

نهاد ضمان قراردادی در بونهی سیاست قانونگذاری؛ تعارض یا همگرایی^۱

علمی - پژوهشی

سید علی جبار گلباگی ماسوله *

علی شعبان نژاد **

چکیده

ضمان قراردادی، یکی از نهادهای تعهدات در فقه و حقوق است. مطالعه و مقایسه‌ی ابتدائی مواد ناظر بر ضمان عقدی در قانون مدنی و قانون تجارت، از تفاوت ضمان قراردادی مشهود در این دو قانون، گزارش می‌دهد. التفات به ظاهر این تفاوت، امکان بروز پندار تنافی میان مواد قانون مدنی و قانون تجارت را در خصوص ضمان قراردادی و متعاقباً، پروراندن گمانه‌های: تعارض میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی در قانون مدنی و قانون تجارت و نیز اتخاذ سیاست دوگانه‌ی قانونگذار ایرانی را در ادبیات قانونگذاری نهاد ضمان قراردادی، تسهیل می‌کند که البته، فرض پذیرش این دو گمانه، هم با یگانگی ماهیت ضمان قراردادی و هم با جعل واحد آن، در تنافی است؛ از این رو، نوشتار حاضر می‌کوشد با بهره‌گیری از آموزه‌های فقه امامیه و التفات به مواد ناظر بر ضمان در دو قانون مدنی و تجارت ایران، ناپذیرفتنی بودن گمانه‌های مذکور را اثبات و نمایان سازد و از این مسیر، به تبیین سیاست قانونگذار ایرانی در قانونگذاری نهاد ضمان قراردادی در قانون مدنی و تجارت ایران نایل آید.

کلید واژه‌ها: ضمان؛ قانونگذاری ضمان؛ ضمان قراردادی؛ ضمان انضمامی؛ ضمان انتقالی.

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۱/۱۰/۰۵) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۰۸/۲۲)

* استادیار، گروه فقه و حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران (نویسنده مسئول)

SAJ.Golbaghi@iau.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، مؤسسه آموزش عالی روزبهان، ساری، ایران

alishabannezhad@gmail.com

۱- مقدمه

ضمان قراردادی، یکی از نهادهای تعهدات، متداول در معاملات مدنی و معمول در معاملات تجارتي (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۳۳، ۱۰۸-۱۰۹) و در شمار اصطلاحات مشترک ادبیات حقوق مدنی و حقوق تجارت ایران است. بررسی مواد قانون مدنی، نقل ذمه به ذمه بودن ضمان و بررسی مواد قانون تجارت، ضمّ ذمه به ذمه بودن ضمان را گزارش می‌دهد؛ حال اینکه قانونگذار ایرانی، به پیروی از ادبیات فقه شیعه، به قانونگذاری و بیان احکام نهاد ضمان قراردادی، دست یازیده است و به تبع آن، حقوق ایران نیز در تبیین و توضیح نهاد ضمان، از ادبیات فقه شیعه پیروی می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۷۵؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۱۰/۱؛ عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۴؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۷؛ بهرامی، ۱۳۸۲، ۱۰۸) و بررسی منابع و متون فقه شیعه، نمایان می‌دارد که نهاد ضمان قراردادی، دارای جعلی واحد است و برابر نهاد ضمان قراردادی مصطلح، مجعول دیگری بدین نام وجود ندارد (یزدی، ۱۴۱۹، ۴۱۱/۵).

این گزارش، در نگاه نخست، گمانه‌ی تنافی و تعارض را میان ضمان مصطلح در قانون مدنی و منعکس در قانون تجارت، به وجود می‌آورد؛ یعنی: گمانه‌ی تنافی و تعارض مواد: ۶۹۸ و ۷۲۴ قانون مدنی با مواد: ۲۴۹، ۳۱۴ و ۴۰۳ قانون تجارت؛ چه اینکه وفق مواد مذکور از قانون مدنی، پس از انعقاد ضمان، ذمه‌ی مضمون^۱ عنه، از دین، بری است و تنها، ذمه‌ی ضامن، مشغول است؛ ولی وفق مواد مذکور از قانون تجارت، ذمه‌ی مضمون^۲ عنه، در کنار اشتغال ذمه‌ی ضامن، همچنان مشغول است.

مواد مربوط به ضمان قراردادی، در جلد نخست قانون مدنی، مقرر است و جلد نخست قانون مدنی ایران، مصوب سال ۱۳۰۷ شمسی و تاریخ تصویب قانون تجارت ایران، به سال ۱۳۱۱ شمسی است. تأخر زمانی تصویب مواد قانون تجارت، کاربرد قواعد عمومی قراردادهای مدنی در معاملات تجارتي و پیروی ضمان در معاملات و اسناد تجارتي از قواعد عمومی ضمان مذکور در قانون مدنی و اختصاص باب دهم قانون تجارت به احکام خاص ضمان در معاملات تجارتي، همگی، بر علم و وقوف قانونگذار ایرانی به تفاوت و گمانه‌ی تنافی ظاهری گزارش شده، دلالت دارد (عبادی، ۱۳۸۳، ۱۶؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۲۲، ۳۸-۳۶، ۱۲۳؛ ۱۳۸۴، ۱۱۱؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۲۶/۱)؛ از این رو، این پرسش، در ذهن، خود نمایی می‌کند: آیا قانونگذار ایرانی، سیاست افتراقی دوگانه‌ای را در خصوص نهاد ضمان قراردادی، برگزیده است؛ بدین گونه که در قانون مدنی، در پیروی از آموزه‌های به میراث برده از فقه امامیه، نهاد ضمان عقدی را انتقالی می‌داند (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۲۸/۴؛ ۱۳۷۴، ۲۰۶؛ طاهری، ۱۴۱۸، ۴۲۲/۴؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۱۰/۱؛ بهرامی، ۱۳۸۲، ۱۰۸) و در قانون تجارت،

به تأثیر از ادبیات حقوق برخی از کشورهای باختر زمینی - مانند: فرانسه و سوئیس - و یا به جهت اهمیت معاملات تجاری، نهاد ضمان قراردادی را انضمامی قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۲۷/۴؛ ۱۳۷۴، ۲۰۶؛ طاهری، ۱۴۱۸، ۴۲۲/۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۵؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۱۰/۱، ۱۵؛ ۴۹/۳-۵۰؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۲۰، ۳۹-۳۸؛ ۴۹؛ دمیر چیلی و دیگران، ۱۳۸۴، ۷۳۲؛ بهرامی، ۱۳۸۲، ۱۱۱) و یا اینکه پرسش مذکور، گمانه‌ای برآمده از بسنده کردن به ظواهر مواد مشهود در دو قانون مدنی و تجارت، به هنگام کشف و تحلیل اراده و سیاست قانونگذار ایرانی در خصوص ماهیت نهاد ضمان قراردادی است؛ بدین بیان که اگرچه قانون مدنی و قانون تجارت، در خصوص نوع تعهد حاصل از ضمان قراردادی، متفاوت هستند و یکی، ضمان را انتقالی می‌داند و دیگری، آن را انضمامی می‌شمارد و از این رو، در نگاه نخست و به ظاهر، بین ضمان مدنی و ضمان تجاری، تنافی به چشم می‌خورد، ولی در واقع، قانونگذار ایرانی، با تعریف ضمان عقدی در ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی به تعهد (امامی، بی‌تا، ۲۵۲/۲)، ارجاع ضمان تجاری به قواعد عمومی ضمان بیان شده در قانون مدنی و بسنده کردن به بیان احکام خاص ضمان تجاری در قانون تجارت و پرهیز از تصریح و اختصاص ماده و یا موادی چند درباره‌ی ماهیت ضمان تجاری (اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۸)، از تأسیس دو نهاد متفاوت در خصوص ضمان و اتخاذ سیاست افتراقی دوگانه درباره‌ی ماهیت ضمان، پرهیز کرده است و با اتخاذ سیاستی واحد در قانونگذاری ضمان قراردادی، به همگرایی میان ضمان مصطلح در قانون مدنی و منعکس در قانون تجارت گراییده است و به هنگام وضع مواد ناظر بر ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت، تنها، به تنوع و اظهار افراد متفاوت ماهیت واحد ضمان، در ادبیات حقوق خصوصی، پرداخته است.

