

## مفهوم‌شناسی عقد ضمان با رویکرد رفع تعارض ماده‌ی ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت<sup>۱</sup>

راضیه امینی \*

حسین ناصری مقدم \*\*

### چکیده

مبحث ضمان که در دو سطح از قوانین؛ قانون مدنی و قانون تجارت، نمود دارد یکی از مباحث اساسی فقه مدنی بوده که در باب نقل یا تضامن همواره چالش‌هایی را در پی داشته است و اختلاف نظر فقها در این مورد، در قوانین موضوعه کشور نیز نمود پیدا کرده و تعارضی بین مواد قانونی بوجود آورده است. تحلیل و بررسی این موضوع و کشف ماهیت ذاتی عقد ضمان در فقه اسلامی می‌تواند راهگشای حل تعارض این دو ماده‌ی قانونی باشد. این مقاله درصدد است با بررسی آراء فقهای بزرگ امامیه و اهل سنت و ارزیابی ادله با روش تحلیلی به حل تعارض بپردازد، از نتایج بحث اینکه علاوه بر رد اجماع، دلایلی که فریقین برای اثبات نظر خود ارائه داده بودند قوی و مثبت رأی آنها نبود؛ لذا می‌توان گفت ماهیت و ذات عقد ضمان، نه اقتضای نقل ذمه را دارد و نه ضم ذمه را، بلکه مقتضای ذاتی این عقد، ایجاد تعهد است؛ با این تفصیل پذیرش هر یک از این دو رأی در ضمن عقد و توافق بر آنها می‌تواند صحیح باشد. از منظر حقوقی نیز ضمان بحث مدنی است و در قانون تجارت مفاد آن تکمیل شده است و اختصاص به قانون تجارت ندارد بلکه تکمله‌ای بر مواد قانون مدنی است.

**کلید واژه‌ها:** ضمان، فقه مدنی، قانون مدنی، قانون تجارت، نقل ذمه، ضم ذمه.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۹/۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱/۲۶

\* دانشجوی دکتری فقه و میانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

\*\* دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسؤول) [Naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir](mailto:Naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir)

## ۱- مقدمه

مبحث ضمان عقدی، یکی از مسائل چالش برانگیز فقه و حقوق اسلامی است و از آنجا که امنیت اقتصادی افراد و مشاغل، وابسته به آن است و نقش مهمی در تسهیل معاملات و سرعت جریان امور بازرگانی دارد، باید با حساسیت و دقت بیشتری مورد بررسی قرار گیرد. این عقد آثاری دارد که در ابعاد مختلف نقش ایفا می‌کند یکی از مهمترین این آثار نقل یا ضم بودن آن است که در این باره تشتت آرای میان فقهای امامیه، عامه و حقوق موضوعه وجود دارد.

نظر به اینکه روابط تجاری ایجاب می‌کند که معاملات و تعهدات بازرگانی هر چه بیشتر پشتوانه‌ی قوی داشته باشد تا امور بازرگانی با اطمینان کافی انجام شود در همین راستا در قوانین تجارت مقررات خاصی درباره آن وضع گشته، چنانکه قانونگذار ایران نیز با اینکه در قانون مدنی مطابق نظر فقهای امامیه ضمان را مفید نقل ذمه به ذمه دانسته است، مع هذا در قانون تجارت ضمان را مقتضی ضم ذمه به ذمه قرار داده که این شبهه را بوجود آورده که بین قانون‌گذاری وضعی و شرعی تفاوت وجود دارد. تحلیل و بررسی، نقد و یا جمع میان این دو نظریه، برای رفع این شبهه امری است اجتناب‌ناپذیر؛ بنابراین با توجه به لزوم هماهنگی قوانین موضوعه با فقه اسلامی این پژوهش درصدد است با بررسی و نقد مستندات دو نظریه نقل و ضم ذمه در حد توان به این سؤال پاسخ دهد که تعارض موجود میان فقیهان اسلامی از یک سو و قانون مدنی و قانون تجارت از سوی دیگر، به چه صورت توجیه است، بدین ترتیب گشایشی علمی در مسأله ارائه دهد. فرضیه این پژوهش این است که هر یک از این دو نظر نقاط ضعف و قوتی دارند و نقل و ضم ذمه، مقتضای ذات عقد ضمان نیست، بنابراین ضمانت تجارتنی با مبانی فقهی امامیه در باب ضمان که در قانون مدنی بدان تصریح شده، مخالفی ندارد.

برای ورود به بحث و رسیدن به مقصود مورد نظر لازم است در ابتدا مفهوم لغوی و اصطلاحی ضمان مورد بررسی قرار گیرد.

## ۲- معنای لغوی «ضمان»

واژه‌ی «ضمان» از ریشه‌ی «ضمن» مشتق شده است که در لغتنامه‌های عربی به معنای «کفالت آن را به عهده گرفت» است (زبیدی، ۱۹۶۵، ۳۵، ۳۳۳). بعضی معتقدند این واژه برگرفته از ریشه‌ی «ضم» است که از نگاه اشتقاقی نادرست است (همان، ۳۳۹) زیرا حرف نون موجود در ضمان اصلی است و این

