

واکاوی انواع و ویژگی‌های ضمان در حقوق ایران (با تاکید بر حقوق مدنی و تجارت)

مجید فتحی شهنانی

استاد دانشگاه آزاد اسلامی واحد داراب، داراب، ایران.

چکیده

این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای به بررسی انواع و ویژگی‌های ضمان در حقوق ایران (با تاکید بر حقوق مدنی و تجارت) با استفاده از کتب، مقالات و منابع حقوقی معتبر می‌پردازد. موضوع ضمان عقدی است که به موجب آن ضامن آنچه را که در برابر مضمون‌له بر ذمه مضمون‌عنه قرار داشته بر عهده می‌گیرد؛ ضامن به قصد احسان از مضمون‌عنه، ضمانت می‌کند. در قانون مدنی ایران عقد ضمان آن‌طور که هم‌اکنون در بین عموم رایج است، نمی‌باشد. زیرا معمولاً ضامن به عنوان پشتوانه و تضمینی برای مضمون‌له می‌باشد، به این صورت که مضمون‌له علاوه بر مدیونیت مضمون‌عنه در جهت اطمینان از وصول طلب خویش، ذمه شخص دیگری را ضمیمه ذمه مضمون‌عنه می‌نماید که بعد از مراجعه به مضمون‌عنه در صورت عدم پرداخت بتواند از ضامن دریافت کند. با تصویب ماده ۴۰۲ ق.ت و استقبال اشخاص از این نظریه، نقل ذمه به فراموشی سپرده شد به گونه‌ای که در حال حاضر با عنایت به رویه عملی اشخاص و پیروی از مقررات قانون تجارت، مقررات قانون مدنی مبتنی بر نقل ذمه به ذمه، نسخ ضمنی و عملی گردیده است. به‌طوری که در بیشتر موارد مردم عادی هم در مسائل تجاری خود حتی در دریافت چک در صورت نیاز از فردی ظهرنویسی می‌گیرند؛ در واقع با ظهرنویسی، ضامن به مسئول پرداخت چک ضمیمه می‌گردد و دارنده چک می‌تواند به هر کدام از آن‌ها به صورت منفرد یا مجتمعه رجوع نماید. بانک‌ها هم از این قاعده مستثنی نبوده و با عمل به این ماده قانونی و قرارداد خصوصی در ماده ۱۰ ق.م، مابین مشتریان تنظیم و به موجب آن نظریه ضم ذمه را اعمال می‌کنند.

کلیدواژه: ضمان، حقوق، حقوق تجارت، حقوق مدنی، ضمانتنامه بانکی

مقدمه

در قوانین ایران انواع مختلفی از عقد پیش بینی شده است که شناخت انواع عقد به ما کمک می کند که در انتخاب و عقد قراردادهای مختلف، به صورت دقیق تری عمل کنیم. از جمله این عقد که کاربرد بسیاری در روابط افراد دارد عقد ضمان است. عقد ضمان به عنوان یکی از قراردادهای کاربردی در روابط معاملی، نقش بسیار مهمی دارد. عقد ضمان نوعی از قرارداد است که در آن یک نفر پرداخت هزینه های فرد بدهکار را بر عهده می گیرد.

در واقع ضمان عقدی است که به موجب آن شخصی در برابر طلبکار و با موافقت او دین دیگری را بر عهده میگیرد. همچنین دو طرف عقد ضمان، ضامن و مضمون له هستند. مورد ضمانت باید چیزی باشد که به ذمه تعلق گیرد و مشروط به مباشرت مدیون یا متعهد نباشد. عقد ضمان بر اساس یک رابطه قبلی که بین دائن و مدیون بوده، بنا می شود. با عقد ضمان بر اساس نظریه فقهی شیعه، ذمه متعهد به ذمه ضامن منتقل می شود. یافته های مقاله بیانگر این است که رکن اصلی ضمان تعهدی است که ضامن برای پرداخت دین مضمون عنه قبول می کند.

بنابراین ضمان عقدی است عهده که بین ضامن و بستانکار منعقد می گردد. ضمان از عقود و معاملات وثیقه ای است که علاوه بر نقل ذمه مطابق قانون مدنی گاه سبب استیثاق دین نیز می شود. از سوی دیگر گسترش موضوعات قراردادهای تضمینی، عملاً دایره شمول این عقد را از انحصار به دین گسسته، به طوری که می توان گفت درصد بسیار کمی از این قراردادها بر دین ثابت و موجود منعقد می گردد و تعهد به معنای گسترده خود، موضوع این عقد گردیده است. اما آنچه مورد نظر و بررسی در تحقیق کنونی است بررسی این موضوع می باشد که عقد ضمان در حقوق مدنی، حقوق تجارت و نظام بانکی از چه ماهیتی برخوردار بوده و دارای چه تفاوت ها و شباهتهایی است.

۱- مفهوم ضمان

در ابتدا ضمان از نظر مفهومی و گونه شناسی مورد بررسی قرار می گیرد.

۱-۱- مفهوم لغوی ضمان

ضمان مصدر است و در لغت به معنی در برداشتن می باشد (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۶۹). همچنین معانی لغوی دیگری مانند پذیرفتن، التزام، اشتغال، زعامت، غرامت، طی و خلال و امثال آنها برای کلمه ضمان بیان شده است. در بحث اینکه کلمه «ضمان» مشتق از کلمه «ضمن» است و نون آن اصلی و جزوه کلمه می باشد یا اینکه از کلمه «ضم» مشتق گردیده و الف و نون آن زائد می باشد (معین، ۱۳۸۱: ۲۲۳)

۱-۲- مفهوم اصطلاحی ضمان

مفهوم حقوقی ضمان به شرح زیر می باشد:

۱-۲-۱- مفهوم ضمان از دیدگاه حقوق مدنی

قانون مدنی در ماده ۶۸۴ نظر فقهای شیعه را پذیرفته است. ماده ۱۸۶ ق.م.مقرر داشته است که «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند».

از ظاهر این ماده چنین بر می آید نویسندگان قانون مدنی به نظریه، نقل ذمه که در فقه امامیه پذیرفته شده است توجه داشته و از آن پیروی کرده اند. ماده ۶۹۸ ق.م.م نیز مقرر داشته است که «بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد مضمون عنه بری و ذمه ی ضامن به مضمون له مشغول می شود». به استناد مواد مذکور می توان گفت قانون مدنی نظریه نقل ذمه را پذیرفته و اصل کلی در عقد ضمان در قانون مدنی این است که با وقوع عقد ضمان دین از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می شود. «کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۸» هدف ضامن از ضمانت ارفاق به بدهکار و دستگیری از اوست و سود جویی مطرح نمی باشد این تعبیر از ضمان با حقوق مذهبی سازگار و فقه امامیه نیز این مفهوم را پذیرفته است و در این فقه اعتقاد بر این است که در اثر ضمان و به پیروی از قصد مشترک طرفین ذمه مدیون بری و ضامن به جای او متعهد گردد.

۱-۲-۲- مفهوم ضمان از دیدگاه حقوق تجارت

فقهای عامه و حقوق کشورهای اروپایی و فرانسه طرفدار ضمان به این مفهوم هستند که در آن هدف طلبکار از پذیرفتن ضمان این است که برای طلب خود وثیقه ای به دست آورد. اگر مدیون بری شود ممکن است که ضامن نیز دارائی خود را از دسترس دائن خارج سازد در این صورت دائن هیچ محلی برای وصول طلب خود ندارد. از طرفی دیگر ضامن نیز قصد ندارد با ضمان به طور مستقیم مدیون شده و مضمون عنه را رها سازد و عرف تمایل دارد بر این که رابطه اصلی از بین نرود در این بین گروهی مسئولیت ضامن را تضامنی دانسته و آنچه به دین ضمیمه می شود مسئولیت در پرداخت است و نتیجه آن امکان رجوع طلب کار به هریک از مدیون و ضامن است. گروه دیگر می گویند که دین ضامن جنبه فرعی و تبعی دارد و طلب کار در صورتی می تواند از آن استفاده کند که نتواند طلب را از مدیون اصلی بگیرد نتیجه طبیعی این تعبیر لزوم رجوع طلب کار به مدیون اصلی پیش از مطالبه از ضامن است عرف کنونی ضمان را وثیقه اعتباری می داند و تعهد ضامن تبعی و فرعی می بیند.

ضمان در مفهوم ضم ذمه به ذمه از دیدگاه علمای اهل تسنن نیز جهات افتراقی با تاسیس نوین مسئولیت تضامنی در حقوق تجارت دارد امروز به علت فشار نیازهای بازرگانی چه در قلمرو سیاسی کشور و چه در تجارت بین الملل، موجبات ثنویت حقوق مدنی و حقوق تجارت را فراهم ساخته و مالا" تاسیسات جدید حقوقی از قبیل شرکت های سهامی عام و خاص تضامنی و سایر شرکت های تجاری، اسناد تجاری بالاخص برات، سفته، و چک را برای رفع نیازهای تجارتی پذیرفته اند. (عرفانی، ۱۳۸۰: ۲۳۶-۲۳۵).

۱-۲-۳- تعریف ضمانت نامه بانکی

بانک بنا به درخواست اشخاص حقیقی و یا حقوقی پرداخت دیون و یا انجام تعهداتی که به نفع سازمانها و موسسات دولتی و دستگاههای اجرایی و بخش خصوصی به عهده متقاضیان است، با رعایت آئین نامه صدور ضمانت نامه و ظهر نویسی از طرف بانکها و نیز دستور العمل صدور ضمانت نامه ها، ضمانتی نماید که به آن ضمانت نامه بانکی می گویند. به موجب ضمانت نامه هایی که

توسط بانک صادر می شود، بانک متعهد می گردد در صورت درخواست ذینفع تا مبلغ مندرج در ضمانت نامه به وی پرداخت شود. (اداره آموزش و مدیریت بانک ملی ایران، ۱۳۸۵: ۲۸۶)

به نظر نگارنده ضمانت نامه یک نوع قرار داد عهده‌ی و به نوعی عقد ضمان است که به موجب آن بانک در قبال اخذ وثائق مقرر به در خواست ذی نفع (مضمون له) وجه مندرج در ضمانت نامه را بدون قید و شرط پرداخت می نماید. چون صدور ضمانت نامه یک نوع عملیات بانکی محسوب می شود لذا بانک ۱۰ درصد کارمزد خود را در هنگام تنظیم قرار داد (صدور ضمانت نامه) دریافت می نماید.

