

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# مسئولیت ضامن در اسناد تجاری

تالیف:

حامد مرادی

(وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه)

انتشارات قانون یار

۱۳۹۵

سرشناسه	: مرادی، حامد، ۱۳۶۶ -
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: مسئولیت ضامن در اسناد تجاری / حامد مرادی.
مشخصات نشر	: تهران: انتشارات قانون یار، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهری	: ۱۰۴ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۸۰۷۷-۳۸-۱
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: بازرگانی، اسناد
موضوع	: Commercial documents
موضوع	: عقد ضمان
موضوع	: Suretyship and guaranty
موضوع	: حقوق تجارت -- ایران
موضوع	: Commercial law -- Iran
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۵ م/۳۸م۵ / KMH۹۲۰
رده بندی دیویی	: ۵۵۰۷/۳۴۶
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۴۶۹۷۰۸

## انتشارات قانون یار

### مسئولیت ضامن در اسناد تجاری

تألیف: حامد مرادی

ناشر: قانون یار

نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۵

شمارگان: ۱۱۰۰ جلد

قیمت نسخه الکترونیکی: ۸۰۰۰ تومان

قیمت نسخه چاپی: ۱۴۰۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۸۰۷۷-۳۸-۱

مرکز پخش: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید، پلاک ۹۲

تلفن: ۶۶۹۷۳۹۶۰ کتابفروشی رسولی (چراغ دانش سابق)

## فهرست مطالب

۹	مقدمه
۱۱	فصل اول
۱۱	کلیات مفهومی بحث
۴۳	فصل دوم
۴۳	بررسی مسئولیت ضامن در اسناد تجاری
۸۱	فصل سوم
۸۱	نتیجه گیری و جمع بندی بحث
۹۵	منابع و مأخذ



## علائم اختصاری

	فارسی:
قانون اساسی	ق.ا
قانون مدنی	ق.م
قانون تجارت	ق.ت
لایحه اصلاح قانون تجارت	ل.ا.ق.ت
قانون صدور چک	ق.ص.چ
قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی	ق.آ.د.م
قانون مجازات اسلامی	ق.م.ا
کنوانسیون ژنو	ک.ژ
جلد	ج
صفحه	ص
صفحات	صص





## مقدمه

با نگاهی به سیر تاریخی قانونگذاری در کشور مان در خصوص مسائل تجاری و حقوق تجارت متوجه این مهم خواهیم شد که در قانون تجارت نسبت به سایر قوانین از جمله قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی و غیره قانونگذار از فعالیت و پویایی کمتری برخوردار بوده و نسبت به اصلاح و ایجاد تغییر در قانون تجارت آنچنان که باید از عملکرد مناسبی برخوردار نبوده است. در این کتاب به تمام زوایای مبحث ضمان از جمله ضمان از دیدگاه قوانین داخلی و نیز نگاهی به قوانین و مقررات بیگانه و نیز ضمان از دیدگاه قوانین فقهی و نیز تفکیک بین مسئولیت ضامن در برابر دارنده چک، برات و سفته و نیز مسئولیت ضامن در برابر ضامنین دیگر و مضمون عند خود و سایر مسئولین اسناد تجاری و مقایسه تمامی مباحث فوق الذکر در قانون تجارت با لایحه جدید قانون تجارت پرداخته و گامی در جهت پیشرفت حقوق تجارت در حد توان برداریم. لذا در کتاب حاضر سعی بر آن است به بررسی و تجزیه و تحلیل مبحث ضمانت ضامن و همچنین مبحث ضمانت مستقل ذکر شده در لایحه جدید قانون تجارت و آثار رعایت شرایط شکلی اسناد تجاری بر این دو با توجه به قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ و سایر قوانین و مقررات لازم الاجرا داخلی در این خصوص پرداخته شود. به صورت کلی در نظام حقوقی ایران در رابطه با مبحث مسئولیت ضامن در اسناد تجاری و به طور خاص در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ موادی چند آن هم به صورت پراکنده برای مثال مواد ۲۴۷ و ۲۴۹ و غیره به مسئولیت ضامن در برابر دارنده برات و صادر کننده برات و سایر ضامنین و مسولین سند اشاره داشته است در قانون جدید چک مصوب ۱۳۸۲ در رابطه با مسئولیت ضامن نسبت به دارنده و صادر کننده چک توضیحات بیشتری داده شده است. و مواد بیشتری به آن اختصاص یافته است در حال حاضر با تصویب لایحه جدید قانون تجارت در مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۰ و پرداختن بیشتر به بحث مسئولیت ضامن و آثار بار بر آن و نیز اضافه نمودن قسمت جدیدی به نام ضمانت نامه مستقل در لایحه فوق الذکر این مهم به

