱۱۳). در این شکل از عقد ضمان دین به ذمه ضامن منتقل لیکن دین مورد ضمانت مقید به پرداخت از محل مال معینی می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۴۲۴). اصل صحت شروط و اطلاق ادله آن شامل این نوع عقد از ضمان می‌گردد.

سوم، تحقق ضمان به صورت اشتغال عهده خود مال یعنی بدون آنکه ذمه ضامن مشغول شود ضمانت و اشتغال ذمه نسبت به خود مال صورت گیرد. نمونه این نوع از ضمان در فقه در خصوص عبد جانی بحث شده است. در جایی که عبد مرتکب جنایتی مستوجب دیه گردد، چون عبد مال است خود مال ضامن پرداخت دیه گردد و مالک در قبال زیان وارده از عبد مسئولینی ندارد و حداکثر تا میزان ارزش عبد را می‌توان به عنوان خسارت مطالبه کرد و مازاد بر آن بر عهده مالک نیست (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۶: ۱۱۴). این نوع از ضمان قابل نقد است؛ زیرا اموال اهلیت طرف قرار گرفتن در تعهد را ندارند و می‌توانند موضوع یا متعلق تعهد قرار گیرند، نه طرف تعهد (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۳: ۳۲۶). حال آنکه عقد ضمان موجب اشتغال ذمه می‌شود، پس لازمه تحقق ضمان تصور وجود ذمه برای ضامن است و اموال فی‌نفسه چنین قابلیت را ندارند. همان‌گونه که بیان شد، ضمانت با وثیقه عینی عبارت است از اینکه ضامن (کفیل) مال منقول یا غیرمنقولی را که مالک آن است، برای تضمین ایفا تعهد شخص دیگری قرار می‌دهد و جز در حدود مال ضامن پرداخت نیست. بر این اساس این نوع قرارداد را می‌توان از جمله قراردادهای رهن شمرد؛ اما ضامن عینی ابتدا دین را بر عهده می‌گیرد و سپس همزمان مال معینی را وثیقه پرداخت آن قرار می‌دهد. از این رو، این عقد از یک جهت ضمان و از جهت دیگر رهن است. ولی، رهنی که میزان تعهد محدود به ارزش مال معین است و به سایر اموال ضامن سرایت نمی‌کند. لذا احکام رهن بر این نوع عقد قابل اعمال است. با توجه به طبیعت خاص این نوع از ضمان به نظر می‌رسد که ماهیتی دوگانه دارد. از یک طرف، عقد ضمان است و ضامن دین را بر ذمه می‌گیرد و از سوی دیگر، پرداخت دین را مقید به پرداخت از مال معینی می‌کند که این مال رهن دین قرار می‌گیرد و همچنین نوعی تبدیل تعهد به اعتبار دین (بند ۱ ماده ۲۹۲ ق.م.و) واقع می‌شود و دین که به صورت کلی بر عهده ضامن واقع شده است، تبدیل به پرداخت از قیمت مال معین می‌شود. در نتیجه آثار و احکام این عقد تابع ضمان و رهن و نیز تبدیل تعهد خواهد بود. لازم به ذکر است که می‌توان شرط تضامن بین ضامن و مدیون نیز در این عقد قرارداد. در این صورت امکان مراجعه و مطالبه طلبکار از مدیون اصلی و ضامن وجود دارد. همچنین می‌توان چندین ضامن را با قید تضامن بین ایشان یا بدون قید تضامن برای دین واحد قرارداد. مقررات مواد ۲۴۱ و ۷۷۱ و ۶۹۳ قانون مدنی ایران قابل اعمال بر این موضوع است. شرط پرداخت از مال معین تعلیق ضمان نیست؛ بلکه تعهد جدیدی را برای ضامن ایجاد می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۳: ۳۲۶). این نوع ضمان در قانون مدنی مطرح نشده است، لیکن نویسندگان حقوق در آثار خود تحت عنوان ضمان با وثیقه عینی (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶۵)، ضمان به شرط تأدیه از مال معین (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۳۲۶) و کفاله عینی (سنهوری، ۲۰۰۴، ج ۱۰: ۱۷) بدان پرداخته‌اند. در حقوق عراق بر اساس ماده ۱۲۸۷ و ۱۳۲۵ قانون مدنی و در حقوق مصر طبق مواد ۱۰۳۳ و ۱۰۹۶ قانون مدنی این نوع عقد رهن است و لیکن تعهد ضامن محدود به ارزش مال معین است. با توجه به اختلاف آرا فقهای امامیه و عامه در اثر عقد ضمان و مقررات قانون مدنی و قانون تجارت ایران در عقد ضمان آثار این نوع ضمان جای بررسی دارد.

## آثار ضمان با وثیقه عینی

در خصوص آثار این نوع قرارداد می‌توان به سه اثر مهم اشاره کرد. اول، اثر آن در رابطه بین طلبکار و ضامن؛ دوم، اثر آن در رابطه بین مدیون و ضامن و سوم، ایرادات و دفاعیاتی که ضامن می‌تواند به آن‌ها استناد کند.

### رابطه بین ضامن عینی و طلبکار

بر اساس نظر فقها امامیه و قانون مدنی (ماده ۶۹۸) عقد ضمان موجب نقل دین از ذمه ضامن به ذمه مدیون می‌شود؛ اما این نظر در قانون مدنی مصر و اردن و نیز عراق علی‌رغم تأثیر آن از فقه حنفی پذیرفته نشده است. طبق نظر فقها عامه ضمان موجب اشتغال ذمه ضامن در کنار مدیون گردیده (ضم ذمه به ذمه) و در نتیجه طلبکار حق مطالبه دین را از هر دو دارد. لذا، طلبکار حق مطالبه از ضامن را در حد مال معینی که برای وفا به دین اختصاص یافته است را دارد (سرحان، ۲۰۰۷: ۲۰۶). قانون مدنی ایران با وجود پذیرش نقل ذمه در ماده ۶۹۸ ق.م. در ماده ۶۹۹ و ۷۲۳ امکان رجوع به صورت طولی را برای مدیون مجاز دانسته است. لذا، طبق این مقررات به نظر می‌رسد، می‌توان شرط کرد که طلبکار بتواند بدو به مدیون رجوع و اگر او نپرداخت به ضامن رجوع کند.

### زمان ادای دین به وسیله ضامن در حقوق ایران و اردن

طلبکار قبل از حلول زمان پرداخت دین حق مطالبه دین را از ضامن ندارد. ضمانت یک عقد تبعی است و شرایط آن تابع عقد اصلی است و تعهدات ناشی از آن نباید شدیدتر از عقد اصلی باشد. اگر در عقد ضمان موعدی برای پرداخت معین نشده باشد، زمان پرداخت زمان پرداخت مدیون خواهد بود و در صورت تعیین زمان ادا دین توسط ضامن موعد پرداخت این زمان خواهد بود و لو دین اصلی حال شده باشد. بر اساس ماده ۱/۹۶۶ قانون مدنی اردن ضامن بعد از حال شدن دین باید آن را ادا کند. زمان پرداخت دین ضامن طبق مقررات قانون مدنی اردن نباید زودتر از زمان دین مدیون اصلی باشد؛ زیرا تعهد ضامن نباید اشد از تعهد مدیون باشد. لیکن اگر تغییری در زمان ادا دین به نفع مدیون انجام شود. مثلاً، زمان ادا به حکم دادگاه به تأخیر افتد ضامن از آن بهره‌مند می‌شود (تناغو، ۱۹۸۵: ۵۸). ضمانت مؤجل از دین باعث تعجیل دین ضامن و مدیون می‌گردد، مگر این تعجیل فقط برای ضامن شرط شده باشد (حسن عبدالخالق، ۱۹۸۶: ۵۸). در صورت مؤجل بودن دین ضامن به اختیار می‌تواند آن را قبل از موعد ادا کند. در این صورت طلبکار موظف است، آن را بپذیرد (مصطفی منصور، ۱۹۶۰: ۵۳). در صورت افلاس مدیون دین حال و ضمان ساقط می‌شود و به تبع آن ضامن باید دین را به صورت حال ادا کند؛ زیرا هدف از ضمانت تضمین حق طلبکار از خطرات از قبیل افلاس و اعسار مدیون است (مصطفی منصور، ۱۹۶۰: ۵۳). نظر دیگری که در این رابطه اظهار شده این است که ارجح آن است که به دلیل اعسار و ... دین ضامن حال نمی‌شود، زیرا مقتضی تبعیت آن نیست که تعهد ضامن اشد از مدیون باشد (سرحان، ۲۰۰۷: ۲۰۹).