حرف در ریشه‌ی «ضم» وجود ندارد، لذا دو واژه‌ی متفاوت هستند (فیومی، ۲، ۳۶۴). در حدیث نبوی نیز این واژه در معنای لغوی خود به کار رفته است آن جا که می‌فرمایند: «کسی که در راه خداوند جان خود را از دست دهد، خداوند ضمانت می‌کند که وی را به بهشت داخل گرداند» (ابن منظور، ۲۸، ۲۶۱۰)، در اینجا منظور از واژه ضمان، حفظ و رعایت است نه ضمان به معنای غرامت. «ضَمَّنْتُ الشَّيْءَ فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي»؛ یعنی او را بدهکار کردم و وی پرداخت آن را ضمانت کرد (فیروزآبادی، ۲۰۰۵، ۱۲۱۲)، در این عبارت معنای دیگر این واژه، یعنی پذیرفتن غرامت و الزام به پرداخت آن ذکر شده است. «هر چه را در ظرفی قرار دهی در واقع ظرف او را دربر گرفته و ضامن آن است» (جوهری، ۱۹۹۰، ۶، ۲۱۵۵)، جوهری در این عبارت جنبه شمولی این واژه را بیان می‌کند لذا می‌گوید: «ظرف دربرگیرنده‌ی هر آن چیزی است که در وی قرار بگیرد». کفاله از آن رو ضمان نامیده شده که وقتی فردی چیزی را ضمانت می‌کند، این تعهد، ذمه او را در بر می‌گیرد (ابن فارس، ۳، ۳۷۲).

بنابر آنچه گفته شد، ضمان در کتب لغت از ریشه ضمن و به معنای کفالت، حفظ و رعایت، غرامت و التزام و در برگیرندگی است.

### ۳- «ضمان» در اصطلاح فقهی

معنای اصطلاحی ضمان برگرفته از معنای لغوی و هم راستا با آن است و به معنای، «تعهدی اعتباری است که از منظر عرف و عقلا، اثبات شیء بر ذمه می‌کند» و فرقی نمی‌کند که مضمون عین خارجی باشد یا کلی در ذمه (مشکینی، ۳۵۰).

این واژه نزد فقهای امامیه به معنای «عقدی است که به منظور تعهد به نفس یا مال تشریح شده است» (سعدی، ۱۴۰۸، ۱، ۲۲۵)، و سه قسم دارد: «ضمان، حواله و کفالت» (حلی، ۱، ۲۲۰). برخی از فقهاء وقتی واژه ضمان را به صورت مطلق به کار می‌برند منظورشان ضم ذمه به ذمه است که در این حالت با کفالت یکی می‌شود، عده‌ای دیگر میان این دو اصطلاح تفاوت قائل شده و معتقدند کفالت برای جسم و ضمان برای مال است و گروه آخر این واژه را برای پرداخت عوض اموال تلف شده، مغضوب و معیوب بکار می‌برند (محمود، ۲، ۴۱۴)، که ضمان قهری نامیده می‌شود. در لمعه ضمان اینگونه تعریف شده است: «تعهد به پرداخت مال از جانب فرد بریء الذمه» (عاملی، ۱۴۱۰، ۱۳۵).

با توجه به مباحث ارائه شده می‌توان نتیجه گرفت ضمان در ادبیات فقها دارای دو معنای عام و خاص است؛ معنای عام آن «تعهد به نفس یا مال است که اعم از ضمان و حواله و کفالت است» و در معنای خاص «تعهد فرد بری الذمه نسبت به ذمه‌ی دیگری است».

### ۳-۱- «ضمان» در اصطلاح حقوقی

ضمان در میان حقوق‌دانان، به سه معنا به کار می‌رود:

#### ۳-۱-۱- ضمان عقدی

عقدی است که بر اثر آن فرد، مالی که به ذمه‌ی دیگری بوده و خود از آن بری الذمه است را به عهده می‌گیرد (لنگرودی، ۱۳۵۲: ۱۳۷). در ماده‌ی ۶۸۴ قانون مدنی آمده است: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی، مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند».

#### ۳-۱-۲- ضمان قهری

تعهداتی است که بدون رضایت متعهد و به حکم قانون، بر شخص تحمیل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۳۳). در ماده ۳۰۷ قانون مدنی، اموری که موجب ضمان قهری می‌شوند اینگونه معرفی شده‌اند: ۱- غصب و آنچه که در حکم غصب است. ۲- اتلاف. ۳- تسبیب. ۴- استیفاء.

#### ۳-۱-۳- ضمان معاوضی

این نوع ضمان ناشی از قرارداد است (طاهری، ۱۳۷۵، ۲، ۲۱۲) که در آن هر یک از بایع و مشتری متعهد می‌شوند که مبیع و ثمن را به قبض هم درآورند، چنانچه قبل از قبض، یکی از دو عوض تلف شود، بایع و مشتری ضامن درک آن می‌باشند. در ماده‌ی ۶۷۹ قانون مدنی آمده است: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر در آمدن آن جایز است».

#### ۳-۱-۴- تعارض عقد ضمان در قانون مدنی و قانون تجارت

همانطور که پیش از این بیان شد بحث ضمان در قانون مدنی تحت سه عنوان مورد بحث و بررسی

قرار گرفته است؛ ضمان عقدی، قهری و معاوضی. آنچه در این تحقیق مد نظر است همان مورد اول است. در ماده ۶۸۴ قانون مدنی آمده است: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی، مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند». در ادامه و در ماده ۶۹۸ تصریح شده: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه‌ی مضمون‌عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود» (همان، ۱۲۲). آنچه از این ماده برداشت می‌شود این است که طبق قانون مدنی، مدیون اصلی از چرخه معامله خارج می‌شود و مضمون‌له، باید طلب خود را از ضامن مطالبه کند که در اصطلاح فقه نقل ذمه به ذمه نامیده می‌شود.

اما در ماده‌ی ۴۰۳ قانون تجارت بیان شده است: «در کلیه‌ی مواردی که به موجب قانون یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعا رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آن‌ها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید». وقتی مضمون‌له قادر به رجوع به هر یک از مضمون‌عنه و ضامن باشد پس می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که مضمون‌عنه بری الذمه نمی‌شود بلکه هر دو با هم ملزم به پرداخت هستند که در اصطلاح فقهی ضمّ ذمه به ذمه نامیده می‌شود.