ذهن متصور است که در رابطه با تبیین و تحلیل این مواد در لایحه جدید قانون تجارت تحقیقات و بررسی حقوقی بیشتری صورت گیرد عدم ایجاد تغییرات و نوآوری توسط قانونگذاری در رشته حقوق تجارت که سیره تاریخی آن رشته موید این مطلب می باشد نیز بر اهمیت موضوع افزوده است از آنها که مبحث مسئولیت ضامن در لایحه جدید قانون تجارت دارای نکات قوت و ضعیف چندی می باشد امید است با بررسی و تعیین این مواد قانونی و مقایسه آن با مواد مرتبط در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ و قانون جدید چک مصوب سال ۱۳۸۲ بتوان در راستای اصلاح و پیشرفت لایحه مذکور به صورت کلی و جامع که در تمامی مباحث آن نیاز به اصلاح و بررسی بیشتر لازم به نظر می رسد بتوان خدمتی نسبت به جامعه حقوقی کشور ارائه داد از طرفی در مبحث شرایط اسناد تجاری و آثار آن به مسولیت منافین این اسناد، اختلاف نظرهایی مثلاً در مورد ماده ۳۱۴ قانون تجارت و جود دارد چند ماده مبهم در این زمینه نیاز به تحلیل و تبیین بیشتر مبحث ضمانت اسناد تجاری و مقایسه بین مواد قانون تجارت و قانون مدنی و نیز اصول و مقررات مسلم فقهی در این باره را بیشتر نمایان می سازد. لایحه جدید قانون تجارت در مواد ۷۲۹ و ۷۲۸ به صورت صریح به مسولیت و نیز حقوق ضامنین در اسناد تجاری اشاره کرده و در باب جداگانه ای به ضمانت مستقل در اسناد تجاری پرداخته است که این خود بیان می دارد که انطباق یا عدم انطباق موارد ذکر شده در لایحه جدید با قانون تجارت و مقایسه این دو، نکات فراوانی را در جهت نمایان ساختن نقاط ضعف و قوت لایحه جدید قانون تجارت و بر طرف کردن و اصلاح آن موارد به نظر دارای ضرورت می نماید که امید است بتوان با تالیف این اثر علمی خدمتی هر چند کوچک و در حد توان نسبت به جامعه حقوقی کشور ارائه داد.

# فصل اول

## کلیات مفهومی بحث



در ادبیات فارسی ضمان به معنی بر عهده گرفتن امری می‌باشد. در علم حقوق نیز این معنی وجود دارد و به موجب آن ضمان یعنی بر عهده گرفتن دین یا تعهد یک شخص توسط شخص ثالث در مقابل صاحب حق می‌باشد. ضمان بر دو نوع تقسیم می‌گردد: ۱- ضمان قهری ۲- ضمان قراردادی. هرگاه یکسری از تعهدات به طور غیر ارادی و به موجب قانون به شخص تحمیل گردد، به آن ضمان قهری گفته میشود، بطور مثال شخص غاصب به موجب قانون مکلف است که مال مغضوبه را به مالک آن رد نماید، حتی اگر غاصب نداند که مکلف به رد مال به صاحبش می‌باشد و همینطور است ضمان قهری در پرداخت نفقه توسط زوج. اما اگر شخص به موجب عقود یا قرارداد مسئول یا ضامن در برابر دیگری گردد، به آن ضمان قراردادی می‌نامند. ضمان قراردادی به دو دسته ی، ضمان عقدی و عقد ضمان تقسیم می‌گردد.

