

مقاله پژوهشی: تحلیل حقوقی احکام تعدد متعهد در قانون تجارت

احد قلی زاده منقوطلای*

پذیرش: ۹۹/۳/۱۷

دریافت: ۹۸/۴/۲۶

ضمانت عادی / ضمانت تضامنی / ضمانت ترتبی / ضمانت تعهد / تعدد متعهد

چکیده

تحقیقاً قانون تجارت ضمانت عادی را اصل و ضمانت تضامنی را استثنا می‌داند. در این باره، گرچه هر ضمانتی مسئولیت است؛ هر مسئولیتی ضمانت نیست. ضمانت تضامنی مطلق یا نسبی بوده و اصولاً در روابط مضمون‌عنه و ضامنان همچنین میان ضامنان غیرترتبی است. ضمانت ترتبی (طولی) باشد یا غیرترتبی (عرضی)، با حال شدن دین مضمون‌عنه در اثر فوت یا ورشکستگی، دین ضامن حال نمی‌شود ولی او حق پیدا می‌کند مضمون‌له را وادار به دریافت طلب خود یا صرفنظر از آن نماید. قانون تجارت در اقدامی جسورانه ضمانت تعهد را مطرح و احکام آن را دقیقاً نظیر احکام ضمانت دین دانسته است. قرارداد ارفاقی در قانون تجارت و ضمان عهده در قانون مدنی مصادیق اجلای قانونی ضمانت تعهد به نظر میرسند. علیرغم ضمان عادی، در ضمان تضامنی وثیقه‌های دین یا تعهد با پرداخت بدهی یا انجام تعهد به ضامن منتقل می‌شود تا او با اتکاء به آن، پرداختی خود یا معادل تعهد انجام شده را از مضمون‌عنه وصول کند. این امر رهن رهن نیست بلکه انتقال رهن است و در آن انتقال به صورت خود بخود انجام می‌شود و مضمون‌عنه در این مورد موظف به همکاری است. در واقع، در بحث از ضمان تضامنی، قانون تجارت احکام تعدد متعهد را بیان کرده است.

طبقه‌بندی K22:JEL



پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

قانون تجارت با اصل قراردادان ضمانت عادی (نقل ذمه به ذمه) ضمانت تضامنی (ضم ذمه به ذمه) را استثنایی دانسته است. با طرح ضمانت تضامنی نوبت به ترتب رسیده و قانون‌گذار با حل آن، ضمانت تضامنی را به همه انواع تعهد (اعم از دین و غیردین) تسری داده است. گرچه امکان ضمانت از تعهد به‌طور عادی نیز وجود دارد. با وجود مشترکاتی میان ضمانت عادی و ضمانت تضامنی، ضمانت تضامنی تافته‌ای جداافتاده محسوب می‌شود.

۱. اصول عادی بودن ضمانت و نسبی بودن مسئولیت

علیرغم نظر بعضی (حسنی ۱۳۸۰، ۵۹۹؛ سعیدی ۱۳۹۱، ۲۵۸؛ کاتبی ۱۳۷۵، ۲۹۰؛ امینی و مقدم ۱۳۹۶، ۲۱؛ محمدی و یحیی‌پور ۱۳۸۹، ۱۰۳؛ نیک فرجام ۱۳۸۱، ۹۴ و مافی و رحمانی ۱۳۹۲، ۴۳) قانون تجارت از قانون مدنی (ق.م.) فاصله نگرفته و آن‌گونه که دیگران (ج. محمدی ۱۳۸۶، ۱۳۸۶؛ امامی ۱۳۶۴، ۲۵۳؛ تفرشی و آکردی ۱۳۹۳، ۱۱۶؛ طرقی ۱۳۸۶، ۴۱؛ احمدی ۱۳۹۰، ۱۳۹۰؛ اسکینی ۱۳۸۸، ۷۸؛ سجادی ۱۳۸۱، ۹۶؛ جنیدی ۱۳۷۵، ۱۷ و داماد و گندمکار ۱۳۸۰، ۱۴۴) هم ابراز، مطرح یا تحقیق نموده‌اند اصل را بر عادی بودن ضمانت گذاشته است. در مورد اخیر، علیرغم نظری که بعضی^۱ مطرح کرده‌اند تفاوتی نمی‌کند که ضمانت تضامنی در حوزه حقوق مدنی باشد یا حقوق تجارت. در همه نظام‌های حقوقی اینگونه نیست تا جاییکه در کامن‌لا^۲ ضمانت^۳ فقط به ضمانت تضامنی اطلاق می‌شود گرچه موردی مشابه ضمانت عادی در آن^۴ وجود دارد که شاید بتوان آن را تضمین^۵ نامید. قانون‌گذار ضمانت تضامنی را در کنار مسئولیت تضامنی قرار داده است که جایگاه هر یک باید مشخص شود.

۱-۱. ضمانت تضامنی به‌عنوان تعدد مطلق یا نسبی مدیون

قانون‌گذار «تضامن» را معادل «تعدد مدیون» گرفته، آن را «تعدد مطلق مدیون» حساب می‌کند.

۱. افشارنیا و اسدی (۱۳۹۰)، ۶۸

2. Rapson (1996), 391

3. Suretyship

4. Horn (1999), 193

5. Guarantee

پس در شرکت‌های تضامنی به تعداد ظهرنویسان و ضامنان «تعدد مطلق مدیون» اتفاق می‌افتد. ولی شریک شرکت نسبی هم قانوناً «شریک ضامن» است یعنی با انحلال و تصفیه دارایی شرکت طلبکاران می‌توانند به هر یک از شرکاء به نسبت سهم او در سرمایه شرکت مراجعه نمایند. پس هر شریک شرکت نسبی به طور نسبی تعهد شرکت را نه به طور عادی بلکه به طور تضامنی ضمانت می‌کند و می‌توان نام این حالت را «تضامنی نسبی» گذاشت. پس اینکه بعضی^۱ تضامن را بمعنی تعهد کل دین دانسته‌اند همیشه موجه نخواهد بود.

در ضمانت نسبی هم تعدد مدیون از سوویی نسبی و از سوی دیگر مطلق است. یعنی کل شرکای آن شرکت یکبار به طور کامل کل بدهی بعد از انحلال آن را به عهده می‌گیرند و در مورد آنها هم «تضامن مطلق» یا «تعدد مطلق مدیون» اتفاق می‌افتد. در این باره، مثالی که بعضی^۲ مطرح کرده‌اند قابل استفاده است؛ به این صورت که اگر قبل از رسیدن اجل چک، یکی از ظهرنویسان فوت کرده ماترک میان ورثه او تقسیم شود با رسیدن اجل و صدور گواهی عدم تادیه، دارنده می‌تواند به هر یک از ورثه مزبور به نسبت سهم او (البته تا سقف آنچه او از ترکه دریافت کرده است) مراجعه کند؛ یعنی با فوت ظهرنویس، ضمانت تضامنی مطلق بنوعی به ضمانت تضامنی نسبی تبدیل می‌شود. به نظر می‌رسد اصل بر مطلق بودن ضمانت تضامنی است مگر اینکه نسبی بودن آن ثابت شود.

در این رابطه، کلمه ظهرنویس دارای معانی عام، خاص و اخص است. در معنی عام، آن‌گونه که دیگران^۳ هم توجه کرده‌اند ظهرنویس یعنی امضاءکننده ظهر سند و چنین امضایی می‌تواند برای انتقال، ضمانت یا وکالت در وصول باشد. در معنی خاص، ظهرنویس یعنی کسیکه ظهر سند را برای انتقال یا وکالت در وصول امضاء می‌کند. ولی در معنی اخص، ظهرنویس یعنی کسیکه ظهر سند را به‌عنوان انتقال امضاء کرده است. پس مستفاد از نظر کلی قانون در مورد ضمانت تضامنی ظهرنویسان، علیرغم نظری که بعضی^۴ مطرح نموده‌اند و آن‌گونه که دیگران^۵ هم نظر داده‌اند ضمانت ضامن از ضامن سند تجاری هم آن‌گونه که در

۱. جنیدی (۱۳۷۵)، ۷.

۲. جنیدی (۱۳۷۵)، ۲۳ و داماد و گندمکار ۱۳۸۰، ۱۶۴.

۳. نیک فرجام (۱۳۸۱)، ۹۶.