در حقوق ایران طبق مقررات قانون مدنی الزاماً زمان پرداخت ضامن تابع زمان پرداخت مدیون نیست؛ بلکه می‌توان از دین مؤجل به صورت حال (ماده ۷۰۳) و ضمان از دین حال به صورت حال (ماده ۷۰۳ و ۷۱۶ و ۷۰۴ ق.م) و ضمان مؤجل از دین مؤجل و ضمان مؤجل از دین حال صحیح است (ماده ۶۹۲ و ۷۰۲ و ۷۱۶ ق.م) است. لیکن، حق رجوع به مضمون عنه را قبل از حلول اجل دین مدیون ندارد. بنابراین، در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه تعیین زمان پرداخت دین ضامن تابع توافق طرفین عقد است و می‌تواند زمان پرداخت دین ضامن کمتر یا بیشتر از زمان دین اصلی باشد و مدت زمان پرداخت از قواعد آمره نیست و تابع اصل حاکمیت اراده است (ماده ۱۰ ق.م). در قانون مدنی اردن جز در صورت شرط خلاف مدت ایفای دین ضامن همان زمان دین مدیون است و گر زمان خاصی شرط

شود، در همان زمان قابلیت مطالبه دین وجود دارد. گرچه، زمان دین اصلی فرا رسیده باشد (ماده ۹۰۶/۱ ق.م.ا.د) و زمان دین ضامن نباید نزدیک‌تر از زمان دین مدیون اصلی باشد؛ زیرا تعهد ضامن نباید شدیدتر از تعهد مدیون باشد، هرچند می‌تواند خفیف‌تر و سهل‌تر باشد. هرگونه تغییری در دین که مفید برای مدیون باشد، مثل تأخیر ادای دین از سوی دادگاه ضامن هم از آن بهره‌مند می‌شود. ضمانت مؤجل از دین حال صحیح است. در این صورت، دین بر مدیون حال و بر ضامن مؤجل است و امکان مطالبه از او قبل از اجل نیست (تناغو، ۱۹۸۶: ۵۸). ماده ۹۷۰ قانون مدنی اردن مقرر می‌دارد: اگر از دین حال مؤجل ضمانت شود، دین ضامن و مدیون هر دو مؤجل می‌شود. مگر دائن اجل را برای ضامن قرار دهد یا ضامن زمان را برای خود اضافه کند که در این صورت دین بر مدیون مؤجل نمی‌شود. اگر دین حال مؤجل ضمانت شود، مدیون از آن مستفیذ می‌گردد (ماده ۹۶۹ ق.م.ا.د). زیرا، دین ضامن تابع دین مدیون است. افزایش زمان ادا به حکم محکمه موجب استفاده ضامن از آن است و نمی‌توان او را مجبور به ادا قبل از این زمان نمود، اما ضامن می‌تواند قبل از این زمان اگر برای او نفعی باشد، بپردازد. مثل اعسار یا افزایش اعسار مدیون و دائن موظف به قبول است. در صورت سقوط اجل دین مضمون اجل دین ضامن هم منتفی می‌شود. به دلیل تبعیت فرع از اصل (مصطفی منصور، ۱۹۶۰: ۵۳). ماده ۹۷۳ ق.م.ا.د اردن مقرر می‌دارد: در صورت فوت ضامن یا مدیون دین مؤجل بر ترکه تعلق می‌یابد و اجل ساقط می‌شود. اسباب دیگر سقوط اجل به‌جز حکم به افلاس مدیون عبارت است از عدم تسلیم تأمینات مورد اتفاق سقوط و تأیید دین به فعل مدیون. رأی ارجح بر اساس تبعیت دین ضامن از مدیونین است که سقوط اجل دین مدیون باعث سقوط اجل دین ضامن نمی‌شود، زیرا تعهد ضامن اخف از مدیون است نه اشد از آن (سرحان، ۲۰۰۷: ۲۰۹).

در حقوق ایران بر اساس ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی دیون متوفی حال می‌شود؛ اما تأثیر آن بر دین ضامن چیست؟ در قانون مدنی در این رابطه ساکت است. ولی ماده ۴۰۵ قانون تجارت مقرر می‌دارد که قبل از رسیدن اجل دین اصلی ضامن ملزم به تأدیه نیست؛ ولو اینکه به واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین او حال شده باشد و طبق ماده ۴۰۶ همان قانون ضمان حال از قاعده فوق مستثنا است و نیز ماده ۴۲۱ (ق.ت) با صدور حکم ورشکستگی تمام دیون او حال می‌شود و لیکن ماده ۴۲۲ از حال شدن تعهدات در اسناد تجاری بحث کرده است؛ بنابراین با توجه به ماده ۷۰۵ قانون مدنی اگر ضمان مؤجل باشد و ضامن فوت کند، به فوت او ضمان حال می‌شود؛ اما اگر مدیون فوت کند قانون مدنی ساکت است. طبق مقررات ماده ۴۰۵ قانون تجارت تعهد ضامن حال نمی‌شود و تا زمان حلول دین اصلی می‌تواند دین را نپردازد. نکته دیگری که در این خصوص باید، افزودن این است که اگر ضمان تضامنی باشد در این حالت طلبکار می‌تواند، به مدیر تصفیه رجوع کند؛ زیرا مدیر تصفیه قایم مقام مدیون است (ماده ۴۲۱ ق.ت) اما اگر ضمان به‌طور مطلق باشد (نقل ذمه) طلبکار حق رجوع به مدیون اصلی را ندارد؛ زیرا دین او به‌موجب نقل ذمه به ضامن انتقال یافته است و حتی حق رجوع به مدیر تصفیه را هم ندارد؛ زیرا طبق ماده ۴۰۵ مارالذکر ضامن موظف به پرداخت قبل از حلول اجل دین نیست. در صورت حال بودن ضمان طبق ماده ۴۰۶ دین هر دو (ضامن و مدیون) حال است و در فرض تضامن امکان رجوع به ضامن و مدیر تصفیه وجود دارد و از ترتیب مقررات ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت استفاده کند.