در ضمانت نامه های بانکی صدور ضمانت نامه ها باید با اذن قبلی و درخواست مدیون اصلی یا مشتری انجام شود و بانک صادر کننده ضمانت نامه (ضامن) می تواند انجام امر را موکول به دریافت وثائق مطمئن و مورد قبول و ارزنده و اخذ کارمزد کند، وثائق ممکن است به طور نقد یا غیر نقد و یا هر دو باشد.

در هر حال، بنا به تعریف فوق، بانک صادر کننده ضمانت نامه را «ضامن»، شخصی که بانک اجرای تعهدات او را ضمانت می کند، «مضمون عنه»، اشخاص یا مؤسسه ای که ضمانت نامه به نفع او صادر می شود، «مضمون له» و امری که مضمون عنه در قبال مضمون له به عهده دارد، «موضوع ضمانت نامه» و منبع ضمانت نامه را «وجه الضمان» می گویند در ضمن به شخصی که درخواست صدور ضمانت نامه را می کند، «ضمانتخواه» می گویند که معمولاً همان مضمون عنه است.

۲-انواع ضمان

۲-۱-ضمان عقدی

این ضمان عبارت است از انتقال ذمه مضمون عنه (مدیون) به ذمه ضامن و از آن جهت ضمان عقدی گویند که انعقاد آن نیاز به ایجاب و قبول دارد. ایجاب از سوی ضامن و قبول از جانب مضمون له. مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست. مگر آن که ضامن بخواهد بعد از پرداخت دین مضمون عنه به وی مراجعه نماید. در ضمان عقدی تعهد به پرداخت مال، اختیاری است و متعهد به اختیار خود عهده دار پرداخت می شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است که یا به موجب عقد ضمان است و یا به موجب عقد حواله. در عقد ضمان ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه (مدیون) به طور معمول بری است و به او مدیون نیست. اما در عقد حواله ذمه محال علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی در حکم ضامن است. (مدنی، ۱۳۸۵: ۲۲۰-۲۱۵)

همان گونه که گفته شد، ضمان عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص. در ضمان عقدی اثر عقد، تعهد به پرداخت است. هر چند ضمان معاوضی از اقسام ضمان عقدی نیست ولی منشاء ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی وجه مشترک دارد. اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد اثر مستقیم است، در حالی که در عقود معاوضی تملیکی همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم اثر غیر مستقیم و تبعی عقد به شمار می آید. بنا براین در عقود معاوضی تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می یابد. اما تسلیم تعهدی است که باید ایفاء شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیر مستقیم آن می باشد. در عقود معاوضی، تعهد

هریک از دو طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در مقابل ضمان معاوضی، ضمان واقعی قرار دارد. (امامی، ۱۳۸۹: ۲۷۰ - ۲۵۵)

۲-۲- ضمان نقل ذمه

این نوع از ضمان که به عنوان قاعده در حقوق ایران و قانون مدنی ایران پذیرفته شده است، عبارت است از این که شخصی در برابر طلب کار و با موافقت او دین دیگری (مدیون) را به عهده گرفته و پرداخت آن را متقبل می شود. پس به موجب این نوع ضمان دین از عهده مضمون عنه به عهده ضامن منتقل می شود و در نتیجه ذمه مضمون عنه بری می شود. مطابق نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری به شماره ۱۰۹۴/۴۴-۱۸/۱۰ پس از وقوع عقد ضمان به نحو صحت، ذمه مدیون به صراحت ماده ۶۹۸ ق.م.بری می گردد و ذمه ضامن در مقابل محکوم له مشغول می شود.

۲-۳- ضم ذمه

در این نوع ضمان تعهد ضامن و مضمون عنه در عرض یکدیگر قرار می گیرند، به طوری که مضمون له (طلب کار) می تواند برای وصول تمام یا قسمتی از طلب به هر کدام از آنها که بخواهد، مراجعه کند. این نوع ضمان را ضمان عرضی نیز می گویند ضم ذمه به دو گونه ممکن است انجام شود.

۲-۴- ضمان مشروط

در فقه اهل سنت که اکثریت آنان ضمان ضم ذمه به ذمه را پذیرفته اند، عده ای برای این که از مزایای ضمان نقل ذمه هم برخوردار باشند نظر داده اند که هرگاه طرفین عقد ضمان، شرط برائت مدیون اصلی را در عقد بکنند اشکال ندارد، و این قسم از ضمان را ضمان به شرط برائت اصیل نامیده اند. در مورد این قسم از ضمان بین آنها دو نظریه وجود دارد که عده ای آن را مصداق و نمونه عقد ضمان می دانند و عده دیگر آن را به علت تحول ذمه (نقل ذمه) حواله می دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۴۵)

۲-۵- ضمان غیر مشروط

ضمانتی است که مقید به هیچ شرطی نباشد. مثال این نوع ضمانت، ضمانتی است که به موجب آن به محض سررسید تاریخ معین و امتناع مضمون عنه از پرداخت، مسئولیت ضامن تحقق پیدا می کند. (فتحی پور، ۱۳۸۸: ۵)

۲-۶- ضمان وثیقه ای

ضمانتی است که به موجب آن ذمه ضامن وثیقه، ذمه مضمون عنه می شود به این ترتیب که مضمون له برای وصول طلب خود ابتدا باید به مدیون اصلی (مضمون عنه) رجوع کند و اگر نتوانست طلب خود را وصول کند، به ضامن (مدیون تبعی) مراجعه کند. به این نوع ضمان، ضمان تضامنی طولی نیز گفته می شود. طرفین آزادند که نوع ضمان (تضامنی عرضی، طولی یا نقل ذمه) را تعیین کنند. در صورت عدم تصریح، نظر مشهور این است که اصل بر نقل ذمه بودن ضمان است ولی به نظر می رسد، اگر بین

ضمان تضامنی و وثیقه ای تفکیک قائل شویم و ماده ۴۰۳ را ناظر به ضمان تضامنی و ماده ۴۰۲ و هم چنین سایر مقررات مربوط به ضمان در قانون تجارت را ناظر به ضمان وثیقه ای بدانیم، می توان از اطلاق ماده ۴۰۲ نتیجه گرفت که ضمان تجاری از نوع وثیقه ای است مگر این که خلاف آن تصریح شود. دمیر چیلی، ۱۳۸۴: ۷۳۲).

۲-۷- ضمان شخصی

ضمان شخصی عبارت از این است که ذمه ضامن وثیقه طلب مضمون له است (لنگرودی، ۱۳۶۷: ۴۲۲) به عبارت دیگر ضامن عهده دار دین شخص می شود بدون این که وثیقه ای در اختیار مضمون له قرار دهد یعنی اعتبار و شخصیت شخص مد نظر مضمون له می باشد که برای وصول طلب به این ضامن مراجعه خواهد کرد.

۲-۸- ضمان عینی

هرگاه در عقد ضمان، ضامن مالی را ساز خود به رهن بدهد این نوع ضمان را ضمان عینی گویند (همان: ۴۲۲) ممکن است عقد ضمان منعقد شود و ضامن به مضمون له رهن بدهد و یا این که در متن عقد ضمان، رهن داده نمی شود، بلکه در عقد ضمان شرط می شود که ضامن، مالی از اموال خود را به رهن، به مضمون له بدهد پس از تحقق این امر دو نوع ضمان به وجود می آید ضامن شخصی خود ضامن و ضمان عینی وی به لحاظ سپردن وثیقه یا رهن.

۲-۹- ضمان قهری

در ضمان قهری بر خلاف ضمان عقدی، قصد متعهد در ایجاد ضمان مؤثر نیست و مبنای ضمان حکم قانون است. به عبارت دیگر، در ضمان قهری تعهد به پرداخت مال اختیاری نیست؛ چه مبنای ضمان قرارداد باشد و چه واقعه حقوقی. به عنوان نمونه، در عهد شکنی، ضمان ناشی از قرارداد است و اگر دو طرف عقد در میزان خسارت توافق کرده باشند، مسئولیت متعهد مبنای قراردادی دارد. در قراردادهایی که در آن مسئولیت متعهد پیش بینی شده، خلاف عقد ضمان و عقد معوض، ضمان نه اثر مستقیم عقد است و نه اثر غیر مستقیم آن؛ بلکه تنها اثر عهدشکنی است و در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد بر عهد شکن تحمیل می شود. در این گونه قراردادهای اثر عقد، انجام مفاد قرارداد است و ضمان پیش بینی شده در قرارداد در صورت عدم ایفاء تعهد به حکم قانون بر عهده متخلف قرار می گیرد و از این رو عهد شکن را نیز می توان در زمره وقایع ضمان آوری به شمار آورد که اثر آن به حکم قانون معین می شود. توافق دو طرف درباره میزان خسارت که اغلب به صورت شرط ضمنی می باشد در صورتی قابل اجراست که مورد حمایت قانونگذار باشد. بنابر این نیروی الزام آور تعهد ناشی از عهدشکنی را نیز قانون ایجاد می کند و نه قرار داد. (زنجانی، ۱۳۸۹: ۵۶-۵۱)

۳- ویژگی های عقد ضمان

عقد ضمان مانند سایر عقود، دارای ویژگی هایی است که این عقد را از عقود مشابه دیگر از جمله حواله، کفالت و رهن و سایر عقود متمایز می سازد و هم چنین شرایط صحت عقد ضمان نیز در این فصل مورد بررسی بررسی قرار می گیرد.

۱-۳- لزوم عقد ضمان

ضمان از جمله عقود است و بر مبنای قاعده هر عقدی به مقتضای اصله اللزوم در عقود، لازم است. بنا به تعریفی که از عقد شده است «العقد هو العهد المؤكد و الأمر المبرم» یعنی هر عقدی بما هو عقد، لازم است و از جمله آثار عقد این است که متعاقدين نمی توانند آن را بر هم بزنند و فسخ کنند در حالت کلی در تمام عقود اصل بر لازم بودن آن است مگر این که جایز بودن آن ثابت شود ماده ۷۰۱ ق.م. مقرر می دارد: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی تواند آن را فسخ کند. مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون به و یا در صورت تخلف از مقررات عقد».