تبیین اینکه تنافی ظاهری مورد مشاهده در خصوص ضمان قراردادی در قانون مدنی و قانون تجارت ایران، موجب تعارض میان مواد ناظر بر ضمان، در این دو قانون نیست و تنها، بیانگر تفاوتی ناشی از تنوع و تعدد افراد ماهیت ضمان است و قانونگذار ایرانی، سیاست واحدی قبال وضع ماهیت نهاد ضمان عقدی در قانون مدنی و تجارت ایران برگزیده است، فرضیه‌ای است که نوشتار پیش رو، در پژوهشی نظری، با بهره‌گیری از آموزه‌های فقه امامیه، به روش توصیفی تحلیلی، مترصد نیل به اثبات آن است.

۲- تعارض

تعارض، ناسازگاری میان دو دلیل به صورت تضاد و تناقض است که عمل به هر دوی آن‌ها را در سطح واحد، امکان ناپذیر می‌سازد و در نهایت، یکی از آن دو دلیل، بر دیگری، مقدم و یا هر دوی

آن‌ها، کنار گذاشته می‌شود (اسلامی، ۱۳۸۷، ۳۹۳/۱)؛ چه اینکه ثبوت توأمان مدلول هر دو دلیل متعارض، در عالم واقع، منتفی است (صدر، ۱۴۱۸، ۴۵۳/۱).

مشهور دانشیان اصول، تعارض را به تنافی مدلول دو دلیل به نحو تناقض و تضاد تعریف می‌کنند (انصاری، ۱۴۲۸، ۱۱/۴؛ خویی، ۱۴۱۷، ۱۴۱۷، ۳۴۶/۲، ۱۳/۷). در این تعریف، تعارض، از اوصاف مدلول دو دلیل متعارض و مقوم به مدلول آن‌ها است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۲۸/۶). در تعریف متداول دیگری، تعارض، تنافی دو یا چند دلیل، حسب دلالت و در مقام اثبات، به صورت تناقض و یا تضاد است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۴۳۷). وفق تعریف اخیر، تعارض وصف خود دلیل است و نه مدلول آن (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۱۲۹/۶).

در تمامی تعاریف بیان شده برای تعارض، تنافی، از ارکان سازنده‌ی تعارض دو دلیل متعارض است و این تنافی، از دو گونه‌ی تناقض و تضاد، خارج نیست (سبحانی، ۱۴۱۴، ۴۰۷/۴)؛ از این رو، برای تحقق تعارض بین دو یا چند دلیل یا ماده‌ی قانونی، وحدت موضوع بین آن‌ها، امری ضروری و اجتناب ناپذیر است؛ چه اینکه وحدت موضوع، یکی از شرایط هشت‌گانه‌ی تحقق تناقض است (مظفر، ۱۴۰۰، ۱۶۷/۱)؛ چنانکه تحقق تضاد نیز بر تعاقب و توارد بر موضوع واحد، وابسته و منوط است (مظفر، ۱۴۰۰، ۴۷/۱).

۳- ضمان

در ادبیات مکتوب فقه شیعه، ضمان، به معنای تعهد است. فقیهان امامیه، ضمان قراردادی را تعهد به مال و یا نفس تعریف می‌کنند؛ آن را عقدی می‌دانند که برای تعهد به مال یا نفس، تشریع و قانونگذاری شده است و این معنا را هم در ضمان به معنای اعم و هم به معنای اخص، جاری می‌دانند. در حقوق ایران نیز به تبع از فقه شیعه، ضمان قراردادی، به معنای تعهد و التزام به مال و یا نفس است؛ اینکه شخصی پرداخت دین و مال دیگری را تعهد کند و یا اینکه تعهد کند شخص مدین را در زمان و مکان مقرر، حاضر سازد. این معنا، در همه‌ی گونه‌های ضمان قراردادی به معنای اعم و اخص، مشهود است (امامی، بی‌تا، ۲۵۲/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ۴۱۸، ۱۳۷۸، ۳۳، ۱۰۸؛ ۱۳۸۶، ۱۱۳، ۱۳۶، ۱۳۹، ۱۵۳، ۱۵۴، ۲۴۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۲۲-۲۲۳، ۲۴۱-۲۴۲؛ طاهری، ۱۴۱۸، ۴۱۸/۴، ۴۲۸؛ گلباغی ماسوله و دیگران، ۱۳۹۴، ۱۴۶).

قانونگذار ایرانی نیز در وضع قوانین، به همین معنا، توجه دارد؛ در ماده‌ی: ۶۸۴ قانون مدنی، عقد ضمان را تعهد به مال، و در ماده‌ی: ۷۳۴ قانون مدنی، عقد کفالت را تعهد به نفس تعریف می‌کند و به صراحت، از ضامن و کفیل، به متعهد، نام می‌برد.

بنابر این، در ادبیات فقه امامیه و حقوق ایران، تعهد، ماهیت و معنای ضمان قراردادی است که بی تردید، توأمان، ضمان انتقالی و ضمان انضمامی را در بر می‌گیرد؛ چه اینکه ضمان عقدی، نهادی امضائی و دارای حقیقتی عرفی است (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۳۶۹/۲۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۸۰/۲۰-۲۸۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۳۶، ۱۵۳، ۱۵۴) و ضمان قراردادی، نزد عرف و عقلاء، تعهدی است که به دو صورت انضمامی و انتقالی، انعقاد می‌یابد. با این واقعیت، دیگر نمی‌توان ضمانی که به ضم ذمه به ذمه می‌گراید، از صدق عرفی عنوان ضمان، به دور داشت و از شمول ادله‌ی مشروعیت عقد ضمان، بیرون پنداشت (گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸، ۳۱۷؛ گلباغی ماسوله و دیگران، ۱۳۹۷، ۱۱۳)؛ این، واقعیتی است که شماری از دانشیان فقه شیعه، در سده‌های مختلف، به آن، اذعان دارند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۹۴/۹؛ طباطبائی، بی‌تا، ۱۳۳؛ خویی، ۱۴۰۹، ۱۱۶/۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۸۰/۲۰-۲۸۱؛ گلباغی ماسوله، ۱۳۹۰، ۱۱۲).

افزون بر این، ادبیات مکتوب فقه شیعه و به تبع آن، ادبیات حقوق ایران، ضمان اعیان و ضمان عهده را از بارزترین موارد پذیرش انضمامی بودن ضمان در فقه شیعه، بیان می‌دارد و از جواز مراجعه-ی مضمون^۱ له، به هر یک از ضامن و مضمون^۲ عنه، سخن می‌گوید (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۳۳۶/۱۴؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷، ۸۱/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۹۵/۴؛ سیوری، ۱۴۰۴، ۱۸۷/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۹۸-۲۹۷/۹؛ فیض، بی‌تا، ۱۴۵/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۳۴-۳۳/۲۱؛ طباطبائی، بی‌تا، ۱۳۲، ۱۳۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۱۴۰-۱۴۱/۲۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۳، ۲۰۹، ۲۲۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۶، ۲۴۵).

درنگ در مواد قانون مدنی (۳۱۰، ۳۱۷، ۳۱۹، ۳۳۱، ۶۹۹) نمایان می‌سازد که قانونگذار ایرانی، در قانون مدنی به ضمان انضمامی، همانند ضمان انتقالی توجه دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۶، ۱۷۹، ۱۸۴، ۲۴۵، ۲۴۷) و وفق اصل آزادی و حاکمیت اراده، تعیین انضمامی یا انتقالی بودن ضمان قراردادی را به هنگام انعقاد آن و به خواست، اراده و اختیار طرفین قرارداد وا می‌نهد؛ چه اینکه ذات ضمان قراردادی، جز ایجاد تعهد، اقتضای دیگری ندارد (قانون مدنی ماده ۶۸۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۵۳، ۱۵۴).

التفات به مفاد ماده‌ی ۶۹۹ قانون مدنی، از این حقیقت، پرده بر می‌دارد که قانونگذار در این ماده، ضمان را به صورت وثیقه‌ی دین درآورده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۳۰/۴) و امکان مراجعه‌ی مضمون^۱ له را به هر یک از ضامن و مضمون^۲ عنه، فراهم ساخته است و با پذیرش مدینیت تضامنی، ضمان انضمامی را در قانون مدنی آشکار کرده است (امامی، بی‌تا، ۲۷۲/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۳۷۲؛ ۱۳۸۶، ۱۷۹، ۱۸۴، ۲۴۵، ۲۴۷). این مضمون را می‌توان از مفاد ذیل ماده ۷۲۳ نیز اصطیاد کرد

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۳۷۹؛ ۱۳۸۶، ۲۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۳۸/۴).