#### ۴- تحلیل و بررسی تعارض ماده ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت در فقه و

##### حقوق

نظر به اینکه تعارض میان ماده‌های قانون مدنی و قانون تجارت در عقد ضمان، به یک بحث فقهی تحت عنوان نقل و ضمّ ذمه باز می‌گردد، لذا ضروری است در ابتدا این عقد از منظر فقهی مورد کنکاش و بررسی قرار گیرد و به تضارب آرای علما در این باب پرداخته شود و سپس این مبحث از دیدگاه حقوق دانان بررسی شود.

#### ۴-۱- بررسی فقهی ماهیت عقد ضمان

اغلب فقهای امامیه معتقد به نقل ذمه به ذمه می‌باشند در حالیکه فقهای عامه غالباً در بحث ضمان قائل به ضم ذمه به ذمه هستند. طبق نظر فقهای امامیه، عقد ضمان باعث می‌شود تا ضامن مرجع مضمون‌له باشد و دین از ذمه‌ی مضمون‌عنه به وی منتقل می‌گردد، اما از نگاه فقهای عامه و تعدادی از

علمای امامیه در این عقد، مضمون‌عنه از چرخه‌ی معامله خارج نمی‌شود و مضمون‌له می‌تواند به هر یک از ضامن و مضمون‌عنه و یا هر دو مراجعه کرده و طلب دین کند.

در ادامه ضمن بررسی این دو مقوله در فقه اسلامی، سعی می‌شود دلایل طرفین بیان شود و پیشنهادهاتی جهت رفع تعارض، جمع بین دو ماده و یا توضیح آن‌ها بیان شود.

#### ۴-۱-۱- ادله‌ی قائلین به نقل ذمه

فقه‌های امامیه برای اثبات مدعای خود، به چهار دلیل: «لغوی، سنت، عقل و اجماع»، استناد می‌کنند؛ که هر یک به طور مختصر بیان می‌شود:

##### الف) دلیل لغوی

در بحث لغوی «ضمان» اشاره شد که ریشه این واژه متشکل از سه حرف «ض، م، ن» می‌باشد لذا فقه‌های امامیه نتیجه می‌گیرند عقد ضمان سبب می‌شود که ذمه‌ی مدیون اصلی، ضمن ذمه‌ی ضامن قرار گیرد و لذا ذمه‌ی ضامن متضمن و دربرگیرنده‌ی حق می‌شود. در میان فقه‌های عامه هم این اشتقاق مورد پذیرش قرار گرفته است. البته تعدادی از فقها معتقدند که ریشه آن، «ض، م، م» می‌باشد (محقق داماد، ۱۱۹-۱۱۸).

##### ب) سنت

در باب احادیث، فقه‌های امامیه به چند نمونه حدیث اشاره می‌کنند که مشهورترین آن‌ها حدیثی است که در آن نقل شده: جنازه‌ای را به مسجد النبی (ص) آوردند تا آن حضرت نماز میت را ادا کند. ایشان رو به جمع کرده و پرسیدند آیا وی دینی بر گردن دارد؟ پاسخ دادند: آری ۲ درهم. پیامبر اسلام فرمودند پس خودتان بر او نماز بخوانید. در این هنگام حضرت علی (ع) دین او را پذیرفته و فرمود: «ضَمِنْتُهُمَا عَنْهُ» و پیامبر (ص) در پاسخ اینگونه فرمودند: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» و سپس بر وی نماز گزاردند (احسانی، ۱۴۰۵، ۳، ۱۹۹)، این حدیث از این رو مورد استناد فقه‌های امامیه است که با پذیرش دین از جانب امام علی (ع)، گویا دین به ایشان منتقل شد و دلیل عدم ادای نماز جنازه بر وی از جانب پیامبر (ص) منتفی گشت و این مصداق بارز نقل ذمه به ذمه است. چه اینکه اگر این نقل صورت نمی‌گرفت همچنان مدیون بود و آن حضرت بر وی نماز نمی‌خواند.

روایت دیگری که به آن استناد می‌شود این حدیث نبوی است که: «الزعیم غارم» (راوندی، ۱۴۰۵، ۱، ۳۸۸) ظاهرش این است که ضامن مختص به غرامت شده است چرا که خبر در معنای انشاء است و ظهور آن در مکان وصف است (عاملی، ۱۴۱۹، ۱۶، ۳۴۴).

### ج) عقل

آنچه در این زمینه مطرح است این است که اشتغال دو ذمه در آن واحد نسبت به یک دین و برای یک طلبکار عقلاً قابل تصور نیست (ابن باقر، ۱۳۹۴، ۲۶، ۱۱۳)، پس همانطور که یک شیء در دو محل استقرار نمی‌یابد، یک دین نیز بر دو ذمه مشغول نمی‌شود (باقری، ۱۳۸۲، ۲۷).

### د) اجماع

برخی از فقهای امامیه مانند صاحب جواهر (ابن باقر، ۱۳۹۴، ۲۶، ۱۲۷) در مورد نقل ذمه به ذمه ادعای اجماع کرده و این امر را کاشف از رأی معصوم می‌داند.

## ۴-۱-۲- ادله‌ی قائلین به ضمّ ذمه

اغلب فقهای عامه در بحث ضمان قائل به ضمّ ذمه به ذمه هستند. به این معنا که مدیون اصلی بری الذمه نمی‌شود بلکه ضامن به او اضافه می‌شود و مضمون له برای وصول طلب خود می‌تواند به هر یک از دو طرف مراجعه نماید. ابن نجیم در بحر الرقائق، کفاله را که هم معنای ضمان است، اینگونه تعریف می‌کند: «هی ضمّ ذمه الکفیل إلی ذمه الاصل فی المطالبه» (ابن نجیم، ۱۹۹۷، ۶، ۱۴۱).