ویژگی تبعی تعهد ضامن ایجاب می کند تا هنگامی که بدهی اصلی وجود دارد تعهد ضامن نیز استمرار داشته باشد. طبیعت ضمان، تضمین انجام تعهد اصلی است. بنابر این ضامن نباید بتواند پیش از پرداخت بدهی از سوی بدهکار و یا سقوط بدهی به نحوی از انحاء از قید تعهدی که بر پایه عقد ضمان پذیرفته است شانه خالی کند. این حکم از مفهوم مخالف ماده ۴۰۸ ق.ت. قابل استنباط است. برای لزوم ضمان هم چنین می توان به ماده ۷۸۷ ق.م. در عقد رهن استناد کرد هر چند ضمان از تضمینات شخصی و عقد رهن یک تضمین عینی است. این ماده پس از آنکه عقد رهن را نسبت به رهن، بدهکار، لازم دانسته است می افزاید «... ولی رهن نمی تواند پیش از این که بدهی خود را پرداخت نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد». بنابر این همسانی کاملی میان این ماده و ماده ۴۰۸ ق.ت. وجود دارد. لازم بودن عقد ضمان در این صورت مستند به ماده ۴۰۸ ق.ت. و روح ماده ۷۸۷ ق.م. در رهن است (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۲۳)

۳-۳- منجز بودن

تعلیق ناظر به اثر تراضی است نه خود آن و به اعتبار این اثر (ضمان) می توان تنجیز را از شرایط صحت عقد ضمان آورد. ماده ۶۹۹ ق.م. تعلیق در ضمان را به موجب بطلان عقد می داند یعنی طرفین نمی توانند انتقال دین از ذمه مدیون را منوط به تحقق شرایطی از جمله رجوع طلب کار به او کنند. (مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم) ولی ضامن می تواند به طور منجز عهده دار پرداخت دین شود و «التزام به تادیه» دین انتقال یافته را معلق به شرایطی سازد. این تمهید به منظور احترام به عقیده گروهی از فقها است که «نقل ذمه» را مقتضای ذات ضمان و اثر جدا ناپذیر آن می دانند و گر نه از نظر رجوع به ضامن تفاوتی بین این دو تعلیق وجود ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۵۷ و ۲۵۶).

در صحت ضمان اموری شرط است، از جمله منجز بودن عقد ضمان، که بنا بر احتیاط (واجب) شرط است، پس اگر ضمان را بر چیزی معلق کند مثل این که بگوید «من ضامن می شوم اگر پدرم اذن بدهد» یا بگوید «من ضامن می شوم در صورتی که مدیون تا فلان زمان نپردازد یا در صورتی که اصلاً نپردازد» باطل می باشد. (امام خمینی، بی تا: ۲۹)

۴-۳- رضایی بودن

عقد ضمان از جمله عقود رضایی است که به صرف اراده طرفین تشکیل می شود و نیازی به هیچ تشریفات دیگری ندارد مانند فروش اموال منقول امروز سعی می شود در سیستم های حقوقی تشریفات معاملات کنار گذاشته شود و تشریفات حذف گردد مگر در

مواردی که مصالح اقتصادی یا اجتماعی وجود تشریفات را ایجاب کند مثل ضمان وثیقه ای که وثیقه گذار باید در دفاتر اسناد رسمی غیر منقول را در رهن بانک قرار دهد.

عقد رضایی قراردادی است که به صرف توافق اراده طرفین به شرط این که به نحوی از انحاء بیان و ابراز شده باشد واقع می شود و تحقق آن به تشریفات خاصی مانند به کار بردن الفاظ معین یا تنظیم سند ندارد به هر حال در حقوق امروز تشریفات کمتر دیده می شود و اصل رضایی بودن عقود در قراردادهاست. (صفایی، ۱۳۸۴: ۴۲ و ۴۱)

بنابراین عقد ضمان، عقدی رضایی است و توافق نمودن ضامن و مضمون له باعث انتقال مستقیم دین به ذمه ضامن می شود و نیازی به رعایت تشریفات دیگر ندارد، و در نظام بانکی نیز انعقاد عقد ضمان نیازی به تنظیم سند رسمی و رعایت تشریفات ندارد ولی قوانین و مقررات حاکم به معاملات بانکی، ضامن و سایر متصدیان، باید قراردادی که در مورد هر گونه تسهیلات (حسب مورد) تنظیم شده است، امضاء نمایند البته در مورد ضمان وثیقه ای باید املاک معرفی شده، به موجب سند رسمی در رهن قرار گیرد البته این موضوع بیشتر در جهت وقوع اتفاقات خاص اسناد عادی، از جمله اختلاف در مالکیت و عدم ثبت اسناد عادی در اداره ثبت می باشد و در جهت حفظ حقوق بانک ها و پیشگیری از هر گونه اختلافات بعدی صورت می گیرد.

۵-۳ - معوض بودن

عقد ضمان، عقدی معوض است از این که طلب کار در برابر ضامن تعهد به امری نمی کند، نباید چنین نتیجه گرفت که ضمان عقدی، مجانی است و ضامن به رایگان در برابر طلب کار متعهد به تأدیه دین می شود و در مقابل چیزی نمی گیرد. آنچه در این عقد در برابر تعهد ضامن قرار می گیرد به سود مدیون اصلی است که برائت می یابد در عقد معوض ضرورتی ندارد که عوض عاید کسی شود که معوض را می دهد مثل عقد بیمه که نتیجه تعهد بیمه گر به شخص دیگری می رسد و هیچ کس نیز آن را عقد مجانی نمی داند. نباید چنین پنداشت که در ضمان تعهد تنها به سود طلب کار ایجاد می شود و اهلیت او تابع حالتی است که شخص تملک بدون عوض می کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴۴)

در معرض بودن عقد ضمان بین نظریه نقل ذمه و ضم ذمه متفاوت است به این صورت که در نقل ذمه ضمان مضمون عنه در مقابل مدیون شدن ضامن بری می شود و در واقع عقد ضمان در این خصوص معوض می باشد در صورتی که در نظریه ضم ذمه تعهدضامن و سقوط طلب مضمون له از مضمون عنه در برابر یکدیگر با هم انجام می شود و این در واقع همان معوض بودن عقد ضمان را می رساند این استدلال با اعمال نظریه ضم ذمه، با وقوع عقد ضمان، مضمون عنه بری نمی شود بلکه ضامن هم بر آن منضم می شود بنابراین در تفسیر عقد ضمان به ضم ذمه، معوضی در عقد ضمان متصور نیست و می توان گفت که غیر معوض می باشد.

۶-۳ - عهدی بودن

عقد ضمان عقدی عهدی است و تعهد ضامن به پرداخت دین مدیون، رکن اصلی عقد است و در تقسیم عقود به تملیکی و عهدی بی گمان عقد ضمان را باید در شمار عقود عهدی آورد. به صورتی که با تحقق عقد ضمان، ضامن پرداخت دین مدیون اصلی را بر عهده می گیرد و این امر متضمن هیچ گونه تملیکی نیست.

به طور مسلم عقد ضمان عقدی عهده‌ای است زیرا تعهد برای پرداخت دین مدیون می‌باشد و اگر مدیون از پرداخت دین و تسهیلات اخذ شده سر باز زند، ضامن متعهد به پرداخت تسهیلات اخذ شده مدیون می‌باشد.

۴- آثار ضمان

از آن جایی که عقد ضمان در حقوق مدنی و حقوق تجارت با التفات به تبعیت از هر یک از آن‌ها نظریات ضم ذمه و نقل ذمه با هم متفاوت هستند بنابراین بیشتر این تفاوت در آثار ضمان ظهور پیدا می‌کند لذا این موضوع در دو مبحث به شرح آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

با این که عقد ضمان بین مضمون له و ضامن منعقد می‌شود و مضمون عنه در آن نقشی ندارد، رابطه حقوقی بین ضامن و مضمون عنه را نیز نمی‌توان خارج از آثار این عقد شمرد این نوع از ضمان که به عنوان قاعده در حقوق ایران و قانون مدنی ایران پذیرفته شده است اگر شخصی در برابر طلب کار و با موافقت او دین دیگری را به عهده گرفته و پرداخت آن را متقبل می‌شود نقل ذمه صورت می‌گیرد و بموجب این نوع ضمان دین از عهده مضمون عنه به عهده ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون عنه بری می‌شود (دمر چیلی و همکاران، ۱۳۸۴: ۷۳۲)

در نقل ذمه به محض وقوع عقد ضمان ذمه مدیون اصلی به ضامن منتقل می‌شود اما آنان که معتقد به ضم ذمه هستند بر این باورند که ذمه ضامن و مضمون عنه در یک زمان نسبت به یک دین مشغول می‌شود اما باید در نظر داشت که وی حق مطالعه از هر دو ی آنان را خواهد داشت ولی اگر از هر کدام از آنان (ضامن یا اصیل) حق خود را استیفاء کرد حق مراجعه به دیگری را به هیچ وجه نخواهد داشت (انصاری، ۱۳۹۱: ۲۲۵) ضامن در نظریه نقل ذمه به تنهایی عهده دار دین مضمون عنه می‌باشد یعنی این که ضامن پاسخ گو ی دین می‌باشد و به عبارتی دیگر ضامن، داوطلبانه عهده دار دین مدیون اصلی (مضمون عنه) شده است. ولی پس از پرداخت دین مضمون عنه در صورتی که مضمون عنه به ضامن اذن داده باشد، حق رجوع به مضمون عنه را خواهد داشت در این نظریه که قانون مدنی در ماده ۶۹۸ مقرر داشته است «بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون عنه مشغول می‌شود بنابراین مضمون له فقط می‌تواند برای دریافت دین به ضامن رجوع کند و حق رجوع به مضمون عنه را ندارد. در نظام بانکی چنین اقدامی، عملاً منتفی است و مطابق قانون مدنی عمل نمی‌شود. بنابر این طرفین عقد ضمان با توجه به ماهیت این عقد که از عقود اذنی می‌باشد پس از رعایت اصول و مقرراتی حق رجوع به یکدیگر را خواهند داشت، پس آثار ضمان بین ضامن و مضمون له و بین ضامن و مضمون عنه را می‌توان جدا گانه مورد بررسی قرار داد. ولی گاه چند نفر ضمانت از دینی را به عهده می‌گیرند به چند شکل صورت می‌گیرد تحت رابطه ضامنین قابل بررسی است.

