

مقتضای اطلاق ضمان قراردادی

دکتر گودرز افتخار جهرمی *

سهیل طاهری **

چکیده

عقد ضمان از وثایق شخصی بوده و اثر اصلی آن بنابر اجماع فقهای امامیه، نقل ذمه به ذمه است. اما اکثریت فقهای عامه، اثر اصلی این عقد را ضم ذمه به ذمه دانسته‌اند و لیکن مشهور عامه این تضامن را عرضی و برخی دیگر آن را طولی می‌دانند. هم در فقه امامیه و هم در فقه عامه مشهور معتقدند؛ می‌توان با توافق، نقل یا ضم را بر روابط بین ضامن و مضمون عنه حاکم نمود اما فقهای امامیه اجماعاً اقتضای اطلاق عقد ضمان را نقل و اکثریت قریب به اتفاق عامه اقتضای اطلاق این عقد را ضم می‌دانند.

در قانون مدنی ایران، عقد ضمان و آثار آن به‌عنوان یکی از عقود معین آمده است و غالب مقررات این عقد در قانون مدنی، به تبعیت از فقه امامیه، ناظر به اثر انتقالی عقد ضمان است. اما تعریف ماده‌ی ۶۸۴ ق.م. از این عقد، به نظر نگارنده، اختصاص به اثر انتقالی ضمان نداشته و می‌تواند جامع هر دو نظریه‌ی نقل و ضم، بر مبنای قصد مشترک طرفین باشد. از طرف دیگر موضع قانون‌گذار مدنی در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ نیز ظهور در پذیرش نظریه‌ی ضم ذمه به ذمه، در صورت توافق طرفین عقد دارد.

در مواد ۴۰۲ به بعد قانون تجارت نیز صراحتاً تضامن طولی و عرضی با منشا قراردادی و قانونی پذیرفته شده است و می‌توان با جمع مواد قانون مدنی و قانون تجارت در باب عقد

* استاد دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق خصوصی.

ضمان و تحلیل آن بر مبنای قصد مشترک طرفین ، به این نتیجه رسید که در حقوق ایران نیز می‌توان هم‌گام با اکثر نظام‌های حقوقی دنیا ، اقتضای اطلاق ضمان قراردادی را ، تضامن طولی دانست.

کلید واژگان

ضمان، ضمان قراردادی، نقل ذمه، ضم ذمه، تضامن طولی، تضامن عرضی.

مقدمه

ضمان در زبان فارسی به معنای «قبول کردن»، «پذیرفتن»، «بر عهده گرفتن وام دیگری» و «ملتزم شدن به این که هرگاه کسی به عهد خود وفا نکرد، ملتزم از عهده‌ی خسارت برآید»^۱ آمده است. این کلمه بنابر نظر برخی فقها از ریشه‌ی «ضَمِنَ» به معنای «التزام»، «به-عهده گرفتن» و «تعهد کردن»^۲ یا به معنای «اشتمال» و «تضمن»^۳ می‌باشد و به اعتقاد برخی دیگر از ریشه‌ی «ضَمَّ» به مفهوم «ضمیمه شدن»^۴ است. اصطلاحات دیگری مانند کفالت و زعامت نیز به معنی ضمان به کار رفته‌اند. واژه‌ی ضمان تاثیر قاطع در تعیین مفهوم فقهی آن ندارد و برای تشخیص ماهیت آن باید به دلایل فقهی و سابقه‌ی تاریخی آن توجه کرد.^۵ ضمان را به اعتبار «منبع» آن می‌توان به «ضمان قهری» و «ضمان قراردادی» تقسیم نمود؛

الف- ضمان قهری؛

منشا ضمان قهری واقعه‌ی حقوقی است؛ این واقعه ممکن است به صورت ارادی یا

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، جلد دوم، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ ششم، ۱۳۶۳، ص. ۲۱۹- عمید، حسن، فرهنگ عمید سه جلدی، جلد دوم، انتشارات امیر کبیر، چاپ اول، ۱۳۶۳، صص. ۱۶۵۰ و ۱۶۵۱.
۲. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد ابن مکرم، لسان‌العرب، جلد سیزدهم، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ه. ق. ص. ۲۵۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ضمان عقدی در حقوق مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶، صص. ۱۳۶ و ۱۴۱- شهید ثانی، زین‌الدین الجعلی العاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، مرکز النشر، مکتب الاعلام الاسلامیه، چاپ هشتم، تابستان ۱۳۷۳، ص. ۳۹۲.
۳. البستانی، فؤاد افرام، منجد الطلاب، تهران، انتشارات تابش، چاپ سوم، ۱۳۶۶، ص. ۴۳۰.
۴. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله ابن احمد، المغنی فی فقه الامام احمد ابن حنبل الشیبانی، جلد چهارم، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۹۸۵، ص. ۳۴۴.
۵. کاشانی، محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۸، ص. ۲۷۲- جعفری لنگرودی، همان، ص. ۱۴۳.

قهری واقع شود اما آثار آن با وجود میل مسبب آن واقعه و به حکم قانون، قهراً بر شخص تحمیل می‌شود مانند ضمان ناشی از غصب یا اتلاف.

ب- ضمان قراردادی؛

منشا این نوع ضمان، بر خلاف ضمان قهری، یک عمل حقوقی است و چون «اصل آزادی ایقاعات» برخلاف «اصل آزادی قراردادهای» در حقوق ایران پذیرفته نشده است و ایقاع نمی‌تواند منبع ضمان و تعهد به‌طور مطلق قرار گیرد، عمل حقوقی منشا ضمان، منحصر به قرارداد است. اما این ضمان قراردادی، یا مستقیماً توسط اطراف یا طرفین عقد با توافق ایجاد می‌گردد (عقود ضمان، حواله و کفالت) و یا در نتیجه‌ی پیمان‌شکنی و تخلف از اجرای تعهدهای قراردادی (ضمان معاوضی موضوع ماده‌ی ۳۸۷ ق.م.، ضمان درک موضوع ماده‌ی ۳۹۰ ق.م. و ضمان ناشی از تخلف از مفاد قرارداد موضوع ماده‌ی ۲۲۱ ق.م.)، بر عهده‌ی متخلف قرار می‌گیرد.^۷ ماهیت عقد ضمان تضمین بدهی مدیون است. تضمین‌های بدهی به عینی و شخصی تقسیم می‌شوند. وثیقه‌ی عینی یا رهن، تعیین مالی برای استیفای طلب از محل فروش آن است، ولی وثیقه‌ی شخصی پذیرش تعهد پرداخت از سوی ضامن است. تضمین شخصی یک وثیقه‌ی کامل نیست زیرا ضامن نیز ممکن است قادر به پرداخت وجه وثیقه نباشد. از همین رو بستان کار در پذیرش تعهد ضامن، توانایی او

۶. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، شرکت سهامی انتشار، چاپخانه بهمن، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵، ص. ۷.

۷. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم ۱۳۸۲، شماره‌ی ۱۳۲، صص. ۲۲۱ و ۲۲۲ - کاشانی، پیشین، صص. ۲۹۹، ۳۰۰ و ۳۰۱ - محقق داماد، سید مصطفی، «ماهیت، مبانی و آثار تضامن بین بدهکاران»، فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء (س)، ص. ۹ - جعفری لنگرودی، پیشین، صص. ۱۱۳ و ۱۳۳.

را در پرداخت بدهی مورد بررسی قرار می‌دهد تا از خطر بی‌چیزی احتمالی او تا آن‌جا که ممکن است در امان بماند. قانون مدنی ضمان و رهن را از عقود معین دانسته است و در حالی که در تعریف عقد رهن به ویژگی وثیقه بودن آن تصریح می‌کند (ماده‌ی ۷۷۱ ق.م.ا)، در عقد ضمان اشاره‌ای به این ویژگی نکرده است. در عمل عقد ضمان همیشه در مقام تضمین بدهی به کار می‌رود.^۸ حقوق اسلام نیز عقد ضمان را از عقود وثیقه (وثیقه‌ی شخصی) می‌داند و از این جهت فرقی با حقوق مدنی فرانسه دیده نمی‌شود.^۹

ضمان به معنی اخص همان ضمان عقدی است، اما در معنی اعم شامل عقد ضمان، حواله و كفالت است.^{۱۰} در تعریف ضمان به معنی اعم گفته‌اند: «عقدی است برای تعهد به مال یا نفس»؛ تعهد به نفس همان عقد كفالت است و تعهد به مال شامل عقد ضمان و عقد حواله است. در فقه جمهور كفالت در معنی اعم مساوی ضمان به معنی اعم است. در لغت كفالت به معنای ضمانت است.^{۱۱} موضوع این مقاله «مقتضای اطلاق ضمان قراردادی» است، بدین معنا که در صورت سکوت طرفین در ضمان قراردادی در خصوص اثر انتقالی یا انضمامی عقد ضمان، و اطلاق عقد در این خصوص، آنچه واقع می‌شود نقل ذمه به ذمه است یا ضم ذمه به ذمه. به همین منظور، در این مقاله مقتضای اطلاق عقد ضمان در فقه را در مبحث اول و مقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق موضوعه را در مبحث دوم مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۸. کاشانی، پیشین، صص. ۲۶۹ و ۲۷۰.

۹. جعفری لنگرودی، پیشین، صص. ۱۴۴ و ۱۴۵.

۱۰. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، جلد دوم، بیروت، مکتبه و کلا الامام الخمینی، ۱۴۱۰

ه.ق. ص. ۵۸۵.

۱۱. جعفری لنگرودی، همان، ص. ۱۳۵.