قانون تجارت نیز می‌پذیرد: طرفین قرارداد می‌توانند به هنگام انعقاد ضمان، وفق آزادی قراردادها، اثر انتقالی یا انضمامی ضمان را تعیین کنند؛ در این راستا، ماده‌ی ۴۰۲ قانون تجارت، بیان می‌دارد: هنگامی ضامن، حق دارد از مضمون^۱ له بخواهد که برای وصول طلب خود، ابتداءً، به سراغ مضمون^۲ عنه رود و در صورت عدم وصول طلب، از مضمون^۳ عنه، به او رجوع کند که بین آنان، چنین ترتیبی، مقرر است.

متعاقباً، ماده‌ی ۴۰۳ تصریح می‌دارد: در تمامی قراردادهایی که ضمانت، به موجب قوانین یا قرارداد خصوصی، به صورت تضامنی است، طلبکار می‌تواند همزمان به ضامن و مدین اصلی، رجوع کند و یا پس از رجوع به یکی از آنان و عدم وصول طلب خود، برای دریافت همه‌ی طلب و یا باقی مانده‌ی آن، به سراغ دیگری رود.

اندک درنگ در مواد مذکور، نمایان می‌دارد: لحن این مواد قانون تجارت، به گونه‌ای است که نمی‌توان مستفاد از آن‌ها را به معاملات، اعمال و اسناد تجارتي اختصاص داد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۳۱/۴-۲۳۲؛ ۱۳۷۴، ۲۰۴؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۴۱؛ ۱۳۸۴، ۱۱۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۰، ۲۵۲)؛ چه اینکه ظهور اطلاق و عموم مواد مذکور، به شدت و قوت خود، همه‌ی ضمان‌های قراردادی منعقدہ را در اعمال و معاملات مدنی و تجارتي در بر می‌گیرد و صرف ذکر در قانون تجارت، موجب تخصیص و تقييد آن به معاملات تجارتي نیست؛ چه اینکه مورد، مخصص و مقید نیست.

۴- دیدگاه‌ها

۴-۱- دیدگاه تعارض

سخن از تنافی میان شماری از مواد ناظر بر ضمان، در دو قانون مدنی و تجارت و تفسیر آن، به تعارض غیر مستقر و تمسک به قواعد جمع عرفی برای علاج و رفع تعارض و تنافی مذکور، دیدگاهی است که در این جستار، از آن، به دیدگاه تعارض، نام برده می‌شود و به جهت شیوع در نوشته‌های حقوقی و نزد استادان حقوق خصوصی ایران، می‌توان آن را دیدگاه مشهور خواند.

هرچند، پیروان این دیدگاه، از تنافی میان شماری از مواد قانون مدنی و قانون تجارت، در خصوص انتقالی یا انضمامی بودن ضمان، سخن می‌رانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۶، ۱۷۹، ۲۴۵، ۲۴۷، ۲۴۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۳-۲۰۴؛ اسکینی، ۱۳۸۴، ۱۱۶) و به صراحت بیان می‌دارند: قانونگذار ایرانی، در قانون مدنی و قانون تجارت، مبانی حقوقی گوناگونی را اختیار کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۲۴۸)، لیک، با تأویل و تفسیر شماری از مواد، هماهنگ با ناقل بودن ضمان (جعفری

لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۱) و یا با اصل قراردادن نقل ذمه و خلاف اصل خواندن ضمان تضامنی (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۴۱، ۴۴، ۱۲۳؛ فرحناکیان، ۱۳۹۱، ۵۰۹، ۵۱۲) و تصریح به اینکه در حقوق ایران، اصل بر نقل ذمه به ذمه بودن ضمانت است و تنها، در صورتی ضم ذمه به ذمه، پذیرفته است که قانون یا قرارداد، آن را پیش بینی کند (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۵؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۷، ۳۸، ۴۱، ۴۴) و در این مورد، بین حقوق تجارت و حقوق مدنی تفاوتی وجود ندارد (اسکینی، ۱۳۸۵: ۱۲۳)، با بیان اینکه قانون مدنی، قانون مادر و بر قانون تجارت و روابط تجارتي حکمفرما است و در حقوق ایران، این سخن، اصلی پذیرفته شده است که هرگاه در خصوص امور تجارتي، بین قواعد قانون مدنی و قواعد تجارت، تعارض پدید آید، قواعد قانون تجارت، به جهت خاص بودن، بر قواعد قانون مدنی، مقدم و مرجح است (اسکینی، ۱۳۸۵، ۱۲۳)، مواد نافی اصل ناقل بودن ضمان را مخصص موادی از قانون مدنی می‌دانند که ضمان را تعهدی ناقل می‌شمرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۹) و با طرح این سخن که قانون تجارت، در تعریف ضمان و نقل ذمه‌ی مدین به ضامن، تغییری نداده است؛ بلکه تنها، به ذکر چند استثناء بر اصل و حکم کلی مذکور، بسنده کرده است (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۵؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۱/۲۶؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۱۲۳) و مسئولیت تضامنی، خاص حقوق تجارت است (اسکینی، ۱۳۸۴، ۱۴۰)، می‌کوشند با تفسیر تنافی ظاهری میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی، در دو قانون مدنی و تجارت، به تعارض غیر مستقر و بهره‌گیری از قواعد جمع عرفی، آن تنافی را رفع و حل کنند، تا امکان سخن را از وجود سیاست واحد، در قانونگذاری ضمان قراردادی، در دو قانون مدنی و تجارت، فراهم آورند و خود را از انتساب سیاستی دوگانه و افتراقی به قانونگذار، در خصوص نهاد ضمان قراردادی، پرهیز و به دور دارند.

۴-۲- دیدگاه همگرایی

گمانه‌ی تنافی میان مواد مذکور، محصول نادیده انگاشتن ماهیت ضمان قراردادی، خلط میان ماهیت ضمان با مصداق آن و عدم التفات به تنوع افراد ضمان است و از این رو، سیاست قانونگذار ایرانی در قانونگذاری ضمان قراردادی در دو قانون مدنی و تجارت، یکسان و همگرا است.

دیدگاه همگرایی، بیان می‌دارد: هرچند، در نگاه نخست، چنین به چشم می‌آید که مقرره‌هایی مانند مواد: ۶۹۸ و ۷۲۴ قانون مدنی با مواد: ۲۴۹، ۳۱۴ و ۴۰۳ قانون تجارت، دارای تنافی و تعارض هستند و متعاقباً، در ذهن، گمانه‌ی اتخاذ سیاست دوگانه و افتراقی قانونگذار، به هنگام قانونگذاری نهاد ضمان قراردادی، در دو قانون مدنی و تجارت، نقش می‌بندد، لیک، التفات به آموزه‌های فقهی ضمان قراردادی، که ظاهراً، مواد ناظر بر ضمان، نوعاً، از آن‌ها متخذ است، در کنار تحلیل مواد مورد

بحث از قانون مدنی و تجارت، عدم تعارض بین این مواد قانون مدنی و قانون تجارت و نیز فقدان سیاست افتراقی و دوگانه‌ی قانونگذار را به هنگام قانونگذاری آشکار می‌سازد و نمایان می‌دارد: خلاف دیدگاه مشهور، ضم ذمه، با ماهیت ضمان عقدی، در تنافی نیست؛ چه اینکه ماهیت ضمان قراردادی، صرف تعهد و التزام به پرداخت دین و مال است که هم ضم ذمه و هم نقل ذمه را در شمول خود دارد و تعیین انضمام و انتقال، وابسته به اختیار متعاقدان و محصول نحوه‌ی تراضی آنان است؛ از این رو، ضمان، تعهدی است دارای دو فرد و مصداق که اثر یکی انتقال و اثر دیگری انضمام است و هنگامی که ماهیت ضمان، با مصداق آن خلط می‌شود، گمانه‌های تنافی مواد قانونی و سیاست افتراقی قانونگذار، به ذهن خطور می‌کند؛ بنابر این، واقعی پنداشتن تنافی ظاهری در مواد قانونی و توسل به تفسیر آن به تعارض غیر مستقر، جهت رهایی از انتساب سیاست افتراقی، محصول فقدان توجه‌ی مشهور به ماهیت ضمان و عدم التفات به تنوع افراد ضمان قراردادی در گستره‌ی ادبیات فقه و حقوق است.

