

شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش اول)

مرتضی محمدحسینی طرّقی^۱

اشاره:

معمولاً اشخاص برای استفاده از امکانات و رفع نیازهای خود با بستن قراردادهایی با چهره مدنی، گاهی متعهد و گاهی متعهدله واقع می‌شوند. اما، در این اثناء، همواره برای متعهدله این نگرانی وجود دارد که چه شرایطی را در قرارداد پیش‌بینی کند تا اگر متعهد به تعهدات خود عمل نکرد یا به تنهایی قادر به پرداخت دین نبود، سهل و آسان بتواند مطالبات خود را علاوه بر مدیون اصلی، از دیگران هم مطالبه و به حیثه وصول درآورد؟

اگرچه عقد ضمان قالب مناسبی برای ایجاد چنین تعهدات و تضمیناتی به شمار می‌رود و متعهدله با این وسیله می‌تواند هنگام بستن قرارداد و ایجاد تعهد، راهکار پرفایده‌ای را برای نیل به اهداف خود برگزیند؛ ولی، در این راستا توجه داریم که برای تحقق امر مزبور، قانون مدنی (ضمان عقدی)، تنها ضمان نقل ذمه به ذمه را پیش‌بینی کرده است و این کافی و وافی به مقصود نیست. (هرچند راه را بر ضمان تضامنی هم نبسته است).

بنابراین، ناگزیر باید به قوانین و مقررات و تأسیسات حقوقی دیگر از جمله باب ضمانت مندرج در قانون تجارت و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مراجعه کنیم و در کنار ضمان نقل، از ضمان ضم، یعنی ضمان تضامنی هم بهره‌مند شویم. بدین ترتیب و از آنجا که ایجاد مسؤولیت تضامنی طریق مهمی است که قانونگذار برای رعایت

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

حقوق اشخاص، رفع برخی از مشکلات مردم و تضمین انجام تعهد و جبران خسارت اندیشیده است، ابزاری که با تشریفات مختصر، می‌تواند امنیت فراوانی را در روابط حقوقی و مالی طرفین پیمان، بویژه متعهدله ایجاد کند، مناسب دیدیم، شیوه‌ای را برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی ارائه دهیم که کمتر موارد توجه قرار گرفته است.

برای بحث پیرامون این نوشتار و اهداف موردنظر، موضوع را در چهار فصل بررسی می‌کنیم که به ترتیب عبارت خواهد بود از:

فصل نخست - مفاهیم و کلیات عقد ضمان، فصل دوم - ضمان در فقه، ماهیت و ویژگیهای آن، فصل سوم - شرایط اطرافیان عقد ضمان و مضمون عنه و سرانجام در فصل چهارم - آثار ضمان و زوال آن.

واژگان کلیدی: ضمان، ضمانت، نقل ذمه، ضم ذمه، تضامنی، ضامن، مضمون‌له، مضمون عنه، دین، تعهد.

مقدمه

اشخاص با داشتن استعدادها و سرمایه‌های فراوان، نیازهای گوناگونی هم دارند. بنابراین، برای بهره‌برداری از امکانات و رفع احتیاجات خود، اقدام به بستن قرارداد و یا سپردن تعهداتی می‌کنند که در این راستا برخی مواقع متعهد، گاهی متعهدله و پاره‌ای موارد، از بعضی لحاظ متعهد و از برخی جهات متعهدله واقع می‌شوند. اما، همواره این نگرانی و آینده‌نگری بویژه برای متعهدله وجود دارد که اگر تعهدکننده به تعهدات خویش عمل نکرد و به تنهایی توانایی جبران هزینه‌ها و خسارات وارد شده به وی را هم نداشت، چه باید کرد؟ از یک سو، سرمایه‌گذاری متعهدله برای او به نتیجه مطلوب نرسیده است و از طرف دیگر، متعهد به طور معمول لااقل در کوتاه مدت، توانایی جبران هزینه‌ها و خسارات وارد شده به متعهدله را ندارد. بدین ترتیب، متعهدله ناگزیر است، از ابتدا و هنگام انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد، راهکارهای مناسب را برای این امر مهم پیش‌بینی کند و در این راه، نه تنها شیوه سهل و آسانی را برگزیند تا بتواند برای نمونه، اگر وامی پرداخت می‌کند، در عین حال که گیرنده، با تحمل هزینه‌ها، تشریفات و مشکلات کمتر، به دریافت آن مبادرت می‌کند، وام‌دهنده نیز از بازپرداخت آن در مواقع مقرر، مطمئن شود و یا چنانچه وزارتخانه، سازمان و یا

دستگاهی درصدد است دانشجویان متعهد، مستعد و نخبه را راتبه گیری کند، اخذ تعهد سنگین یا وثیقه، مانع جذب این قبیل دانشجویان نشود. با وجود این، قالب حقوقی قرارداد یا تعهدنامه را به گونه‌ای تهیه کند که متعهدله عندالاقضاء از طریق اجرای ثبت یا مراجع قضایی، بتواند سریع و آسان، هزینه‌ها و خسارات خود را مطالبه و وصول کند. وانگهی، با صنعتی شدن جامعه، توسعه علم و فناوری و پیچیدگی روابط اجتماعی و اقتصادی، علم حقوق نیز باید گسترش یابد و تحقق این امر مهم ممکن است. زیرا، منابع فقهی و حقوقی ما آن قدر قابل توسعه و پویا و در عین حال دقیق است که همواره به پرسشهای متنوع و نیازهای جامعه، در طول تاریخ پاسخ گفته است. البته توجه داریم که در اینجا به طور خاص، بحث ما از عقد ضمان نیست که نوعی عقد معین است و در فقه سابقه‌ای طولانی دارد و در قانون مدنی ما هم پیش‌بینی شده است. بلکه، به نحو ویژه منظور و هدف از این نوشتار، انتخاب شیوه‌ای برای ایجاد ضمان تضامنی است که در قانون مدنی کشورمان، کمتر مورد اشاره و بحث و توجه قرار گرفته است، ولی در قانون تجارت به نحوی به آن پرداخته شده است. در هر حال، اگرچه نظریه نقل ذمه به ذمه، از توجیحات کافی برخوردار است. اما این قسم ضمان، راه را بر ضمانت تضامنی نبسته است و جامعه امروز ما می‌تواند، در کنار ضمان نقل ذمه به ذمه، ضمان ضم ذمه به ذمه را نیز داشته باشد. هرچند علت اصلی ورود خدشه به مسؤولیت تضامنی، از تاریخ و پیشینه نظام حقوقی ما نشأت می‌گیرد و نظام فقهی ما به دلایل گوناگون، وجود مدیونهای متعدد را برای یک دین، به صراحت نپذیرفته است و مطابق عقیده رایج در فقه امامیه که قانون مدنی را هم تحت تأثیر خود قرار داده است، بر اثر عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه صورت می‌گیرد (و نه ضم ذمه به ذمه). مع ذلک، در حقوق فعلی کشور، ما اعتقاد داریم که با کمک مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت و ماده ۱۰ قانون مدنی، امکان ایجاد مسؤولیت تضامنی، دشوار نخواهد بود.

اگر در ضمان نقل ذمه به ذمه قانون مدنی، که موجب می‌شود ذمه مدیون به ذمه

ضامن منتقل گردد، عقد ضمان با هدف مساعدت به بدهکار و همبستگی اجتماعی ایجاد می‌شود. اما، معمولاً این ضمانت، صرفاً به قصد تبرع، ایثار و فداکاری نیست و ضامن حق رجوع به مضمون عنه را دارد و هرگاه ضامن دین را پرداخت، می‌تواند به مضمون عنه مراجعه کند و دینی را که پرداخت کرده است با رعایت قانون مزبور، از او مطالبه کند. ولی در ضمان تضامنی، ضمانت به منظور آرامش خیال طلبکار هم صورت می‌گیرد، به طوری که اگر متعهد اصلی به تعهدات خود عمل نکند، بانکها و مؤسسات بستانکار و اشخاص می‌توانند در صورت اقتضاء، طلب خود را به جای یک نفر (متعهد اصلی)، از دو یا چند نفر (ضامن یا ضامنان) که دارای ملات کافی هستند نیز مطالبه و وصول کند.

