

آثار عقد ضمان بر اطراف عقد ضمان در حقوق ایران با تأکید بر رویه قضایی

حسن مریخ طارخ*

مشخصات آراء

شماره دادنامه ۱: ۶۴۸

تاریخ: ۷۹/۰۶/۱۵

شماره دادنامه ۲: ۱۱۸

تاریخ: ۷۸/۰۸/۳۰

شماره دادنامه ۳: ۱۱۶۳

تاریخ: ۷۹/۱۰/۰۵

خواسته: مطالبه وجه

مرجع رسیدگی: شعبه هفتم دادگاه عمومی آمل

مقدمه

در حقوق مدنی ایران، ضامن پس از تأدیه دین و مشروط به اخذ اذن ضمانت از مضمون‌عنه، حق دارد به او مراجعه کند. اما حسب بخش دوم ماده ۷۰۹ قانون مدنی، ضامن در شرایطی خاص، قبل از اداء دین نیز می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند. بی‌شک هرگاه عقد ضمان به طور مطلق منعقد گردد و هیچ قیدی نباشد، در حقوق ما اطلاق نشانگر نقل ذمه به ذمه است؛ اما این انتقال دین مقتضای ذات عقد نیست؛ بنابراین طرفین می‌توانند در خود قرارداد خصوصی شرط کنند که مضمون‌له جهت وصول دین خود بدواً به مضمون‌عنه مراجعه کند و اگر طلب او پرداخت نشد به ضامن رجوع کند (ضمان طولی) یا اینکه شرط کنند ضامن و مضمون‌عنه در کنار هم متضامناً مسئول پرداخت دین به مضمون‌له گردند؛

به‌گونه‌ای که مضمون‌له بتواند برای تمام یا بخشی از طلب خود به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند (ضمان عرضی). چنین قراردادهایی را می‌توان با توجه به مواد ۱۰، ۶۹، ۷۲۳ قانون مدنی و ۴۰۲، ۴۰۳ قانون تجارت نافذ و دارای آثار حقوقی دانست. آقای اسماعیل محمد جعفری در مقاله‌ای تحت عنوان ماهیت حقوقی تضمین ضمانت در ایران در وبسایت مؤسسه حقوقی و داوری بین‌المللی معتقد است که با توجه به نظریه حقوق‌دانان در خصوص ضمان در روابط تجاری فی‌مابین تجار، عده‌ای از حقوق‌دانان اعتقاد بر این دارند که ضمان در حقوق مدنی طبق ماده ۶۸۱ قانون مدنی نقل ذمه به ذمه است و عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان به استناد ماده ۴۰۳ قانون تجارت معتقد به این هستند که ضمان در حقوق تجارت ضم ذمه به ذمه است و نظر به اینکه مواد قانون مورد بحث، همگی از قوانین آمره هستند؛ لذا تجار باید با توجه به قوانین موجود در قراردادهای فی‌مابین در خصوص ضمان با ذکر مواد قانونی و شرایط موجود شفاف‌سازی نمایند و قصد خود را از ضمان، حسب مورد (قانون مدنی یا تجارت) بیان نمایند. آقایان سید محمد موسوی بجنوردی و محمد مهریزثانی (موسوی بجنوردی و مهریزثانی، ۱۳۹۱: ۱۵۴) در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی اثر ضمان بر روابط طرفین با رویکردی نوین» در فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی بر این عقیده‌اند که آنچه با مسائل روز و نیازهای روبه‌رشد زندگی اجتماعی تطابق بیشتری دارد، این است که مقتضای ذات عقد ضمان را نه می‌توان نقل ذمه دانست و نه ضم ذمه؛ بلکه بایستی نقل یا ضم ذمه بودن اثر ضمان را از شرایط ضمن عقد محسوب کرد که طرفین در رابطه با آن می‌توانند تراضی کنند و اگر در این زمینه سکوت کرده باشند، مقتضای اطلاق عقد ضمان، باید ضم ذمه طولی (ضمان وثیقه‌ای) باشد که با عرف عقلا تطابق بیشتری دارد. از آنجا که موضوع پیشنهادی اینجانب از جمله موضوعات مبتلابه جامعه، مبتنی بر قوانین موضوعه و رویه قضایی است، لذا بر آن شدم تا به بررسی این موضوع بپردازم. در این مقاله علمی، آثار ضمان بر اطراف عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت، رویکرد و رویه قضایی دادگاه‌های ایران در این خصوص و نیز مبنای رجوع ضامن به مضمون‌عنه در دو مقطع زمانی قبل و بعد از اداء دین به مضمون‌له مورد تحلیل قرار گرفته است. این مقاله از دو فصل، مبنای نظری ضمان

و آثار آن بر اطراف عقد ضمان و زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه، نتیجه و فهرست منابع تشکیل شده است.

۱. مبانی نظری ضمان و آثار آن بر اطراف عقد ضمان

۱.۱. مبانی نظری ضمان

عقد ضمان از وثائق شخصی بوده و اثر اصلی آن بنا بر اجماع فقهای امامیه، نقل ذمه به ذمه است اما اکثریت فقهای عامه، اثر اصلی این عقد را ضم ذمه به ذمه دانسته‌اند؛ 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 میان ضامن و مضمون‌عنه 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. لذا در ذیل به تفصیل، مبانی نظری ضمان مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱.۱.۱. نظریه ضم ذمه و مبانی آن

اکثریت فقهای اهل تسنن (جزیری، ۱۹۸۶: ۲۴۶) بر این باورند که اثر عقد ضمان، ضم ذمه ضامن به مدیون است؛ یعنی در اثر ترازی دو طرف، ضامن می‌تواند باعث انتقال دین نشود و ذمه ضامن را ضمیمه ذمه مدیون سازد. به طوری که با وقوع عقد ضمان، ذمه ضامن به عنوان یک مدیون جدید به ذمه مدیون اصلی ضمیمه می‌گردد، طبق این نظر، ضامن به منظور ایجاد تضمین برای مضمون‌له بوده و از وثائق می‌باشد و با انعقاد ضمان، ذمه مضمون‌عنه به‌هیچ‌وجه بری نمی‌شود. پیروان این نظریه در چگونگی انجام ضم ذمه به دو گروه منشعب می‌شوند. گروهی از آن‌ها ذمه ضامن و مدیون را در عرض هم قرار می‌دهند و گروهی آن‌ها را در طول هم قرار می‌دهند. تفصیل مطلب بدین شرح است:

