

## تضامن عقدی در حقوق مدنی ایران

سام محمدی\* - جمشید یحیی پور\*\*

### چکیده

به موجب ماده‌ی ۶۹۸ ق.م. با انعقاد عقد تضامن، ذمه‌ی مضمون عنه بری و ذمه‌ی ضامن در برابر طلب‌کار مشغول می‌شود. هر چند ماده‌ی مزبور تحت تأثیر فقه‌های امامیه، عقد تضامن را موجب نقل ذمه دانسته ولی با توجه به فهم و چشم‌داشت عرف کنونی از ضمانت که خواهان ایفای نقش تضمینی برای آن است و نیز لزوم حمل الفاظ عقود بر معانی عرفی آن (ماده‌ی ۲۲۴ ق.م.) می‌توان نقل ذمه را خارج از مقتضای ذات عقد تضامن انگاشته و شرط خلاف آن را صحیح دانست لذا در نظر عرف ضامن موجب تضامن طولی است یعنی بعد از انعقاد عقد تضامن مضمون عنه به‌عنوان مدیون اصلی باقی مانده و ضامن مسؤول در پرداخت بوده و حکم وثیقه را دارد.

**کلیدواژه:** تضامن، تضامن طولی، تضامن عرضی، طلب‌کار

### مقدمه

به رغم پیشینه‌ی دیرینه‌ی نظریه‌ی نقل ذمه در عقد تضامن که قانون مدنی از فقه‌های امامیه اتخاذ کرده، این نهاد، مانند هر نهاد دیگر حقوقی برای تطبیق با ضرورت‌های اجتماعی مصون از تغییر و تحول نمانده است؛ تبعیت احکام از موضوع و تحول موضوعات در گذر زمان، پذیرش تحول در احکام را ناگزیر می‌سازد. در این نوشته برآنیم تا ضمن نگرش به

---

\* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، عهده‌دار مکاتبات [sammhmd@yahoo.com](mailto:sammhmd@yahoo.com)

\*\* دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه مازندران و مربی مؤسسه آموزشی علامه محدث نوری (ره)

تاریخ وصول: ۸۸/۶/۲۱ - پذیرش نهایی: ۸۹/۱۲/۲۲

اقتضای ضمان، دیدگاه قانون مدنی را در خصوص تضامن عقدی و هم‌آوایی آن با تلقی عرف از ضمان، مورد بررسی قرار دهیم. در پایان مباحث نیز اشاره‌ای به تضامن در حقوق تجارت کرده‌ایم.

## مبحث اول - تضامن<sup>۱</sup>

### گفتار اول: - معنای لغوی و اصطلاحی تضامن

#### الف - معنای لغوی و تاریخی تضامن

علامه دهخدا در خصوص معنای لغوی تضامن چنین آورده است: «تضامن مصدر باب تفاعل و در اصطلاح فارسی ضامن یکدیگر شدن معنا شده است. این لغت از کلمات مجعول است و در کتب لغت به جای آن تضمین و تضمن را قید کرده‌اند. (لغت‌نامه دهخدا ۷۳۶/۱۵).

تضامن تحت این عنوان ریشه در حقوق روم داشته است. از نظر صرفی لغت solidarite یک لغت جدید است و استفاده از آن به حدود قرن ۱۸ برمی‌گردد. لغت مزبور از کلمه‌ی لاتین solidum گرفته شده است که مفهوم مجموع، چیز کامل و تقسیم نشده را بیان می‌کند. لغت solidarite در ادبیات حقوقی مورد استفاده قرار نمی‌گرفت. نویسندگان قدیمی‌تر مانند دوما و پوتیه از کلمه solidarite استفاده می‌کردند. در سال ۱۷۹۸ آکادمی حقوق لغت solidarite را انتخاب کرد. (تضامن، آثار و اوصاف آن/۱۰).

واژه‌ی تضامن سابقه‌ی استعمال طولانی در ادبیات حقوقی ما ندارد و از ترجمه لغت solidarite به‌دست آمده؛ واژه‌ای که پیش از این ضم ذمه به ذمه بوده است. ضم ذمه به ذمه یا تضامن را دو نفر از فقهای اهل سنت حقوق دانان اهل سنت به نام ابن لیلی و ابن حزم عقلاً محال شمرده‌اند. (ترمینولوژی حقوق/۱۵۸).

#### ب - معنای اصطلاحی تضامن

در خصوص تعریف اصطلاحی تضامن چنین آمده است: «نوعی تعهد است که: ۱- در صورت تعدد طلب‌کاران هر یک از آنان حق دریافت تمام طلب را از بدهکاران داشته باشد و

---

1-solidarite

این را تضامن مثبت گویند. ۲- در صورت تعدد بدهکاران هر یک از آنان مسؤول پرداخت تمام دین باشند. این را تضامن منفی گویند. (همان/۱۵۸).

برخی از حقوق دانان در تعریف تضامن منفی گفته‌اند: «التزامهای متعدد برای پرداخت یک دین.» (نظریه عمومی تعهدات/۱۷۷؛ الفارق/۱۶۲/۲).