مبحث اول - مقتضای اطلاق عقد ضمان در فقه

در فقه اسلامی در خصوص اثر اصلی عقد ضمان دو نظر وجود دارد؛ مشهور فقهای امامیه با نگاهی مذهبی و سنتی به عقد ضمان، فلسفه‌ی وجودی آن را گشایش برای بده‌کار دانسته و قائل بر این نظراند که لازمه‌ی اطلاق عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه یعنی نقل ذمه‌ی مضمون‌عنه به ذمه‌ی ضامن و اشتغال ذمه‌ی ضامن و براءة ذمه‌ی مضمون‌عنه است^{۱۲}؛ به قول محقق حلی: «و مع تحقق الضمان ينتقل المال الى ذمه الضامن و يبرء المضمون عنه و سقط المطالبة عنه»^{۱۳}. در مقابل، مشهور فقهای عامه، حقوق فرانسه و سایر کشورهای اروپایی^{۱۴} با نگاهی اجتماعی و عرفی به عقد ضمان، اثر اصلی این عقد را ضم ذمه به ذمه یعنی ضمیمه شدن ذمه‌ی مضمون‌عنه به ذمه‌ی ضامن دانسته‌اند و انعقاد عقد ضمان را موجب براءة ذمه‌ی مضمون‌عنه نمی‌دانند بلکه این عقد را تضمینی برای طلب‌کار در جهت تسهیل وصول مطالباتش و اطمینان خاطر بیش‌تر او می‌دانند.^{۱۵} جزیری از قول حنفی‌ها، عقد ضمان را چنین تعریف می‌کند: «انها ضم ذمه الى ذمه في المطالبة بنفس او دين او عين...»^{۱۶}. فخرالمحققین از فقهای امامیه در مقام بیان این اختلاف نظر چنین می‌گوید: «عرف جمهور الاصحاب الضمان بأنه نقل المال من ذمه الى ذمه و عرفه آخرون بأنه

۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد سیزدهم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌جا، بی‌تا، باب سوم، صص. ۱۵۳-۱۵۱.

۱۳. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، نجف، مطبعه الاداب، بی‌جا، ۱۹۶۱ م، ص. ۱۰۸.

۱۴. کاتوزیان، عقود معین، پیشین، شماره‌ی ۱۳۵، ص. ۲۲۷.

۱۵. محقق حلی، همان - ابن قدامه، پیشین.

۱۶. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه المذاهب الاربعه، جلد سوم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت ۱۹۸۶، ص. ۳۲۳.

ضمم ذمه الی ذمه، فعلى الاول يبرء المضمون عنه و على الثانى لا. بل يتخير المضمون له فى الرجوع على من شاء منهما...^{۱۷}». قائلین به نظریه‌ی ضم، ضمان را نوعی «وثیقه‌ی شخصی» می‌پندارند، ولی درباره‌ی چگونگی این وثیقه یک‌سان نمی‌اندیشند.^{۱۸}

الف- بعضی ادعا می‌کنند که پس از تحقق ضمان، ضامن نیز مانند مدیون اصلی و در کنار او در برابر طلب کار، متعهد به پرداخت دین می‌شود: یعنی مدیون و ضامن مسئولیت تضامنی پیدا می‌کنند و طلب کار می‌تواند به هر کدام که می‌خواهد یا به هر دو برای مطالبه‌ی تمام یا بخشی از طلب خود رجوع کند.

منتهی جمعی تایید کرده‌اند که در اثر ضمان دو ذمه به وجود می‌آید و ضمیمه‌ی یکدیگر می‌شوند؛ دین بر ذمه‌ی ضامن نیز قرار می‌گیرد و طلب کار می‌تواند به عنوان مدیون به او هم رجوع کند. در حالی که گروه دیگر گفته‌اند برای این که ذمه‌ی ضامن وثیقه‌ی طلب قرار گیرد هیچ لزومی ندارد که او نیز مدیون شود و کافی است که طلب کار حق مطالبه‌ی دین را از او هم داشته باشد، پس آنچه به دین ضمیمه می‌شود مسئولیت در پرداخت است و نتیجه‌ی آن امکان رجوع طلب کار به هر یک از مدیون یا ضامن است.

ب- گروه دیگر در عین حال که اثر ضمان را نقل ذمه‌ی مدیون به ضامن نمی‌دانند، ذمه‌ی مدیون اصلی را از ضامن، که به عنوان وثیقه طلب تلقی می‌شود ممتاز می‌سازند. دین ضامن جنبه‌ی فرعی و تبعی دارد و طلب کار در صورتی می‌تواند از آن استفاده کند که نتواند طلب را از مدیون اصلی بگیرد. نتیجه‌ی طبیعی این تعبیر لزوم رجوع طلب کار به مدیون اصلی پیش از مطالبه از ضامن است.

۱۷. حلی، فخرالدین ابی طالب محمد (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد فی الشرح القواعد، جلد دوم، قم، بی‌جا، ۱۳۸۹ ه. ق، ص. ۸۰.

۱۸. کاتوزیان، پیشین، صص. ۲۲۷ و ۲۲۸.

گفتار اول - مقتضای اطلاق عقد ضمان در فقه امامیه

در فقه امامیه اثر اصلی عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه است^{۱۹} و بر آن ادعای اجماع شده است.^{۲۰} مشهور فقهای امامیه معتقداند حتی با توافق نیز نمی‌توان ضم ذمه به ذمه را حاکم نمود، اما برخی فقهای امامیه تضامن (ضم ذمه به ذمه) را در صورت توافق طرفین صحیح دانسته‌اند.^{۲۱} در این خصوص سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی می‌نویسد: «هنگامی که عقد ضمان با همه‌ی شرایط به‌درستی واقع گردید، حق از ذمه‌ی بده‌کار به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌گردد و ذمه‌ی بده‌کار به دلیل اجماع و نصوص بری می‌گردد. بر خلاف نظری که فقهای عامه (جمهور) پذیرفته‌اند که در نزد آنان، ضمان موجب ضم ذمه به ذمه است. ولی ظاهر عبارات فقهای امامیه عدم صحت نظر فقهای عامه است حتی اگر در عقد ضمان تصریح به ضم ذمه گردد... و ممکن است حکم به صحت ضم ذمه بنماییم به دلیل عمومات»^{۲۲}. شیخ طوسی پس از اشاره به اثر انتقالی ضمان در کتاب خلاف خود نام معدودی از فقهای اولیه‌ی اهل سنت را که با فقهای امامیه هم‌نظر بوده‌اند و ضمان را ناقل دانسته‌اند ذکر می‌کند؛ «هنگامی که ضمان، به‌درستی واقع می‌شود، حق از ذمه‌ی بده‌کار به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌شود و بستان‌کار حق مطالبه از کسی غیر از ضامن را ندارد. و این نظر گفته‌ی "ابو‌ثور" و "ابن ابی لیلی" و "ابن شبرمه" و "داوود" است...»^{۲۳}.

-
۱۹. حسینی عاملی، سیدمحمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح العلامه، جلد پنجم، موسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، بی‌تا، صص. ۳۴۸، ۳۴۹ و ۳۵۰ - علامه حلی، جمال‌الدین حسن ابن یوسف حلی، تذکره الفقهاء، جلد دوم، مکتبه المرتضویه، بی‌تا، ص. ۸۵ - محقق حلی، پیشین، ص. ۱۰۹ - شهیدثانی، پیشین.
۲۰. محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، جلد نهم، موسسه نشر اسلامی، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۲۸۹.
۲۱. جعفری لنگرودی، پیشین، شماره‌ی ۲۸۸، ص. ۲۴۵.
۲۲. طباطبایی یزدی، پیشین، ص. ۶۰۶.
۲۳. الطوسی، محمدبن حسن (شیخ ابی جعفر)، کتاب الخلاف، جلد دوم، قم، شرکه دارالمعارف الاسلامیه، مطبعة الحکمه، بی‌تا، ص. ۱۳۳.

فقه‌های امامیه برای اثبات مدعای خود در باب اثر انتقالی عقد ضمان بر ذمه‌ی مضمون - عه و ضامن و نتیجتاً برائت ذمه‌ی مضمون‌عنه و اشتغال ذمه‌ی ضامن، متعاقب انعقاد عقد ضمان، ادله‌ی متعددی را بیان داشته‌اند.^{۲۴}

گفتار دوم - مقتضای اطلاق عقد ضمان در فقه عامه

اکثر فقه‌های جمهور عقیده دارند که ضمان موجب ضم ذمه به ذمه است. این اکثریت درباره‌ی اشتقاق لغت ضمان به دو گروه تقسیم می‌شوند؛

الف - دسته‌ای که ضمان را از «ضمن یضمن» مشتق می‌دانند و می‌گویند دین مدیون اصلی در ضمن ذمه‌ی ضامن قرار می‌گیرد ولی موجب برائت ذمه‌ی مضمون‌عنه هم نمی‌شود، و به جای یک نفر، دو نفر در مقابل بستان کار متعهد می‌شوند (قول مشهور).

ب - دسته‌ای که ضمان را مشتق از «ضم یضم» می‌دانند و می‌گویند به همین دلیل ذمه‌ی ضامن، ضمیمه‌ی ذمه‌ی مضمون‌عنه می‌شود.