۴-۱- پرداخت دین از سوی مضمون عنه

به طور مسلم بعد از وقوع عقد ضمان، ذمه مضمون عنه بری و دین از ذمه او به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ممکن است مضمون عنه قبل از پرداخت دین از سوی ضامن، دین را به مضمون له بپردازد هم چنین ممکن است مضمون عنه دین را بعد از پرداخت ضامن به مضمون له بپردازد.

هر گاه مضمون عنه، بدون آگاه ساختن ضامن، طلب مضمون له را بپردازد، ضامن بری می‌شود پس اگر ضامن در چنین حالتی در باره دین را به مضمون له پرداخت کند. حق رجوع به مضمون عنه را ندارد. زیرا، آن چه به مضمون له داده دین مضمون عنه نبوده

است این دین، بنا به فرض، به وسیله خود مضمون عنه پرداخته شده است و مضمون له پولی را بدون استحقاق گرفته است که باید به صاحب آن یعنی ضامن باز گرداند بر اساس ماده ۷۱۷ ق.م دین با یک بار پرداخت، ساقط می شود به نظر می رسد که مال در دست مضمون له امانت می باشد در صورت مراجعه ضامن به مضمون له و امتناع از استرداد مورد پرداختی از سوی ضامن، موجب تبدیل ید امانی وی به ید ضمانی می شود ولی ماده ۳۰۳ ق.م. از ابتدا دریافت من غیر حق را موجب ضمان گیرنده دانسته است. و اگر دو باره پرداخت شود آن چه پرداخته شده قابل استرداد خواهد بود. (ماده ۳۰۱ ق.م) چنین اسقاطی نیازمند اذن مضمون عنه نیست بلکه به صورت قهری صورت می گیرد. (رودیجانی، ۱۳۸۷: ۶۸) بنابراین، ضامن تنها حق دارد به مضمون له رجوع کند (ماده ۳۰۲ ق.م) و این رجوع نیز اثر عقد ضمان نیست؛ نتیجه «استفاده بدون جهت و نامشروع» از مال دیگری است. با وجود این، چون برای مدیونی که به اذن و خواهش او دیگری ضامن دین شده است این تکلیف عرفی وجود دارد که ضامن را از تأدیه دین آگاه سازد، هرگاه از این بی مبالاتی زیانی به ضامن برسد، باید جبران کند. پس، اگر در این فرض ضامن با اعسار یا ورشکستگی مضمون له روبرو شود یا به دلیل دیگری نتواند به حق خود برسد، می تواند بر مبنای تسبیب به مضمون عنه رجوع کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵۴)

همچنین هرگاه ضامن وفای به عهد کند و طلب مضمون له را بپردازد و پس از آن مضمون عنه براین باور باشد که دین هنوز باقی است در باره آن را پرداخت کند، آیا ضامن می تواند به مضمون عنه رجوع کند یا باید از مضمون له آنچه را که وی بدون استحقاق دریافت داشته مسترد نماید؟

رجوع ضامن به مضمون عنه، برای پس گرفتن آن چه به او داده است، مورد ندارد. زیرا، هنگام تأدیه دین توسط ضامن، طلب مضمون له بر جای خود بوده و ضامن دین خود را پرداخته است. آن چه ناروا گرفته شده، پولی است که مضمون عنه پس از سقوط تعهد مزبور پرداخته است و باید به صاحب آن باز گردانده شود.

در این فرض، اگر مضمون عنه زیانی ببیند و نتواند حق خویش را از طلب کار بگیرد، نمی تواند جبران آن را از ضامن بخواهد. زیرا، انسان متعارف پای بند عهد و پیمان خویش با دیگران است. بر مبنای توافقی که به اذن مدیون انجام شده است، ضامن می بایستی دین را بپردازد و چنین نیز کرده است. پس زیانی که مضمون عنه می برد ناشی از اقدام و بی مبالاتی خود او است و باید نتایج آن نیز تحمل کند. در موردی هم که ضمان بدون اذن و آگاهی مضمون عنه واقع می شود، تأدیه از سوی ضامن متبرع زیانی به او نمی رساند تا موجب مسئولیت شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۵۵). اما رجوع ضامن به مضمون عنه امکان دارد. زیرا ضامن در موعد مقرر وفای به عهد کرده است و تأدیه دوباره مضمون عنه حقوق او را از بین نمی برد. بدین معنا که مضمون عنه باید از عهده پرداخت مبلغی که توسط ضامن صورت گرفته است در مقابل وی برآید و برای استرداد مبلغ پرداختی به مضمون له به لحاظ ایفای ناروا مراجعه نموده و مبلغ پرداخت شده به وی را مسترد نماید.

۴-۲- ابراء ذمه مضمون عنه

در اثر ضمان، دین از ذمه مدیون اصلی، به ذمه ضامن منتقل می شود و به خودی خود ذمه مدیون اصلی بری می گردد، بنابراین بری کردن ذمه مضمون عنه جزء تأکید اثری ندارد مگر این که مقصود مضمون له از ابراء، ابراء از اصل دین باشد و در حقیقت طلب کار قصد ابراء ذمه ضامن را داشته باشد که در این صورت باید مقصود خود را اعلام دارد. بدین جهت است که ماده ۷۱۸ ق.م. مقرر می دارد «هر گاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون عنه هر دو بری می شوند» ضامن در اثر ابراء مضمون له

بری می شود و مضمون عنه در اثر برائت ضامن (از دین خود به ضامن) بری می گردد. چون استقرار دین در ذمه مضمون عنه منوط به تأدیه دین از طرف ضامن به مضمون له می باشد و با ابراء ضامن دین مضمون عنه ساقط می گردد. (امامی، ۱۳۸۹: ۲۷۳). بر همین اساس ماده ۹۹۸ ق.م. مقرر داشته است بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.

۴-۳- ابراء ذمه ضامن

در ماده ۷۰۷ ق.م. هم مقرر داشته است که «اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود مگر این که مقصود ابراء از اصل دین باشد». زیرا دینی بر عهده مضمون عنه باقی نمانده است که ابراء شود بلکه دین به عهده ضامن منتقل شده و برای اسقاط آن، ابراء باید نسبت به اصل دین باشد. در ماده ۷۱۸ ق.م. نیز هنگامی که ابراء نسبت به ضامن صورت می گیرد در واقع ابراء نسبت به شخص صورت گرفته که دین به ذمه وی منتقل گردیده است دلیل این که ذمه مضمون عنه نیز بری می شود این است که ابراء در زمره اسباب سقوط تعهد است و در واقع مثل این است که دینی وجود نداشته و دین از اصل ساقط می شود منتهی چون مضمون عنه با عقد ضمان بری می شود بنابراین منظور از برائت در این جا برائت در برابر ضامن است یعنی ضامن نمی تواند به مضمون عنه رجوع نماید به عبارتی با ابراء، وجود دین منتفی است و ضامن تنها در صورتی حق رجوع به مضمون عنه را دارد که دین را اداء کرده باشد و در این جا ادایی وجود ندارد. (رودیجانی، ۱۳۸۷: ۶۹).

رجوع ضامن به مضمون عنه به منظور جبران غرامتی که بابت پرداخت دین متحمل شده، امکان پذیر است. پس اگر به هر وسیله دیگری در برابر طلب کار برائت حاصل کند حق رجوع به مضمون عنه را ندارد. هر چند آن وسیله به خاطر ضامن و احسان طلب کار یا دیگران نسبت به او باشد. ضمان عقدی است ارفاقی و مبتنی بر احسان و ضامن نمی تواند از این راه سودی بدست آورد. بر این مبنا ماده ۷۱۹ ق.م. مقرر می دارد «هرگاه مضمون له ضامن را ابراء کند یا دیگری مجاناً دین را بدهد ضامن حق رجوع به مضمون عنه را ندارد» هم چنین اگر شخصی به طور تبرعی از ضامن ضمانت کند و دین را بپردازد این تأدیه نیز حق رجوع به ضامن نمی دهد.

با وجود این اگر ضامن دین را بپردازد پس از آن طلب کار همان مال را به ضامن ببخشد ضامن می تواند دین را از مضمون له بخواهد. زیرا در این فرض هبه مال به ضامن عمل حقوقی خارجی است که ارتباط با آثار عقد ضمان ندارد. همین که دین پرداخته شد شرط رجوع ضامن به مضمون عنه نیز تحقق می یابد و از این روابط ضامن و مضمون له هم چون دو بیگانه است. (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۳۵۶)

۴-۴- امکان رجوع ضامن به مضمون عنه

امکان رجوع ضامن به مضمون له به دو قسمت تقسیم می شود بنا بر این رجوع ضامن به مضمون عنه باید دارای شرایطی باشد از جمله این که از مضمون عنه اذن داشته و توسط ضامن پرداخت شده باشد که عدم وجود این شرایط هم موجب اسقاط حق رجوع می گردد.

۴-۴-۱- اذن مضمون عنه در پرداخت دین

اگر کسی ضامن می شود به صورت بلا عوض ضامن نمی شود به این معنی که وقتی ضامن، دین را پرداخت می کند، چیزی در مقابل پرداخت آن بگیرد. بنابر این عقد ضمان تبرعی نیست. البته بر اساس ماده ۷۲۰ ق.م.ا.گ. ضامن به قصد تبرع ضمانت کند حق رجوع به مضمون عنه را ندارد. جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۹

اما حق ضامن مشروط به ماذون بودن او در پرداخت دین است و ضامنی که اذن در پرداخت ندارد نمی تواند به مدیون اصلی رجوع کند. این بحث از نظر رجوع قاعده پرداخت دین از جانب غیر مدیون قرار می گیرد. بر اساس ماده ۲۶۷ ق.م.ا.گ. «ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او را دارد و الا حق رجوع ندارد.» این مسئله به تاثیر رضای مضمون عنه در انعقاد عقد ضمان نیز ارتباط دارد. اگر برای انعقاد عقد ضمان رضایت مضمون عنه لازم نباشد و عقد ضمان بین ضامن و مضمون له منعقد گردد ممکن است مضمون عنه خارج از عقد ضمان اذن دهد. ولی اگر انعقاد عقد ضمان به رضایت مضمون عنه نیاز داشته باشد در این صورت باید گفت اگر ضامن دین را پرداخت کند در هر حال می تواند به مضمون عنه رجوع کند زیرا رضای به عقد ضمان رضایت در پرداخت نیز می باشد.