در حقوق موضوعه نیز قانون مدنی به تبعیت از فقهای امامیه ضمان مبتنی بر نقل ذمه را پذیرفته و در ماده‌ی ۶۹۸ چنین مقرر کرده است که: «بعد از این که ضمان به‌طور صحیح واقع شده ذمه‌ی مضمون عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون له مشغول می‌شود». البته در مواد ۶۹۹ (قسمت ذیل ماده) و ۷۲۳ ق.م.التزام به تأدیه معلق که از آن تضامن از نوع طولی را می‌توان استنباط کرد، پیش‌بینی شده است. همچنین در قانون تجارت در باب دهم تحت عنوان ضمانت در مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ تضامن مورد پذیرش قرار گرفته است.

ماده‌ی ۶۴۴ مجله‌ی الاحکام العدلیه که بر مبنای فقه عامه تنظیم شده تضامن از نوع عرضی را پیش‌بینی کرده است. ماده‌ی یاد شده در این خصوص مقرر داشته است: «کفالت عقدی است که در آن طلب‌کار در مطالبه‌ی طلب خود از مدیون اصلی یا کفیل (ضامن) مخیر است و مطالبه از یکی، موجب سقوط حق مطالبه از دیگری نمی‌شود زیرا مقتضای کفالت ضم است نه تملیک.» (شرح مجله الاحکام العدلیه/۱/۳۵۳).

در حقوق مصر نیز ضمان از نوع و ثیقهای (طولی) است. ماده‌ی ۷۷۲ ق.م. مصر چنین مقرر داشته است: «کفالت عقدی است که به مقتضای آن شخصی تنفیذ و اجرای تعهدی را کفالت می‌کند، با این توضیح که در مقابل داین متعهد می‌شود که اگر مدیون دین را تأدیه نکرد او به این التزام عمل کند. التزام کفیل، شخصی و تابع التزام مدیون اصلی است.» (الوسیط/۱۰/۱۸).

## گفتار دوم - اقسام تضامن

تضامن به اقسامی تقسیم شده که اختصاراً به‌شرح زیر است:

### الف - تضامن طلب‌کاران و تضامن بدهکاران (مثبت و منفی)

تضامن طلب‌کاران<sup>۱</sup> حالتی است بین طلب‌کاران که به هر یک از آنان اختیار مطالبه تمام طلب از بدهکار و توزیع عادلانه‌ی آن بین طلب‌کاران داده می‌شود بدون این که طلب‌کار

مطالبه کننده از سوی دیگران نمایندگی داشته باشد. البته باید توجه داشت که پرداخت بدهی به هر یک از طلب کاران موجب رهایی و برائت بدهکار می شود. زیرا اگرچه او مکلف است دین را بپردازد ولی تنها یکبار این تکلیف را دارد نه بیش تر. (تضامن، آثار و اوصاف آن/۱۱).

تضامن بدهکاران<sup>۱</sup> حالتی است که طی آن چند نفر مسؤولیت پرداخت طلب طلب کار را بر عهده می گیرند که تضمین واقعی برای تأمین وصول طلب به وجود می آورد که برخلاف تضامن طلب کاران در نظام حقوقی ما مفهومی آشنا است. (مواد ۳۱۷، ۳۱۹ ق مادهی ۹۴ ق ا ح. مادهی ۴۰۳ ق.ت) و از آن به مسؤولیت تضامنی یاد می شود که تعریف آن را به اختصار می توان التزامهای متعدد برای پرداخت یک دین بیان کرد. (نظریه عمومی تعهدات/۲۰۳).

## ب - تضامن طولی و تضامن عرضی

### ۱ - تضامن طولی

در تضامن طولی طلب کار حق ندارد قبل از مراجعه به مدیون اصلی و ناکامی از وصول طلب خود آن را از ضامن مطالبه کند. در چنین حالتی ضم ذمه به ذمه وجود دارد ولی ذمه ی ضامن در طول ذمه ی مضمون عنه قرار گرفته است، این نوع تضامن از قسمت ذیل مادهی ۶۹۹ و مادهی ۷۲۳ ق.م قابل استنباط است. مستنبط از این مواد دین بر ذمه ی مدیون اصلی (مضمون عنه) باقی می ماند و منتقل نمی شود و شخصی ملتزم به ادای آن دین می شود. مادهی ۴۰۲ قانون تجارت نیز تضامن طولی قراردادی را پیش بینی کرده است. در تضامن طولی همه ی مسؤولان بالاصاله مدیون نیستند؛ بلکه مدیون اصلی یک نفر است و سرانجام مسؤولیت منتهی به او می شود اما چگونگی این مسؤولیت بر حسب کیفیت ضمان متفاوت است؛ زمانی شخص، ضامن مسؤولان ماقبل خود می شود مانند ظهرنویس سفته و چک و زمانی نیز، ضامن مسؤولان بعد از خود (آینده)، بدون ارتباط با ماقبل می شود، مثل ضمان غاصب نسبت به ایادی ما بعد (همان/۲۲۴). بهرغم مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت به عقیده ی برخی از حقوق دانان، تضامن طولی اساس عرفی عقد ضمان است و تضامن عرضی نیاز به تصریح طرفین دارد. (عقد ضمان، جعفری لنگرودی/۱۸۰). در تأیید نظر ایشان می توان اظهار داشت برای دسترسی به عرف معیاری جز فهم قاضی از روابط متعارف مردم زمانه خود اگر به درون خویش و به عنوان عضوی از اعضای متعارف جامعه ی کنونی مراجعه کنیم، به

هنگام ضمانت از دین دیگری توقع داریم که طلب کار، نخست به بدهکار اصلی مراجعه کند و اگر ناکام ماند به ما به عنوان ضامن مراجعه کند.

