

دکتر ابو الفتح ابو الفتحی

رئیس دادگاههای بخش تبریز

ضمان و تضامن

عقد ضمان عقدی است که بموجب آن شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد لغت ضمان بفتح ضاد از ضمن بضم مـ مأخوذ است که بمعنای پذیرفتن و یا التزام بتأدیه چیزی و یا انجام عملی است در منتهی الارب چنین مینویسد (و ضمن الشیئی و به ضماناً و ضمناً و در مجمع البحرین چنین آمده) ضمانت الشیئی ضماناً کفالت به و انا ضامن و ضمنی و ضمانت المال ای التزامت ایام، کلمات ضامن و ضمنی و کفیل و زعیم و جمیل بمعنای واحد و مشترک است که عبارت از التزام و قبول کردن است ارتباط معنای لغوی با معنای اصطلاحی آن از همین جهت است زیرا ضامن اصطلاحاً کسی است که متعهد و ملتزم به پرداخت دین شخص دیگری میشود.

اقسام ضمان

الف - ضمان قهری - ضمان قهری عبارت از التزام شخصی بپرداخت وجهی یا انجام امری بدون آنکه التزام مزبور ناشی از تراضی طرفین و یا مسبوق بقرارداد قبلی باشد در قانون مدنی ایران موجبات و اسباب ضمان قهری بموجب ماده ۳۰۷ چهار چیز است.

۱- غصب و آنچه در حکم غصب است - طبق ماده ۳۰۷ قانون مدنی غصب استیلا بر حق غیر است بنحو عدوان. اثبات بد بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است. همچنین ماده ۳۰۱ قانون مدنی مقرر میدارد « کسیکه عمداً یا اشتهاً چیزی را که مستحق بوده است دریافت کند ملزم است آنرا بعالمک تسلیم نماید این همان قاعده وضع بد است و دلیل آن علاوه بر آیه شریفه لاناکلوا اموالکم بنیکم بالباطل روایت مشهور نبوی است: علی الیدما اخذت حتی تؤدی. قبض مال بعقد فاسد نیز از مصادیق همین قاعده است.

۴- اتلاف با توجه بمدلول مطابق ماده ۳۲۸ قانون مدنی.

۳- تسبیب « « « « « ۳۳۱ « « « « «

۴- استیفاء « « « « « « « « « « «

باید اضافه کنیم که احکام و مطالب مربوط به ضمان قهری در حقوق اروپائی تحت عنوان کلی مسؤولیت یا ضمان *Responsabilit civil* مورد بحث واقع میشود بنابراین بحث *Rosponsabilité* در حقیقت همان مبحث ضمان قهری در حقوق اسلامی است.

ب - ضمان عقدی - ضمان عقدی بمعنای اعم عبارت از آنست که کسی بوسیله آن متعهد میشود مالی را که بر ذمه دیگری است بپردازد و یا شخص ثالثی را در موعد معین حاضر کند بنابراین ضمان به تقسیم ثانوی بر دو قسم است: تعهد بنفس که آنرا «عقد کفالت» گویند و تعهد بمال که ضمان عقدی بمعنای اعم است در تعهد بمال نیز اگر کسی پرداخت دین دیگری را بعهده بگیرد بدون آنکه خود مدیون مضمون عنه باشد آنرا ضمان عقدی بمعنای اخص گویند و اگر مدیون پرداخت دین خود را بعهده شخص ثالثی حواله کند که آن شخص نیز مدیون حواله کننده باشد آن را عقد حواله می نامند.

تعریف ضمان عقدی: قانون مدنی ایران در ماده ۶۸۴ ضمان عقدی را چنین تعریف کرده است عقد ضمان عبارت از اینک شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد این تعریف از چند لحاظ قابل انتقاد بنظر میرسد بشرح آتی الذکر [Critiques].