۴. سجادی (۱۳۸۱)، ۹۹ و فخاری ۱۳۷۷، ۱۷.

۵. فخاری (۱۳۷۵)، ۴۳ و نیک فرجام ۱۳۸۱، ۱۰۷.

حقوق رومی - ژرمنی^۱ هم معمول است، تضامنی خواهد بود گرچه ضمانت دو ضامن از یک مسئول لزوماً منجر به تضامن میان آن دو ضامن نخواهد شد.

۱-۲. تفکیک ضمانت تضامنی از مسئولیت تضامنی

قانون‌گذار در موارد متعددی تضامن را برای دو چیز متفاوت یعنی مسئولیت و ضمانت به کار برده است؛ مواردی نظیر مسئولیت ظهرنویسان و ضامنان اسناد تجاری خاص، مسئولیت اعضای هیات مدیره در مقابل شرکت و مسئولیت موسسان در مقابل پذیره‌نویسان. پس قانون‌گذار در بحث از تضامن، علاوه بر ضمانت تضامنی، در موارد زیادی مسئولیت تضامنی را پیش کشیده و این امر باعث ایجاد نوعی درهم‌ریختگی در بحث شده تا جاییکه بعضی^۲ در آوردن مثال برای ضمانت تعهد به اشتباه افتاده‌اند. مثلاً در تعریف شرکت‌های با مسئولیت محدود قانون‌گذار از کلمه «مسئولیت» استفاده می‌کند ولی ضمانت را در نظر دارد و منظورش ضامن نبودن شرکای شرکت بابت بدهیهای آن است.

در واقع، مسئولیت تضامنی می‌تواند مسئولیت اولیه یا ثانویه باشد ولی ضمانت تضامنی هرگز نمی‌تواند به صورت اولیه باشد و آن‌گونه که در کامن‌لا^۳ هم مطرح است و از پرونده‌های مربوطه^۴ نیز معلوم می‌شود^۵ همیشه به صورت ثانویه و الحاقی^۶ است. ضمانت همیشه بدوش گرفتن تعهد دیگری است تعهدی که اول بر دوش مضمون‌عنه ایجاد شده است. می‌توان گفت هر ضمانت تضامنی مسئولیت تضامنی است ولی هر مسئولیت تضامنی ضمانت تضامنی نیست.

در مسئولیت (نه ضمانت)، در صورت تعدد مسئولان، آن‌گونه که دیگران^۷ هم ابراز نموده‌اند و در حقوق بعضی کشورها نظیر ترکیه^۸ نیز معمول است، اصل بر نسبی بودن مسئولیت است مگر اینکه تضامنی بودن آن ثابت شود. در این مورد نیز تفاوتی میان ق.م. و ق.ت. نیست.

1. Hugo (1996), 497

۲. راستین (۱۳۵۱)، ۴۲۷

3. Rapson (1996), 391

4. Murray and Burrill v. Buck and Buck 1870 NLR 155, 156.

5. Forsyth (1996), 421

6. Accessory

۷. فخاری (۱۳۷۵)، ۴۳

8. Ansay and Schneider (2001), 56

طبق قانون طرفین می‌توانند مسئولیت را نیز مانند ضمانت به تضامنی تبدیل نمایند. همچنین، در موارد زیادی مسئولیت نظیر ضمانت بحکم قانون تضامنی است.

در مسئولیت نسبی اصولاً نسبت‌ها مساوی فرض می‌شوند. مثلاً مدیران مقصر در اداره امور شرکت هر یک اصولاً به نسبت تعداد اعضای هیات مدیره مسئول پرداخت خسارت خواهند بود یعنی اگر اعضای هیات مدیره سه نفر و تقصیر منتسب به همه آنها باشد هر کدام مسئول یک سوم از خسارات خواهند بود. در اینجا مسئولیت وجود دارد نه ضمانت و نمی‌توان تصور مضمون‌عنه و مضمون‌له نمود و مسئولیت نسبی است. در مواردی قانوناً مسئولیت اعضای هیات مدیره تضامنی است. برای نمونه اگر یکی از اعضای هیات مدیره با کسب اجازه از هیات مدیره معامله‌ای با شرکت کرده باشد ولی مجمع عمومی آن معامله را تصویب نکند عضو هیات مدیره معامله‌کننده و بقیه اعضای آن هیات به‌طور تضامنی در مقابل شرکت مسئول خواهند بود. در اینجا هم این مسئولیت تضامنی است بدون اینکه ضمانت باشد. قانوناً چنین مسئولیتی می‌تواند قراردادی یا غیرقراردادی باشد.

۲. اصل ترتیبی نبودن ضمانت تضامنی

به تصریح ق.ت. اصولاً طلبه‌کار برای وصول طلب لازم نیست ابتدا به مدیون اصلی مراجعه کند تا با عدم تادیه او بتواند به ضامن رجوع کند. یعنی علی‌رغم نظری که بعضی^۱ مطرح کرده‌اند و برخلاف آنچه در کامن‌لا^۲ و حقوق بعضی کشورها نظیر ترکیه^۳ معمول است اصولاً طلبه‌کار می‌تواند به دلخواه خود در سر وعده به مدیون اصلی یا به ضامن یا به هر دو در یک آن رجوع کند. پس ترتیبی بودن ضمانت استثنایی است؛ یعنی ضمانت تضامنی در اسناد تجاری خاص که لازمه مراجعه به ضامنان و ظهنویسان عدم تادیه مسئول اصلی و اعتراض عدم تادیه می‌باشد استثنائاً ترتیبی است، در مراجعه به شرکای ضامن شرکت‌های تضامنی و نسبی و مختلط هم که لازمه مراجعه به شرکای ضامن انحلال شرکت و تصفیه دارایی آن است همین‌طور است. بعضی^۴ ترتیبی را طولی و غیرترتیبی را عرضی نامیده‌اند.

ضمانت تضامنی را علاوه بر مواردی که قانون ترتیبی دانسته، با قرارداد نیز می‌توان ترتیبی

۱. محمدی و یحیی‌پور (۱۳۸۹)

2. Gregory and Run, (1999), 124

3. Ansay and Schneider (2001), 54

۴. محمدی و یحیی‌پور (۱۳۸۹)، ۹۵؛ دیلمی (۱۳۹۰)، ۹۱؛ سجادی (۱۳۸۱)، ۹۴ و باریکلو (۱۳۸۰)، ۴۱

نمود. پس این ضمانت به ترتبی اصلی و غیرترتبی اصلی تقسیم می‌شود. بعضی^۱ بر ضمانت تضامنی ترتبی نام ضمانت وثیقه‌ای گذاشته‌اند. در این رابطه، ترتبی بودن به اصلی و فرعی تقسیم می‌شود و قانون‌گذار بحث از ترتب را مقدمه پذیرش ضمانت تضامنی قرار داده است.

۱-۲. ترتب اصلی و فرعی

آن‌گونه که دیگران^۲ هم توجه داشته‌اند ترتب به‌نحو فرعی (یعنی در میان ضامنان و یا ظهرنویسان) نیز ممکن است مطرح باشد یعنی بعد از پرداخت، ضامن‌ها یا ظهرنویس‌های بعدی حق داشته باشند که به ضامن‌ها یا ظهرنویس‌های قبلی رجوع کنند ولی ضامن‌ها یا ظهرنویس‌های قبلی حق مراجعه به ضامن‌ها یا ظهرنویس‌های بعدی نداشته باشند. پس ضمانت تضامنی به دو دسته ترتبی فرعی و غیرترتبی فرعی هم تقسیم می‌شود.

برای مثال، ضمانت تضامنی در میان ضامنان و ظهرنویسان اسناد تجاری خاص ترتبی فرعی ولی در میان شرکای ضامن شرکت تضامنی غیرترتبی فرعی است چون در آن آن‌گونه که در کام‌لا^۳ اصولاً معمول است نیز هر شریکی بابت پرداخت اضافه بر سهم نسبی‌اش می‌تواند بدون استثناء به سایرین مراجعه کند. البته در هر دو حالت فوق‌الزومه مراجعه به بقیه قبلاً مراجعه کرده بودن به شخص دیگری (مضمون‌عنه) نیست بلکه لازمه آن پرداخت است. همچنین در ضمانت ترتبی فرعی هر ضامنی با پرداخت دین می‌تواند به ضامنان قبلی برای کل مبلغ پرداختی رجوع کند ولی در ضمانت غیرترتبی فرعی حق مراجعه هر ضامنی، با تادیه دین، به ضامنان دیگر نسبی خواهد بود. مشابه این حالت را می‌توان در ضمانت‌نامه‌های بانکی آن‌گونه که بعضی^۴ مطرح کرده‌اند دید که در آنها لازمه مراجعه به ضامن اعلام تخلف مضمون‌عنه است. پس ضمانت‌نامه‌های بانکی هم اصولاً ترتبی نیستند ولی لازمه‌ای شبیه به لازمه ترتبی فرعی دارند.

