



## تفاوت عقد ضمان مدنی با ضمان تجاری

رسول مظاهری کوهانستانی

استادیار، دکترای حقوق خصوصی، هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان

مهسا منتظری<sup>۱</sup>

کارشناسی حقوق دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۰۶)

### چکیده

ضمانت‌ها بحث پیچیده و مهمی است که تقریباً زندگی همه‌ی افراد جامعه را درگیر کرده است. چه افرادی که به کار تجاری می‌پردازند و برای خود ضامن انتخاب می‌کنند و چه افرادی که ضامن می‌شوند؛ اما در کار تجاری دستی ندارند. به همین منظور به تعریف انواع ضمانت‌ها و ماهیت آن‌ها بسنده نکرده و به ارتباط میان ضمان‌ها و نقد مواد مربوط به آن‌ها پرداخته ایم. هدف ما از تحقیق بررسی جامع و کاملی از انواع ضمانت‌ها از جمیع جهات تجاری و مدنی و همچنین بین الملل بوده است. به همین منظور این تحقیق با توجه به قوانین مرتبط و تحلیل و تفسیر آنها انجام شده است. روش تحقیق در این مقاله کتابخانه‌ای و شیوه تجزیه و تحلیل مطالب، توصیفی تحلیلی بوده است و در آخر از مجموع بررسی‌ها به این نتیجه رسیدیم که ماهیت و ذات عقد ضمان نه اقتضای «نقل ذمه به ذمه» را دارد و نه مقتضی «ضم ذمه به ذمه» است؛ بلکه تابع «قصد مشترک طرفین» است.

1- Email: mahsa.montazerii@gmail.com

\* (نویسنده مسئول)

## واژگان کلیدی

ضامن، تضامن، نقل ذمه به ذمه، ضم ذمه به ذمه، مضمون عنه، دین

## Difference in civil liability guarantee contract with commercial warranty

### Abstract

Guarantees are a complex and important debate that has involved almost all the people of the community. Whoever does business and who chooses the guarantor and who is guarantor, but who does not have a manual job. To this end, we have not defined the nature of the guarantees and their nature, and we have discussed the relationship between the safeguards and the criticisms of the related materials. Our goal was to investigate the comprehensive and comprehensive examination of types of guarantees from all levels of business and civil society as well as international. For this reason, the research is based on analyzing and interpreting. This article is done by the library method. Finally, we conclude from the totality of the studies that the nature and essence of the contract are not due to the " Dhemma ", and not the necessary" addition to the Dhemma "; it is based on the" common intention of the two sides.

### Keywords

Guarantor, suretiship, quoting the endorsement, endorsement of dhemhm, subject matter, religion.



## مقدمه

در جامعه کنونی با توجه به پیچیدگی‌های روابط معاملاتی مخصوصاً در سطح بین‌المللی، طلبکاران برای حفظ طلب خود در مقابل خطرات غیرقابل وصول شدن آن، از اخذ هیچگونه ضمانتی (اعم از شخصی مثل عقد ضمان یا عینی مثل رهن) دریغ نمی‌ورزند.

نکته‌ای که باید توجه کرد این است که غالباً وجود همین ضمانت‌ها به طرفین جرأت معاملات کلان می‌دهد و باعث رونق اقتصادی و توسعه امور بازرگانی می‌گردد. یکی از مسائلی که همواره مورد اختلاف فقها و حقوقدانان بوده و هست، مسئله ماهیت عقد ضمان می‌باشد. تعیین نوع ضمان، بر حسب اینکه ضمان مبتنی بر نقل ذمه به ذمه باشد یا ضم ذمه به ذمه، روابط فی‌ما بین را متفاوت خواهد ساخت. بر همین اساس، تعیین نوع ضمان از اهمیت قابل توجهی در روابط تجاری برخوردار بوده است.

در این تحقیق سعی شده است نظرات مختلف پیرامون ماهیت عقد ضمان مورد بررسی قرار گیرد. لازم به ذکر است که مقاله‌هایی در این زمینه نوشته شده است که قریب به اتفاق به مقایسه‌ی مواد پیرامون ضمانت‌های مدنی و تجاری پرداخته‌اند؛ اما سعی ما بر این بوده است که بحث جامع و کاملی در مورد انواع ضمانت‌ها داشته باشیم و با توجه به ابعاد مختلف آن‌ها را بررسی کنیم.

## ۱- کلیات

### ۱-۱- تعریف ضمان

ضمان در لغت به معنای التزام، تعهد و کفالت است و در ادبیات حقوقی، «تعهد شیئی برعهده دیگری» و «برعهده گرفتن» و «شیئی را در عهده قرار دادن» تعریف شده است.

در تعریف ضمان می‌توان گفت که عبارت است از: «التزام اختیاری یا قهری کسی به پرداخت مالی به دیگری و یا التزام به پرداخت مالی به کسی، اعم از این‌که به اختیار باشد یا به موجب قانون».

در نتیجه؛ التزام یا ناشی از قرارداد است و یا به حکم قانون.

ضمان ناشی از قرارداد، اختیاری و ارادی است و به آن «ضمان عقدی» گویند؛ مانند ضمان ناشی از عقد

ضمان.