از آنجا که ایجاد مسؤلیت تضامنی، ابزار مهمی است که قانونگذاران در نظامهای حقوقی برای تضمین انجام تعهد یا جبران هزینه‌ها و خسارات اندیشیده‌اند، وسیله‌ای که با تشریفات مختصر، امنیت فراوانی را در روابط حقوقی و مالی طرفین بویژه برای بستانکار و متعهدله ایجاد می‌کند. بدین ترتیب، مهم است بدانیم که آیا به راستی دیدگاه فقهی و قانون مدنی، راه را بر روی استفاده از این ابزار بسته است؟ آیا با یک عبارت کوتاه که بگوییم به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی ایجاد ضمانت تضامنی میسر است، بحث ضمانت تضامنی در حقوق ما، حل شده تلقی می‌شود؟ آیا نظر مشهور فقها راجع به ضمان نقل ذمه به ذمه، که به قانون مدنی راه یافته است، از قواعد آمره است؟ آیا اگر مواد ۴۰۲ لغایت ۴۰۴ قانون تجارت، مبنای به وجود آوردن ضمانت تضامنی است؟ شیوه ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی کدام است؟ و پرسشهای فراوان دیگری که در ذهن نگارنده وجود دارد، موجب شد تا، پیرامون موضوع نوشتار حاضر بررسی و بحث کند و برای سؤالات مطرح شده، پاسخی قانع کننده بیابد. بنابراین، برای رسیدن به نتیجه مطلوب، نوشته حاضر را به چهار فصل تقسیم کردیم: فصل نخست را به مفاهیم و کلیات عقد ضمان و بحث اصلی، اختصاص دادیم. زیرا، ضمان تضامنی، نوعی عقد ضمان است و شناخت مفهوم ضمان، اشاره به نظریات

فقه‌های امامیه و اهل سنت راجع به مفهوم ضمان، منابع و شیوه ایجاد ضمان تضامنی، از موارد ضروری و اصلی این بحث تلقی می‌شود. در فصل دوم، به ضمان در فقه، ماهیت و ویژگی‌های عقد ضمان خواهیم پرداخت و در فصل بعدی، که بحث اصلی این نوشتار به شمار نمی‌رود، وضعیت و شرایط ضامن، مضمون له و مضمون عنه یعنی، شرایط اطرافیان این تأسیس حقوقی را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم و سرانجام در فصل آخر، به آثار ضمان و زوال آن می‌پردازیم.

فصل نخست - مفاهیم و کلیات عقد ضمان

بخش نخست - مفهوم

مبحث نخست - مفهوم لغوی

«ضمان» واژه‌ای عربی و مصدر است به معنای: قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن وام دیگری^۱ و یا «الضمان» یعنی: ضمانت کردن، ضمانت، کفالت، تعهد، قبول مسؤلیت.^۲

ضمان و مشتقات آن در فقه و حقوق، نه تنها در موارد گوناگونی استعمال شده است. بلکه، اختلاف و ریشه لغوی این کلمه، تا حدودی موجب شده است، به آثار این عقد هم سرایت کند. یعنی، اگر لغت ضمان را به دلیل وجود حرف «ن» در مشتقات آن، به طوری که فقهای شیعه گفته‌اند، مشتق از ماده «ضمن» و حرف «ن» را جزء حروف اصلی این کلمه بدانیم، نه «ضم» که حرف «ن» در آن زائد و مفید ضم ذمه^۳ به ذمه می‌شود، به یک معنا و مفهوم و نتیجه‌ای می‌رسیم. ولی، اگر این واژه را از «ضم» بدانیم و «ن» آخر «ضمن» را زائد تلقی کنیم، به نحوی که فقیهان اهل سنت قائل به آن هستند، معنای لغوی ضمان، «ضم» به مفهوم پیوستن خواهد بود و حاصل آنکه، مفهوم دیگری از ضمان، یعنی ضم ذمه به ذمه حاصل می‌شود. بدین ترتیب،

۱. فرهنگ عمید (سه جلدی)، چ اول، ۱۳۶۳، انتشارات امیرکبیر، جلد دوم، صص ۱۶۵۱، ۱۶۵۰.

۲. منجد الطلاب، ذیل واژه.

۳. ذمه: حقی که شخصی به عهده دیگری دارد - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی

حقوق، چ دوم، (چاپ اول)، گنج دانش، پاییز ۱۳۶۷، ص ۳۲۳.

بررسی مفهوم لغوی ضمان این فایده را خواهد داشت که اگر واژه ضمان را از «ضمن» بدانیم و مفهوم ضمان را آن گونه که در فقه امامیه از آن پیروی شده است، در نظر بگیریم، در اثر ضمان و به پیروی از قصد مشترک طرفین عقد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌گردد. به بیان دیگر، در اینجا نقل ذمه به ذمه صورت می‌گیرد و بدهکار اصلی نسبت به دیونی که به بستانکار داشته است، بری الذمه خواهد شد و رابطه حقوقی بین بستانکار و ضامن برقرار می‌شود. برعکس، اگر آن گونه که گفته شد، معنای ضم را پیوستن و ضمیمه شدن بدانیم، ضم ذمه به ذمه مفهوم پیدا می‌کند. یعنی، ذمه ضامن به ذمه بدهکار اصلی ضمیمه و اضافه می‌شود. وانگهی، طلبکار می‌تواند، برای دریافت مطالبات خود، به هر کدام از ضامن یا بدهکار اصلی و یا هر دو مراجعه کند و تمام طلب خود را از آنان دریافت کند. زیرا، هر یک از آنها در عرض دیگری و در مقابل کل طلب، مدیون و مسؤول است.

مبحث دوم - مفهوم اصطلاحی

ضمان به معنای عام، شامل تعهد به مال، حواله و کفالت است. اما، به معنای خاص، ضمان، مفهوم عقد ضمان را دارد. بنابراین، هرگاه به طور مطلق از ضمان سخن گفته شود، مراد عقد ضمان است که فعلاً موضوع بحث ما است. ولی، مفهوم ضمان برای حواله و کفالت، نیاز به قرینه خواهد داشت.

راجع به تعریف ضمان در کلام فقها، در مبحث بعدی به طور مشروح بحث خواهیم کرد. بنابراین، برای یادآوری مفهوم اصطلاحی این پیمان، مناسب است به قانون مدنی مراجعه و تعریف این قانون را از ضمان بیان کنیم. قسمت نخست ماده ۶۸۴ قانون مدنی، در این خصوص می‌گوید: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.^۱ بدین ترتیب، می‌بینیم، از این ماده بروشنی استنباط نمی‌شود که قانون مدنی، کدام یک از نقل ذمه به ذمه، یا

۱. ادامه این ماده مقرر می‌کند: «متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له، و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

ضمم ذمه به ذمه را پذیرفته است؟ مع ذلك، ماده ۶۹۸ این قانون، هرگونه ابهام و تردیدی را برطرف ساخته است و نویسندگان قانون مدنی مقرر می‌دارند: بعد از اینکه ضامن به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یعنی قانون مدنی، نقل ذمه به ذمه را که نظر مشهور فقیهان امامیه می‌باشد، برگزیده است. با این حال برخی نوشته‌اند: در حقوق اسلام، نصی که تعریف کلی از عقد ضمان کرده و راجع به نقل ذمه و یا ضم ذمه به عنوان یک عنصر کلی عقد ضمان بحث کرده باشد، دیده نمی‌شود، مسائلی اتفاق افتاده است و در خصوص هر مسأله‌ای آیه‌ای یا حدیثی از آن مسأله بازگویی کرده است و این مأخذ، دلالت قاطع بر اینکه نقل ذمه به ذمه از عناصر هرگونه عقد ضمان است ندارد، بلکه اجمالاً عقد ضمان را به همان وضع که در عرف و عادت وجود دارد تأیید می‌کند تا جایی که نظریه امضایی بودن عقود و معاملات در این مورد هم می‌تواند به کرسی بنشیند. طرفداران نظریه مذکور در مورد عقد ضمان، بدون داشتن دلیلی قاطع، این عقد را از امور تأسیسی تلقی می‌کنند و مطالعه عرف را لازم نمی‌دانند و حال اینکه احتمال تأسیس، در مورد عنصری از عناصر عقد ضمان از شیوه شارع بسیار بعید است. طرفداران ضم ذمه به ذمه توجه به همین عرف و عادت کرده و گفته‌اند: چیزی که بستانکار را به عقد ضمان وادار می‌کند این است که دامنه حق مطالبه خود را توسعه بدهد و به جای اینکه از یک نفر حق مطالبه داشته باشد از دو نفر حق مطالبه داشته باشد و این منظور که غالباً در عقد ضمان مورد علاقه و عنایت است جز به تضامن حاصل نمی‌شود.^۱

مبحث سوم - مفهوم فقهی

گفتار نخست - فقه امامیه

آشنایی با مفهوم فقهی عقد ضمان، از آن لحاظ اهمیت دارد که قانون مدنی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی، رهن و صلح*، چ دوم، (چاپ اول گنج دانش)،

خرداد ۱۳۷۰، صص ۲۰۲، ۲۰۱.

