

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

مرتضی محمدحسینی طرّقی^۱

قرارداد خصوصی تضامنی در حقوق مدنی

در این گفتار که یکی از اهداف غائی و پراهمیت نوشته حاضر را تشکیل داده است، می‌خواهیم شیوه و مبنای ایجاد ضمان تضامنی در حقوق مدنی کشورمان را مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار دهیم و سرانجام یکی از دو منشاء مطرح شده، یعنی ماده ۱۰ قانون مدنی و مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت را با توجه به ایرادات و دلایلی که در این زمینه وجود دارد (و از توجیه بیشتری برخوردار است)، برگزینیم و سرانجام با عنایت به تردیدهایی که در مورد درست بودن ضمان تضامنی در حقوق مدنی ما مطرح است، دلایل و توجیهات خود را برای صحت نهاد قرارداد خصوصی تضامنی در حقوق مدنی و امکان ایجاد مسؤولیت مشترک ضامن و مضمون عنه یعنی ضمان ضم ذمه به ذمه و تعهدات تضامنی، بیان نماییم.

پیش از این به طور کلی بیان کردیم که از یک جهت، ما در حقوق ایران، با سه قسم

ضمان مواجه هستیم: ضمان نقل ذمه به ذمه که ریشه در فقه امامیه دارد، ضمان طولی و ضمان عرضی. نوع نخست که به عنوان اصل در حقوق ایران خصوصاً قانون مدنی پذیرفته شده، عبارت است از اینکه شخصی در برابر بستانکار و با توافق او دین دیگری (مدیون) را برعهده می‌گیرد و پرداخت آن را قبول می‌کند و به موجب چنین ضمانی، دین از عهده مضمون عنه به عهده ضامن منتقل و در نتیجه مضمون عنه بری می‌شود. در قسم دوم، یعنی ضمان تضامنی طولی یا وثیقه‌ای، به موجب ضمان، ذمه ضامن، وثیقه ذمه مضمون عنه می‌گردد. به این ترتیب که مضمون له برای وصول طلب خود ابتدا باید به مدیون اصلی (مضمون عنه) مراجعه کند و اگر نتوانست طلب خود را از وی وصول نماید، آنگاه به ضامن (مدیون تبعی) مراجعه می‌کند. نوع سوم که ضمان تضامنی مورد نظر ما است، تعهد ضامن و مضمون عنه در عرض یکدیگر قرار می‌گیرد، به طوری که مضمون له (بستانکار) می‌تواند برای وصول تمام یا قسمتی از طلب خویش، به هر یک از آنان که بخواهد رجوع نماید. لذا، این قسم ضمان را عرضی هم نامیده‌اند. به هر حال، طرفین عقد آزادند که نوع ضمان (نقل ذمه، طولی و عرضی) را تعیین کنند و در صورت عدم تصریح، با توجه به اصل، بایستی معتقد بود که ضمان از قسم نقل ذمه به ذمه است.

با این مقدمه و توضیح، نخست ماده ۱۰ قانون مدنی را به عنوان منشاء و شیوه ایجاد ضمان تضامنی، یعنی ضمان ضم ذمه به ذمه مورد بررسی قرار می‌دهیم، سپس راجع به ماده ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت، با همین عنوان بحث خواهیم کرد و سرانجام برخی از دلایل و توجیهاات خود را برای صحت این تأسیس حقوقی، یعنی قرارداد خصوصی تضامنی در حقوق مدنی، ارائه خواهیم نمود.

الف - ماده ۱۰ قانون مدنی و ضمانت تضامنی مدنی

می‌دانیم که قبل از حاکمیت قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ و پذیرش اصل آزادی قراردادهای، که در ماده ۱۰ قانون مزبور پیش‌بینی شده است، قانون مدون معتبری نبود و قراردادهای معمولاً در قالب یکی از عقود معین بسته می‌شد و اگر توافقی در این قالب‌های

کهن قرار نمی‌گرفت، طرفین ناگزیر آن را به صورت عقد صلح یا شرط ضمن عقد معین، به وجود می‌آوردند. لیکن نیازهای فراوان و روزافزون جامعه و کم‌توانی و در برخی موارد ناتوانی عقود معین (به جز عقد صلح که توانایی زیادی داشته و دارد)، برای پاسخگویی به این احتیاجات، موجب گردید تا ماده ۱۰ قانون مدنی به تصویب برسد و مورد استفاده مردم قرار گیرد.

البته ناگفته نماند که عقد صلح با قلمرو وسیع خود قرن‌ها مورد استفاده بوده و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه ما را رفع کرده است، به طوری که امروزه نیز، یکی از عقود رایج کشورمان محسوب می‌شود و سردفتران اسناد رسمی به دلیل دامنه گسترده این عقد و انس و الفتی که با حقوق امامیه دارند، از ماده ۱۰ ق.م. کمتر استفاده کرده، و هر روز اسناد فراوانی را تحت عنوان صلح تنظیم و ثبت می‌نمایند و حتی برخی از حقوقدانان از صلح تضامنی بحث می‌کنند.^۱ اما، موانع، پیچیدگی‌ها و مسائلی که پیرامون ایجاد ضمان تضامنی در ضمان عقدی (حقوق مدنی) مطرح شده، موجب گردیده است، از این عقد برای ایجاد ضمان تضامنی بهره‌برداری نشود و دیدگاه‌ها به سوی ماده ۱۰ قانون مدنی و باب ضمانت مندرج در قانون تجارت معطوف گردد.

به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی (که مقرر می‌کند: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است)، می‌توان گفت اصل آزادی و حاکمیت اراده در قانون مدنی ما با این ماده بیان شده است، قراردادهای طرفین با هر شکل و محتوا که بسته شده باشد، معتبر است؛ مگر مواردی که قانون صریحاً مانع نفوذ آن شده باشد. بدین ترتیب، مردم با استفاده از این ماده به راحتی می‌توانند در حدود شرع و قانون و اخلاق عمومی، پیمان‌های خویش را به هر نحوی که تمایل داشته باشند، منعقد نمایند و نتایج و آثار آن را معین کنند و بدین وسیله و به سادگی، نیازهای مشروع حقوقی خود را رفع نمایند. هرچند انتخاب قالب این ماده، برای بستن

۱. ر.ک: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، *حقوق مدنی، رهن و صلح*، همان، ص ۲۰۰ به بعد.

قرارداد، ممکن است این مشکل را مطرح کند که چون در این تأسیس حقوقی، قواعد تکمیلی مانند عقود معین از جمله بیع و اجاره و صلح، وجود ندارد، پس هرگاه اجرای قرارداد با مسأله و مانعی مواجه شود و راه‌حل در قرارداد پیش‌بینی نشده باشد، دادرس دادگاه و دیگران به راحتی نمی‌توانند با کمک قواعد عمومی و تکمیلی عقود مشابه، اختلاف را رفع نمایند و یا در صورت سکوت قرارداد، حکم مقتضی را از منابع معتبر اسلامی استخراج کنند. ولی، اگر همین قرارداد، در قالب عقود (مانند صلح و ضمان) منعقد شود، چنین مشکلاتی کمتر پدید می‌آید، هرچند ممکن است مسائل دیگری را به وجود آورد.