الف. نظریه ضم طولی (ضمان وثیقه‌ای): این گروه بر این عقیده‌اند که با وقوع عقد ضمان، بستانکار باید ابتدا به مدیون رجوع کرده و اگر به دلیلی از قبیل ورشکستگی، اعسار، ماطله، غیبت و یا امتناع وی از پرداخت، نتواند دین خود را از او وصول کند به موجب ضمان، مضمون‌له حق رجوع به مدیون تبعی (وثیقه) یعنی

ضامن را خواهد داشت. مطابق این نظریه، مدیونیت ضامن به مضمون‌له در طول مدیونیت مضمون‌عنه است و اصطلاحاً به «ضمان وثیقه‌ای» معروف است، مبنای فقهی این نظر، نیز این است که تعهد ضامن جنبه تبعی دارد و قابل تشبیه به وثیقه و رهن است؛ بنابراین، دین باید در ابتدا از اصیل (مدیون اصلی) مطالبه شود و هرگاه این مطالبه، موجب استیفای طلب نگردید؛ طلبکار، می‌تواند به ضامن مراجعه کند.

ب. نظریه ضم عرضی (ضمان تضامنی): گروهی دیگر از پیروان نظریه ضم، معتقدند که تعهد ضامن و مضمون‌عنه در عرض یکدیگر قرار می‌گیرند؛ به طوری که مضمون‌عنه مدیون و ضامن دارای مسئولیت تضامنی بوده و مسئول تأدیه دین خواهند بود. به محض وقوع عقد ضمان، طلبکار جهت وصول طلب خود می‌تواند به هریک از مدیون و ضامن رجوع کند، بدین صورت که بستانکار، حق مطالبه دین را هم از ضامن و هم از اصیل خواهد داشت، ولی اگر از هر کدام از آنان، حق خود را استیفا کرد، حق مراجعه به دیگری را نخواهد داشت.

۲.۱.۱. نظریه تضامن و مبانی آن

در این قسم از ضمان وثیقه که به طور معمول در حقوق تجارت وجود دارد (ماده ۴۰۲ قانون تجارت)، ضمان بر میزان اعتبار طلب می‌افزاید و مضمون‌له را از خطرهای ناشی از ورشکستگی و اعسار و فرار مدیون و ضامن مصون می‌دارد؛ زیرا ضرورتی ندارد که ابتدا به مدیون رجوع شود و ضامن در این فرصت در معرض اعسار قرار گیرد یا امکان فرار از دین را بیابد. به موجب ماده ۴۰۳ قانون تجارت: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت، تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آن‌ها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع کند». برای ارائه نمونه‌ای از فواید این قسم ضمان می‌توان گفت: هرگاه به دلیل فوت یا ورشکستگی ضامن، دین مؤجل او حال شود؛ مضمون‌له می‌تواند در موردی هم که دین اصلی و ضمان مؤجل بوده است، به ضامن رجوع کند و به انتظار فرا رسیدن اجل، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد و نمی‌تواند شرط رجوع به ضامن را محقق سازد. همچنین اگر طلبکار مهلتی برای تأدیه به مدیون دهد یا دین مؤجل باشد، در

ضمان تضامنی مانعی برای رجوع طلبکار به ضامن ایجاد نمی‌کند، درحالی‌که در ضمان وثیقه، ضامن نیز از این امتیاز بهره‌مند می‌شود؛ زیرا شرط رجوع به ضامن مطالبه او از مدیون است. در خارج از امور تجارتي، ضمان تضامنی برخلاف اصل است و تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که در عقد تصریح کنند.

۳.۱.۱. نظریه نقل ذمه و مبانی آن

مقنن با بیانی کلی، در ماده ۶۸۴ قانون مدنی، عقد ضمان را چنین معرفی می‌کند: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی، مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده گیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند». ماده ۶۹۸ قانون مدنی نیز در تکمیل ماده مرقوم اشعار می‌دارد: «بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود». لذا اکثر قریب به اتفاق فقها و حقوق‌دانان امامیه (حلی، ۱۴۰۹: ۲۴۹) و (نجفی، ۱۳۸۱: ۱۲۷) ضمان را مفید نقل ذمه دانسته‌اند؛ مضمون‌عنه را از دین بری می‌کند و ضامن را مدیون می‌سازد. یعنی به تبع فقه امامیه اثر ضمان، انتقال مال موضوع دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن (نقل ذمه) و بری شدن مضمون‌عنه یا مدیون اصلی در برابر مضمون‌له (طلبکار) است. ولی این انتقال مقتضای ذات ضمان نیست و قرارداد خصوصی می‌تواند التزام ضامن به تأدیه دین را منوط به عدم پرداخت آن از سوی مدیون اصلی کند یا ضامن و مدیون را در برابر طلبکار به‌طور تضامنی مسئول سازد، به‌گونه‌ای که بتواند برای تمام یا بخشی از طلب به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند.

۲.۱. آثار عقد ضمان

۱.۲.۱. آثار عقد ضمان در قوانین موضوعه ایران

در این مبحث، آثار ضمان از دیدگاه قوانین مدنی و تجارت مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

الف. از دیدگاه قانون مدنی؛ قانون مدنی ایران بر مبنای نقل ذمه استوار شده است، تمامی حقوق‌دانان کشورمان با توجه به صراحت ماده ۶۹۸ قانون مدنی بر این مطلب اتفاق نظر دارند. در عقد ضمان قانون مدنی در ماده ۶۸۴ قانون مدنی

ضمان اشخاص را اینگونه تعریف کرده و آورده «شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می‌گیرد». به موجب این تعریف ضمان مبتنی بر نوعی انتقال تعهد از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالث است. یعنی پس از تحقق عقد ضمان، ذمه مدیون اصلی بریء شده و دیگر مدیون اصلی به هیچ وجه مسئولیتی در قبال مضمون له نخواهد داشت. بدین شکل قانون مدنی سه ضلع ضمان را تشکیل می‌دهد: ۱. مضمون له ۲. مضمون عنه ۳. ضامن؛ لذا به محض اینکه عقد ضمان تحقق یافت، مسئولیت مضمون عنه بریء و مسئولیت ضامن مشغول خواهد شد و این اصطلاح را در قانون مدنی نقل ذمه می‌گویند.