چنانچه قصد متعهد در ایجاد ضمان مؤثر نبوده و مبنای ضمان، حکم قانون باشد، آن را «ضمان قهری» نامند، همانند ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ضمان ید. به اعتبار فوق، ضمان بر دو نوع است: ضمان عقدی و ضمان قهری. قسم دیگر ضمان، «ضمان معاوضی» است که آن هم ناشی از عقد می‌باشد؛ اما برخلاف ضمان عقدی، اثر مستقیم عقد نیست.

## ۱-۲-۲- انواع ضمان

در این گفتار، طی سه مبحث، ضمان عقدی، ضمان قهری و ضمان معاوضی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۲-۱- ضمان عقدی

این ضمان عبارت است از انتقال ذمه مضمون‌عنه (مدیون) به ذمه ضامن و از آن جهت ضمان عقدی گویند که انعقاد آن، نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از سوی ضامن و قبول از جانب مضمون‌له. مضمون‌عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست (مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ قانون مدنی). در ضمان عقدی، تعهد به پرداخت مال، اختیاری است و متعهد به اختیار خود عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد، اثر مستقیم عقد است که یا به موجب عقد ضمان است (ماده ۶۸۴ قانون مدنی) و یا به موجب عقد حواله (ماده ۷۲۴ همان قانون).

در عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون‌عنه (مدیون) به طور معمول، بری است و به او مدیون نیست؛ اما در عقد حواله ذمه محال‌علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال‌علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی، در حکم ضامن است. (ماده ۷۲۷ قانون مدنی) برخی حقوقدانان عقد کفالت را نیز که تعهد به احضار نفس است، از اقسام ضمان عقدی می‌دانند.

### ۱-۲-۲-۱- ضمان قهری

در ضمان قهری، برخلاف ضمان عقدی، قصد متعهد در ایجاد ضمان، مؤثر نیست و مبنای ضمان، حکم قانون است. به عبارت دیگر؛ در ضمان قهری، تعهد به پرداخت مال، اختیاری نیست؛ چه مبنای ضمان قرارداد

باشد و چه واقعه حقوقی. به عنوان نمونه، در عهدشکنی، ضمان، ناشی از قرارداد است و اگر دو طرف عقد در میزان خسارت توافق کرده باشند، مسئولیت متعهد مبنای قراردادی دارد. با وجود این به نظر می‌رسد دور از منطقی حقوقی نیست. اگر گفته شود توافق طرفین قرارداد درباره میزان خسارت و نحوه پرداخت آن موجب نمی‌شود مسئولیت متعهد، قراردادی به شمار آید.

در قراردادهایی که در آن، مسئولیت متعهد پیش‌بینی شده، برخلاف عقد ضمان و عقد معوض، ضمان نه اثر مستقیم عقد است و نه اثر غیرمستقیم آن؛ بلکه مسئولیت متعهد، صرفاً اثر عهدشکنی است و در نتیجه؛ تخلف از مفاد قرارداد بر عهدشکن تحمیل می‌شود. در اینگونه قراردادها، اثر عقد، انجام مفاد قرارداد است و ضمان پیش‌بینی شده در قرارداد - در صورت عدم ایفای تعهد - به حکم قانون برعهده متخلف قرار می‌گیرد و از این رو عهدشکن را نیز می‌توان در زمره وقایع ضمان‌آوری به شمار آورد که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود. توافق دو طرف درباره میزان خسارت - که اغلب به صورت شرط ضمنی می‌باشد - در صورتی قابل اجراست که مورد حمایت قانونگذار باشد. بنابراین نیروی الزام‌آور تعهد ناشی از عهدشکنی را نیز قانون ایجاد می‌کند و نه قرارداد.

### ۱-۲-۳- ضمان معاوضی

همانگونه که گفته شد، ضمان عبارت است از: «التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص». در ضمان عقدی، اثر عقد، تعهد به پرداخت است. منشأ ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی، وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد، اثر مستقیم است، در حالی که در عقود معوض تملیکی؛ همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم، اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می‌آید. در عقود معوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می‌یابد؛ اما تسلیم، تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن می‌باشد. در عقود معوض، تعهد هریک از دو طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند.

در فقه، به ضمان معاوضی - از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و خصوصیات معین است - «ضمان جعلی» یا «ضمان مسمی» نیز گفته‌اند. وجه تسمیه ضمان جعلی یا ضمان مسمی آن است که متعاقدین آن را تعیین کرده و عوض چیزی قرار می‌دهند که از جانب طرف دیگر معامله به او انتقال می‌یابد. مبیع، ضمان مسمی است برای ثمن و ثمن، ضمان مسمی است برای مبیع. در مقابل ضمان معاوضی، «ضمان واقعی» قرار دارد. در این نوع از ضمان، مضمون به، خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین برعهده متعهد است و اگر عین، تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن، عوض معین قرار می‌گیرد. به همین جهت به آن «ضمان مثل و قیمت» نیز گفته‌اند.