در اینجا، نکته قابل طرح این است که اگر معتقد باشیم مقنن در کنار انتخاب نظریه نقل ذمه به ذمه در قانون مدنی، با توجه به مفاد ماده ۱۰ این قانون، اصل آزادی و حاکمیت اراده را هم در مورد ضمان پذیرفته است تا با ایجاد ضمانت طولی و عرضی، پاسخ‌گوی این قسم از نیازهای روبه رشد زندگی اجتماعی و عرف و عادت جامعه باشد، مشکل خاص و زیادی مطرح نخواهد شد. زیرا، آنچه افراد عادی جامعه از عقد ضمان فهمیده‌اند، بیشتر وثیقه بودن ضمان و فرعی بودن تعهد ضامن است (و نه حتی ضمان به نحو عرضی)، و اینکه بعد از تحقق ضمان، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن در قبال مضمون له مشغول گردد، معمولاً امری دور از انتظار مردم جامعه فعلی ما است و با عرف و عادت و اهداف و منظور ضامن و مضمون له و مضمون عنه نیز همخوانی ندارد. زیرا، مضمون له درصدد است تا برای پیش‌گیری از وصول نشدن طلب خویش، ضامن یا ضامینی را بر مدیون طلب خود اضافه کند و در واقع وثیقه دیگری به جز اعتبارات و دارایی شخصی مدیون اصلی، به دست آورد. نه اینکه ذمه مدیون اصلی کلاً بری شود و بدهکار اصلی مسئولیتی در مقابل بستانکار نداشته باشد.

اما، با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی و مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، همچنان ایرادات، شبهات و تردیدهای فراوانی برای صحت این گونه ضمان، به خصوص ضمان عرضی (در کنار ضمان عقدی مندرج در قانون مدنی)، مطرح شده است که در ادامه تلاش خواهد شد

به برخی از آنها پاسخ گفته شود و در نهایت و در شرایط فعلی که ضمانت موجود در قانون تجارت معتبر است،^۱ یکی از مباحث ماده ۱۰ قانون مدنی و یا ضمانت مطرح شده در قانون تجارت که از توجیه بیشتری برخوردار است را برمی‌گزینیم.

بعضی در تحلیلی که از ماده ۱۰ قانون مدنی به عمل آورده‌اند، اعتقاد دارند، از آنجا که ماده ۶۹۹ قانون مدنی تعلیق در ضمان را صریحاً باطل اعلام کرده است (ماده ۶۹۹ ق.م. تعلیق در ضمان، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.)، تراضی برخلاف ماده مزبور بلااثر و در نتیجه ضمان تضامنی را جز در امور تجاری نمی‌توان صحیح دانست و در این راستا حتی مستنبط از اعتقاد برخی اساتید تا مرز بطلان چنین قراردادی پیش رفته‌اند.^۲ اما، درست بودن این نظریه محل تأمل بوده و هرچند در حقوق ما ضمان تضامنی برخلاف اصل است. ولی، با مراجعه به عقاید حقوقدانان بزرگ کشورمان، اظهارنظری راجع به بطلان ضمان تضامنی در حقوق مدنی، دیده نمی‌شود و یا ادعا نشده که ضمان تضامنی توافق شده طرفین، نافذ نیست.^۳ زیرا، قانون خاص یا توافق در برابر اصل و اطلاق، در عالم حقوق ممکن خواهد بود.

بحث دیگری که در اینجا مطرح می‌شود، آن است که آیا مدلول ماده ۶۹۸ قانون مدنی که می‌گوید: بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یک قانون امری است^۴ و در نتیجه آیا افراد جز در

۱. اگرچه لایحه اصلاح قانون تجارت با بیش از یکهزار ماده ظاهراً از سوی دولت به مجلس شورای اسلامی ارسال شده است. اما، مقررات ناظر به ضمانت که در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به بعد قانون تجارت وجود دارد، به این نحو در لایحه پیشنهادی دیده نمی‌شود و بعید به نظر می‌رسد مفاد مواد مزبور در باب ضمانت کماکان باقی بماندو احتمال حذف آن بیشتر است.

۲. ر.ک: حائری، مسعود، *تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی «اصل آزادی قراردادهای»*، چ دوم، پاییز ۱۳۷۳، چاپ و صحافی مؤسسه کیهان، ص ۱۱۵.

۳. ر.ک: دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۴۴ به بعد، دکتر امامی، سیدحسن، همان، ص ۲۵۳.

۴. قانون امری، قانونی است که اراده افراد در صورتی که برخلاف آن باشد، بی‌اثر است، خواه آن قانون به صورت امر باشد، خواه به صورت نهی (دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمیمولوژی حقوق*، همان، ص ۵۱۹).

مواردی که قانون ضمانت تضامنی را تجویز نموده است، نمی‌توانند با توافق یکدیگر ضمانت تضامنی را ایجاد کنند؟ به بیان دیگر، اگر مدلول ماده مزبور آمره باشد، تراضی افراد بر ضم ذمه به ذمه حتی براساس ماده ۱۰ قانون مدنی باطل خواهد بود و در نتیجه ضمانت تضامنی هم باطل است. زیرا، هدف از ضمانت تضامنی، توافقی است که نتیجه آن ایجاد حالت تضامن باشد. اما، اگر مدلول ماده یاد شده، آمره نباشد، ضمانت تضامنی صحیح خواهد بود و همان‌گونه که برخی گفته‌اند: در حال حاضر جامعه ما مدلول ماده ۶۹۸ قانون مدنی را قانون امری تلقی نمی‌کند و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی در قراردادهای مخصوصاً قراردادهای بانکی، ضمانت تضامنی را پذیرفته‌اند و دادگاه‌ها و اجرای ثبت هم صحه بر آن قراردادهای نهاده‌اند.^۱ بنابراین، در صحت ضمانت تضامنی از این لحاظ تردید و مانعی باقی نمانده و عرف جامعه ما هم به راحتی آن را پذیرفته است. به علاوه، چنین ضمانتی خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی نیز تلقی نمی‌شود.

از اطلاق ماده ۱۰ قانون مدنی هم مستفاد می‌شود که طرفین پیمان، اختیار دارند قرارداد خود را تحت هر عنوانی که تمایل داشته باشند، منعقد نمایند. منتها همان‌گونه که اشاره شد، قانون مدنی آثار و شرایط برخی از عقود معین را که رایج و دارای اهمیت ویژه بوده (نظیر بیع و اجاره)، بیان کرده است. ولی، در نهاد حقوقی ماده ۱۰ مزبور، افراد تا حد زیادی آزادند با توجه به ضرورت‌ها و مصالح خویش توافقات و تعهداتی را به وجود آورند که یا در قالب عقود معین نمی‌گنجد و یا کاملاً با آنها قابل انطباق نیست.