ضمان عقدی، هنگامی بوجود می‌آید که بموجب قرارداد یا اراده طرفین ایجاد شده باشد، البته ضمان در صورتی ایجاد می‌گردد که تعهد و مسئولیت صراحتاً در عقد پیش بینی گردیده باشد و خسارت وارده به جهت عدم انجام تعهدات قراردادی صورت گرفته باشد و در قرارداد نیز متخلف به جبران خسارت ملزم شده باشد و نهایتاً آن ضرر وارده قابلیت پیش بینی را داشته باشد. اما در عقد ضمان، ضامن متعهد می‌گردد دیون مدیون مورد توافق را بپردازد.

در این قسمت از پژوهش ابتدا به ارائه مفهومی از ضامن و عقد ضمان و انواع آن در قوانین

مدنی و تجارت می‌پردازیم .

گفتار اول : مفهوم و ماهیت ضامن

بند اول :تعریف ضمان

الف) ضمان در لغت

ضمان در فتح ضاد در کتب لغت معانی گوناگونی را در بر می‌گیرد در قاموس چنین آمده

است : تضمین او از من به معنی آن است که من او را مدیون نمودم و اول ملتزم به آن شد



همچنین به معنای تعهد التزام و اشتغال نیز آمده است. چنانچه «ضمت المال» به صورت ثلاثی مجرد گفته شود بددان معناست که گوینده ضامن مال شده و آن را بر گردن گرفته است. ضامن به معنای تاوان دار، پذیرفتار، ناقه باردار، پذیرفتن، قول کردن و بر عهده گرفتن وام دیگری نیز آمده است. در میان فقیهان اهل سنت نیز عده ای ضامن را مشتق از «ضمن» دانسته و دلیل می آورند که ذمه ضامن در ضمن ذمه مضمون عنه قرار می گیرد. در مورد اشتقاق ماده ضمن اکثریت فقهای شیعه معتقدند که ضامن مشتق از «ضمن» می باشد به ۲ دلیل :

۱- چون مال را از ذمه انتقال داده و بر ذمه ی دیگری قرار می دهد.

۲- چون ذمه ضامن متضمن حق می شود

اما فقهای اهل تسنن البته اکثریت آنان، آن را به ضم و التزام معنا کرده اند چرا که ضامن یعنی ضمیمه شدن و پیوستن ذمه ای به ذمه ی دیگری است با پذیرفتن نظر اخیر لام الفعل «حرف میم» بوده و «ن» در آن زائد محسوب می گردد و «م» مشدده محسوب گشته چرا که فعل کمتر از ۳ حرف نیست. در رد این قول گفته شده وجود «ن» در تمام تعاریف این کلمه «ضمن» تضمین، ضامن و «ضمن» حاکی از این مطلب است که این موارد صرف مشتق از «ضمن» می باشند. در مقابل عده ی قلیلی از فقهای اهل سنت که ضامن را مشتق از «ضمن» دانسته اند، همان نتیجه ضم و ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه را دارد و از این حیث با نظر اکثریت فقیهان شیعه به لحاظ نتیجه همان تضاد و دوگانگی را دارا است

ناگفته نماند بحث از ماده اشتقاق «ضمن» استطراد بوده و ناظر به ضامن عقدی می باشد و ضامن درک که ضامن قهری و به محض ظهور استحقاق حاصل می شود را در بر نمی گیرد.

(ب) ضامن در اصطلاح



ضمان اصطلاحی نیز از معنای لغوی خود دور نگردیده و در اصطلاح فقهاء به معنی «تعهد» و بر عهده گرفتن آمده است .

در جابجایی کتب فقهی واژه ضمان به صورت پراکنده استعمال گردیده است. از این استعمالات آنچه به صورت عمده و غالب در فقه و قانون مدنی به آن پرداخته اند : ضمان عقدی ، ضمان معاوضی ، ضمان قهری بوده است .