## ۲- تضامن عرضی

در این نوع از تضامن طلب کار می تواند به دل خواه خود به هر یک از ضامن و مضمون عنه یا هر دو مراجعه کند، بدون این که در این خصوص ترتیب را رعایت کند. در واقع همه‌ی مسؤولان تضامنی در عرض یکدیگرند و اصالتاً مسؤولیت پرداخت تمام دین را به عهده دارند. مثل آن که یک نفر مدیون باشد و چند نفر متضامناً از او ضمانت کنند. (نظریه عمومی تعهدات/ ۲۲۳).

در قانون مدنی راجع به تضامن عرضی بین ضامن و مضمون عنه اشاره‌ای نشده است. اما در قانون تجارت علاوه بر ماده‌ی ۴۰۳ که تضامن عرضی را پیش‌بینی کرده، ماده‌ی ۲۴۹ در باب اسناد تجارتي تصریح به عرضی بودن تضامن کرده است.

## گفتار سوم - منابع تضامن

مسؤولیت تضامنی یکی از مهم‌ترین وسایلی است که قانون‌گذاران نظام‌های حقوقی مختلف جهت تضمین انجام تعهد یا جبران خسارت اندیشیده‌اند. وسیله‌ای که با کم‌ترین تشریفات سطح بالایی از امنیت را در روابط مالی ایجاد می‌کند. مسؤولیت تضامنی می‌تواند از دو منبع ناشی شود. ۱- قانون ۲- قرارداد. به‌طور معمول تضامن میان بدهکاران ناشی از قرارداد آنان با طلب کاران است. البته باید توجه داشت که تردیدی در نفوذ و اعتبار این قرارداد نیست. زیرا گذشته از این که اشتغال ذمه‌های متعدد برای پرداخت یک دین با مانع عقلی و عرفی مواجه نیست از مفاد ماده‌ی ۴۰۳، ۴۰۴ ق.ت نیز می‌توان استنباط کرد که این حکم، خاص قراردادهای تجارتي نمی‌باشد. (نظریه عمومی تعهدات/ ۲۰۴؛ حقوق مدنی/ ۲۸۳/۲).

تضامن قانونی نیز بدین گونه است که قوانین مسؤولیت تضامنی را برای متعهدان پرداخت دین مقرر می‌کنند مانند مسؤولیت تضامنی در ماده‌ی ۳۱۷ ق.م. و نظایر آن، که هدف از آن تضمین حق و حفظ نظم عمومی است.

## گفتار چهارم - ماهیت حقوقی تضامن

در خصوص ماهیت حقوقی تضامن نظریات متعددی مطرح شده است که به هر کدام به اختصار پرداخته و نظریه‌ی مختار را خواهیم گفت.

### الف - نظریه تعهدهای بدلی

بر اساس این نظریه ذمه‌های متعدد برای یک دین به نحو بدلی است که البته این نظریه را برخی فقها در باب حق مالک بر غاصبان مطرح کردند. به عقیده‌ی شیخ انصاری اگر یک چیز در تعهد چند نفر باشد بدین معناست که در صورت تلف آن، هر یک از ایشان ملزم به پرداخت خسارت و انجام تعهد می‌باشند و مقصود از ثبوت دین واحد بر عهده‌های متعدّد این است که مالک حق دارد مال خود را از هر کدام بخواهد مطالبه کند و از طرفی چون بدل واحد برای تدارک تألف کافی است لذا تسلط مالک به ذمه هر یک از غاصبان به‌طور بدلیت است و در صورتی که به یکی از آنان رجوع کند و حق خود را استیفاء کند دیگر حق رجوع به سایرین را ندارد. چون چیزی که جبران شده دیگر قابل جبران نیست به‌عبارتی تحصیل حاصل است. (مکاسب/۳/ ۵۰۶-۵۰۵؛ حاشیه بر مکاسب یزدی/۱۸۴؛ در فقه عامه نیز حاشیه رد المختار/۵/۳۸۹).

### ب - نظریه‌ی وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها

بر اساس این نظریه منعی در این نیست که چند تعهد برای انجام دادن یک موضوع ایجاد شود. به‌عبارت دیگر موضوع یکی و رابطه‌ی دینی متعدد باشد. در چنین حالتی دین واحد بر عهده‌ی افراد متعدد است به‌نحوی که واجب است بر هر یک از آن‌ها به‌صورت کفایی در ردّ دین به مالک آن و مالک در رجوع به همه‌ی آن‌ها مخیر است. ثمره‌ی عقد ضمان این است که برای ادای یک دین به جای یک متعهد پرداخت که مضمون عنه است دو متعهد پرداخت به‌وجود می‌آید یعنی ضامن هم مانند مدیون اصلی متعهد پرداخت دین بر ذمه مدیون اصلی می‌شود بدون این که موجب تعدد دین شود. (نهج الفقاهه/۲۷۸؛ مستمسک عروه الوثقی/۳۱۵/۱۳؛ حاشیه رد المختار/۵/۲۸۲-۲۸۱؛ الفتح الغدیر/۵/۲۹۰-۲۸۹؛ المغنی/۴/۳۹۹؛ المبسوط/۲۰/۲۹-۲۸).