کشورمان از دیدگاه فقهای امامیه تأثیر پذیرفته است. پس بررسی و تحقیق راجع به این نهاد حقوقی، بدون در نظر گرفتن عقاید فقیهان شیعه، امری شایسته و پسندیده نخواهد بود.

در مبحث نخست اشاره کردیم که فقهای امامیه برخلاف اهل سنت، لغت ضمان را به دلیل وجود حرف نون در تمام اشتقاقهای آن، مشتق از ماده «ضم» دانسته‌اند، نه «ضمن» تا مفید انضمام ذمه باشد، این نظریه، ظاهراً از لحاظ علم لغت هم صحیح‌تر است. با وجود این، توجه داریم که هرگاه بین معنای لغوی و مفهوم عرفی فاصله ایجاد شود و اختلاف پیش آید، معنای عرفی مرجح و حجت است.

از جهت دلیل نقلی، می‌توان گفت مجموع روایاتی که در مورد ضمان دیده می‌شود، نصوص یا ظواهر آنها حکایت از نقل ذمه دارد (که در جای خود به برخی از آنها اشاره می‌کنیم). این احادیث عمده‌ ناظر به ضمان از میت و مفید برائت ذمه مضمون عنه، پس از انعقاد عقد ضمان است.

فقهای ما معمولاً در حالی که ضمان را به معنای تعهد و برای التزام می‌آورند.^۱ راجع به آثار آن بحث می‌کنند و اعتقاد دارند که با تحقق ضمان، ذمه از عهده مضمون عنه به ذمه ضامن انتقال می‌یابد.^۲ بدین ترتیب، مفهوم و اثر ضمان که در فقه شیعه مطرح شده، انتقال دین است و براساس آن بدهی از دیدگاه حقوقی، از عهده مضمون عنه برداشته شده و برعهده ضامن قرار می‌گیرد. یعنی رابطه حقوقی که بین بدهکار و بستانکار (قبلاً) وجود داشته است، با وقوع ضمان از میان می‌رود و همان هنگام، این رابطه بین ضامن و بستانکار برقرار می‌کند. به بیان دیگر، طلبکار نمی‌تواند برای مطالبه و وصول مطالبات خود به مدیون اصلی مراجعه شود.

۱. ر.ک: (الشهید الثانی) زین الدین الجبعی العاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ناشر: مرکز النشر، مکتب الاعلام الاسلامیه، چ هشتم، تابستان ۱۳۷۳، ص ۳۹۲، المحقق الحلّی، *سرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، الناشر: انتشارات استقلال، الطبعة الثالثة، ۱۹۸۳ م ۱۴۰۳ هـ، ج ۲ - ۱، ص ۳۵۵.

۲. الشهید الثانی، همان، ص ۳۶۳، «محقق» حلّی، همان، ص ۳۵۶.

گفتار دوم - فقه اهل سنت

فقیهان عامه معمولاً اعتقاد دارند که حرف نون در واژه ضمان، زائد و این کلمه مشتق از ضم است.^۱ به معنای ضمیمه کردن، به هم پیوستن و در کنار یکدیگر قرار گرفتن دو ذمه است. با این مفهوم، ضمان عقدی افاده اشتراک دو ذمه نسبت به یک دین می‌کند و موجب خواهد شد متعهدان پرداخت طلب بستانکار، در آن واحد، در عرض یکدیگر قرار گیرند. یعنی، اگرچه فرقه‌های مختلف اهل سنت، تعریفهای گوناگونی از عقد ضمان کرده‌اند.^۲ اما، از تعاریف آنان مستفاد می‌شود که آنها غالباً ضمانت تضامنی عرفی را پذیرفته‌اند. با این حال، گفته شده است: امام مالک بر آن است که طلبکار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد، مگر در صورتی که مطالبه از مضمون عنه در اثر غائب بودن او یا افلاس یا انکارش متعذر شود. امام شافعی و دیگر فقهای عامه می‌گویند طلبکار می‌تواند از هر یک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.^۳ و اگر چنان باشد (قول امام مالک)، اشتغال ذمه‌های متعدد محل تأمل خواهد بود. زیرا، طلبکار نمی‌تواند همزمان به ضامن و مدیون اصلی مراجعه کند. یعنی ابتدا برای مطالبه و وصول طلب خود به مدیون اصلی و واقعی رجوع می‌کند و در صورت عدم امکان وصول از او، حق را از ضامن که مدیون احتمالی است، مطالبه خواهد کرد. مانند موردی که (توافقاً) ماده ۴۰۲ قانون تجارت پیش‌بینی نموده است.

بدین ترتیب، پیروان نظریه ضمانت تضامنی در فقه عامه به دو دسته تقسیم می‌شوند: برخی از آنان معتقدند که پس از بسته شدن پیمان ضمان، بستانکار نخست

۱. عبدالله بن احمد بن قدامه، *المعنی و الشرح الکبیر، الجزء الخامس*، دارالکتب العلمیه، بیروت، لبنان، ص ۷۰.

۲. ر.ک: حاج سیدمحمد شیخ الاسلام (کردستان)، *راهنمای مذهب شافعی*، چ پنجم، ج اول، انتشارات دانشگاه تهران، اردیبهشت ۱۳۷۴، صص ۱۴۷، ۱۴۸.

۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چ چهارم، ۱۳۶۶ شمسی، ناشر: کتابفروشی اسلامیة، ج ۲، ص ۲۵۲.

به بدهکار اصلی مراجعه می‌کند. ولی، اگر به علت غیبت، افلاس یا انکار مدیون، وصول طلب ممکن نشد، طلبکار حق رجوع به ضامن را خواهد داشت. به بیان دیگر، تعهد ضامن جنبه فرعی دارد. پس ابتدا باید دین از مضمون عنه مطالبه شود و اگر بستانکار از این شیوه نتوانست به مقصود خود که دریافت طلب است نایل شود. آنگاه می‌تواند به ضامن مراجعه کند. یعنی، ضامن و مدیون اصلی در طول یکدیگر قرار دارند. اما، اکثر فقهای اهل سنت معتقدند که با وقوع عقد ضمان، ضمانت تضامنی عرضی ایجاد می‌شود. یعنی، ذمه مضمون عنه بری نمی‌شود و ضامن یا ضامنان نیز مدیونان جدید تلقی می‌شوند و به مدیون اصلی ضمیمه و اضافه می‌شوند. به بیان دیگر، این پیمان به منظور ایجاد تضمین و کمک به بستانکار بسته می‌شود. وانگهی، طلبکار می‌تواند برای وصول مطالبات خود به مدیون اصلی و ضامن یا ضامنان مراجعه و طلب خویش را از همه آنان مطالبه و وصول کند.^۱

بخش دوم - کلیات

مبحث نخست - منابع فقهی ضمان

گفتار نخست - قرآن مجید

قبل از بیان آیاتی از کلام الله مجید به عنوان نخستین و مهم‌ترین منبع چهارگانه فقه اسلامی، ذکر این نکته را ضروری می‌دانیم که قصد ما از آوردن و یادآوری این آیات، آن نیست که معتقد باشیم در فقه و حقوق ما، عقود حصری هستند و پیمانها و قراردادهای درست، منحصر به عقود متداول در زمان شارع مقدس است. بلکه، به یاری این آیات و احادیث که در گفتار بعد به آنها اشاره خواهیم کرد، تلاش می‌کنیم با نظر شارع مقدس در مورد ضمان آشنا شویم. بنابراین، ابتدا با توجه به اطلاقات و عمومات قرآن کریم در آیه شریفه: «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود...»^۲ که خداوند می‌فرماید: ای کسانی که ایمان آورده‌اید به عقدها و قراردادهایتان وفا کنید، استنباط

۱. ر.ک: عبدالله بن احمد بن قدامه - همان.

۲. قسمت نخست آیه اول سوره ۵ (مائده) و نیز آیه ۳۴ سوره اسرا (... و اوفوا بالعهد ان العهد کان مسؤولا).

می‌کنیم که وفا کردن، عمل کردن و ترتیب اثر دادن به قرارداد (اگر مخالفتی با احکام شرعی نداشته باشد). دلیل صحت آن و واجب خواهد بود. بدین ترتیب، بستن و ایجاد ضمان نیز اگر مخالف مقررات شرعی نباشد، درست و براساس عام بودن «العقود» در این آیه و عام استغراقی آن، لازم الوفاء است.