### امکان مطالبه طلبکار از مدیون و ضامن در حقوق اردن و ایران

بر اساس نظریه ضم ذمه‌به‌ذمه که مورد قبول فقهای عامه است. دائن حق رجوع به مدیون یا ضامن را توأمان دارد (ماده ۶۴۴ مجله الاحکام) و ماده ۱/۹۶۷ قانون مدنی اردن هم این نظر را پذیرفته است. در نتیجه، دائن می‌تواند به مدیون اصلی و ضامن هر دو رجوع کند و از هریک تمام یا قسمتی از دین را مطالبه کند (خطاب طلبه و هبه ۱۹۶۷ عقد الکفاله ص ۱۰۲). ضامن اگر به‌صورت طولی باشد، یعنی ابتدا طلبکار به مدیون رجوع کند و اگر او نداد به ضامن رجوع نماید. در این حالت امکان رجوع همزمان به هر دو ایشان ممکن نیست؛ لیکن اگر شرط تضامن شود، ضامن و مدیون در عرض هم می‌توانند مورد مراجعه قرار گیرند (کاتوزیان ۱۳۶۴ ص ۳۴۰). در حقوق ایران ضامن ناقل ذمه است (ماده ۶۹۸ ق.م) لیکن تعهد به پرداخت با وجود نقل ذمه می‌تواند معلق بر عدم پرداخت از سوی مضمون‌عنه باشد (ماده ۶۹۹ ق.م و ماده ۷۲۳ ق.م) همچنین طبق مقررات مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت امکان ضامن به‌صورت تضامن وجود دارد بنابراین در صورت ضمان طولی ابتدا باید به مدیون اصلی رجوع کند و اگر او نپرداخت به ضامن مراجعه نماید و چنانچه ضامن تضامنی باشد امکان رجوع همزمان به ضامن و مدیون اصلی هست.

دائن می‌تواند قبل یا بعد از مطالبه از مدیون از ضامن دین را مطالبه کند زیرا ضامن با مدیون متضامناً مسئول پرداخت هستند. در این خصوص یک استثنا وجود دارد اگر دین قبل از ضمانت دارای وثیقه عینی بوده است و ضامن هم متضامن نباشد در این صورت قبل از اجرا در اموال مورد وثیقه امکان اجرا علیه ضامن وجود ندارد در حال بر اساس رأی محکمه تمیز امکان مطالبه مازاد بر مقدار مورد ضمانت از ضامن وجود ندارد (رأی محکمه تمیز اردن شماره ۱۹۸۵/۱ مورخ ۱۹۸۵/۱/۱) (عثمان محمد العماوی، محمد عبدالغفور محمد، ۲۰۲۳)

### تقسیم دین در صورت تعدد ضامنین در حقوق اردن و ایران

در صورت وحدت ضامن دائن می‌تواند به او رجوع و دین خود را به مقدار مورد ضمانت مطالبه کند (تناغو: ۱۹۸۵ ص ۷۹). در صورت تعدد ضامنان دائن حق مطالبه از همه آن‌ها را دارد مگر آنکه همگی در عقد واحدی ضمانت کرده و شرط تضامن هم نکرده باشند که در این صورت هریک به مقدار سهم خود ضامن پرداخت هستند (ماده ۹۷۴ ق.م اردن) بنابراین قانون‌گذار اردنی بین حالت ضمانت افراد در عقد واحد بدون شرط تضامن بین ضامنین و عقود متعدده فرق گذاشته است در حالت اول طلبکار حق مطالبه تمام طلب را از هر ضامن ندارد و هریک به مقدار حصه خود از ضمانت متعهد به پرداخت هستند و در صورت دوم حق مطالبه تمام دین را از هر ضامن دارد. در حقوق ایران با توجه به نقل ذمه در عقد ضمان در صورت تعدد ضامنان در عقد واحد از یک دین در صورت تعیین مقدار مورد ضمانت توسط هر یک طبق رفتار می‌شود (ماده ۷۲۱ ق.م) و الا دین به نسبت مساوی بین آنان توزیع می‌گردد (ملاک ماده ۱۵۳ ق.م) در فقه هم نظری مشابه قانون مدنی از طرف برخی از فقها ابراز شده است (کرکی: ۱۴۱۴ ج ۱ جامع المقاصد ص ۳۱۸) و در صورت تعدد ضامن با قید شمول تمام دین برای هریک این نوع ضمانت صحیح نیست. لیکن می‌توان گفت با توجه به پذیرش تعلیق التزام به تأدیه در ماده ۶۹۹ ق.م و نیز ماده ۷۲۳ این قانون و نیز ماده ۳۱۷ ق.م و به‌صراحت مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت امکان تحقق ضمان به‌صورت تضامنی و ضم ذمه صرف‌نظر از نحوه استدلال و تحلیل تضامن و ضم ذمه وجود دارد. بنابراین در عقد واحد ضامنین متعدد می‌توانند به‌شرط تضامن ضامن پرداخت تمام دین شوند و در عقد متعدد به‌طور مجزا هم هر ضامن متعهد به پرداخت تمام دین شود البته بدیهی است که با پرداخت هریک ذمه مابقی در مقابل طلبکار بری می‌شود.

### تلف مال مورد وثیقه در فقه امامیه و حقوق ایران

ممکن است قبل از ادا دین مال مورد وثیقه تلف شود و این سؤال مطرح می‌شود که اثر تلف مال در عقد ضمان و رابطه دائن و ضامن چیست؟ در این صورت باید بین حالتی که تلف در اثر فعل و تقصیر ضامن یا شخص ثالثی واقع شده باشد و حالتی که بدون تقصیر ایشان تلف شده فرق گذاشت. اگر مال در اثر تقصیر ضامن یا ثالث تلف گردد وی مکلف است دین مضمون‌عنه را بپردازد (عاملی ۱۴۱۹ ج ۱۶ ص ۴۵). اگر ارزش مال تلف شده کمتر از مقدار دین باشد ضامن نسبت به مازاد مسئولیتی ندارد (و اگر بیشتر یا مساوی با ارزش دین باشد ضامن باید تمام دین را پرداخت کند (شهید ثانی ۱۴۱۴ صص ۳۳۱ و ۳۳۲). دلیل این نظر آن است که با تعیین مال معین برای پرداخت ضامن حداکثر میزان مسئولیت خویش را محدود به ارزش مال ساخته است و مازاد بر آن مسئولیتی ندارد.

نکته مهمی که با تلف مال قابل بحث است این است که وضعیت عقد ضمان چیست؟ در فقه سه نظریه در این رابطه وجود دارد: اول انفساخ عقد (علامه حلی تذکره ج ۳ ص ۳۸۲) توجیه این نظر این است که عقد ضمان با توجه به تلف مال و عدم امکان پرداخت از محل مال دیگر به‌ناچار عقد منفسخ می‌گردد. ۲- عدم انفساخ و گفته‌اند ضمان در این حالت مانند عقد رهن است و ضامن از مال دیگری باید آن را بپردازد (کرکی جامع المقاصد ۱۴۱۴ ص ۳۳۳) نظر سوم فسخ عقد این نظر صاحب جواهر است که بر مبنای عمومات فوات شرط در عقد لازم قائل به فسخ عقد به نفع مشروط له است (نجفی بی تا ص ۱۱۹).

