

اثر حجر و ورشکستگی کفیل بر عقد کفالت

سمیه ظهوری*

استادیار گروه حقوق و الهیات دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه گلستان، گلستان،

ایران

علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه

مازندران، مازندران، ایران

محمد فرزاتگان

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران،

مازندران، ایران

چکیده

کفیل به موجب عقد کفالت تعهد به احضار مکفول نزد مکفوله می‌کند و در صورت تخلف از انجام تعهد باید دین مکفول یا مبلغ وجه‌الکفاله را به‌عنوان خسارت عدم انجام تعهد بپردازد. تعهد کفیل به احضار، تعهدی غیرمالی است، اما چون بر این تعهد آثار مالی نیز بار می‌شود، از این رو کفیل باید بالغ، عاقل و رشید باشد و به دلیل ضرری بودن عقد کفالت صغیر ممیز و سفیه نمی‌توانند نه شخصاً و نه توسط ولی یا قیم این عقد را منعقد کنند. علاوه بر این اگرچه عقد کفالت عقدی لازم است، اما چون تعهد کفیل قائم به شخص اوست، از این رو اگر کفیل بعد از عقد و قبل از موعد احضار مکفول، دچار جنون دائمی شود، عقد کفالت منحل می‌شود، بنابراین نمی‌توان انجام تعهد را از ورثه یا نماینده کفیل درخواست کرد یا اینکه دین یا مبلغ وجه‌الکفاله را از اموال کفیل دریافت کرد و دادگاه باید از مکفول معرفی کفیل جدیدی را تقاضا کند. در فرض جنون ادواری نیز اگرچه عقد کفالت باقی است، چون در مدت جنون امکان انجام تعهد از سوی کفیل وجود ندارد، این مسئله سبب ورود ضرر به مکفوله می‌شود، از این رو دادگاه باید از مکفول معرفی کفیل جدید را بخواهد. در صورت ورشکستگی کفیل نیز عقد کفالت پابرجاست و مکفوله برای وصول وجه‌الکفاله باید وارد در غرما شود.

واژگان کلیدی: جنون، سفاهت، کفالت، کفیل، ورشکستگی.

۱. مقدمه

کفالت از عقود است که سابقه تاریخی بسیار طولانی دارد و پیش از ظهور اسلام نیز در بین مردم رواج داشت. پس از ظهور اسلام نیز عقد کفالت مورد پذیرش شرع قرار گرفت، هرچند ائمه معصومین (ع) کفالت را مکروه دانسته و آن را سبب خسارت و ندامت دانسته‌اند (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ۳۷۸). مسئله‌ای که موجب نگارش این مقاله شد، این موضوع بود که برای انعقاد عقد کفالت، کفیل باید دارای چه شرایطی باشد؟ آیا سفیه و صغیر ممیز نیز توانایی کفیل شدن و انعقاد این عقد را دارند؟ البته پاسخ به این پرسش به این مسئله برمی‌گردد که موضوع عقد کفالت چیست و چه تعهدی برای کفیل ایجاد می‌شود؟ همچنین اگر بعد از انعقاد کفالت، کفیلی که دارای اهلیت بوده، دچار جنون، سفاهت، اغما یا ورشکستگی شود، آیا عقد کفالت به قوت خود باقی است یا به دلیل عارض شدن این موارد عقد کفالت از بین می‌رود؟ در این پژوهش با بررسی کتاب‌های فقها و مؤلفان حقوقی سعی خواهیم کرد تا به این پرسش‌ها پاسخ دهیم.

۲. جنبه کاربردی پژوهش

اگرچه از نظر دادرسی حقوقی کفالت چندان دارای کاربرد و قابل توجه نبوده، اما در سال ۱۳۹۴ با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بحث گرفتن کفیل از محکوم‌علیه ای که ادعای اعسار خود را خارج از موعد داده، مطرح شده است. به موجب تبصره ۱ ماده ۳ این قانون در صورتی که محکوم‌علیه خارج از موعد قانونی دعوای اعسار مطرح کند و محکوم‌له آزادی او را بدون اخذ تأمین نپذیرد، دادگاه باید قرار وثیقه یا کفالت معادل محکوم‌به صادر کند. با صدور قرار قبولی وثیقه یا کفالت، دادگاه تا روشن شدن وضعیت اعسار از حبس محکوم‌علیه خودداری می‌ورزد. در صورت رد دعوای اعسار به‌طور قطعی به وثیقه‌گذار یا کفیل ابلاغ می‌شود ظرف بیست روز نسبت به تسلیم محکوم‌علیه اقدام کند، در غیر این صورت محکوم‌به از محل وثیقه یا وجه‌الکفاله اخذ می‌شود. علاوه بر این مورد، یکی از قرارهای شایع و پرکاربرد کیفری که در دادرسی‌ها و دادگاه‌های کیفری امروزه در رسیدگی به جرائم صادر می‌شود، قرار کفالت است (بند «ح» ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری). در این قرار قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده، چون از حضور متهم در مراحل دادرسی اطمینان ندارد، از او می‌خواهد تا شخص ثالثی را به‌عنوان کفیل معرفی کند، تا چنانچه در یکی از مراحل دادرسی بدون عذر موجه حاضر نشد و کفیل نیز نتوانست او را ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ حاضر کند (ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری)، مبلغ وجه‌الکفاله که نباید از خسارت وارده به بزه‌دیده کمتر باشد (ماده ۲۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری)، از کفیل اخذ شود. با عنایت به اینکه در

بیشتر پرونده‌های کیفری قرار تأمین از جنس کفالت است، بنابراین ضرورت دارد این موضوع بررسی شود که اثر حجر و اغما و ورشکستگی کفیل بر عقد کفالت چگونه است و در صورت بروز این موارد حسب مورد مرجع قضایی باید چه تصمیمی اتخاذ کند.

۳. تعریف کفالت

کفالت در لغت به «پذیرفتاری و تعهد و ذمه‌داری» (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۲: ۱۹۰۲۱) و «ضامن کسی شدن، کفیل شدن، عهده‌دار اجرای امری به عوض کسی گردیدن» (معین، ۱۳۸۵: ۱۰۷۵) معنا شده است. در اصطلاح فقهی، فقها کفالت را عقدی می‌دانند که برای تعهد به نفس^۱ تشریح شده است (اسدی حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۴: ۳۸۷؛ حلی، ۱۴۱۸: ج ۱: ۱۴۳؛ یوسفی، ۱۴۱۷: ج ۱: ۵۳۹). بعضی دیگر از فقها در تعریف کفالت گفته‌اند کفالت عقدی است که در آن تعهد به احضار نفس صورت می‌گیرد، یعنی کفیل ملتزم به احضار مکفول می‌شود، هرگاه مکفول له او را مطالبه کند^۲ (عاملی، ۱۴۱۰: ج ۴: ۱۴۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ج ۹: ۲۸۹).

قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر فقها در ماده ۷۳۴ در تعریف کفالت مقرر داشته است: «کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می‌گویند». اما حقوقدانان به این تعریف ایراد گرفته و آن را ناقص می‌دانند، زیرا تا زمانی که طرف عقد، طلبی از مکفول نداشته باشد یا دعوایی علیه او مطرح نکرده باشد، گرفتن کفیل معنی پیدا نمی‌کند. بر این مبنا باید در تعریف کفالت گفت که «کفالت عقدی است که به موجب آن تعهد به احضار ثالثی که بر او ادعای حقی شده است در برابر طلبکار یا مدعی می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۵ (ج)، ج ۲: ۱۹۹).

۴. موضوع کفالت

با توجه به تعریفی که از کفالت بیان شد، مشخص می‌شود که در عقد کفالت تعهد صرفاً برای کفیل ایجاد می‌شود و مکفول له در مقابل کفیل امری را به عهده نمی‌گیرد. موضوع تعهد کفیل به موجب عقد کفالت، احضار مکفول در مقابل مکفول له است؛ یعنی به تعبیر فقها کفیل تعهد به احضار نفس می‌کند، برخلاف عقد ضمان که در آن ضامن، تعهد به مال^۳ می‌کند (وجدانی، ۱۴۲۶: ج ۸: ۳۳۲)؛ یعنی کفالت در نزد فقهای امامیه یک عقد غیرمالی محسوب می‌شود و کفیل صرفاً در

۱. الکفاله و هی عقد شرع التعهد بالنفس.

۲. هی التعهد بالنفس ای التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له.

۳. «ان الکفاله هی التعهد بالنفس فی مقابل الضمان الذی هو تعهد بالمال»

عقد کفالت تعهد به حاضر کردن مدیون نزد مکفول له می‌نماید، بدون اینکه تعهدی به پرداخت دین مدیون بنماید (حلی، ۱۴۱۵ق: ۱۱۰؛ مشکینی، ۱۴۱۸ق: ۴۰۳). به عقیده برخی فقها فرق کفالت از حواله و ضمان در همین موضوع است که در کفالت تعهد به نفس صورت می‌گیرد، برخلاف ضمان و حواله که در آنها تعهد به مال انجام می‌گیرد (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج: ۲، ۱۸۹). در نتیجه وصف و اثر اصلی عقد کفالت که موجب تمییز آن از سایر عقود وثیقه‌ای می‌شود، این است که مربوط به احضار نفس انسان است نه اموال او. بر همین مبنا مؤلفان حقوقی نیز بیان می‌دارند که تعهد مستقیم کفیل که از عقد کفالت ناشی می‌شود، تعهد به احضار مکفول است و التزام به تأدیة دین مکفول، تعهد غیرمستقیم و جدیدی است که در نتیجه نقض عهد کفیل، در احضار مکفول ایجاد می‌شود و اثر مستقیم عقد کفالت نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵(ب)، ج: ۴، ۴۴۵)، زیرا اگر اثر مستقیم عقد، التزام به پرداخت دین دیگری باشد، این ضمان به حساب می‌آید نه کفالت.

فقها ضمانت اجرای تخلف کفیل در احضار مکفول را دو چیز عنوان کرده‌اند. ضمانت اجرای اول آن است که دستور حبس کفیل داده می‌شود تا زمانی که بتواند مکفول را احضار نماید (بوسفی آبی، ۱۴۱۷ق، ج: ۱، ۵۶۰؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج: ۲، ۹۶؛ اسدی حلی، ۱۴۱۳ق، ج: ۲، ۱۶۸) و ضمانت اجرای دوم، تعهد کفیل به ایفای تعهد مکفول است (اسدی حلی، ۱۴۱۰ق، ج: ۱، ۴۰۳؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ج: ۲، ۲۲۹؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج: ۲، ۱۹۵).

قانون مدنی در ماده ۷۴۰ صرفاً ضمانت اجرای دوم را مورد پذیرش قرار داده، بنابراین براساس قانون مدنی امکان حبس کفیل به دلیل نقض تعهد وجود ندارد. به موجب ماده ۷۴۰ «کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید و الا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می‌شود برآید». این تعهد و الزام، اثر مستقیم عقد نیست و مورد قصد طرفین عقد واقع نشده بلکه از طرف قانونگذار بر کفیل تحمیل شده و در حقیقت نتیجه پیمان‌شکنی یا ناتوانی کفیل در اجرای تعهد است. الزام کفیل به ادای دین مکفول به جهت ارتباط سبب آن با عقد کفالت، به طور تبعی در زمره تعهدهای کفیل است و در واقع ضمانت اجرای تعهد اصلی او و جزای تعهد کفیل در عدم احضار مکفول به شمار می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۸۵(ب)، ج: ۴، ۴۶۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۷؛ امامی، ۱۳۶۴، ج: ۲، ۳۰۳). در حقیقت تعهد کفیل به احضار مکفول جز تعهدات به نتیجه به شمار می‌رود و تا زمانی که نتیجه تعهد، یعنی حضور مکفول محقق نشود، کفیل تعهد خویش را اجرا نکرده و در اثر این تخلف، به مکفول له ضرر وارد می‌نماید و لذا باید از عهده زیان ناشی از نقض عهد خویش برآید. قانونگذار میزان ضرری را که از عدم حضور مکفول به مکفول له وارد می‌شود، همان مبلغ دین به حساب می‌آورد. بنابراین کفیل در صورت عدم انجام تعهد خویش، باید این ضرر مفروض را جبران کند.

در کفالت در امور کیفری نیز قانونگذار در ماده ۲۳۰ قانون جدید آیین دادرسی کیفری بیان کرده است که «متهمی که برای او قرار تأمین صادر... در صورتی که حضورش لازم باشد، احضار می‌شود و هرگاه ثابت شود بدون عذر موجه حاضر نشده است، ... چنانچه متهم کفیل معرفی کرده ... به کفیل اخطار می‌شود که ظرف یک ماه متهم را تحویل دهد. در صورت ابلاغ واقعی اخطاریه و عدم تحویل متهم به دستور دادستان وجه‌الکفاله اخذ می‌شود». به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۵۷ مورخ ۸۰/۲/۱۴ «در صورت احضار متهم و عدم معرفی وی از ناحیه کفیل نسبت به وصول وجه‌الکفاله اقدام می‌شود و اجرای حکم نمی‌تواند دستور قانونی رئیس حوزه قضایی را در مورد وصول وجه‌الکفاله ابطال نموده و یا رافع مسئولیت کفیل باشد». رأی وحدت رویه مزبور بر این مبنا صادر شده که اخذ وجه‌الکفاله ضمانت اجرای تخلف کفیل برای حاضر کردن متهم است و از این رو حتی اگر متهم از اتهام خود تبرئه نیز شده باشد، وجهی برای امکان نقض دستور اخذ وجه‌الکفاله به دلیل صدور حکم برائت متهم وجود ندارد (خالقی، ۱۳۹۶: ۲۸۰).