۵- دلایل دیدگاه تعارض

۵-۱- اصل

تأسیس اصل نقل ذمه یا اصل عدم تضامن، مهمترین و عمده‌ترین دلایلی است که پیروان دیدگاه تعارض، برای اثبات سخن خود، به آن، دست می‌یازند؛ بدین گونه که با قاعده و اصل پنداشتن نقل ذمه در ضمان، تضامن را خلاف اصلی می‌شمارند که تنها به دو فرض: تجویز قانون و تراضی طرفین قرارداد، محصور است و در نتیجه، ضمان را در دو قانون مدنی و تجارت، در صورت فقدان دو فرض مذکور، به ناقل ذمه، تفسیر می‌کنند، تا از این طریق، به اثبات یگانگی سیاست قانونگذار در وضع ضمان، نایل آیند (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۳، ۳۱۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۶۹، ۱۷۹، ۱۸۰، ۱۸۱، ۲۴۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۴۱/۴، ۱۳۷۴، ۲۰۶، ۲۰۷؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۲۲، ۳۸، ۴۱، ۴۴، ۱۲۳؛ ۱۳۸۴، ۱۱۱؛ فرحناکیان، ۱۳۹۱، ۵۰۹، ۵۱۲).

پیروان دیدگاه تعارض، در توجیه اصل انتقالی بودن ضمان قراردادی، بیان می‌دارند: قانونگذار، با وضع مواد ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، این اصل را تأسیس و پذیرفته است و بدین سخن، مواد قانونی را در کنار سنت فقهی شیعه و ادعای عرف هزار ساله، مستند این اصل می‌سازند و پذیرش تضامن را در برخی از مواد، نتیجه پایبندی کمتر قانونگذار ایران، به فقه امامیه می‌پندارند (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۳-۳۱۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۰، ۱۸۱، ۲۴۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۴۱/۴؛ ۱۳۷۴، ۲۰۳، ۲۰۶؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۷، ۴۱؛ فرحناکیان، ۱۳۹۱، ۵۰۹)؛ چه اینکه ماده‌ی ۶۹۸ قانون

مدنی را صریح در نقل ذمه می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۸۰) و تضامن مذکور را در مواد: ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، خاص دو فرض: وجود قرارداد و تجویز قانون می‌شمارند (اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۸، ۴۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۴) و بدین تفسیر، از این مواد، حکم موارد مطلق را وفق مفاد ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی، با نظرداشت عام بودن قانون مدنی و خاص بودن قانون تجارت و حاکمیت قانون عام بر قانون خاص، در صورت فقدان، سکوت و اجمال قانون خاص، اصطیاد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۵؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۱۵/۱، ۲۶؛ اسکینی، ۱۳۸۴، ۱۱۱؛ ۱۳۸۵، ۲۲، ۳۷، ۳۸) و مواد مذکور را تابع مقررات قانون مدنی و قاصد رعایت اصول عقد ضمان مدنی می‌پندارند و بیان می‌دارند: در حقوق تجارت هم، ضمان مطلق، ناقل ذمه است و تضامن، قابل قبول نیست و از این رو، در پذیرش اصل عدم تضامن، در غیر دو فرض مذکور، بین حقوق تجارت و حقوق مدنی، تفاوتی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۱، ۲۴۸؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۴۴، ۱۲۳).

همچنین، با بیان اینکه قانونگذار ایرانی، به هنگام وضع ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی، با پیروی و تأثیر از دیدگاه فقهاء شیعه که ضمان را ناقل می‌دانند، اصل ناقل بودن ضمان را در حقوق خصوصی ایران پذیرفته است، فقه امامیه را مبنای تأسیس این اصل، قرار می‌دهند (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۱، ۱۶۹، ۱۷۶؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۷؛ بهرامی، ۱۳۸۲، ۱۰۸)؛ چنانکه با طرح این ادعا که طبق عرف و عادت که بیش از هزار سال جاری است، طلبکار فقط به ضامن می‌تواند رجوع کند (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۴)، می‌کوشند عرف را یکی از مستندات اصل مذکور سازند.

۲-۵- جمع عرفی

جمع عرفی به شیوه‌ی تخصیص، وجه دیگری است که پیروان دیدگاه تعارض، از آن، سخن می‌رانند، تا با تمسک به آن، سیاست واحد قانونگذاری را درباره‌ی ضمان، در دو قانون مدنی و تجارت، تقریر و عدم سیاست دوگانه‌ی افتراقی را در این خصوص، تبیین کنند.

توضیح اینکه قانون مدنی در مواد: ۶۹۸ و ۷۲۴، به صراحت و به طور مطلق، اثر ضمان را نقل ذمه، بیان می‌دارد و ضمان را نهاده‌ی انتقالی می‌شمارد (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۰، ۲۴۸؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۷، ۴۱؛ بهرامی، ۱۳۸۲، ۱۰۸) و متقابلاً، مواد متعددی از قانون تجارت، مانند: ۲۴۹، ۳۱۴، ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴، در تضامن و ضم ذمه، ظهور دارند و اثر ضمان را انضمامی نشان می‌دهند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۶، ۱۷۹، ۲۴۸-۲۴۷، ۲۵۲، ۲۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۳-۲۰۴؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۸، ۴۱؛ ۱۳۸۴، ۱۱۲، ۱۱۴، ۱۱۶) که حاکی از تنافی بین مواد

مذکور و متعاقباً، تنافی بین دو قانون مدنی و تجارت، درباره‌ی اثر ضمان است؛ از این رو، در علاج این تنافی، با نظر داشت این سخن که قانون مدنی، قانون عام و مادر و قانون تجارت، قانون خاص است و مقررات حقوق مدنی، بر روابط تجارتي نیز حاکم است و قانون تجارت، این قواعد و مقررات را از حقوق مدنی، وام می‌گیرد و بدین جهت، عملیات تجارتي، تابع همان قواعد و مقرراتی است که بر اعمال مدنی، حاکم است و این اصل کلی شناخته شده، مقبول و نانوشته، در خصوص امور تجارتي نیز قابل اجراء است، تا آن‌گاه که برای امور تجارتي، قواعد استثنائی ویژه‌ای وضع شود (اسکینی، ۱۳۸۴، ۱۱۱؛ ۱۳۸۵، ۲۲، ۳۷، ۳۸، ۱۲۳)؛ در نتیجه، هرگاه، در خصوص امری، بین قانون مدنی و قانون تجارت، تعارض، پدید آید و میان قواعد قانون تجارت و قانون مدنی، تضاد و تنافی رخ نماید، قواعد قانون تجارت، به جهت خاص بودن، تقدم و ارجحیت دارد؛ افزون بر اینکه قاعده‌ی مندرج در قانون تجارت، بعد از قاعده‌ی مندرج در قانون مدنی، تصویب شده است (اسکینی، ۱۳۸۵، ۲۲-۲۳)؛ بنابر این، مواد مذکور در قانون تجارت، مخصص قانون مدنی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۹) و تضامن و اجرای قواعد کلی مسئولیت تضامنی، امری استثنائی، خلاف اصل و خاص حقوق تجارت است و به دیگر سخن، مواد مذکور در قانون تجارت، تنها و تنها، بیان موارد استثناء از اصل انتقالی ضمان است و نه تغییر این اصل (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۵؛ ستوده تهرانی، ۱۳۸۲، ۲۶/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۶؛ اسکینی، ۱۳۸۴، ۱۴۰، ۱۳۸۵، ۱۲۳).

اینکه ذکر مواردی چند از استثناء اصل ناقل بودن ضمان، در قانون تجارت، به معنای تغییر در این اصل نیست، تفسیر تخصصی است که تنافی را میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی، در دو قانون مدنی و تجارت، رفع و اراده‌ی واقعی و واحد قانونگذار و متعاقباً، سیاست یگانه‌ی قانونگذاری وی را درباره‌ی اثر ضمان در حقوق خصوصی ایران، نمایان می‌دارد.

۶- نقد و بررسی دلایل دیدگاه تعارض

بررسی دلایل دیدگاه اخیر، از عدم کفایت و توانایی آن‌ها برای اثبات این دیدگاه، حکایت دارد؛ چه اینکه اصل پنداشتن نقل ذمه و خلاف اصل شمردن تضامن، همان‌گونه که در هیچ آیه و روایتی مذکور نیست و هیچ دلیل عقلی قطعی برای آن، قائم نیست (گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸، ۳۱۴-۳۱۵)، در هیچ ماده‌ای از مواد قانونی، به آن، تصریح نشده است و هیچ ماده‌ای نیز تضامن را خلاف اصل نخوانده است.