بنابراین، می‌توان گفت: در صورت ورود ایراد به ضمانت مندرج در قانون تجارت و یا حذف مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به بعد قانون تجارت (در لایحه اصلاح قانون تجارت) و به بیان دیگر، فقدان قانونی صریح در نظام حقوقی ما، باز هم طرفین اختیار دارند براساس ماده ۱۰ قانون مدنی، در قرارداد خصوصی مدنی خود، ایجاد ضمانت تضامنی نموده و حتی نحوه مطالبه را هم قید کنند که مثلاً بستانکار بتواند از هر یک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد طلب

خود را مطالبه نماید و یا آنکه در صورت نپرداختن مضمون عنه، وی حق داشته باشد مطالبات خود را از ضامن مطالبه و دریافت کند. به طوری که بعضی حقوقدانان دلیل بر این امر را عموم مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و ذیل ماده ۶۹۹ قانون مزبور دانسته و معتقدند که به اتکاء این ماده (ماده ۱۰ ق.م.) می‌توان مستقلاً تعهد تضامنی نمود.^۱

رویه دادگاه‌ها راجع به ضمان تضامنی مدنی، رویه روشن و مسلمی نیست و هرچند معمولاً چنین ضمانتی را می‌پذیرند.^۲ ولی، گاهی دیده شده دادگاه بدوی در مورد مشابه آن را قبول نکرده و شعبه دیوان عالی کشور هم بر این امر صحه گذارده است. به عنوان نمونه؛ در پرونده کلاسه ۵۱۸/۷۱، شعبه ۱۶ دادگاه حقوقی یک تهران، دادرس دادگاه در رأی خود می‌نویسد: ... و چون به موجب تعهدنامه رسمی... خواننده ردیف دوم ضمانت پرداخت هزینه‌های انجام شده را نموده و قبول مسئولیت تضامنی خواننده ردیف اول با خواننده ردیف دوم برخلاف مقررات مربوط به ضمانت مندرج در قانون مدنی ایران که از قواعد آمره (است) به عمل آمده، لذا مستنداً به ماده ۶۹۸ قانون مدنی، ذمه خواننده ردیف اول بری می‌باشد و دعوی خواهان علیه مشارالیه‌ها محکوم به رد است. در خصوص دعوی خواهان به طرفیت خواننده ردیف دوم... مستنداً به ماده ۶۸۴ قانون مدنی، نامبرده محکوم است مبلغ ... ریال بابت اصل خواسته در حق خواهان پرداخت نماید. با تجدیدنظرخواهی خواهان، شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۱۷/۷۰۳ مورخ ۷۴/۱۲/۲۸، با اکثریت آراء چنین رأی می‌دهد: اعتراضات تجدیدنظرخواه با توجه به محتویات پرونده و رسیدگی‌هایی که به عمل آمده وارد نیست و رأی دادگاه با توجه به محتویات پرونده بنا به جهات و دلایلی که در دادنامه ذکر گردیده با توجه به اوضاع و احوال قضیه مغایرتی با موازین شرعی و قانونی ندارد و از لحاظ رعایت اصول دادرسی نقص عمده‌ای به نظر نمی‌رسد بنا به مراتب با رد

۱. ر.ک: دکتر امامی، سیدحسن، همان، ص ۲۵۳ و ۲۸۳.

۲. شعبه سوم دادگاه حقوقی یک اصفهان در پرونده کلاسه ۳/۱۱۵/۷۱ ح ۱ و شعبه ۲۵ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران در پرونده کلاسه ۳۱۳/۲۵/۸۴ در مورد مشابه، حکم به محکومیت تضامنی متعهد و ضامن صادر کرده‌اند. در نهایت، این آراء تأیید قطعی شده است.

اعتراضات تجدیدنظرخواه، دادنامه تجدیدنظر خواسته را ابرام می‌نماید.

اما در جای دیگر می‌خوانیم: هرگاه طرفین در موقع تنظیم اجاره‌نامه نظر به ضمانت مذکور در ماده ۶۹۸ قانون مدنی نداشته باشند تا ذمه مضمون عنه (مستأجر) در مقابل مضمون له (موجر) بری و ذمه ضامن مشغول گردد، بلکه با استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی مستأجر و متعهد در مقابل موجر متعهد انجام مقررات مذکور در اجاره‌نامه و پرداخت مال‌الاجاره را کرده باشند، چنین تعهدی مانع قانونی نخواهد داشت. (حکم ۲۴۲ - ۱۳۲۷/۲/۱۵ شعبه ۴ - مجموعه متین، قسمت حقوقی، ص ۲۹۵)^۱

در هر حال نکته جالب آن است که در این خصوص (به دلایلی) دیده نشده است، رأی وحدت رویه‌ای از سوی دیوان عالی کشور صادر شده باشد.

اگر قرار باشد در شرایط فعلی یکی از دو مبنا، یعنی ماده ۱۰ قانون مدنی یا ماده ۴۰۳ قانون تجارت را برای ایجاد ضمانت تضامنی عرضی و مسؤولیت مشترک ضامن و مدیون در حقوق مدنی کشورمان برگزینیم. با استفاده از تعریف «عقد» مندرج در ماده ۱۸۳ قانون مدنی (ماده ۱۸۳ قانون مدنی: عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. و عموماً موجود در ماده ۱۰ قانون مدنی هم می‌توان، از بدهکار ضمانت تضامنی کرد یا تعهد تضامنی ایجاد نمود، و حتی در مورد ضمان طولی، از قسمت اخیر ماده ۶۹۹ قانون مدنی یاری طلبید. (ماده ۶۹۹ قانون مدنی: تعلیق در ضمان، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد). و شاید در همین راستا و وجود ماده ۱۰ قانون مدنی بوده است که بعضی از نویسندگان به ایجاد ضمان تضامنی مدنی، براساس قانون تجارت ایراد نموده و نوشته‌اند: ... دلیل مستخرج از قانون تجارت دلیل بی‌اساسی است، زیرا که در مقابل احکام قانون مدنی، احکام قانون تجارت احکام استثنایی است و برای حکم در دعوی حقوقی نمی‌توان به احکام قانون تجارت استناد نمود، و حال

آنکه برعکس برای حکم در دعاوی تجارتي حاکم قضیه مکلف است که اگر در قانون تجارت حکم خاصی نباشد به احکام قانون مدنی مراجعه نموده و قضیه را مطابق احکام مزبوره قطع و فصل کند. بنابراین اگر واضعین قانون تجارت نظر به مصالح خاصی که مربوط به تأمین حسن جریان امور تجارتي می‌باشد از اصل کلی انحراف جسته و یک نوع ضمان ضم ذمه به ذمه را قبول نموده‌اند این انحراف نباید دلیل بر این گردد که در غیر مورد منصوص هم از اجرای اصل کلی انصراف شود.^۱ البته به نظر می‌رسد به بخشی از این نظریه ایراد وارد است که در اثنای بحث راجع به مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به بعد قانون تجارت به آن خواهیم پرداخت. بنابراین، در ادامه به مبنای دوم، یعنی مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به بعد قانون تجارت می‌پردازیم و دلایل توجیهی این مواد را برای ایجاد ضمان تضامنی مدنی، مطرح خواهیم کرد. اگرچه، همان گونه که قبلاً اشاره شد، ممکن است این مواد در لایحه اصلاح قانون تجارت حذف و از نظام حقوقی ما خارج شود.^۲

ب - مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت و ضمانت تضامنی مدنی

اگر ضمان عقدی مندرج در قانون مدنی بیشتر بر مبنای کمک به بدهکار و تسامح و احسان نسبت به او وضع شده است. باب ضمان قانون تجارت عمدتاً بایستی برای کسب سود و مساعدت به بستانکار تصویب شده باشد تا در صورت فرار، اعسار یا ورشکستگی مدیون، طلبکار بتواند مطالبات خود را از ضامن یا ضامنین او هم بگیرد. هرچند این گونه نیست و حتی از ظاهر ماده ۴۰۲ این قانون اصل نقل ذمه به ذمه استنباط می‌گردد، مگر آنکه تصریح به ضمان شده باشد و چون قانون تجارت (مصوب سال ۱۳۱۱) بعد از جلد اول قانون مدنی (مصوب سال ۱۳۰۷) تصویب شده، شاید مراد مقنن از وضع ۱۰ ماده مندرج در ضمان قانون تجارت این هم بوده است که تضامن را در قالب قرارداد غیرمعتین بپذیرد و به

۱. مصطفی عدل، حقوق مدنی، همان، ص ۴۶۰.