۴-۴-۲- پرداخت دین توسط ضامن

اذن مضمون عنه به علاوه پرداخت دین از سوی ضامن امکان رجوع به مضمون عنه را فراهم می کند. اما پرداخت توسط ضامن مصادیق متفاوتی دارد، واقعی ترین مصداق پرداخت دین، پرداخت طبیعی است. ولی مصادیق دیگری ممکن است در حکم پرداخت باشد و اثر پرداخت را داشته باشد.

۴-۵- ضامن با مضمون له

در نظریه نقل ذمه، دین از مضمون عنه به ضامن، منتقل می شود اگر مضمون له، ذمه ضامن را از دین ابراء کند هر دو ذمه مضمون عنه و ضامن) بری می شود و اگر ذمه مضمون عنه را ابراء کند این ابراء لغو و بیهوده است زیرا دین از مضمون عنه به ضامن منتقل شده است و بری کردن معنی ندارد. (امام خمینی، بی تا: ۳۰)

در ماده ۴۰۲ ق.ت.م.ا.گ. مضمون له حق دارد بدو و بدون مراجعه به مدیون اصلی به ضامن مراجعه کند، مگر این که بر خلاف آن توافق شده باشد. ضامن فقط پس از رسیدن اجل دین اصلی، ملزم به پرداخت خواهد بود. بر خلاف مقررات قانون مدنی در باب ضمان، استنکاف مضمون له از دریافت طلب و نیز امتناع او از تسلیم وثیقه، موجب برائت ذمه ضامن خواهد بود. در حالی که به موجب مقررات قانون مدنی در این گونه موارد ضامن برای گرفتن وثیقه ناگزیر از مراجعه به دادگاه خواهد بود. و در صورت استنکاف مضمون له از قبول حق خود، باید به حاکم (صندوق دادگستری) رجوع نماید. (دمیر چیلی و همکاران، ۱۳۸۴: ۷۳۶) ضامن با مضمون له رابطه مستقیم دارد از آنجایی که عقد ضمان بوسیله ضامن و مضمون له منعقد می شود و مضمون عنه نقشی ندارد. مضمون له می تواند مستقیماً به ضامن رجوع نماید و دین خود را بخواهد البته مطابق قانون مدنی حق رجوع به مضمون عنه را

ندارد ولی مطابق قانون تجارت و رویه بانکی مضمون له علاوه بر ضامن، می تواند به مضمون عنه مراجعه نماید و در صورتی که دین موجد باشد مضمون له حق مراجعه به ضامن را ندارد و پس از حال شدن دین حق مراجعه ایجاد می شود. (انصاری، ۱۳۹۱: ۷۹)

۴-۶- برائت مدیون

اثر عقد ضمان است که، پس از تحقق عقد، مدیون بری می شود و دیگر التزامی در برابر طلب کار ندارد. بنابر این، ابراء مدیون کاری بیهوده است و هیچ اثری در روابط حقوقی دو طرف ندارد. ماده ۷۰۷ قانون مدنی نیز در این مورد مقرر می دارد «اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود مگر این که مقصود ابراء از اصل دین باشد» تعهد ضامن نیز باید مستقل از رابطه مدیون پیشین با مضمون عنه باشد. پس بر فرض که ذمه مضمون عنه از نظر وجدانی در برابر طلب کار مشغول فرض شود، ابراء ذمه او از اصل دین نباید موجب ابراء ضامن گردد. زیرا، اگر توجه داشته باشیم که فقهای عامه ابراء مضمون عنه را از سوی طلب کار موجب برائت ذمه ضامن می دانند، ولیس فقهای امامیه، بر مبنای نقل ذمه، این عمل را بی اثر می شمارند، معنی ماده ۷۰۷ و مقصود قانون گذار از انشای آن به خوبی روشن می شود. در واقع، نویسندگان ماده ۷۰۷ خواسته اند که نتیجه نظریه^{۶۰} ضم ذمه را در این باب مردود شمارند و از نظر پیروان نقل ذمه پیروی کنند.

۵- آثار ناشی از عقد ضمان در حقوق تجارت و نظام بانکی

در نظریه ضم ذمه هم می توان گفت که در عقد ضمان با انعقاد عقد، ضامن هم به مدیون اصلی (مضمون عنه) ضمیمه می شود و در واقع هم مضمون عنه و هم ضامن، متعهد پرداخت می گردند بنابراین با توجه به نظریه ضم ذمه قانون تجارت در ماده ۴۰۳ مقرر داشته است در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت، تضامنی باشد طلب کار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعه رجوع کرده.....»، در واقع قانون تجارت با این ماده راه را برای تعهد تضامنی هموار کرده است و معلوم است که مقررات قانون مدنی در خصوص نقل ذمه آمره نیست لذا در بانک ها نیز از مقررات قانون تجارت پیروی می شود و حتی با قراردادهای داخلی مطابق ماده ۱۰ ق.م تمام ضمانت ها به صورت تعهد تضامنی با مدیون اصلی (مضمون عنه) می باشد در این صورت هر یک از ضامنین پس از پرداخت هر مبلغ از دین می تواند نسبت به همان مبلغ به مضمون عنه رجوع نمایند. لازم به ذکر است در بانک ها ضمانت موجب انتقال دین نبوده بلکه تضمین وثیقه ای برای دریافت تسهیلات پرداختی می باشد در موردی که چند شخص برای یک بدهی ضامن می شوند رابطه ای میان، مضمون عنه و ضامن های متعدد برقرار می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۶۰) و دارای اثرات متفاوتی است که به شرح آتی به آن می پردازیم.

۱-۵- ضامن با مضمون عنه

ویژگی تابع بودن تعهد ضامن نسبت به تعهد مضمون عنه که بر پایه نظریه ضم ذمه است دارای اثرات مهمی بر روابط ضامن و مضمون عنه اصلی است مقررات قانون مدنی که بیان کننده نظریه نقل ذمه هستند در روابط ضامن به مضمون عنه جز در موارد استثنائی قابل اجرا نیستند. بنابر این در روابط میان ضامن و مضمون عنه اصلی نیز از مقررات باب دهم قانون تجارت واصل آزادی قراردادهای استفاده شده است.

۲-۵- حق رجوع ضامن پس از پرداخت

هر چند ضامن به قصد ارفاق و انجام یک خدمت دوستانه به مضمون عنه اصلی تعهد پرداخت بدهی او را می کند ولی هنگامی که بدهی را پرداخت کرد حق رجوع به مضمون عنه اصلی را نسبت به آن چه به مضمون له پرداخت کرده است به دست می آورد. ماده ۴۰۹ ق.م. به عنوان قاعده کلی در این مورد می گوید «ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر به از ادای دین...» رجوع ضامن پس از پرداخت، رجوع عادی است زیرا حق رجوع ضامن به مضمون عنه اصلی پیش از پرداخت دین به گونه استثنائی پیش بینی شده است. (کاشانی: ۱۳۸۸: ۳۶۸) به نظر می رسد حق رجوع ضامن به مضمون عنه را قانون گذار به ضامن داده است و دلیل این امر را باید در این دانست که ضامن در ضمانت کردن بر این باور نیست که کل دین بر ذمه اوست و باید پرداخت کند و الا کمتر کسی آماده می شد که ضمانت دیگری را قبول کند و یا لاقلاً در قبال آن تضمیناتی از مضمون عنه دریافت می کرد (چنانکه در بعضی مواقع در بین عموم مردم این موضوع دیده می شود. بنابراین در صورتی که از جانب مضمون عنه خسارتی اعم از اصل دین یا سود و جریمه تأخیر آن بر عهده ضامن بیاید مضمون عنه متعهد به پرداخت آن است پس اگر حق رجوع را از ضامن بگیریم به احتمال زیاد دیگر باید عقد ضمان را از جمیع عقود خارج کنیم زیرا ممکن است دیگر کسی آماده انعقاد عقد ضمان نشود هم چنین از آثار مهم عقد ضمان رجوع ضامن است لذا عدم رجوع ضامن را بی اثر خواهد کرد و تعهدات مضمون عنه را باید در قالب عقد دیگری آورد در صورتی که در قانون مدنی با توجه به نقل ذمه ضامن، برای مضمون عنه مدیون واحد و اصلی تلقی می شود و مضمون عنه هم بری الذمه می شود. ولی بحث اصلی در زمینه روابط ضامن و مضمون عنه مربوط به رجوع عادی و راه حل های گوناگونی است که از جهت مبنای حقوقی حق رجوع ضامن مورد بحث قرار گرفته است. از آنجا که در قوانین ما عبارات صریحی در این زمینه وجود ندارد و تشخیص این راه حل ها در روابط ضامن و مضمون عنه اصلی مؤثر هستند در این قسمت مبنای حقوقی حق رجوع ضامن را مورد بررسی قرار می دهیم (همان)

۳-۵- جانشینی ضامن از مضمون له (بستانکار)

از آن جا که ضامن به نفع مضمون له قبول تعهد می کند با پرداخت دین جانشین قانونی مضمون له در برابر مضمون عنه اصلی می شود. بر اساس این جانشینی، ضامن از همه حقوق، دعاوی و نیز تضمیناتی که برای دین وجود داشته است برخوردار می گردد. بدیهی است در موردی که دین مضمون عنه وثیقه ای داشته است این به نفع ضامن است که به مبنای حقوقی جانشینی مضمون له استناد کند تا بتواند برای دریافت طلب خود از مضمون عنه اصلی از این وثائق استفاده کند. ماده ۴۱۱ قانون تجارت بر اندیشه جانشینی ضامن از مضمون له استوار است. بر اساس این ماده پس از آن که ضامن دین را پرداخت کند مضمون له مکلف است تمام اسناد و مدارک و یا وثائقی را که برای رجوع ضامن به مضمون عنه لازم و مفید است به ضامن تسلیم کند. جانشینی ضامن نسبت به مضمون له، شامل وثائقی است که بعد از وقوع عقد ضمان از سوی مضمون عنه به مضمون له داده شده است. با این حال اگر ضامن به مبنای حقوقی جانشینی مضمون له برای حق رجوع به مضمون عنه اصلی استناد کند دیگر نمی تواند ادعاهای شخصی خود را علیه مضمون عنه اصلی مثل خساراتی که در جریان ضمان متحمل شده است از محل وثیقه استیفا کند. زیرا مضمون له دارای چنین حقوقی نبوده است تا به ضامن منتقل گردد. (کاشانی، ۱۳۸۸، ۳۶۹). باید افزود که ضامن با پرداخت دین مضمون له برای رجوع به مضمون عنه اصلی دارای اختیار است و می تواند از هر یک از دو مبنای حقوقی یعنی وکالت و اداره مال غیر و یا مبنای جانشینی مضمون له استفاده کند.