آیه دیگری که می‌توانیم آن را به نحوی به ضمان و نظر شارع نسبت به آن، مربوط بدانیم، آیه ۷۲ سوره ۱۲ (یوسف) است. با این توضیح: هنگامی که توسط حضرت یوسف (ع) پیمانۀ (گران قیمت) در داخل بار برادرش بنیامین قرار داده می‌شود و وانمود می‌کنند که پیمانۀ به سرقت رفته است، خداوند از قول یکی از مأموران دربار آن حضرت (ع) می‌فرماید: «قالوا نفقد صواع الملك و لمن جاء به حمل بعير و انابه زعيم» یعنی: گفتند پیمانۀ و جام مخصوص پادشاه را گم کرده‌ایم و برای هرکس آن را بیاورد، یک بار شتر (جایزه) است و من این را ضمانت می‌کنم.

البته برخی برای صحت از دینی که سبب آن ایجاد نشده است هم از این آیه استفاده کرده‌اند.^۱ که ما هم عندالاقضاء در جای خود در مورد آن بحث خواهیم کرد، بدین ترتیب، به احادیث به عنوان دومین ادله اربعه می‌رسیم و از میان روایات موجود، به ذکر دو حدیث اکتفاء می‌کنیم و این بحث را خاتمه می‌دهیم.

گفتار دوم - احادیث

روایت نخست از ابوسعید خدری است که نه تنها در باب ضمان بیان شده است. بلکه، حائز نکات دیگری هم خواهد بود. مانند اینکه، بدون حضور طلبکار از دین متوفی ضمانت شده است، یا مدلول این حدیث در واقع تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون بوده است و طبق آن، انتقال ذمه صورت گرفته است، و اینک متن روایت: محمد بن الحسن فی (الخلاف) عن ابی سعید الخدری قال: کنا مع رسول الله (ص) فی جنازه، فلما وضعت قال: هل علی صاحبکم من دین؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلّو علی صاحبکم، فقال علی (ع): هما علیّ یا رسول الله و أنا لهما ضامن، فقام رسول الله

۱. ر.ک: امامی، سیدحسن، همان، ص ۲۶۱.

(ص) فصلی علیه، ثم أُقبل علی علی فقال: جزاک الله عن الاسلام خیرا، و فک رهانک کما فکک رهان اخیک.^۱ (محمد بن حسن (طوسی) در کتاب خلاف از ابوسعید خدری نقل می‌کند که گفت: با پیامبر خدا (ص) در برابر جنازه‌ای بودیم، آن حضرت فرمودند: آیا متوفی بدهی دارد، گفتند آری، دو درهم مدیون است. حضرت فرمودند: خودتان بر آن نماز بخوانید. حضرت علی (ع) فرمودند: یا رسول خدا (ص) آن دو درهم برعهده من و من برای آن دو درهم ضامن هستم. سپس رسول خدا (ص) بلند شدند و بر آن جنازه نماز گزاردند. آنگاه رو به حضرت علی (ع) کرد و فرمودند: خداوند تو را جزای خیر بدهد و ذمه‌ات را رها کند، همان گونه که تو ذمه برادرت را آزاد نمودی.

روایت بعدی از جابر بن عبدالله است که می‌گوید: ان النبی (ص) کان لایصلی علی رجل علیه دین فأتی بجنازه فقال: هل علی صاحبکم دین؟ فقالوا: نعم دیناران، فقال: صلوا علی صاحبکم، فقال أبو قتاده: هما علیّ یا رسول الله، قال: فصلی علیه فلما فتح الله علی رسولہ قال: أنا أولى بالمؤمنین من انفسهم، فمن ترک ما لا فلورثته، و من ترک دینا فعلی^۲ (رسول خدا (ص) هیچ‌گاه بر میت بدهکار نماز نمی‌خواندند، هنگامی که جنازه‌ای را نزد ایشان آوردند، آن حضرت فرمودند: آیا دوست شما بدهی دارد؟ جواب دادند: آری دو دینار بدهکار است. حضرت فرمودند خودتان نماز بگذارید. ابوقتاده گفت: من ضامن می‌شوم، آنگاه حضرت نماز گزاردند. پیامبر (ص) فرمودند: من بر مؤمنان از خودشان سزاوارترم، اگر میت مالی را به جا گذارد متعلق به ورثه او است و اگر دینی بر جای گذارد، برعهده من است. فقهای ما از اجماع و عقل نیز برای ضمان و اثبات انتقال بدهی از عهده بدهکار

۱. المحدث المتبحر الامام المحقق العلاء الشیخ محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، الجزء الثالث من المجلد السادس، دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان (حدیث ۲)، ص ۱۵۱، شیخ طوسی، الخلاف فی الفقه، المجلد الاول، کتاب ضمان، ج ۱، صص ۶۳۹، ۶۳۸.
 ۲. الحر العاملی، وسائل الشیعه، همان، حدیث ۳ و نیز ر.ک: شیخ طوسی، همان، ص ۶۳۸.

اصلی به عهده ضامن (نقل ذمه به ذمه)، به عنوان دو دلیل دیگر اسم برده‌اند که برای رعایت اختصار از پرداختن به این دلایل اجتناب می‌کنیم.^۱ و به منابع حقوقی ضمان و مبحث اصلی این نوشتار که ارائه شیوه‌ای برای ایجاد ضمان تضامنی در حقوق مدنی یا قرارداد خصوصی تضامنی است، می‌پردازیم.

مبحث دوم - منابع حقوقی ضمان و قرارداد خصوصی تضامنی

گفتار نخست - منابع حقوقی ضمان در قانون مدنی

الف - ضمان عقدی

فصل چهاردهم باب سوم از کتاب دوم قانون مدنی، یعنی مواد ۶۸۴ لغایت ۷۲۳ این قانون، به ضمان عقدی اختصاص یافته است و برابر این مواد و به پیروی از فقه امامیه، در اثر ضمان و قصد طرفین، ذمه از عهده مدیون اصلی برداشته می‌شود و به عهده ضامن قرار می‌گیرد.

از ضمان، تقسیم‌بندی‌های گوناگونی می‌توان کرد، مانند: ضمان قهری، یعنی تعهداتی که ناخواسته و به حکم قانون به کسی تحمیل می‌شود و در آینده به آن اشاره خواهیم کرد، و ضمان عقدی که بحث حاضر راجع به آن خواهد بود و با تحقق این پیمان، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یعنی انتقال ذمه صورت می‌گیرد؛ و دیگر، قرارداد خصوصی تضامنی که می‌توان آن را نوعی ضمان عقدی تلقی کرد. مع ذلک، به موجب آن، ضمان ضم ذمه به ذمه، تحقق پیدا می‌کند. بدین معنا که مضمون له برای وصول طلب خود، حق مراجعه هم به ضامن و هم به مضمون عنه را (در عرض یکدیگر) خواهد داشت.

در قانون مدنی، مانند دیدگاه فقهی، عقد ضمان را از یک لحاظ به دو معنا استعمال کرده‌اند. در یک مفهوم عقد ضمان در معنای خاص آن استعمال شده است که به نحوی بحث مورد نظر ما را هم شامل می‌شود و قسم دیگر که عقد ضمان به

۱. برای ملاحظه این منابع ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، *مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی و اجتماعی*، مؤسسه چاپ و نشر عروج (پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی)، چ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۵۹ به بعد.

مفهوم عام آن به کار رفته است، شامل حواله و کفالت هم خواهد شد. بدین ترتیب، در قانون یاد شده اگر ضمان به طور مطلق و بدون قرینه به کار رود، منظور عقد ضمان خواهد بود و در غیر این صورت و برای مصادیق دیگر عقد ضمان، یعنی پیمانهای حواله و کفالت، ناگزیر باید از قرینه استفاده کرد. در نتیجه ضروری است بیان کنیم که موضوع اصلی نوشتار ما اگرچه به عقد ضمان با مفهومی که در قانون مدنی آمده است (و ماده ۶۸۴ این قانون)، نزدیک می‌شود. اما، ناظر به این عقد هم نیست. زیرا، در ضمانت مندرج در قانون مدنی از نظر مشهور و معمول فقیهان ما پیروی شده است و انتقال ذمه، مورد نظر قانونگذار بوده است. در حالی که ما می‌خواهیم به نحوی از ضمانت ضم ذمه به ذمه سخن بگوییم که با اطلاق عقد ضمان در قانون مدنی مغایر است. بدین ترتیب، این بحث را به طور مختصر ادامه می‌دهیم، هرچند در مباحث آینده، به بسیاری از مواد قانون مدنی راجع به ضمانت عقدی هم می‌پردازیم و آنها را مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