### ۱-۳- تعریف ضمان معاوضی

همان‌گونه که اشاره شد، عقد معاوضی تملیکی دارای دو اثر است؛ انتقال مالکیت که اثر مستقیم عقد و تعهد به تسلیم عوض معین در مقابل عین دریافتی که اثر غیرمستقیم آن است. در حقوق ما اگر مبیع عین معین باشد، انتقال مالکیت، فوری و بدون قید و شرط است. (بند یک ماده ۳۶۲ قانون مدنی) اما تسلیم مبیع و تأدیه ثمن، به مجرد وقوع بیع تحقق نمی‌یابد؛ بلکه تعهدی است که دو طرف ملتزم به ایفای آن هستند. این التزام که با انعقاد عقد، ایجاد و با ایفای آن خاتمه می‌یابد، تعهدی یک‌طرفه نیست؛ بلکه علت وجودی آن، تعهد طرف دیگر است و اگر یکی از آن دو ساقط شود، دیگری نیز از بین می‌رود. این التزام اگرچه به طور معمول در «تلف مبیع پیش از تسلیم» و در «تلف مبیع در زمان خیار» مورد بحث قرار می‌گیرد؛ اما به نظر می‌رسد با تلف یکی از دو عوض به وجود نمی‌آید؛ بلکه منشأ ایجاد عقد است. به این التزام که در مقابل التزام طرف دیگر عقد به وجود می‌آید، «ضمان معاوضی» گفته می‌شود. از اینرو در تعریف ضمان معاوضی می‌توان گفت که عبارت است از: «التزام به پرداخت عوض معین در مقابل عوض دریافتی».

میرزای نایینی می‌گوید که معنای ضمان تفویض است؛ چراکه مشتری ثمن را به رایگان به بایع پرداخت نمی‌کند و بایع نیز مضمن را مجانی به مشتری نمی‌دهد؛ بلکه هریک از آن دو، مال خود را عوض مال دیگر قرار می‌دهند. معنای ضمان در قاعده «الخراج بالضمن» و «کل مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» هم همین است.

به عنوان مثال، در بیع، التزام مشتری به تأدیه ثمن در ازای دریافت مبیع و التزام بایع به تسلیم مبیع در مقابل دریافت ثمن، ضمان معاوضی است.

در عقد اجاره نیز تعهد موجر به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت در ازای دریافت اجاره‌بها و تعهد مستأجر به تأدیه اجاره‌بها در قبال گرفتن عین مستأجره، ضمان معاوضی نامیده می‌شود.

#### ۴-۱- ماهیت ضمان معاوضی

به موجب مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، بیع فسخ می‌شود و ثمن باید به مشتری برگردد؛ اما در آن به «ضمان بایع» و یا «معاوضی بودن ضمان» تصریح نشده است.

اندیشمندان حقوقی ما ضمانی را که بنا بر مفاد این ماده برعهده بایع قرار گرفته، ضمان معاوضی نامیده‌اند؛ اما از آنجا که موضوع حکم ماده ۳۸۷، ضمان بایع در صورت تلف مبیع است، به آن «ضمان تلف» نیز گفته‌اند. در فقه نیز ضمان بایع در قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» و «تلف مبیع در زمان خیار» مورد بحث قرار گرفته؛ اما در بحث از این دو قاعده، کمتر توضیحی درباره معاوضی بودن ضمان بایع و ویژگی‌های آن داده شده است. شیخ انصاری در بحث از قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» می‌گوید: «یکی از احکام قبض، انتقال ضمان از انتقال‌دهنده مال به قابض است. این ضمان قبل از قبض برعهده بایع بوده و پس از قبض در مقابل عوض برعهده مشتری قرار می‌گیرد. به این ضمان، ضمان معاوضی گویند.»

آنچه از گفته صاحب مکاسب برمی‌آید این است که ضمان مبیع پیش از قبض برعهده بایع است و پس از آن به مشتری منتقل می‌شود؛ ولی از آن نمی‌توان دریافت که ماهیت ضمان معاوضی چیست و از چه زمانی برعهده بایع قرار می‌گیرد.

ضمان به معنای بودن مال بر ذمه است و معاوضی بودن آن از آنجاست که هر یک از دو طرف عقد متعهد می‌شود در مقابل آنچه می‌گیرد، عوضش را بپردازد. پس بدین ترتیب ضمان معاوضی، محدود به مسئولیت تلف نیست؛ بلکه تعهدی است که طرفین برای دادن عوض معین در ازای عین دریافتی برعهده دارند. در بیع تعهد اصلی بایع، تسلیم مبیع است در مقابل دریافت ثمن. بایع با ایفای تعهد بری می‌شود و ضمان مبیع برعهده مشتری قرار می‌گیرد. اما اگر مبیع تلف شود و بایع نتواند به تعهد خود عمل کند، باید عوض دریافتی را برگرداند و این تعهد دیگری است؛ تعهدی که جایگزین تعهد اصلی می‌شود و اثر قهری فسخ شدن عقد است. این تعهد را می‌توان «ضمان تلف» نامید.

این دو تعهد جدا از هم نیستند، هر دو ماهیتی واحد دارند و مکمل یکدیگرند. بنابراین ضمان معاوضی، مفهومی است عام که شامل ضمان تلف هم می‌شود؛ اما ضمان تلف دارای مفهومی خاص‌تر از آن و تنها شامل تعهدی است که در صورت تلف مبیع برعهده بایع قرار می‌گیرد.