۴-۵- حق رجوع ضامن به مضمون عنهان متعدد

ممکن است دینی که بر ذمه مضمون عنهان متعدد است از سوی یک شخص مورد ضمان قرار گیرد. در این مورد نیز پس از پرداخت دین، ضامن می تواند از همان مبانی حقوقی به عنوان جانشین از مضمون له بهره گیرد. در موردی که تعهد مضمون عنهان متعدد یک تعهد نسبی است ضامن هم به نسبت سهم هر یک از مضمون عنهان حق رجوع به آنان را بدست می آورد ولی در موردی که دین مورد ضمان یک دین تضامنی است دو فرض قابل تصور است. ممکن است ضامن تعهد پرداخت بدهی کلیه مضمون عنهان را کرده باشد. در این صورت ضامن با پرداخت دین می تواند بر اساس امتیاز جانشینی مضمون له به هر یک از مضمون عنهان متعدد رجوع کند و تمام مبلغی را که پرداخته است از وی مطالبه کند. هم چنین ممکن است ضامن تعهد پرداخت بدهی یکی از مضمون عنهان را کرده باشد در این صورت پس از پرداخت، حق رجوع به مضمون عنهی را که از دین او ضامن شده است وجود دارد ولی آیا ضامن می تواند به دیگر مضمون عنهان که به گونه تضامنی مسئول پرداخت همین دین بوده اند رجوع کند؟ از طرفی ضامن پس از پرداخت دین باید حق رجوع خود را نسبت به مضمون عنهان تضامنی متعدد تقسیم کند. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۷۱).

در نظام بانکی پس از پرداخت دین مضمون عنه یا مضمون عنهم، ضامن می تواند به آن ها رجوع کند و حق رجوع به ضامنین دیگر را ندارد و ضامن پس از پرداخت به مضمون عنه مراجعه می نماید آن چه مد نظر است که در نظام بانکی مطابق قانون تجارت ضمانت عرضی بیشتر رایج است بدین صورت که ضامنین در عرض هم مسئول پرداخت تمام دین به تنهایی می باشند و در صورت پرداخت هر یک از ضامنین دین از دیگری ساقط می گردد لذا هر یک از ضامنین هر چند ضامن تمام دین هستند ولی هر مقدار از دین را پرداخت نمایند می توانند برای دریافت همان اندازه به مضمون عنه مراجعه نمایند. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۷).

۵-۵- رجوع ضامن به بخشی از دین

ضامنی که فقط بخشی از دین را به عهده گرفته است پس از پرداخت فقط در همان حد حق رجوع به مضمون عنه اصلی را دارد. هم چنین اگر ضامن تمام دین را به عهده گرفته باشد ولی در عمل فقط بخشی از دین را به پرداخت کند (ماده ۷۱۳ ق.م) بیش از مبلغی که به مضمون له پرداخته است از مضمون عنه مطالبه کند. هم چنین اگر دین اصلی مدت دار باشد و ضامن پیش از سر رسید دین، پرداختی به مضمون له بکند تا زمانی که سر رسید دین فرا نرسیده است حق رجوع به مضمون عنه اصلی را ندارد زیرا سمت ضامن در رجوع به مضمون عنه جانشینی از سوی مضمون له است. مضمون له نیز شخصا پیش از سر رسید دین حق مطالبه ای از مضمون عنه نداشته است. (ماده ۷۱۵ ق.م) در موردی که ضامن در قرارداد جداگانه ای با مضمون له دین اصلی را به مبلغ کمتری صلح می کند و یا آن که بجای پرداخت دین به صورت نقد کالایی را در مقابل به مضمون له تسلیم کند هرگاه قیمت این کالا کمتر از مبلغ دین باشد بیش از مبلغ ارزش این کالا حق رجوع به مضمون عنه اصلی را نخواهد داشت (ذیل ماده ۷۱۳ ق.م). لازم به یادآوری است که هرگاه ضامن با رضایت مضمون له حواله ای صادر کند که مضمون له طلب خود را از شخص ثالثی مطالبه کند و شخص ثالث این حواله را قبول کند این حواله به منزله پرداخت دین است و حق رجوع به مضمون عنه اصلی برای ضامن به وجود می آید (ماده ۷۱۰ ق.م). در همین مورد نیز اگر ضامن مبلغ کمتری از اصل دین را حواله کرده باشد حق مطالبه بیش از آن را نخواهد داشت. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۷۳)

در سیستم بانکی ضامنین عهده دار باز پرداخت تسهیلات دریافتی می باشند و قرارداد منعقدۀ با مضمون عنه و ضامن یکسان است. بدین صورت که تعهدات مضمون عنه و ضامن یکسان است و حتی در یک قرارداد مضمون عنه و ضامن امضاء می نمایند و مندرجات یک قرارداد بر هر دو (ضامن و مضمون عنه) ساری و جاری است. بنابراین اگر مضمون عنه قسمتی از وام و تسهیلات دریافتی را پرداخت نموده باشد بانک ها ملزم به دریافت مابقی دین از ضامن می باشند و در واقع قسمتی را از مدیون دریافت کرده اند و مابقی را از ضامن دریافت می دارند و اما اگر بانک بخواهد با یکی از ضامنین تبدیل تعهد یا مصالحه نماید حق رجوع و دریافت از مضمون عنه و یا ضامنین دیگر از بین نخواهد رفت مگر این که این مصالحه و برائت مربوط به اصل دین باشد لذا در صورت ابراء یا مصالحه (بلاعوض) حق رجوع به مضمون عنه از سوی ضامن ساقط می شود و علاوه بر آن اگر ضامن پیش از موعد، دین را اداء کند تا سررسید نمی تواند به مضمون عنه مراجعه کند زیرا هدف از دریافت تسهیلات در بانک ها استفاده از آن تسهیلات است، لذا اگر تسهیلات دریافت شود و ضامن بلافاصله دین خود را اداء کند و آن را از مضمون عنه مطالبه کند عمل بانک و دریافت تسهیلات بی معنا خواهد بود. لذا ضامن در موعد مقرر و پس از پرداخت دین و وجود اذن می تواند به مضمون عنه مراجعه نماید. البته در بانک ها اذن همیشه از سوی مضمون عنه وجود دارد.

۶-۵- ضمان بدون درخواست مضمون عنه

مقررات باب دهم قانون تجارت که منبع اصلی قواعد ضمان عقدی در حقوق ما است، دارای پیش بینی روشنی در زمینه ضمان بدون درخواست مضمون عنه اصلی نیست. از ماده ۴۱۱ این قانون که ضامن را پس از پرداخت دین جانشین مضمون له دانسته است چنین برمی آید که ضامن با پرداخت بدهی در هر حال حق رجوع به مضمون عنه را دارد، خواه ضمان به درخواست و یا بدون درخواست مضمون عنه اصلی صورت گرفته باشد. شاید بتوان گفت ماده ۷۰۹ ق.م. که به گونه مطلق پس از پرداخت، حق رجوع به مضمون عنه اصلی را می دهد با این فکر موافق است. ماده ۷۲۰ ق.م. با این برداشت تعارضی ندارد؛ این ماده می گوید ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون عنه اصلی را ندارد. بر پایه یک دیدگاه فقهی، قصد تبرع را می توان در این معنی تفسیر کرد که ضامن بدون نیت رجوع به مضمون عنه اصلی ضامن شده باشد و تنها در این حالت از حق رجوع به مضمون عنه اصلی محروم است، ولی در غیر این صورت خواه با درخواست و یا بدون درخواست مضمون عنه، حق رجوع برای ضامن پس از پرداخت دین محفوظ است.

آنچه باقی می ماند ماده ۲۶۷ ق.م. است که اگرچه پرداخت دین از سوی غیرمدیون را تجویز کرده است ولی به شخصی که بدون اذن مضمون عنه دین او را پرداخت کرده است حق رجوع به مضمون عنه را نداده است. این ماده اگرچه در مبحث ایفاء تعهد است ولی عموم آن شامل حال ضامنی که بدون درخواست مضمون عنه از او ضمانت کرده و دین او را پرداخت کرده است می شود. این ماده در جای خود به دلایل گوناگون درخور انتقاد است و با اصل مهم جانشینی پرداخت کننده دین از مضمون له که امروز مورد نیاز روابط حقوقی است و مبنای پاره ای از تأسیسات مهم حقوقی کنونی می باشد در تعارض است. بنابراین در روابط ضامن و مضمون عنه اصلی می توان این ماده را نادیده گرفت و به اطلاق مواد ۴۱۱ و ۷۰۹ که در مبحث ضمان آمده اند استناد کرد. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۸۱-۳۷۹)

۷-۵- رابطه ضامن با مضمون‌عنه

بر طبق ماده ۴۰۳ قانون تجارت، اثر اصلی درج شرط مسئولیت تضامنی میان ضامن و مضمون‌عنه این است که مضمون‌له حق رجوع به هر یک از آنان منفرداً و حق رجوع به هر دوی آنان را مجتمعاً بدست می‌آورد. از ماده ۴۰۲ نیز چنین برمی‌آید که مضمون‌له می‌تواند پیش از رجوع به مضمون‌عنه اصلی، مستقیماً به ضامن رجوع کند مگر آنکه رجوع مقدماتی به مضمون‌عنه اصلی در عقد ضمان شرط شده باشد. بنابراین در باب دهم قانون تجارت، مضمون‌له در رجوع به ضامن یا مضمون‌عنه اصلی اختیار دارد و این همان اثر ضمان ضم ذمه است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۶۰)

هرچند تعهد ضامن نسبت به تعهد مضمون‌عنه جنبه فرعی دارد با این حال برای ضامن یک تعهد شخصی است و زاییده عقد ضمان است. این تعهد از جهت منبع با تعهد مضمون‌عنه یکسان نیست. تعهد ضامن تابع شروط عادی ایجاد تعهد است. ضامن از ایراداتی که ناشی از اراده خود او هستند مثل عدم اهلیت و عیوب رضا برخوردار است.