نخستین ماده ضمانت عقدی یعنی ماده ۶۸۴ قانون مدنی، در تعریف عقد ضمان می‌گوید: عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند، و ماده ۶۸۵ همین قانون مقرر می‌کند: در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست، و در مواد بعدی، برخی از شرایط و احکام این عقد بیان می‌شود تا اینکه نوبت به ماده جنجالی ۶۹۸ قانون مدنی می‌رسد. این ماده تحت تأثیر فقه امامیه، با صراحت، مبنای عقد ضمان را در قانون مدنی، بیان می‌کند و مواد پس از آن نیز هماهنگ با این ماده وضع می‌شود. هرچند مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ این قانون نشان می‌دهد که نویسندگان قانون مدنی از ضمانت تضامنی هم غافل نبوده‌اند و تلاش کرده‌اند تا در چارچوب فقهی خود، بتوانند به نحوی به این ضمانت هم دسترسی پیدا نمایند. ماده ۶۹۸ صراحت دارد: بعد از اینکه ضمانت به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. منشاء عمده این ماده آن

است که فقیهان امامیه، به اثر انتقالی عقد ضمان تأکید خاص و فراوانی دارند و تا حدودی ضم ذمه به ذمه را منع نموده‌اند که بحث بیشتر راجع به آن را به فصل بعدی موکول می‌کنیم.

با توجه به مطالب پیش گفته، در حقوق ایران، اصل بر نقل ذمه به ذمه است و مسئولیت تضامنی، برخلاف این اصل و مبنا است و باید آن را به قدر متیقن و در شرایط استثنایی پذیرفت. بنابراین، به جز در بعضی از مواد قانونی مدنی (مانند باب غصب) که به مسئولیت تضامنی اشاره شده است، در بقیه موارد معمولاً اصل بر مسئولیت فردی و شخصی و انتقال ضمان خواهد بود. گرچه در قانون تجارت و خصوصاً اسناد تجاری، مسئولیت تضامنی پذیرفته شده است. اما، تحقق این مسئولیت هم موکول به شرایط و قیود ویژه‌ای است که اگر رعایت نشود، ضمانت تضامنی از میان خواهد رفت یا به وجود نخواهد آمد.

لازم به ذکر است، این گونه پیمان که حاصل آن نقل ذمه به ذمه است و نه ضم ذمه به ذمه، منحصر به قانون ما نیست. بلکه برخی از نظامهای حقوقی کشورهای دیگر نیز آن را پذیرفته‌اند، به طوری که گفته شده است: عقد ضمان که به موجب آن نقل ذمه می‌شود فوق‌العاده شبیه بلکه عین همان عقدی است که در قانون مدنی آلمان علاوه بر عقد ضمان معمولاً به اروپا و در عرض آن عقد قبول و ایجاد کرده است، و این عقد را قبول دین می‌گویند، چه مطابق آن شخص ثالثی تأدیه دینی را که به ذمه دیگری است قبول می‌کند و ذمه مدیون اصلی بری می‌شود.^۱

ب - ضمان قهری

مواد ۳۰۱ لغایت ۳۳۷ قانون مدنی به نوعی از مسئولیت مدنی، یعنی از الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود، سخن می‌گوید و ماده ۳۰۷ آن، اموری که موجب ضمان قهری یعنی غصب و آنچه در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء را

۱. عدل، مصطفی، (منصور السلطنه)، **حقوق مدنی**، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چ هشتم، ۱۳۵۴، ص ۴۳۲.

احصاء می‌کند. بدین ترتیب، می‌بینیم قانون مدنی الزامات خارج از قرارداد را که موجب یکی از اسباب ضمان می‌شود، ضمان قهری نامیده است.

معمولاً جبران خسارتی که فرد (و برخی از نزدیکان وی) من غیر حق به دیگری وارد می‌کند یا سبب ورود آن می‌شود، به عهده او است. اما، اموری که شرعاً و قانوناً جایز است، ضمان آور نخواهد بود.

در قسم دیگر مسئولیت مدنی، یعنی قراردادی، در نتیجه پیمان یا تخلف و یا عدم انجام تعهدات خصوصی که از عقد ناشی شده است، ضمان و تعهداتی برای اشخاص به وجود می‌آید. به بیان دیگر، در اینجا ریشه و اساس تعهد و مسئولیت، قرارداد است به طوری که برخی این قسم مسئولیت را چنین تعریف کرده‌اند: مسئولیت قراردادی عبارت از تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی برای اشخاص ایجاد می‌شود.^۱

اما، ضمان قهری مسئولیتی است که در اثر عمل قضایی و بدون وجود قرارداد و عقد ایجاد می‌شود و به همین دلیل به آن ضمان قهری اطلاق می‌شود. پس منظور ما از ضمان و مسئولیت در نوشته حاضر، از نوع نخست یعنی قراردادی است و ضمان قهری به بحث ما ارتباط مستقیم نخواهد داشت. با این حال برای تشحیذ ذهن به آن قسم از مسئولیت نیز اشاراتی خواهیم کرد. البته نباید غافل بود که در برخی موارد، هم مسئولیت قراردادی و هم مسئولیت خارج از قرارداد وجود دارد. لذا، این پرسش مطرح می‌شود که آیا زیان دیده می‌تواند عندالاقضاء از هر دو مسئولیت استفاده کند و یا تنها قادر است یکی از آنها را برگزیند؟ در جواب سؤال نخست، به نظر می‌رسد، پاسخ منفی است. زیرا، در این صورت مسأله دارا شدن غیرعادلانه مطرح می‌شود که امری ناپسند و فاقد وجهت است. ولی، انتخاب یکی از این دو عنوان معمولاً بلااشکال است. مثل اینکه، اگر استناد به پیمان، به مصلحت خواهان است، آن را انتخاب

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، **ضمان قهری، مسئولیت مدنی**، ناشر: کتابفروشی دهخدا، چ اول، آذرماه ۱۳۶۲، ص ۱۶.

می‌کند. چون نیازی به اثبات تقصیر خواننده در مسئولیت قراردادی، وجود ندارد به طوری که ماده ۲۳۰ قانون مدنی می‌گوید: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که، در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملتزم شده است، محکوم کند». اما، گاهی زیان دیده علی‌رغم اینکه از مسئولیت قراردادی می‌تواند برای جبران خسارت وارد شده به خود بهره‌مند شود، انتخاب ضمان قهری برای او مفیدتر خواهد بود؛ مثل مورد ماده ۲۳۰ یاد شده و در جایی که زیان دیده می‌تواند به عنوان تسبیب اقامه دعوی کند که در این صورت محدودیت ماده مذکور وجود نخواهد داشت. با این حال، بعضی گفته‌اند: در قراردادی که طرفین میزان خسارت ناشی از نقض عهد را طبق ماده ۲۳۰ معین کرده‌اند، زیان دیده نمی‌تواند برای گرفتن بقیه خسارت خود، به ماده یک قانون مسئولیت مدنی استناد کند.^۱

نکته دیگری که راجع به ضمان قهری لازم به یادآوری است، اینکه، در مسئولیتهای خارج از قرارداد، اجرای مفاد پیمانها و احترام به اراده اشخاص مطرح نیست. نظم عمومی ایجاب می‌کند که قانون کسی را که به طور نامشروع به دیگری ضرر زده است، مسؤول قرار دهد. پس تنها قانون است که شرایط و نتایج این تعهد را معین می‌کند.^۲ به هر حال برای تمیز و تشخیص این دو نوع مسئولیت نسبت به یکدیگر، می‌توان گفت: در مسئولیت قراردادی، بین طرفین عقد یا زیان دیده و واردکننده خسارت، قراردادی، شرعی و قانونی حاکم است. به علاوه، ضمان یا ضرر و زیان، ناشی از مفاد قرارداد فی مابین است. ولی، در ضمان قهری یا خارج از قرارداد، طرفین دعوی، پیمانی با یکدیگر نبسته‌اند. بلکه فعل یا ترک فعل عمدی یا غیرعمدی موجب ایجاد مسئولیت شده است.

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۷۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۴۵.