۲. برای ملاحظه متن پیشنهادی لایحه اصلاح قانون تجارت ر.ک: www.irtp.com/farsi/gt؛ یا: لایحه اصلاح قانون تجارت «فرایند و اصول تدوین و نوآوری‌ها» دفتر مطالعات اقتصادی (معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی)، خرداد ۱۳۸۴. ضمناً این لایحه برای تصویب به مجلس شورای اسلامی ارسال گردیده است.

سکوت قانون مدنی راجع به ضمانت تضامنی سروسامان و پایان دهد. بنابراین، به ضمانت‌های تجاری، توجه ویژه‌ای نشده است. اما، در اصلاحات پیشنهادی قانون تجارت و در اولین ماده باب ضمانت مندرج در لایحه اصلاح قانون تجارت^۱، یعنی ماده ۱۲۲ آن (اگر به همین نحو تصویب گردد)، آمده است: ضمانت ناشی از فعالیت‌های تجاری ممکن است عادی یا مستقل باشد. ضمانت تجاری تابع احکام این باب است، مگر اینکه در قرارداد به نحو دیگری توافق شده باشد. و ماده بعدی آن (۱۲۳)، ضمانت تجاری را تضامنی دانسته و مقرر نموده است: ضمانت تجاری تضامنی است، بدین معنی که مضمون له می‌تواند همزمان به ضامن و متعهد اصلی رجوع کند یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم انجام تعهد برای تمام یا بقیه تعهد به دیگری رجوع کند. مگر اینکه در قرارداد شرط دیگری شده باشد. بدین ترتیب، می‌بینیم آنچه مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ راجع به ضمانت تضامنی طولی و عرضی بیان نموده، در اصلاحیه پیشنهادی قانون تجارت نیامده و در واقع ضمانت مندرج در این قانون پیشنهادی به ضمانت تجاری اختصاص یافته است. (فقط از مفاد ماده ۴۰۳ قانون تجارت، برای ساختن تعریف ضمانت تضامنی در لایحه پیشنهادی بهره‌برداری شده است)، با این حال، چون این قانون تاکنون به تصویب نرسیده و کماکان مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت اعتبار دارد، ما نیز ناگزیر براساس قانون لازم‌الاجراء، بحث خود را ادامه خواهیم داد و تنها به این نکته اشاره می‌کنیم که اگر، مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت را اساس ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی بدانیم، با حذف این مواد و منبع از نظام حقوقی کشورمان، به ناچار بایستی به مبنای دیگری که عمدتاً ماده ۱۰ قانون مدنی است، مراجعه نماییم.

در قانون تجارت ما، ۱۰ ماده ۴۰۲ لغایت ۴۱۱ به ضمانت اختصاص یافته است. این مواد نشان می‌دهد که در قانون مزبور، به صراحت ضمانت تضامنی پذیرفته شده است. به طوری که ماده ۴۰۲ آن مقرر می‌کند: ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو^۲ 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 سپس ماده ۴۰۳ این قانون همه تردیدها را رفع نموده و با روشنی می‌گوید: 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. یعنی، در واقع، حکم ضمانت تضامنی در قانون یا قرارداد و آثار ضمان مزبور را این مواد مطرح و پیش‌بینی کرده‌اند. مع‌ذلک، نمی‌توان گفت بدون وجود ضمان تضامنی، بیان حکم آن، قابل توجیه است.

حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا این آزادی اراده و قرارداد که در باب ضمان قانون تجارت وجود دارد و به موجب آن براساس اراده طرفین قرارداد، به سهولت می‌توان ضمانت تضامنی به وجود آورد، مخصوص اعمال تجاری و ضمانت تجاری است، یا می‌توان حکم آن را به قراردادهای مدنی هم گسترش داد و معتقد بود که بر مبنای ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، ممکن است ضمان تضامنی را در حقوق مدنی هم برقرار کرد؟ به نظر می‌رسد که پاسخ به این پرسش، منفی نیست، و از لحن این مواد به خوبی مستفاد می‌شود که ایجاد ضمانت تضامنی چه در اعمال تجاری و چه در غیر آن ممکن خواهد بود. به بیان دیگر، ماده ۴۰۲ و خصوصاً ماده ۴۰۳ مذکور، مینا و راهنمای مناسبی برای ایجاد ضمانت تضامنی به شمار می‌رود و تراضی طرفین پیمان ضمان می‌تواند به جای انتقال ذمه به ذمه، ذمه ضامن را ضمیمه ذمه مدیون سازد و تضامن را در چهارچوب قرارداد غیرمعیّن بپذیرد.

همان‌گونه که اشاره شد و برخی اساتید هم تقسیم‌بندی کرده‌اند؛ ضم ذمه به دو گونه ممکن است انجام شود: ۱ - تعهد ضامن به عنوان وثیقهٔ دین باشد، بدین ترتیب که، مضمون له ابتدا برای وصول طلب خود به مدیون اصلی رجوع کند و اگر به نتیجه نرسد، به مدیون تبعی (وثیقه) مراجعه نماید. ۲ - تعهد ضامن و مضمون عنه در عرض یکدیگر قرار

گیرد، مضمون عنه مدیون و ضامن مسؤؤل تأدیه باشد و طلبکار بتواند به هر کدام که بخواهد برای تمام یا بخشی از دین رجوع کند. در این فرض، می‌گویند ضامن و مضمون عنه مسؤولیت تضامنی دارند. این دو نوع ضمان، از حیث رابطه مضمون له با ضامنان، دارای قواعد مشترک فراوانی است.^۱

به هر حال هدف نهایی از تدوین مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت که تقسیم‌بندی فوق نیز به نحوی از این مواد سرچشمه گرفته شده است، ظاهراً وارد نمودن صفت تضامن در قراردادهای خصوصی تجاری و مدنی و خارج ساختن اثر نقل ذمه به ذمه، به موجب آنها بوده است.