در ضمانت عادی ترتب معنی نمیداد چون حق مراجعه‌ای به مضمون‌عنه برای مضمون‌له

۱. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ۳۴۰ و ج. محمدی (۱۳۸۶)، ۱۹۴

۲. قلی‌زاده (۱۳۹۴)، ۱۹۴

3. Ruprecht (1999), 79

۴. مافی و نقیعی (۱۳۹۵)، ۳۴

دیگر مطرح نبود تا بعد مطرح شود که اول مضمون له باید به مضمون عنه بعد به ضامن مراجعه کند یا اینکه از همان ابتدا و بدون مراجعه به مضمون عنه به ضامن مراجعه کند. ولی چون قانونگذار علی‌رغم نظر بعضی^۱ اصل عدم ترتب را زودتر از اصل عادی بودن ضمانت آورده برای بعضی^۲ این شک ایجاد شده که قانونگذار در امور تجاری تضامنی بودن ضمانت را اصل می‌داند وگرنه دلیلی نداشت که اصل مربوط به ضمانت تضامنی یعنی اصل ترتبی نبودن اول مطرح شود. ولی مقرره بعدی که بدون تردید اصل را بر عادی بودن ضمانت گذاشته مگر اینکه بموجب قانون یا قرارداد ضمانت به طور تضامنی مقرر شده باشد مانع از چنین برداشتی است.

۲-۲. مقدمه چینی برای پذیرش تضامن با پذیرش ترتب

در واقع قانونگذار آن‌گونه که دیگران^۳ هم نظر داده‌اند قبلاً در ق.م. برای پذیرش ضمانت تضامنی مقدمه چینی کرده بود. یعنی در ق.م. مقرر کرده بود که تعلیق در ضمانت به اینصورت که ضامن بگوید اگر مضمون عنه نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تادیه می‌تواند معلق باشد. علی‌رغم نظر بعضی^۴ که این حالت را شق سومی از ضمانت یعنی «ضمان با التزام معلق» دانسته‌اند به نظر می‌رسد منظور قانونگذار از «التزام به تادیه» در آن ماده، آن‌گونه که دیگران^۵ هم نظر داده‌اند، همان «ضمانت تضامنی» است. یعنی آن‌گونه که دیگران^۶ هم تحلیل کرده‌اند با توجه به عبارت قانونی فوق، تعلیق (در انشاء) ضمان عادی را باطل کرده ولی ضمان تضامنی را باطل نمی‌کند. پس علی‌رغم نظر بعضی^۷ قانونگذار عبارت «اگر مضمون عنه نداد من ضامنم» را تعلیق بحساب آورده است. اگر این‌طور باشد قانونگذار گرچه هیچوقت در ق.م. از عبارت «ضمانت تضامنی» استفاده نکرده ولی آن‌گونه که دیگران^۸ هم توجه داشته‌اند

۱. دیلمی (۱۳۹۰)، ۹۲.

۲. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ۲۳۲ و ۲۴۵.

۳. امامی (۱۳۶۴)، ۲۷۱ و محمدی و یحیی‌پور (۱۳۸۹)، ۹۵.

۴. حسنی (۱۳۸۰)، ۶۰۰.

۵. امامی (۱۳۶۴)، ۲۷۲.

۶. منقوطای (۱۳۹۶)، ۱۰۴.

۷. بجنوردی (۱۳۷۱)، ۱۶.

۸. کاویانی (۱۳۸۳)، ۱۲۸.

با آوردن عبارت «التزام به تادیه» مقدمه چینی را انجام داده یعنی حالتی را پیش بینی کرده که ضامن بگوید اگر «مضمون عنه» نداد من «ملتزم به تادیه» هستم.

پس در آنجا زمینه چینی کرده و با پذیرش ترتب که فقط در ضمانت تضامنی امکانش هست ضمان تضامنی را هم، گرچه به نظر بعضی^۱ صریح نباشد، پذیرفته است. برای قانونگذار در آن موقع سخت بوده که با توجه به سوابق حقوقی اعتقاد به «تعدد مدیون» پیدا کند. در نتیجه حتی در پذیرش «التزام به تادیه» هم ترتیباتی را پیش بینی می کرده که مطابق آن ضامن، یعنی «ملتزم»، وقتی متعهد شود که از انجام تعهد توسط مدیون اصلی، به عبارتی «مضمون عنه»، قطع امید شده باشد. یعنی در واقع انتظار قانونگذار این است که بدین ترتیب فقط یک تعهد (یک متعهد) در یک لحظه برای تادیه یک دین (البته به طور کامل) وجود خواهد داشت. بدون تردید همانطور که بعضی^۲ به طور مفصل بیان نموده اند قانونگذار این مقرره یعنی «التزام به تادیه می تواند معلق باشد» را علیرغم نظر بعضی^۳ که آن را به «تعلیق در منشاء» تعبیر کرده اند، با پذیرش کامل «تعلیق در انشاء» تدوین کرده و گرنه به هدف خود برای جلوگیری در آن زمان از «تعدد متعهد» نرسیده است.

قانونگذار در ق.ت. قدم بلندتری برداشته و با گذاشتن اصل بر عدم ترتب، در واقع مانعی را که قبلاً بر سر راه «تعدد مدیون» گذاشته بود را برداشته تا دیگر مجبور نباشد ضمانت تضامنی را فقط وقتی قبول کند که به مضمون عنه مراجعه شده و از تادیه توسط او ناامید شده باشند. پس لازم بوده که قانونگذار اول محدودیت اختراعی قبلی خود یعنی «ترتب» را که در آخرین نقطه مربوطه ق.م. فراهم آورده بود بردارد تا بتواند به ضمانت تضامنی کامل برسد و بحق با مطرح کردن «اصل عدم ترتب» قبل از «اصل عادی بودن ضمانت» این مهم را انجام داده است. با برداشته شدن ترتب و پذیرفته شدن اصل عدم ترتب، دیگر می شود ضمانت تضامنی ای منعقد کرد که در آن «تعدد مدیون» پذیرفته شده باشد و در یک آن هم مضمون عنه و هم ضامن و چه بسا ضامن ها در مقابل مضمون له به طور کامل و تمام قد متعهد باشند و این همان «تعدد مدیون» است که قانونگذار از پذیرفتن آن در ق.م. امتناع می کرد.

۱. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ۲۳۰.

۲. منقوی (۱۳۹۶)، ۱۰۳.

۳. حسینی (۱۳۸۰)، ۵۹۹.

۳. تبعیت احکام ضمانت تعهد از احکام ضمانت دین

تعهد اقسام مختلفی دارد که یکی از آن اقسام آن‌گونه که دیگران^۱ هم ابراز نموده‌اند دین است. دین دارای دو مفهوم اعم و اخص است. در مفهوم اخص، دین یعنی تعهد به پرداخت وجه نقد کلی فی‌الذمه. در این مفهوم، تعهد به پرداخت وجه نقد معین یا کلی در معین، همچنین تعهد به تحویل سایر اعیان، منفعت یا حق هر کدام اعم از اینکه معین، کلی در معین یا کلی فی‌الذمه باشند دین نبوده بلکه تعهد بحساب خواهند آمد. در مفهوم اعم، به نظر می‌رسد دین یعنی تعهد کلی فی‌الذمه اعم از اینکه کلی فی‌الذمه عین (اعم از وجه نقد و غیر آن)، منفعت یا حق باشد.