ضمان عقدی که فقیهان آن را به «تعهد به مال از جانب بری» و یا «عقدی که برای تعهد به مال یا نفس تشریح شده است» تعریف کرده اند، اولی ضمان به معنای خاص و دومی ایضا ضمان به معنای اعم که شامل حواله و کفالت می شود را در بر می گیرد . عده ای نیز ضمان عقدی را که به موجب قراردادی شخص ملتزم می شود که دین دیگری را بپردازد یا مدیونی را در دادگاه حاضر کند و ضمان به این معنی شامل عقد ضمان و حواله و کفالت می شود .

شرینی در مغنی المحتاج در معنی اصطلاح ضمان ، ضمان را اعم از ضمانت حق ثابت در ذمه غیر یا احضار کسی که بر عهده او حقی است با ضمانت عین مضمونه و ملتزم به این التزامات را ضامن - تضمین - حمیل - زعیم - کافل - صیبر و قبیل نامیده اند .

قانون مدنی نیز از تعریف اول پیروی کرده است ، ماده ۶۸۴ ق.م در تعریف این عقد می گوید «عقد ضمان عبارتست از اینکه شخص مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد. متعهد را ضامن ، طرف دیگر مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند» .

در تعریف ضمان معاوضی چنین گفته شده است، ضمانتی که در نتیجه محقق نشدن خواست طرفین و بر مبنای قصد معاوضی آنان ایجاد می شود مانند ضمان معاوضی ناشی از تلف مورد معامله پیش از تسلیم . معنی ضمان در این گونه اصطلاح ، تعهدی است که یکی از دو طرف ،

به دلیل تلف معوض ، در بازگرداندن عوض دارد ، چنانکه فروشنده ملزم است در صورت تلف میبع بیش از عقد ثمنی را که گرفته به خریدار برگرداند. و ماده ۳۸۷ ق.م ناظر به همان ضمان است و اگر میبع قبل از تسلیم ، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

نوع سوم ضمان اصطلاحی ، ضمان قهری است، ضمانتی که بدون رضای متعهد به حکم شرع و قانون بر شخصی بار می شود مانند ضمان ناشی از غضب یا اتلاف و در این صورت ضامن ، قصد ندارد خود را ملتزم به امری کند و قانون در ایجاد تعهد ، به نتیجه اجتماعی کار او توجه دارد نه به قصد ایجاد دین .

در بیان موجبات این ضمان بین فقیهان اختلاف نظر فراوانی وجود دارد و معمولاً به صورت پراکنده و تحت عناوین مختلفی از آن یاد می شود . ماده ۳۰۷ ق.م می گوید : «امور ذیل موجب ضمان قهری است :

۱- غضب و آنچه در حکم غضب است ؛

۲- اتلاف ؛

۳- تسبیب؛

۴- استیفاء؛

در میان فقیهان شیعه میرفتاح در عناوین موجبات ضمان را تحت عناوین زیر آورده است : لا ضرر ، ید، غرر، تعدی و تفریط ، اتلاف ، تلف میبع قبل از قبض ، قبض به عقد فاسد و تکالیف ثابت به امر شارع و این ضمان حاصل به اصل شرع بر مکلفین به معنی تکالیف مالیه خواهد بود مشروط به قصد قربت باید یا نباشد از این قسم است زکات ابدان ، زکات اموال با شرایط





مقرر در شرع و خمس آنچه که انسان به طریق نذر، عهد و یمن متلزم می شود و آنچه به سبب افعالی که از او صادر شده به عنوان کفارات مالیه غرامت می دهد مانده کفاره حج، کفاره روزه، قتل، ظهار، ایلاء و ... و از همین قسم است نفقات اولاد، آباء و ازواج، ضمان عاقله برای دیه، این ضمانات یا به خطاب شرع به صورت ابتدائی حاصل شده (نفقات) یا بعد از عارض شدن سببی توسط خود مکلف است (کفارات

در واقع ضمان به این معنا هم آثار وضعی و هم آثار تکلیفی را متکفل است .