آنچه طبق مقررات قانون مدنی ایران اقوی به نظر می‌رسد آن است که در صورت تلف مال بدون تقصیر ضامن عقد ضمان منفسخ می‌شود زیرا مال درید ضامن امانت است (ماده ۷۸۹ ق.م) و امین جز در صورت تعدی و تفریط ضامن نیست (م ق.م ۶۱۴) و ماده ۶۹۱ قانون مدنی راهن را در صورت تقصیر در تلف ضامن شناخته است. از طرفی حدود مسئولیت ضامن با تعیین مال معین برای پرداخت منحصر به همین مال است و با تلف آن دیگر مسئولیتی برای پرداخت از سایر اموال ندارد. در صورت عدم تکافوی قیمت مال مورد وثیقه طبق ماده ۷۸۱ مضمون‌له می‌تواند به ضامن رجوع کند زیرا مال وثیقه و تضمین بدهی اوست و در صورت کسر باید بتواند به سایر اموال ضامن رجوع کند. در این صورت وضعیت بستانکار همانند سایر طلبکاران عادی است و حق تقدمی در استیفا دین از اموال مدیون نخواهد داشت. به نظر می‌رسد با توجه به تعیین میزان تعهد ضامن به مال معین مسئولیت او به بیش از مقدار ارزش مال معین نیست و با این توافق میزان مسئولیت خویش را از قیل تعیین نموده و مضمون‌له هم آن را پذیرفته است لیکن برای جبران ضرر می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند فرقی بین نقل و ضم ذمه در این وضعیت به نظر نمی‌رسد. ماده ۱۰۴۸ و ۱۲۹۷ ق.م عراق به مضمون‌له اجازه می‌دهد که در صورت اقدامات منجر به تلف از طرف ضامن یا ثالث از دادگاه توقف این اقدامات را بخواهد و اگر مال توسط ضامن تلف شود مضمون‌له تأمین کافی از وی را مطالبه و درخواست پرداخت فوری دین را بخواهد. با توجه به شباهت ضمان با وثیقه به رهن و طبق ماده ۷۹۱ ق.م ایران در صورت تلف مال از طرف مالک یا ثالث باید بدلان را بدهند و این بدل رهن است توسل به دادگاه و درخواست توقف عملیات مضر به‌حق مضمون‌له هم مغایرتی با مقررات حقوق ایران ندارد زیرا وی ذینفع است.

### تصرف در مال مورد وثیقه در حقوق مصر و ایران

با توثیق مال معین از طرف ضامن مال از ملکیت مالک خارج نمی‌شود و وی می‌تواند تصرفاتی که منافعی حق مضمون‌له نباشد در مال به عمل آورد و می‌تواند از مال استفاده و از منافع آن بهره‌مند شود به شرط آنکه این تصرفات به ضرر مضمون‌له نباشد. طبق ماده

۱۲۹۶ قانون مدنی عراق ضامن از هرگونه تصرفی که موجب تعرض و نقص یا عیب یا تلف مال شود باید پرهیز کند در غیر این صورت مضمون له می‌تواند توقف این نوع تصرفات را از دادگاه درخواست کند قانون مدنی مصر در ماده ۱۰۴۷ دارای مقررات مشابهی است. لذا اگر مال زمین باشد مالک حق زراعت یا مسکن باشد حق اجاره آن را دارد و از این منافع بهره‌مند می‌شود و این تصرفات تأثیری در حق دائن ندارد (ماده ۱۲۹۶ ق.م. مصر و ۱۰۴۷ ق.م. عراق). در حقوق ایران با توجه به مشابهت این نوع عقد به ذهن و از آنجا که نوعی وثیقه است و بنا به نظر برخی نویسندگان حقوقی رهن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶۴) می‌تواند، مشمول مقررات رهن واقع شود. طبق ماده ۷۸۹ مال درید مرتهن امانت است و در صورت تقصیر ضامن است و از طرفی طبق ماده ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی تصرفات منافی با حق مرتهن جایز نیست. در نتیجه، مالک می‌تواند هر تصرف مادی یا حقوقی غیرمنافی حق دائن در مال بنماید.

### حق تقدم مضمون له بر سایر طلبکاران در حقوق ایران و مصر و اردن

با تقدیم عین معین به عنوان محل اجرای دین موضوع عقد ضمان مضمون له نوعی حق عینی بر این مال پیدا می‌کند و در مقام استیفای دین بر سایر طلبکاران مقدم است. بنابراین، در صورت افلاس یا اعسار ضامن مضمون له بر سایر طلبکاران مقدم و پس از استیفا کامل دین اگر چیزی بماند، به سایر غرما می‌رسد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۶: ۱۲۶) همچنین مضمون له به اعتبار حق عینی که بر مال دارد می‌تواند آن را در دست هر کس که باشد مورد تعقیب قرار دهد (عاملی، ۱۴۱۹؛ مفتاح الکرامه، ج ۵: ۳۹۴). همان‌گونه که سابقاً بیان شد وثیقه عینی دائن را از خطر اعسار و افلاس بر حذر می‌دارد و او را مسلط بر مال نموده و به وی حق تقدم در استیفا دین خود اعطا می‌کند. بر اساس ماده ۷۸۰ قانون مدنی دائن در استیفای دین از مال مرهونه مقدم بر سایر طلبکاران است و طبق ماده ۴۹ قانون اجرای احکام مدنی ایران توثیق مال شبیه نوعی توقیف خصوصی مال مدیون است و نیازمند مداخله قضایی نیست.

### ایفاء دین از مورد وثیقه عینی

ضامن متعهد است که دین را از محل مال معین بپردازد و بر این اساس در حقوق عراق (ماده ۱۰۲۳) و مصر (ماده ۹۷۹۱) و قانون مدنی اردن (ماده ۹۷۱ ق.م) اگر ضامن متضامن نباشد و دین قبل از ضمان دارای وثیقه باشد، دائن ابتدا باید از محل وثیقه دین را استیفا کند و اگر کفایت نکرد، به ضامن بابت مابقی دین رجوع می‌کند.

قیمت مال مورد وثیقه در عقد ضمان ممکن است، برابر یا کمتر یا بیشتر از مقدار دین باشد. طبق مفاد ماده ۱۰۶۱ ق.م. مصر و ماده ۱۳۰۷ ق.م. عراق اگر ارزش وثیقه برابر دین باشد، ضامن می‌تواند مال را بفروشد و دین را ادا کند و اگر خواست مال را نگه دارد و دین را ادا کند، اگر ارزش مال وثیقه‌ای کمتر از مقدار دین باشد و ضامن مایل به نگهداری مال باشد، می‌تواند معادل ارزش مال را بردارد و مال آزاد شود (سنهوری، ۲۰۰۷: ۵۲۹). اگر ارزش مال وثیقه‌ای مازاد بر مقدار دین باشد، مازاد از آن ضامن است (محمد طه بشیر، ۱۹۷۶: ۱۳۹). در حقوق ایران به نظر می‌رسد برای تعیین حدود تعهد ضامن باید به قصد مشترک طرفین توجه کرد. اگر مقصود آن‌ها انحصار تعهد ضامن به ارزش مال وثیقه‌ای باشد، حداکثر تعهد ضامن معادل ارزش مال وثیقه‌ای است، بیشتر باشد از آن ضامن معتدل دین باشد، ضامن یا از اموال دیگر معادل دین را می‌پردازد یا مال وثیقه را می‌فروشد و دین را ادا می‌کند و اگر ارزش آن کمتر بود، نسبت به مابقی دائن به مدیون رجوع می‌کند و اگر مفاد قصد مشترک آنان غیر از این باشد، طبق قصد مشترک رفتار می‌شود. مثلاً، اگر مقصود آن‌ها از وثیقه عینی رهن باشد، طبق مقررات رهن رفتار می‌شود.

## اسباب براءت ذمه ضامن در برابر طلبکار در حقوق ایران و اردن

در موارد زیر ذمه ضامن بری می‌شود.

الف. ضمانت باطل باشد یا موقوف به نظر ضامن و ایشان آن را ابطال کند. تعهد ضامن یک تعهد تبعی است و در صورت بطلان تعهد اصلی تعهد تبعی هم باطل است. مثلاً اگر تعهد اصلی بین دائن و مدیون به دلیل عدم مشروعیت باطل باشد و از آن ضمانت با وثیقه عینی شود تعهد ضامن هم باطل است (عبدالغفور محمد، ۲۰۲۳: ۲۳۵). همچنین، در صورتی که ابطال موقوف به درخواست ضامن باشد، مثلاً ضمانت با اکراه صورت گرفته باشد و ضامن پس از رفع اکراه آن را تنفیذ نکند در این صورت ضمانت باطل می‌گردد و بالتبع ذمه ضامن آزاد می‌گردد.