در مورد منفعت کلی فی‌الذمه آن‌گونه که دیگران^۲ هم ابراز نموده‌اند می‌توان گفت مثل اینکه قرارداد ببندند که یک نفر بیاید کالاها را تا مقصد معین ببرد. در اینجا منفعت شخص معین یا شخص کلی در معین مطرح نیست و منفعت به صورت کلی فی‌الذمه مشخص شده است. در مورد حق هم چه بسا بتوان مثالی برای حق کلی فی‌الذمه مطرح کرد به این صورت که مثلاً طرف مقابل متعهد باشد حق انتفاع از آپارتمانی با شرایط معین را به عمر متعهدله در اختیار او بگذارد. اعیان غیر از وجه نقد، همچنین منفعت و حق، اعم از اینکه دین یا تعهد حساب شوند، قابل ضمانت خواهند بود. بدیهی است اگر منفعت شخص معینی مطرح بوده مثلاً قرار باشد که کمال‌الملک (بخاطر اینکه کمال‌الملک است) چهره متعهدله را به تصویر بکشد آن‌گونه که دیگران^۳ و^۴ هم ابراز نموده‌اند در این مورد مثلی نبودن مانع از ضمانت تعهد خواهد بود همان‌طور که به طور کلی در سایر موارد نیز مثلی نبودن مانع از ضمانت است.

ضمانت تعهد مصداقی در ق.ت. تحت عنوان «ضمانت قرارداد ارفاقی» و مصداقی در ق.م. تحت عنوان «ضمان عهده» دارد، ولی این دو مورد تنها مصادیق آن نیستند.

۱. حسنی (۱۳۸۰)، ۴۰۵.

۲. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ۳۱۶.

۳. داماد (۱۳۶۸)، ۱۱۱.

۴. صفائی (۱۳۴۹)، ۵۴.

۳-۱. ضمانت قرارداد ارفاقی به عنوان مصداق اجلای ضمانت تعهد

آن‌گونه که بعضی^۱ نیز ابراز نموده‌اند و آن‌گونه که در کامن‌لا^۲ نیز معمول است قانون‌گذار ایران در ق.ت. ضمانت تعهد^۳ را پذیرفته است. قرارداد ارفاقی مثال اجلای ضمانت تعهد است. به صراحت ق.ت. در ضمانت قرارداد ارفاقی منظور این نیست که اگر تاجر قرارداد ارفاقی را اجراء نکرد پولی که طلبکارها صرف آن قرارداد کرده‌اند را ضامن به آنها بازخواهد گرداند بلکه او متعهد است قرارداد ارفاقی بسته شده را بجای تاجر اجراء کند. در واقع، تحقیقاً موضوع این ضمانت قرارداد ارفاقی است نه پرداخت بدهی تاجر ورشکسته به طلبکاران موافق یا ملحق به آن قرارداد. آن‌گونه که در کامن‌لا^۴ نیز معمول است در ضمانت تعهد ذمه ضامن مشغول به انجام تعهد است.

به نظر می‌رسد ضمانت قرارداد ارفاقی با توجه به ترکیبی که قانون‌گذار فراهم آورده یعنی مراجعه به ضامنان را در کنار حق فسخ قرارداد ارفاقی آورده است از نظر اصلی ترتبی است گرچه از نظر فرعی ترتبی به نظر نمی‌آید. همچنین این ضمانت با توجه به اصول مربوطه ضمانت تضامنی مطلق است. با این حال از نظر ضمانت، قرارداد ارفاقی نه یک قرارداد بسیط بلکه یک قرارداد مرکب است تا جائیکه می‌توان فقط قسمتی از آن را ضمانت نموده و قسمت دیگر را ضمانت نمود. پس اگر قسمت ضمانت شده توسط هر یک از ضامن‌ها واحد نباشد ضمانت آنها تضامنی نخواهد بود. در این باره، آن‌گونه که در کامن‌لا^۵ نیز معمول است اگر ضامن قرارداد ارفاقی آن را اجراء نکرد علاوه بر مسئولیت عدم اجرای قرارداد، مسئول پرداخت خسارات ناشی از عدم اجرا یا عدم اجرای بموقع خواهد بود.

بنابراین، ضمانت‌نامه‌های بانکی از جمله ضمانت‌نامه حسن انجام کار یا ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه از اقسام ضمانت تعهد نخواهند بود چون ضامن قرار نیست کار را انجام داده یا آن را بنحو احسن انجام دهد بلکه آن‌گونه که بعضی^۶ نیز ابراز نموده‌اند او تنها قرار است در هر یک از این موارد مبلغ معینی را به مضمون‌له بپردازد.

۱. ج. محمدی (۱۳۸۶)، ۱۹۳.

2. Bachrach and Burch (2000), 445

3. Performance Bond Suretyship

4. Klinger, Diwik and Lybeck (2000), 84

5. Forsyth (1996), 422

۶. مافی و نقیبی (۱۳۹۵)، ۵۹.

۳-۲. ضمان عهده مصداق دیگری برای ضمانت تعهد

به نظر می‌رسد ضمان عهده مذکور در ق.م. هم می‌تواند از مصادیق ضمانت تعهد باشد البته اگر ثمن به صورت کلی فی الذمه اعم از عین، منفعت یا حق بوده باشد. در واقع آن‌گونه که بعضی^۱ نیز نظر داده‌اند در ضمان عهده یعنی ضمانت از ضمان درک، هم منظور ضمان به مفهوم مسئولیت ثانویه می‌باشد. پس علی‌رغم نظر بعضی^۲ ضمان درک از نوع مسئولیت اولیه ولی ضمان عهده از نوع مسئولیت ثانویه است. به عبارت بعضی^۳ ضمانت درک نوعی مسئولیت مدنی است. به عبارت دیگر، علی‌رغم مثالی که بعضی^۴ آورده‌اند هر مسئولیت تعهدی ضمان تعهد نیست. در بیع لازمه ضمان عهده از بایع مستحق‌الغیر درآمدن مبیع است و لازمه ضمان عهده از مشتری مستحق‌الغیر درآمدن ثمن است. اما علی‌رغم نظر بعضی^۵ ضمان درک فقط ویژه بیع نیست در نتیجه علت پیدایش آن می‌تواند علاوه بر مستحق‌الغیر درآمدن عین معین، مستحق‌الغیر درآمدن منفعت معین یا حق معین نیز باشد. پس باید مثالی یافت که در آن مسئولیت تعهدی وجود داشته یعنی یکی از عوضین معامله عمل یا حق معینی بوده و مستحق‌الغیر در آید. برای مثال، ممکن است پزشکی در ازای دریافت مبلغ معینی پول متعهد شود در همراه همانسال به‌طور تمام وقت به‌عنوان پزشک متخصص در اختیار طرف دیگر معامله باشد ولی بعداً معلوم شود که او مستخدم رسمی یک بیمارستان است و در واقع عمل (منفعت) او به‌طور تمام وقت در تمام آن ماه تعلق به بیمارستان دارد پس معلوم شود که آن عمل مستحق‌الغیر بوده است؛ یا نویسنده‌ای حق انتشار کتاب خود را در ازای دریافت مبلغ معینی بمدت سی سال به دیگری واگذار کند ولی بعداً معلوم شود که در زمان معامله حق مزبور در توقیف اجرایی یا تامینی و در واقع مستحق‌الغیر بوده است.

۳-۳. مصادیق دیگری برای ضمانت تعهد

ضمانت تعهد در ضمان عادی غیرممکن به نظر نمی‌رسد. ضمان عهده هم موید این امر

۱. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ۲۹۲؛ لنگرودی (۱۳۷۰)، ۴۲۱ و داماد (۱۳۶۸)، ۱۰۸.

۲. باریکلو (۱۳۹۵)، ۷.

۳. پ. محمدی (۱۳۹۱)، ۱۸۷.

۴. راستین (۱۳۵۱)، ۴۲۷.

۵. قزوینی (۱۳۷۵)، ۱۱۱.