بند دوم: مفهوم ضامن

ضمان در لغت به معنی قبول کردن، پذیرفتن و برعهده گرفتن است، اما در اصطلاح، که از معنی لغوی خود دور نیفتاده است، معادل مفهوم تعهد است که این مفهوم مشتمل بر تعهدات قراردادی و نیز الزامات خارج از قرارداد است. فقهای امامیه می گویند ضمان مشترک لفظی بین دو معنی اعم و اخص است. معنای اعم آن عبارت است از تعهد به مال یا نفس. تعهد به نفس همان عقد کفالت است و تعهد به مال شامل عقود حواله و ضمان می شود معنای اخص آن نیز همان عقد ضمان یا ضمان عقدی است که قانون مدنی نیز در ماده ۶۸۴ به آن اشاره نموده است:

«عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده

بگیرد.»

فقهای امامیه ضمان عقدی را مبتنی بر نقل ذمه به ذمه می دانند. آنان معتقدند ضمان از کلمه «ضمن» مشتق نشده و مفهوم آن این است که با تحقق چنین عقدی ذمه مدیون بر می گردد. حرف نون در ضمان در تمامی مشتقات آن اعم از ماضی، مضارع، امر، تنیه، و جمع از حروف اصلی است و اشتقاق این کلمه از «ضم» غیر معقول است. اما در نزد فقهای اهل تسنن ضمان

غیر ناقل است، زیرا این کلمه مشتق از کلمه «ضم» است و حرف نون جزء حروف زائد است، بنابراین ضامن افاده ضم ذمه به ذمه می کند. بر اساس همین مفهوم است که فقهای اهل سنت ضامن را یکی از وثایق می دانند، زیرا هدف از عقد ضامن این است که طلبکار برای طلب خود وثیقه ای به دست آورد تا در برابر ورشکستگی و اعسار مضمون عنه بی پناه نماند و با مشکلی رو به رو نشود. یکی از حقوق دانان کشورمان نیز چنین عقیده دارد که مسئله ضم ذمه و نقل ذمه به اشتقاق لغت عرب بستگی ندارد بلکه به عرف و عادات مردم نیز بستگی دارد و اشتقاق لغت عرب به تنهایی نمی تواند سرنوشت عرف را معین کند.

قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه ضامن را مبتنی بر نقل ذمه به ذمه می داند. ماده ۶۹۸ قانون مدنی در اثر ضامن عقدی چنین بیان داشته است:

«بعد از این که ضامن به طور صحیح ولقع شود ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.»

و نیز در ماده ۶۹۹، تعلیق در ضامن را موجب بطلان آن می داند، به این معنا که ضامن نمی تواند انتقال دین به ذمه خود را معلق به امور احتمالی از جمله نپرداختن دین از سوی مدیون نماید. مقتضای ذات عقد، ضامن نیست. توافق طرفین می تواند تعهد ضامن به پرداخت دین را منوط به عدم پرداخت آن از سوی مدیون اصلی کند، یا ضامن مدیون را در برابر طلبکار به طور تضامنی مسدول سازد. به عبارت دیگر، در حقوق ما ضامن عقدی موجب بری شدن مدیون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین او می شود ولی شرایط خصوص قرارداد با حکم قانون می تواند این اثر را تغییر دهد و آن را به صورت وثیقه دین در آورد. نظر دیگری نیز که در این رابطه بیان شده است این است که اثر اصلی عقد ضامن نه نقل ذمه است و نه ضم آن، بلکه آنچه مهم است اراده طرفین و تراضی آنها است که به نحو اضمام دو ذمه یا به شکل انتقال