یکی از حقوق دانان هم از این نظر تبعیت کرده و آن را با عقل سلیم و ذوق طبیعی سازگار دانسته‌اند. (عقد ضمان / جعفری لنگرودی/۲۵۰).

### ج - نظریه‌ی نمایندگی

طرف‌داران این نظریه معتقدند که مبنای واقعی تضامن این است که هر یک از مسؤولان از جانب دیگری در پرداخت دین نمایندگی دارد. در حالتی که چند نفر به اشتراک

متعهد به پرداخت تمام دین می‌شوند به‌طور ضمنی به یکدیگر در پرداخت آن نمایندگی می‌دهند. در نتیجه مدیون نسبت به سهم خود اصیل و نسبت به سهم سایرین نماینده محسوب می‌شود به همین جهت حق رجوع به آن‌ها را دارد. این نظر در حقوق فرانسه طرف‌دار دارد. (مازوها/۱/ شماره‌ی ۱۰۶۸-۱۰۶۷؛ مارتی و رینو/۲/ شماره‌ی ۱۱۹).

#### ۴- نظریه‌ی ضمان متقابل

در توجیه این نظریه آمده است که هر مسؤول پرداخت، جدای از سهم نهایی که در میان مسؤولین دارد، ضامن سایرین نیز می‌باشد. این ضمان متقابل همان رشته‌ی پیوندی است که نه‌تنها نیابت در پرداخت دین را در درون خود دارد، التزام به پرداخت تمام دین و امکان رجوع طلب‌کار به همه‌ی مسؤولان و توزیع مسؤولیت بین آنان را فراهم می‌آورد. برخی فقها تابع این عقیده هستند. (القواعدالفقهیه/۹۳/۴ به بعد و منیه‌الطالب فی شرح المکاسب/۱۱۳/۲-۱۱۲).

یکی از حقوق‌دانان هم این نظریه را واقعیتی تلقی کرده‌اند که از تحلیل قصد مشترک و آثار مطلوب دو طرف به‌دست می‌آید. (نظریه عمومی تعهدات/۲۲۱). به‌نظر می‌رسد که در بیان ماهیت تضامن آن‌چه که حائز اهمیت است این است که در چنین حالتی دین واحد است با تضامن، دین متعدد نمی‌شود بلکه یک متعهد دیگر به تعهد اصلی اضافه می‌شود و متعهد ثانی در واقع التزام در پرداخت دین دارد نه این‌که مدیون واقعی باشد. زیرا فرق است بین این‌که شخص مدیون اصلی باشد یا التزام در پرداخت داشته باشد.

### مبحث دوم - تضامن در حقوق مدنی

#### گفتار اول - مقتضای عقد ضمان

قبل از ورود به بیان مقتضای عقد ضمان ذکر این نکته خالی از فایده نیست که مفهوم مقتضا از مفاهیم دشواری است که تحلیل‌ها و نقدهای فراوانی را برانگیخته است. (قواعد عمومی قرار دادها/۱۷۴/۳ به بعد). برخی از فقها در تعریف مقتضا گفته‌اند: مقتضا عبارت است از موضوع اساسی که عقد به دلیل آن واقع شده و بدون آن ماهیت خود را از دست می‌دهد. به عبارت دیگر امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌گردد و می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست. (جامع‌المقاصد/۴/۴۲۷).

مقتضا به ذات و اطلاق تقسیم می‌شود. مقتضای ذات عقد عبارت است از امری که عقد بدون آن محقق نمی‌شود و مقتضای اطلاق عقد عبارت است از امری که شارع آن را بر عقد از جهت این که عقد است مترتب کرد هرچند بدون جعل شارع نیز امکان تحقق آن بوده است. ضابطه‌ی کلی جهت شناخت شروط منافی مقتضای عقد این است که گاه عاقد منشئات عقد را اولاً و بالذات ایجاد می‌کند و عقد به دلالت مطابقی برآن دلالت می‌کند. مثل تملیک اعیان در بیع. گاه منشئات به تبع و در ضمن ایجاد می‌شود، به گونه‌ای که از مدلول التزامی عقد است نه مدلول مطابقی آن. (موسوی بجنوردی/القواعد الفقهیه/۴۲۱/۲). اگر شرط منافی با نوع اول باشد یعنی شرط منافی با مقتضای عقد به دلالت مطابقی باشد در این صورت شرط مخالف مقتضای ذات عقد است و باطل است به خلاف شرط منافی با نوع دوم. به‌طور کلی فرق است بین التزامی که به‌طور صریح و به دلالت مطابقی از متن عقد نشأت یافته و التزامی که تبعی بوده و فرع بر عقد و لاحق بر آن باشد. لذا شرط خلاف در قسم اول منافی با مقتضای عقد است نه در دوم که التزامی و تبعی است. (منیه الطالب فی شرح المکاسب/۲/۱۱۳-۱۱۲).

در خصوص تعیین مقتضای عقد عوامل مختلفی مطرح شده است. آن چه در موضوع بحث ما در بیان اقتضای عقد ضمان می‌توان عنوان کرد، این است که گاه عرف ملاک تعیین موضوع و اثر اساسی عقد است و توقعات عرف از سازمان حقوقی چون ضمان ملاک تعیین مقتضای است. و توقع عرف از ضمانت که خواهان ایفای نقش تضمینی برای آن است و نیز لزوم حمل الفاظ عقود بر معانی عرفی آن (ماده‌ی ۲۲۴ ق.م) می‌توان نقل ذمه را خارج از مقتضای عقد ضمان دانست و تلقی عرف متداول از ضمان چیزی جز تضامن طولی نیست. البته در تکمیل تلقی عرف از ضمان پاسخ به این سؤال حایز اهمیت است که ضمان اگر به‌صورت مطلق منعقد شود حمل بر چه می‌شود که در بحث بعدی بدان خواهیم پرداخت.