افزون بر این، شیاع و معمول بودن تضامن در قراردادها و فراوانی حکم به مسئولیت تضامنی در قوانین ایران (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۳، ۲۰۵، ۲۱۳؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۴۱)، برخی از پیروان دیدگاه تعارض

را بر آن داشته است تا از معقول بودن و دو چندی تردید درباره ی اصل پنداشتن نقل ذمه و خلاف اصل شمردن تضامن (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۵، ۲۱۳) و فقدان تردید در تضامن قراردادی (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۲۱) سخن گوید؛ چنانکه برخی دیگر نیز خلاف اتباع خود از دیدگاه مذکور، ضمن اینکه نقل ذمه را عنصر ضمان نمی داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۹)، مقتضای اصل را تضامن و انضمامی بودن ضمان می شمارد و نقل ذمه را خلاف مقتضای اصل و قاعده اولی می خواند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۰، ۱۸۳) و بدین بیان، از وجود معارض برای اصل انتقالی پنداشتن ضمان، سخن می راند.

مستندات اصل انتقالی پنداشتن ضمان نیز توانایی وفای به اثبات آن را ندارد؛ چه اینکه تاریخ ادبیات فقه شیعه، وجود اختلاف را میان فقیهان امامیه درباره ی انتقالی و انضمامی بودن ضمان، از دیرباز تا کنون (گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸، ۳۰۵-۳۱۰) و فقدان اجماع را در این خصوص، گزارش می دهد (گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸، ۳۱۳)؛ واقعیت بیان شده، که برخی از پیروان دیدگاه اخیر نیز به آن، اذعان دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۵، ۱۷۶، ۲۴۵)، نادرستی استناد تأسیس اصل مورد ادعا را به سنت فقهی شیعه، نمایان می سازد؛ آری، اصل مذکور، تنها با گرایش برخی از فقیهان امامیه، هماهنگ است که البته، برای تأسیس اصل، ناکافی است.

ادعای عرف هزار ساله، پنداری است که نمی توان اصل مذکور را بر آن، بنا نهاد؛ زیرا چنین عرفی یا خلاف واقع است و یا فاقد اعتبار برای تأسیس اصل است؛ چه منظور از عرف ادعایی، یا سیره ی متشرعیه و یا بنای عقلاء است؛ در فرض سیره ی متشرعیه، با توجه به انضمامی بودن ضمان، نزد قاطبه ی فقهاء اهل سنت (سیوری، ۱۴۰۴، ۱۸۶/۲؛ عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۴)، سیره ی متشرعیه ی اهل سنت، بر تضامن و انضمامی بودن استوار است و در صورت غمض عین از شیاع و معمول بودن تضامن در جامعه ی شیعیان و اختلاف مذکور میان فقهاء شیعه، که برای شکل نگرفتن سیره کافی است، اگر تحقق سیره ی متشرعیه میان شیعیان، بر انتقالی بودن ضمان، پذیرفته شود، به جهت عدم اتصال به زمان معصوم (ع)، فاقد اعتبار است.

انضمامی بودن ضمان در حقوق شماری از کشورهای باختر زمینی (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۳-۳۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۶؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۳۷، ۱۲۳)، میان مسلمانان اهل سنت و نیز شیاع و معمول بودن آن در جامعه ی شیعیان، برای عدم تحقق بنای عقلاء بر انتقالی بودن ضمان، کفایت دارد؛ ظاهراً، از این رو است که برخی از دانشیان حقوق پیرو دیدگاه تعارض، از وجود عرف مسلم بر تضامن، سخن می راند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۰، ۱۸۳، ۲۴۹) که خود، گزارش از وجود معارض برای عرف ادعایی هزارساله است.

مواد قانونی مورد اشاره نیز این توانایی را ندارند که مستند اصل مذکور قرار گیرند؛ چه اینکه قانونگذار در ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی که به تعریف ضمان قراردادی مختص است، نه نقل ذمه و نه ضم ذمه را بیان نمی‌دارد و بدین شیوه، اظهار می‌دارد: هیچیک از نقل و ضم، از عناصر سامان دهنده ضمان نیستند و ماهیت ضمان، صرف تعهد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۵۳، ۱۵۴)؛ همان‌گونه که بسیاری از فقیهان شیعه به آن، اعتراف دارند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۵۴۹/۲، ۱۴۱۴، ۲۷۹/۱۴، ۱۴۱۳، ۱۵۵/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۷۱/۴، ۱۴۱۰، ۱۱۳/۴؛ سیوری، ۱۴۰۴، ۱۸۳/۲؛ ابن فهد، ۱۴۰۷، ۵۲۱/۲؛ کرکی، ۱۴۱۴، ۳۰۸/۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۸۲/۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۳/۲۱؛ آل عصفور، بی‌تا، ۳۵۱/۱۲؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۳۴۸/۱۶؛ طباطبائی، بی‌تا، ۱۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۱۱۴/۲۶؛ یزدی، ۱۴۱۹، ۳۹۹/۵؛ حکیم، ۱۴۳۰، ۱۴۳/۱۳؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۱۴۳/۲۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ۴۳/۴؛ خمینی، بی‌تا، ۲۵/۲؛ اشتیاردی، ۱۴۱۷، ۳۶۸/۲۸)؛ از این رو است که قانونگذار، نقل ذمه را نه در مبحث کلیات، بلکه به صورت جداگانه در مبحث اثر ضمان، در ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی، با عبارتی فاقد هرگونه از ادات حصر و ادات عموم، بیان می‌دارد، تا بدین روش، زمینه‌ی ادعای اصل پنداشتن نقل ذمه، برای اثر ضمان، از بین رود؛ چه اگر قانونگذار نقل ذمه را اصل می‌پنداشت، آن را با تعریف ضمان، همراه می‌ساخت و یا با ادات حصر و یا ادات عموم، قرین می‌داشت.

جداسازی میان تعریف و اثر ضمان، شیوه‌ی بیان ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی و قراردادن مفاد ماده ۶۹۹ در پی آن و وضع مفاد ماده‌ی ۷۲۳ در پایان مبحث اثر ضمان بین ضامنین، که در ضمان انضمامی و تضامن طولی، ظهور دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۶، ۱۷۹، ۲۴۵، ۲۴۷؛ ۱۳۷۸، ۱۰۸-۱۰۹)، همگی، قرینه برای این واقعیت است که قانونگذار، جهت تنويع ضمان - حسب اثر آن - به ضمان انتقالی و انضمامی، در ماده‌ی ۶۹۸ به صراحت، از ضمان انتقالی، و در مواد: ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی، به ظهور عبارات این مواد، از ضمان انضمامی سخن می‌راند؛ بنابر این، با التفات به قرائن مذکور، ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی، نه به صراحت و نه به ظاهر خود، به هیچ رو، اصل انتقالی بودن ضمان قراردادی را در حقوق خصوصی ایران بیان نمی‌دارد.

از مواد: ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت نیز که همانند برخی دیگر از مواد این قانون، در ظهور آن‌ها بر تضامن و ضمان انضمامی، تردیدی وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۶، ۱۷۹، ۲۴۵، ۲۴۸-۲۴۷، ۲۵۴، ۲۵۲، ۲۵۴؛ عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۴-۳۱۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۳-۲۰۴؛ اسکینی، ۱۳۸۴، ۱۱۲، ۱۱۴، ۱۱۶؛ ۱۳۸۵، ۳۷، ۴۱، ۴۴، ۱۲۳)، نمی‌توان اصل انتقالی بودن ضمان قراردادی را اصطیاد کرد؛ چه بسی آشکار است که منطوق هیچیک از مواد سه‌گانه‌ی بیان شده، به اصل مذکور، ناطق نیست و امکان اصطیاد این اصل، از مفهوم مواد بیان شده نیز منتفی است؛ زیرا ماده‌ی ۴۰۴، به جهت فقدان

دلالت التزامی، موضوعاً، از دائره‌ی مفهوم‌گیری، خارج است و شرط مذکور در ماده‌ی ۴۰۳، در صورت تصور و پذیرش آن، به جهت محقق‌الموضوع بودن، فاقد مفهوم است؛ چه بسی هویدا است که در ضمان قراردادی، فرض امکان مراجعه‌ی مضمون^۱ له به صورت توأمان، به ضامن و مضمون^۲ عنه و یا مراجعه‌ی مضمون^۳ له، به هریک از آن دو، عقیب دیگری، بدون فرض ضمانت تضامنی، منتفی است.