۵. اثر حجر بر انواع عقود

قانون مدنی در ماده ۱۸۴ عقود را از جهات مختلف به چند دسته تقسیم می‌کند که یکی از این دسته‌بندی‌ها تقسیم عقود به لازم و جایز است. به موجب ماده ۱۸۷ قانون مدنی برخی از عقود هستند که نسبت به یک طرف لازم و نسبت طرف دیگر جایزند که از جمله مصادیق این نوع عقود در قانون مدنی عقد کفالت است، هرچند قانونگذار به صراحت به این موضوع در عقد کفالت اشاره نکرده است. اما با توجه به برخی از مواد مطروحه در بحث کفالت می‌توان به این نتیجه رسید. در قرارداد کفالت برای مکفول‌له هیچ‌گونه تعهدی ایجاد نمی‌شود و قرارداد کاملاً به سود او منعقد می‌شود، از این رو او به موجب بند ۴ ماده ۷۴۶ حق دارد کفیل را ابراء نماید که در این صورت کفیل از تعهد احضار بری می‌شود و علاوه بر این مکفول‌له می‌تواند به‌طور مستقیم نیز عقد را فسخ کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵(الف): ج ۱: ۴۲). اما عقد کفالت نسبت به کفیل لازم است و کفیل نمی‌تواند از اجرای تعهد خود سر باز زند.

یکی از فواید تقسیم عقود به لزوم و جواز این است که به موجب مواد ۹۵۴ و بند ۱ ماده ۵۵۱ قانون مدنی عقود جایز به موت، سفه و جنون یکی از طرفین عقد منحل می‌شود. در حالی که عقد لازم هیچ‌گاه در اثر حدوث این موارد منحل نمی‌شود. در عقود که نسبت به یک طرف لازم و نسبت به دیگری جایز است، فوت، جنون و سفه کسی که عقد نسبت به او جایز است موجب انحلال عقد نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵(الف): ج ۱: ۴۴). قانونگذار در قانون مدنی به تبعیت از فقهای امامیه در عقد کفالت به اثر فوت مکفول‌له اشاره کرده است، به موجب ماده

۷۴۸ «فوت مکفوله موجب براهت کفیل نمی‌شود». یعنی با فوت مکفوله، حق او نسبت به کفیل به موجب عموم ادله ارث و اصل بقای حق به ورثه‌اش منتقل می‌شود و لذا کفیل باید مکفول را نزد ورثه مکفوله احضار کند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰: ۳۵۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶: ۶۰۴؛ اسدی حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴: ۴۱۲؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ۵۸۵). در خصوص اثر عارض شدن جنون یا سفاهت در مکفوله بر عقد کفالت، فقهای امامیه چیزی مطرح نکرده و قانون مدنی نیز در این مورد سکوت نموده است. علت این امر نیز شاید بدیهی بودن موضوع بوده، زیرا وقتی فوت مکفوله اثری بر عقد نداشته باشد، به طریق اولی سفاهت یا جنون بعدی وی نیز موجب منحل شدن قرارداد نمی‌شود. چون قرارداد کفالت صرفاً به نفع مکفوله است و او در مقابل کفیل تعهدی ندارد تا بروز جنون یا سفاهت او مانع از انجام تعهد کفیل شود.

از دیگر تقسیم‌بندی‌هایی که حقوقدانان از عقود می‌کنند، تقسیم عقد به مجانی و معوض است. عقد مجانی عقدی است که در آن برخلاف عقد معوض «انتقال مال یا قبول تعهد فقط از یک طرف است به نفع طرف دیگر» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۴: ۲۵۷۱). از تعریف عقد کفالت در ماده ۷۳۴ استنباط می‌شود که عقد کفالت نیز جز عقود مجانی است، چون در آن تعهد صرفاً برای کفیل ایجاد می‌شود. یکی از فواید تشخیص عقد مجانی از معوض، در اهلیت طرفین معامله است. یعنی در عقود مجانی، داشتن اهلیت استیفا یعنی بلوغ و رشد، در کسی که انتقال مال یا تعهدی را به نفع خود می‌پذیرد، شرط نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵ (الف)، ج ۱: ۱۲۱). در قانون مدنی در عقد کفالت چیزی در خصوص اهلیت مکفوله بیان نشده است، ولی مؤلفان حقوقی گفته‌اند که مکفوله باید دارای اهلیت برای انعقاد عقد باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴: ۲۹۳؛ امامی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۳۰۳). فقهای امامیه در بحث کفالت بیان کرده‌اند که در عقد کفالت رضای مکفوله لازم است، چون در کفالت حقی به نفع مکفوله نسبت به کفیل ایجاد می‌شود و بدون رضای مکفوله نمی‌توان حقی برای او ایجاد کرد. از این رو اگر مکفوله صغیر یا مجنون باشد، قبول ولی آنان را لازم است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲: ۱۴۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰: ۳۴۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ج ۴: ۴۷۵؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۳۸۵). بر این اساس وجود رشد در مکفوله شرط نیست و سفیه می‌تواند عقد کفالت را قبول کند، علت این امر نیز این مسئله است که با قبول عقد هیچ ضرری متوجه سفیه نمی‌شود. ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی بیان می‌دارد سفیه می‌تواند تملکات بلاعوضی را که به نفعش برقرار می‌شود، قبول کند. اگرچه قبول کفالت، تملک بلاعوض شمرده نمی‌شود، ولی با توجه به اینکه در قبول این عقد هیچ ضرری متوجه سفیه نمی‌گردد، از این رو می‌توان با قیاس از امکان تملک بلاعوض، به سفیه اختیار قبول کفالت را داد. از آنجا که صغیر ممیز نیز وضعیتی مشابه سفیه دارد و قانونگذار به او اهلیت قبول تملک بلاعوض را می‌دهد (ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی) و چون در عقد کفالت برای وی هیچ تعهدی ایجاد نمی‌شود و فرض ورود

ضرر به او منتفی است، می‌توان این گفته فقها را که اگر مکفوله صغیر باشد قبول ولی او لازم است را ناظر به صغیر غیر ممیز دانست و به صغیر ممیز اجازه داد که شخصاً عقد کفالت را بپذیرد، زیرا صغیر ممیز دارای قصد و اراده است. بنابراین اگر عقد کفالت به نفع صغیر ممیز یا سفیه برقرار شود، خود آنها صلاحیت انعقاد آن را به‌تنهایی دارند، زیرا با قبول این عقد هیچ ضرری متوجه آنان نمی‌شود.

۶. اثر حجر و ورشکستگی کفیل در ایجاد کفالت

۶.۱. اثر حجر کفیل در زمان انعقاد کفالت

کفیل کسی است که در عقد کفالت تعهد به احضار مکفول می‌کند، اگرچه تعهد اصلی کفیل در عقد کفالت، یک تعهد غیرمالی است، اما چون تعهدات فرعی نیز در این عقد برای کفیل ایجاد می‌گردد که جنبه مالی دارد، ازاین‌رو باید کفیل کسی باشد اهلیت لازم برای انعقاد قرارداد را داشته باشد. به موجب ماده ۷۴۰ قانون مدنی در صورتی که کفیل در کفالت در امور مدنی از تعهد به احضار مکفول تخلف کند، قانوناً مکلف و ملزم به پرداخت دین مکفول می‌گردد. بنابراین کفیل با قبول کفالت به‌طور غیرمستقیم در امور مالی خود تصرف می‌نماید، لذا بر مینای اصول و قواعد عمومی، کفیل باید شخصی باشد که اهلیت تصرف در امور مالی خود را داشته باشد. در قانون مدنی در بحث کفالت در خصوص شرایط کفیل چیزی مطرح نشده است. اما مؤلفان حقوقی به این مسئله پرداخته و گفته‌اند که کفیل باید دارای اهلیت باشد (امامی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۳۰۳) و مانند هر عاقدی عاقل، کبیر، مختار و قاصد باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۷۴). البته ایشان اشاره‌ای به رشد کفیل نکرده‌اند، اما چون تصرف در امور مالی منوط به داشتن رشد است، ازاین‌رو باید گفت که کفیل علاوه بر بلوغ و عقل، رشید نیز باید باشد.