در مقابل نظریه‌ی ضم، امامیه، اقلیت از جمهور و حزمیه‌ی ظاهریه می‌گویند ضمان از «ضمن یضمن» مشتق بوده و مفید نقل است.^{۲۵} به عبارت دیگر فرقه‌ی ظاهریه از اهل سنت،

۲۴. برای مطالعه‌ی این دلایل رک. طباطبایی یزدی، پیشین، ص. ۶۰۲ - حسینی عاملی، پیشین، ص. ۳۵۴ - جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۱۴۷ - کاشانی، پیشین، ص. ۲۷۲ - محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، بهار ۱۳۷۶، ص. ۱۶۲ - جنیدی، لعیا، "تضامن و آثار و اوصاف آن"، نشریه‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره‌ی ۳۵، ص. ۱۸ - حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، جلد اول، شرح بر مکاسب شیخ انصاری، نجف، بی‌چاپ، ۱۴۷۱ ه.ق، ص. ۲۷۷ - موسوی بجنوردی، سیدمحمد، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی و اجتماعی، موسسه چاپ و نشر عروج پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۰، صص. ۱۵۹ به بعد - کاتوزیان، ناصر، "اثر عقد ضمان"، مجله کانون و کلا، شماره‌ی ۳۷، فروردین و اردیبهشت ۱۳۳۳، ص. ۶۸.

ابن ابی لیلی، ابن شرمه، ابو ثور و ابو سلیمان از فقهای اهل سنت با فقهای امامیه در خصوص اثر انتقالی عقد ضمان، هم‌نظر هستند.^{۲۶}

فقهای عامه که قائل به ضم ذمه هستند نیز به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ امام مالک بر آن است که طلب‌کار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مضمون‌عنه در اثر غایب بودن او یا افلاس و یا انکارش متعذر شود. امام شافعی و سایر فقهای عامه (مشهور عامه) معتقداند طلب‌کار می‌تواند از هر یک از ضامن و مضمون‌له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.^{۲۷} هر دو گروه یادشده مانند حقوق فرانسه و سایر کشورهای اروپایی، ضمان را نوعی «وثیقه‌ی شخصی» می‌پندارد.^{۲۸}

بنابر این، عده‌ی زیادی از فقهای اهل سنت اعتقاد دارند که ضم ذمه به ذمه عنصر عقد ضمان است اما نظر به این که نقل ذمه به ذمه نیز در پاره‌ای مصادیق، یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر می‌باشد، برخی از فقهای عامه با تجویز «ضمان به شرط برائت اصیل» بدین نحو که مضمون‌له با قبول ضمان، ذمه‌ی مضمون‌عنه را نیز ابراء نماید، ضمان ناقل ذمه را به صورت

←

۲۵. جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۱۴۲.

۲۶. همان، صص. ۱۷۶ و ۱۷۷.

۲۷. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامی، چاپ ۱۴، مهر ۱۳۷۷، ص. ۳۳۱-مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق مدنی، عقود معین، جلد پنجم، انتشارات پایدار، چاپ سوم، پاییز ۱۳۸۶، ص. ۲۰۴-کاشانی، پیشین، ص. ۲۷۳-انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب (چاپ سنگی)، جلد شانزدهم، موسسه الهادی، چاپ شانزدهم، ۱۴۱۸ ه.ق، ص. ۱۴۸-بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد ششم، نجف، چاپ دوم، ۱۳۹۱ ه.ق، ص. ۱۰۲-علامه نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیه الطلاب، جلد اول، (چاپ سنگی)، ص. ۳۰۰.

۲۸. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات (عقود اذنی، وثیقه‌های دین)، نشر میزان، زمستان ۱۳۸۲، ص. ۲۲۷.

غیرمستقیم پذیرفته‌اند.^{۲۹} در مقابل گروهی آن را حواله می‌دانند^{۳۰} و قول مشهور عامه ضمان به شرط براءت اصیل را باطل می‌دانند.^{۳۱}

فقه‌ای عامه نیز در اثبات نظریه‌ی ضم ذمه به ذمه به دلایل متعددی استناد نموده‌اند.^{۳۲}

گفتار سوم - نتیجه

فقه‌ای امامیه اقتضای اطلاق عقد ضمان را نقل ذمه به ذمه می‌دانند^{۳۳} و مشهور فقه‌ای عامه اطلاق این عقد را مقتضی ضم ذمه به ذمه می‌دانند.^{۳۴} اما در بین فقه‌ای عامه فقهایی چون ابن ابی لیلی و ابن شرمه بر خلاف مشهور عامه نظریه‌ی نقل را در ضمان پذیرفته‌اند.^{۳۵} بالعکس در بین فقه‌ای امامیه فقهی که اطلاق عقد ضمان را مقتضی ضم بدانند دیده نشده و ظاهراً اثر انتقالی ضمان در فقه امامیه اجماعی است. در هر دو گروه از فقه‌ای امامیه و عامه، مشهور، شرط خلاف نقل یا ضم را باطل و مبطل عقد می‌دانند؛ یعنی فقه‌ای امامیه، نقل و

۲۹. آغاثة اللهفان، جلد دوم، صص. ۳۴ و ۳۵؛ به نقل از جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۱۲۴.

۳۰. شرح فتح القدیر، جلد پنجم، ص. ۴۰۳ - سرخسی، مبسوط، جلد بیست و پنجم، ص. ۴۶؛ هر دو به نقل از جعفری لنگرودی، پیشین.

۳۱. الفتاوی الکبری، جلد سوم، ص. ۷۱ - الانوار، جلد اول، ص. ۴۶۸ - اعانه الطالبین، جلد سوم، ص. ۸۰ - مغنی المحتاج، جلد دوم، ص. ۲۰۸ - تذکره، جلد دوم، ص. ۷۰۱؛ همگی به نقل از جعفری لنگرودی، پیشین.

۳۲. برای مطالعه‌ی این دلایل رک. الجزیری، پیشین - ابن قدامه، پیشین، صص. ۳۴۴ و ۳۵۱ - محقق داماد، سیدمصطفی، "ضمان عقدی نقل ذمه یا ضم ذمه؟"، فصلنامه حق، دفاتر ۱۱ و ۱۲، سال ۱۳۶۲، ص. ۱۲۸ - عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، کتابفروشی محمد علی علمی، ۱۳۲۹، صص. ۴۳۳ و ۴۳۴.

۳۳. حسینی عاملی، پیشین - علامه حلی، پیشین - محقق حلی، پیشین، ص. ۱۰۹ - شهیدثانی، پیشین.

۳۴. الجزیری، پیشین.

۳۵. الطوسی، پیشین.

فقه‌های عامه، ضم را مقتضای ذات عقد ضمان دانسته و شرط مخالف آن را شرط خلاف مقتضای ذات و باطل و مبطل می‌دانسته‌اند. اما در بین هر دو گروه فقهایی وجود دارند که نقل یا ضم را مقتضای اطلاق و از آثار و احکام فرعی عقد ضمان دانسته و مقتضای ذات این عقد را بر عهده گرفتن دین مضمون‌عنه توسط ضامن می‌دانند و در کیفیت این تعهد، امامیه آن را به نحو نقل و مشهور عامه آن را به نحو ضم، مورد شناسایی قرار داده‌اند. بر اساس چنین برداشتی از مفهوم عقد ضمان، می‌توان با توافق طرفین، در فقه امامیه، ضم^{۳۶} و در فقه عامه، نقل (ضمان به شرط براءت اصیل) را بر روابط طرفین عقد حاکم نمود.

در تایید این استنتاج، یکی از فقه‌های حنفی چنین بیان داشته است: «فلو قال الضامن لصاحب الدين اضمن لك دينك بشرط ان تبری المديون منه و فعل فان ذمه المديون تبرء و تبقى ذمه الضامن مشغوله بالدين وحده لانها في هذه الحاله تكون حواله لا كفاله»^{۳۷}.

در میان فقه‌های امامیه نیز صاحب عروه الوثقی چنین آورده است: «اذا تحقق الضمان الجامع الشرائط الصحه انتقل الحق من ذمه المضمون عنه الى ذمه الضامن و برء ذمه المضمون عنه، بالاجماع و النصوص خلافاً للجمهور حيث ان الضمان عندهم ضم ذمه الى ذمه و ظاهر کلمات الاصحاب عدم صحه مذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو و يمكن الحكم بصحته حينئذٍ للعمومات»^{۳۸}.

با شرحی که گذشت، قدر متقین از فقه امامیه و عامه این است که اگر در عقد ضمان

۳۶. حکیم، سیدمحسن، مستمسک عروه الوثقی، الجزء الحادی و العشر، نجف، الطبعه الثانيه، مطبعه النجف، ۱۳۸۲ ه.ق. ص. ۳۴۱.

۳۷. الجزیری، پیشین، ص. ۲۴۱.

۳۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، عروه الوثقی، جلد دوم، بهامشها السید الجلیل السید محمود کتابچی، صاحب المکتبه الاسلامیه، تهران، بی تا، ص. ۷۶۴.

صراحتاً یا ضمناً، به اثر انتقالی یا انضمامی عقد ضمان، اشاره نشود، در فقه امامیه نقل ذمه به ذمه و در فقه عامه ضم ذمه به ذمه به وقوع خواهد پیوست. بنابر نظر برخی از فقهای هر دو گروه، می‌توان با توافق، عکس این شرط را نیز معتبر دانست، اگر چه مشهور هر دو گروه اشتراط این شرط را خلاف مقتضای ذات عقد ضمان و باطل و مبطل عقد می‌دانند.

در بین فقهای عامه کسانی که قائل به ضم هستند، مشهور به تضامن عرضی و برخی دیگر به تضامن طولی قائل هستند. در تحلیل ماهیت این تضامن، مشهور قائل به اشتغال ذمه‌ی مضمون‌عنه و ضامن توامان و هم‌زمان با انعقاد عقد ضمان هستند و برخی دیگر فقط ذمه‌ی مضمون‌عنه را مشغول دانسته و قائل به انضمام ذمه‌ی مضمون‌عنه به ضامن و به تبع آن، «تعهد به پرداخت» یا «التزام به تادیه» یا «مسئولیت» ضامن در برابر مضمون‌له شده‌اند.