احناف کفاله را اینگونه تعریف کرده‌اند: «ملحق کردن ذمه ضامن به ذمه مدیون در مطالبه» (حفصکی، ۲۰۰۲، ۴۵۱). برخی از فقها، ثبوت حق را نیز برای ضمانت ضامن از مضمون عنه شرط قرار داده‌اند و بیان می‌دارند که بعد از ثبوت حق است که طلبکار می‌تواند برای دریافت حق خود به هر یک از اصیل یا کفیل مراجعه کند، گویا ضمّ ذمه بعد از ثبوت حق طلبکار از مضمون عنه صورت می‌گیرد. به این صورت نظر اول شاهد بر ترتیب طولی و نظر دوم ناظر بر ترتیب عرضی پرداخت دین می‌باشد.

فقهای عامه برای اثبات نظر خود به دلایل روایی و عقلی استناد می‌کنند که به صورت مختصر بیان می‌شود.

### الف) سنت

یکی از روایاتی که فقهای اهل سنت به آن استناد می‌کنند حدیث جابر بن عبدالله انصاری است با این

مضمون: «پیامبر هیچگاه بر شخصی که مدیون از دنیا می‌رفت نماز نمی‌خواند. یک بار جنازه‌ای را به محضر ایشان برای ادای نماز حاضر کردند و ایشان پرسیدند آیا وی دینی به گردن دارد؟ گفتند آری او دو دینار بدهکار است. حضرت فرمودند خودتان بر او نماز بگذارید. ابوقتاده گفت آن دو دینار را من پرداخت می‌کنم. آن حضرت پس از پرداخت دین توسط ابوقتاده فرمودند: «الآن بردت جلدته» (الصنعانی، ۲۰۱۱، ۳، ۱۵). فقهای عامه با استناد به این حدیث می‌گویند صرف پذیرش دین باعث برائت ذمه‌ی مدیون نشد بلکه پس از پرداخت دین توسط ضامن، مدیون بری شد که خود نشان از ضم ذمه دارد نه نقل آن.

حدیث دومی هم که به آن استناد می‌شود در همین مضمون است. پیامبر اسلام می‌فرماید: «نفس مؤمن تا زمانی که دینش پرداخت نشود در گرو آن دین است» (الرافعی، ۲۰۰۷، ۴، ۲۳۶) این حدیث نیز به باور این دسته از فقها نشان از ضم ذمه به ذمه دارد زیرا اگر نقل مد نظر بود به صرف پذیرش دین از جانب ضامن، مدیون اصلی باید بری الذمه می‌شد، حال آنکه در این عبارت خلاف آن مشاهده می‌شود.

### ب) عقل

از نگاه فقهای عامه فلسفه‌ی تشریح ضمان این است که ضمانتی برای بازپرداخت دین توسط مدیون باشد (سرخسی، ۳۰، ۱۰۴)، لذا در ضم ذمه به ذمه، در واقع ضامن برای تأمین ضمانت بازپرداخت به میدان می‌آید، به این صورت که اگر مدیون از پرداخت دین معذور بود یا استنکاف نمود، ضامن جای خالی آن را پر کند. اما چنانچه به جای ضم، نقل صورت گیرد باری دیگر مضمون‌له با یک طرف در ارتباط است که در این صورت هم در صورت اعسار یا استنکاف باعث ضرر دیدن مضمون‌له می‌شود. به این ترتیب حصول اطمینان که هدف اصلی است با خدشه مواجه می‌شود.

### ۴-۱-۳- تحلیل و بررسی ادله‌ی فریقین

همانطور که اشاره شد، فقهای امامیه به ۴ دلیل برای اثبات نظریه نقل ذمه در بحث ضمان استناد می‌کنند. در این قسمت ضمن تحلیل و بررسی ادله‌ی مطرح شده به نقد آنها می‌پردازیم.

### الف) دلیل لغوی

اولین دلیل مربوط به تحلیل لغوی واژه‌ی ضمان بود. با نگاهی مختصر به تحلیل لغوی ارائه شده در ابتدای این پژوهش درمی‌یابیم که هیچ یک از زبانشناسان و صاحبان معاجم نیز ریشه‌ای جز «ض، م، ن» برای این واژه متصور نشده‌اند. لذا اختلافی در باب ریشه‌شناسی نیست و بی‌شک کسانی که معتقدند این



واژه از ریشه‌ی «ض، م، م» است به خطا رفته‌اند. از همین رو عده‌ای از فقیهان اهل سنت، اشتقاق ضمان را از ضمن پذیرفته‌اند؛ هر چند در عقیده خود نسبت به ناقل نبودن ضمان، پافشاری می‌کنند (جزیری، ۲۰۰۳، ۳، ۲۲۳). به هر حال این قضیه نمی‌تواند مثبت نقل ذمه باشد. کما اینکه اگر تصور این است که فقهای عامه ضمان را به ضم ترجمه کرده‌اند نیز از باب تقارب معنایی این واژه با کفالت است.

### ب) سنت

در باب ادله‌ی روایی فقهای امامیه، می‌توان گفت به واسطه‌ی کوتاه‌بودن دست میت از این دنیا به صورت قهری دین به ضامن منتقل می‌شود لذا این روایات نمی‌تواند شاهد مناسبی برای اثبات مدعی نقل ذمه باشد. روایت دوم مورد استناد این تعداد از فقهای اسلامی نیز معطوف به حدیث «الزعیم غارم» بود که بیان داشتند جمله وصفیه است، حال آنکه شرایط جمله وصفیه از قبیل ذکر موضوع و در پی آمدن وصف برای آن را ندارد. حتی اگر وصفیه بودن این جمله اثبات می‌شد از آنجا که نزد بسیاری فقها مفهوم وصف حجت نیست (تولیت، ۴۸) باز هم نمی‌توانست مستمسک مناسبی برای اثبات مدعی مورد نظر باشد.