ب. وجود یکی از اسباب سقوط تعهد از جمله وفا مدیون و از آنجا که تعهد ضامن تعهد تبعی است، هر عاملی که باعث سقوط دین اصلی شود، سبب سقوط تعهد ضامن هم می‌شود.

ج. ابراء: یکی از اسباب سقوط تعهد است (ماده ۲۶۵ ق.م). ابراء در حکم وفا به عهد است و همان طور که وفا به عهد موجب براءت ذمه مدیون می‌شود. ابراء ذمه او هم این اثر را دارد و ابراء ذمه مدیون اصلی توسط دائن موجب ابراء ذمه ضامن هم خواهد شد و اگر برای دین رهنی داده شده باشد، رهن فک می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶۶). ماده ۷۰۷ ق.م ایران که مبتنی بر نقل ذمه است مقرر می‌دارد: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود، مگر مقصود ابراء از اصل دین باشد و در ماده ۷۱۹ مقرر می‌دارد، هرگاه مضمون له ضامن را ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند.

د. با ایفا تعهد از جانب مدیون و نیز در صورتی که طلبکار به جای دین اصلی چیز دیگری دریافت کند. مگر آنکه شیء مستحق حق غیر در آید (ماده ۹۸۵ ق.م اردن). بر اساس مفهوم ماده ۲۷۵ ق.م ایران در صورت رضایت متعهدله به دریافت چیزی متفاوت با موضوع تعهد این موضوع در حکم وفا به عهد است و موجب براءت ذمه مدیون می‌گردد. ذ. انتها مدت ضمانت: اگر ضمانت مقید به زمان خاصی باشد و این زمان سپری شود تعهد ضامن ساقط می‌گردد (ماده ۹۸۷ ق.م اردن).

م. تهاتر: در صورتی که مدیون طلبکار دائن خود شود هر یک از دو دین به مقدار حداقل آن‌ها ساقط می‌شود (ماده ۳۵۰ ق.م اردن)، ضامن هم می‌تواند به این تهاتر استناد کند؛ زیرا با تهاتر ذمه او هم بری می‌شود و اگر تهاتر در تمام دو دین واقع نشود، ضامن به مقدار باقیمانده از دین مسئول پرداخت است (ماده ۲۹۴ ق.م ایران).

و. با مالکیت ما فی الذمه: با اجتماع صفت دائن و مدیون در فرد واحد دین ساقط می‌شود مثل آنکه مدیون وارث منحصر دائن خود شود. اگر وارث منحصر نباشد به مقدار سهم الارث بری الذمه می‌گردد و نسبت به مابقی مدیون می‌ماند و ضامن او هم به همین مقدار ضامن است (ماده ۹۸۹ ق.م اردن). ماده ۳۰۰ قانون مدنی ایران نیز در مالکیت ما فی الذمه دارای اثر مشابهی است و به مقداری که مالکیت ما فی الذمه بین دائن و مدیون ناشی می‌شود تعهد مدیون ساقط می‌گردد مثلاً اگر ضامن وارث منحصر یا احد از وراث دائن خود باشد حسب مورد تمام دین او یا به نسبت سهم الارث وی از مورث دین او ساقط می‌گردد (ماده ۳۰۰ ق.م).

ز. صلح دین بین ضامن یا مدیون و دائن باعث براءت ذمه هر دو آنان از باقی دین می‌شود (ماده ۷۱۳ ق.م).

ح. غیرممکن شدن ایفا تعهد از طرف مدیون موجب براءت ضامن می‌شود، زیرا دین ضامن تابع مدیون است (ماده ۳۷۳ ق.م مصر) و در صورتی که مدیون مسئول غیرممکن شدن تعهد باشد، متعهد به جبران خسارت است و

ضامن هم متعهد به همین تعهد است و جبران خسارت تعهد جدیدی نیست و طریقه‌ای برای انجام خود التزام است (تتاغو، ۱۹۸۶: ۲۱۲). در حقوق ایران این مسئولیت مشروط به تأخیر از سوی ضامن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۹۰).

## رابطه مدیون و ضامن در حقوق ایران و اردن و مصر

### رجوع ضامن به مضمون عنه

اگر ضامن دین طلبکار را پرداخت کند با صرف پرداخت آیا امکان مراجعه به مدیون را دارد؟ در پاسخ به این سؤال در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه پاسخ‌های مختلفی داده شده است. برخی ملاک رجوع را قصد عدم تبرع از سوی ضامن و برخی اذن مدیون به ضمانت می‌دانند. بنابر مقررات قانون مدنی اردن ضامن در صورت پرداخت مادام می‌تواند، به مدیون رجوع کند که در پرداخت قصد تبرع نکرده باشد. بر اساس مقررات این نظام حقوقی ضامن ممکن است با قصد تبرع ضمانت کرده باشد یا بدون قصد تبرع و نیز ممکن است، با ذن مضمون عنه یا بدون اذن او و صرفاً با موافقت مضمون له ضمانت کرده باشد. در هر حال، شرط مراجعه ضامن به مضمون له آن است که اولاً، دین را پرداخته باشد؛ ثانیاً، با اذن مضمون عنه ضمانت کرده باشد؛ ثالثاً، بدون قصد تبرع دین را ادا کرده باشد. در صورتی که با قصد تبرع دین را ادا کرده باشد، حق رجوع به مدیون ندارد، خواه ضمانت با اذن مدیون بوده باشد یا بدون اذن او (ابو مشاخ سعاد توفیق سلیمان، ۲۰۰۶: ۱۵۲) و اگر با قصد عدم تبرع بپردازد، باید ضامن با اذن مدیون بوده باشد تا بتواند به او رجوع کند زیرا ضامن به نفع دائن است و بدون رضا و اذن مدیون تعهدی برای او به وجود نمی‌آید (سرحان، ۲۰۰۷: ۲۱۳) مطابق ماده ۹۶۸ و ماده ۷۹ ق.م. اردن شرط رجوع ضامن به مدیون اولاً، درخواست ضمانت از سوی مدیون؛ ثانیاً، پرداخت دین؛ ثالثاً، پرداخت در موعد مقرر است و در صورت پرداخت قبل از موعد حق رجوع به مدیون را قبل از حلول موعد دین ندارد.

در صورت قصد تبرع ضامن وی حق رجوع به مدیون را ندارد، چه با اذن ضمانت کرده باشد چه بدون اذن (ابو مشایخ سعاد، توفیق سلیمان، ۲۰۰۶: ۱۵۲) و تفاوتی نمی‌کند که بعد از قصد تبرع مدیون از او خواسته باشد یا خیر مگر به‌طور صریح یا ضمنی (بعد از قصد تبرع ضامن) بر آن (پرداخت) توافق شده باشد. دلیل این امر آن است که بدون رضای مدیون به ضمانت وثیقه حاصل نمی‌شود

ضامن باید در موعد مقرر دین را ادا کند تا بتواند به مدیون رجوع کند. پس برای رجوع اولاً، باید ضامن با اذن مدیون باشد؛ ثانیاً، در موعد مقرر باشد، اگر زودتر از موعد پرداخت کند، حق رجوع به مدیون را ندارد. ضامن بر مبنای دعوای شخصی (در صورت عدم اذن) یا نمایندگی (در صورت اذن در ضمانت) به مدیون رجوع کند (ماده ۳۰۹ ق.م. اردن و ماده ۸۰۰ ق.م. مصر).