فقهای امامیه در مخالفت با اثر انضمامی عقد ضمان بر سه گروه‌اند؛ برخی ضم ذمه به ذمه را با این استدلال که تحقق یک دین در دو ذمه ممکن نیست عقلاً محال می‌دانند.^{۳۹} برخی دیگر وقوع چنین ضمانی را محال عقلی نمی‌دانند اما تحقق آن را نیازمند دلیل می‌دانند.^{۴۰} گروه دیگر لازمه‌ی اطلاق عقد ضمان را نقل می‌دانند اما معتقداند با توافق می‌توان ضم را حاکم نمود.^{۴۱}

در میان گروه اخیر، مرحوم ابن حمزه، این نوع ضمان را ضمان اجتماع و انفراد نامیده و

۳۹. انصاری، پیشین، بجنوردی، پیشین، علامه نائینی و شیخ موسی خوانساری، پیشین.

۴۰. خوئی، سیدابوالقاسم، مبانی عروه الوثقی، کتاب المسافاه، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق، صص. ۱۲۵ و ۱۲۶.

۴۱. طباطبایی، سیدمحمد کاظم، العروه الوثقی، جلد دوم، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۲ ه.ق، کتاب الضمان، مساله‌ی ۲- حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد سیزدهم، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۹ ه.ق، ص. ۲۷۳.

قائل به صحت آن است.^{۴۲} مرحوم سیدمحمد کاظم طباطبایی به دلیل شمول عموم ادله از جمله اوفوا بالعقود، صحت آن را پذیرفته^{۴۳} و مرحوم آیت ... حکیم با این استدلال که امتناع وجود شیء واحد در دو مکان، از ویژگی‌های امور حقیقی است نه امور اعتباری، قائل به صحت این نوع ضمان گردیده‌اند.^{۴۴} هم‌چنین شیخ انصاری^{۴۵} و محقق خراسانی^{۴۶} نیز بر مبنای نظریه‌ی واجب کفایی صحت این نوع ضمان را پذیرفته‌اند. اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه نیز در ضمان اعیان، تضامن را پذیرفته‌اند.^{۴۷}

به این ترتیب هیچ‌یک از فقهای امامیه، لازمه‌ی اطلاق عقد ضمان را ضم ندانسته‌اند، با این حال تعداد قابل توجهی از آنها، در صورت تصریح به ضم در ضمان، ضمان را مفید ضم دانسته‌اند. لذا می‌توان ادعا نمود در فقه امامیه، بنابر نظر جمع کثیری از فقهای عظام از جمله سیدمحمد کاظم طباطبایی، شیخ انصاری، محقق خراسانی، آیت ... حکیم و ابن حمزه، چنان‌چه اقتضای عرف در ضمان، ضم باشد، لازمه‌ی اطلاق عقد ضمان ضم ذمه به ذمه است نه نقل، زیرا متعارف بودن امری در عرف به منزله‌ی تصریح در عقد است (ماده‌ی ۲۲۵ ق.م.).

بنابراین نظر به این که در غالب ضمانت‌ها در جوامع امروزی از جمله ایران، قصد طرفین از ضمان و آنچه در عمل اتفاق می‌افتد، ضم است نه نقل، بر مبنای غلبه می‌توان ضم را

۴۲. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد بیست و ششم، بیروت، دارالحیا التراث العربی، چاپ هفتم، ص. ۱۵۲.

۴۳. طباطبایی یزدی، پیشین، ص. ۶۰۰.

۴۴. حکیم، پیشین.

۴۵. انصاری، پیشین، صص. ۵۰۸-۵۰۵.

۴۶. خمینی، سید روح ...، کتاب البیع، جلد دوم، نجف، مطبعه الاداب، چاپ اول، ۱۳۹۱ ه.ق، ص. ۳۵۶.

۴۷. جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۲۴۵.

اقتضای عرف مسلم دانسته و قصد طرفین را در ضمان مطلق، ظاهر در ضم فرض نموده، در ضمان مطلق قائل به تضامن گردید. پس بنابر استدلال فوق، در فقه امامیه بنابر نظر جمع کثیری از فقها، چنانچه اقتضای عرف ضم باشد می‌توان ضمان مطلق را تضامن دانست، چه این که اجتهاد نو در راستای فقه پویا با هدف تطابق بیش‌تر مبانی فقهی با اقتضائات جوامع امروزی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد. شاید به همین دلیل است که برخی اساتید حقوق چنین اظهار نموده‌اند که «نظریه‌ی نقل ذمه مخالف سابقه‌ی تاریخی شناخته شده در باب عقد ضمان است. عقد ضمان به منظور تضمین برقرار شده است و نقل ذمه نمی‌تواند پاسخ‌گوی این خواسته و نیازهای قراردادی در مورد ضمان باشد. نقل ذمه در قرارداد ضمان مورد قصد هیچ‌یک از سه طرف یعنی بستان کار، بده کار و ضامن و مورد رضایت آنان نیست و وجود اجماع و اصرار فقیهان امامیه درباره‌ی آن شکفت‌انگیز است»^{۴۸}.

مبحث دوم- مقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق موضوعه

پس از بررسی اثر عقد ضمان در فقه و امکان نظری تحقق نظریه‌های نقل یا ضم در حقوق موضوعه، باید دید قانون‌گذار ایران و سایر کشورها در خصوص این نظریه‌ها چه موضعی را اتخاذ نموده‌اند و آیا موضع انتخاب شده پاسخ‌گوی نیازهای اجتماعی و ضرورت‌های اقتصادی می‌باشد یا خیر. به همین منظور موضع قانون‌گذار ایران در حقوق مدنی در گفتار اول و موضع قانون‌گذار ایران در حقوق تجارت در گفتار دوم و موضع سایر کشورها در گفتار سوم بررسی خواهد شد.

۴۸. کاشانی، پیشین، ص. ۲۷۷.

گفتار اول - مقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق مدنی

در حقوق مدنی «عقد ضمان عبارتست از این که شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد...» (ماده‌ی ۶۸۴ ق.م.). تعریف عقد ضمان در این ماده صرف‌نظر از انتقاداتی که بر آن وارد شده^{۴۹}، اولاً: ضمان از اعیان را علاوه بر ضمان از دیون دربر می‌گیرد، زیرا کلمه‌ی «مال» در تعریف این عقد اعم است از دین و عین^{۵۰}؛ ثانیاً: با وجود این که برخی از حقوق‌دانان این ماده را مفید نقل دانسته‌اند^{۵۱}، باید قائل به این نظر بود که ماده-ی یادشده جامع هر دو نظریه‌ی نقل و ضم بوده و مانع هیچ‌یک از دو نظریه نمی‌باشد، زیرا «بر عهده گرفتن مالی که بر ذمه‌ی دیگری است» هم به نحو نقل قابل تصور است هم به نحو ضم. این در حالیست که به موجب ماده‌ی ۶۹۸ ق.م. «بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه‌ی مضمون‌عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود»؛ یعنی این ماده صراحتاً نظریه‌ی نقل ذمه به ذمه را پذیرفته است. اما ماده‌ی بعدی (۶۹۹ ق.م.) موضع‌مشتبه‌ی را اتخاذ نموده که استنباط ضم ذمه به ذمه از آن بعید به نظر نمی‌رسد؛^{۵۲} خصوصاً در صورت جمع آن با ماده‌ی ۷۲۳ ق.م.

ماده‌ی ۶۹۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «تعلیق در ضمان، مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است ولی التزام به تادیه ممکن است معلق باشد». چند ماده بعد در ماده‌ی ۷۰۷ آمده است: «اگر مضمون‌له ذمه‌ی مضمون‌عنه را بری کند، ضامن بری

۴۹. کاتوزیان، عقود معین، پیشین، شماره‌ی ۱۳۹، ص. ۲۴۱ - جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۱۳۳.

۵۰. جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۱۳۱.

۵۱. کاشانی، پیشین، ص. ۲۷۸ - کاتوزیان، همان - امامی، پیشین، ص. ۳۲۶ - شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ پنجم "چاپ اول مجد"، ۱۳۸۱، ص. ۱۵۱.

۵۲. کاشانی، پیشین، ص. ۲۷۹ - جعفری لنگرودی، همان، شماره‌ی ۲۰۵، ص. ۱۷۹ و شماره‌ی ۲۹۵، ص. ۲۴۷.

نمی‌شود مگر این که مقصود، ابراء از اصل دین باشد». این ماده نیز مانند ماده‌ی ۶۹۸ ق.م. ظهور در اثر انتقالی ضمان دارد. بالاخره ماده‌ی ۷۲۳ ق.م. اشعار می‌دارد: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تادیه‌ی دین دیگری ملتزم شود. در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست؛ مثل این که کسی التزام خود را به تادیه‌ی دین مدیون معلق به عدم تادیه‌ی او نماید». این ماده نیز مانند ماده‌ی ۶۹۹ در تقویت نظریه‌ی ضم، بارها مورد استناد قرار گرفته است.^{۵۳} اگرچه برخی مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ را صرفاً ناظر به «تعهد به پرداخت» دانسته و آن‌ها را مفید ضم ندانسته‌اند.^{۵۴}

«در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ ق.م. به صراحت دو مفهوم "دین" و "التزام به تادیه" یا "مسئولیت پرداخت دین" از هم متمایز شده‌اند. به موجب ماده‌ی ۶۹۹ اگر انتقال دین انجام پذیرد یا بر ذمه‌ی مدیون اصلی باقی بماند و مقصود طرفین ایجاد التزام برای تادیه‌ی آن باشد، تعلیق در این التزام مانعی ندارد. جدا کردن دو مفهوم "دین" و "مسئولیت" مبنای مسئولیت تضامنی را نیز ساده و روشن می‌کند، زیرا اگر دشوار است برای یک دین چند مدیون وجود داشته باشد و همه متعهد به وفای تمام دین تصور شوند (اشتغال ذمه‌های متعدد برای دین واحد)، هیچ اشکالی به ذهن نمی‌رسد که چند نفر مسئول پرداختن یک دین شوند. در تمام مواردی که مسئولیت تضامنی بین چند نفر وجود دارد یا دین اصلی مشترک بین آنان است و در رابطه‌ی بین خودشان تقسیم می‌شود یا مدیون یکی از آنان است و دیگران به مصلحتی مسئول پرداخت آن دین شده‌اند (ظهورنویسان و غاصبانی که مال نزد آن‌ها تلف نشده است)، چند نفر مدیون یک دین قرار نگرفته‌اند و واقع این است که جمعی علاوه بر

۵۳. امامی، پیشین، ص. ۳۶۲- جعفری لنگرودی، پیشین، شماره‌ی ۲۹۵، ص. ۲۴۷- کاشانی، پیشین.