با وجود سکوت قانون مدنی در خصوص شرایط کفیل، در کتاب‌های فقهی به این موضوع فقهای امامیه در باب کفالت پرداخته و گفته‌اند که در کفیل بلوغ، عقل و جواز تصرف شرط است و کفالت صغیر، مجنون و سفیه صحیح نیست. چون کفالت مستلزم پرداخت غرامت مال در صورت عدم احضار مکفول است و این اشخاص در تصرف در اموال خود ممنوع هستند (مصطفوی، ۱۴۲۳ق: ۴۷۴؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ۴۷۸، تبریزی، ۱۴۲۶ق: ج ۲: ۲۴۷؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق: ج ۶: ۹۶). بنابراین برای انعقاد کفالت وجود اهلیت در کفیل لازم است. اما نکته شایان توجه در این خصوص این است که به عقیده برخی فقهای معاصر، سفیه یا صغیر ممیز با اذن یا اجازه ولی خود می‌توانند کفیل شوند (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ۴۷۸؛ شبیری زنجانی، ۱۴۲۸ق: ۵۲۷ و ۵۲۸). به‌نظر می‌رسد این موضوع در نظام حقوقی ما قابل پذیرش نباشد، زیرا اختیار ولی در دادن اذن یا اجازه به سفیه یا صغیر ممیز برای انعقاد قراردادها بدون حد و حصر نیست و مشروط به

رعایت مصلحت آنان است؛ یعنی ولی باید در انعقاد قراردادی به آنها اذن دهد که امکان نفع برای آنان وجود داشته باشد. در انعقاد قرارداد کفالت نه تنها هیچ نفعی متوجه کفیل نمی‌شود، بلکه اگر او نتواند تعهد خود در احضار مکفول را عملی کند، باید از عهده دین مکفول نیز برآید و این چیزی جز ضرر محض برای کفیل نیست. نکته بسیار شایان توجه در خصوص عقد کفالت این است که در احادیث و روایات، امامان معصوم مردم را از کفیل شدن منع کرده و آن را مکروه می‌دانند و می‌گویند در کفالت، غرامت، ندامت و خسارت است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۲: ۲۰۹؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰: ۱۷۸؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ۳۷۸). بنابراین با توجه به دلایلی که مرقوم شد، باید گفت که ولی صغیر ممیز و سفیه نه می‌توانند به سمت ولایت از طرف آنها، برای آنان عقد کفالت واقع سازند و نه می‌توانند به آنها اذن یا اجازه انعقاد این قرارداد را بدهند.

در خصوص شرایط کفیل در کفالت در امور کیفری، در قانون آیین دادرسی کیفری نیز چیزی ذکر نشد، اما مؤلفان حقوقی گفته‌اند که کفیل باید شرایط لازم برای قبول چنین تعهدی را داشته باشد، یعنی بالغ، عاقل و رشید باشد (خالقی، ۱۳۹۵، ج ۱: ۲۴۰). بنابراین در امور کیفری بازپرس یا دادیار باید اهلیت کفیل را احراز کند و در صورتی که کفیل فاقد یکی از شرایط اهلیت باشد از قبول کفالت وی جلوگیری کند. به موجب ماده ۲۲۳ قانون آیین دادرسی کیفری «بازپرس در مورد قبول کفالت، قرار صادر می‌نماید و پس از امضای کفیل ... خود نیز آن را امضاء می‌کند» به موجب اصول و قواعد حقوقی، امضای شخص، زمانی موجب ایجاد الزام و تعهد برای وی خواهد شد که او دارای اهلیت کامل (کبر، رشد و عقل) برای انعقاد قرارداد باشد و یا اینکه با اذن یا اجازه ولی یا قیم خود اقدام به این امر کرده باشد. اما همان‌گونه که بیان شد در بحث انعقاد کفالت، اعطای اذن یا اجازه ولی، به سفیه و صغیر ممیز به دلیل مضر بودن قرارداد کفالت منتفی است و از این رو فقط اشخاصی می‌توانند عقد کفالت را منعقد کنند که عاقل و رشید باشند.

با این وصف اگر شخصی که دچار جنون ادواری است، در دوران افاقه کفیل شخصی شود، باید عقد وی را درست دانست، زیرا در جنون ادواری مجنون در زمان‌های معینی، دارای اراده و قوه عقل است و قانونگذار نیز بر همین مبنا در ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی اعمال حقوقی مجنون ادواری در دوران افاقه و سلامت عقل را صحیح دانسته است. بنابراین کفالت مجنون ادواری در دوران افاقه نافذ است و سبب ایجاد تعهد برای وی می‌شود و اگر کفیل نتواند مکفول را در موعد مقرر حاضر کند، متعهد به پرداخت وجه الکفاله می‌شود.