از شرط مکنون در ماده‌ی ۴۰۲: «اگر در قرارداد یا ضمانت نامه مقرر شود: مضمون^۴ له، برای وصول طلب خود، ابتداءً، نزد مضمون^۵ عنه رود و در صورت عدم وصول، نزد وی آید، ضامن، حق دارد به هنگام مراجعه‌ی مضمون^۶ له به وی، از او تقاضا کند که بدواً، به مدین اصلی مراجعه کند»، در صورت مفهوم‌گیری، اصل انتقالی بودن ضمان قراردادی به دست نمی‌آید؛ زیرا مفهوم مخالف شرط مذکور، عدم حق تقاضای ضامن از مضمون^۷ له مبنی بر رجوع ابتدائی به مضمون^۸ عنه، در صورت فقدان تقریر ترتیب مراجعه است که بی شک، معنای آن، حق مراجعه‌ی مضمون^۹ له به هر دوی ضامن و مضمون^{۱۰} عنه، هم مجتمعاً و هم منفرداً است که مفهوم و مفید تضامن و ضمان انضمامی است.

منطوق ماده‌ی ۴۰۲، به مدد قرینه‌ی رجوع ابتدائی به مدین اصلی، مشعر به تضامن طولی، و مفهوم آن، مفید تضامن عرضی است؛ از این رو، خلاف پندار پیروان دیدگاه تعارض، در فرض مفهوم‌گیری از ماده‌ی ۴۰۲، نه تنها، اصل انتقالی بودن ضمان قراردادی، از آن، قابل اصطیاد نیست، بلکه از مقارنت منطوق و مفهوم ماده‌ی مذکور، این قاعده، قابل اصطیاد است که در تضامن، اصل بر تضامن عرضی است و تضامن طولی، نیازمند بیان است.

نمی‌توان به استناد عدم تقیید واژه‌های ضامن و مضمون^{۱۱} له در منطوق ماده‌ی ۴۰۲، ادعای اطلاق ماده را دست مایه‌ی اثبات این گمانه ساخت که منطوق ماده، تفصیل اجمال ذیل مواد: ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی و مفهوم ماده، حاکی از اصل انتقالی بودن مطلق ضمان و یا ضمان مطلق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۸۱، ۲۴۸)؛ چه اینکه اطلاق‌گیری، به فقدان قرینه، منوط است و مجاورت و مقابله‌ی ماده‌ی ۴۰۲ با ماده‌ی ۴۰۳ قانون تجارت که در تضامن عرضی، صراحت دارد، قرینه‌ی مانع اطلاق‌گیری از ماده ۴۰۲ است؛ چنانکه عبارت رجوع به مدین اصلی، در منطوق ماده، قرینه‌ی دیگری بر فقدان اطلاق و دال بر تضامن است؛ چه بسی بدیهی است که با انتقال ذمه، تجویز رجوع به مدین اصلی، لغو است و حق رجوع، فرع اشتغال ذمه است.

همچنین، ظهور واژه‌های: «رجوع» و «ترتیب»، مانع و نافی تأویل آن‌ها به تعلیق تأدیه و ادعای این گمانه است که منطوق ماده‌ی ۴۰۲ قانون تجارت، تفصیل اجمال ذیل مواد: ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی است؛ که اگر مراد قانونگذار، از مفاد ماده ۴۰۲، تعلیق تأدیه و نه تضامن طولی بود، همانند دو ماده‌ی مذکور قانون مدنی، به آن، تصریح می‌داشت و از کاربرد واژه‌ها و عبارتی پرهیز می‌کرد که

ظهوری در تعلیق ندارند و یا ظهور آن‌ها در تعلیق، محل خلاف است؛ زیرا روشی، خلاف اصول قانونگذاری و مقام بیان است؛ هرچند که به نظر برخی از پیروان دیدگاه تعارض، تعلیق تأدیه، خود نوعی تضامن طولی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۹، ۱۸۴)؛ از این رو، ماده ۴۰۲، به منطوق خود، ظاهر در تضامن طولی و به مفهوم خود، دال بر این است که طولی بودن تضامن، نیازمند بیان است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۹، ۱۸۴، ۲۴۵، ۲۴۷).

بنابر این، قانونگذار در مادتين: ۴۰۲ و ۴۰۳، با اظهار این مطلب که قرارداد و تجویز قانون، از منابع و اسباب تضامن و ضمان انضمامی است (عبادی، ۱۳۸۳، ۳۱۴-۳۱۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۴)، در کنار تصحیح تضامن قراردادی، به تنويع ضمانی می‌پردازد که در ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی، آن را تعریف کرده است و بدین شیوه، هم ضمان انضمامی و هم گونه‌های آن، یعنی: تضامن طولی و عرضی را به ترتیب در این دو ماده، بیان می‌دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۶) و با وضع مفاد ماده‌ی ۴۰۴، دائره‌ی این تصحیح ضمان انضمامی و گونه‌های آن را به مطلق معاملات، فراتر از معاملات تجارتي، گسترش می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۴) و از این رو، مواد بیان شده، نه به ظهور بدوی خود و نه به مدد قرینه، هیچ اشعار و اشاره‌ای به نقل ذمه ندارند تا بتوان از آن‌ها اصل انتقالی بودن ضمان را اصطیاد کرد.

افزون بر این، همان گونه که برخی از پیروان دیدگاه تعارض، بیان می‌دارند، تفسیر مواد مذکور، مطابق با مذاق دیدگاه تعارض، و ادعای اصطیاد اصل انتقالی بودن ضمان قراردادی، از آن‌ها، با عرف بازرگانی و ماهیت ضمان در امور تجارتي در تنافی است؛ چه اینکه در عرف و امور تجارتي و بازرگانی، طلبکار، با پذیرش انعقاد ضمان، در پی تحصیل وثیقه‌ی اعتباری خود، یعنی: تحت اختیار داشتن توأمان ذمه‌ی ضامن و بدهکار است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۵-۲۰۶).

جمع عرفی به شیوه‌ی تخصیص نیز مفید توجیه دیدگاه تعارض نیست؛ چه اینکه تخصیص، جمع تنافی میان دو گزاره‌ای است که یکی عام و دیگری خاص است؛ بدین گونه که با قرینه قرارگرفتن خاص، افراد خاص، از شمول و ظهور ابتدائی عام، خارج می‌شوند (مظفر، ۱۳۷۵، ۱۴۲/۱-۱۴۳؛ ۲۳۳/۲)؛ حال اینکه اولاً، از منظر گزاره‌شناسی، ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی، قضیه‌ای مهمله است و به مانند قضایای مهمله، به جزئیة بودن آن، حکم می‌شود (مظفر، ۱۴۰۰، ۱۳۶/۱) و از این رو، ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی، گزاره‌ای عام نیست و ثانیاً، به جهت ایجابی بودن منطوق مواد: ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، تنافی میان منطوق آنان نیست. ماده‌ی ۴۰۳ قانون تجارت، فاقد مفهوم است و مفهوم ماده‌ی ۴۰۲ نیز با منطوق ۶۹۸ در تنافی نیست؛ بنابر این، نمی‌توان از تعارض غیر مستقر میان مواد مذکور و جمع عرفی آن، به شیوه‌ی تخصیص، سخن راند.

افزون بر این، به جهت فراوانی استثناء اصل انتقالی بودن ضمان و شیوع و کثرت تضامن و ضمان انضمامی در مواد قانونی، که پیروان دیدگاه تعارض نیز به آن، اذعان دارند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۰۳-۲۰۴؛ اسکینی، ۱۳۸۵، ۴۱-۴۲؛ فرحناکیان، ۱۳۹۱، ۵۱۰)، بی تردید، پذیرش فرض جمع عرفی مذکور، مصداق تخصیص اکثر است که امری قبیح، ناروا و مخالف با اصول قانونگذاری است. شاید از این رو است که برخی از استادان حقوق، در پی این سخن که مواد: ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، مخصص ماده ی ۶۹۸ قانون مدنی بیان هستند، ماده ی ۶۹۸ را عملاً منسوخ می خواند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۹-۱۸۰).

۷- دلایل دیدگاه همگرایی

۷-۱- فقدان وحدت موضوع

وقوع تعارض، به وحدت موضوع نیازمند است؛ چه اینکه تعارض، تنافی دو دلیل به صورت تضاد و یا تناقض است و تحقق هر یک از تناقض و تضاد نیز به وحدت موضوع وابسته است (مظفر، ۱۴۰۰، ۴۷/۱، ۱۶۷) و این وحدت موضوع، در تنافی ظاهری میان مواد ناظر به ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت، منتفی است؛ چه بسی آشکار است که ماهیت ضمان قراردادی، صرف تعهد و التزام است و هنگامی وحدت موضوع، قابل تصور است که انتقال و انضمام، جزء ماهیت ضمان و از عناصر سامان دهنده ی آن پنداشته شود و حال اینکه انضمامی و یا انتقالی بودن ضمان، مقتضای ذات و برآمده از ماهیت ضمان نیست، بلکه برآمده از خارج ذات ضمان و محصول و اثر تراضی طرفین قرارداد و یا تجویز قانونگذار است.