### ج) عقل

در استدلال عقلی برای اثبات نقل ذمه، شاهد قیاس مع الفارق هستیم به این صورت که عالم تشریح با عالم تکوین مقایسه شده، حال آنکه هر کدام ویژگی‌های خود را دارند مخصوصاً اینکه عالم تشریح تسلیم و تابع شارع مقدس است اما عالم تکوین تابع روابط علی و معلولی. علاوه بر این نقیض استناد عقلی در واجب کفایی مشهود است زیرا در این نوع از واجب، ذمه‌های مختلف مشغول یک امر هستند. بنابراین دلیل عقلی قائلین به نقل چندان قوی نیست. مثلاً در این مسأله: «حسن صد هزار تومان به علی بدهکار است و حسین ضامن حسن می‌شود» دو حالت قابل تصور است:

حالت (۱) بگوییم هر دو به صورت ضم بدهکارند به این معنا که حسن صد هزار تومان بر ذمه‌اش باشد و حسین هم صد هزار تومان. در این حال در مقابل صد هزار تومان طلب علی، دویست هزار تومان بدهی قرار گرفته که عقلایی نیست.

حالت (۲) هم حسن و هم حسین متعهد به پرداخت بدهی هستند اما به صورت علی البدل یعنی در مقابل صد هزار تومان طلب علی، صد هزار تومان به او بدهکارند اما اگر یکی از آنها آن را پرداخت کرد ذمه دیگری هم بری می‌شود. با این تفاوت که سبب التزام حسن دین اوست و سبب التزام حسین عقد ضمان است. لذا دو سبب متفاوت موجب ایجاد دو اثر شده‌اند.

دیگر اینکه طبق نظر معتقدین به نقل، معنای عقلایی نبودن ضم ذمه چیست؟ مگر نه اینکه عمده فقهای اهل سنت و برخی فقهای امامیه قائل به ضم ذمه‌اند؟ مگر این فقها جزء عقلا محسوب نمی‌شوند. نکته دیگر اینکه در فقه نمونه این حالت را داریم که یک تعهد می‌تواند بر دو ذمه قرار گیرد؛ نماز پدر پس از مرگش بر ذمه پسر بزرگش می‌باشد. اگر فرزند انجام ندهد هم فرزند معصیت کرده هم پدر. مثال دیگر بحث کفالت است. در عقد کفالت فقهای امامیه معتقدند اگر کفیل نتوانست مکفول‌عنه را حاضر کند باید بدهی را بپردازد، خود این حرف به معنای ضم ذمه مکفول‌عنه و کفیل است

### (د) اجماع

درباره اجماع فقها بر نظریه نقل ذمه نیز باید گفت صاحب عروه الوثقی امکان صحت شرط ضم ذمه به ذمه را پذیرفته است و می‌فرماید: «ضمان در نزد اهل سنت، ضم ذمه به ذمه است و برخلاف ظاهر کلام اصحاب، که عدم صحت اظهارات اهل سنت می‌باشد؛ اگر در عقد به این نحوه‌ی ضمان تصریح شود، طبق عمومات ممکن است حکم به صحت چنین ضمانی داد» (یزدی، ۱۴۱۷، ۵، ۴۰۶). فقهای نام‌آشنای دیگری چون فخر المحققین (فخر المحققین، ۱۳۸۹، ۲، ۸۱) و علامه حلی (علامه حلی، ۲، ۹۲) نیز صحت نظریه ضم را پذیرفته‌اند؛ لذا آراء این بزرگواران رافع اجماع است.

اما فقهای عامه از دو منظر در پی اثبات نظر ضم بوده‌اند که در ادامه به تحلیل و نقد آن‌ها پرداخته می‌شود.

### (ه) سنت

در روایاتی که برای اثبات نظریه<sup>۳۱</sup> ضم بود یک مورد از لحاظ مضمون کاملاً شبیه روایت میت مدیون است که فقهای امامیه به آن استناد کردند. در این باره باید گفت، همین که پیامبر پس از پذیرش دین از جانب ابن قتاده بر میت نماز خواندند دلالت بر ابراء ذمه وی است زیرا در غیر این صورت پیامبر بر وی نماز نمی‌گزارد. حدیث دوم نیز که در مفهوم گروبودن نفس مؤمن به دین بود، اشاره‌ای به بحث ضمان ندارد بلکه دلالت بر لزوم مطلق تسویه حساب دارد.

### (و) عقل

دلیل عقلی مورد استناد فقهای عامه که در واقع به تبیین فلسفه‌ی تشریح ضمان اشاره دارد نیز با این بیان در موضع ضعف قرار می‌گیرد؛ فردی که به عنوان ضامن معرفی می‌شود در غالب موارد بیش از مدیون

اصلی مورد اعتماد است. لذا انتخاب فردی که دارای تمکن مالی و یا حسن سمعه است خود موجب حصول اطمینان است.