اولاً تعریفی که قانونگذار ایران از ضمان عقدی کرده مربوط به تعریف ضمان عقدی بمعنای اخص است و شامل اقسام دیگر ضمان عقدی مانند حواله و کفالت نمیشود بنابراین تعریف مزبور با اصطلاح منطقیون تعریف جامع و مطردی نیست و تقریباً شبیه تعریفی است که شهید اول در لمعه در ضمان عقدی کرده و آن عبارت است از «هو التعهد بالعالم من البری» صاحب مسالك ضمان عقدی را لفظ عام و مشتمل به ضمان بمعنای اخص و کفالت و حواله دانسته و اطلاق ضمان به همه آنها را بر سبیل اطلاق حقیقی فرض کرده است با در نظر گرفتن مراتب فوق الذکر شاید مرجح باشد که گفته شود بین ضمان بمعنای اعم و اخص اشتراك معنوی وجود دارد لکن این اشتراك معنوی مقول بتشکیک است یعنی اطلاق ضمان بر تمام مصادیق خود یکسان نیست بلکه بطور ضعف و شدت است و بهمین جهت است که در مورد کفالت و حواله محتاج بقرینه صارفه میباشد.

ثانیاً از ظاهر تعریف قانون مدنی چنین بر می آید که در وقوع و تحقق ضمان عقدی رضای یکطرف یعنی ضامن کافی است زیرا ماده ۶۸۴ میگوید «عقد ضمان عبارت است از اینک شخصی

مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد « در این تعریف چنانکه ملاحظه میشود بقبول و رضای مضمون له تصریح نشده و حال آنکه بر حسب تعریف ضمان از جمله عقود است و در عقود وجود تراضی طرفین لازم است هر چند در ذیل تعریف مزبور طرف دیگر یعنی مضمون له نیز قید گردیده ولی صرف بیان اطراف ضمان از لحاظ قانونگذاری وافیه بمصنوع نمیباشد و بمورد بود که در ضمن تعریف لزوم قبول و رضای مضمون له تصریح میشود.

ثالثاً بموجب تعریف قانون مدنی ضامن کسی است که مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد و بنابراین تعریف مورد ضمان باید مال در ذمه باشد این تعریف این سؤال را پیش میآورد که آیا ضمانت از تعهد عمل کسی صحیح نیست؟ چه اگر منطوق صریح ماده اشعار به محط نظر باشد جواب منفی خواهد بود در حالیکه عقائد علماء حقوق Doctrine و رویه قضائی Jurisprudence در ایران برخلاف منطوق ماده مبحوث عنها است و این امر صحیح است چه مطابق ماده ۲۱۴ قانون مدنی « مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آنرا می کنند » بنابراین مورد هر عقد ممکن است مال یا عملی باشد ولی در تعریف عقد ضمان قانونگذار صریحاً در ماده ۶۸۴ مقرر داشته است که عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد « در تعریف مزبور اشاره بضامن در مقابل تعهد بانجام عمل نشده است شاید چنین توهم بشود که قانونگذار ضمان در مقابل عمل را جایز و صحیح ندانسته است و حال آنکه بمقیده فقهای امامیه ضمان از تعهد بانجام عمل نیز صحیح است چنانکه صاحب عروة الوثقی می نویسد « وهوالتعهد بالمال عیناً او منقماً او عملاً ومؤلف وسیلة النجاة میگوید کما يجوز ضمان الاعيان الثابتة في الذم يجوز ضمان المنافع والاعمال المستقرة في الذم.

سکوت قانونگذار را در این مورد یا ممکن است حمل بر مسامحه و غفلت نمود و با اینکه بگوئیم دین اختصاص بمال ندارد بلکه شامل اعمال نیز میباشد (همانطور که ممکن است کسی بد دیگری اشتغال ذمه بوجه نقد و امثال آن پیدا کند همانطور هم میتواند اشتغال ذمه بانجام عمل پیدا کند و دین در حقیقت جز اشتغال ذمه چیزی دیگری نیست بنابراین ضمان در مقابل عمل نیز صحیح است لکن ضمانت از عملی صحیح است که مباشرت متعهد در آن شرط نباشد ولی اگر مورد ضمان عمل شخص خود متعهد و عقید بمباشرت خود او باشد در این صورت نظر باینکه این قبیل اعمال قابل انتقال بعهده دیگری نیست ضمان آنها نیز صحیح نمیباشد همچنین اعمالیکه جنبه مالی نداشته و صرفاً از امور تکلیفی میباشد مانند ولایت و وصایت و قیمومت نمیتواند مورد

ضمان عقدی واقع شوند.