در نوع نخست (برخلاف نقل ذمه به ذمه) دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل نمی‌شود. بلکه، تعهد ضامن به عنوان وثیقه دین است. و در واقع، ذمه ضامن، ضمیمه ذمه مضمون عنه می‌گردد، و در نتیجه این دو، در طول هم، در مقابل مضمون له مسؤؤل پرداخت دین می‌شوند. به بیان دیگر، پس از بسته شدن عقد، مضمون له نمی‌تواند ابتدا به ضامن رجوع نماید، بلکه بایستی نخست به مضمون عنه رجوع کرده و چنانچه به سببی از اسباب، موفق به وصول مطالبات خود نگردید، برای دریافت طلب به ضامن مراجعه می‌نماید. قبول چنین ضمانتی به نحوی در قانون مدنی آمده، ولی در قانون تجارت، بالصراحه به آن پرداخته شده است، ماده ۶۹۹ قانون مدنی در این خصوص می‌گوید: تعلیق در ضمان، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد. یعنی در قسمت اخیر این ماده، ضامن تأدیه دین خود را موکول به عدم پرداخت مدیون اصلی یا امر دیگری می‌نماید. یا ماده ۷۲۳ همان قانون مقرر می‌کند: 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. این نوع التزام هرچند شبیه ماده ۶۹۹ یاد شده است.

اما، ضمن عقد لازم التزام صورت می‌گیرد و همان گونه که گفته شد این التزام ضمان نیست.^۱

به هر صورت، صراحت ماده ۴۰۲ قانون تجارت در خصوص این نوع ضمان، تردیدها را برطرف کرده است و قصد و اراده مشترک و تراضی طرفین می‌تواند نوع ضمان را اعم از نقل ذمه، عرضی و یا طولی تعیین نماید و اثر یا صفت ضمان نقل ذمه به ذمه را که از ماده ۶۸۴ و خاصه ۶۹۸ قانون مدنی استنتاج می‌شود، از آن سلب نموده، قرارداد مخصوص یا ضمانت‌نامه با خصوصیت ضمان طولی یا عرضی را به وجود آورد.

قسم دیگر ضمان که در ماده ۴۰۳ قانون تجارت درج شده، ضمان تضامنی عرضی است. برای یادآوری و سهولت دسترسی به این ماده، یک بار دیگر آن را مرور می‌کنیم: 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. یعنی مضمون عنه (مدیون اصلی) و ضامن یا ضامنین، همه مسؤول تأذیه دین به طلبکار می‌باشند و بستانکار می‌تواند به هر کدام که بخواهد برای تمام یا بخشی از دین رجوع کند. این ماده، علاوه بر اینکه حکم ضمان تضامنی را در قرارداد خصوصی بیان نموده، تصریح می‌کند که تضامن ممکن است به موجب قانون خاص هم وجود داشته باشد. مثل مسؤولیت ضامن و متعهد در اسناد تجاری که در ماده ۲۴۹ قانون تجارت ذکر شده و یا در قوانین و مقررات گوناگون به وفور یافت می‌شود و در گفتار گذشته نمونه‌هایی از آن را ملاحظه کردیم. بنابراین، همان‌طور که قبلاً نیز بیان گردید، طرفین قرارداد می‌توانند از قواعد نقل ذمه، صرف‌نظر کنند و مسؤولیت تضامنی را در پیمان خود پیش‌بینی نمایند. این نتیجه را با کمک ماده ۱۰ قانون مدنی نیز می‌توان گرفت. مع‌ذلک، در شرایط کنونی، اگر بخواهیم

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ج اول: تابستان ۷۷، نشر دادگستر، ص

یکی از دو مبنا را برای این امر انتخاب نماییم، به نظر می‌رسد راه‌حل موجود در ماده ۴۰۳ قانون تجارت، شیوه مناسب‌تر و موجه‌تری است که پاره‌ای از دلایل توجیهی آن را در ادامه خواهیم دید.

ایراد نشود که ضمانت تضامنی مندرج در قانون تجارت، حکمی استثنایی و ویژه ضمانت تجارتي است و در قراردادهای خصوصی مدنی کاربرد ندارد یا خلاف قانون و شرع مقدس است. زیرا، اولاً، عبارت: «قراردادهای خصوصی» درج شده در ماده ۴۰۳ قانون تجارت، به طور مطلق آمده است و از این جهت می‌تواند هم شامل قرارداد خصوصی مدنی و هم قرارداد خصوصی تجاری شود. چون مقنن بعد از «قراردادهای خصوصی» قید مدنی یا بازرگانی را به کار نبرده است. یعنی، این قراردادها مقید نشده‌اند. پس دایره مشمول قراردادهای خصوص، علاوه بر قرارداد خصوصی تجاری، قرارداد خصوصی مدنی را هم دربرمی‌گیرد. وانگهی، اگر این اطلاق را نادیده بگیریم و بی‌دلیل آن را مقید به قراردادهای خصوصی تجاری کنیم، ترجیح بلامرغح نموده‌ایم که امری منطقی و پسندیده نیست. بدین ترتیب، نتیجتاً ماده ۴۰۳ قانون تجارت این مفهوم را هم درخود دارد: در کلیه مواردی که موافق قراردادهای خصوصی مدنی، 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.

ثانیاً، اگرچه مناسب است هر قانونی در جایگاه خاص خود قرار گیرد و هنگام تدوین و تصویب این نکته رعایت شود. مثلاً قوانینی که جنبه مدنی دارند، در قالب و مجموعه قانون مدنی تصویب یا اصلاح شوند و قوانینی که چهره بازرگانی دارند، حتی‌الامکان در قانون تجارت منظور شوند و یا قوانینی که دارای اعتبار دائمی می‌باشند، طبق تبصره‌های قانون بودجه که معمولاً دارای اعتبار موقت و سالیانه هستند، تصویب نگردند. مع‌ذک، چنانچه به

دلایلی این امر تحقق پیدا نکرد،^۱ نباید ادعا نمود که این قبیل قوانین چون در مجموعه یا جایگاه مناسب خود قرار نگرفته‌اند، پس فاقد اعتبار لازم می‌باشند و یا نمی‌توان به آنها در جای دیگری استناد کرد. یعنی، این امر بستگی به دایره شمول قانون و اهداف قانون‌گذار دارد. وانگهی در مورد موضوع مورد بحث ما، همان‌گونه که اشاره شد، ضمانت تضامنی مندرج در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت، اختصاص به ضمانت تضامنی تجارتنی ندارد که باب ضمانت لایحه پیشنهادی اصلاح قانون تجارت هم می‌تواند دلیلی بر این امر تلقی شود. بنابراین، درج مواد ۴۰۲ به بعد قانون تجارت، در قانون یاد شده، مانع نمی‌شود که احکام عام و مطلق آن را در قراردادهای غیرتجاری (مدنی) هم جاری و ساری کنیم و در اینجا مهم مفاد، مفهوم و دایره شمول قانون است، نه اینکه در چه مجموعه‌ای به تصویب رسیده است که آن در مراتب بعدی اهمیت قرار خواهد داشت.