گفتار دوم - قانون تجارت

در مباحث گذشته دیدیم که با توجه به نص ماده ۶۹۸ قانون مدنی در حقوق (مدنی) ما اصل بر ضمانت نقل ذمه به ذمه است، و حداکثر، تنها هنگامی ضم ذمه به ذمه پذیرفته می‌شود که این قسم از ضمان، در قرارداد خصوصی پیش‌بینی شده باشد. اما، در قانون تجارت، وضع به گونه‌ای دیگر و مسأله اختلافی است به طوری که برخی بعد از اشاره به ماده ۴۰۲ قانون تجارت، می‌نویسند: یعنی، در این قانون اصل تضامن بین مدیون و ضامن است و ماده ۴۰۳ می‌افزاید...^۱ و عده‌ای معتقدند که: قانون ایران در تجارت و مدنی اصل را بر عدم تضامن نهاده است (مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت)^۲ و یا: اصل عدم تضامن در مسئولیتهای مشترک هم در حقوق مدنی پذیرفته شده است و هم در حقوق تجارت و تضامن قابل قبول نیست، مگر آنکه به موجب قانون پذیرفته شده باشد یا اینکه در قرارداد طرفین پیش‌بینی شده باشد. (ماده ۴۰۳ قانون تجارت)^۳ بدین ترتیب و از لحن و محتوای مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت استنباط می‌شود که خلاف اصل بودن تضامن در حقوق ایران پذیرفته شده است و آن گونه که ماده اخیر پیش‌بینی کرده است، تضامنی بودن ضمان، نیاز به قرارداد خصوصی یا تصریح قانون دارد. به علاوه، تردیدهایی که در مورد مسئولیت تضامنی وجود دارد هم، به نظریه خلاف اصل بودن ضمان تضامنی در حقوق کشورمان کمک می‌کند. البته در حوزه اسناد تجاری، مسئولیت متعهدان این اسناد تضامنی است. زیرا، قانونگذار در مواد ۲۴۹، ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت، مسئولیت تضامنی برات دهنده، برات گیر، صادرکننده چک و سفته و ظهرنویسان را مقرر نموده است.

۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه‌های دین*، انتشارات بهنشر، تیرماه ۱۳۶۴، چ اول، ص ۲۳۲ و نیز ص ۳۴۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی*، ج ۲، انتشارات گنج دانش، چ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۲۵۲.
۳. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت، کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری*، انتشارات سمت، چ اول، زمستان ۱۳۷۸، ص ۴۴.

در مبحث ضمانت قانون تجارت، دو قسم ضمان دیده می‌شود. نوع نخست، ضمان تضامنی طولی است که مطابق آن (ماده ۴۰۲ قانون تجارت): ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدواً به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد. در این قسم از ضمان، برخلاف ضمان نقل ذمه به ذمه، دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل نخواهد شد. بلکه تعهد ضامن می‌تواند به عنوان وثیقه دین تلقی شود. یعنی، ذمه ضامن ضمیمه ذمه مضمون عنه شود و در نتیجه ضامن و مضمون عنه هر دو در طول یکدیگر در قبال مضمون له، مسئول پرداخت دین خواهند بود. منتها، بعد از بسته شدن پیمان ضمان، مضمون له ناگزیر است برای وصول مطالبات خود ابتدا به مدیون اصلی یا مضمون عنه رجوع کند و اگر به دلایلی موفق به وصول طلب خود از او نشد، آنگاه به ضامن برای اخذ مطالبات رجوع می‌کند. به این نوع ضمان علاوه بر ماده ۴۰۲ قانون تجارت، به نحوی در قسمت اخیر ماده ۶۹۹ قانون مدنی هم اشاره شده است. این ماده مقرر می‌کند: التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد و ماده ۷۲۳ همین قانون می‌گوید: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید. مع ذلک، ماده ۴۰۲ قانون تجارت دلالت بیشتری برای ضمان طولی در حقوق ما، خصوصاً حقوق تجارت دارد.

در این نوع ضمان که به ضمان وثیقه‌ای تعبیر شده است، در صورتی که بستانکار به دلایلی از جمله: افلاس، ممانعه، و یا غیبت بدهکار اصلی، نتواند طلب خود را سر موعد از مضمون عنه وصول کند، به موجب ضمان قراردادی، بستانکار حق مراجعه به ضامن و مطالبه و وصول طلب خود را از او خواهد داشت، اعم از اینکه ضامن در طول بدهکار اصلی خود را بدهکار به بستانکار کرده باشد و یا صرفاً تعهد به پرداخت

بدهی را برعهده گرفته باشد.^۱ عرف جامعه ما دانسته یا ندانسته، به این قسم از ضمان تمایل بیشتری نشان می‌دهد.

نوع دیگری از ضمان که در مبحث قانون تجارت (ماده ۴۰۳)، وجود دارد و در واقع ضمانت تضامنی اصطلاحی، این قسم است و در حقوق ما و دیگر کشورها خصوصاً در حقوق تجارت، چنین ضمانتی مطرح می‌باشد، ضمانت تضامنی عرضی است. در این ماده می‌خوانیم: در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید. بنابراین، مضمون له اختیار دارد تا به هر یک از مسؤولان تضامنی که بخواهد یا به برخی یا کلیه آنان مراجعه و تمامی طلب خود را وصول کند. یعنی، به موجب قانون یا قرارداد خصوصی، شخص ضامن، در عرض بدهکار اصلی، مدیون بستانکار خواهد شد و مضمون له می‌تواند طلب خود را از هر یک از آنان که بخواهد مطالبه و دریافت کند. به بیان دیگر، در این قسم از ضمان، ذمه مضمون عنه و ضامن (یا ضامنین) هر دو در برابر طلبکار اشتغال پیدا می‌کند. لذا، آن را ضمان تضامنی یا ضم ذمه به ذمه نامیده‌اند.

نکته‌ای که در اینجا مناسب است اضافه شود آن است که در ضمان اگر تصریح شود که از نوع تجاری است، معمولاً ضمانت تضامنی برقرار خواهد شد. مثل اینکه در قانون تجارت، به این موضوع تصریح شده است. بنابراین، در سایر موارد که در قانون یا قرارداد سکوت وجود دارد. ناگزیر باید به اصول مراجعه کنیم که در این هنگام، سکوت دلالت بر عدم تضامن دارد. مگر اینکه طرفین به ضمانت تضامنی تصریح کرده باشند، نتیجه‌ای که در مقایسه ضمان مندرج در ماده ۴۰۲ و ماده ۴۰۳ قانون تجارت گرفته می‌شود و امتیازاتی که ضمان عرضی نسبت به ضمان طولی دارد، در اینجا آشکار می‌شود. یعنی، در موردی که ضمان تضامنی به طور طولی برقرار

۱. ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، ص ۱۶۹ به بعد.

نمی‌شود، بستانکار ملزم نیست ابتدا به بدهکار اصلی رجوع کند و اگر برای وصول طلب خویش با مانع مواجه شد، آنگاه به ضامن مراجعه کند. بلکه، وی می‌تواند به هر یک از آنان به انتخاب خود رجوع کند و هرگاه مثلاً بستانکار وضع مالی ضامن را مناسب‌تر از مدیون اصلی تشخیص داد، می‌تواند اول به ضامن مراجعه کند و چنانچه نتوانست همه مطالبات خویش را از او دریافت کند، برای بقیه طلب به مدیون اصلی مراجعه خواهد کرد. بعلاوه، در ضمانت تضامنی، بستانکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً و همزمان رجوع و اقامه دعوا کند (طرح دعوی مجزا ضرورت ندارد). بدین ترتیب، می‌توان گفت ضمان تضامنی عرضی برای طلبکار، امتیاز بیشتری از ضمان طولی دارد و وی را از اینکه ناگزیر باشد نخست به مضمون عهه مراجعه کند، معاف می‌سازد و به این جهت است که ضمان تضامنی عرضی رایج‌تر است و بستانکار تلاش می‌کند حتی الامکان ضمانت تضامنی عرضی را به ضامن و مدیون اصلی تحمیل کند. در هر حال ضمان تضامنی یکی از مصادیق مسؤلیت تضامنی محسوب می‌شود که تعهد ضامن و مضمون عهه در آن، در عرض یکدیگر قرار دارد.

امتیاز فوق‌العاده‌ای که ضمان مندرج در ماده ۴۰۳ قانون تجارت و ضمان عرضی از آن برخوردار بوده است، این است که این ماده صفت تضامن قراردادی را بروشنی در نظام حقوقی ما وارد کرده است و براساس آن تضامن در قراردادهای خصوصی مورد قبول واقع شده است. یعنی به جرأت می‌توان ادعا نمود که این ماده قانونی منشاء و مبنای روشن ایجاد ضمانت به نحو تضامنی (غیرقهری) در نظام حقوقی ما تلقی می‌شود و پایه‌گذار تأسیس حقوقی ضمان تضامنی معمول و دلیل صحت اعتبار آن در حقوق کشورمان است.