آنچه به عنوان نتیجه می‌توان گفت این است که ضمان معاوضی با عقد به وجود می‌آید و با تسلیم پایان می‌یابد و هریک از دو طرف به موجب عقد متعهد می‌شود آنچه را که طرف دیگر مالک آن شده، به او تسلیم کند. در بیع، ضمان بایع با تسلیم مبیع خاتمه یافته و به مشتری منتقل می‌شود؛ اما اگر اجرای این تعهد به علت تلف مبیع غیرممکن شد، عقد فسخ شده و بایع باید ثمن را برگرداند. بنابراین همان‌گونه که در ضمان قهری، آنچه برعهده ضامن می‌باشد، دادن عین است و اگر عین تلف شود، او باید مثل یا قیمتش را بدهد، در ضمان معاوضی هم آنچه که بر ذمه متعهد (بایع) است، عین مورد تعهد (مبیع) می‌باشد و اگر مبیع تلف شد، باید ثمن را برگرداند.

بنابراین تفاوت این دو صرفاً در عوضی است که باید به جای عین تلف پرداخت شود. این عوض در ضمان قهری مثل یا قیمت است؛ اما در ضمان معاوضی، عوض قراردادی (ثمن) می‌باشد.

## ۲- عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت

### تعریف ضمان در حقوق ایران

در این گفتار، تعریف ضمان از دیدگاه علم لغت، حقوق مدنی و حقوق تجارت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۲- تعریف لغوی ضمان

ضمان در لغت عرب، به معنی «در برگرفتن»، «در چیزی جای دادن»، «کفیل شدن»، «گرامت یا تاوان چیزی را بر عهده گرفتن» می‌باشد (فیروز آبادی، قاموس المحيط) و در فرهنگ‌های فارسی، به معنی «قبول کردن»، «پذیرفتن»، «بر عهده گرفتن وام دیگری»، «ملتزم شدن به اینکه هر گاه کسی تعهد خود را وفا نکرد از عهده خسارت بر آید» (معین، فرهنگ فارسی) و در اصطلاح فقها به معنی «تعهد» و «بر عهده گرفتن» است (شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲ ص ۱۱۳؛ مسالک ج ۱ ص ۲۵۱؛ مقدس اردبیلی، شرح ارشاد علامه، کتاب ضمان).



## ۲-۲- تعریف ضمان در حقوق مدنی

معنای اصطلاحی نیز به معنای لغوی نزدیک است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی اعلام میدارد: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد».

## ۲-۳- تعریف ضمان در حقوق تجارت

ماده ۴۰۲ قانون تجارت بیان می‌دارد: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا کند که بدو 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 ضمانت نامه) این ترتیب مقرر شده باشد».

و ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر میدارد: «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».

## ۳- ماهیت ضمان

در این گفتار، ماهیت ضمان، از دو دیدگاه حقوق تجارت و حقوق مدنی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳-۱- ماهیت ضمان در حقوق مدنی

عده‌ای - چون قانونگذاران قانون مدنی ایران - به تبعیت از فقه امامیه بر این عقیده‌اند که با ضمانت ضامن، مدیون در برابر طلبکار بری می‌شود و ضامن به جای او مدیون می‌گردد.<sup>۱</sup>

اما مشهور در فقه عامه و نیز حقوق فرانسه و سایر کشورهای اروپایی از ضمانت نتیجه دیگری با این مضمون می‌گیرند: «ضمانت ضامن صرفاً وثیقه‌ای در برابر دین مدیون است؛ چرا که هدف طلبکار هم همین بوده که در برابر اعسار مدیون بی‌پناه نماند».

---

۱- با استناد به پاره ای از روایات که به نظر قابلیت استدلال ندارد. نقل شده که در زمان رسول خدا شخصی فوت نمود. وقتی پیامبر فهمیدند که این شخص دین دارد حاضر نشدند بر وی نماز بخوانند تا اینکه امام علی(ع) حاضر شدند از وی ضمانت کنند و دین او را بپردازند. سپس پیامبر(ص)، علی(ع) را به خاطر ضمانت آن شخص دعا فرمود.

از سوی دیگر؛ ضامن نیز نمی‌خواهد که خود، بطور مستقیم، مدیون شود و بدهکار رها شود. مفاد عرفی ضمان و نیز تمایل ضامن بر این است که وثیقه دین قرار گیرد و رابطه حقوقی اصلی از بین نرود. البته؛ این دسته، خود به دو گروه تقسیم می‌شوند: عده‌ای معتقدند که تعهد ضامن و مدیون، تضامنی است و طلبکار به هر کدام که بخواهد می‌تواند برای تمام یا بخشی از طلب خود رجوع کند. عده‌ای دیگر - چون قانونگذار فرانسه و بعضی از فقهای عامه نظیر امام مالک - معتقدند که در صورتی طلبکار می‌تواند به ضامن رجوع کند که نتواند طلب خود را از مدیون اصلی بگیرد. نتیجه طبیعی این تعبیر، لزوم رجوع طلبکار به مدیون اصلی، پیش از مطالبه از ضامن است. (کاتوزیان، ج ۴ ص ۲۲۸ ش ۱۳۵).

