

عقد ضمان و مقتضیات زمان

با نگاه تحلیلی و تطبیقی

تألیف:

مهدی آقاپوری شک

تابستان ۱۳۹۲

مدرسنامه	: آقابوری‌بی‌شک، مهدی، ۱۳۴۹ -
عنوان و نام پدیدآور	: عقد ضمان و مقتضیات زمان با نگاه تحلیلی و تطبیقی/ تألیف مهدی آقابوری‌بی‌شک.
مشخصات نشر	: تبریز: انتشارات آیین دادرسی، ۱۳۹۲.
مشخصات ظاهری	: چهار، ۱۳۹ ص.
شابک	: 978-600-93230-4-3
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: عقد ضمان
رده بندی کنگره	: BP۱۹۲/۱/۷ع۷ ۱۳۹۲
رده بندی دربی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۳۱۴۲۱۵۱

عقد ضمان و مقتضیات زمان

با نگاه تحلیلی و تطبیقی

تألیف: مهدی آقابوری‌بی‌شک

چاپ اول ۱۳۹۲ - تبریز

چاپ: پرنیان

تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

صفحه آرایشی: مؤسسه سینا

طرح روی جلد: سلمان صدیق نجاتی

لیتوگرافی: چاردیز

صحافی: پاندا

ناظر چاپ: بهرام بررحسن

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۹۳۲۳۰-۴-۳



کتابخانه تخصصی حقوق آیین
انتشارات آیین دادرسی

WWW.ayeenbook.ir

هر شخص حقیقی یا حقوقی که تمام یا قسمتی از این اثر را بدون اجازه ناشر به هر طریقی نشر، پخش، تکثیر یا تجدید چاپ نماید مورد پیگرد قانونی قرار خواهد گرفت

برای ارسال کتاب به سراسر کشور با شماره تلفن‌های زیر تماس بگیرید:

۰۹۱۴۴۱۰۹۰۳۵ - ۰۹۱۳۷۱۰۷۱۳۹ - ۰۴۱۱ ۳۳۴۱۰۱۱

مکیده

در میان مسائل مطرح شده در ضمان عقد، میان فقیهان از یک سو و دکتربین کتب حقوقی از سوی دیگر اختلاف نظر چشمگیری وجود دارد به گونه‌ای که در برخی موارد منجر به صدور آراء متفاوت و بعضاً متناقض شده است.

در این نوشتار سعی بر این است که در مباحث عمده مورد اختلاف از قبیل اثر ضمان عقدی، ضمان مالیم یجب، ضمان عهده و هم چنین چگونگی شکل‌گیری آن، ابتدا به ذکر آراء و نظریات مختلف پرداخته، و ادله هر کدام به طور کامل تبیین، سپس با نقد آنها، نظریه‌ای که کاربردی‌تر و از استدلال محکم‌تری برخوردار است همراه با وجه ترجیح انتخاب گردد. در این میان نیز سعی شده است تمام مسائل مطروحه به نحو منسجم و بر پایه‌ی مبنای انتخاب شده مورد بررسی تطبیقی و تحلیلی قرار گیرد.

مقدمه

« قال الله تبارك و تعالی: فَلَمَّا دَخَلُوا عَلَيْهِ قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا الضُّرُّ وَ جُنَّتْ بِضَاعُهُ مُزْجَاهٍ فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ وَ تَصَدَّقْ عَلَيْنَا إِنَّ اللَّهَ يَجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ.»

«هنگامی که آنها بر یوسف وارد شدند گفتند ای عزیز ما و خاندان ما را ناراحتی فرا گرفته و متاع کمی با خود آورده‌ایم. پیمانه‌ی ما را به طور کامل وفا کن و بر ما تصدق بنما که خداوند متصدقان را پاداش می‌دهد.»