۶.۲. اثر ورشکستگی کفیل در زمان انعقاد کفالت

فقه‌های امامیه در شرایط کفیل علاوه بر بلوغ، عقل و رشد، عدم افلاس را نیز شرط می‌دانند، زیرا در صورتی که کفیل قادر به احضار مکفول نباشد باید از عهده دین برآید، از این رو چون شخص مفلس یا ورشکسته از تصرف در اموالش ممنوع است، بنابراین امکان انعقاد کفالت را ندارد، مگر اینکه طلبکاران به او اذن یا اجازه این عمل را بدهند (مصطفوی، ۱۴۲۳ق: ۴۷۴؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق: ۴۷۸؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج: ۶، ۹۶). در قانون مدنی در این خصوص چیزی مطرح نشده و مؤلفان حقوقی نیز چیزی در این باره بیان نکرده‌اند. اما با توجه به ماده ۲۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری «کفالت شخصی پذیرفته می‌شود که ملائت او به تشخیص بازپرس برای پرداخت وجه‌الکفاله محل تردید نباشد»، بنابراین در صورتی که کفیل کسی باشد که حکم ورشکستگی او صادر شده باشد، دادگاه نباید کفالت او را بپذیرد، زیرا تاجر ورشکسته دارای ملائت کافی برای پرداخت وجه‌الکفاله نیست و در صورتی که بازپرس بدون توجه به ورشکسته بودن کفیل، کفالت او را بپذیرد دارای مسئولیت است. با این حال، عقد کفالتی که ورشکسته منعقد می‌نماید درست است، زیرا قرارداد کفالت در شمار قراردادهای باطل مذکور در ماده ۴۲۳ قانون تجارت قرار نگرفته است و از طرفی نیز ماده ۴۱۸ قانون تجارت صرفاً ورشکسته را از مداخله در اموالش بعد از صدور حکم ورشکستگی ممنوع کرده است. بنابراین با توجه به اینکه تاجر ورشکسته دارای اهلیت بوده و با صدور حکم ورشکستگی محجور نمی‌گردد (اسکینی، ۱۳۸۴، ج: ۴، ۵۷) و قلمرو ممنوعیت مداخله او صرفاً در اختیارات و حقوق مالی است (دمرجیلی و دیگران، ۱۳۸۴: ۷۵۱)، از این رو قادر به انعقاد قراردادهای غیرمالی است (روشن و مظفری، ۱۳۸۹: ۸۲). و همان‌طور که بیان شد، قرارداد کفالت جز عقود غیرمالی است که در صورت عدم انجام تکلیف ضمانت اجرای مالی در پی دارد. به عبارت دیگر با انعقاد قرارداد کفالت در اموال کفیل مداخله‌ای صورت نمی‌گیرد یعنی نه مالی از دارایی ورشکسته منتقل می‌شود و نه اموال او مقید می‌گردد.^۱ از این رو قرارداد کفالت تاجر ورشکسته صحیح است، ولی اگر کفیل در موعد مقرر مکفول را تسلیم ننماید دادگاه در صورتی می‌تواند مبلغ وجه‌الکفاله را از اموال کفیل استیفا کند که طلبکاران ورشکسته رضایت به این کار دهند. چون استیفاء اموال کفیل با حقوق طلبکاران ورشکسته منافات دارد. بنابراین تا پایان کار ورشکستگی امکان پرداخت دین ناشی از کفالت به موجب بند ۲ ماده ۴۲۳ قانون تجارت نیست. بنابراین اگر هم دادگاه مبلغ وجه‌الکفاله را از اموال تاجر ورشکسته استیفا کند، به موجب بند ۲ ماده ۴۲۳ قانون تجارت که

۱. برخی مؤلفان حقوقی در خصوص ضامن شدن ورشکسته با این استدلال عقد ضمان تاجر ورشکسته را صحیح دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج: ۲، ۱۱۸).

مقرر می‌دارد تأدیه هر نوع دین، به هر وسیله که به عمل آید باطل است، این استیفا باطل است و مبلغ وجه‌الکفاله باید به مدیر تصفیه مسترد شود.

۷. اثر جنون، سفاهت، اغما و ورشکستگی کفیل پس از انعقاد کفالت

۷.۱. اثر جنون کفیل پس از انعقاد کفالت

در کتاب‌های فقهی عمدتاً فقهای امامیه به این موضوع اشاره‌ای نکرده و صرفاً تعداد محدودی از فقها به‌طور کلی بیان کرده‌اند که اگر کسی که می‌توانسته بدهکار را در نزد طلبکار یا مکفول را در دادگاه حاضر کند، پس از انعقاد عقد از انجام این کار ناتوان شود، عقد کفالت به هم می‌خورد (شیرازی زنجانی، ۱۴۲۸ق: ۵۲۸؛ موحدی لنگرانی، ۱۴۲۶ق: ۴۰۸). یکی از مصادیق ناتوانی در احضار مکفول، می‌تواند عارض شدن جنون در کفیل باشد. شخصی که دچار جنون می‌گردد، فاقد قوه عقل و درک می‌گردد و قاعداً نمی‌توان از او انجام عملی را درخواست کرد. در بند «پ» ماده ۲۳۵ قانون آیین دادرسی کیفری قانونگذار یکی از مواردی را که کفیل می‌تواند به دستور دادستان مبنی بر اخذ وجه‌الکفاله، اعتراض کند، وجود موارد عذر موجه مذکور در ماده ۱۷۸ همین قانون دانسته است. به موجب بند «ب» ماده مذکور بیماری متهم که مانع از حضور او شود، از موارد عذر موجه به‌شمار می‌آید و بند «ج» ماده مزبور نیز «سایر مواردی که به تشخیص بازپرس عذر موجه محسوب می‌شود» را از جهات عذر موجه به‌حساب آورده است، از این‌رو جنون کفیل نیز می‌تواند از موارد عذر موجه و مشمول بند «ب» یا «ج» ماده ۱۷۸ به‌حساب آید و بر این مبنا دادگاه نباید اگر عارض شدن جنون قبل از اتمام موعد احضار مکفول باشد، دستور اخذ وجه‌الکفاله را بدهد و اگر هم، چنین دستوری صادر کرده باشد، می‌بایست پس از اثبات جنون در دادگاه، دستور رفع اثر از دستور را صادر کند.

در اینجا مسئله قابل طرح این است که آیا جنون کفیل که پس از عقد کفالت عارض می‌شود، موجب از بین رفتن عقد کفالت می‌گردد یا صرفاً تعهد به احضار مکفول، موقتاً قابل اجرا نیست؟ در این خصوص فقها و مؤلفان حقوقی چیزی بیان نکرده‌اند، اما به‌نظر می‌رسد در اینجا می‌بایست میان جنون ادواری و جنون دائمی فرق نهاد. در جنون دائمی مجنون برای همیشه فاقد قوه عقل و درک می‌گردد و از این‌رو امکان الزام او به انجام تعهد منتفی است و از آنجا کفالت جز تعهدات وابسته به شخص است، باید قائل بود که با عارض شدن جنون دائمی، عقد کفالت منفسخ می‌شود، اما در مورد جنون ادواری وضعیت کمی متفاوت است، زیرا مجنون ادواری در زمان‌های مشخصی که دوران افاقه نامیده می‌شود، دارای اراده و قوه عقل است و دارای اهلیت کامل فرض می‌شود و بر همین مبنا باید تعهدات و تکالیفی را که به موجب عقود به عهده گرفته است، انجام دهد. این موضوع از ظاهر ماده ۱۷۸ قانون آیین

دادرسی کیفری نیز برمی‌آید. پس بر این اساس عقد کفالت کفیلی که پس از قرارداد، دچار عارضه جنون شده و به تشخیص پزشک جنون وی از نوع ادواری است، صحیح بوده و دادگاه می‌تواند احضار مکفول را از این کفیل در دوران افاقه درخواست کند و در صورتی که کفیل در مدت تعیین شده مکفول را حاضر نکند، دادگاه دستور وصول وجه الکفاله را صادر خواهد کرد. اما نکته‌ای که باید بدان توجه شود این است که صدور قرار کفالت برای آن است که دادگاه بتواند در هر زمانی که حضور متهم لازم است، او را احضار کند و اگر متهم شخصاً حاضر نشود، به وسیله کفیل بتواند او را در دادگاه حاضر کند. در صورت عارض شدن جنون هر چند به صورت ادواری، برای کفیل امکان احضار متهم وجود ندارد، زیرا از مجنون به علت فقدان اراده نمی‌توان تکلیفی خواست و به موجب مقررات شرعی، شرط بار شدن تکلیف بر شخص وجود عقل است و با عروض جنون، عقل زایل می‌شود و برای شخص مجنون شرعاً تکلیفی ایجاد نمی‌گردد. در حقیقت شخص مجنون از جهت فقدان قوه عقل شبیه شخص مرده است. در فرض فوت کفیل قانونگذار به صراحت عقد کفالت را منتفی می‌داند و بیان می‌دارد متهم باید نسبت به معرفی کفیل جدید اقدام کند (ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری). از این رو برای حفظ حقوق مکفول می‌توان با قیاس و وحدت ملاک از فوت کفیل، در فرض مجنون شدن کفیل نیز عقد کفالت را منتفی دانست و به دادگاه اختیار داد که در این فرض مجدداً قرار کفالت صادر کند و از متهم معرفی کفیل جدیدی را بخواهد.