البته، مواد قانون تجارت، غالباً، بر معاملات و اسناد تجارتي و مواد قانون مدنی، نوعاً، بر معاملات مدنی، ناظر است و تفاوت نمایان میان معاملات با وصف تجارتي با معاملات مدنی، واقعیتی است که نمی توان آن را در این میان، نادیده انگاشت.

بنابر این، موضوع واحدی برای تنافی، موجود نیست، تا بتوان در سایه ی آن، از گمانه ی تعارض میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی در قانون مدنی و تجارت و وجود سیاست افتراقی در قانونگذاری نهاد ضمان قراردادی، سخن راند.

۷-۲- فقدان تنافی

تحقق تعارض، به تنافی ذاتی و یا عارضی میان دو دلیل، وابسته است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۴۳۷) و این تنافی، میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی در قانون مدنی و قانون تجارت، منتفی است؛ چه اینکه ماهیت ضمان قراردادی، صرف تعهد و التزام است و انضمام و انتقال، اموری خارج از ذات ضمان قراردادی و محصول تراضی و یا تجویز قانون و ناظر بر چگونگی اجرای تعهد و التزامی است

که سامان دهنده‌ی ذات و ماهیت تمامی انواع و افراد و مصادیق ضمان قراردادی است؛ از این رو، با توجه به یگانگی ماهیت ضمان در ضمان انتقالی و ضمان انضمامی، تنافی ذاتی میان این مصادیق ضمان قراردادی، در مواد قانون مدنی و قانون تجارت، منتفی است.

تنافی عارضی نیز از این رو منتفی است که به وجود قرینه و دلیل خارجی وابسته است (خویی، ۱۴۱۷ ب، ۳۴۶/۲؛ فاضل لکنانی، ۱۳۸۵، ۱۳۹/۶-۱۳۰؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۴۰۷/۴) و نه در آیات و روایات فقهی که در شمار مبانی مشروعیت و صحت ضمان قراردادی قرار دارند و نه در مواد قانونی، قرینه و دلیلی خارجی بر این ادعا موجود و قائم نیست که اجرای تعهد و التزام سامان دهنده‌ی ماهیت ضمان قراردادی، جز در موارد استثناء، در تمامی دیگر افراد و مصادیق آن، صرفاً و تنها، از طریق انتقال ذمه، میسر و پذیرفته است و یا اینکه انضمام، با ماهیت ضمان، در تنافی است، تا بتوان با اتکاء و استناد به آن، از تنافی عارضی میان ضمان انتقالی و انضمامی و به تبع آن، از گمانه‌ی تعارض میان مواد ناظر به ضمان قراردادی، در قانون مدنی و قانون تجارت و وجود سیاست دوگانه‌ی افتراقی در قانونگذاری نهاد ضمان قراردادی، سخن گفت.

۷-۳- اطلاق ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی

قانونگذار، در ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی، با بیان عبارت: «اینکه شخصی، مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است، به عهده بگیرد»، ضمان را به مطلق تعهد و التزام، تعریف می‌کند و به هیچ رو، این تعریف را به قید انتقال ذمه، همراه نمی‌سازد، تا به ضمان انتقالی، اختصاص یابد و تقیید پذیرد؛ از این رو، ماده مذکور، توانایی شمول توأمان هر دو فرد ضمان قراردادی، یعنی: ضمان انتقالی و انضمامی را دارد.

از آنجا که اطلاق‌گیری، به فقدان قرینه‌ی بر تقیید وابسته است، حکم به اطلاق ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی نیز بر این مهم وابسته است که مواد یا ماده‌ای قانونی، قرینه‌ی برای تقیید و نفی اطلاق آن، قرار نگیرد. بررسی مواد قانون مدنی، به وضوح، نمایان می‌دارد که قانونگذار ایرانی، نه تنها به تقیید و نفی اطلاق ظاهر در ماده‌ی ۶۸۴ نپرداخته است، بلکه در موادی چند نیز آن را تأیید کرده است؛ چنانکه عبارت ذیل مواد: ۶۹۹ و ۷۲۳ با شمول این اطلاق و پذیرش ضمان انضمامی در قانون مدنی، هماهنگ است؛ گواه، اینکه شماری از فقیهان، مفاد تعلیقی که ذیل دو ماده‌ی مذکور، بیان شده است، ضم ذمه به ذمه می‌شمارند (یزدی، ۱۴۱۵، ۴۰۵/۵؛ خویی، ۱۴۰۹، ۱۱۴/۲-۱۱۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۲۴/۲۰؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۱۴۹/۳۰؛ ایران عقیده و دیگران، ۱۴۰۱، ۵۰)؛ چه اینکه تعلیق تعهد و التزام تأدیه‌ی دین مدین، به عدم تأدیه‌ی آن از سوی مدین، به اینکه فرد متعهد و ملتزم بگوید:

«اگر مضمون^۱ عنه، بدهی و دین خود را تأدیه و پرداخت نکرد، من متعهد و ملتزم به پرداخت آن هستم»، به معنای ضم ذمه به ذمه است؛ زیرا در فرض مذکور، پیش از تعلیق و حصول معلق^۲ علیه، ذمه ی مضمون^۳ عنه، برابر مضمون^۴ له، مشغول است و با تحقق معلق^۵ علیه - یعنی: عدم پرداخت دین از سوی مدین - با بقای اشتغال ذمه ی مضمون^۶ عنه، برابر مضمون^۷ له، اشتغال ذمه ی متعهد و ملتزم به پرداخت دین مدین، فعلیت می یابد و در این هنگام، ذمه ی ضامن در کنار ذمه ی مدین، نسبت به دین دائن مشغول است و این، همان ضم ذمه به ذمه ای است که شماری از فقیهان برای فرض تعلیق پرداخت دین، بیان می دارند؛ از این رو، دیگر، مجالی برای سخن از گمانه ی وجود سیاست افتراقی و دوگانه ی قانونگذار، در قانون مدنی و قانون تجارت، به هنگام قانونگذاری ضمان قراردادی و تنافی و تعارض میان مواد ناظر به ضمان عقدی در این دو مجموعه قانون، باقی نمی ماند.

شاید مطالعه ی ماده ی ۶۹۸ قانون مدنی و مقایسه و سنجش آن با ماده ی ۶۸۴، این گمانه را در ذهن بپروراند که ماده ی ۶۹۸ همان قرینه ی مانع حکم به اطلاق ماده ی ۶۸۴ و مقید آن است و در نتیجه، دیگر نمی توان با وجود ماده ی ۶۹۸، از اطلاق ماده ی ۶۸۴ سخن راند؛ چه اینکه ماده ی ۶۹۸ به صراحت بیان می دارد: «بعد از اینکه ضمان، به طور صحیح واقع شد، ذمه ی مضمون^۸ عنه بری و ذمه ضامن، به مضمون^۹ له، مشغول می شود» و لازمه ی برائت ذمه ی مضمون^{۱۰} عنه و اشتغال ذمه ی ضامن، انتقال ذمه ی مضمون^{۱۱} عنه به ذمه ی ضامن است؛ از این رو، مراد از ضمانی که قانونگذار در ماده ی ۶۸۴ به تعریف آن، اهتمام دارد، همین ضمان انتقالی است.

برای نمایان شدن نادرستی پندار مذکور، التفات به این نکته، کافی است که تقیید، به تنافی میان دو دلیل مطلق و مقید، وابسته است و دو دلیل مطلق و مقید متفق در سلب و ایجاب، هنگامی به تنافی و تقیید می گرایند که احراز شود: قانونگذار، دارای حکمی واحد است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۵۱؛ خویی، ۱۴۱۷ الف، ۳۷۵-۳۷۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵، ۵۷۵/۳؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۶۲۸-۶۲۷/۲؛ فخلعی و گلباغی ماسوله، ۱۳۹۳، ۱۲۶) و دو ماده ی ۶۸۴ و ۶۹۸ گزاره هایی متفق در ایجاب و قضیه - هایی موجب هستند و قانونگذار هم واجد بیش از حکم واحد است؛ چه اینکه قانونگذار در کنار نام بردن از ضمان انتقالی در ماده ی ۶۹۸ هم در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی، به ضمان انضمامی اشاره دارد و هم در موادی چند از قانون تجارت، مانند ماده ی: ۴۰۳، به ضمان انضمامی اذعان می کند؛ از این رو، ماده ی: ۶۹۸ قابلیت تقیید اطلاق ماده ی ۶۸۴ را ندارد و نمی توان آن را قرینه ی مانع حکم به اطلاق ماده ی ۶۸۴ و مقید آن پنداشت.

