

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2018Y3N8A3 ISSN-P: 2538-3701

آسیب شناسی مقررات حمایتی از ضامن در ضمان تضامنی در قانون تجارت با نگرشی بر لایحه تجارت

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۱۱/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۸/۰۲/۱۲)

علی رشیدی^۱

قاسم یوسفی

چکیده

تضامن یک امتیاز ویژه برای طلبکار است و جوهر تضامن التزامهای متعدد برای پرداخت دین واحد است. نبود مقررات روشن در مورد چگونگی روابط میان ضامن و مضمون عنه در قانون تجارت و نبود حکم صریحی در رابطه با ضمان تضامنی در قانون مدنی، رویه قضایی فعلاً بر اساس نص صریح ماده ۷۰۹ ق. م؛ و ظاهر ماده ۴۱۱ ق. ت. که دلالت بر این دارد که ضامن پس از پرداخت دین حق رجوع به مضمون عنه را دارد. هدف از این مقاله آسیب شناسی مقررات حمایتی از ضامن در ضمان تضامنی در قانون تجارت با نگرشی بر لایحه تجارت بود که در این مطالعه از روش کاربردی و برای رسیدن به نتایج مدنظر از روش تحلیلی توصیفی استفاده شد. جهت جمع آوری داده‌ها از روش فیش برداری استفاده شد، و جهت نوشتن مبانی نظری از روش کتابخانه ای بکار برده شد. یکی از تبعات بحران‌های اقتصادی و تورم، تحت شعاع قراردادن معاملات اعتباری و مدت دار بوده و این از باب تضمینی بازپرداخت ثمن معامله، مطالبه ضامن از مدیون می‌باشد. عقد ضمان از وثایق شخصی بوده و ماهیت آن بدهی مدیون و اثر اصلی آن بنا بر قانون تجارت و لایحه جدید آن و اکثریت فقهای عامه، ضم به ذمه می‌باشد. البته با توافق می‌توان نقل یا ضم را بر روابط بین ضامن و مضمون عنه حاکم نمود در قوانین فعلی ضامن تنها پس از ادای دین می‌تواند به مضمون عنه رجوع نماید نحوه رجوع هم اقامه دعوای حقوقی در محاکم عمومی می‌باشد.

واژگان کلیدی: ضامن، ضمان تضامنی، مضمون له، رجوع، مضمون عنه، لایحه تجارت،

ضمان

^۱ نویسنده مسئول



بخش اول: کلیات

داستان کسانی که به خاطر ضمانت از دیگران کباب شده‌اند حکایتی پر غصه و دنباله‌دار و تمام‌نشده است. شخصی که از دیگری ضمانت می‌کند در واقع تعهد می‌نماید که دین او را می‌پردازد و از اینجا سوال ما آغاز می‌شود ضامن می‌تواند پس از محکومیت تضامنی در دادگاه بدوی، هم‌زمان با تجدیدنظرخواهی از دادنامه بدوی یا اقامه دعوی به طرفین مدیون اصلی (مضمون عنه) درخواست رسیدگی توأم بنماید؟ با عنایت به اینکه عقد ضمانت از عقود رایج در جامعه ما می‌باشد و از حیث اعتبار بخشیدن هر چه بیشتر به اسناد تجاری و حمایت از دارندگان این اسناد، قانون‌گذار اصل مسئولیت تضامنی امضاکنندگان را در ماده ۲۴۹ قانون تجارت پذیرفته است. تضامن یک امتیاز ویژه برای طلبکار است و جوهر تضامن التزام‌های متعدد برای پرداخت دین واحد است. نبود مقررات روشن در مورد چگونگی روابط میان ضامن و مضمون عنه در قانون تجارت و نبود حکم صریحی در رابطه با ضمان تضامنی در قانون مدنی، رویه قضایی فعلاً بر اساس نص صریح ماده ۷۰۹ ق. م؛ و ظاهر ماده ۴۱۱ ق. ت. که دلالت بر این دارد که ضامن پس از پرداخت دین حق رجوع به مضمون عنه را دارد. اصل مسئله اینجاست که فرض کنید: شخصی به‌عنوان ضامن اسناد تجاری کس دیگری را ظهرنویسی می‌کند که اگر در سررسید مضمون عنه نتواند ایفای دین نماید ضامن ملزوم به تأدیه دین برای مضمون له است. اگر ضامن در آن برهه زمانی توانایی و تمکن مالی داشته باشد که دین را پرداخت می‌کند زمانی مشکل پیش می‌آید که ضامن توانایی تأدیه را نداشته باشد که مطابق با اصول دادرسی، ابتدا توقیف اموال و صورت فقدان و یا عدم معرفی مال از جانب محکوم‌له تأدیه دین محبوس می‌ماند که با عنایت به سهولت در دسترس بودن ضامن و رویه قضایی موجود، ضامن پس از ادای دین می‌تواند با مراجعه به محاکم و اقامه دعوی به طرفین مدیون اصلی دو ماراتن خود را شروع کند. در تحقیق حاضر علیرغم مباحث حقوقی و مواد حقوقی محدود در بحث ضمان تضامنی و با در نظر گرفتن حق و حقوق مضمون له و جلوگیری از تضییع آن به تفصیل به آسیب‌شناسی قوانین مقررات موجود در روابط بین ضامن و مضمون له و مضمون عنه و راه کارهای قانونی حمایت از ضامن در برابر مضمون له و تسریع در احقاق حق ضامن و جبران خسارت وارده به آن از راه ضمان پرداخته و با عنایت به اینکه نگارنده