است. البته می‌توان با قرارداد ضمان عهده را هم تضامنی نمود. به عنوان مثالی برای ضمانت عادی تعهد، فردی تعهد می‌کند در ازای خرید کتاب ذی‌قیمت معینی، خانه فروشنده را بنحو معین شده نقاشی کند و نقاش دیگری بعداً تعهد او را ضمانت می‌نماید. در ضمانت عادی، با انعقاد ضمانت، تعهد از دوش خریدار برداشته شده بر دوش ضامن قرار می‌گیرد. در این باره، بعضی^۱ بر این نظرند که فقها مجبور شده‌اند ضمانت تضامنی را در قالب ضمان عهده بپذیرند چون معتقدند با مستحق‌الغیر در آمدن مبیع، بازگرداندن ثمن که در آن زمان به صورت معین شده است علی‌رغم ضمانت عهده به عهده بایع می‌ماند، در همان حال ضامن عهده هم مسئول بازگرداندن همان ثمن (به صورت کلی فی‌الذمه) است. به نظر می‌رسد در این حالت، بایع مسئول بازگرداندن عین ولی ضامن مسئول بازگرداندن دین است. رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ هیات عمومی دیوانعالی کشور نیز در این باره قابل استفاده است. در واقع، این دو مسئولیت به طور ترتیبی در طول هم قرار گرفته‌اند و برای ضامن نوعی مسئولیت معلق شکل گرفته است. شاید نتوان این حالت را مسئولیت تضامنی نامید چون موضوع مسئولیت آن دو یکی نیست یعنی اولی مسئول عین ولی دومی مسئول دین است.

در ضمانت تعهد، به طور کلی مشکل آن است که ضامن بعد از انجام مورد تعهد چگونه به مضمون‌عنه مراجعه می‌کند؟ برای نمونه، در مثال فوق ضامن بعد از نقاشی کردن خانه مورد نظر برای جبران شدن آنچه انجام داده به سراغ مضمون‌عنه می‌رود ولی دیگر آن خانه نقاشی شده و امکان اینکه مضمون‌عنه عمل انجام شده را برای ضامن تکرار کند وجود ندارد. با صراحتی که در قانون شاهدیم این نکته صحت ضمانت تعهد را مختل نمی‌کند پس به نظر می‌رسد با غیرقابل تکرار بودن عمل چاره‌ای جز تبدیل شدن آن به قیمت باقی نمی‌ماند. ضمانت تعهد قرارداد ارفاقی هم همینطور است. البته، اگر تاجر ورشکسته بعد از استنکاف از اجرای قرارداد ارفاقی، سهم طلبکاران شرکت‌کننده در آن را در اختیار ضامن یا ضامنان قرار داده باشد، نیازی به مراجعه مجدد به او نخواهد بود. در مورد حق غیرقابل تکرار هم لاجرم به ترتیب فوق عمل می‌شود.

۴. عدم تبعیت ضمانت از حال شدن دین مضمون‌عنه

معلوم شدن منظور از عدم تبعیت ضمانت از حال شدن دین مضمون‌عنه توضیح لازم دارد. در ضمن، این امر استثنائاتی دارد که باید به آنها توجه شود. همچنین، عکس این امر صادق نیست یعنی بدهکاری از حال شدن ضمانت تبعیت نمی‌کند.

۴-۱. منظور از عدم تبعیت ضمانت از حال شدن دین مضمون‌عنه

ممکن است دین موجب مضمون‌عنه بعلت فوت مدیون اصلی یا ورشکستگی او حال شود. ولی این حلول آن‌گونه که در حقوق بعضی کشورها نظیر ترکیه^۱ نیز معمول است به ضامن سرایت نمی‌کند. به نظر می‌رسد در این باره ضمانت ترتبی با غیرترتبی فرقی ندارد. در ضمانت ترتبی لازمه مراجعه به ضامن دو چیز یعنی حلول اجل و مراجعه شده بودن به مضمون‌عنه است. در این مورد، گرچه مراجعه شده بودن به مضمون‌عنه قابل اتفاق افتادن است (با فوت یا ورشکستگی مضمون‌عنه) و معمولاً این مراجعه علی‌رغم نظری که بعضی^۲ مطرح کرده‌اند و آن‌گونه که بعضی^۳ باستناد رای وحدت رویه ۳۲۷۱-۱۹/۱۰/۱۳۳۹ بیان نموده‌اند چه در مورد اسناد تجاری و چه در مورد سایر مطالبات بابت کل طلب خواهد بود ولی اجل حلول نمی‌کند. علی‌رغم نظر بعضی^۴ تا وقتی اجل حلول نکرده باشد امکان مراجعه به ضامن وجود ندارد. در ضمان غیرترتبی هم گرچه به مراجعه قبلی به مضمون‌عنه جهت فراهم شدن امکان مراجعه به ضامن نیازی نیست ولی به هر حال چون اجل حلول نکرده مراجعه به ضامن و اجبار او ممکن نخواهد بود.

طبق قانون، ضمان حال از قاعده فوق مستثنی است. بنابراین به نظر می‌رسد در ضمان حال (یعنی اگر دین موجب و ضمان حال باشد) هم با ترتبی بودن ضمانت، مضمون‌له باید بعد ورشکستگی یا فوت مضمون‌عنه به او مراجعه کرده و موفق به دریافت طلب خود نشده باشد تا بتواند به ضامن حال مراجعه نماید.

در مواردی این لوازم به نحو دیگری است. در ورشکستگی شرکت‌های تضامنی، نسبی،

1. Ansary and Schneider (2001), 54

۲. سجادی (۱۳۸۱)، ۱۰۲

۳. فخاری (۱۳۷۳)، ۱۱۸

۴. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ۳۴۴

مختلط سهامی و مختلط غیرسهامی لازمه مراجعه به شریک ضامن انحلال و چه بسا تصفیه دارایی شرکت است. موجبات مراجعه به ضامن‌ها فقط با ورشکستگی شرکت فراهم نمی‌آید. در اینجا لازم نیست فقط منتظر اجل دین بمانیم چون حتی اگر اجل برسد ولی شرکت منحل نشده باشد آن‌گونه که دیگران^۱ هم ابراز نموده‌اند نمی‌توان به شرکای ضامن بابت طلب مراجعه کرد. قانون‌گذار با دقت زیادی به این نکته توجه و آن را رعایت کرده است. البته اگر ضمانت از بابت شریک ضامن بودن نباشد کافیست صبر شود تا اجل دین برسد و نیازی به انحلال شرکت برای امکان مراجعه به ضامن‌های مزبور نخواهد بود.

قاعده فوق در انعقاد قرارداد ارفاقی نمایان می‌شود یعنی اگر با شرکت ورشکسته قرارداد ارفاقی بسته شود آن قرارداد جلوی انحلال شرکت را می‌گیرد در نتیجه امکان مراجعه طلبکاران به شرکای ضامن فراهم نمی‌آید. پس امکان بستن قرارداد ارفاقی با هر یک از شرکای ضامنی که ورشکسته شده باشند نیز نخواهد بود. ولی اگر با شرکت ورشکسته قرارداد ارفاقی بسته نشود آن شرکت منحل و دارایی آن تصفیه می‌شود پس امکان مراجعه به طلبکاران و در نتیجه امکان بستن قرارداد ارفاقی با شرکای ضامنی که ورشکسته شده باشند نیز فراهم می‌آید.

۴-۲. استثنائات عدم تبعیت ضمانت از حال شدن دین مضمون عنه

برای قاعده عدم تبعیت ضمانت از حال شدن دین مضمون عنه علی‌رغم بی‌توجهی بعضی^۲ قانون‌گذار چند استثناء مقرر کرده است. در سه مورد ضامنان سفته و برات هم استثنائاً موظف به پرداخت فوری وجه آن خواهند بود گرچه علی‌رغم نظر بعضی^۳ اجل سفته یا برات نرسیده باشد. اول اینکه تاجر صادرکننده سفته ورشکسته شده باشد. دوم اینکه برات مورد قبول براتگیر قرار نگرفته و براتکش ورشکسته شده باشد. سوم اینکه علی‌رغم نظر بعضی^۴ تاجر ورشکسته براتگیر باشد و برات موجد را قبل از ورشکستگی قبول کرده باشد. در مورد سوم، صادرکننده برات هم به ضامنان اضافه می‌شود.

البته، این مسئولان راه دیگری نیز دارند و آن تودیع تامین یا معرفی ضامن است. ضامن‌ها

۱. قلی‌زاده (۱۳۹۴)، ۶۵۰.

۲. کاتبی (۱۳۷۵)، ۳۱۱؛ صقری (۱۳۷۶)، ۳۳۹؛ فراهانی (۱۳۶۸)، ۸۳ و عرفانی (۱۳۶۶)، ۱۴۹.

۳. راستین (۱۳۵۱)، ۴۲۸.

۴. اسکینی (۱۳۷۵)، ۶۵.