ماهیت ضمان عقدی : قانون مدنی ایران در ماده ۶۸۴ راجع به تعریف عقد ضمان میگوید «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد و هم چنین در ماده ۶۹۸ همین قانون مقرر میدارد:

بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن بمضمون له مشغول میشود از مجموع این دو ماده چنین مستفاد میشود که مطابق قانون مدنی ایران برخلاف عقد عامه و حقوق اروپائی ضمان عقدی موجب برائت ذمه مضمون عنه در مقابل مضمون له میگردد که با اصطلاح فقهای امامیه آنرا نقل ذمه بذمه میگویند ولی فقهای عامه و اهل تسنن قائل بضم ذمه بذمه بوده و ضمان را موجب برائت ذمه مضمون عنه نمیدانند در حقوق اروپائی نیز قانون مدنی فرانسه در ماده ۲۰۱۱ مقرر میدارد «کسیکه ضمانت تعهدی را میکند ملتزم میشود در صورتیکه مدیون بتعهد خود وفا نکند از عهده برآید تعریف قانون تعهدات سویس نیز تقریباً شبیه قانون مدنی فرانسه است منتهی در ماده ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه عبارت ضمانت از تعهد «*Caution d'ane obligation*» ذکر شده است که تعهد بپرداخت دین و تعهد بانجام عمل و غیره را نیز شامل میشود ولی قانون تعهدات سویس در ماده ۴۹۲ بجای ضمانت از تعهد عبارت ضمانت اداء دین *garantir le paiement de la dette* را ذکر کرده است واضح است که دایره شمول ضمانت تعهد وسیعتر از دایره شمول ضمانت تأدیه دین است.

بنابر آنچه گفته شد ضمان عقدی طبق قوانین اروپائی و قوانین کشورهای اسلامی که مبتنی بر عقائد فقهای اهل سنت میباشد موجب ضم ذمه ضامن بذمه مضمون عنه میگردد ولی بعقیده فقهای شیعه و قانون مدنی ایران ضمانت عقدی برعکس موجب نقل دین از ذمه مضمون عنه بذمه ضامن میگردد.

خصوصیات ضمان عقدی

ضمان عقدی چنانکه گذشت مطابق قانون مدنی ایران عبارت از التزام و تعهد پرداخت دین دیگری است بنابراین پیش از آنکه عقد ضمان واقع شود باید: اولاً دین قبلی وجود داشته باشد که بتبع آن عقد ضمان واقع شود ثانیاً بمحض وقوع عقد ضمان ضامن متعهد پرداخت دین مدیون اصلی در قبال

۱- ماده ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه .

Celui qui se rend D'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

مضمون له میشود ثالثاً قبول این نوع تعهد از طرف ضامن اصولاً از لحاظ کمات و مساعدت بمضمون عنه واقع میشود پس خصوصیات ضمان عقدی بقرار ذیل میباشد.

۱- عقد ضمان عقدی است رضائی *Contrat Consensuel* - ضمان

عقدی از عقود رضائیت یعنی بمحض ایجاب و قبول متعاقدین یعنی ضامن و مضمون له عقد ضمان واقع میشود و انجام تشریفات دیگری از قبیل کتبی بودن یا قبض مورد ضمان و با لزوم ثبت در ضمان عقدی نیست در بعضی از قوانین اروپائی برای تحقق یا صحت ضمان عقدی شرایطی قابل شده اند چنانکه طبق قانون مدنی فرانسه رضای ضامن باید بطور صریح بیان شود *la volonté De cautionner Doit resulter clairement Del'acte* دیگر برای اینکه ضامن را متوجه سنگینی مسؤلیت و وخامت عواقب عمل خود بکنند کتبی بودن عقد ضمان را لازم دانسته اند مانند قانون مدنی سوئیس قانون مدنی آلمان قانون مدنی جدید مصر در ماده ۷۳۹ قانون مدنی جدید سوریه در ماده ۸۷۳.