باتجربه مأخوذه بلخاظ ضامن بودن در پرونده کلاسه ۹۲۰۴۸۵ شعبه چهارم دادگاه عمومی شهرستان سنندج، با یک دید فنی و ریزینی کامل مسئله را موشکافی و مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد. امید است مفید واقع گشته و در لایحه جدید تجارت این بررسی و تحقیق در باب ضمان گنجانده شود.

بند اول: ضمان در حقوق تجارت

عقد ضمان به‌عنوان یکی از وثایق شخصی از قدیم الایام نقش بسزایی در روند معاملات و روابط اجتماعی داشته و امروزه نیز با توجه به روند رشد معاملات داخلی و بین‌المللی نقش مهم خود را حفظ کرده است. اما اینکه چه نوع ضمانی بهتر خواهد توانست برای تحقق این اهداف کارساز باشد بسیار مهم است، چراکه بر حسب اینکه ضمان مبنی بر نقل ذمه به ذمه باشد یا ضم ذمه به ذمه، روابط فی‌مابین طرفین عقد متفاوت خواهد بود. بیگمان، هرگاه عقد ضمان به طور مطلق منعقد گردد و هیچ قیدی نباشد در حقوق ما اطلاق مفید نقل ذمه به ذمه است اما این انتقال دین، مقتضای ذات عقد ضمان نیست و طرفین می‌توانند در ضمن قرارداد خصوصی شرط کنند که مضمون له جهت وصول دین خود بدواً به مدیون اصلی مراجعه کند و چنانچه طلب او لاوصول ماند به ضامن رجوع کند یا اینکه شرط کنند ضامن و مضمون عنه در کنار هم متضامناً مسئول پرداخت به مضمون له گردند به گونه‌ای که مضمون له بتواند برای تمام یا بخشی از طلب به هر کدام که بخواهد رجوع کند و چنین قراردادهایی با توجه به مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت نافذ و دارای آثار حقوقی است. در این گفتار به اقسام تضامن و آثار تضامن و همچنین به حالات مختلف از بری شدن ضامن به جهت سقوط تعهد ایشان پرداخته می‌شود.

۴۳



الف) تضامن طولی و عرضی: تضامن به این معنا است که به موجب عقد ضمان، بستانکار بتواند طلب خود را چه از مدیون اصلی و چه از ضامن مطالبه کند که به دو صورت تضامن طولی و عرضی می‌باشد. تضامن طولی به این معناست که، طلبکار مکلف است نخست به مضمون عنه مراجعه کند و اگر به جهتی از جهات (مانند امتناع مضمون عنه - اعسار - ورشکستگی - غیبت مضمون عنه) نتوانست طلب خود را وصول کند، حق مطالبه از ضامن را داشته باشد. در واقع ضامن در طول ذمه مضمون عنه قرار دارد. در قانون تجارت ماده ۴۰۲ ق.ت این نوع از ضمان را مقرر

می‌دارد: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو^۱ به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در ضمانت‌نامه، این ترتیب مقرر شده باشد.» تضامن عرضی به این معنی است که پس از عقد ضمان، بستانکار به دلخواه خود به هر یک از ضامن و مضمون عنه یا به هر دو نفر مراجعه کند. ماده ۴۰۳ ق.ت تضامن عرضی بین مضمون عنه و ضامن را پیش‌بینی کرده است.^۱ این ماده مقرر می‌دارد: «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.»