ذمه صورت می گیرد. به همین جهت فقیهان حنفی ضم ذمه را مقتضای اطلاق می دانند نه مقتضای ذات آن و شرط خلاف مقتضای اطلاق، یعنی شرط نقل، را بی اشکال دانسته و ضمان به شرط برداشت اصیل را می پذیرند. دکتر جعفری لنگرودی نیز نقل ذمه به ذمه را عنصر ضمان عقدی نمی داند. وی معتقد است از اسباب سقوط تعهدات است، زیرا با تحقق عقد، تعهد مضمون عنه در برابر بستلنکار ساقط می شود برخی از فقهای متاخر در جهت حل نظریه تضامن، مفهوم تعلیق در ضمان را از مفهوم تعلیق در التزام به تادیه جدا کرده و تعلیق در رفای به دین را نقل ذمه ندانسته و چنین امری را جایز شمرده اند. صاحب عروه نیز در رابطه با ضمان به شیوه فقه عامه می گوید ممکن است حکم به صحت چنین ضمانی داده شود و ضم ذمه را به صورت شرط پذیرفت.

بند سوم: عناصر و ارکان ضمان

برای تحقق هر ضمانی وجود عناصری لازم است. این عناصر عبارتند از:

۱- موجبات و اسباب ضمان

۲- شخص ضامن

۳- شخص مضمون له

۴- شیء مضمون

البته این عناصر و ارکان در ضمان درک هم موجود است اگرچه در اینجا ذکر از شخص مضمون عنه نیامده به این علت است که جای بحث آن بیشتر در ضمان عقدی است تا ضمان درک چرا که با توضیحاتی که بعداً خواهد آمد ضمان درک ناظر به مال درک است و ضمان عقدی ناظر به شخص مستحق حال به توضیح این ارکان می پردازیم

موجبات ضامن : مقصود از موجبات ضامن ، عوامل و اسبابی است که با تحقق آنها ضامن بوجود می آید مانند اتلاف مال غیر ، غصب ، فروش مال غیر و...

موجبات ضامن در حقیقت علل فاعلی ضامن و مقتضی آن محسوب می شود و با فقدان آن ها ضامن محقق نمی گردد ولی وجود آنها برای اثبات ضامن کافی نیست و باید عناصر دیگری با وجود مقتضی تحقق بیابد .

در تعییرات فقهی گاهی کلمه سبب و موجب به معنای علت تامه اطلاق می گردد . نکته ای که در مورد موجبات ضامن وجود دارد مشخص نبودن تعداد واقعی آنها در بحث های فقهی است و با توجه به اینکه موجبات به صورت پراکنده مورد بحث قرار گرفته است، این امر ضروری به مراد ما نمی زند به عنوان مثال مستحق للغير بودن از موجبات ضامن درک است .

ضامن : با توجه به اینکه ضامن یکی از احکام وضعی است و دارای آثای تکلیفی می باشد مسلماً با فعل مکلف در ارتباط نزدیک خواهد بود . در نتیجه بدون فرض ضامن نمی توان مفهوم ضامن را به عنوان یکی از احکام وضعی فرض کرد. و در فرض مسأله ضامن کسی است که ضامن درک علیه او وجود دارد.

شخص مضمون له : مضمون له در واقع همان شخص است که صاحب حق و منتفع از ضامن می باشد و در واقع کسی است که ضامن درک له او وجود دارد.

شیء مضمون : به شیء مضمون ، متعلق یا موضوع ضامن نیز اطلاق می شود و ناظر به اموال ، حقوق و دیون که از امور مالی محسوب می شود، می باشد. در ما نحن فیه شیء مضمون نیز همان مالی که متعلق به غیر بوده است را شامل می گردد .

بند چهارم : ماهیت عقد ضامن



در مورد ماهیت حقوقی عقد ضمان دو تفکر و دیدگاه در این خصوص وجود دارد. گروهی از حقوقدانان و علی الخصوص فقهای امامیه معتقدند، با توجه به اینکه عقد ضمان از عقود احسانی میباشد و در جایی که نیت انجام کار خیرخواهانه میباشد پس شخص ضامن با نیت خارج نمودن مدیون اصلی از بار بدهی این مسئولیت را تقبل مینماید پس در اینصورت بدهی از ذمه مدیون اصلی خارج و او بری الذمه میگردد و ذمه ضامن مشغول میگردد. با این اوصاف ضمان به معنی نقل ذمه به ذمه میباشد. بدین معنی که اگر طلبکار پذیرفت که ضامن بدهی را بپردازد، دیگر او مطلقاً اجازه نخواهد داشت که به مدیون اصلی (مضمون عنه) رجوع نماید.