۲- عقد ضمان موجب ایجاد تعهد یکطرفی است *Contra unilateral*

ضمان عقدی از جمله عقود است که فقط برای یک طرف یعنی ضامن ایجاد تعهد میکند و بنا بر این از عقود نیست که تعهد متقابل برای هر دو طرف ایجاد کند.

Contrat synallagmatique زیرا مضمون له در مقابل تعهد ضامن بتأدیب دین مضمون به هیچ نوع تعهدی بعهده ندارد.

۳- عقد ضمان عقدی است تبعی *Contrat unilateral* غیر از عقد

ضمان ایجاد وثیقه بنفع مضمون له است بنا بر این قبل از وقوع عقد ضمان مضمون عنه باید در مقابل مضمون له مدیون شده باشد تا ضامن پرداخت آنرا در مقابل مضمون له بعهده بگیرد و از ماده ۶۹۱ قانون مدنی لزوم وجود دین قبلی در ذمه مضمون عنه بخوبی معلوم میشود و ماده مزبور میگوید « ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است » بنا بر این برای صحت وقوع ضمان عقدی وجود تعهد قبلی و یا لاقبل وجود سبب تام آن لازم است بعلم تبعی بودن ضمان عقدی است که هر گاه دین اصلی بجهتی از جهات نامشروع و مخالف قانون باشد عقد ضمان نیز باطل و بلا اثر میباشد البته در بعضی موارد این اصل تبعی بودن ضمان کاملاً مراعات نمیشود که بلحاظ امتناع از تطویل کلام از قید آنها خودداری میشود.

عقد ضمان عقد تبرعی است *Contrat de bienfaisance* مراد از تبرعی

بودن ضمان عقدی این نیست که ضامن تبرعاً ضمانت کرده و پس از پرداخت دین مضمون عنه حق نداشته باشد که باو رجوع کند و دینی را که بمضمون له تأدیه کرده است مسترد دارد بلکه منظور

از تیرعی بودن عقد ضامن آنست که ضامن غالباً برای اقدام خود که بمنظور مساعدت و کمک بمضمون عنه بوده نه از مضمون عنه و نه از مضمون له مطالبه عوض و اجرتی نمیکند البته قانونگذار ضامن را منع نکرده است که در مقابل اقدام خود از مضمون له مطالبه اجرتی بکند بلکه ضامن میتواند از مدیون در مقابل ضمانتی که از او میکند و یا از مضمون له بعلمت ایجاد وثیقه که بوسیله ضمانت خود ایجاد میکند مطالبه عوض کند و در اینصورت ضمانت او معوض خواهد بود نهایت اگر ضامن در وقوع عقد ضمان از مضمون عنه یا از مضمون له عوضی مطالبه نکند و پس از عقد ضمان از هر یک از آنها مطالبه عوض بنماید این مطالبه او قابل ترتیب اثر قانون نمیشود.

اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه: حق رجوعی که ضامن پس از اداء دین نسبت