ب) موارد بری شدن ضامن از مسئولیت: یکی از آثار مهم تبعی بودن عقد ضمان نسبت به تعهد اصلی، بری شدن ضامن به سبب سقوط دین است. ماده ۴۵۸ ق.ت مقرر می‌دارد: «همین که دین اصلی به نحوی از انحاء ساقط شد، ضامن بری می‌شود» برای انحاء سقوط دین می‌توان مفاد ماده ۲۴۶ ق.م که اسباب سقوط تعهدات را بیان داشته است، مطمح نظر قرار داد. در این باب به بیان بررسی نکات زیر می‌پردازیم:

وفای به عهد: مقصود طرفین عقد ضمان، ایجاد وثیقه و اطمینان برای مضمون له نسبت به ایفاء دین است. این هدف به هر وسیله قانونی که انجام گیرد ضامن را در مقابل مضمون له بری خواهد ساخت. در حقوق مدنی با اینکه اصل نقل ذمه است، ماده ۷۱۷ ق.م بیان می‌دارد «هرگاه مضمون عنه دین را ادا کند ضامن بری می‌شود هر چند ضامن به مضمون عنه اذن در اداء نداده باشد.» همین حکم را از ماده ۴۰۸ ق.ت می‌توان استنباط کرد «همین که دین اصلی به نحوی از انحاء ساقط شد، ضامن بری می‌شود.» سقوط دین اصلی بوسیله ایفا آن است. ایفاء دین ممکن است بوسیله غیر مدیون باشد اگرچه شخص مذکور، مدیون اصلی که در اثر ضمان ذمه وی بری شده است نباشد، اگرچه ضامن اذن در اداء به وی نداده باشد.^۲

^۱ ستوده، علیرضا، ۱۳۸۲، ضمانت در حقوق ایران با دیباچه دکتر ربیعا اسکینی، چاپ اول، انتشارات بهنامی، ص ۳۵ و ۳۴

^۲ شهیدی، مهدی، ۱۳۸۶، سقوط تعهدات، چاپ هشتم، انتشارات مجد، ص ۳۲-۳۱

اقاله: تفاسخ یا به هم زدن معامله را به ترازوی، اقاله می‌گویند.^۱ اگر مضمون عنه و مضمون له، معامله مذکور را اقاله نماید، باعث سقوط دین اصلی و در نتیجه سبب براءة ذمه ضامن خواهد شد. در این مورد تفاوتی بین ضمان ناقل ذمه و ضمانی که بر طبق مفاد مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت. به صورت ضم ذمه یا تضامن منعقدشده وجود ندارد و ماده ۴۰۸ ق.ت. هم بیانگر این مطلب می‌باشد.^۲ به نظر بعضی از نویسندگان در حالت اقاله فی مابین ضامن و مضمون له، مضمون له به مضمون عنه مراجعه خواهد کرد خواه ضمان تضامنی باشد خواه ناقل ذمه، زیرا ذمه مضمون عنه من جمیع الجهات فارغ نشده بود و عقد ضمان، حق اقاله را از متعاقدين، ساقط نکرده بود.^۳ اما به نظر می‌رسد، در صورت ضمان نقل ذمه چون مضمون عنه از مسئولیت مبری می‌شود اقاله فی مابین ضامن و مضمون له موکول به رضایت مضمون عنه می‌باشد، چراکه بدون رضایت اشخاص نمی‌توان تعهدی بر دوش او بار نمود؛ اما در حالت ضم ذمه، اقاله ضامن و مضمون له صحیح است و تنها از وثائق مضمون له کاسته می‌شود.