ثالثاً، آن‌گونه که برخی از فقها نوشته‌اند: کسی نمی‌تواند ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت ایران را به استناد اجماع و غیره خلاف شرع بداند، زیرا اولاً اطلاقات و روایات باب ضمان شامل آنها می‌گردد و بر فرض عدم دلالت شامل «اوفوا بالعقود» می‌شود. مضافاً بر اینکه مسأله تبعدی نیست و رأی عقلاً نیز برخلاف نظریه نقل ذمه به ذمه می‌باشد.^۲

رابعاً، اگر ماده ۱۰ قانون مدنی، چهارچوب مناسب و کافی و وافی برای ایجاد ضمان تضامنی طولی و عرضی بود و می‌توانست از این جهت پاسخگوی نیازهای حقوقی جامعه باشد، ضرورتی نداشت قانون‌گذار، امکان به وجود آوردن چنین ضمانتی را در قانون تجارت و در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به بعد آن بیان کند. البته اگر مفاد این مواد، در لایحه اصلاح قانون تجارت، برای قراردادهای خصوصی مدنی پیش‌بینی نشود؛ این توجیه درآینده، ضمانت

۱. به عنوان نمونه: طبق تبصره ۳۷ لایحه بودجه سال ۱۳۵۸، از اول مهرماه ۱۳۵۸ سازمان انرژی اتمی ایران، از نظر مقررات مالی تابع قانون محاسبات عمومی و از نظر مقررات استخدامی تابع قانون استخدام کشوری خواهد بود. (طبق ماده ۱۲۳ قانون برنامه سوم توسعه... سازمان مزبور، از این جهات تابع مقررات خاص شده است).

۲. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، عقد ضمان، ناشر پژوهشکده امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی، چ اول، زمستان ۱۳۸۰، صص ۶۹ و ۷۰.

تضامنی را در قراردادهای خصوصی با صفت مدنی، با مشکل مواجه خواهد نمود. بنابراین، مناسب است قانون‌گذار این خلاء را در قانون مدنی و غیره رفع نماید. در هر حال، تا زمانی که مواد یاد شده در قانون تجارت موجود می‌باشد، راه برای ایجاد ضمان تضامنی طولی و عرضی در حقوق مدنی هموار است و این مواد شیوه مناسبی برای ایجاد ضمان تضامنی در قراردادهای خصوصی مدنی به شمار می‌رود.

پ - ادله و توجیحات درست بودن ضمانت تضامنی مدنی

در اثنای بحث‌های گذشته و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی و مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، به پاره‌ای از دلایل و توجیحات صحت ضمان تضامنی در قراردادهای خصوصی مدنی اشاره کردیم. لذا، در اینجا بدون اینکه ادله و جهات این امر را احصاء نماییم، به برخی موارد و توجیحات دیگری که برای صحت این تأسیس حقوقی قابل طرح است، می‌پردازیم:

بخشی از این ادله، چهره فقهی دارد و بعضی حقوقی است. به علاوه، برخی از ایرادات و شبهات در این راستا مطرح گردیده که پاسخ به آنها نیز در حد وسع و امکان ضروری است. در واقع، باز هم سؤال این است که، آیا کسی یا کسانی می‌توانند تعهد نمایند که در ردیف مضمون عنه و مدیون همان دین قرار گیرند تا در صورت لزوم بستانکار به هر کدام از آنان که بخواهد یا به همه آنها هم زمان مراجعه کند و کل طلب را از هر یک از آنها، مطالبه و دریافت نماید؟

اگر به تاریخ عرب قبل از اسلام، دوران جاهلیت و نظام‌های قبیله‌ای توجه کنیم، گفته شده: در اسلام، اصل ضمان به عنوان یک مسأله عقلایی پذیرفته شده است و در واقع، حکم امضایی اسلام محسوب می‌شود، اما کیفیت و نحوه انعقاد این عقد مشخص نشده است. واقعیت آن است که این نهاد حقوقی در بسیاری از کشورها در زمینه حقوق مدنی و تجارت و غیره رواج داشته و اختصاص به مکان معینی ندارد.^۱

از جهت دلیل نقلی، مجموع روایاتی که در مورد ضمان آمده و از نصوص یا ظواهر

۱. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، *عقد ضمان*، همان، ص ۵ و نیز ر.ک: محقق داماد، سیدمصطفی، *ضمان عقودی*، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی «حق»، دفتر یازدهم - دوازدهم، ۱۳۶۶،

آنها، نقل ذمه به ذمه مستفاد می‌شود (در جای خود به برخی از این احادیث اشاره می‌کنیم)، روایات مزبور عمدتاً ناظر به ضمان از متوفی و مفید براءت ذمه مضمون عنه، پس از قبولی و انعقاد عقد ضمان بوده که در اوضاع و احوال خاص میت رخ داده است. بنابراین، تعمیم آن به ضمانت تضامنی و قراردادهای خصوصی مدنی و حتی سوداگران و اعمال تجارتهی آنان کمی مشکل خواهد بود.

پاسخ به ایرادات شرعی را به فصل دیگر و اقوال فقیهان امامیه و اهل سنت واگذار می‌کنیم و در اینجا تنها می‌گوییم که: اولاً: اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند، و همان‌طور که می‌دانیم نسبت دادن صفتی به شیء خاص، به مفهوم نفی صفت دیگر نیست. پس اگر از احادیث نقل ذمه به ذمه استنباط می‌شود یا این صفت ضمان، از روایات مربوطه برداشت می‌گردد، این مفهوم به آن معنا و دلیل نیست که صفت ضمان تضامنی نفی شده باشد. ثانیاً، با فوت مدیون اصلی و فقدان وی، ضمانت تضامنی با او، در واقع منتفی بوده است. به بیان دیگر، چون پس از فوت، مدیون اصلی دیگر وجود نداشته تا با ضامن، تضامناً مسؤول پرداخت بدهی باشد. ناگزیر در آنجا و طبق احادیث، ضمان از نوع نقل ذمه به ذمه واقع گردیده است.

از عموماً آیات و روایات و قواعد مانند: *أوفوا بالعقود*^۱، قاعده مشهور: *العقود تابعة للمقصود*^۲ (یا *العقود تابعة للقصد*)، یعنی عقدها از نظر اثری که باید داشته باشند، تابع قصد طرفین عقد هستند، یا قاعده دیگری که مقرر می‌کند: *الاعمال بالنیة*^۳ (یا: *انما الاعمال بالنیات*)، دلالت دارد که عقد پیرو اراده باطنی افراد است و نمی‌توان گفت اراده طرفین پیمان تنها بایستی در چهارچوب عقود معینتی مانند بیع و صلح و اجاره باشد تا تجلی پیدا کند و لازم‌الوفاء گردد. بلکه، اصولی مانند آزادی انتخاب نوع عقد، صحت قرارداد و رضایی

۱. قرآن مجید، بخشی از آیه ۱ سوره مائده.

۲. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، همان، ص ۷۷۹.

۳. نهج الفصاحه، مجموعه *کلمات قصار حضرت رسول (ص)*، ابوالقاسم پاینده، سازمان انتشارات جاویدان، چ شانزدهم ۱۳۶۱، ص ۷۱.

بودن آن و آیات و روایات و قواعد یاد شده حکم می‌کند که هرگاه در درست بودن و یا بطلان قراردادی تردید شود، باید آن را صحیح بدانیم، مگر آنکه صریحاً مخالف شرع و قانون باشد. بنابراین، به صرف احتمال باطل بودن قرارداد یا مخالف بودن آن با قانون، نمی‌توان به نافذ نبودن آن نظر داد. بلکه همان گونه که ماده ۱۰ قانون مدنی هم پیش‌بینی کرده است، قرارداد مشکوک و حتی مخالفت ضمنی قانون با پیمان، برای عدم نفوذ آن کافی نیست و صرفاً قراردادهایی غیرنافذ هستند که مخالف صریح قانون باشند.