### گفتار دوم - ضمان مطلق

هرچند به‌موجب صریح ماده‌ی ۶۹۸ ق.م عقد ضمان هرگاه بی‌قید و مطلق باشد در ق.م محمول بر نقل ذمه است و قانون ما در این مورد متأثر از تاریخ حقوق خود می‌باشد. لکن اگر این ماده نبود اقتضای عرف مسلم چه بود؟ برخی از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که اقتضای عرف مسلم و اصل عدم انتقال ذمه این بود که اولاً: نقل ذمه نشود و ذمه مدیون اصلی به حال خود باقی بماند. ثانیاً: نظر به این که ضمان وثیقه‌ی شخصی و وثیقه‌ی شخصی



مانند وثیقه‌ی عینی است، داین برای وصول طلب خود نخست باید به مدیون اصلی (که وثیقه می‌سپارد) مراجعه کرده و اگر او دین را نپرداخت به وثیقه‌ی او مراجعه کند. نتیجه‌ی این که مقتضای قاعده‌ی مأخوذ از عرف و عادت، تضامن طولی است هر چند تصریح به تضامن در عقد ضمان نشده باشد. (عقد ضمان/جعفری لنگرودی/۱۸۰).

البته مقنن در قوانین مختلف همچون قانون مدنی، قانون تجارت و قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مواد ۲۴۳ تا ۲۵۱) عقد ضمان مطلق، از نوع تضامن طولی بود.

در حقوق مدنی، مطلق عقد ضمان موجب نقل ذمه اعلام (۶۹۸-ق.م) و امکان تراضی برای تضامن به سکوت برگزار شده است. گرچه از مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت نیز همین قاعده قابل استنباط است ولی طرفین عقد در این مواد تصریحاً امکان توافق برای تضامن را یافته‌اند.

نظر یکی از حقوق‌دانان بر این است که در اکثر موارد قرارداد ضمان به صورت تضامنی منعقد می‌شود و طلب‌کار شرط تضامنی را به ضامن مدیون اصلی تحمیل می‌کند. البته برخی موارد نیز قرارداد ضمان به روش ضمان ساده است یا از عبارت قرارداد و اوضاع احوال می‌توان قصد طرفین بر ایجاد تضمین را کشف کرد، در غیر این موارد به نظر این حقوق‌دان ضمان مطلق را نمی‌توان به مفهوم نقل ذمه تعبیر کرد؛ زیرا: ۱- عقد از قصد تبعیت می‌کند لذا اگر قصد نوعی اشخاص در عقد ضمان بر تضمین بدهی باشد نمی‌توان ضمان را برخلاف قصد طرفین حمل بر نقل ذمه کرد ۲- قراردادها دارای مفاهیم عرفی هستند، عقد ضمان دارای مفهوم عرفی تضمینی است و ضمان مطلق را مطابق ماده‌ی ۲۲۴ ق.م باید محمول به معانی عرفی آن کرد ۳- مقررات باب ضمان ق.ت که تضامن را پیش‌بینی کرده و در سال ۱۳۱۱ به تصویب رسیده نسبت به جلد اول قانون مدنی که سال ۱۳۰۷ به تصویب رسیده است مؤخر محسوب می‌شود لذا مفهوم نقل ذمه در مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ و سایر مواد ضمان در حدودی که با مندرجات باب ضمانت قانون تجارت قابل جمع نیستند نسخ شده است مگر این که در قرار داد ضمان براءت مدیون اصلی شرط شود. (حقوق مدنی، قراردادهای ویژه/۲۸۹).

در تقویت استدلال‌های فوق هم باید افزود که هر چند فقهای امامیه دلایلی در جهت تقویت نقل ذمه ابراز داشته‌اند اما در هیچ‌یک از احادیث و روایت نص خاصی نداریم که با وجود تراضی طرفین بر ضم ذمه، ضمان را نقلی دانسته باشد. برخی از فقهای معاصر نیز بر پایه‌ی عمومات «أوفوا بالعقود و المومنون عند شروطهم» امکان شرط ضم ذمه به ذمه را

پذیرفته‌اند و در این خصوص بیان داشته‌اند: «همین که ضمان با رعایت شرایط صحت تحقق یافت به دلیل اجماع و روایاتی که در این باب وجود دارد حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون عنه بری می‌شود. برخلاف اهل سنت و جماعت که ضمان در نزد آن‌ها ضم ذمه به ذمه است ... ظاهر کلمات اصحاب (امامیه) عدم صحت اظهارات اهل سنت است. حتی اگر در عقد نیز تصریح به این موضوع (ضم ذمه به ذمه) شود. ولی بر طبق عمومات ممکن است در صورت اخیر یعنی تصریح به ضم ذمه حکم به صحت چنین ضمانی داد». (العروه الوثقی/۲/۵۹۱). اظهارات صاحب عروه کاشف از این است که اقتضای ذات ضمان انتقال ذمه نیست بلکه انتقال ذمه اقتضای اطلاق ضمان است به همین دلیل طرفین می‌توانند ضمان را به نحو ضم ذمه منعقد کنند. البته تفاوت نمی‌کند شرط ضم ذمه کنند یا عقد متبانیاً بر آن باشد. حتی برخی فقها معتقدند این که تصریح به تضامن مخالف مقتضای ضمان یعنی نقل ذمه است عاری از صحت بوده و مردود می‌باشد. زیرا مفهوم ضمان عبارت است از اشتغال ذمه ضامن در حق مضمون له و آن با نقل ملازمه ندارد. به عبارت دیگر نقل ذمه داخل در ماهیت ضمان نیست تا شرط مخالف آن فاسد و مفسد باشد بلکه از احکام آن است که از ادله خاصه استنباط می‌شود. علی‌هذا تصریح به تضامن نمی‌تواند موجب بطلان عقد ضمان گردد. (مستمسک العروه الوثقی/۱۳/۳۴۱).