اما نتیجه‌ای که از نظرات سایر دکترین در حقوق مدنی برداشت می‌شود این است که در این که ضمانت به سقوط دین مدیون و انتقال آن به ذمه ضامن انجامد یا موجب شود که ضامن و مدیون اصلی، به ترتیب یا در کنار هم مسئول پرداخت دین شوند، ذات عقد هیچ اقتضای خاصی ندارد و تابع قصد مشترک طرفین است. بی‌گمان هرگاه ضامن، بدون هیچ قیدی واقع شود باعث برائت مدیون اصلی و انتقال دین به ذمه ضامن خواهد شد و نمی‌توان ادعا کرد که انتقال دین، جنبه استثنایی دارد و بطور معمول، ذمه ضامن، وثیقه دین قرار می‌گیرد. بیان دیگر؛ ضمانت مطلق در حقوق ما موجب بری شدن ذمه مدیون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین او است. ولی شرایط خصوصی قرارداد یا قانون خاصی ممکن است این اثر را تغییر دهد و به صورت وثیقه دین درآورد. (کاتوزیان، ج ۴ ص ۲۳۳ ش ۱۳۸).

### ۳-۲- ماهیت ضمان در حقوق تجارت

قانون تجارت، آزادی قراردادها را در چگونگی آثار عقد ضمان می‌پذیرد. طرفین می‌توانند ضمان را بر مبنای «انتقال دین» یا «تضامن» یا «وثیقه دین» منعقد سازند و در هر حال آثار عقد، تابع اراده آن‌ها است. طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت، اصل، تضامن بین مدیون و ضامن است و از لحن مجموع مادتين ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون فوق‌الذکر، به خوبی بر می‌آید که به دشواری می‌توان احکام آن را ویژه اعمال تجاری دانست مگر آنکه ثابت شود مانع قانونی یا عقلی برای مسئولیت مشترک ضامن و مدیون وجود دارد. (کاتوزیان، ج ۴ ص ۲۳۳ ش ۱۳۷) نظیر ماده ۶۸۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است». اگر فرض کنیم که میت هیچ ماترکی ندارد در اینجا ضمانت از دین او را نمی‌توان به صورت تضامنی فرض کرد. (مانع عقلی)

نتیجه اینکه نه تنها مثال‌های گوناگونی که از مسئولیت تضامنی در حقوق ما وجود دارد امکان عقلی و شرعی ضمیمه شدن چند ذمه را برای دین واحد نشان می‌دهد، اگر تصور دو مدیون در زمان واحد برای یک دین دشوار باشد، بی‌گمان چند نفر می‌توانند «مسئول» پرداخت یک دین شوند. یعنی مدیون، یک نفر و مسئولان متعدد باشند (کاتوزیان، همان).

اکنون؛ نتایج حاصل از مطالب فوق، به شرح ذیل ارائه می‌شود:

۱- ضمان، عقد عهدی است و رکن اصلی آن را تعهد ضامن به پرداخت دین مضمون‌عنه تشکیل می‌دهد (ماده ۴۰۳ قانون تجارت).

۲- ضمان، عقد رضایی است و توافق ضامن و طلبکار باعث می‌شود ضامن و مدیون متضامناً در برابر طلبکار مسؤول پرداخت دین یا اجرای تعهد قرار گیرند (ماده ۴۰۳ قانون تجارت).

۳- عقد ضمان، عقد تبعی است و مبنای آن دین مضمون‌عنه به طلبکار است.

۴- ضمان از عقود مبنی بر مسامحه است نه معامله.

۵- ضمان، عقدی است لازم.

#### ۴- رابطه ضمان در حقوق مدنی و تجارت

دو موضع مخالف از حیث «اصل دانستن نقل ذمه در حقوق تجارت با اصل دانستن ضم ذمه» وجود دارد:

۱- طبق نظر دسته اول، در حقوق ایران، اصل، نقل ذمه به ذمه است و این مطلب در ماده ۶۹۸ قانون مدنی آمده است که این ماده، حاکم بر موارد سکوت قوانین خاص مثل قانون تجارت است و باید در حقوق تجارت نیز به این ماده رجوع کرد. اما در مواردی که قوانین خاصی، تضامن یا ضم ذمه به ذمه را پذیرفته‌اند، استثناء محسوب می‌شود (عبادی، ص ۳۱۴).

۲- براساس نظر دسته دوم، در حقوق تجارت، اصل بر ضم ذمه به ذمه یا تضامنی بودن مسئولیت است و دو سیستم مجزا در حقوق تجارت و حقوق مدنی حاکم است. (با استناد به ماده ۴۰۳ قانون تجارت) (جعفری لنگرودی، ش ۱۵۷).

نتیجه این شد که در امور تجاری، یک نظریه، اصل را «نقل ذمه» و نظریه دیگر، اصل را «ضم ذمه» می‌داند.

#### ۴-۱- ضمان در آینه قانون تجارت

در قانون تجارت فعلی ۱۰ ماده به ضمانت تخصیص داده شده است. اما این مواد به هیچوجه، پاسخگوی نیازهای تجاری امروز خصوصاً در مورد قراردادهای دولتی و بانکها؛ اعم از ضمانتنامه‌های پیش‌پرداخت، حسن انجام کار یا ضمانتنامه‌های بانکی و غیره نیست. برخی از اشکالات این باب به شرح زیر است:

#### ۴-۱-۱- نقش بارزتر اصل آزادی اراده در روابط تجاری

هرچند که اصل آزادی اراده و حاکمیت آن بر روابط مالی افراد در حقوق مدنی مورد قبول است؛ لیکن باید اذعان کرد که مقبولیت و محبوبیت و دامنه این اصل در حقوق تجارت بارزتر است. عقد ضمان در حقوق مدنی بر اساس مسامحه و برای احسان به بدهکار وضع شده، اما در عالم تجارت، صحبت از مغاینه و سودآوری است و حتی مدیون نیز مرادش از معامله، کسب سود بوده است. ضامنی هم که در عالم تجارت ضمانت دیگری را می‌کند، اراده او بر این است که یا همپای مدیون اصلی مسئول باشد و یا این که محدودتر فکر کرده و خود را زمانی مسئول قلمداد می‌کند که به مدیون اصلی رجوع شود و نامبرده متمکن نباشد، نه این که ضامن رأساً مدیون شود.