علاوه بر باب ضمان مندرج در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به بعد قانون تجارت که به ضمان طولی (با نوبت) و یا ضمان عرضی (بدون نوبت) اختصاص داده شده است، قانونگذار در بحث راجع به برات، سفته، چک و حتی شرکت‌هایی مانند تضامنی و غیره هم مقررات ضمان تضامنی را پیش‌بینی کرده است. یعنی، در قانون تجارت ضمانت

تضامنی، گاهی در اسناد تجاری، و گاهی در شرکت‌هایی چون شرکت تضامنی مطرح شده است و به طور کلی هم در مواد ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴ این قانون از ضمان تضامنی بحث شده است و ویژگی این موارد که ایجاد پشتوانه قوی در معاملات و تعهدات بازرگانی برای متعهدله است موجب شده است، مقنن تا حدودی ضمانت موجب انتقال ذمه را رها کند و، مضمون عنه و ضامن، هر دو را در برابر بستانکار، ضامن پرداخت به شمار آورد.

یکی از اوصاف مهم برات، سفته و گاهی چک این است که، همه کسانی که آن را امضاء می‌کنند، در مقابل دارنده (تحت شرایطی) مسئولیت تضامنی دارند و در صورت عدم پرداخت در سررسید، دارنده حق دارد بدون رعایت تقدم و تأخر به هر یک از مسؤولان که بخواهد برای وصول وجه اسناد مزبور، مراجعه کند. ماده ۲۴۹ قانون تجارت راجع به برات، در این باره می‌گوید: برات دهنده و کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویسها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض می‌تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید... و با توجه به مفاد مواد ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون مزبور که به ترتیب مقرر می‌نمایند: تمام مقررات راجع به بروات تجاری (از مبحث چهارم الی آخر فصل اول این باب) در مورد فته طلب نیز لازم‌الرعايه است. (در مورد سفته) - صدور چک ولو این که از محلی به محل دیگر باشد ذاتاً عمل تجاری محسوب نیست لیکن مقررات این قانون از ضمانت صادرکننده و ظهرنویسها و اعتراض و اقامه دعوا و ضمان و مفقود شدن راجع به بروات، شامل چک نیز خواهد بود؛ دارنده برات، سفته و چک در صورتی که مقررات مندرج در قانون تجارت را رعایت نماید می‌تواند به هر یک از امضاء کنندگان این اسناد مراجعه و وجوه مندرج در سند و خسارات قانونی خود را مطالبه و دریافت کند. مثلاً سند تجاری را به موقع واخواست و در موعد مشخص اقامه دعوی کند. زیرا، اگر این مواعد رعایت نشود، به مسئولیت تضامنی خدشه وارد خواهد شد و یا چون طبق ماده ۳۱۵ قانون یاد شده،

مسئولیت ظهرنویس در چک نیز به شرطی است که دارنده آن به تکالیف قانونی خود عمل کرده باشد، رعایت نکردن هر یک از مواعد، موجب رفع مسئولیت ظهرنویس چک خواهد شد. این ماده مقرر می‌کند: «اگر چک در همان مکانی که صادر شده است باید تأدیه گردد، دارنده چک باید در ظرف پانزده روز از تاریخ صدور، وجه چک را مطالبه کند و اگر از یک نقطه به نقطه دیگر ایران صادر شده باشد، باید در ظرف چهل و پنج روز از تاریخ صدور چک مطالبه شود. اگر دارنده چک در ظرف مواعد مذکوره در این ماده پرداخت وجه آن را مطالبه نکند، دیگر دعوا او بر علیه ظهرنویس مسموع نخواهد بود و اگر وجه چک به سببی که مربوط به محال علیه است از بین برود، دعوا دارند چک بر علیه صادرکننده نیز در محکمه مسموع نیست». بنابراین و همان گونه که برخی گفته‌اند: مسئولیت ظهرنویسان در مقابل دارنده چک تضامنی است و دارنده چک می‌تواند علیه هر یک از آنان برای تمام مبلغ چک اقامه دعوا کند و هر یک از ظهرنویسان نیز می‌توانند با توجه به مفاد ماده ۲۸۸ قانون تجارت علیه ظهرنویسان ما قبل خود و علیه صادرکننده چک اقامه دعوا کنند.^۱ بنابراین، می‌بینیم مهم‌ترین مزیتی که اسناد تجارتي نسبت به اسناد عادی دارند، مسئولیت تضامنی کسانی است که به نحوی برات یا سفته یا چک را امضاء کرده‌اند، حسب مورد اعم از صادرکننده، قبول‌کننده، ظهرنویس یا ضامن برای پرداخت مبلغ مندرج در سند مسئولیت تضامنی خواهند داشت.

در موارد دیگری نیز قانون تجارت به صراحت مسئولیت تضامنی را برقرار کرده است که برای رعایت اختصار تنها به شرکت تضامنی، مسئولیت تضامنی برخی شرکاء و مدیران یا مدیرعاملی که ورشکستگی شرکت سهامی یا کافی نبودن دارایی شرکت معلول تخلفات آنان بوده است، اشاره می‌کنیم. ماده ۱۱۶ قانون تجارت، در تعریف شرکت تضامنی مقرر داشته است: شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت اسم مخصوص برای امور تجارتي بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود:

۱. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، ج سوم، چ سوم، پاییز ۷۶، ناشر: نشر دادگستر، ص ۱۴۶.

اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد، هریک از شرکاء مسؤول پرداخت تمام قروض شرکت است. هر قراری که بین شرکاء برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کان لم یکن خواهد بود و یا ماده ۱۴۳ همین قانون راجع به شرکاء شرکت مختلط غیرسهامی می‌گوید: هر یک از شرکاء با مسؤولیت محدود که اسمش جزء اسم شرکت باشد، در مقابل طلبکاران شرکت شریک ضامن محسوب خواهد شد. هر قراری که برخلاف این ترتیب بین شرکاء داده شده باشد، در مقابل اشخاص ثالث بی‌اثر است.

قسمت اخیر بخش ششم مبحث اول لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴)، که از هیأت مدیره و شرکت سهامی و مسؤولیت آنان بحث می‌کند، در ماده ۱۴۳ مقرر می‌کند: در صورتی که شرکت ورشکسته شود یا پس از انحلال معلوم شود که دارایی شرکت برای تأدیه دیون آن کافی نیست، دادگاه صلاحیت‌دار می‌تواند به تقاضای هر ذی‌نفع، هر یک از مدیران و یا مدیرعاملی که ورشکستگی شرکت یا کافی نبودن دارایی شرکت به نحوی از انحاء معلول تخلفات او بوده است، منفرداً یا متضامناً به تأدیه آن قسمت از دیونی که پرداخت آن از دارایی شرکت ممکن نیست، محکوم نماید. به این موارد می‌توان ماده ۱۴۲ قانون مذکور و ماده ۱۰۱ قانون تجارت و مواد دیگری هم اضافه و حتی اشاره کرد که برخی نوشته‌اند: مقوله ضمانت نیز از موارد تسری قواعد حقوق تجارت به حقوق مدنی است.^۱

گفتار سوم - سایر قوانین و مقررات

ضمان تضامنی، تنها در مواد گوناگون قانون تجارت دیده نمی‌شود. بلکه، صرف نظر از امکان ایجاد این نوع ضمان براساس حاکمیت اراده طرفین قرارداد که در گفتار بعد به آن خواهیم پرداخت، با جستجو در سایر قوانین و مقررات با موارد فراوانی مواجه می‌شویم که قانونگذار به دلایل مختلف، چنین ضمانتی را پیشی‌بینی کرده

۱. اسکینی، ربیعا، همان، ص ۴۱.

است، به طوری که مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت، هم به آن اشاره دارد. بنابراین، احصای این موارد کاری آسان نخواهد بود. مع ذلک و برای نمونه در ادامه تلاش خواهیم کرد. به پاره‌ای از این قوانین و مقررات پردازیم.

در مبحث غصب از ضمان قهری مندرج در قانون مدنی، به ماده ۳۱۶ و خصوصاً ۳۱۷ این قانون برخورد می‌کنیم که به موجب آن، همه غاصبان در برابر مالک مال غصب شده، ضمان تضامنی دارند. ماده اخیر مقرر می‌کند: «مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هر یک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند». بدین ترتیب، مالک می‌تواند در صورت تلف شدن عین مال مغضوب، برای دریافت مثل یا قیمت (تمام یا قسمتی از) آن، به طرفیت همه یا برخی از غاصبان اقامه دعوا کند و از مرجع قضایی، محکومیت تضامنی آنان را بخواهد. یعنی، براساس این ماده، مسئولیت غاصبان تضامنی است. مستنبط از همین ماده، هنگامی که عین مال غصب شده موجود است، مالک به کسی که مال را در اختیار دارد مراجعه و آن را دریافت می‌دارد.