۵۴. محقق داماد، "ماهیت، مبانی و آثار تضامن بدهکاران"، پیشین، صص. ۱۴۹ و ۱۵۰.

مدیون اصلی مسئول پرداخت دین شده-اند»^{۵۵}.

به نظر نگارنده از مواد یادشده نتایج ذیل حاصل می‌شود:

الف- تعریف عقد ضمان در ماده‌ی ۶۸۴ ق.م. به نحوی که جامع هر دو نظریه‌ی نقل و ضم باشد، آگاهانه و با این هدف صورت گرفته که ملاک تعیین اثر عقد ضمان (نقل یا ضم) در حقوق مدنی اراده‌ی طرفین عقد باشد. با این وصف تضامن خلاف مقتضای ذات عقد ضمان، آن‌چنان که برخی از فقهای امامیه معتقداند، نیست؛ موضع قانون‌گذار در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ مبنی بر تجویز تضامن، موید این نظر است. به قول غالب حقوق‌دانان، نقل ذمه به ذمه مقتضای ذات عقد ضمان نیست و می‌توان با توافق طرفین، ضم را حاکم نمود.^{۵۶}

ب- با وجود این که قانون‌گذار در ماده‌ی ۶۹۸ به اثر انتقالی ضمان تصریح نموده، اما این تصریح را نمی‌توان به منزله‌ی رد نظریه‌ی ضم ذمه به ذمه در قانون مدنی دانست، زیرا اولاً اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند و اشاره‌ی قانون‌گذار به اثر انتقالی ضمان، به معنای نفی اثر انضمامی آن نیست؛ ثانیاً قانون‌گذار در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ ق.م، اثر انضمامی عقد ضمان را نیز پذیرفته است و اثر عقد ضمان در ق.م، حسب قصد مشترک طرفین می‌تواند نقل یا ضم باشد.

پ- ماده‌ی ۶۹۹ ق.م. به تبعیت از نظریه‌ی مشهور فقهای امامیه، تعلیق در ضمان را موجب بطلان عقد دانسته است. در مورد این ماده احتمالات ذیل مطرح است؛
(۱) منظور از ضمان معلق در صدر این ماده، تعلیق در انشاء است نه تعلیق در اثر. تعلیق

۵۵. کاتوزیان، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، صص. ۷۸ و ۷۹ و عقود اذنی- وثیقه‌های دین، پیشین، ص. ۲۳۹- محقق داماد، همان.

۵۶. جعفری لنگرودی، پیشین، صص. ۱۸۰ و ۱۸۱- امامی، پیشین، ص. ۳۳۲- کاتوزیان، پیشین، ص. ۲۳۳- مدنی، پیشین، صص. ۲۰۴ و ۲۰۵.

در انشاء^{۵۷}، بنابر اجماع فقها در کلیه‌ی عقود باطل است و صدر ماده از باب تاکید و به تبعیت از فقه امامیه به این مهم اشاره کرده است. هم‌چنین منظور از تعلیق در التزام به تادیه، همان تعلیق در اثر عقد ضمان (التزام ضامن به پرداخت) است که بنابر قول مشهور فقهای امامیه صحیح است. بنابر این تفسیر، اگر ضامن بگوید: «اگر مدیون نداد من ضامنم» عقد به دلیل معلق بودن انشاء و منجز نبودن ایجاب و قبول باطل است اما اگر ضامن بگوید: «من ضامنم معلق بر این که مضمون‌عنه دین خود را پس از مراجعه‌ی ضامن پرداخت نکند»، تعلیق در اثر عقد ضمان صورت گرفته است و اثر عقد ضمان (التزام به تادیه) تا وقوع معلق‌علیه، جاری و ساری نمی‌گردد.

تعلیق در التزام به تادیه، تعلیق در یکی از آثار عقد ضمان است و تعلیق در اثر هر عقدی بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، صحیح است. از این منظر، نقل ذمه به ذمه خواه آن‌چنان که برخی فقهای امامیه گفته‌اند مقتضای ذات عقد ضمان باشد خواه آن‌چنان که برخی دیگر گفته‌اند، مقتضای اطلاق آن، بنابر هر دو نظر، این استدلال قابل طرح است. به عبارت دیگر «ماده‌ی ۶۹۸ اثر ضمان را بری شدن مضمون‌عنه از دین اعلام کرده است. و بخش نخست ماده‌ی ۶۹۹ نیز برای جلوگیری از تعلیق انتقال دین به ضامن، عقدی را که به موجب آن مدیون هم‌چنان ملتزم باقی می‌ماند، باطل می‌داند. پس چگونه ممکن است امری را که بخش نخست ماده ممنوع ساخته است، بخش دوم مباح شناسد؟

دلیل اباحه در بخش دوم این است که انتقال دین معلق نیست و مدیون در اثر نتیجه‌ی طبیعی عقد ضمان بری شده است و مدیون جدید (ضامن) اجرای تعهد را معلق به امری می‌کند. درست است که به طور معمول برای گرفتن طلب به مدیون باید رجوع شود، ولی

۵۷. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص. ۷۱.

باید توجه داشت که مضمون‌عنه، حتی پس از انتقال ذمه‌ی او به ضامن، نسبت به رابطه‌ی حقوقی میان ضامن و طلب‌کار بیگانه نیست. دین اوست که به وسیله‌ی ضامن پرداخته می‌شود و به همین جهت نیز هرگاه ضمان به اذن او باشد ضامن می‌تواند برای گرفتن آن‌چه غرامت کشیده به مدیون رجوع کند. پس اگر در عقد ضمان شرط شود که التزام به تادیه از سوی ضامن منوط به مطالبه از مدیون پیشین باشد، نباید شگفتی به وجود آورد و بی‌گمان مفاد ماده‌ی ۶۹۹ و تمایل قانون‌گذار را بر یافتن راه‌حلی که بتواند در چارچوب نظر فقهای امامیه ضمان را به‌صورت وثیقه درآورد، نشان می‌دهد ولی نمی‌توان ادعا کرد که این ماده تضامن را به‌صراحت تجویز کرده است.^{۵۸}

(۲) احتمال دیگر در خصوص ماده‌ی ۶۹۹ این است که قانون‌گذار در این ماده تعلیق در انشای عقد ضمان به مفهوم مذکور در ماده‌ی ۶۹۸ (نقل ذمه به ذمه) را باطل دانسته است اما عقد ضمان به مفهوم ضم ذمه به ذمه به صورت طولی را که اثرش التزام به تادیه‌ی معلق به عدم پرداخت مضمون‌عنه است، تجویز نموده است. به عبارت دیگر التزام به تادیه‌ی غیرمدیون با منشا قراردادی، همان عقد ضمان دارای اثر انضمامی است. در تایید این احتمال برخی حقوق‌دانان نیز امکان رجوع طلب‌کار به مدیون را در ماده‌ی ۶۹۹ دلیل بر اشتغال ذمه‌ی مدیون دانسته‌اند و معتقداند در این فرض ماده‌ی ۶۹۹، مضمون‌عنه و ضامن هر دو مدیون هستند و تضامن طولی بین آنان برقرار است.^{۵۹} و برخی از فقهای امامیه نیز تعلیق ضمان به عدم وفای به عهد از جانب مدیون را از مصادیق ضم ذمه به ذمه اعلام

۵۸. کاتوزیان، حقوق مدنی، پیشین، ص. ۲۳۰.

۵۹. جعفری لنگرودی، پیشین، شماره‌ی ۲۰۵ و ۲۹۵، صص. ۱۷۹ و ۲۴۷- کاشانی، پیشین، صص. ۲۷۹ و ۲۸۰.

نموده‌اند.^{۶۰}

- در مقام ارزیابی احتمالات یادشده به نظر می‌رسد احتمال اول با قصد قانون‌گذار سازگارتر باشد زیرا **اولا** ماده‌ی ۶۹۹ بلافاصله بعد از بیان اثر ضمان (نقل ذمه به ذمه) در ماده‌ی ۶۹۸ آمده است و این تقارن ظهور در بیان حکم ضمان به معنای نقل ذمه به ذمه دارد نه ضم ذمه به ذمه؛ **ثانیا** قانون‌گذار در ماده‌ی ۷۲۳ صراحتا ضمان به معنای ضم ذمه به ذمه را تجویز نموده است و نمی‌توان ماده‌ی ۶۹۹ را بنابر احتمال دوم، در مقام بیان اثر انضمامی ضمان دانست، زیرا تکرار یک اثر در دو ماده (مواد ۶۹۹ و ۷۲۳) از قانون‌گذار بعید به نظر می‌رسد.