۸-۵- حال شدن دین به علت فوت مضمون‌عنه

ممکن است دین مورد ضمان مدت‌دار باشد. در این صورت ضمان نیز مدت‌دار خواهد بود. به موجب ماده ۷۰۵ ق.م. ضمان مؤجل به فوت ضامن حال می‌شود. در این حالت اگر مضمون‌عنه پیش از سررسید پرداخت دین فوت کند و یا ورشکسته شود و دین مؤجل او حال گردد، این امر تأثیری نسبت به ضامن ندارد و ضامن قبل از سررسید دین اصلی ملزم به تأدیه نیست (ماده ۴۰۵ ق.ت) ولی بر طبق ماده ۴۰۶ ق.ت. ضمان حال از این قاعده مستثنی است؛ یعنی اگر دین اصلی مدت‌دار باشد و ضامن تعهد پرداخت نقدی آن را کرده باشد، در این صورت ضامن تعهد دارد که دین را پرداخت کند اگرچه هنوز سررسید دین اصلی نرسیده باشد. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۶۰)

علاوه بر آن در قراردادهای بانکی در صورت عدم پرداخت چند قسط از تسهیلات اعطایی به مشتری، دین مشتری حال می‌شود و بانک می‌تواند علیه مدیون و ضامن طرح دعوا نماید. لذا علاوه بر ماده ۴۰۵ و ۴۰۶ ق.ت، مطابق ماده ۱۰ ق.م. قرارداد خصوصی که مخالف قانون و نظم عمومی نباشد می‌توان حال بودن عقد ضمان را مشروط کرد. (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۱۰۰).

۹-۵- اقامه دعوی علیه مضمون‌عنه

تابع بودن تعهد ضامن در ضمان نقل ذمه نسبت به تعهد مضمون‌عنه اصلی نیازمند آن است که مضمون‌له ابتدا به مضمون‌عنه اصلی مراجعه و علیه او اقامه دعوی کند و هرگاه به علت اعسار مضمون‌عنه اصلی و یا عدم دسترسی به او امکان وصول طلب فراهم نگردد، به ضامن که به عنوان تضمین تعهد پرداخت کرده است مراجعه کند. بدین ترتیب مضمون‌له از آغاز حق رجوع به ضامن را ندارد و شرط اقامه دعوی قبلی علیه مضمون‌عنه یک امتیاز برای ضامن شمرده می‌شود. هرچند ماده ۴۰۲ ق.ت. مضمون‌له را ملزم به رجوع مقدماتی علیه مضمون‌عنه اصلی ندانسته و رجوع قبلی به مضمون‌عنه را منوط به شرط در ضمن عقد ضمان کرده است ولی این ماده وارد جزئیات نشده است.

بنابراین اگر در هنگام وقوع عقد ضمان چنین شرطی در آن نشده باشد مضمون‌له می‌تواند به طور مستقیم و بدون اقامه دعوی قبلی علیه مضمون‌عنه، علیه ضامن طرح دعوی کند. اگر ماده ۴۰۲ ق.ت. چنین تفسیر شود مشکلات عملی ناشی از اقامه دعوی

مقدماتی علیه مضمون‌عنه را برطرف می‌سازد زیرا وجود این امتیاز برای ضامن، نفع عملی عقد ضمان را تا حدود زیادی از بین می‌برد. ولی از سوی دیگر درج این شرط در عقد ضمان، ضمان نقل ذمه را به ضمان ضم ذمه نزدیک می‌سازد. در این صورت مضمون‌له می‌تواند علیه هر یک از ضامن و یا مضمون‌عنه اقامه دعوی کند (رودیجانی، ۱۳۸۷: ۷۷).

در موردی که رجوع مقدماتی به مضمون‌عنه اصلی در قرارداد ضمان شرط شده باشد جزئیات امر مانند اعسار آشکار مضمون‌عنه اصلی و یا غیبت وی و یا معرفی اموال مضمون‌عنه از طرف ضامن در باب دهم قانون تجارت پیش‌بینی نشده است ولی به لحاظ حفظ حقوق مضمون‌له و جلوگیری از طرح دعوی بیهوده می‌توان گفت ضامن نمی‌تواند بدون معرفی مال مضمون‌عنه اصلی و یا پرداخت هزینه دادرسی از این امتیاز استفاده کند. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۶۰)

۱۰-۵- بری شدن ضامن

با وقوع عقد ضمان، ضامن در مقابل مضمون‌له مسئولیت می‌یابد و همین امر یک تضمین برای مضمون‌له است. ولی ضامن به دلایل گوناگون از این مسئولیت بری می‌گردد. بری شدن ضامن از جهتی ناشی از ویژگی تبعی تعهد وی می‌باشد. اوضاع و احوالی که باعث سقوط تعهد مضمون‌عنه شود روی تعهد ضامن اثر می‌گذارد. افزون بر آن وثیقه بودن تعهد ضامن موجب می‌گردد در موارد گوناگونی دین بر ذمه مضمون‌عنه باقی بماند ولی ضمان ساقط گردد. با توجه به این ویژگی‌ها پاره‌ای از موارد مهم را که باعث سقوط ضمان می‌شوند به شرح زیر می‌باشد:

بری شدن مضمون‌عنه به علت اجرای تعهد

ابراء مضمون‌عنه از سوی مضمون‌له

بری شدن ضامن، به علت نقض قرارداد از سوی مضمون‌له (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۳).

۱۱-۵- خودداری مضمون‌له از تسلیم وثائق دین به ضامن

قبول تعهد از طرف ضامن هرچند به قصد ارفاق و کمک به مضمون‌عنه اصلی است ولی رایگان نیست. ضمان عقد معوض است. ضامن با پرداخت دین جانشین مضمون‌له می‌شود و باید بتواند به گونه مؤثر طلب خود را از مضمون‌عنه اصلی دریافت کند. تسلیم وثائق دین به ضامن شرط اصلی فراهم شدن موجبات این جانشینی است. در این صورت هرگاه مضمون‌له از تسلیم وثیقه به ضامن خودداری کند، حق جانشینی ضامن به خطر می‌افتد؛ همین امر باعث شده است که ماده ۴۱۰ ق.ت. امتناع مضمون‌له از تسلیم وثیقه به ضامن را در صورتی که دین با وثیقه باشد موجب بری شدن فوری ضامن بداند. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۶۷)

در رویه بانک‌ها تسلیم وثیقه به ضامن پیش‌بینی نشده است و در بیشتر مواقع تسلیم وثیقه دارای تشریفات می‌باشد لذا تا کنون چنین موضوعی صورت نگرفته است مگر این که از مضمون‌عنه وکالت داشته باشد؛ در غیر این صورت بانک‌ها الزامی برای در اختیار قرار دادن وثیقه و تضمینات مضمون‌عنه را به ضامن ندارند و فقط در جهت مراجعه ضامن به مضمون‌عنه، گواهی وصول اقساط بانکی یا وصول دین را به ضامن تسلیم می‌نماید.

۱۲-۵- تعدد ضامن

در پاره‌ای از موارد مضمون‌له تعهد ضامن را یک تضمین کافی نمی‌داند و درخواست می‌کند شخص دیگری از ضامن ضمانت کند و گاهی مضمون‌له از ابتدا از مضمون‌عنه درخواست معرفی چندین ضامن می‌کند. رابطه ضامن‌های متعدد در دو حالت مزبور باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرند. (بازگیر، ۱۳۹۲: ۶۱)

۱۲-۵-۱- ضمان از ضامن

ضمان از ضامن یک ضمان فرعی و تبعی است به این معنی که ضامن دوم تعهد ضامن اول را تضمین می‌کند و در صورتی که ضامن اول به تعهد خود عمل نکرد مضمون‌له می‌تواند به ضامن دوم رجوع کند. بدین ترتیب در این نوع از ضمان همان نظریات حقوقی نقل ذمه یا ضم ذمه قابل طرح است. ماده ۷۲۲ قانون مدنی در این مورد نیز از نظریه نقل ذمه پیروی کرده است. بر پایه این ماده ضامن دوم فقط با ضامن اول رابطه دارد تا مضمون‌عنه اصلی؛ زیرا فرض قانون مدنی این است که با وقوع ضمان اول، ذمه مضمون‌عنه اصلی بری شده است و با وقوع ضمان دوم نیز ضامن اول بری می‌شود. بنابراین اگر ضامن دوم بدهی را به مضمون‌له پرداخت کند، فقط حق رجوع به ضامن اول برای او پیش‌بینی شده است.

ولی بر پایه نظریه ضم ذمه تعهد ضامن دوم نسبت به ضامن اول جنبه تبعی دارد و در صورت عدم پرداخت دین توسط ضامن اول، هرگاه ضامن دوم دین را پرداخت کند می‌تواند به هر یک از ضامن اول و یا مضمون‌عنه رجوع کند. (اباذری، ۱۳۸۳: ۱۵۳)

در رویه بانک‌ها ضامن اول و دوم و سوم معنی ندارد و در واقع مسئولیت هر کدام یکسان است و بانک در مراجعه به آنها ملزم به رعایت ترتیب نیست؛ یعنی ترتیبی وجود ندارد و بانک می‌تواند به هر کدام که بخواهد رجوع نماید و حتی الزامی برای رجوع به مدیون هم نیست. بر اساس ماده ۴۰۲ قانون تجارت، رابطه ضامن دوم و اول و مضمون‌عنه تابع همان اصولی است که در مورد ضامن اول بیان گردید. بنابراین اگر ضامن دوم بر اساس ضم ذمه یا ضامن اول قبول تعهد کرده باشد، در این صورت مضمون‌له می‌تواند به هر یک از ضامن نخست و دوم طبق ماده ۴۰۲ رجوع کند و رجوع مقدماتی به ضامن اول در صورتی برای مضمون‌له الزامی است که چنین ترتیبی در عقد ضمان شرط شده باشد. (انصاری، ۱۳۹۱: ۷۹)

۱۲-۵-۲- ضمان چند شخص از مضمون‌عنه

در موردی که چند شخص در یک عقد، ضامن مضمون‌عنه اصلی می‌شوند، ترتیب ضمان آنان ممکن است حالات مختلفی داشته باشد. این حالات نیز تحت تأثیر نظریات حقوقی مربوط به عقد ضمان است که به دلیل سکوت مقررات باب دهم قانون تجارت باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرند.