۷.۲. اثر سفاهت کفیل پس از انعقاد کفالت

در صورتی که کفیل پس از عقد کفالت دچار سفاهت شود، چون شخص سفیه دارای اراده و قوه عقل و درک است و حجر او صرفاً در امور مالی است، از این رو می‌تواند در امور غیرمالی خود و دیگران مداخله کند. از آنجا که احضار مکفول یک عمل مادی و غیرمالی است، از این رو سفیه نیز توانایی انجام آن را دارد. بنابراین عروض سفاهت صدمه‌ای به عقد کفالت نمی‌زند و دادگاه می‌تواند از او احضار مکفول را درخواست کند، در این فرض عقد کفالت به قوت خود باقی است و کفیل باید تعهد خود را اجرا کند. در صورتی که کفیل از انجام این تعهد تخلف کند، ملتزم به نتیجه این نقض عهد قرار گرفته و دادگاه می‌تواند در راستای اجرای ماده ۲۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۱ ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مبلغ وجه الکفاله را از اموال او برداشت کند. بنابراین عارض شدن سفاهت در کفیل پس از انعقاد قرارداد کفالت، سبب از بین رفتن ضمانت اجرای نقض عهد او نمی‌شود و این نتیجه و التزام به پرداخت وجه الکفاله، تعهد غیرمستقیم و جدیدی است که قانونگذار بر کفیل بار کرده است.

چون سفیه توانایی انجام تعهد و حاضر کردن کفیل را دارد، از این رو در صورت نقض عهد، مشمول این ضمانت اجرا قرار می‌گیرد و مکلف به پرداخت وجه‌الکفاله می‌شود.

۷.۳. اثر اغما و مرگ مغزی کفیل پس از انعقاد کفالت

پرسش دیگری که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر کفیل پس از عقد دچار اغما یا کما یا مرگ مغزی شود، وضعیت عقد کفالت چگونه می‌شود؟

اغما حالتی است که شخص طی آن در بی‌هوشی بسیار عمیقی به سر می‌برد و به محرک‌های خارجی پاسخ نمی‌دهد. قانونگذار در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی اغما را جزء موارد حجر به‌شمار نیاورده است. اما با توجه به اینکه شخصی که دچار اغما یا کما شده دچار فقدان یا نقصان شدید قوای دماغی است، به طوری که مغز کارکرد اصلی خود را از دست داده و توانایی تفکر و تعقل و مقایسه را ندارد و حالت او مثل مجنون است. از این رو چنین شخصی اگرچه اهلیت تمتع داشته و زنده است، اما اهلیت استیفا ندارد (احمدی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۲۱ و ۱۲۲). از این رو عقد کفالت به قوت خود باقی است، اما چون در دوران اغما شخص فاقد اراده و قصد است، لذا امکان انجام تعهد را ندارد و بر همین مبنا قانونگذار در بند «ب» ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری بیماری متهم را جزء موارد عذر موجه به‌شمار آورده است. بنابراین اگر کفیل پس از انعقاد کفالت و پیش از انقضای مهلت احضار متهم یا محکوم‌علیه دچار اغما شود، چون امکان انجام تعهد برای وی وجود ندارد، دادگاه نمی‌تواند مبلغ وجه‌الکفاله را از اموال او اخذ نماید و در صورتی که دادگاه دستور اخذ وجه‌الکفاله را صادر کرده باشد، به موجب بند پ ماده ۲۳۵ قانون آیین دادرسی کیفری امکان اعتراض به این دستور وجود دارد و اگر هم مبلغ وجه‌الکفاله وصول شده باشد، با توجه به مواد مذکور دادگاه باید دستور استرداد مبلغ وصول‌شده را صادر کند. با این حال باقی بودن عقد کفالت در این فرض موجب ضرر برای مکفول‌له خواهد بود، زیرا از کفیل نمی‌توان انجام تعهد را درخواست کرد. از این رو می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری در این فرض به دادگاه اختیار داد که کفالت مزبور را منتفی بداند و از مکفول معرفی کفیل جدیدی را درخواست کند.

در صورتی که کفیل دچار مرگ مغزی شود، چون سلول‌های مغز به دلیل نرسیدن یا کمبود اکسیژن از بین رفته‌اند و امکان ترمیم و بازسازی آنها وجود ندارد، بنابراین بازگشت مغز به حالت اولیه آن امری محال است. لذا تمام مغز مرده و فعالیت‌های آن متوقف می‌شود (ره‌پیک، ابراهیمی، ۱۳۹۲: ۱۵۱ و ۱۵۳). بنابراین با وقوع مرگ مغزی اراده زائل می‌شود و شخص دیگر توانایی انجام هیچ عملی را ندارد و بیمار مرده فرض می‌گردد (رحمتی و فرحزادی، ۱۳۹۰: ۳۱). بر این اساس

عقد کفالت منفسخ می‌شود و به موجب ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری متهم باید کفیل جدیدی به دادگاه معرفی کند.

۷.۴. اثر ورشکستگی کفیل پس از انعقاد کفالت

در صورتی که حکم ورشکستگی کفیل پس از انعقاد عقد کفالت صادر شود، عقد انجام گرفته به قوت خود باقی است و کفیل باید تعهد خود بر احضار مکفول را انجام دهد. در صورت تخلف کفیل از اجرای تعهد، اگر دادگاه پیش از تاریخ توقف تاجر، دستور اخذ وجه‌الکفاله از اموال کفیل را صادر کرده باشد، براساس مفهوم مخالف ماده ۴۲۳ قانون تجارت اخذ وجه‌الکفاله قبل از تاریخ توقف تاجر صحیح است و طلبکاران کفیل ورشکسته حق اعتراض به آن را نخواهند داشت. اما اگر دستور اخذ وجه‌الکفاله پس از تاریخ توقف و پیش از صدور حکم ورشکستگی صادر شده باشد یا اینکه دستور اخذ وجه‌الکفاله قبل از تاریخ توقف صادر شده باشد ولی وصول آن پس از تاریخ توقف انجام گیرد، دادگاه نباید برای وصول وجه‌الکفاله، اموال کفیل را توقیف و به فروش برساند، زیرا با وصول وجه‌الکفاله، اصل تساوی طلبکاران تاجر ورشکسته نسبت به اموالش رعایت نشده و موجب ترجیح بعضی از بستانکاران به دیگران شده و حقوق آنان را ضایع می‌نماید (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۱۹۰؛ تفرشی، ۱۳۷۶: ۶۸). بر مبنای رأی وحدت رویه شماره ۵۶۱-۷۰/۳/۲۸ دیوان عالی کشور، این وصول مشمول بند «ب» ماده ۴۲۳ قانون تجارت بوده و باطل و بی‌اعتبار است. در نتیجه دریافت‌کننده وجه‌الکفاله باید آنچه را که دریافت کرده است، پس دهد (اسکینی، ۱۳۸۴، ج ۴: ۷۸). اما محکوم‌له یا مکفول‌له می‌توانند وارد غرمای کفیل ورشکسته شوند و به نسبت طلبشان از دارایی کفیل سهم ببرند.