### ۵- رفع تعارض مادهی ۶۹۸ قانون مدنی و ۴۰۳ قانون تجارت

بیشتر گفتیم که در حقوق ایران در مورد چگونگی انعقاد عقد ضمان بین قانون مدنی و قانون تجارت اختلاف وجود دارد؛ قانون مدنی، بر مبنای نقل ذمه به ذمه است و این مطلب در ماده ۶۹۸ اعلام شده است. بنابراین اگر در مواردی قوانین خاص، تضامن یا ضم ذمه به ذمه را پذیرفته‌اند استثنا محسوب می‌شود (عبادی، ۱۳۶۸، ۳۱۴). این مطلب منطبق با نظر حقوقدانانی است که معتقدند ضمانت نوعی حواله است که بنا بر تراضی طرفین ذمه مدیون بری می‌شود و ذمه ضامن مشغول می‌گردد و بر همین مبنا دائن، پس از قبول ضمانت از جانب ضامن، حق رجوع به مدیون را از دست می‌دهد.

ضمانت تجارتي، برخلاف ضمانت مدني، مبتني بر ضم يا تضامني بودن مسؤليت است، كه هم راستا با نظر حقوقدانانی است كه معتقدند هدف طلبكار از انعقاد عقد ضمان اين است كه بر رسيدن به طلب خود اطمینان خاطر پيدا كند، بنابراین ذمه مدیون اصلی در مقابل طلبكار بری نمی‌شود بلکه با مشغول ساختن ذمه‌ی افراد بیشتر، طلبكار این امکان را دارد كه اگر بعضی ناتوان از پرداخت دين باشند يا نتوانند تمام دين را ادا كنند، طلبكار در هر صورت بتوند طلب خود را از آنان وصول كند، با این بیان ممکن نیست مدیون اصلی را رها سازد و دیگر حق رجوع به وی كه در پرداخت دين اولويت دارد را از دست بدهد(عبادی، ۱۳۶۸: ۳۱۳). به هر حال این امر را برخلاف حکمت تشریح عقد ضمان می‌دانند.

بنابراین دو سیستم متفاوت در حقوق تجارت و حقوق مدنی حکمفرما است لنگرودی می‌گوید: «ضمان اگر مطلق باشد محمول به تضامن است» (لنگرودی، ۱۳۶۴: ۱۵۷).

طرفداران نقل ذمه به ذمه می‌گویند: قاعده همان است كه در ماده ۶۹۸ قانون مدنی آمده است و چون تراضی افراد چنانچه برخلاف قانون باشد تأثیری ندارد. اگر در عقد ضمان بین طرفین چنین مقرر گردد كه دائن حق رجوع به ضامن و مدیون را مجتمعاً داشته باشد قرارداد مذکور طبق قانون مدنی باطل است. اینان علاوه بر اینکه به مفاد ماده ۶۹۸ ق. م كه بر این امر صراحت دارد استناد می‌کنند احكام مواد دیگر را نیز كه در نتیجه نظریه نقل می‌باشد دلیل بر صحت ادعای خود دانسته‌اند(عبادی: ۳۱۶-۳۱۳ و امامی، ۱۳۴۰، ۲۰۳)، مانند: ماده ۷۰۷ ق. م كه می‌گوید: «اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری كند،

ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد» و حال اینکه طبق حکم ماده ۶۹۸ ق. م بعد از اینکه ضامن به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یعنی در نتیجه عقد ضمان ذمه مضمون عنه بری شده و دیگر موضوعی نمانده که ابراء شود و گاهی نیز در این مورد به مفاد ماده ۶۹۹ ق. م که می‌گوید: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است». استناد می‌کنند (کاشانی، ۲۱۰).

علاوه بر این معتقدین به این نظریه ادعا دارند که بنای عرف و عاداتی که سالیان دراز جاری بوده، بر این است که طلبکار فقط حق رجوع به ضامن را دارد بدین ترتیب اشخاص در حین عقد به این موضوع توجه دارند که ذمه مدیون بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود. البته طرفداران نقل ذمه اظهار می‌دارند که در قانون تجارت استثنائاتی در حکم مزبور وارد شده است و آنگاه آنچه را در موارد باب دهم قانون تجارت تحت عنوان ضمانت آمده است بعنوان استثناء بر قاعده یا اصل حقوقی مورد قبول حقوق ایران می‌شمارند و نتیجه می‌گیرند که در خود قانون تجارت در تعریف ضمان که همان نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن است هیچگونه تغییری داده نشده است بلکه استثنا بر حکم کلی است و این اجازه را داده است که افراد برخلاف ماده ۶۹۸ ق. م در حین عقد تراضی کنند که طلبکار حق داشته باشد طلب خود را از مدیون و ضامن یا ضامنین مجتمعاً و یا به هر نحو که بخواهد مطالبه کند (صفایی، ۱۳۵۱، ۲، ۴۵۴-۴۵۵).

بعضی دیگر چنین می‌گویند که قاعده‌ی نقل ذمه به ذمه که در ضمان مدنی وجود دارد ناشی از انتقال دین است، ولی به واسطه‌ی جمع مسائل تجاری قاعده نقل ذمه در قانون تجارت قابل عدول شناخته شده است. بدین ترتیب که در محدوده تجارت ضمان موجب ضم ذمه به ذمه مضمون عنه در مقابل دائن می‌شود و بدین ترتیب ضمانت تجاری بر خلاف ضمان مدنی تضامنی است و در این باره گفته شده که قاعده مسؤولیت تضامنی در حقوق تجارت که در ضمن مقررات راجع به برات، سفته، چک و شرکت‌های تضامنی رعایت می‌شود و در ماده ۴۰۳ ق. ت ایران بدین نحو صراحت دارد: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا 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» و در سایر موارد مقررات مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ تا ۴۱۱ ق. ت جاری است. (کاتبی، ۱۳۶۴، ۲۹۰-۲۸۹).