در حقوق ایران در صورتی که ضامن با اذن مدیون ضمانت کرده باشد، می‌تواند به او رجوع کند و اذن در تأدیه لازم نیست (ماده ۷۱۷ ق.م؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۳۴۹) و لازم است دین را ادا کرده باشد (ماده ۷۰۹ ق.م). ضامن اگر به قصد تبرع ضمانت کند، حق رجوع به مضمون عنه را ندارد (ماده ۷۲۰ ق.م). مقدار تعهد مضمون عنه به ضامن حداکثر به مقدار ارزش مال مورد وثیقه است و به مقداری که پرداخته می‌تواند به مضمون عنه رجوع کند و اگر ابراء شده حق رجوع ندارد (ماده ۷۱۹ ق.م). اگر زیاده‌تر از دین داده باشد، نسبت به مازاد حق رجوع ندارد؛ مگر مضمون عنه به او اذن داده باشد (ماده ۷۱۴ ق.م) و اگر کمتر داده باشد به قدری که داده است رجوع می‌کند (ماده ۷۱۳ ق.م).

## مبنای رجوع ضامن به مضمون‌عنه در حقوق ایران و اردن

ضامنی که دین را پرداخته است بر چه مبنایی حق رجوع به مدیون را پیدا می‌کند، در این رابطه دو راه‌حل ارائه شده است که بدان‌ها می‌پردازیم:

### رجوع بر مبنای دعوای شخصی

ماده ۸۰۰ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: ضامنی که دین را پرداخته است، حق رجوع به مدیون را به مقداری که پرداخت نموده، دارد. در حقوق فرانسه مبنای رجوع ضامن وکالت او از طرف مدیون و اداره فصولی بیان شده است. لیکن، حقوق مصر این مبنا را نپذیرفته و مبنای رجوع ضامن به مدیون را دعوای مستقلی می‌داند که از ضمانت ناشی شده است. ضامن وکیل مدیون نیست و اگر چنین بود باید هر زمان که می‌خواست می‌توانست از ضمانت عدول کند (ماده ۷۱۶ ق.م. مصر). اقدام ضامن فصولی محسوب نمی‌شود؛ زیرا فصول کسی است که تعهدی به پرداخت ندارد. درحالی‌که ضامن متعهد به پرداخت دین است (تناغو، ۱۹۸۵: ۱۰۶) و بر مبنای این دعوای شخصی ضامن می‌تواند بابت آنچه پرداخته است به مدیون رجوع کند.

در حقوق ایران بر اساس مقررات قانون مدنی (ماده ۷۱۸ ق.م) و نظر برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۳۶۴) مبنای رجوع اذن مضمون‌عنه به ضامن است. این اذن توأم با حق رجوع به ضامن به مقداری که ادا کرده است، مگر آنکه تبرعاً پرداخته باشد به عبارت بهتر اذن در ضمان مستلزم آن است که هر مالی که ضامن بپردازد، مضمون‌عنه مثل آن را خواهد پرداخت. طبق مقررات ماده ۷۱۸ ق.م. پیش از پرداخت هم مضمون‌عنه تعهدی در برابر ضامن دارد.

### رجوع بر مبنای دعوای قائم مقامی

مبنای دیگری که در برخی از نظام‌های حقوقی به تبعیت از حقوق فرانسه برای رجوع ضامن به مدیون مطرح شده است، نظریه جانشینی ضامن از طلبکار است؛ یعنی با پرداخت دین از سوی ضامن وی جانشین و قائم مقام طلبکار شده و بر این اساس می‌تواند به مدیون رجوع و آنچه را که پرداخته است، از او مطالبه کند. ماده ۲/۱۰۰۴ قانون مدنی اردن و ۷۹۹ قانون مدنی مصر این مبنا را انتخاب کرده و مقرر می‌دارد: وقتی که ضامن با وثیقه عینی دین طلبکار را پرداخت، به جانشینی او می‌تواند بابت آنچه پرداخته است به مدیون رجوع کند و اگر قسمتی از دین را ایفا کرده باشد، حق رجوع به مدیون را ندارد، مگر بعد از آنکه طلبکار به طور کامل حق خود را استیفا کند. زیرا تجویز این امر موجب ضرر مدیون است.

در حقوق اردن نیز به تبعیت از فقه حنفی معتقدند که در صورت دستور به ضامن برای ضمانت و با پرداخت دین از سوی ضامن وی مالک دین می‌شود و به جانشینی از طلبکار می‌تواند به مدیون رجوع کند (سرحان، ۲۰۰۷: ۲۰۷). برخلاف حقوق مصر در قانون مدنی اردن شرط مراجعه به مدیون اولاً، درخواست ضمانت از سوی مدیون و پرداخت دین به هر مقدار از سوی ضامن است و لازم نیست، تمام دین را ادا کرده باشد.

پذیرش نظریه قائم مقامی در حقوق ایران به نظر دشوار است. بر مبنای نقل ذمه ضامن مدیون است و دین خود را می‌پردازد و با پرداخت او دین او در برابر دائن ساقط می‌شود، نه آنکه دین به او انتقال یابد و با عقد ضمانت ذمه مضمون‌عنه هم بری می‌شود (ماده ۶۹۸ ق.م) و دینی بر او باقی نمی‌ماند و از طرف دیگر قبول نظریه قائم مقامی مستلزم آن است که حتی در ضمان بدون اذن مدیون وی بتواند مورد مراجعه قرار گیرد و نیز تضمینات دین سابق

همچنان باقی باشد و حال آنکه چنین نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۳۶۱). در نتیجه نظر موافق با قانون مدنی همان است که مبنای رجوع ضامن به مدیون ریشه در اذن مدیون در ضمان دارد و در واقع با اذن مدیون متعهد می‌شود هر آنچه را ضامن بپردازد به ایشان پرداخت کند. لیکن، در قانون تجارت طبق ماده ۴۱۱ این قانون با مبنای قائم‌مقامی ضامن از دائن سازگار است (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۷۰).

### رجوع ضامن به مدیونین در صورت تعدد در حقوق ایران و مصر و اردن

رابطه ضامن با بدهکاران را در دو صورت باید دید. اول، بدهکاران متضامن هستند؛ دوم، بدهکاران متضامن نباشند.

#### رجوع به بدهکاران غیر متضامن:

اگر مدیونین در دین واحد متعدد و غیر متضامن باشند اگر ضامن همه آن‌ها را ضمانت کرده یا برخی از آن‌ها را در صورت اول حق رجوع به همه را به قدر حصه آنان دارد و در صورتی که ضامن تعدادی از دیون را که بین اشخاص توزیع است، ضمانت کرده است. پس به همه آن‌ها (به مقدار حصه هریک) بر اساس دعوی قائم‌مقامی یا دعوی شخصی رجوع می‌کند (ابو سعود رمضان، ۱۹۸۰: ۱۸۹). در حقوق ایران می‌توان این نظر را پذیرفت. زیرا، اصل عدم تضامن است و در صورت ضمانت از عده‌ای بدهکار در عقد واحد بدون وجود تضامن بین ایشان ضامن به هریک به مقدار سهم او از دین می‌تواند، رجوع کند (مفاد ماده ۷۲۱ ق.م).