با توجه به توضیحات فوق‌الذکر به نظر می‌رسد که اصله الصحه دلیل دیگری است بر صحت شرط تضامن در ضمان، و صحت شرط مزبور همان‌طوری که صاحب عروه بیان می‌کند معلول عمومات، مخصوصاً عمومات ضمان و عمومات شروط می‌باشد. از طرفی امتناع بودن شی واحد در دو مکان که مختص امور حقیقی است در امور اعتباری جاری نیست. موضوع مورد بحث ما از موارد اعتباری است نه حقیقی که نظیر این موضوع در واجب کفایی و تعاقب ایادی در غصب است که با اقدام یکی تکلیف از سایرین ساقط می‌شود برخی فقهای معاصر نیز بر این عقیده‌اند که بر اثر عقد ضمان مضمون عنه مدیون اصلی است و ذمه‌ی ضامن صرفاً در عالم تعهد و مسؤولیت مشغول می‌شود و مضمون له ابتدا به مضمون عنه و در صورت عدم پرداخت وی به ضامن رجوع می‌کند. لذا مسؤولیت تضامنی طولی که متعارف عقلا و غنی از استدلال است قابل قبول می‌باشد. (عقدضمان، موسوی بجنوردی / ۵۴). در ادامه‌ی این فقیه آورده است که مطابق ماده‌ی ۶۹۹ ق.م. علی‌رغم وقوع عقد ضمان، مضمون عنه همچنان مدیون است و در خصوص تعهد و پرداخت ضمان تضامنی است. لیکن با شرط ضمنی قید شده در آخر ماده، حق رجوع به ضامن منحصرأ با عدم پرداخت مدیون می‌باشد و

این شرط نه خلاف مقتضای عقد است و نه خلاف کتاب و سنت؛ بلکه شرطی است جایز که المومنون عند شروطهم شامل آن می‌شود و لازم الوفاست، و به واسطه‌ی این شرط حق رجوع رابطه‌ی طولی پیدا می‌کند.

یکی از حقوق دانان بر این عقیده‌اند که «ضمان از معاملات و عقود عرفی است چنان‌که قبل از اسلام مردم ضامن یکدیگر می‌شده‌اند و شارع در کیفیت انعقاد آن از حیث انضمام دو ذمه یا انتقال ذمه به ذمه دخالت تاسیسی نکرده است. دخالت شارع در معاملات در حد حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال به باطل است نه آن‌که مانع ضم ذمه یا نقل ذمه شود. اظهار عقیده مبنی بر این‌که اقتضای ذات ضمان نقل یا ضم است و شرط خلاف آن خلاف مقتضای عقد است یا خلاف سنت و کتاب، قابل قبول نیست بلکه ضمان، عقدی است که می‌تواند به اقتضای عرف محل وقوع عقد یا به موجب شرط یا بنای طرفین مفید ضم ذمه یا نقل ذمه باشد. در صورت اطلاق ضمان نیز در صورتی که عرف مسلمی نباشد یا شرط انضمام یا انتقال نشده باشد و بنای متعاملین مشخص نباشد در صورتی که قرینه‌ی حالی یا مقالی بر نقل یا ضم ذمه نباشد با توسل به اصول و ادله‌ی دیگر باید به حل موضوع پرداخت یعنی با ثبوت دین مضمون عنه و شک در بقا یا سقوط آن، بقای دین مضمون عنه استصحاب می‌شود و با بقای دین، تعهد ضامن تعهدی اضافه بر تعهد مدیون اصلی است که ماهیت آن از این نظر با ماهیت وثیقه تطبیق می‌کند.» (قواعد فقه ۱/۱۷۳).

بنابراین از مجموع مطالب یاد شده می‌توان چنین اذعان داشت که اقتضای عرفی ضمان، تضامن طولی است نه ضمان نقل ذمه و اگر هم اشکال شود که چگونه دو ذمه در برابر دین واحد کنار یکدیگر قرار می‌گیرند. در پاسخ می‌توان به چند استدلال تمسک کرد: اولاً؛ اشکالی ندارد که بیش از دو ذمه در برابر یک دین قرار گیرد زیرا صرفاً به موجب مسؤولیت تضامنی، مضمون له حق دارد که به هر یک از ضامنین رجوع کند و قید اجماع و اشکال عقلی وجود ندارد. اشکال جایی است که بگوییم به موجب ضمان، ذمه‌ها در عرض یکدیگر مشغول می‌شوند. بنابراین اگر قایل به این باشیم که تعهد و مسؤولیت ضامن تبعی است و مدیون اصلی مسؤول اصلی است. بنابه عرف عقلاً ذمه‌ی دو نفر در عرض یکدیگر به صورت تبعی مشغول می‌شود و طبعاً تبعی مفید رابطه‌ی طولی است که اولاً و بالذات ذمه مدیون اصلی مشغول است و ثانیاً و بالعرض ذمه‌ی ضامن مشغول می‌شود. (همان ۵۷).