گروه دوم که شامل علمای اهل سنت و نیز غالب سیستمهای حقوقی کشورهای غربی علی الخصوص حقوق فرانسه میباشد معتقدند که عقد ضمان صرفاً به دلیل تضمین و گارانتی به پرداخت دین توسط مدیون بوده که به موجب آن در حالتی که مدیون نتواند تمام یا بخشی از بدهی خود را بپردازد، در این حالت طلبکار از ادعاهایی همچون اعسار و غیره مصون بوده و میتواند به ضامن و یا هردو رجوع نماید. در حقوق فرانسه ضمانت را به ضمانت قضائی در امور کیفری و ضمانتی که بر اساس قسم و یا سوگند بوجود باشد در برابر دادگاه و یا ضمانت قانونی یا همان ضمان قهری در جایی که بطور مثال شخصی ضامن تخلیه مستاجر گردیده و مستاجر به دلایلی اجاره بهاء را نپردازد، در اینحالت ذمه ضامن نسبت به موجر مشغول میگردد و موجر میتواند به مستاجر و ضامن هردو رجوع کند و نهایتاً ضمان واقعی که به معنی وثیقه دادن در برابر طلب شخص مدیون اصلی (مضمون عنه) میباشد تقسیم نموده اند که این مقررات در قانون مدنی فرانسه به ضمان مشترک یا همان ضم ذمه به ذمه پیش بینی گردیده شده است البته در ایران در رویه امور تجاری و مقررات بانکداری، ضامن را بابت تضمین در پرداخت بدهی در کنار مدیون اصلی قرار میدهند و از این تفکر تبعیت مینمایند.



در قانون مدنی ایران و به موجب ماده ۶۹۸، بنظر میرسد به تائی از نظر فقهای مشهور امامیه نقل ذمه به ذمه را پذیرفته است. هرچند که مشاهده مینماییم که نظریه گروه دوم نیز در قانون تجارت و به موجب ماده ۴۰۲ و نیز بموجب ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی این امر پیش بینی گردیده شده است. حال با توجه به وجود هر دو تفکر به جهت وجود آثار متفاوت آن و بمنظور احتراز از صدور تصمیمات متناقض و متفاوت میبایستی اینطور تفسیر نمود که در عقد ضمان اصل بر اساس نقل ذمه به ذمه استوار بوده و این قاعده از زمره موارد آمره تلقی می گردد و هرگونه ایجاد شرط بر خلاف آن باطل خواهد بود، چرا که میدانیم هرچند تعلیق در قانون مدنی را قانونگذار پذیرفته است ولی در موارد خاص از جمله مقررات عقد ضمان به موجب ماده ۶۹۹ حتی تعلیق را نیز غیر ممکن دانسته و این امر را تا به سرحد ابطال نیز تجویز نموده است. اما هرگاه طرفین مشمول مواد ۱ الی ۳ قانون تجارت گردیده و ضمان برای امور شخص تاجر و یا برای معاملات تجارتهی ایجاد گردد، مقررات مربوط به ضم ذمه به ذمه یا همان ایجاد مسئولیت تضامنی مدیون اصلی به اتفاق ضامن را بر آن وارد نمود.

بند پنجم: عقد ضمان

در زیر به بررسی عقد ضمان در قوانین مختلف می پردازیم و تا با اطلاع از انواع ضمانتها مدخلی یافت شود برای رسیدن به موضوع اصلی و ضمانت مورد نظر در این پژوهش.

الف. عقد ضمان موضوع قانون مدنی

ضمان مدنی مندرج در قانون مدنی، باعث شده تا برخی محاکم عقد ضمان را تابع قواعد ضمان مدنی، یعنی نقل ذمه به ذمه بدانند.