۱۲-۵-۳- ضمان چند شخص به شیوه تسهیم یا نسبی

در این مورد هر یک از چند شخص که سهمی از دین را به عهده می‌گیرند تعهد آنان در برابر مضمون‌له، نسبی است. ماده ۷۲۱ قانون مدنی بر پایه اصل نسبی بودن تعهدات گروهی می‌گوید هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون‌له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد. در فقه نیز در موردی که اشخاص متعدد

ضامن پرداخت یک دین می‌شوند، اصل بر نسبی بودن تعهد هر یک از این اشخاص در برابر مضمون‌له است. بنابراین اگر دو شخص ضامن یک دین شوند هر یک از آنان تعهد پرداخت نیم از دین را دارد، زیرا این دو شخص در قبول تعهد مساوی هستند و دین مورد ضمان نیز قابل تجزیه می‌باشد و اگر سه شخص ضامن دین مضمون‌عنه شوند هر یک ضامن یک سوم از آن خواهد بود. در فقه ضمان چند شخص بطور نسبی، «ضمان اشتراک» نامیده شده است (اسکینی، ۱۳۹۲: ۱۰۳)، زیرا اشخاص متعدد باید در پرداخت دین مضمون‌عنه اصلی مشارکت کنند. بنابراین هنگامی که چند شخص بدون شرط مسئولیت تضامنی، ضامن پرداخت بدهی مضمون‌عنه اصلی می‌شوند، اصل نسبی بودن تعهدات گروهی موجب می‌شود که هر یک از آنان فقط ضامن پرداخت بخشی از دین به قدر سهم خود باشد و مسئولیتی نسبت به سهم دیگر اشخاصی که ضامن شده‌اند نداشته باشد. بنابراین اگر دیگر ضامنین از پرداخت سهم خود امتناع کنند ضامن دیگر باید پاسخ‌گوی سهم آنان باشد. این روش ضمان نسبی را تا حدودی به ضمان تضامنی نزدیک می‌سازد. در ضمان بطور نسبی هر یک از این اشخاص علی‌الاصول پس از پرداخت، حق رجوع به مضمون‌عنه اصلی را به همان اندازه‌ای که پرداخت کرده است بدست می‌آورد. این نتیجه‌گیری منطبق با ماده ۷۲۱ و ۷۰۹ قانون مدنی است. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۸۷).

۴-۱۲-۵- ضمان چند شخص به شیوه تضامنی

در موردی که چند شخص ضامن پرداخت بدهی مضمون‌عنه می‌شوند، ممکن است مسئولیت تضامنی بین آنان با یکدیگر و بین آنان با مضمون‌عنه برقرار گردد. شرط ضمان تضامنی در این مورد بر طبق مفهوم مخالف ماده ۷۲۱ و نیز ماده ۴۰۳ قانون تجارت صحیح می‌باشد. این حالت از ضمان تضامنی در فقه پیش‌بینی شده و در اصطلاح «ضمان اشتراک و انفراد» نامیده شده است. بر پایه مسئولیت تضامنی ضامن‌ها، مضمون‌له می‌تواند به هر یک از آنان برای دریافت تمام طلب رجوع کند. این امتیاز موجب می‌شود که هرگاه مضمون‌له به یکی از ضامن‌ها رجوع کند، او درخواست تقسیم بدهی مورد ضمان را به نسبت سهم هر یک از ضامن‌ها بنماید. در قوانین ما هنگامی که مسئولیت تضامنی بین ضامن‌های متعدد وجود دارد، امتیاز تقسیم برای آنان پذیرفته شده است. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۸۹)

به هر حال هنگامی که یکی از ضامن‌های متعدد کل بدهی را پرداخت می‌کند، بر پایه قاعده کلی از حیث رجوع به ضامن یا ضامن‌های دیگر، دین تضامنی به دین نسبی تبدیل می‌شود. با این حال در این مورد نیز بدهی میان ضامن‌های غیرمعسر سرشکن می‌شود؛ به عبارت دیگر مسئولیت اعسار یکی از ضامن‌ها باید میان دیگر ضامنین سرشکن شود و ضامنی که نخست همه دین را به بستانکار پرداخته است نباید به تنهایی نتایج این اعسار را متحمل گردد. (امامی، ۱۳۸۹: ۵۷)

در حقوق ما این نوع ضمان بر حسب مورد مشمول مقررات باب دهم قانون تجارت است. هرچند ضامن‌های متعدد در این مورد ارتباطی با یکدیگر نداشته‌اند ولی از آنجا که همگی آنان پاسخ‌گوی دین مضمون‌عنه اصلی بوده‌اند بر پایه نظریه ضم ذمه، رجوع ضامنی که تمام دین را به مضمون‌عنه پرداخت می‌کند به دیگر ضامن‌ها محل قانونی ندارد. در بانک‌ها نیز با توجه به این که ضمان یک وثیقه شخصی است و ضامن نیز همانند مضمون‌عنه اصلی در معرض اعسار قرار می‌گیرد، به همین دلیل بانک‌ها خصوصاً در اعطای تسهیلات با مبلغ بالا (به طور معمول از یکصد میلیون ریال به بالا) تضمین عینی (وثیقه) را بر ضامن ترجیح می‌دهند. بخش بزرگی از خرید کالاها و تولیدات از طریق وام‌های مصرفی انجام می‌شود و این وام‌ها با گرفتن ضامن پرداخت می‌گردند. هم چنین بانک‌ها به هنگام باز کردن حساب جاری برای مشتریان خود معرف از آنان مطالبه می‌نمایند.

نتیجه‌گیری

بر اساس مطالب مطروحه در این تحقیق، ضمان عقدی است که به موجب آن ضامن آنچه را که در برابر مضمون‌له (طلب‌کار) بر ذمه مضمون‌عنه (مدیون اصلی) قرار داشته بر عهده می‌گیرد؛ ضامن به قصد احسان از مضمون‌عنه، ضمانت می‌کند. در قانون مدنی ایران عقد ضمان آن‌طور که هم‌اکنون در بین عموم رایج است، نمی‌باشد. زیرا معمولاً ضامن به عنوان پشتوانه و تضمینی برای مضمون‌له می‌باشد، به این صورت که مضمون‌له علاوه بر مدیونیت مضمون‌عنه در جهت اطمینان از وصول طلب خویش، ذمه شخص دیگری را ضمیمه ذمه مضمون‌عنه می‌نماید که بعد از مراجعه به مضمون‌عنه در صورت عدم پرداخت بتواند از ضامن دریافت کند.

با تصویب ماده ۴۰۲ ق.ت و استقبال اشخاص از این نظریه، نقل ذمه به فراموشی سپرده شد به گونه‌ای که در حال حاضر با عنایت به رویه عملی اشخاص و پیروی از مقررات قانون تجارت، مقررات قانون مدنی مبتنی بر نقل ذمه به ذمه، نسخ ضمنی و عملی گردیده است. به‌طوری که در بیشتر موارد مردم عادی هم در مسائل تجاری خود حتی در دریافت چک در صورت نیاز از فردی ظهرنویسی می‌گیرند؛ در واقع با ظهرنویسی، ضامن به مسئول پرداخت چک ضمیمه می‌گردد و دارنده چک می‌تواند به هر کدام از آن‌ها به صورت منفرد یا مجتمعه رجوع نماید. بانک‌ها هم از این قاعده مستثنی نبوده و با عمل به این ماده قانونی و قرارداد خصوصی (ماده ۱۰ ق.م) مابین مشتریان تنظیم و به موجب آن نظریه ضم ذمه را اعمال می‌کنند.

منابع

۱. اباذری فومشی، منصور، (۱۳۸۳)، نحوه عملی تنظیم و نگارش انواع عقد ضمان، تهران، انتشارات سپهر ادب.
۲. اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۲)، حقوق تجارت، جلد اول، تهران، انتشارات سمت، چاپ یازدهم.
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۸۹)، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و یکم.
۴. انصاری، مسعود و همکاران، ۱۳۹۱، دانشنامه حقوق خصوصی، انتشارات محراب، چاپ دوم، تهران.
۵. بازگیر، دا...، ۱۳۸۵، وکالت و عقد ضمان و احکام راجع به آنها، انتشارات فردوسی، چاپ دوم.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۴، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۱، ضمان عقدی در حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۸. خمینی، سید روح ا...، بی تا، ترجمه تحریر الوسيله.
۹. دمرچیلی، محمد، ۱۳۸۸، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ پنجم.
۱۰. رودیجانی، محمد مجتبی، ۱۳۸۷، حقوق مدنی ۷ (عقود معین اذنی و وثیقه‌ای)، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، چاپ اول.
۱۱. ره‌پیک، ناصر، ۱۳۹۵، حقوق مدنی عقود معین ۲، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول.
۱۲. صفایی، سید حسین، ۱۳۸۴، قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم، نشر میزان، چاپ دوم.
۱۳. عرفانی، محمود، ۱۳۸۰، حقوق تجارت، جلد اول، انتشارات واحد فوق برنامه بخش فرهنگی دفتر مرکزی جهاد دانشگاهی، چاپ سوم.
۱۴. عمید، حسن، ۱۳۸۹، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات صدای معاصر، چاپ اول.
۱۵. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۹، موجبات ضمان، تهران، انتشارات میزان، چاپ دوم.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱، حقوق مدنی (عقود اذنی، وثیقه‌های دین)، جلد دوم، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، حقوق مدنی، عقود معین، جلد دوم، انتشارات میزان، چاپ دوم.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ نهم.
۱۹. کاشانی، سید محمود، تابستان ۱۳۸۸، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، انتشارات ویژه میزان، چاپ اول.
۲۰. مدنی، جلال الدین، ۱۳۸۹، حقوق مدنی (عقود معین)، جلد پنجم، تهران، انتشارات پایدار، چاپ هفتم.
۲۱. معین، محمد، ۱۳۸۱، فرهنگ فارسی معین، تهران، انتشارات سرایش، چاپ یازدهم.