بمضمون عنه پیدا می کند نتیجه قائم مقامی ضامن نسبت بمضمون له نیست اساس این حق رجوع را ممکن است مبتنی باین نکته نمود که هر گاه ضامن با اطلاع و اجازه مضمون عنه ضمانت او را مینماید بکنوع و کالتی است که مضمون عنه بضامن در تأدیقه قرض خود میدهد و چون و کیل باید آنچه را که در حدود و کالت بحساب او کل خرج کرده است از او کل مسترد دارد لذا ضامن هم آنچه را که بحساب مضمون عنه بمضمون له میدهد باید از او استرداد کند. و هر گاه ضامن با اطلاع ولی بدون اجازه صریح مضمون عنه ضمانت کرده باشد در اینصورت نیز حق رجوع او در اثر یک نوع و کالتی است که با بجایاً و قبولا وقوع فعلی داشته ولی هر گاه ضامن بدون اطلاع مضمون عنه ضمانت کرده باشد آیا حق رجوع با او خواهد داشت یا نه؟ جواب جامع این سؤال در حقوق مدنی مرحوم منصور السلطنه عدل است که اهل تحقیق و تتبع جهت فحص بیشتر موضوع میتوانند بدان رجوع نمایند.

طرفین عقد ضمان - طرفین عقد ضمان عبارتند از ضامن و مضمون له و فقط رضای

ایندو نفاست که برای وقوع عقد ضمان بطور صحت لازم میباشد و رضای مدیون اصلی یعنی مضمون عنه در انعقاد ضمان تأثیری ندارد و حتی ممکن است بدون اطلاع و یا بدون میل از وی ضمانت کرد در واقع ضمان عقدهی شباهت با دای دین مدیون دارد و همانطور که ممکن است بدون اطلاع و رضای مدیون دین او را پرداخت همانطور هم در ضمان عقدهی ممکن است چنانکه محقق در شرایع میفرماید «لا عبرة برضا المضمون عنه لان الضمان كقضاء الدين» قانون مدنی راجع بر رضای مضمون عنه در ماده ۶۸۵ چنین مقر داشته است.

تعلیق در ضمان - با توجه باینکه قانون مدنی ایران طریق نقل ذمه بذمه را قبول کرده

نعم ذمه بذمه را با بشجعت تعلیق در ضمان را صحیح نمیداند تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند اگر مضمون عنه ندارد من ضامنم این ضمان باطل است ولی تعلیق بشرایط صحت ضمان

مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمیباشد همچنین التزام بتأیید ممکن است معلق باشد. ولی تعلیق در تضامن باطل نیست.

تضامن

در مورد تضامن و مسؤولیت تضامنی نظر داده شده که نظر بر اینکه تراضی اشخاص بخلاف قانون مؤثر نیست، اگر بین طرفین عقد ضمان مقرر شده باشد که طلبکار حق رجوع بمدیون و ضامن هر دو را دارد چون این قرارداد بخلاف ماده ۶۹۸ قانون مدنی است لذا باطل بوده و مطابق قانون مدنی دارای اثر قانونی نیست و بر همین اساس بلحاظ بلا اثر بودن قید تضامن در قراردادها آنرا بشکل تعهد تنظیم می کنند همانطوریکه در قرارداد وام های اعطائی از طرف بانکها وام گیرنده و ضامن هر دو متعهد پرداخت در مقابل بانک هستند و بانکها با اینکه قید تعهد هر دو را می کنند علی الاحوط در آخر کلمه تضامن را هم قید می نمایند البته دیوان کشور نیز در چنین مواردی قبول نموده که مدلول قرارداد تعهد استنباط میشود و قید تضامن را بلا اشکال دانسته و قرارداد را بعنوان تعهد دو جانبه پذیرفته است ولی بنظر اینجانب اصولاً در امور غیر تجاری و اسناد عادی نیز ضمان بنحو تضامن صحیح است و منع قانونی ندارد بشرط آنکه در عقدی که منعقد میگردد تصریح بتضامن شده و یا مقصود از انعقاد عقد تضامن باشد و این معنی را ماده ۱۰۰ قانون مدنی تصریح و تأیید میکند.

مقررات ضمانت در قانون تجارت ایران

قانون تجارت ایران بشرح آتی الذکر مسؤولیت های تضامنی را پذیرفته است.