استدلال دیگری که در جهت تقویت این موضع می‌توان مطرح کرد جدایی دو مفهوم دین و التزام به تأدیه یا مسؤولیت پرداخت (تفاوت ضمان معلق و التزام به تأدیه معلق) است که از ماده‌ی ۶۹۹ و ۷۲۳ به صراحت قابل استنباط است. با این توضیح که اولاً؛ ضمان

عقدی در شمار عقود معین است در حالی که التزام به تأدیه معلق از عقود معین نسبت بلکه از مصادیق شروط ضمن عقد است. ثانیاً: ضمان عقدی بر اساس قسمت اول ماده‌ی ۶۹۹ نمی‌تواند به صورت معلق واقع شود اما التزام به تأدیه چون جزء شروط ضمن عقد است، تعلیق در آن فاقد اشکال است. این موضوع در یکی از آرای دیوان عالی کشور مورد توجه قرار گرفته است: «التزام موضوعاً و حکماً با ضمان مخالف است و تعلیق در التزام مطابق ذیل ماده‌ی ۶۹۹ و ماده‌ی ۷۲۳ قانون مدنی صحیح است». (احکام دیوان عالی کشور/۸۶).

به عقیده‌ی برخی از حقوق دانان در التزام به تأدیه معلق، ضمان به گونه‌ای منجر واقع می‌شود ولی تعلیق در مرحله‌ی تأدیه قرار می‌گیرد. (حقوق مدنی/۲/۲۵۴؛ عقد ضمان، موسوی بجنوردی/۵۶).

به نظر یکی از حقوق دانان این شیوه مقنن تنها راه را برای ضم ذمه به ذمه در عقد ضمان گشوده است و پیش‌بینی چنین روشی در قانون مدنی حاکی از این است که نقل ذمه از قواعد تکمیلی (نه آمره) بوده و می‌توان روش دیگری را به صورت شرط ضمن عقد لازم که نتیجه‌ی آن ضم ذمه است جایگزین ساخت. البته به عقیده‌ی یکی از حقوق دانان با وجود ماده‌ی ۱۰ ق.م و پذیرش اصل آزادی قرارداد، نیازی به این شیوه‌ی غیرمستقیم نبوده است. (حقوق مدنی، قراردادهای ویژه/۲۸۰).

بر اساس ماده‌ی ۶۹۹ ق.م هرگاه انتقال دین به ذمه‌ی ضامن انجام پذیرد، التزام به پرداخت این دین می‌تواند منوط به امر دیگری شود. همچنین ماده‌ی ۷۲۳ ق.م در فرضی که مقصود بقای دین بر ذمه‌ی مدیون است و تعهد به پرداخت آن می‌شود مقرر می‌دارد: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود و در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه‌ی دین مدیون معلق بر عدم تأدیه او نماید.» جدا کردن دو مفهوم دین و مسؤولیت منبای مسؤولیت تضامنی را نیز ساده و روشن می‌سازد. زیرا اگر دشوار است برای یک دین چند مدیون وجود داشته باشد و همه، متعهد به وفای تمام دین تصور شوند (اشتغال ذمم متعدد برای دین واحد) هیچ اشکالی به ذهن نمی‌رسد که چند نفر مسؤول پرداخت یک دین شوند. البته پذیرش این موضوع در حالتی که طلب‌کار ابتدا دین را از مضمون عنه بخواهد و در صورت تعذر در وصول، از ضامن مطالبه کند، موردی برای اشتغال ذمه‌های متعدد باقی نمی‌ماند. زیرا در این صورت هیچ‌گاه بیش از یک ذمه مشغول به دین نیست مدیون واقعی مضمون عنه است و ضامن مدیون

احتمالی است و فقط در صورتی مستلزم پرداخت می‌شود که مضمون عنه از پرداخت خودداری کند. (نظریه عمومی تعهدات/۷۸؛ عقود معین/۴/۲۳۹).

## نتیجه‌گیری

با تکیه بر مطالب و نکاتی که مورد بحث قرار گرفت در جهت تأیید صحت تضامن در حقوق مدنی ایران می‌توان گفت:

۱- به‌رغم ظاهر ماده‌ی ۶۹۸ ق.م. که نتیجه‌ی عقد ضمان را برائت مضمون عنه اعلام کرده، از روح مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ ق.م. می‌توان تجویز تضامن آن هم از نوع طولی آن را در قانون مدنی پذیرفت. مطابق انتهای ماده‌ی ۶۹۹ این قانون می‌توان حالتی را تصور کرد که مضمون عنه به‌عنوان مدیون اصلی باقی مانده و ضامن تنها مسؤول پرداخت و تعهد او تبعی بوده و حکم وثیقه را داشته باشد.

۲- با وجود ماده‌ی ۱۰ ق.م. و تصریح به آن که «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»، نمی‌توان منکر امکان برقراری تضامن در حقوق مدنی و روابط عادی اشخاص شد.