ت- قانون‌گذار در ماده‌ی ۷۲۳ ق.م، صراحتا ضمان به مفهوم ضم ذمه به ذمه را تجویز نموده است زیرا به شرحی که گفتیم، التزام به تادیه‌ی غیر مدیون، با منشا قراردادی، همان عقد ضمان تضامنی است. قانون‌گذار در صدر این ماده ضمان تضامنی عرضی و در ذیل این ماده ضمان تضامنی طولی را پذیرفته است. اگرچه برخی از اساتید حقوق چنین ابراز عقیده نموده‌اند که «در این فرض، چون دین هم‌چنان بر ذمه‌ی مدیون اصلی باقی می‌ماند و به متعهد منتقل نمی‌شود، قانون‌گذار آن را «ضمان» نمی‌داند؛ التزامی است که شخص درباره‌ی پرداختن دین مدیون پیدا می‌کند و این التزام می‌تواند معلق به عدم تادیه مدیون اصلی شود»^{۶۱}.

در تایید دلالت ماده‌ی ۷۲۳ بر تضامن گفته شده است؛ «در پیش گرفتن این شیوه (ماده‌ی ۷۲۳) در قانون مدنی، تنها برای گشودن راه ضم ذمه در عقد ضمان است. اگر

۶۰. نائینی، میرزا حسین، حاشیه بر عروه الوثقی، الجزء الثانی، چاپ شده با اصل کتاب، صیدا، بی تا، ص. ۳۱۹.

۶۱. کاتوزیان، حقوق مدنی، پیشین، ص. ۲۲۹.

چنین خواسته‌ای در میان نبود، هیچ نیازی به بهره گرفتن از این روش‌های پیچیده وجود نداشت. به هر حال پیش‌بینی این روش در قانون مدنی نشان می‌دهد نقل ذمه از قواعد آمره نیست و می‌توان روش دیگری را به صورت شرط ضمن عقد لازم که نتیجه‌ی آن ضم ذمه است، جای‌گزین آن ساخت.^{۶۲}

هم‌چنین گفته شده است: «قانون مدنی چون در ماده‌ی ۶۹۹، ضمان معلق را باطل دانست، در ماده‌ی ۷۲۳ حیل‌ی قانونی اندیشید که به وسیله‌ی آن، التزام معلق را بپذیرد تا بتواند نتیجه‌ی ضمان تضامنی را به‌دست آورد ... ذهن نویسندگان قانون مدنی متوجه قول مشهور فقهای امامیه بوده که تعلیق در عقد را باطل می‌دانند و تعهدات بدوی و خارج از عقود معینه را الزام‌آور نمی‌شمارند والا با بودن ماده‌ی ۱۰، احتیاجی به این حیل‌ی قانونی نخواهد بود».^{۶۳}

ث - صرف‌نظر از این که به شرح مذکور در بند «الف»، به نظر ما، قانون‌گذار عقد ضمان را با هر دو اثر انتقالی و انضمامی، حسب مورد و به تبعیت از قصد مشترک طرفین عقد تجویز نموده است، اما در موضع شک در اثر انتقالی یا انضمامی عقد ضمان و اطلاق و سکوت عقد و الفاظ آن در این خصوص، به نظر می‌رسد باید در حقوق مدنی، اقتضای اصل را، بر خلاف نظر اکثریت قریب به اتفاق حقوق‌دانان، ضم ذمه به ذمه دانست؛ زیرا **اولاً** متعارف بودن امری در عرف به منزله‌ی تصریح در عقد است (ماده‌ی ۲۲۵ ق.م.) و در عرف جوامع امروز، قصد ضامن از ضمانت، تضامن است نه انتقال ذمه و کلیه‌ی حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند که در صورت تصریح در عقد، می‌توان ضم را حاکم نمود. پس متعارف بودن ضم در عرف، به منزله‌ی تصریح ضمنی در عقد است؛ **ثانیاً** غالب قراردادهای ضمانی

۶۲. کاشانی، پیشین، ص. ۲۸۰.

۶۳. امامی، پیشین، ص. ۳۶۲.

که امروزه در عمل در دنیا و ایران منعقد می‌گردند، ضمان تضامنی‌اند نه نقل و این غلبه، ظهور در ضم دارد؛ **ثالثاً** در موضع شک در برائت ذمه‌ی مضمون‌عنه به موجب عقد ضمان یا بقای دین بر ذمه‌ی او، اقتضای اصل استصحاب اشتغال ذمه‌ی مضمون‌عنه است^{۶۴}؛ **رابعاً** ظهور مقررات قانون مدنی خصوصاً ماده‌ی ۶۹۸ بر اثر انتقالی ضمان، بر خلاف نظر برخی حقوق‌دانان، ملازمه با ناقل دانستن ضمان، در موضع سکوت طرفین در عقد ندارد؛ چون همان‌طور که قانون‌گذار در ماده‌ی ۶۹۸ اثر انتقالی ضمان را پذیرفته در ماده‌ی ۷۲۳، اثر انضمامی آن را نیز پذیرفته است؛ و **خامساً** نظر فوق با اقتضائات روابط حقوقی افراد و خصوصاً قصد مشترک طرفین ضمان سازگارتر است و به همین دلیل قانون‌گذار سال ۱۳۱۱ در قانون تجارت در مواد ۴۰۲ به بعد، باب مستقلی را به بیان احکام ضمان تضامنی اختصاص داده است که تفصیل آن را در گفتار دوم این مبحث مورد بررسی قرار می‌دهیم. هم‌چنین در مقام اطلاق ضمان تضامنی عقدی، به نظر می‌رسد اقتضای اطلاق عقد، تضامن طولی است، زیرا اقتضای عرف تضامن طولی است و این نوع تضامن به قصد مشترک طرفین نزدیک‌تر است. پذیرش این نظر تعارضی با نص مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت مشعر بر اصل دانستن تضامن عرضی ندارد که در گفتار آتی به بررسی آن خواهیم پرداخت.

ج- اگرچه اکثریت قریب به اتفاق اساتید حقوق مدنی ایران به شرح مذکور در بند «ث»، اقتضای اطلاق عقد ضمان را در حقوق مدنی، نقل ذمه به ذمه دانسته‌اند، اما غالباً با انتقاد از شیوه‌ی تدوین و تنظیم مقررات قانون مدنی در عقد ضمان، پیشنهاد نموده‌اند که با اصلاح قانون مدنی، قانون‌گذار اقتضای اطلاق عقد ضمان را صراحتاً تضامن طولی در نظر

۶۴. کاتوزیان، همان، ص. ۲۳۳- جعفری لنگرودی پیشین، ص. ۲۴۸- امامی، همان، ص. ۳۳۲- کاشانی، پیشین، ص. ۲۷۸- محقق داماد، "ماهیت، مبانی و آثار تضامن بدهکاران"، پیشین، ص. ۱۵۰.

بگیرد.^{۶۵} برخی دیگر قائل به نسخ مقررات مدنی در باب عقد ضمان شده و مواد ۴۰۲ قانون تجارت را ناسخ مقررات مدنی در باب ضمان دانسته‌اند و اقتضای اطلاق عقد ضمان را به استناد مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ تضامن عرضی دانسته‌اند.^{۶۶}

به نظر می‌رسد باید نظر آن دسته از اساتید را که قائل به ضرورت اصلاح قانون مدنی در باب عقد ضمان هستند تایید نمود، زیرا این راه‌حل به قصد مشترک طرفین و نیازهای اقتصادی و اجتماعی جوامع نزدیک‌تر است و شاید به همین دلیل است که در فرانسه و سایر کشورهای اروپایی، اقتضای اطلاق عقد ضمان، تضامن طولی است. اما بنابر استدلال مذکور در بند «ث»، مادامی که این اصلاحات صورت نگرفته نیز می‌توان از مقررات فعلی قانون مدنی و سایر عموماًت فقهی و حقوقی، لازمی اطلاق عقد ضمان را در حقوق مدنی تضامن طولی دانست و این همان نتیجه‌ای است که در بررسی فقهی ضمان، نیز بدان نائل آمدیم.

گفتار دوم - مقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق تجارت

مواد ۴۰۲ تا ۴۱۱ قانون تجارت مصوب ۱۳ اردیبهشت ۱۳۱۱ ناظر به مقررات ضمان عقدی است. این مقررات با آن که در مجموعه‌ی قانون تجارت آمده‌اند به نظر برخی^{۶۷} جای‌گزین مقررات قانون مدنی شده‌اند. قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷ دارای مواد روشنی در زمینه‌ی ضمان ضم ذمه و یا ضمان تضامنی نیست و پاسخ‌گوی نیازهای حقوقی جامعه نمی‌باشد. از همین رو به اعتقاد برخی مقررات باب دهم قانون تجارت که به روشنی راه را

۶۵. جعفری لنگرودی، پیشین، صص. ۱۸۰ و ۳۳۲.

۶۶. کاشانی، پیشین، ص. ۲۸۴.

۶۷. کاشانی، پیشین، ص. ۲۸۱.

برای ضمان ضم ذمه‌ی طولی یا عرضی گشوده‌اند، برای جبران کم‌بود و نارسایی موجود در قانون مدنی به قانون تجارت افزوده شده‌اند. برخی این مواد را مخصص قانون مدنی در باب ضمان عقدی دانسته‌اند.^{۶۸}

اثر اصلی عقد ضمان در حقوق تجارت را باید در دو ماده‌ی ۴۰۲ و ۴۰۳ جست. به موجب ماده‌ی ۴۰۲ ق.ت؛ «ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدوا 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». به عبارت دیگر این ماده که اولین ماده‌ی باب دهم از قانون تجارت در خصوص ضمانت است، دلالتی جز این ندارد که «تضامن طولی عقدی در حقوق ایران مستلزم درج (اعم از صریح یا ضمنی) در قرارداد است».