سوره یوسف / آیه ی ۸۸

يَا مَنْ يُعْطِي الْكَثِيرَ بِالْقَلِيلِ

خدای را سپاس که توفیق داد تا قلم به دست گرفته و سطوری چند در مورد ضمان عقدی و تطبیق آن با فقه و حقوق وضعی به تحریر در آورم. عقد ضمان از عقود می‌باشد که نه تنها قبل از ظهور اسلام بلکه از زمانی که داد و ستد و قرض و معاملات در جامعه رواج داشته، موجود بوده و هرکس دچار ورشکستگی و افلاس می‌شد، رئیس قبیله و یا افراد متمکن، دین آن شخص را ضمانت می‌کرد و دست او را گرفته و گشایشی در زندگی وی ایجاد می‌کرد. اما به مرور زمان به نسبت توسعه معاملات و رونق اقتصادی و تبادلات آن اعم از این که در قالب اشخاص حقیقی و حقوقی مثل شرکت‌های خصوصی و بین‌المللی و بانک‌ها و غیره. مباحث ضمان عقدی نیز توسعه یافته و قوانین جدیدی شکل گرفته است. و این امر سبب شده کتب مختلفی اعم از حقوقی و فقهی در دنیای امروز برای این موضوع نوشته شود. مع‌الوصف تعدد آراء و نظریات و بسا تناقضات و یا به عبارت دیگر سولات بدون پاسخی در این زمینه به چشم می‌خورد. بنابر این تحقیق و نیز تطبیقی آراء و

نظریات و انتخاب یک نتیجه‌ی درست، لازم و ضروری به نظر می‌رسید. لذا تکلیف را در این دیدم که موضوع فوق را مورد بررسی و مذاقه قرار دهم تا مشکلی را حل و خدمتی به جامعه‌ی علمی کرده باشم.

در این نوشتار سعی بر این است که تمام کتب فقهی و حقوقی دست اول به عنوان منابع اصلی مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد و نهایتاً از بین نظریات و آراء مورد اختلاف، نظر و رأیی که از ادله و استدلال متقن‌تری برخوردار است انتخاب گردد.

لذا تلاش بر این است به سؤالات بی‌جوابی که در مواردی چند وجود داشته پاسخ داده شود. از آن جمله:

الف) عقد یا ایقاع بودن ضمان

ب) اثر ضمان عقدی

ج) مسامحی و معوض بودن ضمان عقدی که مشهور به آن معتقد است ولی ما راه دیگری را اتخاذ کرده‌ایم.

د) بررسی ضمان مجهول، ضمان عهده، ضمان حال و مؤجل و اسباب انقضای ضمان که این موارد را می‌توان از اهم مباحث به شمار آورد.

لذا این جزوه می‌تواند برای دانشجویان عزیزی که می‌خواهند در این زمینه تحقیق کنند به عنوان یک منبع بوده و کار تحقیق را بر آنان آسان سازد.

در آخر با اذعان به نواقص و کاستی‌های این تألیف از کلیه‌ی اربابان علم و ادب تقاضا می‌شود چنانچه نظر اصلاحی در این رابطه دارند بر این جانب منت گذارده و در این امر ما را راهنمایی نمایند.

In The Name Of Allah

Among the issues posed on Aghd – e – Zeman , there are remarkable differences between theologians in one hand , and jurisprudents in the other hand , so that , in some cases it is resulted in issuing different and sometimes paradoxical decrees. This paper deals with the main arguments and views such as the effect of Zeman-e-Aghdi, Zemen Ma Lam-Yajeb, Zeman-e-Ohda, and the formation of such differences. At first, it is intended to study different viewpoints in order to clarify the argumentation thoroughly , then to criticize them and finally to choose the most applied one with a concrete argumentation and the reason of preference.

Here, it is attempted to have adaptive and analytical study of the issues in coherent manner and in accordance with the selection basis.

فهرست مطالب

فصل اول: کلیات

- مبحث اول: سیر تاریخی عقد ضمان ۱
- گفتار اول: عقد ضمان قبل از اسلام ۱
- گفتار دوم: عقد ضمان بعد از اسلام ۲
- مبحث دوم: تعریف ضمان ۴
- گفتار اول: ضمان در لغت ۴
- گفتار دوم: ضمان در اصطلاح ۵
- مبحث سوم: آیا ضمان عقد است یا ایقاع؟ ۸
- گفتار اول: تعریف عقد در لغت و اصطلاح ۸
- گفتار دوم: تعریف ایقاع در لغت و اصطلاح ۹
- گفتار سوم: نظریه‌ی عقدی ۹
- گفتار چهارم: نظریه‌ی ایقاع ۱۲
- مبحث چهارم: ویژگی‌های عقد ضمان ۱۶
- گفتار اول: ضمان عقد لازم است ۱۶
- گفتار دوم: ضمان عقد رضایی است ۱۷
- گفتار سوم: ضمان عقد تبعی است ۱۸