وانگهی، اگر معتقد باشیم که عقد ضمان تنها، این خاصیت را دارد که ذمه مدیون اصلی را بری می‌کند و اثر ضمان فقط نقل ما فی الذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن است؛ این امر در جاهایی نقض غرض و مخالف مطلوب و اراده باطنی افراد، به ویژه مضمون له می‌باشد؛ چون در این حالت، بین وضعیت فعلی و گذشته دائن چندان تفاوتی حاصل نمی‌گردد و از طرفی منظور ضامن در ضمانت تضامنی از قبول ضمانت این نبوده است که خود مستقیماً مدیون مضمون له بشود. بلکه، قصد وی عمدتاً این بوده که برای مدیون ایجاد اعتبار و تحصیل تضمین نماید و در واقع در کنار مضمون عنه قرار گرفته و در صورت عدم پرداخت دین یا عدم انجام تعهد، اقدام به تأدیه دین بدهکار اصلی و یا پرداخت هزینه و خسارت ناشی از استتکاف از عدم انجام تعهد او نماید و اگر غیر از این باشد، چه بسا، افراد حاضر به ضمانت از دیگری نمی‌شوند. لذا، می‌توان گفت: در اینجا به قانون‌گذار ایراد وارد است که با سکوت خود موجب متروک ماندن این قسمت از قانون مدنی شده است (نقل ذمه) و از سوی دیگر، با عنایت به اینکه چنین روشی با اصل صحت و رضایی بودن قراردادهای عرف و عادت مسلم جامعه همخوانی نداشته و ندارد و نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای افراد جامعه گردد؛ مقنن تلاش نموده با اتخاذ روش‌هایی کم‌رنگ و تصنعی و غیرمستقیم، به نحوی نتیجه ضم ذمه به ذمه را در قانون مدنی هم پیش‌بینی کند. چنانکه «ذیل ماده ۶۹۹ این قانون، تعلیق در التزام به تأدیه و نیز در ماده ۷۲۳ همان قانون، التزام به تأدیه را به نحو معلق در ضمن عقد لازم به گونه‌ای پذیرفته است و این امر

نشان می‌دهد که قانون‌گذار به ضمانت تضامنی هم هنگام تدوین قانون مدنی توجه داشته و در واقع تمهیداتی اندیشیده است تا مردم بتوانند با همین مقررات موجود هم به نتایج ضمانت تضامنی دسترسی پیدا نمایند. مع ذلک، آن را به دلایلی کامل نکرده است.

در بحث‌های گذشته دیدیم که مقررات مربوط به ضمان در حقوق ما، از قواعد امره و مربوط به نظم عمومی نیست تا نتوان برخلاف آن شرط نمود. حال این پرسش مطرح می‌شود که با توجه به پذیرش نقل ذمه به ذمه در فقه و قانون مدنی ما، آیا ایجاد ضمانت تضامنی در قراردادهای مدنی، برخلاف مقتضای ذات عقد ضمان به شمار نمی‌رود؟ می‌دانیم منظور از مقتضای ذات عقد عبارت است از: اثری که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهد، مانند انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است.^۱ به بیان دیگر: شرطی با مقتضای عقد مخالف است که آن موضوع، اساسی، یا اثر اصلی معهود را نفی کند: مانند اینکه در عقد بیع شرط شود که زمین مورد معامله وقف بر بیماران باشد (شرط نتیجه)، یا در عقد نکاح شرط شود که رابطهٔ جنسی شوهر با زن ممنوع است.^۲

به بیان دیگر، مقتضای ذات هر عقدی جوهر و مایه اصلی آن عقد است که اگر از عقد گرفته شود، اثر عرفی و قانونی آن از میان می‌رود. بنابراین، مقتضای ذات عقد ضمان، تابع اراده و قصد مشترک طرفین خواهد بود که به منظور ایجاد ضمانت تضامنی طولی یا عرضی و پرداخت دین به طور تضامنی و در نهایت برای پرداخت طلب بستانکار، تحقق پیدا کرده است. پس اگر در عقد، شرط ضمانت تضامنی بشود، عرفاً و قانوناً نمی‌توانیم بگوییم که عقد ضمان واقع نشده یا این ضمان باطل است. بدین ترتیب و نتیجتاً، ایجاد ضمان تضامنی خلاف مقتضای ذات عقد ضمان نیست که شرعاً یا قانوناً به آن ایرادی (از این لحاظ) وارد گردد. به بیان روشن‌تر، اگر طرفین چنین پیمانی، توافق نمایند که ضامن یا ضامنین در برابر طلبکار، مسؤولیت تضامنی داشته باشند، حاکمیت اراده آنان را باید محترم شمرد و ضمانتی که در آن ضامن و مدیون اصلی هر دو متعهد به پرداخت دین هستند را

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، همان، ص ۶۷۷

۲. کاتوزیان، دکتر، *نظام حقوقی عقود و تعهدات*، تهران، ۱۳۲۳

صحیح دانست. چون انتقال دین مقتضای ذات عقد و لازمه مفهوم عقد ضمان نمی‌باشد تا ایجاد ضمانت تضامنی مخالف ذات و این مفهوم به شمار آید. فلذا، اگر مثلاً در قراردادی طرفین توافق نمودند که مضمون عنه به تعهد خود عمل کند و نیازی به مراجعه به ضامن یا ضامنین پیش نیاید منتها عرفاً ضامن گردند تا وثیقه دین باشند و متعهدله با خیالی آسوده و امی به متعهد اصلی بپردازد یا در مورد او سرمایه‌گذاری کند و یا به طریقی امکانات برای او فراهم نماید، این گونه ضمان، نوعی وثیقه شخصی تلقی می‌شود و در عین حال ضامن یا ضامنین هم در کنار متعهد اصلی، در برابر طلبکار متعهد می‌شوند تا در صورت اقتضاء، متعهدله بتواند به هر یک از متعهد اصلی، ضامن یا ضامنین برای تمام یا بخشی از مطالبات خود مراجعه نماید، و هر یک از این افراد پاسخگویی تمام طلب باشند؛ این امری باطل و خلاف مقتضای ذات عقد محسوب نخواهد شد.

اما، ایجاد ضمانت تضامنی مدنی، برخلاف اطلاق عقد به شمار می‌رود. زیرا، در حقوق مدنی ایران، مقتضای اطلاق عقد ضمان (همان گونه که ماده ۶۹۸ قانون مدنی بیان می‌کند: بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود)، نقل ذمه به ذمه است و چون شرط مقتضای اطلاق عقد باطل یا مبطل عقد نیست، به قرارداد ضمانت تضامنی مدنی، اگرچه خلاف اقتضای اطلاق عقد ضمان در قانون مدنی است، از این نظر اشکالی وارد نیست، به طوری که گفته‌اند: تراضی دو طرف می‌تواند ضمان را به صورت وثیقه اعتباری دین درآورد یا مقرر دارد که طلبکار باید ابتدا به مدیون رجوع کند (ماده ۶۹۹ ق.م) ماده ۶۹۸ اثر ضمان مطلق را بیان می‌کند و قاعده‌ای است تکمیلی و برخلاف آن می‌توان شرط کرد.^۱ و در مقررات نیز به وفور دیده می‌شود که مقنن ضمان تضامنی را برای متعهدان پرداخت یک دین پیش‌بینی کرده است و کسی به آنها از این جهت، ایرادی وارد نمی‌نماید. (مانند مواد ۴۰۲ لغایت ۴۰۴ ق.ت).