۸. نتیجه

تعهد اصلی کفیل به موجب عقد کفالت احضار مکفول است که تعهد غیرمالی به‌شمار می‌رود، اما در صورتی که کفیل نتواند تعهد خود را به‌موقع انجام دهد، قانوناً مکلف می‌شود که دین مکفول را بپردازد یا در امور کیفری مبلغ وجه‌الکفاله را بپردازد. به دلیل آثار مالی که در عقد کفالت برای کفیل ایجاد می‌شود، کفیل باید شخصی باشد که دارای اهلیت کامل برای انعقاد این عقد باشد و لذا صغیر غیرممیز و مجنون به دلیل فقدان قصد نمی‌توانند آن را منعقد کنند. علاوه بر این صغیر ممیز و سفیه نیز نمی‌توانند نه شخصاً و نه با اذن یا اجازه ولی خود این عقد را منعقد کنند، زیرا در انعقاد این عقد هیچ نفعی هرچند اندک برای آنها متصور نیست. بر همین مبنا ولی یا قیم نیز به نمایندگی از طرف آنان نمی‌تواند سمت کفیل را قبول کند و تعهدی برای آنها ایجاد کند. در فرضی که کفیل پس از عقد دچار جنون می‌شود، در صورتی که

جنون او دائمی تشخیص داده شود با وحدت ملاک از بحث فوت کفیل، باید عقد کفالت را منفسخ دانست، زیرا امکان انجام تعهد منتفی شده است. اما در صورتی که کفیل دچار جنون ادواری می‌گردد، در دوران افاقه چون مجنون دارای اراده و قصد است، می‌توان انجام تعهد را از او خواست، بنابراین عقد کفالت به قوت خود باقی است. با این حال چون در دوران جنون امکان انجام تعهد از سوی کفیل وجود ندارد و این موضوع باعث ضرر به مکفول‌له می‌گردد، از این رو می‌توان با وحدت ملاک از بحث فوت و ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری در این فرض به دادگاه اختیار داد تا از مکفول معرفی کفیل جدید را بخواهد. در صورت عارض شدن سفاهت پس از عقد، چون سفیه دارای قوه عقل است، کفالت به قوت خود باقی است و کفیل باید تعهد خود را انجام دهد. در فرضی که کفیل دچار کما گردد چون فاقد قوه عقل و اراده می‌شود، از این رو نمی‌توان از او اجرای تعهد را درخواست کرد و لذا هر چند عقد کفالت کماکان باقی است، اما می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۲۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری به دادگاه اختیار داد که از مکفول معرفی کفیل جدیدی تقاضا کند. در صورت ورشکستگی کفیل پیش از اخذ وجه الکفاله به موجب بند «ب» ماده ۴۲۳ قانون تجارت وصول وجه باطل است و باید مال اخذ شده به مدیر تصفیه مسترد شود.

منابع

۱. احمدی، سید محمد مهدی؛ محمدحسین ایران دوست؛ محسن شکیب رخ (۱۳۹۵). «بررسی وضعیت انسان در حال کما در فقه و حقوق موضوعه»، *مطالعات فقهی و فلسفی*، ش ۱۳، ص ۱۳۳-۱۱۵، در: https://aqojap.qom.iau.ir/article_523079.html، (۲۷ مهر ۱۴۰۱).
۲. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، (۱۴۱۰ق). *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، ج ۱، ج اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، ج ۲، ج اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*، ج ۱۴، ج اول، قم، موسسه آل‌البیت (ع).
۵. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴ق). *حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکستگی*، ج ۴، ج هشتم، تهران: سمت.
۶. امامی، سید حسن (۱۳۶۴). *حقوق مدنی*، ج ۲، ج دوم، تهران: اسلامیه.
۷. ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق). *دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، ج ۲، ج دوم، قم: بی‌نا.
۸. بصری بحرانی، محمد امین (۱۴۱۳ق). *کلمه التتموی*، ج ۶، ج سوم، قم: سید جواد وداعی.
۹. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۷). *منهاج الصالحین*، ج ۲، ج اول، قم: مجمع الامام المهدی (عج الله تعالی فرجه).
۱۰. تفرشی، محمد عیسی (۱۳۷۶). «اثر حکم ورشکستگی نسبت به معاملات تاجر ورشکسته با توجه به اصول و مبانی قانون مدنی»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲ ش ۵، ص ۷۴-۵۴. در: <https://clr.modares.ac.ir/article-20-9785-fa.html>، (۲۷ مهر ۱۴۰۱).
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *حقوق مدنی عقد کفالت*، ج سوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۲. ----- (۱۳۸۱). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۴، ج دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳. ----- (۱۳۸۶). *الفارق دائره المعارف عمومی حقوق*، ج ۴، ج اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۱۴. حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (ع)*، ج ۲۰، چ اول، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق (ع).
۱۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه*، ج ۱۶، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. حسینی عمیدی، سید عمیدالدین (۱۴۱۶ق). *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، ج ۱، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی)، (۱۴۰۸ق). *شراعی الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، چ دوم، قم: اسماعیلیان.
۱۸. ----- (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، ج ۱، چ ششم، قم: المطبوعات الدینییه.
۱۹. حلی، حسین (۱۴۱۵ق). *بحوث فقهیه*، چ چهارم، قم: المنار.
۲۰. خالقی، علی (۱۳۹۶). *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، چ سیام، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲۱. خالقی، علی (۱۳۹۶). *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، چ دهم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲۲. دمرچیلی، محمد؛ علی حاتمی؛ محسن قرائی (۱۳۸۴). *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، چ چهارم، تهران: میناق عدالت.
۲۳. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). *لغت‌نامه دهخدا*، ج ۱۲، چ دوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۴. رحمتی، محمد؛ علی‌اکبر فرحزادی (۱۳۹۰). «مطالعه مرگ مغزی از منظر فقه و حقوق جزا»، *مجله اخلاق و تاریخ پزشکی*، ش ۲، ص ۳۳-۲۳، در: <http://ijme.tums.ac.ir/article-1-5049-fa.html> (۲۷ مهر ۱۴۰۱).
۲۵. روشن، محمد؛ مصطفی مظفری (۱۳۸۹). «بررسی آثار صدور حکم ورشکستگی و رفع آن»، *فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۰، ش ۱۰۱، ص ۷۱-۸۹، در: https://jqlq.ut.ac.ir/article_21116.html (۲۷ مهر ۱۴۰۱).
۲۶. ره‌پیک، حسن؛ آرش ابراهیمی (۱۳۹۲). «اثر کاهش سطح هوشیاری بر عقود اذنی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۶۳، ص ۱۶۶-۱۴۱، در: <http://jlvviews.ujsas.ac.ir/article-1-301-fa.html> (۲۷ مهر ۱۴۰۱).
۲۷. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، ج ۲۰، چ چهارم، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه‌الله.
۲۸. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۶). *حقوق تجارت*، ج ۴، چ دوم، تهران: نشر دادگستر.
۲۹. سیوری حلی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، ج ۲، چ اول، قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی (ره).
۳۰. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۲۸ق). *المسائل الشرعیه*، چ اول، قم: مؤسسه نشر الفقاهه.
۳۱. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶ق). *هدایه العباد*، ج ۲، چ اول، قم: دار القرآن الکریم.
۳۲. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (شیخ صدوق)، (۱۴۱۵ق). *المقنع*، چ اول، قم: مؤسسه امام هادی (ع).
۳۳. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلالت*، ج ۹، چ اول، قم: مؤسسه آل‌البیته (ع).
۳۴. طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی). *تهذیب الاحکام*، ۱۴۰۷، ج ۲، چ چهارم، قم: دار الکتب الاسلامیه.
۳۵. عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۵، چ دوم، قم: مؤسسه آل‌البیته (ع).
۳۶. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح الروضه الدمشقیه*، ج ۴، چ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۳۷. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (۱۴۱۴ق). *غایه المراد فی شرح نکت الارشاد*، ج ۲، چ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵الف). *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۹. ----- (۱۳۸۵ب). *دوره عقود معین حقوق مدنی عقود اذنی - وثیقه‌های دین*، ج ۴، چ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۴۰. ----- (۱۳۸۵ج). دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین، ج ۲، ج هشتم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴۱. مشکینی، میرزا علی (۱۴۱۸ق). *فقه المائور*، ج دوم، قم: الهادی.
۴۲. مصطفوی، سید محمدکاظم (۱۴۲۳ق). *فقه المعاملات*، ج اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۳. معین، محمد (۱۳۸۵). *فرهنگ فارسی جیبی*، تهران: راه رشد.
۴۴. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۶ق). *رساله توضیح المسائل*، ج صد و چهاردهم، قم: بی‌نا.
۴۵. وجدانی، قدرت‌الله (۱۴۲۶ق). *الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیة*، ج ۸، ج دوم، قم: سما قلم.
۴۶. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق). *توضیح المسائل*، ج نهم، قم: مدرسه امام باقر (ع).
۴۷. یوسفی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷). *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، ج ۱، ج سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