هم‌چنین به موجب ماده‌ی بعدی (ماده‌ی ۴۰۳)؛ «در کلیه‌ی مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت، تضامنی باشد طلب کار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعا رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه‌ی طلب به دیگری رجوع نماید».

قانون‌گذار، در سال ۱۳۱۱ یعنی چهار سال پس از تقنین مقررات قانون مدنی در باب ضمان عقدی، با تصویب دو مقرره‌ی فوق، لازمه‌ی اطلاق تضامن عقدی را تضامن عرضی دانسته است؛ اما این پرسش را مانند قانون‌گذار قانون مدنی بی پاسخ گذاشته که در مقام اطلاق عقد ضمان، اصل بر ضم است یا نقل؟

به هر رو بنابر مراتب یادشده، نتایج ذیل از مقررات مربوط در حقوق تجارت به دست

۶۸. جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۱۷۹.

می‌آید:

الف- در مقام اطلاق عقد ضمان، مانند حقوق مدنی و با همان استدلالی که ذکر شد، قرارداد ضمان محمول بر تضامن است نه نقل ذمه به ذمه. در بین حقوق‌دانان برخی^{۶۹} اقتضای اطلاق عقد ضمان را در حقوق تجارت نقل و برخی^{۷۰} ضم می‌دانند.

ب- در مقام اطلاق تضامن عقدی، ماده‌ی ۴۰۲ ق.ت، اصل را بر تضامن عرضی دانسته است نه تضامن طولی، مگر احراز شود قصد طرفین عقد تضامن طولی است؛ فلذا با عنایت به این که قصد طرفین در جوامع امروزی ظهور عرفی در تضامن طولی دارد، می‌توان اقتضای اطلاق تضامن قراردادی را تضامن طولی دانست نه عرضی، زیرا العقود تابعه للقصود.

پ- ضمان خارج از قرارداد مستلزم وجود نص قانونی است و اثر آن را نیز قانون تعیین می‌کند؛ پس **اولا** در غیر موارد مصرح قانونی، اصل براءت است و ضمانی وجود ندارد؛ **ثانیا** در مصادیقی که قانون‌گذار ضمان را مقرر نموده، اصل بر مسئولیت نسبی است و تضامن وفق نص ماده‌ی ۴۰۳، مستلزم تصریح است، زیرا بر خلاف ضمان عقدی، که اقتضای اطلاق عقد را به دلیل دلالت عرفی ضمان بر تضامن، ضم ذمه به ذمه دانستیم، در ضمان قانونی، چنین دلالتی وجود ندارد و به دلالت اصل براءت، اصل، براءت ذمه‌ی ضامن از دین دیگران است؛ و **ثالثا** در مصادیقی که قانون‌گذار ضمان تضامنی خارج از قرارداد را مقرر نموده، اصل بر تضامن عرضی است نه تضامن طولی (ماده‌ی ۴۰۲ ق.ت) و برقراری

۶۹. جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۲۴۸- کاتوزیان، حقوق مدنی، ص. ۲۳۲- فخاری، امیر حسین، جزوه‌ی درسی حقوق تجارت ۳، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۷۰. کاشانی، پیشین، ص. ۲۸۹- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، (کلیات، معاملات تجاری)، انتشارات سمت، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۸، ص. ۴۴.

تضامن طولی مستلزم نص قانون‌گذار است؛ هم‌چنان‌که ماده‌ی ۲۴۹ قانون تجارت، تضامن طولی را مقرر نموده است؛ **رابعا** هر جا که در قوانین موضوعه دستور اخذ ضمان داده شده است (مانند ماده‌ی ۳۳ آیین‌نامه‌ی اجرای مفاد اسناد رسمی) چون مقصود اخذ وثیقه است، باید ضمان تضامنی گرفت.^{۷۱}

ت- ماده‌ی ۴۰۳ قانون تجارت، تنها نص قانونی است که صراحتاً تضامن را در حقوق ایران تجویز نموده است؛ با عنایت به این‌که مشهور امامیه تضامن را باطل می‌دانند، نص این ماده و تجویز تضامن در حقوق ایران از طریق آن، مغتنم است.

گفتار سوم - حقوق تطبیقی

در حقوق رم ضمان و بده‌کار اصلی مسئولیت تضامنی داشته‌اند و بستان‌کار حق رجوع به هر یک از آنان را داشته است.^{۷۲} در کد ژوستین دگرگونی‌هایی در عقد ضمان به وجود می‌آید و بدان جنبه‌ی تبعی داده می‌شود. بر این اساس برای ضمان این حق به وجود آمد که از بستان‌کار بخواهد نخست به بده‌کار اصلی رجوع کند و هرگاه نتوانست طلب خود را از او دریافت کند، سپس به وی (ضامن) رجوع نماید.^{۷۳} با این حال هم‌چنان «در عمل ضمان تضامنی مورد نیاز بود و به دلیل امتیازاتی که ضمان تضامنی برای بستان‌کار داشت دوباره مسئولیت تضامنی ضمان و بده‌کار با توافق طرفین به رسمیت شناخته شد». در حقوق ساسانیان نیز ضمان موجب ضم ذمه‌ی ضمان به بده‌کار اصلی بوده است.^{۷۴}

۷۱. جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۲۴۴.

۷۲. مازو، دروس حقوق مدنی، جلد دوم، تضمینات، شماره‌ی ۹؛ به نقل از کاشانی، پیشین، ص. ۲۷۱.

۷۳. آ-ای گیفارد، ربرت ویلر، حقوق رم، شماره‌ی ۵۲۴ و ۵۴۳؛ به نقل از کاشانی، همان.

۷۴. احمدی، اشرف، قانون و دادگستری در ایران باستان، برگ ۱۴۵؛ به نقل از کاشانی، همان.

ماده‌ی ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «کسی که ضامن اجرای تعهدی می‌شود متعهد است در صورت خودداری بده‌کار، آن تعهد را به سود بستان‌کار انجام دهد». ماده‌ی ۴۹۲ قانون تعهدات سوییس نیز در این خصوص مقرر می‌دارد: «ضمان عقدی است که به موجب آن، شخص در برابر بستان‌کار، پرداخت بدهی بده‌کار را تضمین می‌کند». ماده‌ی ۶۴۴ قانون مدنی الجزایر نیز مانند حقوق فرانسه و سوییس و سایر کشورهای اروپایی تضامن طولی را پذیرفته است.

در حقوق آمریکا در تعریف اصطلاح «ضامن» (surety) گفته شده است؛ «ضامن شخص سومی است که در انجام تعهد بده‌کار اصلی، هنگامی که وی از پرداخت یا انجام تعهد خود کوتاهی کند، پذیرش مسئولیت می‌کند. بده‌کار اصلی در درجه‌ی اول مسئول است و حال آن‌که ضامن، مسئولیت ثانوی دارد».^{۷۵}

در حقوق آلمان مانند سایر کشورهای اروپایی^{۷۶} اقتضای اطلاق عقد ضمان، تضامن طولی است اما طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر ضمان ناقل ذمه را که به آن عقد «قبول دین» می‌گویند بر روابط خود حاکم کنند.^{۷۷}

ماده‌ی ۷۷۲ قانون مدنی مصر چنین مقرر می‌دارد: «ضمان عقدی است که به موجب آن شخص با دادن تعهد به بستان‌کاران، انجام چنین تعهدی را در صورتی که مدیون آن تعهد را انجام ندهد، تضمین می‌کند».^{۷۸}

75. The Guide to American Law, t.8.p.272.

۷۶. کاتوزیان، حقوق مدنی، پیشین، ص. ۲۲۷.

۷۷. عدل، پیشین، ص. ۴۳۲.

۷۸. السنهوری، عبد الرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد دهم، دوره‌ی ده جلدی، قاهره، دارنهضة العربیه، ۱۹۷۰، ص. ۲۰- شاهین، اسماعیل عبدالنبی، احکام مطالبه المدینین المتضامنین بالدین، دارا ابن قتیبه، چاپ اول، ۱۴۰۸ ه.ق، ص. ۳۹.

در حقوق انگلیس نیز، ضمان عقدی تبعی^{۷۹} دانسته شده که در صورت عدم پرداخت مضمون‌عنه، مضمون‌له حق مطالبه از ضامن را خواهد داشت.^{۸۰}

از بررسی حقوق این کشورها نتایج ذیل به دست می‌آید:

الف- در این کشورها نیز مانند حقوق ایران، عقد ضمان، عقدی تبعی بوده و با زوال دین، عقد منتفی است. هم‌چنین اوصاف دین اصلی مثل مشروط یا معلق یا موجد بودن دین، در خصوص دین ضامن نیز عیناً وجود دارد و ضامن می‌تواند در رابطه‌ی بین خود و مضمون‌له به ایرادات از جمله عدم اهلیت خود استناد کند و با ابراء ذمه‌ی مضمون‌عنه، ذمه‌ی ضامن نیز ابراء می‌شود.

ب- اثر اصلی ضمان در این کشورها ضم ذمه به ذمه است نه نقل، و تضامن، طولی است نه عرضی و این همان نتیجه‌ای است که ما در حقوق ایران، مستدلاً قائل به آن شدیم.

79. Elizabeth Martin Ma., A Concise Dictionary of Law , Second edition, London, Oxford University Press, 1989, p.184 _ Black, Henry Campbell, Blacks Law Dictionary, Fifts edition, United State of America, West Publishing Co., 1983, p. 751.