- ۱- در بعضی موارد برخی از دیون را تضامنی دانسته یعنی ذمه ضامن و مدیون را ضمیمه یکدیگر نموده و طلبکار حق رجوع به هر دو یا بر هر یک را که بخواهد دارد مانند مقرراتی که درباره شرکتهای تضامنی و با درباره مسؤولین برات و سفته و چک و غیره وضع شده.
- ۲- تراضی اشخاص را در موقع انعقاد عقد ضمان بر اینکه طلبکار حق رجوع بمدیون و ضامن هر دو را داشته باشد جائز دانسته و در ماده ۴۰۳ مقرر داشته «در کلیه مواردی که بموجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار میتواند بضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع بیکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب بدیگری رجوع نماید.
- ۳- ضامن میتواند با قید در ضمانتنامه یا ضمن قرارداد خصوصی از مضمون له تقاضا کند که بدو بمدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب باو رجوع نماید.

۴- چون در بعضی از موارد دین حال میشود مانند ورشکستگی بنا بر این بموجب ماده ۴۰۹ همینکه دین حال شد ضامن میتواند مضمون له را بدریافت طلب یا انصراف از ضامن ملزم کند و لو ضامن مؤجل باشد.

۵- استنکاف مضمون له از دریافت طلب یا امتناع تسلیم وثیقه (اگر دین با وثیقه بوده) ضامن را فوراً و بخودی خود بری خواهد یافت.

بنا بر این بفرض قبول این نظریه که تضامن در امور غیر تجاری و اسناد عادی بلا تأثیر بوده و از موارد ضمان مالم بجنب است بالحافظ فقدان سبب نامه یا علت ناقصه باید توجه داشت که قانون تجارت در ضمان و تعریف آن و نقل ذمه مدیون بضامن تغییری نداده بلکه چند استثناء بر حکم کلی قائل شده باین طریق که:

اولاً- در بعضی موارد که در خود قانون صریحاً تعیین شده دین را تضامنی قراردادده .
ثانیاً تراشی اشخاص را در حین الفقاد عقد بخلاف ماده ۶۹۸ جائز و مقرر داشته در موقع الفقاد عقد ممکن است قرارداد شود که دائن حق مطالبه خود را از مدیون و ضامن یا ضامنین مجتمعاً از هر یک که بخواهد خواهد داشت و در حقیقت نظر عاقدین قرارداد را در این مورد قابل رعایت دانسته.

ثالثاً- در مواردیکه قهراً دین حال میشود اگر بستانکار با اخطار ضامن از وصول طلب امتناع نماید این امتناع در حکم انصراف از طلب بوده که نتیجه آن ابراء ضامن است علاوه بر آن مقرر داشته «قبل از رسیدن اجل دین اصلی ضامن ملزم بتأدید نیست و لو اینکه بواسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین مؤجل او حال شده باشد» مگر اینکه ضمان حال باشد.

سرایت مقررات ضمانت در تمام موارد - پس از ملاحظه این قسمت این بحث پیش میآید که آیا مقرراتی که در قانون تجارت در باره ضمانت وضع شده فقط درباره معاملات تجاری باید رعایت شود یا در سایر معاملات هم جریان دارد؟

بعضی از نویسندگان حقوق تجارت ایران عقیده دارند که چون مواد مزبور در قانون تجارت قید شده از اینجهت سایر معاملات سرایت نخواهد کرد و اگر مقصود شمول سایر معاملات هم بود میبایستی بقانون مدنی اضافه شده باشد بعضی دیگر عقیده دارند که وجها من الوجوه تخصیصی در مواد مزبور برای امور تجاری ندارد مخصوصاً با ذکر عبارت «در کلیه موارد» که در ماده ۴۰۳ قید شده رعایت آن در کلیه موارد و معاملات ضروری است ولی بعقیده اینجانب نظریه اولیه اولی و ارجح است و احکام خاص اختصاص بموارد خاص دارد و در صورت شك و تردید نیز باید اقتصار بقدر متقین «که عبارت از جریان آن فقط در امور تجاری است» بشود و تسری آن سایر امور نیازمند نصوص بالخصوص است.