ب/ عقد ضمان و مقتضیات زمان با نگاه تحلیلی و تطبیقی

- مبحث پنجم: آیا ضمان عقد ناقل است ؟ ۲۰
- مبحث ششم: آیا ضمان عقد مسامحی است ؟ ۲۲
- مبحث هفتم: آیا ضمان عقد معوض است یا عقد مجانی ؟ ۲۸
- مبحث هشتم: مقایسه‌ی عقد ضمان با عقود مشابه ۳۰
- گفتار اول: ضمان و حواله ۳۰
- گفتار دوم: ضمان و کفالت ۳۲
- گفتار سوم: ضمان و رهن ۳۳
- گفتار چهارم: ضمان و بیمه‌ی اعتبار ۳۴
- مبحث نهم: ماهیت فقهی و حقوقی عقد ضمان «از حیث آثار» ۳۶
- گفتار اول: نظریه‌ی نقل ۳۶
- گفتار دوم: نظریه‌ی تضامن ۴۱
- گفتار سوم: نظریه‌ی وثیقه ۴۳

فصل دوم: تمقق عقد ضمان

- مبحث اول: اطراف عقد ضمان ۴۵
- گفتار اول: ضامن ۴۵
- گفتار دوم: مضمون له ۴۸
- گفتار سوم: مضمون عنه ۵۰
- مبحث دوم: تنجیز ۵۱
- مبحث سوم: شرط خیار ۵۵
- مبحث چهارم: اقاله در عقد ضمان ۵۹
- مبحث پنجم: شناخت ضامن ۶۳
- گفتار اول: شناخت ضامن از مضمون له و مضمون عنه ۶۳
- گفتار دوم: شناخت ضامن به مقدار دین و اوصاف آن ۶۵
- مبحث ششم: ضمان به شرط رهن ۶۹

فهرست مطالب / ت

مبحث هفتم: ضمان به شرط تأدیه از مال معین	۷۱
مبحث هشتم: ترامی در ضمان	۷۳
مبحث نهم: دور در ضمان	۷۵
مبحث دهم: تعدد ضامنان	۷۷

فصل سوم: موضوع عقد ضمان

مبحث اول: اوصاف	۸۱
گفتار اول: مال بودن	۸۱
گفتار دوم: ثبوت در ذمه	۸۲
مبحث دوم: مصادیق	۸۵
گفتار اول: ضمان از اعیان مضمونه	۸۵
گفتار دوم: ضمان از اعیان غیر مضمونه	۸۷
گفتار سوم: ضمان از نفقه	۹۰
گفتار چهارم: ضمان در جعاله ، سبق ، رمایه	۹۴
گفتار پنجم: ضمان به غیر مقدار	۹۶
گفتار ششم: ضمان به غیر جنس دین	۱۰۰
مبحث سوم: ضمان عهده	۱۰۳
گفتار اول: ضمان عهده‌ی درک مبیع یا ثمن	۱۰۴
گفتار دوم: ضمان عهده تلف مبیع قبل از قبض	۱۰۶
گفتار سوم: ضمان عهده در صورت فسخ یا اقاله	۱۰۸
گفتار چهارم: ضمان عهده در صورت اعمال خیار عیب	۱۱۰
گفتار پنجم: ضمان عهده ارش	۱۱۱
گفتار ششم: ضمان درک بعض مبیع	۱۱۲
گفتار هفتم: ضمان درک حادث	۱۱۲
مبحث چهارم: ضمان حال و مؤجل	۱۱۴

ث/ عقد ضمان و مقتضیات زمان با نگاه تحلیلی و تطبیقی

- گفتار اول: ضمان حال از دین حال ۱۱۵
- گفتار دوم: ضمان مؤجل از دین حال ۱۱۵
- گفتار سوم: ضمان حال از دین مؤجل ۱۱۶
- گفتار چهارم: ضمان مؤجل از دین مؤجل ۱۱۷

فصل چهارم: انقضای ضمان

- مبحث اول: اسباب انقضای ضمان از طریق دین اصلی ۱۲۳
- گفتار اول: بطلان سبب دین ۱۲۳
- گفتار دوم: فسخ سبب دین ۱۲۴
- گفتار سوم: وفاء دین ۱۲۶
- گفتار چهارم: تهاتر ۱۲۸
- گفتار پنجم: ابراء ۱۲۹
- گفتار ششم: حواله ۱۳۰
- گفتار هفتم: اتحاد ذمه ۱۳۰
- مبحث دوم: اسباب انقضای ضمان از طریق دین تبعی ۱۳۱
- گفتار اول: وفاء دین ۱۳۱
- گفتار دوم: اقاله ۱۳۲
- گفتار سوم: ابراء ۱۳۲
- گفتار چهارم: تهاتر ۱۳۳
- گفتار پنجم: اتحاد ذمه ۱۳۴
- گفتار ششم: حواله ۱۳۵
- منابع و مآخذ ۱۳۷