ب. از دیدگاه قانون تجارت؛ شکل دیگر ضمان در قانون تجارت ایران، ضمان به صورت ضم ذمه به ذمه است. به این صورت که نه منطبق عرفی و نه منطق تجاری کنونی، هیچکدام ضمان قانون مدنی را نمی‌پذیرند و معتقدند که قانون مدنی مشکل را حل نکرده است؛ بنابراین اگرچه این اصل قانونی است (نقل ذمه در قانون مدنی) و مبنای قانونی بر انتقال ذمه است، اما از لحاظ عرفی و عملی کسی زیر بار چنین ضمانی نمی‌رود. به همین خاطر است که در فاصله کوتاهی پس از تصویب قانون مدنی در سال ۱۳۰۷، قانون تجارت در سال ۱۳۱۱ به تصویب رسید. گرچه اصل را بر هم نزد اما مسیر را عوض کرد؛ لذا در ماده ۴۰۳ قانون تجارت آورده شده که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت می‌تواند تضامنی باشد؛ بنابراین مضمون له می‌تواند به هریک از ضامن و مضمون عنه یا به هردوی آنها رجوع نماید. اثر اصلی عقد ضمان را در حقوق تجارت باید در دو ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ جست. به موجب ماده ۴۰۲ قانون تجارت: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع کند که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص، خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد». همچنین به موجب ماده ۴۰۳ قانون تجارت: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد؛ طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید»؛ لذا قانون تجارت، آزادی قراردادهای را در چگونگی آثار عقد ضمان می‌پذیرد. طرفین می‌توانند ضمان را بر مبنای انتقال دین یا تضامن یا

وثیقه دین منعقد سازند. در هر حال آثار عقد تابع اراده آن‌ها است. طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت اصل، تضامن میان مدیون و ضامن است؛ مگر آنکه ثابت شود مانع قانونی یا عقلی برای مسئولیت مشترک ضامن و مدیون وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۳۲). نظیر ماده ۶۸۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است». اگر فرض شود که میت هیچ ماترکی ندارد، در این جا ضمانت از دین او را نمی‌توان به صورت تضامنی فرض کرد. (مانع عقلی).

۲.۲.۱. آثار ضمان بر اطراف عقد ضمان

اطراف عقد ضمان از ضامن، مضمون‌له و مضمون‌عنه تشکیل شده است. عقد ضمان دارای آثاری است که بمحض انعقاد آن میان اطراف عقد ضمان، تأثیر خود را بر هر یک از آن‌ها خواهد گذاشت. در ذیل بطور مفصل به بررسی آثار ضمان بر هریک از اطراف عقد ضمان پرداخته می‌شود:

الف. اثر ضمان میان ضامن و مضمون‌له: ضمان در حقوق ما مفید نقل ذمه است؛ مضمون‌عنه را از دین بری می‌کند و ضامن را مدیون می‌سازد. ولی این انتقال مقتضای ذات ضمان نیست و قرارداد خصوصی می‌تواند التزام ضامن به تأدیه دین را منوط به عدم پرداخت آن از سوی مدیون اصلی کند یا ضامن و مدیون را در برابر طلبکار به طور تضامنی مسئول سازد؛ به‌گونه‌ای که بتواند برای تمام یا بخشی از طلب به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند. در ذیل به تفصیل اثر ضمان میان ضامن و مضمون‌له مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. طبق ماده ۶۹۸ قانون مدنی: «بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود»، برائت ذمه مضمون‌عنه اثر مستقیم انتقال دین است که مبنای ضمان به معنی مطلق می‌باشد.

۲. ضامن باید دین خود را در موعدی که در عقد ضمان است به مضمون‌له تأدیه نماید و مضمون‌له نمی‌تواند قبل از سررسید آن، طلب خود را از ضامن بخواهد اگرچه زمان تأدیه دین اصلی گذشته باشد؛ زیرا ضامن به وسیله عقد ضمان، تعهد پرداخت دین را در موعد مقرر به مضمون‌له

نموده و در تعهدی که سبب پیدایش دین اصلی بوده مداخله نداشته است تا نسبت به او لازم‌الاتباع باشد. همان‌گونه که در ضمان حال، مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد اگرچه دین، مؤجل باشد.

۳. ضمان مطلق که طبق ماده ۷۰۴ قانون مدنی: «ضمان مطلق، محمول به حال است مگر آنکه به قرائن معلوم شود که مؤجل بوده است».

۴. طبق ماده ۷۰۵ قانون مدنی: «ضمان مؤجل به فوت ضامن، حال می‌شود». حال شدن دیون مؤجل در اثر فوت مدیون از مسلمات حقوق امامیه است؛ زیرا در اثر فوت، ذمه میت که قائم به شخصیت حقوقی او است زائل می‌شود و دین او به ترکه تعلق می‌گیرد. لذا برای جلوگیری از ضرر ورثه، دیون مؤجل متوفی حال می‌شود. قانون امور حسبی مصوب ۲ تیرماه ۱۳۱۹ در ماده ۲۳۱ بر حال شدن کلیه دیون متوفی تصریح می‌نماید.^۱

۵. طبق ماده ۷۰۷ قانون مدنی: «اگر مضمون له ذمه مضمون‌عنه را بریء کند ضامن بریء نمی‌شود مگر اینکه مقصود، ابراء از اصل دین باشد»، زیرا چنانکه گذشت در اثر ضمان، دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن منتقل می‌شود و به خودی خود ذمه مدیون اصلی بریء می‌گردد؛ بنابراین بریء کردن ذمه مضمون‌عنه (مدیون اصلی) جز تأکید، اثری ندارد مگر اینکه مقصود مضمون‌له از ابراء، ابراء از اصل دین باشد و اگر چنانچه طلبکار قصد ابراء ذمه ضامن را داشته است، در این صورت باید مقصود خود را اعلام دارد.