#### رجوع به مدیونین متضامن

اگر مدیونین متضامن باشند و ضامن دین را پرداخت کند، بابت تمام دین می‌تواند به تک‌تک آن‌ها رجوع کند. زیرا، هر بدهکار ملزم به پرداخت تمام دین در مقابل دائن است. بر همین اساس در مقابل ضامن نیز می‌باشد. به موجب تضامن نیز ضامن پرداخت دیون سایر مدیونین متضامن نیز است (ماده ۴۲۶ ق.م اردن) و البته رجوع به ایشان مشروط به آن است که مدیونین از ایشان طلب ضمانت کرده باشند (ماده ۹۸۶ ق.م اردن).

در قانون مدنی ایران ضمان ناقل ذمه است؛ لیکن در قانون تجارت هم ضمان طولی (ماده ۴۰۲) و هم ضمان تضامنی (ماده ۴۰۳ ق.ت) مورد پذیرش واقع شده است، لذا بر اساس مفاد این مقررات اگر بدهکاران متضامن باشند با پرداخت دین توسط ضامن می‌تواند به هریک بابت تمام آنچه پرداخته است، رجوع کند.

### ایرادات قابل استناد برای ضامن با وثیقه عینی در حقوق ایران و مصر و اردن

ضامن در صورتی می‌تواند به ایراداتی در مقابل مدیون استناد کند که اقدام به پرداخت دین ننموده باشد و گرنه موجبی برای استناد به این ایرادات نخواهد بود. این ایرادات به دو گونه قابل طرح از سوی ضامن است. ایرادات مربوط به دین اصلی و ایرادات مربوط به تعهد ضامن و در نهایت این دفاعیات یا موجب براءة ضامن یا در امان ماندن اموال او هنگام اجرا می‌شود.

#### ایرادات قابل استناد مربوط به تعهد اصلی در حقوق اردن و ایران و مصر

دین ضامن از حیث ایجاد، انقضا و صحت تابع دین اصلی است. پس وی می‌تواند، در مواجهه با دائن به ایرادات دین اصلی استناد کند (ماده ۷۸۲ ق.م مصر) (خطاب، ۱۹۸۷: ۱۰۲) این ایرادات عبارتند از:

الف. عدم مشروعیت تصرف قانونی چه به موضوع تصرف یا شکلان باشد. خلاف قواعد عمومی بودن سبب تعهد (سعد احمد محمود، ۱۹۹۴: ۳۱۷).

ب. ایراد به بطلان تعهد اصلی به سبب عیوب اراده، عدم وجود شرایط قانونی برای محل یا فقدان اهلیت یا عیب در شکل (ماده ۱۳۵/۱ ق.م اردن) مگر ضامن آگاه به فقدان اهلیت باشد. ماده ۲/۷۸۲ ق.م مصر (سعد، ۱۹۹۴: ۳۲۱). در حقوق ایران هم، چون تعهد ضامن تابع تعهد مدیون است و مستقل از آن نیست، ایراداتی که در صورت وجود موجب بطلان تعهد مدیون می‌شود، قابلیت طرح از سوی ضامن را دارد.

### ایرادات مربوط به سقوط تعهد اصلی در حقوق ایران و اردن

این ایرادات عبارتند از: وفا به عهد توسط مدیون (سعد، ۱۹۹۴: ۳۲۱). وفا به عهد ممکن است کامل و شامل تمام مقدار دین شود یا ناقص و شامل بخشی از دین مورد ضمانت (ماده ۹۸۷ ق.م اردن). در صورت اول تمام دین مدیون ساقط بالتبع تعهد ضامن که تعهد تبعی است نیز ساقط و مال مورد وثیقه آزاد می‌گردد و در صورت پرداخت جزئی از دین به همان مقدار دین ساقط و بابت مابقی ضامن مسئول پرداخت است. در این امر تفاوتی نمی‌کند که مدیون دین را پرداخت کرده باشد یا نماینده مدیون یا شخص ثالث. مطابق بند ۱ ماده ۲۶۴ ق.م ایران وفا به عهد از اسباب سقوط تعهد و طبق ماده ۲۶۷ ق.م ایفا دین از جانب غیرمدیون جایز است.

### پرداخت به شیء متفاوت با موضوع ضمان (وفا به مقابل).

در صورت قبول چیزی غیر از دین اصلی با توافق مدیون و دائن به جای دین اصلی نیز تعهد مدیون ساقط نمی‌شود (ماده ۷۸۳ ق.م مصر) و در نتیجه براءت ضامن هم حاصل می‌شود، مشروط به عدم استحقاق شیء پرداختی. مفهوم ماده ۲۷۵ ق.م ایران نیز پرداخت شیء متفاوت با موضوع تأدیه را در صورت رضایت دائن مبری ذمه مدیون است.

تهاتر: تهاتر از موجبات سقوط تعهد است و با تقابل دو دین به مقداری که تقابل پیدا می‌کنند، حاصل می‌شود. لذا ممکن است، تهاتر نسبت به تمام دین واقع شود یا نسبت به قسمتی از آن (ابو مشایخ: ۱۱۲ و ماده ۲۹۴ ق.م). در ایران امکان رجوع از تهاتر وجود دارد که در این صورت دین سابق مجدداً ایجاد می‌گردد (منصور، ۱۹۶۰: ۱۵۶). در حقوق ایران تهاتر باعث سقوط تعهد و در نتیجه امکان رجوع از آن وجود ندارد.

مالکیت ما فی الذمه (به مقدار اتحاد ذمه) (ماده ۹۹۰ ق.م اردن و ماده ۳۰۰ ق.م ایران)؛

ابراء به مقداری که از دین ابراء شده است (ماده ۴۴۵ ق.م اردن و بند ۳ ماده ۳۶۴ ق.م ایران)؛

غیرممکن شدن تعهد به سبب خارجی (ماده ۴۴۸ ق.م اردن و مفاد ماده ۳۸۷ ق.م ایران) (شهیدی: ۱۳۸۳: ۱۳۶)؛

مرور زمان (منصور، بی تا: ۱۶۱) باعث براءت ذمه ضامن می‌شود.

### ایرادات مربوط به تعهدات دائن در حقوق مصر و ایران

بعضی از ایرادات قابل طرح از سوی ضامن متعلق به الزاماتی است که طلبکار هنگام حلول دین نسبت به بدهکار دارد و اگر آن‌ها را انجام ندهد، تعهد ضامن نسبت به ادای دین ساقط می‌گردد. این الزامات عبارتند از:

### تأخیر دائن در انجام تشریفات علیه مدیون بعد از اخطار توسط ضامن

به موجب ماده ۹۸۱ قانون مدنی مصر در صورت اخطار ضامن به دائن مبنی بر انجام تشریفات قانونی علیه مدیون و عدم اقدام دائن به اجرای تشریفات لازم برای مطالبه دین تعهد ضامن ساقط می‌شود. بنابر مقررات این ماده شروط سقوط تعهد ضامن عبارت است از الف. اخطار ضامن به دائن در خصوص انجام تشریفات قانونی؛ ب. عدم مطالبه دائن. پذیرش این نظر در حقوق ایران دشوار است، زیرا مطالبه شرط حلول دین نیست (ماده ۲۲۶ ق.م).

### عدم اقدام به اجرای حق تقدم دائن به دین در صورت افلاس مدیون.

از فواید ضمان با وثیقه عینی حق تقدم دائن با وثیقه نسبت به سایر دینان است و در صورت افلاس یا ورشکستگی مدیون دائن با وثیقه حق تقدم دارد لیکن اگر در اجرای این حق اقدام نکند تعهد ضامن ساقط می‌گردد.