80. Chitty Joseph, Chitty on Contracts, Volume 2, Twenty fifth edition, London, Sweet and Maxwell, 1983, p.11.

نتیجه‌گیری

در بررسی فقهی ضمان گفتیم با وجود این که هیچ یک از فقه‌های امامیه اقتضای اطلاق عقد ضمان را ضم ذمه به ذمه ندانسته‌اند، اما جمع کثیری از آن‌ها اثر عقد ضمان را در صورت تصریح به ضم ذمه به ذمه در آن، ضم دانسته‌اند.

در حقوق مدنی نیز اجماع حقوق‌دانان این است که اقتضای اطلاق عقد ضمان، نقل است، اما با توافق می‌توان ضم را حاکم نمود. اگر چه برخی از آن‌ها مقررات مدنی در باب ضمان را با استناد به مقررات تجاری تضامن، منسوخ دانسته و با این استدلال، با وجود این - که لازمه‌ی اطلاق ضمان در حقوق مدنی را نقل می‌دانند، لازمه‌ی اطلاق عقد ضمان را در حقوق ایران به دلیل نسخ مقررات مدنی در این خصوص، ضم می‌دانسته‌اند.

مشهور حقوق‌دانان، لازمه‌ی اطلاق عقد ضمان را در حقوق تجارت نیز نقل می‌دانند. و تنها برخی حقوق‌دانان لازمه‌ی اطلاق این عقد را در حقوق تجارت ضم دانسته‌اند.

اثر اصلی عقد ضمان در غالب نظام‌های حقوقی ضم ذمه به ذمه و از نوع طولی است، یعنی طلب‌کار موظف است ابتدا به مضمون‌عنه مراجعه و در صورت امتناع او از پرداخت به ضامن مراجعه کند. این موضع قانون‌گذاران نظام‌های حقوقی مختلف، مبتنی بر اقتضائات و نیازهای جوامع امروز و منطبق بر قصد مشترک طرفین عقد ضمان است، زیرا در عرف جوامع امروزی هدف ضامن از ضمانت، تضامن طولی است نه نقل ذمه به ذمه و نه حتی تضامن عرضی.

در حقوق ایران نیز اگر چه قانون‌گذار مدنی اثر اصلی عقد ضمان را ذیل عنوان عقود معین در قانون مدنی، نقل ذمه به ذمه دانسته است، اما **اولاً** عقود صحیح طبق ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی محدود به عقود معین نمی‌باشد و هر قراردادی که خلاف قانون و شرع نباشد

صحیح است و نظریه‌ی توقیفی بودن عقود امروزه مهجور است.^{۸۱} پس اگر قصد طرفین در عقد ضمان ضم باشد یا اقتضای عرف مسلم، ضم باشد، تضامن واقع می‌شود نه نقل؛ **ثانیا** مقررات قانون مدنی در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ موید نظریه‌ی ضم به ذمه و صحت آن می‌باشند؛ **ثالثا** العقود تابعه للقصود و اقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق ایران با عنایت به ظهور عرفیه ضمان بر ضم، ضم ذمه به ذمه و از نوع طولی آن است؛ **رابعا** مواد ۴۰۲ به بعد قانون تجارت نیز صحت تضامن قراردادی و قانونی در حقوق ایران را پذیرفته است؛ **خامسا** جمع کثیری از فقهای امامیه با وجود این که اقتضای اطلاق عقد ضمان را نقل دانسته‌اند، توافق طرفین مبنی بر ضم را صحیح می‌دانند.

بنابراین صرف نظر از این که قوانین موضوعه‌ی ایران در خصوص تضامن و آثار آن ناقص بوده و خلا قانونی در این خصوص وجود دارد، از قوانین فعلی و سابقه‌ی فقهی نیز می‌توان اقتضای اطلاق عقد ضمان در حقوق ایران را تضامن طولی دانست و آثار عقد ضمان را می‌توان بر این مبنا استخراج نمود.

۸۱. الموسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد‌های اول و دوم در یک مجلد، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳، صص. ۲۳ و ۵۴۸ و ۵۵۱.

منابع

منابع فارسی

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری)، انتشارات سمت، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۸.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامیه، چاپ چهاردهم، مهر ۱۳۷۷.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان عقدی در حقوق مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۴. جنیدی، لعیا، "تضامن و آثار و اوصاف آن"، نشریه‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۵. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
۶. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ پنجم (چاپ اول مجد)، ۱۳۸۱.
۷. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، شرکت سهامی انتشار، چاپخانه بهمن، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵.
۸. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، ۱۳۸۲.
۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، نشر میزان، زمستان ۱۳۸۲.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، "مقاله اثر عقد ضمان^۲"، مجله کانون وکلا، شماره ۳۷، فروردین و اردیبهشت ۱۳۳۳.
۱۱. کاشانی، محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۸.

۱۲. عمید، حسن، فرهنگ عمید سه جلدی، جلد دوم، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۳.
۱۳. فخاری، امیر حسین، جزوه‌ی درسی حقوق تجارت ۳، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، جلد دوم، تهران، موسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم، ۱۳۶۳.
۱۵. محقق داماد، سیدمصطفی، "ماهیت، مبانی و آثار تضامن بین بدهکاران"، فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهرا (س).
۱۶. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، بهار ۱۳۷۶.
۱۷. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی و اجتماعی، موسسه چاپ و نشر عروج پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۱۸. مدنی، سیدجلال الدین، حقوق مدنی، عقود معین، جلد پنجم، انتشارات پایدار، چاپ سوم، پاییز ۱۳۸۶.

منابع عربی

۱. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمدابن مکرم، لسان‌العرب، جلد سیزدهم، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ه.ق.
۲. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله ابن احمد، المغنی فی فقه الامام احمد ابن حنبل الشیبانی، جلد چهارم، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۹۸۵.
۳. البستانی، فؤاد افرام، منجد الطلاب، تهران، انتشارات تابش، چاپ سوم، ۱۳۶۶.

۴. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه المذاهب الاربعه، جلد سوم دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت ۱۹۸۶م.
۵. الطوسی، محمدبن حسن (شیخ ابی جعفر)، کتاب الخلاف، جلد دوم، قم، شرکه دارالمعارف الاسلامیه، مطبعه الحکمه، بی تا.
۶. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب (چاپ سنگی)، جلد شانزدهم، موسسه الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۷. الموسوی الخمینی، سیدروح الله، تحریرالوسیله، جلدهای اول و دوم در یک مجلد، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.
۸. السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد دهم، دوره‌ی ده جلدی، قاهره، دارنهضه العربیه، ۱۹۷۰.
۹. بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد ششم، نجف، چاپ دوم، ۱۳۹۱ه.
۱۰. حرّ عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشریعہ، جلد سوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی چا، بی تا، باب سوم.
۱۱. حلی، فخرالدین ابی طالب محمد (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد فی الشرح القواعد، جلد دوم، قم، بی چا، ۱۳۸۹ه.ق.
۱۲. حسینی عاملی، سیدمحمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح علامه، جلد پنجم، موسسه آل البیت لاحیاء التراث، بی تا.
۱۳. حکیم، سیدمحسن، مستمسک عروه الوثقی، الجزء الحادی والعشر، نجف، الطبعه الثانيه، مطبعه النجف، ۱۳۸۲ ه.ق.
۱۴. حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد سیزدهم، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۹ ه.ق.

۱۵. حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهد، جلد اول، شرح به مکاسب شیخ انصاری، نجف، بی‌چا، ۱۴۷۱ ه.ق.
۱۶. خوئی، سیدابوالقاسم، مبانی عروه الوثقی، کتاب المسافاه، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۱۷. الموسوی خمینی، سیدروح‌ا...، کتاب البیع، جلد دوم، نجف، مطبعه الاداب، چاپ اول، ۱۳۹۱ ه.ق.
۱۸. شهید ثانی، زین‌الدین الجعلی‌العاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، مرکز النشر، مکتب الاعلام الاسلامیه، چاپ هشتم، تابستان ۱۳۷۳.
۱۹. شاهین، اسماعیل عبدالنبی، احکام مطالبه المدینین المتضامین بالمدین، دارا ابن قتیه، چاپ اول، ۱۴۰۸ ه.ق.
۲۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، عروه الوثقی، جلد دوم، بیروت، مکتبه و کلا الامام الخمینی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، عروه الوثقی، جلد دوم، بها مشها السید الجلیل السید محمود الکتابی، صاحب المکتبه الاسلامیه، بی‌تا.
۲۲. علامه نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیه الطلاب، جلد اول، (چاپ سنگی).
۲۳. علامه حلی، جمال‌الدین حسن ابن یوسف حلی، تذکره الفقها، جلد دوم، مکتبه المرتضویه، بی‌تا.
۲۴. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، نجف، مطبعه الاداب، بی‌چا، ۱۹۷۱.
۲۵. محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، جلد نهم، موسسه نشر اسلامی، بی‌چا، بی‌تا.

۲۶. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد بیست و ششم، بیروت، دارالحیا التراث العربی چاپ هفتم.

۲۷. نائینی، میرزا حسین، حاشیه بر عروه الوثقی، الجزء الثانی، چاپ شده با اصل کتاب، صیدا، بی تا.

منابع لاتین

1. The Guide to American Law, t.8.
2. Elizabeth Martin Ma., A Concise Dictionary of Law, Second edition, London, Oxford University Press, 1989.
3. Black, Henry Campbell, Blacks Law Dictionary, Fifths edition, United State of America, West Publishing Co., 1983.
4. Chitty Joseph, Chitty on Contracts, Volume 2, Twentyfifth edition, London, Sweet and Maxwell, 1983.