هم مثل خود تاجر ورشکسته دین را با تخفیفات مقتضیه در این زمان که هنوز اجل دین نرسیده است پرداخت می‌کند و به نظر می‌رسد رعایت تخفیفات مقتضیه اصولی بوده و در مورد دیگر یعنی فوت مضمون‌عنه نیز قابل اجرا خواهد بود. در این مورد به شرح گفته شده علیرغم نظر بعضی^۱ ضامن به مفهوم اعم به‌کار رفته و بطورکلی سایر مسئولان سند تجاری نظیر ضامنان و ظهرنویسان سند را نیز در بر می‌گیرد.

البته همانطورکه گفته شد موارد فوق استثنایی هستند و آن‌گونه که دیگران^۲ هم ابراز نموده‌اند قابل تسری به سایر موارد، مثلاً چک، نیستند. ممکن است آن‌گونه که بعضی^۳ در گذشته در نظر گرفته‌اند فرض شود که چک وسیله پرداخت است و چک موجب مطابق ق.ت. معنی ندارد. ولی طبق اصلاحات قانون صدور چک، دیگر لازم نیست چک به محض ارائه کارسازی شود و دارنده آن نه در تاریخ صدور بلکه باید در تاریخ نوشته شده بر روی آن معادل وجه چک در حساب خود پول داشته باشد و این یعنی قانون‌گذار چک موجب را پذیرفته است. در گذشته دور از روابط تجاری داخلی برات حذف شده و سفته و چک به ترتیب برای پرداخت مدت‌دار و پرداخت فوری جایگزین آن شده بودند. با تحولات اخیر پرداخت فوری با کارت بانکی انجام می‌شود پس لاجرم چک در کنار سفته برای پرداخت موجب استفاده می‌شود.

۳-۴. عدم تبعیت بدهکاری از حال شدن ضمانت

در نهایت، در این باره نکته باریک دیگری نیز قابل توجه است؛ ورشکسته ممکن است ضامن یا ظهرنویس سند تجاری موجلی باشد. اما دارنده سند نمی‌تواند به چنین ضامنی، حتی اگر ضمانت او حال باشد، مراجعه کند چون امکان مراجعه به او معلق به حلول اجل و مراجعه شده بودن به بدهکار اصلی و عدم تادیه او است. ورشکستگی در این باره جایگزین حلول اجل می‌شود ولی جایگزین مراجعه شده بودن به بدهکار اصلی و احراز عدم تادیه او نمی‌شود. پس دارنده سند به عنوان طلبه‌کار معلق در فهرست اسامی غرماء ثبت می‌شود

۱. تفرشی، آکردی و ارزانفودی (۱۳۹۰)، ۸۶

۲. اسکینی (۱۳۷۵)، ۶۵ و تفرشی، آکردی و ارزانفودی (۱۳۹۰)، ۷۷

۳. اسکینی (۱۳۷۵)، ۶۵

تا منتظر فراهم شدن معلق به بماند. پس آن‌گونه که قانون توجه داشته و دیگران^۱ هم دقت کرده‌اند به ظهرونیسان بعد از چنین ورشکسته‌ای هم نمی‌شود مراجعه کرد. ورشکسته شدن یکی از شرکای ضامن یکی از شرکت‌های تضامنی، نسبی یا مختلط نیز همینطور است. آنچه گفته شد به فوت سایر مسئولان تضامنی اسناد یا فوت شرکای ضامن شرکت‌های مزبور نیز قابل تسری خواهد بود.

۵. ایجاد حق برای ضامن در اثر حال شدن دین

ضامن دین موجل، ترتبی یا غیرترتبی، می‌تواند آن‌گونه که در حقوق بعضی کشورها نظیر ترکیه^۲ نیز معمول است به محض حلول دین با فوت یا ورشکستگی مضمون‌عنه، از مضمون‌له بخواهد که طلبش را از او بگیرد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار به ضامن اجازه می‌دهد که در این مورد انتظار اجل را نکشد و انتظار مراجعه مضمون‌له به مضمون‌عنه را نیز در ترتبی بودن دین نکشد و یکسره پرداخت دین را به مضمون‌له پیشنهاد کند و قبول این پیشنهاد نوعی برای مضمون‌له اجباری باشد. عدم پذیرش این پیشنهاد حق مراجعه مضمون‌له به ضامن را ساقط می‌کند و علیرغم نظر بعضی^۳ منظور قانون‌گذار در اینجا ابراء ضامن توسط مضمون‌له نیست و نیازی به قصد و اراده او هم ندارد.

در این باره، باید توجه کرد به رابطه سه جانبه موجود در ضمانت، همچنین به اینکه قانون‌گذار با ایجاد حق مورد بحث برای اثبات طلبه‌کار معلق بودن ضامن چاره‌ای اندیشیده است.

۵-۱. رابطه سه جانبه موجود در ضمانت

به نظر می‌رسد در نظر گرفتن مقرر فوق ناشی از بطورکلی رابطه سه جانبه موجود در ضمانت، اعم از عادی یا تضامنی، و رابطه تعدد متعهد میان ضامن و مضمون‌عنه در ضمانت تضامنی است. به عبارتی با ضمانت عادی رابطه مضمون‌عنه و مضمون‌له قطع و بجای آن رابطه مضمون‌له و ضامن و رابطه ضامن و مضمون‌عنه ایجاد می‌شود. پس دو رابطه جدید جایگزین

۱. تفرشی، آکردی و ارزانفودی (۱۳۹۰)، ۹۳

2. Ansay and Schneider (2001), 54

۳. راستین (۱۳۵۱)، ۴۲۹

یک رابطه سابق می‌شود. ولی در ضمان تضامنی رابطه اولی هم باقی می‌ماند پس سه رابطه دوطرفه یا آن‌گونه که در کامن‌لا^۴ و حقوق رومی - ژرمنی^۵ نیز مطرح است یک رابطه سه جانبه به وجود می‌آید.

یعنی آن‌گونه که در کامن‌لا^۴ نیز معمول است ضامن بعد از تادیه دین می‌تواند بابت وصول مبلغ پرداختی به مضمون‌عنه مراجعه کند. در واقع، عدم مراجعه مضمون‌له به مضمون‌عنه یا ترکه در زمان فوت یا ورشکستگی او می‌تواند عواقبی برای ضامن تضامنی ترتبی یا غیرترتبی داشته باشد. مثلاً با فوت مضمون‌عنه و عدم مراجعه فوری مضمون‌له، ماترک بدون در نظر گرفتن طلب او میان سایر طلبکاران و در صورت باقیماندن چیزی، میان ورثه تقسیم می‌شود و چه بسا برگرداندن این تقسیم و در نظر گرفتن سهمی برای طلبه‌کار دیر آمده دیگر اصلاً یا بطورکامل ممکن نشود. در مورد طلبه‌کار ورشکسته هم همینطور است چون عدم مراجعه یا مراجعه دیر هنگام مشکلاتی را در پی خواهد داشت.

۵-۲. چاره اثبات طلبه‌کار معلق بودن ضامن

در فوق، عدم مراجعه طلبه‌کار به ورشکسته را قانون‌گذار بنحوی چاره کرده و برای طلبکاران معلق (ضامن‌های ورشکسته که هنوز دین یا تعهد مربوطه را نپرداخته یا انجام نداده‌اند) تمهیداتی قائل شده است. ولی حتی برای اثبات طلبه‌کار معلق بودن ضامن مدارکی لازم است که آن مدارک فعلاً در اختیار مضمون‌له است؛ پس بدون همکاری او ضامن نمی‌تواند اقدام کند. وضع در دیر مراجعه کردن مضمون‌له خطرناکتر است چون با مراجعه دیر هنگام، او سهمی از تقسیمات قبلی نمی‌برد پس احتمالاً فقط قسمتی از طلب را وصول می‌کند. او قسمت باقیمانده را از ضامن مطالبه می‌کند ولی پرداختی ضامن بابت باقیمانده به مضمون‌له از دارایی ورشکسته به او مسترد نمی‌شود چون آن‌گونه که بعضی^۶ نیز ابراز کرده‌اند بابت یک طلب بیش از یکبار نمی‌توان داخل در غرمای یک ورشکسته شد. به نظر می‌رسد فواید مهم این مقرر برای ضامن مانع از استثنایی قلمداد کردن آن است.