ابراء: ابراء، صرفنظر نمودن اختیاری بستانکار از حق خود است.^۴ اگر دین اصلی بوسیله ابراء مضمون له ساقط شود برابر مفاد ماده ۴۰۸ ق.ت. ضامن نیز بری می‌گردد. درباره سقوط دین اصلی بوسیله ابراء دو فرض مطرح است:

۴۵

۱) ضمان ناقل ذمه: با وقوع عقد ضمان، ذمه مدیون اصلی بری شده و از این به بعد ضامن در برابر مضمون له مسئول است. ماده ۷۰۷ ق.م. در این باب بیان داشته است: «اگر مضمون له، ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود مگر مقصود ابراء از اصل دین باشد». با توجه به مطالب گفته‌شده، بعضی از حقوقدانان ابراء مضمون عنه از سوی مضمون له را، فقط به‌عنوان



^۱ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۶۳ ش ۵۱۱

^۲ ستوده، منبع پیشین، ص ۵۷

^۳ جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ص ۳۱۴

^۴ شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۱۸



تأکیدی بر برائت مسئولیت ایشان نمی‌دانند.^۱ اما بعضی دیگر بیان داشته‌اند، در ضمان ناقل ذمه ابراء ضامن به دو صورت می‌تواند باشد:

ابراء از بعض دین: در این صورت به همان مقدار، ذمه مضمون عنه طبعاً ساقط می‌شود. در این مورد با توجه به ماده ۷۱۳ ق.م ضامن فقط برای مانده طلب مضمون له پس از ادای آن، حق مراجعه به مضمون عنه را دارد.

ابراء از تمام دین: در صورت ابراء از تمام دین، اولاً ذمه ضامن در برابر مضمون له فارغ می‌شود. ثانیاً طبعاً ذمه مضمون عنه هم در برابر ضامن فارغ می‌شود.^۲ بنابراین در ضمان ناقل ذمه، ابراء مضمون عنه تأثیری در ابراء ضامن نداشته مگر اینکه مضمون له از کل دین، ابراء نموده که در این صورت سبب سقوط دین اصلی و در نهایت برائت ضامن خواهد شد.

۲) ضمان ضم ذمه: ضمان، مطابق مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت به‌طور ضم ذمه به ذمه یا تضامن است و هرگاه مضمون له، مضمون عنه را ابراء کند در این صورت مطابق ماده ۴۵۸ ق.ت ضامن بری می‌شود زیرا با ابراء مضمون عنه، دین اصلی که بر ذمه است ساقط می‌شود.^۳ در حالی که فقط ضامن ابراء شود چون در ضمان تضامنی ذمه ضامن، وثیقه شخصی دین مضمون عنه است و حکم رهن را دارد، فک رهن از طرف مرتهن دلالت بر اسقاط دین ندارد لذا ابراء ضامن فقط موجب برائت ذمه ضامن است و دین مدیون اصلی کماکان پابرجاست.^۴ بنابراین فقط ابراء مضمون عنه از سوی مضمون له، سبب برائت وی می‌شود چراکه دین اصلی بر عهده اوست و ضمانت به‌عنوان تضمین می‌باشد و گرنه مسئول اصلی، خود او می‌باشد.

تبدیل تعهد: تبدیل تعهد یعنی قراردادن تعهد جدید به‌جای تعهد سابق. ماده ۲۹۲ ق.م اقسام تبدیل تعهد را نامبرده است. در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع، تعهد اول با تمام آثار و احکام خاص آن ساقط و ذمه متعهد نسبت به آن بری می‌شود به‌تبع آن، تضمینات تعهد اول هم ساقط