ب. اثر ضمان میان ضامن و مضمون‌عنه: تعهد ضامن در برابر مضمون‌له به خاطر تأدیه دین مضمون‌عنه و به سود اوست. با اینکه عقد ضمان میان ضامن و مضمون‌له منعقد می‌گردد و مدیون نقشی در این رابطه حقوقی ندارد، ولی نمی‌توان انکار کرد که تمام این گفتگوها برای پرداخت دین اوست. مدیون از مال ضامن استیفا می‌کند و عدالت اقتضا دارد که از او رفع ضرر کند و غرامتی را که کشیده جبران سازد. ولی گاه ضامن به قصد تبرع

۱. ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی: «دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می‌شود».

و احسان به مدیون ضمانت می‌کند و از او اذن نمی‌گیرد. در چنین حالتی نمی‌توان به طور مطلق به او اجازه داد که مدیر دارایی بدهکار شود و هرچه را که به حساب او پرداخت کرده است، از او باز پس بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۷). نیز طبق ماده ۲۶۷ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «ایفای دین از جانب غیرمدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد، ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند. اگر با اذن باشد حق مراجعه به مضمون‌عنه دارد والا حق رجوع ندارد» می‌توان گفت مدیونیت مضمون‌عنه به ضامن، فرع بر اذن در ضمان است.

پ. آثار ضمان میان مضمون‌عنه و مضمون‌له: اثر مهم نقل ذمه این است که پس از تحقق عقد ضمان، مدیون بری می‌شود و دیگر التزامی در برابر طلبکار ندارد. ابراء مدیون در عقد ضمان از سوی مضمون‌له موجب بری شدن ضامن نمی‌گردد، مگر اینکه به موجب ماده ۷۰۷ قانون مدنی مقصود، ابراء از اصل دین باشد. این در حالی است که فقهای عامه (ابن قدامه، ۱۹۸۵: ۴۰۹) ابراء مضمون‌عنه را از سوی طلبکار، موجب براءة ذمه ضامن می‌دانند و فقهای امامیه (نجفی، ۱۳۸۱: ۱۲۷) بر مبنای نقل ذمه، این عمل را بی‌اثر می‌دانند؛ لذا پس از تحقق عقد ضمان، مضمون‌عنه هیچ دینی نسبت به مضمون‌له ندارد. ولی مطابق ماده ۲۶۷ قانون مدنی، مضمون‌عنه می‌تواند با پرداخت دین، وسیله سقوط طلب مضمون‌له را فراهم سازد.

۲. زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه

۲.۱. زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه پس از ادای دین

در خصوص رجوع ضامن به مضمون‌عنه، نویسندگان قانون مدنی، در بخش نخست ماده ۷۰۹ قانون مدنی، با اتکای به فقه امامیه، این حق را پس از پرداخت دین، محقق دانسته‌اند که این برخلاف قاعده انتقال دین است که ضمان بر آن مبتنی شده است؛ چراکه اگر دین به ضامن منتقل شده، دیگر نباید ارتباطی با رابطه بین مضمون‌له و ضامن داشته باشد؛ اعم از اینکه ضامن به مضمون‌له پرداخته

یا نپرداخته، باید بتواند از مضمون‌عنه دریافت دارد. ولو اینکه مضمون‌له ذمه ضامن را بریء کرده باشد، مضمون‌عنه تعهدی جداگانه در قبال ضامن دارد که تا تاریخ معینی باید به او بپردازد (مدنی، ۱۳۹۲: ۱۲۲). حال مبنای حکم اخیر را با وجود بنیان فقهی سایر احکام ضمان عقدی، در فقه، حقوق مدنی و رویه قضایی مورد بررسی قرار داده و به تفصیل به شرح آن پرداخته می‌شود:

۱.۱.۲. از دیدگاه فقه؛ در منابع فقه امامیه، قول مشهور آن است که ضامن، پس از ادای دین ضمانت شده به مضمون‌له، حق دارد به مضمون‌عنه رجوع کرده و معادل آنچه را که پرداخته و غرامت کشیده است از او دریافت کند. البته این حق، در صورتی برای ضامن تحقق یافته و قابل اعمال است که وی با اذن مدیون، از او در قبال طلبکار ضمانت کرده و دین را بر ذمه گرفته باشد، هرچندکه در زمان تأدیه، مأذون از مضمون‌عنه نباشد (خویی، ۱۴۰۵: ۳۸۲).

۲.۱.۲. از دیدگاه قانون مدنی؛ به موجب ماده ۷۰۹ قانون مدنی: «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر پس از ادای دین ...». پس با اتکای به فقه امامیه در قانون مدنی نیز قاعده آن است که قبل از پرداخت دین ضمانت‌شده به مضمون‌له، ضامن از حق رجوع به مضمون‌عنه محروم است. اما در خصوص اثر اذن مدیون اصلی به وقوع ضمان در امکان رجوع ضامن به او پس از تأدیه دین به طلبکار، قانون مدنی حاوی حکم صریحی نیست. ممکن است از ماده ۷۰۲ قانون مدنی که اشعار می‌دارد: «ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده است، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد»، مفهوم مخالف گرفت و با جمع آن با ماده ۷۰۹ قانون مدنی چنین گفت که امکان مراجعه ضامن به مضمون‌عنه، صرفاً منوط به تأدیه دین به مضمون‌له و عدم قصد تبرع ضامن در مقام وقوع عقد ضمان است. اما اذن مضمون‌عنه، نقشی در حق رجوع بعدی ضامن به او ندارد. با وقوع ضمان، ضامن دین دیگری را تقبل کرده و می‌پردازد. پس رابطه حقوقی او با مدیون، یکی از مصادیق برجسته پرداخت دین دیگری از جانب غیرمدیون است. به موجب قاعده مذکور در ماده ۲۶۷ قانون مدنی: «یفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است، اگرچه از طرف مدیون، اجازه نداشته باشد اما کسی که دین دیگری را اداء می‌کند اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او را دارد و الا حق رجوع ندارد».