4. Podwill, Arthur and Balduan (1998), 3

5. Hugo (1996), 497

6. Bachrach (1998), 8

بنابراین در انحلال شرکت هم به نظر می‌رسد ضامن می‌تواند به محض ورشکسته شدن آن، طلبه‌کار را قبل از اینکه انحلال واقع شود مجبور کند که یا طلب خود را فوراً از او وصول یا از آن صرف‌نظر کند. البته متن مقرره مربوطه نیز در این مورد اطلاق داشته و مخالفتی ندارد. همچنین، حقی که به این ترتیب برای ضامن ایجاد می‌شود ظاهراً تا حلول اجل دین باقی می‌ماند و این‌طور نیست که این حق ظرف مدتی کوتاه منتفی شود. ضمن اینکه با توجه به قانونی بودن این حق، به نظر می‌رسد ضامن با رعایت تخفیفات مقتضیه این پرداخت را انجام می‌دهد.

این حالت در ضمان عادی اتفاق نمی‌افتد چون طلب مضمون‌له عادی از مضمون‌عنه نیست و با فوت یا ورشکستگی او حال نمی‌شود. در واقع مقرره فوق از نتایج تعدد متعهد است پس چون در ضمانت عادی متعهد متعدد نمی‌شود محلی هم برای اعمال آن قاعده نخواهد بود. در این حالت ضامن عادی به‌عنوان طلبه‌کار معلق در صف غرمای مضمون‌عنه می‌ایستد و به نظر می‌رسد به همین ترتیب خواهد توانست در صف طلبکاران مضمون‌عنه متوفی هم بایستد.

۶. انتقال رهن و احکام آن

در این باره دو موضوع قابل توجه است؛ یکی منظور از انتقال رهن و دیگری چگونگی آن.

۶-۱. منظور از انتقال رهن

علیرغم نظر بعضی^۱ به تصریح ق.م. و آن‌گونه که بعضی^۲ تحقیق نموده‌اند ضمانت عادی از مصادیق تبدیل تعهد و در قالب انتقال دین یا طلب است و در این موارد آن‌گونه که دیگران^۳ هم ابراز نموده‌اند وثایق دین یا تعهد به محض وقوع انتقال فک می‌گردد. اما برعکس در ضمانت تضامنی وثایق سابق آن‌گونه که در کامن‌لا^۴ و حقوق بعضی کشورها نظیر ترکیه^۵ نیز معمول است باقی می‌ماند تا نه تنها توسط مضمون‌له علیه مضمون‌عنه بلکه در آینده توسط ضامن علیه مضمون‌عنه استفاده شود.

۱. کاتوزیان (۱۳۷۶)، ۳۳۱؛ شهیدی (۱۳۶۸)، ۱۲؛ امامی (۱۳۶۴)، ۲۷۰ و سجادی (۱۳۸۱)، ۹۳

۲. کرمانی (۱۳۷۶)، ۸۳

۳. سجادی (۱۳۸۱)، ۱۰۲ و بجنوردی (۱۳۷۱)، ۱۳

4. Bachrach and Burch (2000), 445

5. Ansary and Schneider (2001), 54

این امر بدیهی است چون وقتی دین یا تعهد منتقل نشده بلکه مدیون یا متعهد متعدد شده باشد قاعدتاً وثایق آن باقی می‌ماند. به این ترتیب تاسیس جدیدی تحت عنوان «انتقال رهن» پیدا می‌شود که «رهن رهن» نیست چون مال در یک لحظه در رهن ضامن و مضمون‌له با هم قرار نگرفته بلکه «انتقال رهن» است و با پرداخت دین به مضمون‌له توسط ضامن در رهن او قرار می‌گیرد.

۲-۶. چگونگی انتقال رهن

مقرره ق.ت. به نحوی تنظیم شده است که به محض پرداخت دین توسط ضامن، وثیقه به طور خودکار به او منتقل می‌شود و عملکردی شبیه عملکرد شرط نتیجه دارد. پس اینکه مقرر شده مضمون‌عنه باید در دفترخانه جهت انتقال رهن غیرمنقول به ضامن حاضر شود الزام ناشی از این نتیجه خودکار است و به نظر می‌رسد با عدم حضور ارادی او در دفترخانه می‌توان او را از طریق دادگاه به این امر اجبار کرد و با عدم امکان اجبار، نماینده دادگاه در دفترخانه برای این مهم حاضر شده و بجای او امضاء می‌کند. ممکن است وثیقه در مدتی که در اختیار طلبه‌کار بوده در اثر کوتاهی او آسیب دیده تقلیل ارزش پیدا کرده باشد پس او نه تنها در مقابل وثیقه دهنده (راهن) بلکه به نظر می‌رسد آن‌گونه که در حقوق بعضی کشورها نظیر ترکیه^۱ نیز معمول است در مقابل ضامنی که طلب او را پرداخته نیز مسئول این کاهش خواهد بود.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

تحلیل تحقیقی فوق نشان می‌دهد که قانون‌گذار در قالب تضامن (در مسئولیت و ضمانت) تعدد متعهد را پذیرفته است؛ البته در مسئولیت تضامنی به صورت رابطه دو جانبه و در ضمانت تضامنی به صورت رابطه سه جانبه. قانون‌گذار در صدد توجیه چگونگی واقع شدن تعدد متعهد نبوده است. با این حال، بدیهی است آنچه متعدد می‌شود متعهد است نه مبلغ مورد تعهد.

پذیرش تعدد متعهد لاجرم به طرح مسائلی نظیر چگونگی تاثیر حال شدن دین (در اثر ورشکستگی یا فوت) هر یک از مسئولان (مضمون‌عنه و ضامنان) بر حقوق و تکالیف سایرین در صورت حال یا موجب بودن ضمان، ترتب به صورت فرعی و اصلی (از جمله در مورد ضامنان

اسناد تجاری و شرکای ضامن شرکت‌ها)، نحوه مراجعه پرداخت‌کنندگان به سایرین، ضمانت تعهد (حتی فراتر از دین) در قالب ضمانت قرارداد ارفاقی یا ضمان عهده، نحوه مراجعه انجام‌دهندگان تعهد در ضمانت تعهد بر سایرین، مطلق یا نسبی بودن ضمانت، انتقال رهن، چگونگی انجام آن انتقال و مسائل حقوقی مربوط به آن شده است. در واقع، از پیدایش رابطه سه جانبه ناشی از ضمانت تضامنی این مسائل جدید ناشی شده است.

گرچه ق.م. در قالب «التزام به تادیه به طور معلق» ضمانت تضامنی بدون تعدد متعهد در یک آن را پذیرفته ولی ق.ت. پا را فراتر نهاده و به پذیرش ضمانت تضامنی با تعدد متعهد در یک آن رسیده است.

سطحی‌نگری رایج و خوگرفتن به چارچوب‌های سنتی مانع از آن شده است که تمهیدات حقوقی قانون‌گذار برای تسهیل و رونق تجارت شناخته شده، احکام آنها مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته و در نهایت مورد استفاده جامعه مخصوصاً دست‌اندرکاران تولید و تجارت قرار گیرند. یکی از این موارد تعدد متعهد مخصوصاً ضمانت تعهد و احکام آن می‌باشد.

منابع

- احمدی، حبیب طالب. (۱۳۹۰). «مسئولیت شرکای شرکت تضامنی در قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن». مجله حقوقی دادگستری ۷۵، شماره ۷۴: ۱۹۱-۲۰۸.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۷۵). حقوق تجارت - ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته. تهران: سمت.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۸). «ماهیت و شرایط مسئولیت ضامن چک در حقوق ایران». فصلنامه حقوق ۳۹، شماره ۲: ۷۳-۸۹.
- افشارنیا، طیب، و حمید اسدی. (۱۳۹۰). «صحت تعدد ضمانت‌ها از یک دین در حقوق ایران و فقه امامیه». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۱۲، شماره ۲: ۴۷-۷۸.
- امامی، سید حسن. (۱۳۶۴). حقوق مدنی. جلد ۲. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امینی، راضیه، و حسین ناصری مقدم. (۱۳۹۶). «مفهوم‌شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت». فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی ۱۳، شماره ۴۷: ۱۱-۲۶.
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۵). «تحلیل رویکرد حقوق اسلام و فرانسه به ضمان درک». حقوق خصوصی ۱۳، شماره ۱: ۱-۲۱.
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۰). «قرارداد ضمان معلق». مجله مجتمع آموزش عالی قم ۳، شماره ۱۰: ۳۵-۵۶.
- بجنوردی، سید محمد موسوی. (۱۳۷۱). «نگرشی جدید بر ضمان عقدی و احکام آن». مجله حقوقی دادگستری ۳۸، شماره ۴: ۵-۴۲.