### نتیجه‌گیری

در نظام‌های حقوقی مورد بحث ضمان با وثیقه عینی از وثایق و تضمینات مالی است که اهمیت و برتری آن در مقایسه با تضمینات شخصی آشکار است. لیکن، قانون‌گذاران در بیان احکام آن به تفصیل توجه لازم و کافی را ننموده‌اند. علی‌رغم آنکه این نوع وثیقه شیوع و اهمیت زیادی بین افراد جامعه دارد. در تضمینات شخصی ممکن است، ضامن دچار افلاس و اعسار شود و دریافت دین مورد ضمانت از او غیرممکن شود. ولی، در وثایق عینی این خطرات وجود ندارد و دائن دارای حق عینی بر مال مورد وثیقه بوده و در دست هر کس باشد، می‌تواند حق تقدم و تتبع خود را نسبت به آن اعمال کند. وجوه تشابه بین نظام‌های مورد مطالعه عبارتند از: حدود تعهد ضامن به مقدار ارزش مال مورد وثیقه است. ضامن به مقداری که پرداخته است می‌تواند، به مدیون رجوع کند.

ضمانت با وثیقه اصولاً تعهدی فرعی است و تابع تعهد اصلی مدیون است. در صورت فوت مدیون و یا ضامن دین حال می‌شود و از ماترک متوفی دین استیفا می‌شود. ضامن می‌تواند، به تمام ایرادات وارد بر اصل دین و ایرادات ویژه دائن استناد کند. زمان پرداخت ضامن تابع زمان دین اصلی است مگر شرط خلاف شده باشد. نقص و تلف مال مورد وثیقه ممنوع و می‌توان توقف این عملیات را از دادگاه خواست. دائن در استیفا دین از مال مورد وثیقه بر سایر طلبکاران تقدم دارد. ضامنی که با قصد تبرع ضمانت کرده حق رجوع به مدیون ندارد. شرط تضامن مدیون و ضامن یا ضامنان ممکن است و در این صورت هر ضامن مسئول پرداخت تمام دین بوده و هر یک از آنان که ادا کرد، می‌تواند بابت آنچه پرداخته به دیگر مدیونین رجوع و سهم او از دین و سهم سایرین را نیز مطالبه کند.

اختلاف نظام‌های حقوقی مورد بحث از این قرار است، ماهیت ضمان مزبور متفاوت است در حقوق مصر و اردن ماهیت آن رهن است، لیکن مسئولیت رهن محدود به ارزش مال مورد وثیقه است. در حقوق ایران ماهیتی دوگانه شامل رهن و ضمان و بعضاً تبدیل تعهد را توأمان دارد. در قانون مدنی ایران این نوع ضمان بحث نشده در حقوق اردن و مصر صراحتاً به‌عنوان نوعی تضمین مطرح شده است. در حقوق اردن و مصر تعهد ضامن نباید شدیدتر از تعهد مدیون باشد. در حقوق ایران منعی در این خصوص وجود ندارد و تابع توافق طرفین است. زمان ادا دین در حقوق ایران تابع توافق ضامن و طلبکار است. ولی در حقوق مصر و اردن اصولاً زمان ادا ضامن نباید زودتر از دین مدیون

باشد. رجوع ضامن به مدیون در حقوق اردن و مصر بر اساس نظریه رجوع شخصی و قائم‌مقامی است. در حقوق ایران نظریه قائم‌مقامی قابل دفاع نیست. اسباب موجب سقوط تعهد مدیون باعث سقوط تعهد ضامن می‌شود.

## منابع

## فارسی

- ابو سعود رمضان، (۱۹۸۰). الوسيط فی التامينات الشخصيه و العينيه جامعه الاسكندريه، بی‌نا.
- البشير: محمد طه، (۱۹۷۶). الوجيز فی الحقوق العينيه التبعيه، بی‌نا.
- ابو مشايخ سعاد توفيق سليمان، (۲۰۰۶). «عقد الكفاله المدنيه و الاثار المترتبه على دراسه مقارنه بين مجله الاحكام و القانون المدني المصر»، رساله الماجستير جامعه النجاح.
- الزوايده عثمان محمد العماوى؛ محمد عبدالغفور محمد، (۲۰۲۳). «آثار الكفاله العينيه فى قانون المدنى الاردنيشره القانون و الاعمال»، العدد ۴۳.
- تناغو سمير عبدالسيد، (۱۹۸۵). التامينات الشخصيه و العينيه الرهن الرسمى حق الاختصاص الرهن الحيازي حق الامتياز الاسكندريه، منشاه المعارف.
- جعفرى لنگرودى محمد جعفر، (۱۳۸۶). ضمان عقدى، ج ۱، تهران: گنج دانش.
- حسن عبدالخالق، (۱۹۸۶). الكفاله دراسه مقارنه بين القانون المدنى و الفقه الاسلامى، القاهره: دارالهدى للطباعه.
- حكيم سيد محسن، (۱۴۱۶). مستمسك العروه الوثقى، ج ۱۲، ج ۱، قم: مؤسسه دارالتفسير.
- حلى (علامه) حسن بن يوسف، (بی‌تا). تذكره الفقهاء، ج ۱۴، ج ۱، مؤسسه البيت.
- وهبه سيد عبدالله، (۱۹۸۷). خطاب طلبه و هبه عقد الكفاله، القاهره مكتبه.
- السررحان عدنان، (۲۰۰۷). العقود المسماة الوكالة الكفاله عمان، دارالثقافه للنشر و التوزيع.
- سعد احمد محمود؛ مصطفى منصور، (۱۹۶۰). عقد الكفاله دراسه مقارنه القاهره دارالنهضة العربيه، ط ۱۱۹۹۴ عقد الكفاله مصر المطبعه العالميه.
- السنهورى عبدالرزاق احمد، (۲۰۰۴). الوسيط فى شرح قانون المدنى الجديد التامينات الشخصيه و العينيه منشآت المعارف الاسكندريه.
- سيد عيد نائل، (۱۹۵۵). المركز القانونى للكفيل العينى، بی‌نا.
- شهيدى ك مهدى، (۱۳۸۳). حقوق مدنى ۳، ج ۴، تهران: انتشارات مجد.
- طبا طبيا يى يزدى سيد محمد كاظم، (۱۴۱۹). عروه الوثقى، ج ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامى
- عاملى (شهيد ثانى) زين الدين بن على، (۱۴۱۰). الروضه الهيئه فى شرح اللمعه دمشقيه، ج ۴، ج ۱، قم.
- عاملى سيد محمد جواد بن محمد حسينى، (۱۴۱۹). مفتاح الكرامه، ج ۱۶، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامى.
- كاتوزيان ناصر، (۱۳۶۴). حقوق مدنى (عقود اذنى وثيقه‌هاى دين) تهران: به‌نشر
- كاشانى محمود، (۱۳۸۸). حقوق مدنى قراردادهاى ويژه، تهران: انتشارات ميزان ج ۱.
- محمود جمال الدين زكى، (۱۹۷۴). دروس فى تأمينات الشخصيه و العينيه، مطابع دارالشعب.
- ميثم محمود، (۲۰۲۳). «ركابى مركز القانونى للكفيل العينى»، الاطروحه الدكتورال، جامعه قم.
- نعمت الله اسماعيل، (۱۳۹۶). «شرط پرداخت از مال معين در عقد ضمان حقوق اسلامى» ش ۵.
- هدى عبدالله، (۲۰۱۱). التامين العقارى مقارنه مع حقوق الرهن، الامتياز منشورات الحلبي الحقوقيه.
- قانون مدنى ايران

قانون مدنی اردن ۱۹۷۶

قانون مدنی عراق ۱۹۵۱

قانون مدنی مصر ۱۹۴۸