۳.۱.۲. رویه قضایی

در حقوق مدنی ایران به تبع از قول مشهور فقهای امامیه، برخی حقوق دانان معتقدند که قانون مدنی اثر عقد ضمان را نقل ذمه را اعلام داشته است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۴۳). اینان در تأیید نظر خود به مفاد مواد ۶۹۸ و ۷۰۷ قانون مدنی و البته بعضاً به ماده ۶۹۹ قانون مدنی استناد می‌کنند. هرچند که در حقوق تجارت اصل بر ضم ذمه به ذمه یا تضامنی بودن مسئولیت به استناد مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت و تسری آن به سایر مواد از جمله ۲۳، ۱۴۲ و ۱۴۳ قانون تجارت می‌باشد. یعنی مسئولیت ضامن همواره باید در طول مسئولیت مدیون اصلی قرار گیرد نه در عرض آن، که ماهیتی کاملاً وثیقه‌ای خواهد داشت (تضامن طولی). نکته جالب این‌جاست که تکیه طرفداران دو نظریه مختلف در مورد اصل بودن نقل ذمه یا ضم ذمه در حقوق تجارت بر ماده ۴۰۳ قانون تجارت است؛ به عبارتی دیگر از مفاد ماده ۴۰۳ قانون تجارت دو برداشت متفاوت می‌شود: نتیجه یک تفسیر اصل بودن تضامن و نتیجه تفسیر دیگر استثنا بودن آن بر قاعده نقل ذمه است و هرگاه در قوانین تصریح به مسئولیت تضامنی شود یا طبق قرارداد ضمان تضامنی باشد، ذمه مدیون به ذمه ضامن ضمیمه می‌گردد و در غیر این صورت حتی در امور تجاری نیز همواره رویه قضایی، نقل ذمه را مورد پذیرش قرار داده و هیچ‌گونه استدلالی را در مورد اصل تضامن یا تضامن طولی مورد پذیرش قرار نمی‌دهند.

الف. رأی دادگاه به خواسته مطالبه طلب (ضمانت)

در این پرونده آقایان غ.ا و م.پ با طرح دعوی به طرفیت آقای ق.ع.م مطالبه مبلغ ۵۷۳۸۰۰۰ ریال بابت پرداختی به بانک در مورد وام مضاربه خوانده را نمودند و ضمن دادخواست توضیح دادند که خواننده از بانک ملی شعبه خیابان طالب آملی آمل وام مضاربه‌ای دریافت نموده و خواهان‌ها ضامن او شدند و چون نسبت به پرداخت وام خود اقدامی ننموده، بانک بابت بدهی او به میزان خواسته از حساب آن‌ها (مبلغ ۳۶۲۵۰۰۰ ریال از حساب خواهان ردیف اول و مبلغ ۲۱۱۳۰۰۰ ریال از حساب خواهان ردیف دوم) برداشت و وام را تسویه نموده است. دادگاه با عنایت به مراتب فوق و نظر به اینکه حسب اعلام بانک ملی در گواهی شماره ۷۷/۱۲/۵-۲۸۴۰ مبالغ مذکور از حساب خواهان‌ها برای بازپرداخت وام خوانده برداشت و وام تسویه گردیده و خواهان‌ها ظهر سفته‌های مورد تعهد خوانده را نیز به‌عنوان ضامنین او امضاء نمودند و خواننده با وصف ابلاغ اخطاریه و اطلاع از وقت دادرسی در جلسه دادگاه حاضر نشده و ایراد و دفاعی در قبال دعوی خواهان‌ها

به عمل نیاورده، لذا با توجه به مراتب اشتغال ذمه خواننده در قبال خواهان‌ها به میزان پرداختی آن‌ها به بانک محرز بوده؛ دعوی مطروحه ثابت تشخیص داده شده و مستنداً به مواد ۷۰۹ قانون مدنی و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ ۳۶۲۵۰۰۰ ریال در حق خواهان ردیف اول و مبلغ ۲۱۱۳۰۰۰ ریال در حق خواهان ردیف دوم بابت اصل خواسته و مبلغ ۸۷۵۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی از باب تسبیب در حق خواهان‌ها صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره غیابی بوده و ظرف بیست روز قابل واخواهی در این دادگاه و سپس ظرف بیست روز قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان است.

(رئیس شعبه هفتم دادگاه عمومی امل - نجفی)

ب. رأی دادگاه به خواسته مطالبه طلب (وجه چک و ضمانت از آن)

وجه در این پرونده آقای ع.ا. با طرح دعوی به طرفیت آقایان ح.و. ح.ت پانصد هزار ریال وجه یک فقره چک شماره ۵۶۱۲۳۲-۷۷/۰۸/۳۰-۷۷ صندوق قرض‌الحسنه را مطالبه نمود و ضمن دادخواست توضیح داده که خواننده ردیف دوم، ظهر چک را امضا نموده و ضامن می‌باشد. دادگاه اولاً نظر به اینکه چک موضوع دعوی از جمله چک‌های دولتی مشمول قانون تجارت یا قانون صدور چک بلامحل نیست تا مقررات مسئولیت تضامنی در مورد آن قابل اجرا باشد و با ضمانت خواننده دوم برابر ماده ۶۹۸ قانون مدنی (و نقل ذمه به ذمه) ذمه مدیون اصلی (مضمون‌عنه) بریء شده و ضامن (خواننده دوم) نسبت به خواهان اشتغال ذمه پیدا نموده، لذا با توجه به مراتب فوق دعوی خواهان نسبت به خواننده اول غیرمسموع بوده و مردود اعلام می‌گردد. ثانیاً در خصوص دعوی خواهان به طرفیت خواننده دوم، نظر به اینکه وجود چک نزد خواهان حکایت از اشتغال ذمه خواننده داشته و خواننده با امضا ظهر چک از جهت پرداخت وجه آن، ضامن شده و ذمه صاحب حساب و صادر کننده چک به او منتقل گردیده و با وصف ابلاغ اخطاریه در جلسه دادگاه حاضر نشده و ایراد و دفاعی در قبال دعوی خواهان به عمل نیاورده، لذا دادگاه با توجه به مراتب و اصل بقاء دین و مقررات ضمانت در قانون مدنی و با احراز اشتغال ذمه خواننده دوم دعوی خواهان را وارد تشخیص داده و مستنداً به مواد ۶۹۸ قانون مدنی و ۳۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی محکومیت خواننده دوم به پرداخت مبلغ ۵۰۰.۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته و مبلغ ۶۲۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی در حق خواهان اعلام رأی می‌گردد. این رأی غیابی بوده و ظرف ۱۰ روز قابل واخواهی در این دادگاه است.