- تفرشی، محمد عیسائی، حبیب رضانی آکردی، و محمد ورمزیار ارزانفودی. (۱۳۹۰). «حال‌شدن دین مسوولان اسناد تجاری در اثر ورشکستگی برخی مسوولان در حقوق ایران و آمریکا». پژوهش‌های حقوق تطبیقی ۱۵، شماره ۴: ۷۷-۹۵.
- تفرشی، محمد عیسائی، و حبیب رضانی آکردی. (۱۳۹۳). «بررسی فقهی - حقوقی مسئولیت تضامنی در شرکت‌های تجاری». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز ۶، شماره ۳: ۱۱۵-۱۳۶.
- جنیدی، لعیا. (۱۳۷۵). «تضامن و آثار و اوصاف آن». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۳۵: ۷-۴۷.
- حسینی، حسن. (۱۳۸۰). حقوق تجارت. تهران: میزان.
- داماد، سید مصطفی محقق. (۱۳۶۸). «ضمانت در تعهدات». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۲۴: ۱۰۷-۱۱۲.
- داماد، مصطفی محقق، و رضاحسین گندمکار. (۱۳۸۰). «ماهیت، مبانی و آثار تضامن بین بدهکاران (تضامن منفی)». فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء ۱۱، شماره ۴۰: ۱۴۱-۱۶۷.
- دیلمی، احمد. (۱۳۹۰). «تاملی در قرائت‌های مختلف از مسئولیت تضامنی». فقه و حقوق اسلامی ۲، شماره ۳: ۸۹-۱۱۸.
- راستین، منصور. (۱۳۵۱). حقوق بازرگانی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- سجادی، علی احمدی. (۱۳۸۱). «تضامن در اسناد تجاری». مجله مجتمع آموزش عالی قم ۴، شماره ۱۴: ۸۹-۱۱۲.
- سعیدی، ارسلان ثابت. (۱۳۹۱). حقوق تجارت (رشته‌های علوم اجتماعی و حسابداری). تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۶۸). سقوط تعهدات. تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
- صفائی، سید حسین. (۱۳۴۹). «تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۲، شماره ۵۱: ۵۱-۶۱.
- صقری، محمد. (۱۳۷۶). حقوق بازرگانی، ورشکستگی، نظری و عملی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طرقی، مرتضی محمدحسینی. (۱۳۸۶). «شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش دوم)». ماهنامه کانون ۴۹، شماره ۷۴: ۴۰-۶۲.
- عرفانی، محمود. (۱۳۶۶). حقوق تجارت - ورشکستگی شرکت‌ها و تجارت. جلد ۳. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.
- فخاری، امیرحسین. (۱۳۷۳). «در صورتی که برات دهنده ورشکسته شود، آیا دارنده برات به‌عنوان طلبه‌کار ممتاز شناخته می‌شود؟». تحقیقات حقوقی، شماره ۱۴: ۹۹-۱۲۴.
- فخاری، امیرحسین. (۱۳۷۵). «مسئولیت امضاءکنندگان اسناد تجاری». مجله تحقیقات حقوقی ۱۶-۱۷: ۳۷-۶۵.

- فخاری، امیرحسین. (۱۳۷۷). «ضامن در چک». تحقیقات حقوقی: ۹-۱۸.
- فراهانی، محمدحسین قائم مقام. (۱۳۶۸). حقوق تجارت - ورشکستگی و تصفیه. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- قزوینی، سید علی علوی. (۱۳۷۵). «نگرشی بر ضمان درک مبیع در حقوق مدنی ایران». نامه مفید ۷: ۷-۱۰۷-۱۲۶.
- قلی زاده، احد. (۱۳۹۴). «تحلیل حقوقی روش خاص قانون تجارت در رعایت اولویت‌ها و تقسیم مسئولیت میان ورشکستگان متضامناً مسئول». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ۴۵، شماره ۴: ۶۳۹-۶۵۴.
- کاتبی، حسینقلی. (۱۳۷۵). حقوق تجارت. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). حقوق مدنی - عقود ادنی - وثیقه‌های دین (عقود معین ۴). تهران: انتشارات مدرس.
- کاویانی، کورش. (۱۳۸۳). حقوق اسناد تجاری. تهران: نشر میزان.
- کرمانی، سعید توکلی. (۱۳۷۶). «اثر عقد ضمان تبدیل تعهد است یا انتقال دین؟». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۳۷: ۸۳-۱۱۰.
- لنگرودی، محمدجعفر جعفری. (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
- مافی، همایون، و محمدحسین تقی پور درزی نقیبی (۱۳۹۵). «آثار حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی». فصلنامه فقه و تاریخ تمدن ۱۲، شماره ۴۸: ۲۹-۶۴.
- مافی، همایون، و مهدی رحمانی. (۱۳۹۲). «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در نظام حقوقی ایران». فصلنامه تعالی حقوق ۵، شماره ۵: ۳۱-۵۴.
- محمدی، پژمان. (۱۳۹۱). «ضرورت قهری دانستن ضمان درک». دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی ۱، شماره ۲: ۱۸۵-۲۲۲.
- محمدی، جلیل. (۱۳۸۶). حقوق بازرگانی. تبریز: فروزش.
- محمدی، سام، و یحیی پور، جمشید. (۱۳۸۹). «تضامن عقدی در حقوق مدنی ایران». مطالعات فقه و حقوق اسلامی ۲، شماره ۳: ۹۳-۱۰۸.
- منقوطای، احد قلی زاده. (۱۳۹۶). «تحلیل حقوقی تعلیق در انشاء و کاربردهای آن در حقوق تجارت». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ۴۷، شماره ۱: ۱۰۳-۱۲۱.
- نیک فرجام، کمال. (۱۳۸۱). «ضمانت در اسناد تجاری». فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۲۵: ۹۳-۱۱۵.

Ansary, Tugrul, and Eric C. Schneider. (2001). *Intruduction to Turkish Business Law*. The Hague: Kluwer Law International.

Bachrach, George J. (1998). "The Surety's Rights to Obtain Salvage- Exoneration, Reimbursement, Subrogation and Contribution." In *Salvage by the Surety*, by George

- J. Bachrach, 1-34. Illinois: American Bar Association.
- Bachrach, George J., and John V. Burch. (2000). "The Surety's Subrogation Rights." In *The Law of Suretyship*, by Edward G. Gallagher, 419-450. Illinois: American Bar Association.
- Forsyth, C.F (1996). "Suretyship." In *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, by Reinhard Zimmermann and Daniel Visser, 417-435. Oxford: Clarendon Press.
- Gregory, John H., and II, Michael Jay Rune. (1999). "Liability of Performance Bond Surety (Under Contract of Suretyship)." In *The Law of Performance Bonds*, by Lawrence R. Moelmann and John T. Harris, 123-140. Illinois: American Bar Association.
- Horn, Norbert. (1999). "Chapter 11- The UN Convention on Independent Guarantees and the lex Mercatoria ." In *German Banking Law and Practice in International perspective*, by Norbert Horn, 189-205. Berlin: de Gruyter.
- Hugo, Charl. (1996). "Negotiable Instruments." In *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, by Reinhard Zimmermann and Daniel Visser, 481-521. Oxford: Clarendon Press.
- Klinger, Marilyn, James p. Diwik, and Kevin L. Lybeck. (2000). "Contract Performance Bonds." In *The Law of Suretyship*, by Edward G. Gallagher, 70-118. Illinois: American Bar Association.
- Podwill, Loren D., Randy L. Arthur, and Linda M. Balduan. (1998). "Chapter 1- Scope of payment Bond Surety's Obligation." In *The Law of Payment Bonds*, by Kevin L. Lybeck and H. Bruce Shreves, 1-25. Illinois: American Bar Association.
- Rapson, Donald J. (1996). "Commercial Law." In *Fundamentals of American Law*, by Alan B. Morrison, 365-397. New York: New York University School of Law Foundation.
- Ruprecht, G. Steven. (1999). "Surety's Rights and Remedies against Principles." In *The law of performance Bonds*, by Lawrence R. Moelmann and John T. Harris, 65-121. Illinois: American Bar Association.