Research Paper

Incapacity and Bankruptcy of Guarantor on Personal Surety Contract

Somaye Zohuri*

*Assistant Professor, Department of Law and Theology, Golestan University,
Golestan, Iran*

Ali Akbar Ezadifard

*Professor, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of
Mazandaran, Mazandaran, Iran*

Mohammad Farzanegan

*Assistant Professor, Department of Private Law, University of Mazandaran,
Mazandaran, Iran*

Abstract

The guarantor is obliged to recall the debtor to the creditor under the surety contract and in case of default of the obligation, according to the law, it must pay the debtor debt or the amount of bail as compensation for noncompliance obligation. The basic problem that this research has addressed with a descriptive and analytical method is what kind of obligation the guarantor's obligation is, and which persons has the capacity to enter into a guaranty contract.

By examining the opinions of jurists and lawyers, it was determined that the guarantor's obligation to recall the obligee is a non-financial obligation, but because this obligation also has financial effects, the guarantor must be adult, wise and mature, and because the surety contract is harmful, the minor and the non-mature cannot enter into this contract either in person or through a guardian or mandatory. Another issue that is raised here is whether, in case where after concluding the guaranty, a guarantor who has the capacity faces insanity, foolishness, coma or bankruptcy, the guaranty contract will be still valid, or the contract of surety will be destroyed due to the occurrence of these cases. By looking into the books of jurists and legal authors, it is clear

* Corresponding Author
Received: 14 March 2022 , Accepted: 1 October 2022

Email: s.zohuri@gu.ac.ir
© University of Tehran

that although surety is a binding contract, because the guarantor's commitment depends on him, the surety contract will be dissolved if the guarantor suffers from permanent insanity after the contract and before the recall. Therefore, the fulfillment of the obligation cannot be requested from the heir or the agent of the guarantor, and the debt or the amount of bail cannot be received from the property of the guarantor. The court must instead ask the debtor to introduce a new guarantor. In the assumption of periodical insanity, although the contract of surety remains, it is not possible for the guarantor to perform the obligation during the period of insanity, as this causes loss to the creditor. Therefore, the court should ask debtor to introduce a new guarantor. In case of the guarantor's foolishness, because legally and commonly, the fool has the ability to fulfill the obligation and present the guarantor, in case of breach of the covenant, he is obliged to pay the safe pledge. In describing the conditions of the guarantor, the *Imami* jurists, in addition to maturity, wisdom and growth, consider the absence of bankruptcy as a condition and state that if the guarantor is not able to summon the debtor, he must take care of the religion, and because a bankrupt person is prohibited from seizing his property, it is not possible to enter into suretyship unless the creditors give him permission to do so. In Article 221 of the Criminal Procedure Law, the condition of the guarantor's solvency is stated and, therefore, if a person is bankrupt, his guarantee should not be accepted, However, if the judge accepts the guaranty of the bankrupt regardless of the insolvency, the guaranty contract is valid. Because according to Article 418 of the Commercial Law, the bankrupt is prohibited from taking possession of his financial affairs after the issuance of the bankruptcy award. And since the surety contract is a non-financial contract, the bankrupt has the ability and competence to conclude it. However, if the guarantor does not present the debtor on the due date, the court did not have the right to collect the amount of the surety from the property of the guarantor without the permission of the creditors. And in the case of receiving the amount of bail, according to paragraph 2 of Article 423 of the Commercial Law, such receipt is invalid and the amount of bail must be returned to the receiver. Therefore, it is not possible to pay the debt due to surety until the end of bankruptcy. In case of bankruptcy of the guarantor after concluding the surety, the surety contract is still valid and if the guarantor refuses to summon the debtor, the creditor must enter the creditors of the bankrupt guarantor to collect the amount of bail. In the assumption that the guarantor falls into a coma after concluding the contract due to the lack of will and intention during the coma, it is not possible to ask him to summon debtor. Therefore, according to Article 234 of the Criminal Procedure Law, the court can reject the surety contract and ask the debtor to introduce a new guarantor. However, in case of brain death, the guarantor is assumed to be dead, the surety contract is terminated and the debtor must introduce a new guarantor according to the law.

Keywords: Surety, Guarantor, Insanity, Foolishness, Bankruptcy.

Declaration of conflicting interests

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

ORCID iDs: <https://orcid.org/0000-0003-3501-3955>



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.