(رئیس شعبه هفتم دادگاه عمومی امل - نجفی)

پ. رأی دادگاه به خواسته مطالبه وجه (وجه سفته از باب ضمانت)

در این پرونده آقای ن.ک با طرح دعوی به طرفیت آقای ع.ا. مطالبه مبلغ ۱۷۰.۳۵.۵۰۰ ریال وجه نموده و با استناد به فتوکی مصدق سفته‌های مورد تعهد خواننده و واخواست

نامه‌های آن و به‌ویژه اسناد صادره از بانک ملت توضیح داده که ضمانت خواننده را در اخذ وام مضاربه‌ای از بانک نموده و چون خواننده نسبت به پرداخت اقساط وام خود اقدامی نکرده، لذا بانک وام‌دهنده طلب خود را به میزان مندرج در دادخواست از خواهان دریافت نموده است. لذا تقاضای رسیدگی و صدور حکم دارد. دادگاه نظر به اظهارات خواهان و مستندات دادخواست وی که حاکی است بابت بدهی وام مضاربه‌ای خواننده از حساب خواهان برداشت شده و مبلغ ۱۸۰.۰۰۰ ریال هزینه و اخواست از وی (خواهان) وصول نمودند و نظر به اینکه خواننده علی‌رغم ابلاغ اخطاریه و اطلاع از وقت رسیدگی در جلسه دادگاه حاضر نشده و ایراد و دفاعی نیز در قبال دعوی مطروحه ننمودند، لذا با توجه به مراتب فوق واصل بقاء دین اشتغال ذمه خواننده محرز بوده، دعوی مطروحه را ثابت تشخیص داده و مستنداً به ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ ۱۷۰.۳۵.۵۰۰ ریال بابت وام مضاربه‌ای خواننده و ۱۸۰.۰۰۰ ریال بابت اخواست و همچنین مبلغ ۲۹۵.۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی از باب قاعده تسبیب در حق خواهان اعلام رأی می‌گردد. رأی صادره غیابی بوده و ظرف بیست‌روز قابل واخواهی و سپس ظرف بیست روز قابل اعتراض است.

(رئیس شعبه هفتم دادگاه عمومی آمل - نجفی)

۲.۲. زمان رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از ادای دین

از منظر فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی ایران، ضامن قبل از ادای دین به مضمون‌له، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد. اما مطابق قسمت دوم ماده ۷۰۹ قانون مدنی و به‌عنوان استثنا بر قاعده کلی، ضامن تحت شرایطی خاص می‌تواند حتی قبل از اداء دین به مضمون‌له نیز به مضمون‌عنه رجوع کند. یعنی حتی بی‌آنکه هنوز مبلغی از بابت وفای به مفاد عقد و خسارتی از جهت تأدیه دین دیگری متحمل شده باشد، به مضمون‌عنه رجوع و معادل دین ضمانت‌شده را از او وصول و نسبت تسویه و پرداخت دین تعهد شده در حق مضمون‌له و بریء نمودن خود اقدام نماید. حکمی قانونی که در منابع فقه امامیه، فاقد هرگونه سابقه روشن و قاطع است. اما از دیدگاه برخی حقوق‌دانان، این التزام مضمون‌عنه ارتباطی به اثر متعارف ضمان ندارد و به همین جهت نیز نباید آن را استثنایی بر قاعده رجوع ضامن پس از تأدیه به حساب آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۱).

۱.۲.۲. از دیدگاه فقه

گفته شد که طبق قول مشهور فقهای امامیه، ضامن پس از ادای دین به مضمون‌له

و البته مشروط بر اینکه عقد با اذن مضمون‌عنه واقع شده باشد، دارای حق مراجعه به مضمون‌عنه است. اما در خصوص امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از اداء دین، در منابع فقهی فتوایی که این امر را صریحاً مجاز و مشروع بدانند ملاحظه نشد. تنها یکی از متأخرین، این رجوع را از باب قول اظهر، مورد اشاره قرار داده است (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶: ۳۱۲). از دیدگاه فقه امامیه، ضامن در هر حال، قبل از ادای دین ضمانت شده به مضمون‌له، از حق رجوع به مضمون‌عنه محروم است.

۲.۲.۲. از دیدگاه قانون مدنی؛ به موجب ماده ۷۰۹ قانون مدنی: «ضامن، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از ادای دین، ولی می‌تواند در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند». در تحلیل و توجیه حقوقی حکم بند دوم ماده فوق گفته‌اند، «مبنای آن، التزام اضافی مضمون‌عنه در برابر ضامن بوده و اثر عقد ضمان نیست» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۵۴). در جایی دیگر نیز چنین اظهار نظر شده که «این التزام مضمون‌عنه، ارتباطی به اثر متعارف ضمان ندارد و به همین جهت نباید آن را استثنایی بر قاعده رجوع ضامن پس از تأدیه به حساب آورد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۵۴). بر همین اساس، مستنبط از ماده مرقوم این است که التزام و تعهد شخصی مضمون‌عنه در قبال ضامن، منافاتی با اعمال قاعده کلی رجوع ضامن به مدیون اصلی ندارد و در صورت توافق خصوصی ضامن و مدیون اصلی به شرح ماده فوق، ضامن در برابر او دارای دو اختیار است. می‌تواند حسب قاعده، بعد از ادای دین به مضمون‌له معادل مبلغ پرداختی را از مدیون دریافت کند یا اینکه بر مبنای التزام شخصی مضمون‌عنه در قبال او، قبل از پرداخت دین به طلبکار، به مضمون‌عنه رجوع کرده و طبعاً معادل دین ضمانت شده را از او وصول کند. در فرض اخیر، از ظاهر قانون و استعمال تعبیر «تحصیل برائت مدیون در مدت معین» چنین برداشت می‌شود که رجوع ضامن به مدیون اصلی، از باب امانت گرفتن معادل دین و احتساب آن به عنوان معادل غرامت خود بعد از ادای دین به مضمون‌له نیست بلکه بر اساس توافق خصوصی آن‌ها، ضامن در مقام وصول طلب خود و متقابلاً مضمون‌عنه نیز در مقام وفای به عهد و التزام خویش در برابر ضامن