حال آنکه ماده ۴۰۲ قانون تجارت، برخلاف اراده طرفین در عقد ضمان، اصل را بر ناقلیت ذمه گذارده و با تحقق ضمان فقط ضامن را مدیون می‌داند، مگر آنکه تصریح به تضامن شود. بهتر بود قانونگذار اصل را مطابق خواست اغلب ضمانت‌ها در امور تجاری بر ضم ذمه بگذارد.

#### ۴-۱-۲- تضامن قانونی و قراردادی

ماده ۴۰۳ قانون تجارت به این امر اشاره کرده که ضمان تضامنی در دو صورت (وجود قرارداد خاص و قانون خاص) صحیح است که این اطلاق، در مواردی، ایجاد اشکال می‌کند.

هرچند قانونگذار فرض وجود قانون برای تضامن را ایجاد کرده است، اما بیان نکرده است که:

اولاً؛ این قانون، چه نوع قانونی است؟

ثانیاً؛ آیا مراد قانونگذار، قوانین تجاری است یا مدنی یا عمومی؟

ثالثاً؛ قانون را صرفاً مؤسس تضامن معرفی کرده است و نه مبین آن.

ایراد دوم آنجاست که قانونگذار تضامن را در قالب قرارداد غیر معین پذیرفته است و این امر مشکل آفرین است؛ زیرا در صورتیکه قانونگذار شرایط و آثار و احکام تضامن را تعریف می‌کند، در موارد نزاع و اختلاف، تکلیف طرفین با رجوع به قانون مدون روشن بود و تمام احتمالات تجاری را می‌توانستند پیش از ایجاد نزاع و در زمان انعقاد قرارداد پیش بینی کنند و براساس توازن احتمالات، قرارداد تجاری خود را منعقد کنند. حال آنکه در حال حاضر، تاجری که به نحو تضامن، قرارداد ضمانت را منعقد می‌کند، آینده روشنی پیش روی خود ندارد تا براساس آن، سایر اعمال تجاری خود را تنظیم کند و این ابهام و تردید نسبت به آینده در عالم تجارت، خطری بزرگ محسوب می‌شود.

بهتر بود قانونگذار ایران در مورد شرایط تضامن هم مقرراتی وضع می‌کرد.

#### ۴-۱-۳- عدم توجه به ضمانتهای مستقل

مواد ۴۰۵ تا ۴۰۸ قانون تجارت ایران، بطور غیرمستقیم، اشاره به اهمیت دین و مبنای آن و همچنین وابستگی کامل ضمانت به وجود دین اصلی و صحت قرارداد اصلی کرده‌اند. حال آنکه در حقوق تجارت عملی، امروزه، نوعی از ضمانت به نام «ضمانت مستقل» وجود دارد که هیچ توجهی به دین منشأ ضمانت ندارد و تعهد ضامن را هر چند بر مبنای دین واقع می‌کند اما این ضمانت پس از وقوع کاملاً مستقل از آن می‌شود.

اغلب ضمانتهای تجاری امروز، علی‌الخصوص ضمانتهای بین‌المللی، التفات به اصل عدم توجه ایرادات دارد، حال آنکه قانون تجارت ایران در این موارد، با رجوع به قواعد مدنی، تأکیدی دوباره بر وابستگی ضمان کرده است.

#### ۴-۱-۴- اشکالات وارده بر قانون نویسی

در باب ضمان، لغزش‌هایی در قانون نویسی دیده می‌شود که در ذیل به برخی از موارد آن اشاره می‌گردد:

۱- ماده ۴۰۲ قانون تجارت مقرر میدارد که: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا کند که بدو 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 ضمانت نامه) این ترتیب مقرر شده باشد».

اکنون؛ ایرادات ماده فوق، به شرح ذیل است:

۱-۱- به نظر می‌رسد در این ماده با توجه به تصریح مادتين ۱۰ و ۲۳۴ قانون مدنی، نیازی به ذکر عبارت داخل پرانتز نیست.

۲-۱- عبارت «ضمن قرارداد مخصوص» به این جهت بیان شده که اشاره‌ای به ماده ۱۰ قانون مدنی بکند و بگوید نیازی نیست که این شرط حتماً ضمن قرارداد مخصوص باشد تا اعتبار یابد؛ بلکه ضمن قراردادهای معتبر غیر معین یا معین نیز می‌توان این شرط را قید کرد. حال آنکه لفظ «قرارداد مخصوص» ذهن خواننده را منحرف کرده و برای او تردید ایجاد می‌کند که آیا حتماً قرارداد مخصوصی لازم است؟!