در مورد مسئولیت تضامنی ظهرنویسان چک در گفتار قبل به مواد ۳۱۴ و ۳۱۵ قانون تجارت اشاره کردیم. مع ذلک، در ماده ۱۹ قانون صدور چک (مصوب سال ۱۳۵۵ و اصلاحات بعدی آن، ماده ۱۸ قبلی) که به مسئولیت تضامنی صادرکننده چک و صاحب حساب پرداخته شده است، عیناً نقل می‌شود:^۱

در صورتی که: چک به وکالت یا نمایندگی از طرف صاحب حساب اعم از شخص حقیقی یا حقوقی صادر شده باشد، صادر کننده چک و صاحب حساب متضامناً مسؤول پرداخت وجه چک بوده و اجرائیه و حکم ضرر و زیان براساس تضامن علیه هر دو صادر می‌شود بعلاوه امضاء کننده چک طبق مقررات این قانون مسئولیت کیفری خواهد داشت، مگر اینکه ثابت نماید، که عدم پرداخت مستند به عمل صاحب حساب یا وکیل یا نماینده بعدی او است که در این صورت کسی که

۱. و نیز ر.ک: ماده ۲۵۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا...

موجب عدم پرداخت شده از نظر کیفری مسؤول خواهد بود و طبق ماده ۲۰ همین قانون: مسؤولیت مدنی پشت‌نویسان چک طبق قوانین و مقررات مربوط کماکان به قوت خود باقی است.

قانون مسؤولیت مدنی (مصوب ۱۷ اردیبهشت ماه ۱۳۳۹ کمیسیون مجلس) هم به نحوی مسؤولیت کارفرمایان مشمول قانون کار را در برابر خسارات وارد شده از سوی کارگران و کارکنان اداری به اشخاص ثالث از نوع ضمان ضمه به ذمه و تضامنی تلقی و در ماده ۱۳ که در ادامه ماده ۱۲ به موضوع پرداخته، مقرر کرده است: کارفرمایان مشمول ماده ۱۲ مکلفند تمام کارگران و کارکنان اداری خود را در مقابل خسارات وارده از ناحیه آنان به اشخاص ثالث بیمه نمایند. و ماده ۱۴ قانون مزبور صراحت دارد: در مورد ماده ۱۲ هرگاه چند نفر مجتمعاً زبانی وارد آورند، متضامناً مسؤول جبران خسارات وارد هستند. در این مورد میزان مسؤولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک از طرف دادگاه تعیین خواهد شد.

از جمله مواردی که در قوانین و بدون وجود قرارداد حالت تضامن بر دو نفر تحمیل می‌شود، می‌توان از ماده ۱۳۱ قانون ثبت (مصوب سال ۱۳۱۰ و اصلاحات بعدی) و حق‌الاجرای اسناد لازم‌الاجراء و نیم عشر اجرایی (۵ درصد) مندرج در آن اسم برد. تبصره این ماده مقرر می‌کند: هرگاه طرفین پس از صدور اجرائیه و ابلاغ در خارج صلح نمایند یا قرار اقساط بگذارند یا مهلت بدهند یا مدت یک سال اجرائیه را تعقیب نکنند، متضامناً مسؤول پرداخت نیم عشر خواهند بود و کسی که در نتیجه مسؤولیت تضامنی حق اجرا را می‌پردازد می‌تواند آن را از طرفی که قانوناً مسؤول پرداخت حق اجرا می‌باشد به وسیله اجرا وصول نماید. و یا آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی (مصوب ۱۳۵۵)، راجع به مسؤولیت مأمور اجرا با حافظ مال بازداشت شده، در تبصره ماده ۵۱ آن می‌گوید: مأمور اجرا اگر در انتخاب حافظ واجد شرایط امانت و شرایط دیگر راجع به امین تقصیر کند، با حافظ متضامناً مسؤول خواهد بود.

نمونه دیگری از ضمانت تضامنی ناشی از قانون، می‌تواند بند ج ماده ۱۶۵ قانون دریایی ایران (مصوب سال ۱۳۴۳) راجع به تناسب خسارت باشد. این بند مقرر می‌کند: کشتیهای مقصر نسبت به خسارات ناشی از فوت و صدمات بدنی در مقابل اشخاص ثالث منفرداً و متضامناً مسؤول هستند و باید خسارات وارده را جبران نمایند. اگر مبلغ پرداختی هر یک از مسؤولان بیشتر از مبلغی باشد که به سهم مسؤولیت او تعلق می‌گیرد نسبت به مبلغ اضافه حق مراجعه به مسؤول یا مسؤولان دیگر را خواهد داشت. ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی (مصوب سال ۱۳۵۴ با اصلاحات) نیز می‌تواند مصداق مسؤولیت تضامنی تلقی شود، در آنجا که می‌گوید: ^۱ هنگام نقل و انتقال عین یا منافع مؤسسات و کارگاههای مشمول این قانون اعم از این که انتقال به صورت قطعی شرطی - رهنی - صلح حقوق یا اجاره باشد... دفاتر اسناد رسمی مکلفند در موقع تنظیم سند از سازمان راجع به بدهی واگذار کننده استعلام نمایند... در صورت انجام معامله بدون ارائه گواهی مذکور انتقال دهنده و انتقال گیرنده برای پرداخت مطالبات سازمان دارای مسؤولیت تضامنی خواهند بود....

در قانون آیین دادرسی مدنی سابق، در خصوص اقسام تأمین و هنگامی که در جریان تأمین خواسته، ضامن، ضمانت می‌کرد (مواد ۲۴۳ لغایت ۲۵۱)، ظاهراً ضمانت مورد نظر قانون مذکور، ضمانت به صورت تضامنی بود. ولی، مضمون له یا ذی نفع ضمانت نامه، باید قبل از مراجعه به ضامن، به مدیون اصلی رجوع می‌کرد. ماده ۲۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین در این باره مقرر می‌داشت: پس از قطعیت حکم و صدور برگ اجرایی برگ نامبرده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین خواسته یا محکوم به، ضمانت کرده ابلاغ می‌شود و هرگاه محکوم علیه در ظرف ده روز پس از ابلاغ برگ اجرایی مفاد حکم را اجرا ننمود، محکوم به از ضامن به ترتیبی که برای

۱. در مورد خلاف شرع شناخته شدن مسؤولیت تضامنی غیر کارفرما و راجع به این ماده ر.ک: ص ۳ روزنامه رسمی شماره ۱۷۴۵۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۳ و نیز دادنامه شماره ۶۱ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

اجرای احکام مقرر است وصول می‌شود. بنابراین، در این قانون، مقنن برخلاف قانون مدنی صراحةً اجازه مراجعه مضمون له را به مضمون عنه داده بود که این امر را می‌توان از آثار قبول نوعی ضمانت تضامنی و ضم ذمه به ذمه از سوی قانونگذار به حساب آورد. بدین ترتیب، طبق ماده یاد شده، ضمانت تضامنی طولی پیش‌بینی شده و محکوم له بایستی ابتدا به بدهکار اصلی مراجعه و اگر مضمون عنه تا ۱۰ روز از پرداخت مبلغ محکوم به خودداری می‌نمود، آنگاه بستانکار می‌توانست به ضامن او مراجعه کند. فلذا، می‌بینیم که در اینجا نیز برخلاف قاعده انتقال ذمه قانون مدنی، مقنن به نحوی ضمانت تضامنی را در قانون پیش‌بینی کرده بود.

در قوانین دیگر نیز ضمانت تضامنی پیش‌بینی شده، است مانند: بند ۵ ماده ۲۴ قانون اداره تصفیة امور ورشکستگی (مصوب سال ۱۳۱۸)، ماده ۹۴ قانون امور حسبی (مصوب سال ۱۳۱۹)، ماده ۲۴ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار (مصوب سال ۱۳۴۵)، تبصره ۱ و ۲ قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی (مصوب سال ۱۳۵۱)، تبصره ۴ ماده ۵۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب سال ۱۳۷۰)، تبصره ۲ ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون مالیاتهای مستقیم (مصوب سال ۱۳۸۰)، و اخیر آیین‌نامه تشخیص صلاحیت پیمانکاران اجرای پروژه‌های صنعتی به روش طرح و ساخت (مصوب سال ۱۳۸۰) و غیره، که برای پرهیز از اطاله کلام از پرداختن به آنها خودداری و این بحث را هم به پایان می‌رسانیم.

ادامه دارد