است. منتها باید توجه داشت که حسب ماده ۶۹۸ قانون، بعد از وقوع ضمان، ذمه ضامن، تنها در برابر مضمون له مشغول بوده و برائت ضامن در این رابطه حقوقی، مشخصاً با پرداخت دین به مضمون له و سقوط طلب او محقق می‌شود، خواه تأدیه از سوی ضامن (بند یک ماده ۷۰۹ قانون مدنی) یا از سوی مضمون‌عنه (ماده ۷۱۷ قانون مدنی) و یا هر شخص ثالث (ماده ۲۶۷ قانون مدنی) انجام شده باشد؛ بنابراین، رجوع ضامن به مضمون‌عنه بر اساس حکم بند ۲ ماده ۷۰۹ قانون مدنی و دریافت معادل دین ضمانت‌شده از او، مبتنی بر مسئولیت قراردادی و التزام شخصی و اضافی مدیون اصلی در برابر ضامن است. اما این امر، تا زمان اداء دین به مضمون له، سبب برائت ضامن از دینی که در قبال مضمون له داشته است نمی‌شود.

۲.۲.۲. رویه قضایی

در حقوق مدنی ایران اصل نقل ذمه به ذمه می‌باشد که مستند آن نیز مواد ۶۹۸، ۷۰۷ و ۶۹۹ قانون مدنی است که این اصل برگرفته از فقه امامیه بوده که مطابق ماده ۷۰۹ قانون مدنی، ضامن قبل از اداء دین به مضمون له، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد؛ چراکه اولاً پیش از پرداخت دین از سوی ضامن، مضمون‌عنه هیچ دینی به او ندارد. آنچه باعث ایجاد تعهد مضمون‌عنه می‌شود، استیفا از مال ضامن و غرامتی است که او در آن راه متحمل می‌شود. پیش از پرداخت هیچ رابطه حقوقی میان ضامن و مضمون‌عنه وجود ندارد و ضامن تا غرامتی نکشد طلبی پیدا نمی‌کند. بنابراین اگر مضمون‌عنه به عنوان وفای به عهد، مالی به ضامن بدهد مالک آن نمی‌شود؛ ثانیاً دین مضمون‌عنه به مجرد ضمان به وجود می‌آید، ولی مطالبه آن منوط به اداء دین از سوی ضامن است. با وجود این نباید چنین پنداشت که پیش از تأدیه طلب مضمون له، هیچ رابطه حقوقی میان ضامن و مضمون‌عنه وجود ندارد. حق این است که میان تعهد به پرداخت دین و جبران غرامت ضامن (به عنوان سبب دین) و خود دین باید قائل به تفاوت شد. سبب دین، اذن مضمون‌عنه یا تعهد و توافق ضمنی او با ضامن است. ولی از این سبب، دین معلقی به وجود می‌آید که تحقق آن منوط به تأدیه طلب مضمون له از سوی ضامن است. همین که شرط تحقق یافت، دین نیز بر ذمه مضمون‌عنه ثابت می‌شود و ضامن می‌تواند آن را

مطالبه کند. بر خلاف آن چه ادعا شده است، هیچ دلیلی وجود ندارد که اثر این شرط را به گذشته سرایت دهد و کاشف از اشتغال ذمه مضمون‌عنه از تاریخ ضمان باشد. بر عکس، بر مبنای اثر طبیعی همه پدیده‌ها که ناظر به آینده است، تأدیه ضامن نیز از زمان وقوع باعث تحقق دین مضمون‌عنه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۳ و ۱۶۴). از طرفی دیگر در حقوق تجارت ایران، اصل بر تضامنی بودن مسئولیت است که مستند این قسم از ضمان وثیقه، مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت است. در این نوع از ضمان وثیقه، ضمان بر میزان اعتبار طلب می‌افزاید و همه از مدیون و برای او ضمانت کرده‌اند. یعنی ضامن همواره باید در طول مدیون اصلی (مضمون‌عنه) قرار داشته باشد نه در عرض آن (همان، ۱۵۵ و ۱۵۶). اما رویه قضایی از یک‌سو بدون در نظر گرفتن این اصول مسلم و مقبول قانون تجارت همواره نقل ذمه به ذمه را مدنظر قرار داده و هیچگاه مسئولیت تضامنی ضامن را از منظر ضمان وثیقه‌ای طولی قانون تجارت مورد توجه قرار نداده است. در صورتی که مقصود مقنن از ضمیمه کردن قسمت اخیر ماده ۷۰۹ قانون مدنی واضح و مبرهن است که در جهت حمایت از این حسن نیت ضامن در نظر گرفته شده است. در غیر این صورت چه دلیلی بر افزودن آن به صدر ماده وجود داشت؟ مع‌الوصف، رویه قضایی همواره و در تمامی رسیدگی‌ها و آراء قضایی خود، همواره نقل ذمه به ذمه را مورد پذیرش قرار داده و در هیچ موردی رأیی صادر نشده است که در آن ضامن پس از منقضی شدن مدت ضمانت خود از مضمون‌عنه، توانسته باشد قبل از پرداخت دین ضمانت‌شده به مضمون‌له، برای الزام مضمون‌عنه به پرداخت دین خود یا اتخاذ تدابیر تأمینی مانند اخذ ضامن یا وثیقه و یا تأمین خواسته از اموال او و یا اخذ مبلغ ضمانت شده با خسارات وارد شده جهت تسویه دین ضمانت‌شده یا قرار گرفتن در طول مدیون اصلی (مضمون‌عنه) اقدامی کرده باشد و این اقدام مورد پذیرش قضاوت قرار گرفته باشد که این امر همواره مغفول واقع شده است.