بنابر این، وفق مواد مذکور، قانونگذار، با پذیرش ضمان انضمامی در کنار ضمان انتقالی، اتخاذ

سیاست واحد همگرایانه‌ی خود را در قانونگذاری نهاد ضمان قراردادی، نمایان و امکان سخن از گمانه‌ی تنافی و تعارض میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی را در دو قانون مدنی و تجارت، منتفی ساخته است.

۸- نتیجه

تفاوت میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی در قانون مدنی و قانون تجارت، سبب این پندار گردیده است که تعارضی میان این مواد، جاری است و قانونگذار نیز سیاستی دوگانه و افتراقی، به هنگام قانونگذاری و وضع نهاد ضمان قراردادی پیش گرفته است. از آنجا که انتساب سیاست دوگانه، بر ادعای تعارض مذکور، متفرع است و اخذ سیاست افتراقی نیز خلاف اصول ادبیات قانونگذاری است، مشهور حقوقدانان ایرانی، در چاره جویی از این انتساب، از یک سو، به تأسیس اصل ناقل بودن ضمان دست می‌یازد و از دیگر سو، با پذیرش تنافی میان مواد مذکور، آن را به تعارض غیر مستقر تفسیر می‌کند تا با توسل به جمع عرفی و رفع منشأ انتساب سیاست افتراقی، به تبیین سیاست واحد قانونگذار در وضع نهاد ضمان قراردادی نایل آیند؛ حال اینکه گذشته از وجود شائبه‌ی مصادره به مطلوب بودن تأسیس اصل ناقل بودن ضمان، هیچیک از مبانی سه‌گانه‌ی این اصل، سنت فقهی امامیه، عرف و مواد قانونی، ثابت نیستند تا بتوان از چنین اصلی سخن راند و آن را چاره ساخت؛ چنانکه تمسک به جمع عرفی به شیوه‌ی تخصیص، بر فرض امکان آن، خود اقراری ضمنی به وجود سیاستی افتراقی و دوگانه و مستلزم تخصیص اکثر است که امری قبیح و خلاف اصول قانونگذاری است.

از تحلیل مواد ناظر بر ضمان قراردادی در قانون مدنی و قانون تجارت، این واقعیت، نمایان گردید که حقیقتاً، تعارضی میان مواد مذکور وجود ندارد و قانونگذار، در قانونگذاری نهاد ضمان قراردادی در قانون مدنی و تجارت، دارای سیاست واحدی است و از تفاوت میان مواد ناظر بر ضمان قراردادی، تنويع ضمان قراردادی مقصود است؛ چه تعارض به تنافی و وحدت موضوع منوط و وابسته است که فرض تحقق هر دو، میان مواد مذکور منتفی است و ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی که عهده دار بیان ماهیت ضمان قراردادی است به اطلاق خود، تمامی افراد و گونه‌های ضمان قراردادی را در برمی‌گیرد.

منابع

- ۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق). کفایه الاصول. قم: موسسه آل البيت (ع).
- ۲- آل عصفور، حسین بن محمد (بی‌تا). الأنوار اللوامع. قم: مجمع البحوث العلمیه.
- ۳- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). المهدب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- ۵-اسکینی، ربیعا (۱۳۸۵). حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری. تهران: انتشارات سمت.
- ۶-اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴). حقوق تجارت: برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک. تهران: انتشارات سمت.
- ۷-اسلامی، رضا (۱۳۸۷). قواعد کلی استنباط. قم: بوستان کتاب.
- ۸-اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروة. تهران: دار الأسوه.
- ۹-امامی، سید حسن (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
- ۱۰-انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۱۱-ایران عقیده، محمد صادق؛ صابریان، علیرضا؛ گلباغی ماسوله، سید علی جبار (۱۴۰۱). امکان سنجی جرم انگاری براندازی نرم نظام اسلامی با رویکرد به مفهوم بغی. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی. دوره هیجدهم، شماره ۶۹ ص ۲۹-۵۱.
- ۱۲-بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۳-بهرامی، بهرام (۱۳۸۲). حقوق تجارت کاربردی. تهران: نگاه بینه.
- ۱۴-جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- ۱۵-جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). حقوق تعهدات. تهران: گنج دانش.
- ۱۶-جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). ضمان عقدی در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
- ۱۷-جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). مجموعه ی محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
- ۱۸-حکیم، سید محسن (۱۴۳۰ق). مستمسک العروة. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ۱۹-خمينی، سید روح الله (بی تا). تحریر الوسیله. قم: دار العلم.
- ۲۰-خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). مبانی العروة. قم: مدرسه دار العلم - لطفی.
- ۲۱-خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق الف). محاضرات. قم: انتشارات الهادی.
- ۲۲-خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق ب). مصباح الاصول. قم: داوری.
- ۲۳-دمیرچیلی، محمد و حاتمی، علی و قرائی، محسن (۱۳۸۴). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: میثاق عدالت.
- ۲۴-روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (ع). قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق (ع).
- ۲۵-سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق). المحصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ۲۶-سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار.
- ۲۷-ستوده تهرانی، سیروس (۱۳۸۲). حقوق تجارت. تهران: نشر دادگستر.
- ۲۸-سیوری، مقداد بن عبد الله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع. قم: کتابخانه ی مرعشی نجفی.
- ۲۹-شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة. قم: انتشارات داوری.
- ۳۰-شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- ۳۱-صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

- ۳۲- صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الاصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۳- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۴- طباطبائی، سید محمد (بی‌تا). المناهل. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
- ۳۵- عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۶- عبادی، محمد علی (۱۳۸۳). حقوق تجارت. تهران: گنج دانش.
- ۳۷- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ۳۸- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
- ۳۹- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۰- فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۵). ایضاح الکفایه. قم: انتشارات نوح.
- ۴۱- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح القوائد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۴۲- فخلعی، محمد تقی؛ گلباغی ماسوله، سید علی جبار (۱۳۹۳). واکاوی تفصیل منسوب به میرزای قمی در خصوص حجیت ظواهر. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. شماره ۳۷ ص ۱۱۱-۱۲۶.
- ۴۳- فرحناکیان، فرشید (۱۳۹۱). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر میزان.
- ۴۴- فیض، محمد محسن بن مرتضی (بی‌تا). مفاتیح الشرایع. قم: کتابخانه‌ی مرعشی نجفی.
- ۴۵- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی: عقود معین. تهران: شرکت انتشار.
- ۴۶- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات. تهران: انتشارات یلدا.
- ۴۷- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
- ۴۸- گلباغی ماسوله، سید علی جبار (۱۳۹۰). شرط فاسخ در فقه و حقوق شیعه. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. دوره هفتم، شماره ۲۴ ص ۹۳-۱۱۲.
- ۴۹- گلباغی ماسوله، سید علی جبار؛ سلطانی، عباسعلی؛ فخلعی، محمد تقی (۱۳۹۴). أخذ أجرة بر واجبات با رویکرد به آراء صاحب عروه. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. دوره دوازدهم، شماره ۴۲ ص ۱۱۵-۱۴۶.
- ۵۰- گلباغی ماسوله، سید علی جبار؛ سلطانی، عباسعلی؛ فخلعی، محمد تقی (۱۳۹۷). واکاوی قالب شناسی حواله. با رویکرد به دیدگاه صاحب عروه، فصل‌نامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۵۲، ص ۱۱۱-۱۲۶.
- ۵۱- گلباغی ماسوله، سید علی جبار (۱۳۹۸). چپستی شناسی ضمان از منظر فقه شیعه. مطالعات فقه و حقوق اسلامی. دوره یازده، شماره ۲۰، ص ۳۰۱-۳۲۴.
- ۵۲- مظفر، محمد رضا (۱۴۰۰ق). المنطق. بیروت: دار التعارف.
- ۵۳- مظفر، محمد رضا (۱۳۷۵). اصول الفقه. قم: اسماعیلیان.
- ۵۴- مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق). فقه الامام جعفر الصادق (ع). قم: انتشارات انصاریان.
- ۵۵- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ۵۶- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (محتشی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.