بحث یاد شده را به این نحو هم می‌توان مطرح کرد که نقل ذمه به ذمه اقتضای اطلاق عقد ضمان است، نه اقتضای ذات آن عقد. بدین ترتیب، توافق برخلاف اقتضای اطلاق عقد، آن گونه که دیدیم با قواعد آمره مخالفتی ندارد و مواردی که در قانون مدنی برای عقد مزبور پیش‌بینی شده است، از قواعد آمره تلقی نمی‌شود. بنابراین، چنانچه توافقات و اراده طرفین عقد،^۱ مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد، معتبر است. و در نتیجه چون ضمانت تضامنی مغایر نظم عمومی نیست و خلاف مقتضای ذات عقد هم نمی‌باشد، بدون توسل به ترفند و شیوه‌های مورد تردید و تأمل، می‌توان ضمانت تضامنی را به عنوان شرط در قرارداد مدنی درج کرد. بنابراین، در حقوق مدنی ما (و در قراردادهای) اگر ضمانت به طور مطلق آمد، ضمانت به معنا و مفهوم نقل ذمه به ذمه است. ولی، چنانچه به نحو تضامنی مقرر گردید، ضمانت تضامنی و بلااشکال است.

ایراد دیگری که به ضمانت تضامنی با توجه به فقه و قانون ما گرفته شده، اشکالی عقلی است که به موجب آن، اگر با انعقاد ضمانت هم بدهکار اصلی و هم ضامن بدهکار شوند، این امر غیرمعقول و مستلزم امر محال است، زیرا اشتغال ذمه و بدهکار بودن هر دو (بدهکار اصلی و ضامن) موجب می‌شود یک شیء در آن واحد در دو مکان باشد. محال بودن وقوع یک شیء در آن واحد در دو مکان از بدیهیات است و هرچیزی که مستلزم چنین امر محالی باشد غیرمعقول و محال نیز هست....^۲ اما، این ایراد نیز بدون پاسخ نمانده است و قطع نظر از اینکه، در احکام تکلیفی مانند واجب کفایی و ضمان ایادی متعاقبه در غصب (ماده ۳۱۷ ق.م)، این گونه مسؤولیت‌ها به چشم می‌خورد و کسی آنها را محال و نامعقول ندانسته است؛

در مورد ضمان طولی این ایراد چندان قابل طرح نیست. چون در این قسم از ضمان، مضمون له ابتدا به مضمون عنه مراجعه می‌کند و چنانچه به عللی موفق نشد که مطالبات

۱. در مورد بحث ایقاع بودن ضمان، ر.ک. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، عقد ضمان، همان، ص ۲۰ به بعد.

۲. همان، ص ۴۹.

خود را از او وصول نماید، آنگاه نوبت به ضامن می‌رسد. بدین ترتیب، هم زمانی اشتغال ذمه‌های متعدد مطرح نمی‌شود و ضامن، مدیون احتمالی محسوب و تنها هنگامی ملزم به پرداخت بدهی می‌شود که مضمون عنه دین را نمی‌پردازد و یا وصول طلب از او میسر نیست. (مانند مورد ماده ۴۰۲ ق.ت).

اما راجع به ضمان تضامنی عرضی، به این ایراد می‌توان بدین گونه پاسخ داد: اولاً، هرچند درست است که در چنین مسؤولیت تضامنی، بستانکار حق دارد برای مطالبه یک دین به چند نفر مراجعه نماید. اما، دریافت دین از هر بدهکار، مسؤولیت دیگران را نیز در برابر طلبکار از بین می‌برد و بستانکار حق ندارد بیشتر از طلب خود را مطالبه و دریافت کند. یعنی، تعدد بدهکاران تضامنی، هیچ‌گاه موجب نمی‌شود که طلبکار، مالی بیشتر از استحقاق خود را به دست آورد و اگر بخشی از طلب خویش را از یکی از متعهد اصلی یا ضامن یا ضامنین دریافت کرد، تنها برای بقیه طلب می‌تواند به دیگری یا سایرین مراجعه نماید. بنابراین، برای یک حق، چند دین به وجود نخواهد آمد.

ثانیاً، بین دو مفهوم «دین» و «مسؤولیت» اختلاف وجود دارد، به طوری که در غضب، مدیون واقعی غاصبی است که مال را تلف نموده یا مال هنگامی که در تصرف او بوده، از میان رفته است، در حالی که غاصبان قبل از وی هم مسؤول شناخته می‌شوند (ماده ۳۱۶ به بعد ق.م) یعنی در اینجا باید بین مفهوم دین و التزام به تأدیه یا مسؤولیت پرداخت قائل به تفکیک شد و همان‌گونه که گفته شده: برای ایجاد وثیقه در ضمان، هیچ لزومی ندارد که ضامن نیز مدیون به شمار آید. بلکه کافی است که ملتزم به تأدیه یا مسؤول دین قرار گیرد تا طلبکار بتواند به او نیز در کنار مدیون اصلی رجوع کند. حقیقت نیز همین است. زیرا، اگر طلبکار به مدیون رجوع کند. او حق مطالبه از «مسؤول» را ندارد. ولی، هرگاه طلب از ضامن وصول شود، او نیز حق پیدا می‌کند آنچه را به اذن مدیون اصلی به عهده گرفته و پرداخته است از او بگیرد.^۱ به علاوه می‌توان گفت، دین یک موجود اعتباری است، نه

واقعی تا این اشکال مطرح شود که اشغال یک شیء در دو مکان، آن هم در آن واحد محال است. بنابراین، تعلق دین به ذمه ضامن، منافاتی با بقاء دین بر ذمه مدیون اصلی نخواهد داشت و این ایراد هم وارد نیست.

بدین ترتیب به بحث ادله و توجیهاات درست بودن ضمانت تضامنی به طور خاص پایان می‌دهیم و تنها اضافه می‌کنیم که حقوقدانان ما عموماً این نوع عقد را پذیرفته و آن را صحیح می‌دانند.^۱ و در قوانین مختلف چنین ضمانتی فراوان دیده می‌شود و حتی در قانون مدنی و بحث ضمان عقدی، آثار و نشانه‌هایی از آن به چشم می‌خورد که برای نمونه می‌توان به مواد ۶۸۸، ۶۸۹، ۶۹۹، ۷۰۷ و ۷۲۳ مراجعه کرد.

ادامه دارد



۱. ر.ک: منابع پیشی گفته، از جمله: همان، ص ۲۳۷ به بعد، دکتر سیدحسین امامی، همان، ص ۲۵۳، مصطفی عدل، همان، ص ۴۵۷ به بعد، دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، همان منابع و نیز کفالت با تعدد کفیل (عقد کفالت، انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۷، ص ۴۵)، آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، دو منبع پیشین.