نتیجه

قانون مدنی ما اثر ضمان عقدی را صراحتاً نقل ذمه و قانون تجارت ما نیز اثر ضمان عقدی را تضامن معرفی می‌کند که برخی اقتضای اطلاق عقد ضمان را در

حقوق تجارت نقل و برخی ضم می‌دانند. نویسندگان قانون مدنی، در بخش نخست ماده ۷۰۹ قانون، با اتکای به فقه امامیه، این حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه را پس از پرداخت دین، محقق دانسته‌اند. اما در عین حال، در بخش دوم ماده مرقوم، فرض خاصی پیش بینی شده که حسب آن، ضامن می‌تواند قبل از ادای دین و بی‌آنکه هنوز مبلغی از بابت وفای به مفاد عقد و خسارتی از جهت تأدیه دین دیگری متحمل شده باشد، به مضمون‌عنه رجوع کند. به عقیده گروهی از حقوق دانان، این التزام مضمون‌عنه، ارتباطی به اثر متعارف ضمان ندارد و به همین جهت نباید آن را استثنایی بر قاعده رجوع ضامن پس از تأدیه به حساب آورد. در صورتی که مقصود مقنن از ضمیمه کردن قسمت اخیر ماده ۷۰۹ قانون مدنی، در جهت حمایت از این حسن‌نیت ضامن در نظر گرفته شده است. در غیر این صورت چه دلیلی بر افزودن آن به صراحت صدر ماده وجود داشت؟ حکمی قانونی که در منابع فقه امامیه، فاقد هرگونه سابقه روشن و قاطع است. لذا قانون‌گذار با تصویب مواد ۴۰۱ تا ۴۱۱ قانون تجارت، که این مواد مذکور ناظر به مقررات ضمان عقدی یا ضمان تضامنی است و این مقررات باب دهم قانون تجارت (تحت عنوان ضمانت) که در مجموعه قانون تجارت گنجانده و تصویب شده است، تنها اختصاص به روابط بازرگانی نداشته و هیچ‌گونه توجه و تأکیدی به جنبه تجاری بودن موضوع و روابط تجاری به نوع ضمان ندارد. بلکه این مواد قانون تجارت فقط به طرفین این اختیار را داده است که نوع ضمانت را تعیین کنند. زیرا این مواد قانونی، روش ضمان به معنی ضم ذمه و ضمان تضامنی را که هم رایج بوده و هم جامعه تجاری و غیرتجاری سخت بدان نیاز داشته است را تدوین و اعلام کرده است و بدین گونه به طور صریح راه‌گشای رفع مشکلات مردم بوده و ضمان تضامنی را در حقوق ایران اعلام داشته است. با توجه به مواد ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت و نیز با استفاده از روح مواد ۶۹۹، ۷۲۳ و ماده ۱۰ قانون مدنی باید گفت ضمان تضامنی و همچنین تعهد تضامنی در روابط مدنی و عادی افراد صحیح و معتبر بوده و پذیرفته شده است؛ زیرا قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ مواد صریحی درباره ضمان به نحو ضم ذمه ندارد و موادی نظیر ۷۲۳ قانون مدنی نیز نتوانسته است نیازهای حقوقی را برطرف سازد. قاعدتاً اگر کسی نوعی از ضمان را در حقوق تجارت اصل

بداند، مقتضای اطلاق عقد را مطابق با اصلی می‌داند که به وجود آن نظر داده است و در موارد سکوت و نبودن دلیل بر نوعی خاص، نوعی که با اصل مطابق باشد منظور طرفین قرارداد فرض می‌شود (ضمان تضامنی) و اینگونه خود را بی‌نیاز از ذکر آن دانسته‌اند.

منابع

- ابن قدامه، عبدالله (۱۹۸۵)، **المغنی فی فقه الامام احمد ابن حنبل الشیبانی**، بیروت: انتشارات دارالفکر.
- ابو عطاء، محمد (۱۳۹۳)، «مقاله زمان رجوع ضامن به مضمون عنه در حقوق مدنی ایران و فرانسه»، **نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی**، دوره پنجم، شماره هشتم.
- _____ (۱۳۹۱)؛ مهریز ثانی، محمد، «مقاله بررسی اثر عقد ضمان بر روابط طرفین با رویکردی نوین»، **فصلنامه پژوهش‌های فقه حقوق اسلامی**، سال نهم، شماره سی.
- زیری، عبدالرحمن (۱۹۸۶)، **الفقه المذاهب الاربعه**، بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین (۱۴۰۹)، **شرایع الاسلام**، بیروت: نشر دارالزهرا.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۶)، **منهاج الصالحین**، قم: چاپ ستاره.
- خوانساری، احمد (۱۴۰۵)، **جامع المدارک**، تهران: انتشارات مکتبه الصدوق.
- خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰)، **نهاج الصالحین**، قم: نشر مدینه العلم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **حقوق مدنی (عقود معین)**، تهران: نشر میزان.
- _____ (۱۳۷۶)، **قانون مدنی در نظم کنونی حقوقی**، تهران: شرکت انتشار.
- _____ (۱۳۸۹)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، تهران: گنج دانش.
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۹۲)، **حقوق مدنی (عقود معین)**، تهران: انتشارات پایدار.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۸۱)، **جواهر الکلام**، بیروت: انتشارات دار الاحیاء التراث العربی.
- نجفی نوری، حسام الدین (۱۳۹۴)، **نمونه‌هایی از آراء قضایی در مسائل حقوقی**، آمل: انتشارات ورسه.