به عنوان مثال در قرارداد پیمانکاری حمل غله که پیمانکار از اداره ی غله ی مبادا به مقدار لازم گونی تحویل میگیرد و متعهد میشود که پس از تحویل گندم و جوکیسه ها را مسترد



نماید؛ در صورت مفقود شدن کیسه‌ها باید بهای آن را پردازد و لازم است شخصی از این بابت ضامن پیمانکار شود. در مثال مذکور، شعبه‌ی دوم دادگاه مازندران التزام ثالث را ضامن دانسته و قرارداد را به این علت که مضمون غنه در زمان تحقق ضامن مدیون نبوده است، ضامن «مالم یجب» و باطل اعلام کرده‌است.

این نظر با ایراد مواجه است؛ زیرا طبق ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضامن عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد...».

اولاً، اثر عقد ضامن مدنی، نقل ذمه است. به موجب ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی «بعد از اینکه ضامن به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون غنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول میشود». نویسندگان قانون مدنی به تبعیت از فقهای امامیه، مفهومی از ضامن را پذیرفته‌اند که به موجب آن ذمه‌ی مدیون به ضامن منتقل می‌شود.

ثانیاً، ضامن مدنی یک عقد تبعی است؛ تعهدی که ضامن می‌خواهد آن را تضمین کند، علت تعهد ضامن است و سرنوشت تعهد ضامن بستگی تام به تعهد بده کار اصلی دارد. در ماده‌ی ۲۰۱۲ قانون مدنی فرانسه آمده است: «ضامن منعقد نمی‌شود مگر در مورد یک تعهد صحیح بنا بر این، تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقاء، تابع دین مضمون غنه در مقابل طلب کار است. منظور از استقلال ضمانت نامه، انتزاع آن از قرارداد پایه‌ای است که منجر به صدور ضمانت نامه شده است. به بیان دیگر، اگر چه هدف یک ضمانت نامه، تضمین متعهدله یا ذی نفع در مقابل خسارات ناشی از تخلف متعهد یا ضمانت خواه در قرارداد پایه است، اما حق ذی نفع نسبت به مطالبه‌ی وجه ضمانت نامه، صرفاً با مراجعه به مفاد و شروط مندرج در متن ضمانت نامه مشخص و بر معیار آن سنجیده می‌شود.

ثالثاً؛ تعهد ضامن در ضمان عقدی، تابع تعهد مضمون عتبه در عقد پایه است؛ لذا ضامن میتواند در مقابل مضمون گه به کلیه ی ایرادهایی که مدیون اصلی از آن برخوردار است، استناد نماید .

#### ب. ضمان تجاری (ضمم ذمه)

طبق ماده ی ۲۴۹ قانون تجارت، در اسناد تجاری صادر کننده و ظهرنویسان به طور تضامنی مسوولیت پرداخت وجه سند را به عهده دارند. در باب دهم این قانون (مواد ۴۰۲ تا ۴۱۱) تحت عنوان «ضمانت» احکام خاصی بیان شده است.

هدف از وضع این مقررات، وارد کردن صفت تضامن در عقد ضمانت، یعنی خارج ساختن اثر نقل ذمه به ذمه ی ضمانت از آن است. قانون تجارت تضامن طبق قراردادهای خصوصی را مورد پذیرش قرار داده است مطابق ماده ی ۴۰۲ قانون تجارت «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدواً 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». قانون تجارت بی آن که در ارکان عقد ضمانت یا شرایط به وجود آمدن و تحقق آن تغییر دهد، اثر یا صفت نقل ذمه به ذمه ی آن را که از مفاد مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ قانون استنباط می شود، حذف کرده است : هم چنین مطابق ماده ی ۴۰۳ قانون تجارت «در کلیه ی مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آن ها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید .» این ماده با اعمال احکام تضامن، قراردادهای خصوصی را منشاء ایجاد ضمان تضامنی دانسته است .