۳- مقررات قانون تجارت در باب ضمانت نیز نسبت به قراردادهای خصوصی و روابط عادی مدنی قابل تسری است و احکام این باب اختصاصی به روابط تجارتي ندارد.

۴- عرف روزگار ما، ضمان را موجب تضامن طولی می‌داند نه نقل ذمه، مگر این‌که نقل ذمه را به صراحت شرط کنند. به لحاظ این‌که ضمان را برای اصول ایجاد اطمینان و امنیت در وصول مطالبات می‌خواهد. در تضامن طولی نیز ذمه مدیون اصلی، اولاً و بالذات و ذمه‌ی ضامن ثانیاً و بالعرض مشغول می‌شود.

## منابع

- ۱- ابن عابدین، محمد امین، *حاشیه رد المختار علی الدر المختار من مذهب الامام ابن حنفیه النعمان*، الجزء الخامس دارالفکر، بی‌تا.
- ۲- ابن قدامه، عبدالله ابن احمد (معروف به ابن قدامه)، *المعنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی*، الجزء الرابع، دارالفکر، بی‌تا.
- ۳- انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب مکاسب*، الجزء الثالث، الطبعه العاشر، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۲۹ ق.
- ۴- امامی سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۲، ج ۱۵، تهران، چاپخانه اسلامی، مهر ماه ۱۳۷۴.

- ۵- بازالبنا، سلیم رستم، **شرح المجله الاحکام العدلیه**، المجلد الاول الطبعه الثالثه، دارالکلیف العلمیه، بیروت، لبنان، ۱۳۰۵ق.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **عقد ضمان**، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶.
- ۷- \_\_\_\_\_، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۴، انتشارات گنج دانش، تهران، زمستان ۱۳۷۵.
- ۸- \_\_\_\_\_، **دایره المعارف عمومی حقوق** (الفارق)، ج ۲، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- ۹- جنیدی، لیا، **تضامن، آثار و اوصاف آن**، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره‌ی ۳۵، پاییز ۱۳۷۵.
- ۱۰- دهخدا، علی‌اکبر، **لغت نامه دهخدا**، زیر نظر دکتر محمد معین، ج ۱۵، تهران سازمان لغت نامه، چاپخانه دانشگاه تهران ۱۳۴۱.
- ۱۱- سرخسی، شمس‌الدین، **کتاب المبسوط الجزء العشرون**، دارالوعدده الطبعه الاولى، ۱۴۰۳ق.
- ۱۲- السنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسیط فی شرح القانون المدني المصر**، الجزء العاشر داراحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۷۱م.
- ۱۳- سیواسی، کمال‌الدین، محمد ابن عبد الواحد (معروف به ابن همام حنفی) و شمس‌الدین احمد معروف به (قاضی زاده)، **الفتح العذیر**، الجزء الخامس، مصر، بی‌تا.
- ۱۴- شهیدی، مهدی، **تشکیل قرار دادها و تعهدات**، ج ۱، نشر حقوقدان، تهران، پاییز ۱۳۷۷.
- ۱۵- الطباطبایی (الحکیم) السید محسن، **مستمسک العروه الوثقی**، الجزء الثالث عشر، الطبعه الثانيه، مطبعه النجف، ۱۳۸۲ق.
- ۱۶- \_\_\_\_\_، **نهج الفقاهه**، شرح بر مکاسب شیخ، الجزء الاول، نجف، ۱۳۷۱ق.
- ۱۷- الطباطبایی یزدی، السید محمد کاظم، **العروه الوثقی**، الجزء الثاني، الطبعه الخامسه، انتشارات دارالتفسیر، ۱۴۱۹ق.
- ۱۸- \_\_\_\_\_، **حاشیه بر مکاسب**، چاپ سنگی، تهران، بی‌تا، ۱۳۱۷ق.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، نشر یلدا، تهران، زمستان ۱۳۷۴.
- ۲۰- \_\_\_\_\_، **قواعد عمومی قرار دادها**، ج ۳، ج ۳، شرکت سهامی انتشارات با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۶.
- ۲۱- \_\_\_\_\_، **عقود معین (۴)**، ج ۳، شرکت سهامی انتشارات با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۸.
- ۲۲- کاشانی، سید محمود، **حقوق مدنی** (قراردادهای ویژه)، نشر میزان، تابستان ۱۳۸۸.
- ۲۳- کرکی (محقق)، نورالدین علی بن حسین (محقق ثانی)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، الجزء الرابع، مؤسسه‌ی آل‌البیت قم، ۱۴۱۱ق.
- ۲۴- کمانگر، احمد، **احکام دیوان عالی کشور**، بی‌تا، خرداد ۱۳۴۳.
- ۲۵- محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، بخش مدنی ۱، ج ۲، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۶.
- ۲۶- موسوی بجنودی، سید محمد، **عقد ضمان**، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۵.

۲۷- موسوی بجنودی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، الجزء الثاني، مؤسسه‌ی اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ق.

۲۸- نجفی خوانساری، شیخ موسی، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، الجزء الثاني، ۱۴۱۸ ق.

29-Marty et Raynaud, *Droit civil*, T II . Obligation . Paris 1962 .

30-Mazeaud ( Henri , Leon et Jean ) , *Leçon de droit civil* . TI .  
Volume premier , par Francois chabac . Paris 1983.