بعضی از مؤلفین با استقراء در مواد قانونی تجارت درصدد اثبات اصل تضامن در حقوق تجارت برآمده‌اند و عقیده دارند که مقنن پس از پذیرش اصل تضامن و اعلام آن در موارد اسناد تجاری مثل برات و سفته و تسری آن به چک، بدین ترتیب اصل مذکور را به کلیه فعالیت‌های شرکت‌های تجاری و مدیران آنان سرایت داده است و مخصوصاً در ماده ۲۵۱ قانون تجارت اصل مذکور را درباره ورشکستگی هر چند نفری که نسبت به پرداخت دینی واحد دارای مسؤولیت تضامنی باشند نیز جاری می‌داند و آنگاه چنین نتیجه می‌گیرند که اصل تضامن برخلاف نظر قانون مدنی در حقوق تجارت از مقبولات و مسلمات می‌باشد چون قانون مدنی ایران، عکس قانون تجارت ما و به پیروی از فقه امامیه ضمان را مانند عقد حواله مبتنی بر انتقال دین می‌داند و آن را سبب نقل ذمه به ذمه می‌شناسد، یعنی هرگاه شخصی ضامن دیگری شود ذمه مدیون اصلی بری شده و فقط ذمه ضامن در مقابل طلبکار مدیون می‌شود و این را از خصوصیات اطلاق عقد ضمان می‌داند و اگر طرفین بخواهند ضمان به صورت تضامنی واقع شود باید این شرط را صریحاً در عقد قید نمایند والا اطلاق عقد ضمان در انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن خواهد داشت (ترابی و جعفر زاده، ۱۳۷۳، ۱۴۷-۱۴۶).

بنابراین مشخص شد که تکیه طرفداران دو نظریه مختلفی که در مورد اصل بودن ضم یا نقل در حقوق ایران وجود دارد، بر دو ماده ۴۰۳ ق ت و ۶۹۸ ق م استوار است. از مفاد ماده ۴۰۳ دو برداشت متفاوت وجود دارد؛

نتیجه یک تفسیر، اصل بودن تضامن و نتیجه دیگر استثناء بودن آن بر قاعده نقل است و هرگاه در قوانین تصریح به مسؤولیت تضامنی شود یا طبق قرارداد، ضمان تضامنی باشد، ذمه مدیون به ذمه ضامن ضمیمه می‌گردد و در غیر این صورت حتی در امور تجارت نیز باید به نقل ذمه معتقد بود نه ضم آن (کاشانی، ۲۱۳-۲۱۲).

پس می‌توان گفت که ضمان بحث مدنی است و در قانون تجارت مفاد آن تکمیل شده است و اختصاص به قانون تجارت ندارد بلکه تکمله‌ای بر مواد قانون مدنی است؛ و در صورت لزوم باید از اصول کلی مربوط به قراردادها و ماده ۱۰ ق م که می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد می‌کنند در صورتی مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» استفاده نمود.

## ۶- نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت به نتایج ذیل دست می‌یابیم:

یکی از اختلافات اساسی میان فقیهان در باب ضمان مبحث نقل و ضم ذمه می‌باشد؛ اغلب فقهای امامیه نظریه نقل و اکثر فقهای عامه ضم ذمه را ترجیح می‌دهند. در قانون مدنی ماده‌های قانونی به صورتی است که نظر نقل را تقویت می‌کند اما در قانون تجارت این نظریه ضم است که نمود پیدا کرده که خود حاکی از تعارض و یک دست نبودن قوانین است.

در میان فقهای امامیه علامه حلی و فخر المحققین و در میان فقیهان اهل سنت افرادی چون ابن ابی لیلی و ابن شبرمه نظر مخالف عموم فقهای مذهب خود را دارند که این مخالفت در رأی نشان از عدم اجماع در فریقین دارد. کما اینکه حواله در نگاه اهل سنت قابل نقل است.

علاوه بر رد اجماع دلایلی که فریقین من باب اثبات نظر خود ارائه داده بودند نیز قوی و مثبت رأی آن‌ها نبوده لذا می‌توان گفت ماهیت و ذات عقد ضمان نه اقتضای نقل ذمه را دارد و نه ضم ذمه را. بلکه اقتضای ذاتی این عقد ایجاد تعهد است. با این تفصیل پذیرش هر یک از این دو رأی در ضمن عقد و توافق بر آن‌ها می‌تواند صحیح باشد.

از منظر حقوقی نیز با توجه به بررسی‌های انجام شده مشخص شد که عقد ضمان در قانون مدنی و تجارت هیچ گونه اختلافی ندارند به طوری که قانونگذار خود را بی‌نیاز از تکرار آن‌ها در قانون تجارت دانسته است و با توجه به تعریفی که در ماده ۶۸۴ قانون مدنی از ضمان شده است و معرفی ضامن و مضمون‌له و مضمون‌عنه و مدیون اصلی در ماده مذکور، قانون تجارت در این موارد ساکت است و این امر به طور واضح دلیل بر آن است که عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت از جهات مذکور تفاوتی ندارند. بنابراین صراحت قانون تجارت در اختیار تعیین نوع ضمان به وسیله طرفین عقد در دو ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون مذکور و نبودن هیچ صراحتی در قانون مدنی، جز قراردادن دو اثر مختلف برای عقد ضمان در دو قانون مختلف تعبیر دیگری ندارد.

## فهرست منابع

۱. ابن باقر، محمد حسن، (۱۳۹۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق شیخ علی آخوندی، دارالکتب الاسلامی، تهران.
۲. ابن فارس، ابوالحسین احمد، (۱۴۰۴)، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.