۳-۱- استفاده از عبارت «ضمانت نامه» درست نیست. زیرا هدف قانونگذار از ذکر آن، بیان این مطلب بوده که شرط مندرج در ماده فوق، ضمن عقد ضمان درج شود در حالیکه «ضمانت نامه» به سندی گویند که آن عقد ضمان را به صورت نوشته درآورده و مراد قانونگذار هم به هیچوجه تشریفاتی کردن این شرط و این نوع ضمان نبوده که ما بخواهیم لفظ «ضمانت نامه» را به معنای واقعی آن برداشت کنیم. و لذا بهتر بود اگر هم لزومی به بیان عبارات داخل پرانتز می‌بیند بگوید: «ضمن خود عقد ضمان یا قرارداد خصوصی دیگر» و...

۲- ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر می‌دارد که: «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».

اکنون؛ ایرادات ماده فوق، به شرح ذیل است:

۱-۲- وقتی در یک متن (خصوصاً متون تخصصی) در چند جا به یک معنی نیاز داریم، باید از کلمه‌ای واحد که آن معنی را می‌دهد در همه جای متن استفاده کنیم نه کلمات مترادف آن.

۲-۲- وقتی قانونگذار قصد دارد راجع به نهادی جدید که قبلاً به آن اشاره نکرده مطلبی را مطرح نماید، شایسته است برای پیشگیری از ایجاد اختلافات احتمالی، نخست، راجع به آن تعریفی جامع و مانع ارائه دهد، سپس وارد بیان آثار و احکام آن تأسیس حقوقی شود.

قانونگذار، در ماده ۴۰۳ قانون تجارت، به هیچیک از این دو نکته توجه نکرده است و بدون توجه به این نکته که تا به حال، نه قانون مدنی و نه خود قانون تجارت، تعریفی از تضامن ارائه نداده است و به یکباره بحث تضامن و قبول تضامن قانونی و قراردادی را مطرح نموده است.

به علاوه؛ کلیه مواد آتی قانون تجارت در باب ضمانت، از بحث ضمان تضامنی و آثار و احکام آن صحبت می‌کند. لذا بهتر بود قانونگذار بدو تعریفی مقبول از ضمان تضامنی ارائه می‌داد و سپس تضامن را می‌پذیرفت و آثار و احکام آن را بیان می‌کرد.

۲-۳- قانونگذار، در این مقررات، به شخص واحدی، گاه طلبکار و گاه مضمون‌له، اطلاق کرده و بهتر بود در همه جا از یک اصطلاح استفاده می‌کرد.

همین ایراد در مورد کلمه «ضمانت» و «ضمان» نیز در مواد ۴۰۳ و ۴۰۶ و ۴۰۹ قانون تجارت مشاهده می‌شود.

۳- ماده ۴۰۵ قانون تجارت مقرر میدارد که: «قبل از رسیدن اجل دین اصل ضامن ملزم به تأدیه نیست؛ ولو اینکه به واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین موجد او حال شده باشد».

اکنون؛ ایرادات ماده فوق، به شرح ذیل است:

۳-۱- قانونگذار از این ماده به بعد درصدد بیان آثار واحکام تضامن است (برخلاف تصور برخی) و به عقد ضمان از دید تضامنی بودن آن نگاه می‌کند؛ زیرا:

اولاً؛ در موارد متعددی (مواد ۴۱۱، ۴۰۸، ۴۰۷، ۴۰۵ قانون تجارت) به دین اصلی و مؤثر بودن نقش آن در عقد ضمان و روابط اطراف آن اشاره می‌کند. حال آنکه در نقل ذمه، دین اولیه منتقل شده و نقشی در رابطه ضامن و مضمون له ندارد تا بتوان اثری بر آن بار کرد.

ثانیاً؛ مادتين ۴۰۷ و ۴۰۸ قانون تجارت، با بیان لزوم اخطار به ضامن علاوه بر مضمون‌عنه و همچنین تاثیر اسقاط یا سقوط دین اصلی در براءت ضامن، به خوبی، به این نکته تصریح نموده است؛ زیرا که دین را منتسب به مضمون‌عنه کرده است و ضامن را مسئول آن دانسته نه مدیون را.

۳-۲- بهتر بود قانونگذار از کلمه «اجل» استفاده نمی‌کرد و می‌گفت «قبل از رسیدن زمان تأدیه».

### بحث و نتیجه گیری

درخصوص ماهیت عقد ضمان، عده‌ای معتقدند که ماهیت و ذات عقد اقتضای نقل ذمه به ذمه را دارد. برعکس عده‌ای بر این عقیده‌اند که مقتضای عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است نه نقل ذمه به ذمه.

اما آنچه از مجموع بررسی‌ها به دست می‌آید این است که ماهیت و ذات عقد نه اقتضای «نقل ذمه به ذمه» را دارد و نه مقتضای «ضم ذمه به ذمه» است بلکه تابع «قصد مشترک طرفین» است.

بی‌شک هرگاه عقد ضمان به طور مطلق منعقد گردد و هیچ قیدی نداشته باشد، در حقوق ما «اطلاق» نشانگر نقل ذمه به ذمه است؛ اما این انتقال دین، مقتضای ذات عقد نیست. بنابر این طرفین می‌توانند در خود قرارداد خصوصی شرط کنند که مضمون‌له جهت وصول دین خود بدو به مضمون‌عنه مراجعه کند و اگر طلب او پرداخت نشد به ضامن رجوع نماید (ضمان طولی) یا اینکه شرط کنند ضامن و مضمون‌عنه در کنار هم متضامناً مسئول پرداخت دین به مضمون‌له گردند؛ بگونه‌ای که مضمون‌له بتواند برای تمام یا بخشی از طلب خود، به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند (ضمان عرضی) و چنین قراردادهایی را می‌توان با توجه به مواد ۱۰، ۶۹، ۷۲۳ قانون مدنی و ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، نافذ و دارای آثار حقوقی دانست.

در مورد اینکه مقنن از کدام نظریه پیروی کرده است، باید گفت: «قانونگذار در مجموعه قوانین، نظریه یکسانی را ارائه نکرده است؛ اما آنجا که از نظریه فقهای امامیه (نقل ذمه) تأثیر پذیرفته و با تأسی از این نظریه، مقرراتی را وضع کرده است، نه تنها چندان گامی به سوی پیشرفت اقتصادی برنداشته است، بلکه سبب متروک ماندن این مواد قانونی گردیده است؛ زیرا این مواد، نه تنها پاسخگوی نیازهای رو به رشد زندگی اجتماعی نیست؛ بلکه غالباً با عرف و عادات مسلم جامعه و اهداف و اغراض طرفین عقد مخالف بوده است؛ چرا که آنچه که عرف و عادت از عقد ضمان فهمیده، وثیقه بودن ضمان و عرفی بودن تعهد ضامن است و اینکه بعد از ضمان، ذمه مضمون‌عنه، بری و ذمه ضامن در مقابل مضمون‌له مشغول می‌گردد، برخلاف عرف و عادت است.

از طرف دیگر؛ انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، بعد از عقد ضمان غالباً با اهداف و منظور ضامن و مضمون‌له نیز مغایرت دارد؛ زیرا مضمون‌له در صدد آن است که تضمینی را بر طلب خود بیافزاید و در واقع، وثیقه جدیدی به غیر از اعتبارات و دارایی‌های شخصی مدیون اصلی، تحصیل کند و اگر عقد ضمان، ذمه مدیون اصلی را بری کند و فقط اثر ضمان، نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن باشد، این امر؛ نقض غرض و مخالف مطلوب و میل مضمون‌له می‌باشد.

از سوی دیگر؛ غالباً منظور ضامن این نبوده است که خود مستقیماً مدیون مضمون‌له شود و ذمه مدیون اصلی، بری گردد بلکه قصد او این بوده است که برای مدیون ایجاد اعتبار و تحصیل تضمین نماید و در واقع؛



در کنار مضمون‌عنه قرار گیرد و در صورت عدم پرداخت دین توسط مضمون‌عنه، اقدام به تأدیه دین او نماید. (البته این سخن ضمان طولی را تقویت می‌کند.)

و اگر جز این باشد چه بسا افراد، حاضر به ضمانت از اشخاص نخواهند شد و البته قانونگذار با اتخاذ روش‌های تصنعی در وضع قوانین مذکور خواسته است سرپوشی به نقص مواد مزبور گذارده، نتیجه ضم ذمه به ذمه را اخذ نماید. چنانکه قانونگذار ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی، تعلیق در التزام به تأدیه و نیز ماده ۷۲۳ همان قانون، التزام به تأدیه را که در ضمن عقد لازمی شرط شده، پذیرفته است.

نتیجه اینکه قانونگذار با این روش، راه را برای مردم باز گذارده تا بتوانند به راحتی به نتایج ضم ذمه به ذمه دست یابند، اما باید توجه داشت که وجود ماده ۱۰۰ قانون مدنی، خود راهنما و بهترین وسیله جهت رسیدن به این نتیجه بوده و هیچ نیازی به توسل به این روش نبوده است؛ زیرا مقررات مربوط به ضمان، از قواعد امری و مربوط به نظم عمومی نیست تا نتوان برخلاف آن شرط کرد و چنین شرطی برخلاف ذات عقد هم نمی‌باشد تا معتقد به بطلان آن گردید و شاید به خاطر وجود همین نقیصه‌ها بوده که مقنن در مادتين ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، به ضم ذمه گرایش پیدا کرده است. در ماده ۴۰۲ قانون تجارت، به ضم ذمه به ذمه طولی و در ماده ۴۰۳ همان قانون، به ضم ذمه به ذمه عرضی یا ضمان تضامنی اشاره نموده است (ستوده، ص ۱۰۰).

## منابع و مأخذ

۱. اردبیلی، احمد بن محمد بی‌تا، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان؛ کتاب ضمان، قم: دارالکتب الاسلامیه.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر ۱۳۹۶، دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات، تهران: انتشارات گنج دانش.
۳. ستوده، علیرضا ۱۳۸۲، ضمانت در حقوق ایران (انگلیس، آمریکا و فرانسه)، تهران: انتشارات بهرامی.
۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی بی‌تا، شرح لمعه دمشقیه؛ کتاب ضمان، قم: دارالکتب الاسلامیه.
۵. عبادی، محمدعلی ۱۳۸۵، حقوق تجارت، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و پنجم.
۶. فیروزآبادی مجدالدین ۱۳۸۰؛ قاموس المحيط، ترجمه ناهید غریب، تهران: انتشارات شیرازگان.
۷. کاتوزیان، ناصر ۱۳۹۴، عقود معین جلد ۴، تهران: انتشارات بنیاد کاتوزیان، چاپ سی و دوم.
۸. معین، محمد، ۱۳۸۷ فرهنگ معین، تهران: انتشارات فارسی.