۳. ابن قدامه، عبدالله بن أحمد، (بی‌تا)، المعنى والشرح الكبير، دارالكتاب العربی للنشر والتوزيع، بیروت.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار المعارف، قاهره.
۵. ابن نجیم، زین الدین بن إبراهیم، (۱۹۹۷)، البحر الرقائق شرح کنز الدقائق، تحقیق شیخ زهیر عثمان الجعید، دار الکتب العلمیه، بیروت.
۶. احسائی، ابن ابی جمهور محمد بن علی، (۱۴۰۵)، عوالی اللثالی العزیزیه، دار سید الشهداء للنشر، قم، چاپ اول.
۷. امامی، سیدحسن، (۱۳۴۰)، حقوق مدنی، تهران، چاپ پنجم.
۸. باقری، احمد، (۱۳۸۲)، ضمان - حواله - کفالت (بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی)، انتشارات آن، تهران.
۹. ترابی و جعفرزاده، (۱۳۷۳)، قانون اسناد تجاری ایران «چک، سفته، برات»، نشرآبتین، تهران، چاپ اول.
۱۰. تولیت، عباس، (بی‌تا)، مبانی ضمان عقدی و آثار حمایتی آن در حقوق ایران، نشریه رهمنون، شماره ۳ و ۴.
۱۱. جزیری، عبدالرحمن، (۲۰۰۳)، الفقه علی مذاهب الأربعة، دارالکتب العلمیه، بیروت.
۱۲. جوهری، إسماعیل بن حماد، (۱۹۹۰)، الصحاح، تحقیق أحمد عبدالغفور عطار، دارالملايين، بیروت، الطبعة الرابعة.
۱۳. الحصکفی، محمد بن علی بن محمد بن عبد الرحمن الحنفی، (۲۰۰۲)، الدر المختار شرح تنویر الأبصار وجامع البحار، المحقق عبد المنعم خلیل إبراهیم، دار الکتب العلمیه، الطبعة الأولى، بیروت.
۱۴. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (بی‌تا)، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه (ط - القديمة)، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، مشهد، چاپ اول.
۱۵. حمیری، نشوان بن سعید، (۱۴۲۰)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، تصحیح حسین بن عبدالله العمری و دیگران، دار الفكر المعاصر، بیروت، چاپ اول.
۱۶. الرافعی القزوينی، عبدالکریم بن محمد بن عبدالکریم، (۲۰۰۷)، شرح مُسْنَد الشَّافِعِيِّ، تحقیق أبوبکر وائل محمّد بکر زهران، وزاره الأوقاف والشؤون الإسلامیه إداره الشؤون الإسلامیه، قطر، الطبعة الأولى.
۱۷. راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، (۱۴۰۵)، فقه القرآن (للاوندی)، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - رحمه الله، قم، چاپ دوم.
۱۸. الزبیدی، سید محمد مرتضی، (۱۹۶۵)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق عبدالستار أحمد فراج، وزاره الإرشاد والانباء، الكويت.
۱۹. سرخسی، محمد بن أحمد، (بی‌تا)، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بیروت.
۲۰. سعدی، ابوجیب، (۱۴۰۸)، القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، چاپ دوم.

۲۱. صفایی، سیدحسین، (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی «تعهدات و قراردادها»، جلد دوم، مؤسسه عالی حسابداری، تهران، چاپ دوم.
۲۲. الصنعانی، محمد بن إسماعیل بن صلاح بن محمد الحسنی، (۲۰۱۱)، التَّنْوِیرُ شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، تحقیق محمّد إسحاق محمّد إبراهيم، مکتبه دارالسلام، الرياض، الطبعة الأولى.
۲۳. طاهری، حبیب الله، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲۴. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، (۱۴۱۹)، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحديثه)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
۲۵. عاملی، شهید اول محمد بن مکی، (۱۴۱۰)، اللمعه دمشقیة فی فقه الإمامیه، ه دار التراث - الدار الإسلامیه، بیروت، چاپ اول.
۲۶. عبادی، محمدعلی، (۱۳۶۸)، حقوق تجارت، گنج دانش، تهران، چاپ پنجم.
۲۷. علامه حلی، حسن بن یوسف، (بی‌تا)، تذکره الفقهاء، منشورات المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، بیروت.
۲۸. فخر المحققین، محمد بن حسن، (۱۳۸۹)، ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، تعلیق علی پناه اشتهاردی و عبدالرحیم بروجردی، مؤسسه اسماعیلیانف قم.
۲۹. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، (۲۰۰۵)، القاموس المحيط، تحقیق مکتب التراث فی مؤسسه الرساله، مؤسسه الرساله، بیروت، چاپ هشتم.
۳۰. فیومی، أحمد بن محمد مقری، (بی‌تا)، المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر للرافعی، منشورات دار الرض، قم.
۳۱. قانون تجارت، تدوین منصور، جهانگیر، (۱۳۹۳)، نشر دیدار، تهران، چاپ صد و سی و یکم.
۳۲. قانون مدنی، تدوین جهانگیر منصور، (۱۳۹۰)، نشر دیدار، تهران، چاپ هفتاد و پنجم.
۳۳. کاتبی، حسینقلی، (۱۳۶۴)، قانون تجارت، کتاب فرزانه، تهران، چاپ دوم.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی (دوره عقود معین ۴)، انتشار، تهران.
۳۵. کاشانی، ابوبکر بن مسعود، (۱۹۷۴)، بدائع الصنائع، دار الکتب العلمی، بیروت.
۳۶. کاشانی، سیدمحمود، (بی‌تا)، حقوق مدنی ۷ (وثیقه های دین)، جزوه درسی در دانشگاه شهید بهشتی، دانشگاه تهران.
۳۷. لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۴)، دوره حقوق مدنی «حقوق تعهدات»، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
۳۸. لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۵۲)، عقد ضمان، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری انتشارات فرانکلین.
۳۹. یزدی، محمد کاظم، (۱۴۱۷)، لعه الوثقی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.