^۱ بروجردی عبده، محمد، ۱۳۸۰، حقوق مدنی، انتشارات مجد، تهران، ص ۳۷۶

^۲ جعفری لنگرودی، منبع پیشین، ص ۳۰۹

^۳ ستوده، منبع پیشین، ص ۵۸

^۴ جعفری لنگرودی، منبع پیشین، ص ۳۱۰

می‌گردد زیرا این امور وجود مستقل نداشته و وجود آن وابسته به وجود اصل تعهد می‌باشد. بنابراین هرگاه در تعهد اول ضمانی باشد با تبدیل تعهد، ذمه ضامن بری می‌شود و ضمان به تعهد جدید ملحق نمی‌گردد مگر اینکه طرفین صراحتاً شرط کرده باشند.^۱ ماده ۲۹۳ ق.م مطالب فوق را چنین اعلام داشته «در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشد.» ضمان تضامنی مانند ضمان ناقل ذمه مشمول حکم قانون فوق است، زیرا در هر دو صورت تعهد اصلی ساقط می‌شود و ضمانت ضامن جنبه کلی و غیر مستقل دارد. ماده ۴۰۸ ق.ت نیز مؤید این مطلب است.^۲ یعنی همین که دین اصلی به جهتی از جهات مثلاً تبدیل تعهد ساقط شد، ضامن بری از مسئولیت می‌شود.

تهاتر: تهاتر را تساقط دو دین یا دو مجموعه دیونی که دو شخص در برابر یکدیگر به عهده دارند تا میزان کمترین آن دو تعریف کرده اند.^۳ اگر ضمان به صورت تضامنی باشد و مدیون اصلی به سببی از اسباب نسبت به مضمون له، داین واقع شود بین دو دین بدون دخالت اراده طرفین، تهاتر حاصل می‌گردد بطوریکه تعهد مضمون عنه ساقط و ذمه ضامن بری می‌گردد زیرا تعهد اصلی بر دوش مضمون عنه بوده و ذمه ضامن وثیقه بوده اما در حالت نقل ذمه، چون طبق ماده ۶۹۸ ق.م با عقد ضمان، ذمه مضمون عنه از مسئولیت مبری شده و ضامن مستقلاً جایگزین ایشان می‌شود بدهکار شدن مضمون له به مضمون عنه تأثیری از لحاظ تهاتر نخواهد داشت و سبب برائت ضامن نخواهد شد. ماده ۲۹۷ ق.م در این مورد اظهار می‌دارد: «اگر بعد از ضمان، مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد بود.»

این حکم قانونی در قانون مدنی آمده است نه قانون تجارت، زیرا در قانون مدنی از نقل ذمه صحبت به عمل آورده است و از تلفیق ماده ۲۶۴ که تهاتر را یکی از اسباب سقوط تعهدات شماره و ماده ۴۰۸ ق.ت که سقوط دین اصلی را به نحوی از انحاء موجب بری شدن ضامن می‌داند حکم مذکور در مورد برائت ذمه ضامن به علت سقوط دین اصلی در ضمان تضامنی معلوم

^۱ شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۴۷-۱۵۶

^۲ ستوده، منبع پیشین، ص ۵۹

^۳ شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۷۱



می‌گردد.^۱ بنابراین در ضمان تضامنی، بدهکار شدن مضمون له به مضمون عنه و در نهایت تهاوتر مابین آن دو، سبب براءت ضامن از مسئولیت می‌شود؛ اما در حالت ضم ذمه، چون مسئول اصلی خود ضامن می‌باشد و مضمون عنه هیچ نقشی در ضمان نداشته، بدهکار شدن مضمون عنه به مضمون له تأثیری در براءت ضامن در مسئولیت نخواهد داشت. مالکیت ما فی الذمه: مالکیت ما فی الذمه یعنی مالکیت شخص نسبت به دین موجود در ذمه خویش^۲. در ضمان ناقل ذمه، مضمون عنه از دین اصلی مبری شده و دیگر نسبت به دین در رابطه با مضمون له بیگانه می‌شود. بنابراین هرگاه مضمون عنه مالک ما فی الذمه خود شود تأثیری در براءت ضامن نخواهد داشت؛ اما در صورتی که ضمان طبق مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت تضامنی باشد، مضمون عنه وارث مضمون له باشد در اثر فوت مضمون له ذمه ضامن نیز به تبع مضمون عنه بری می‌گردد زیرا مشمول ماده ۴۰۸ ق.ت است.^۳ در حالتی که ضامن وارث مضمون له باشد با فوت مضمون له، ضامن مالک ما فی الذمه خود خواهد شد در این جا چون طلب مورث جزو دارایی مثبت ورثه می‌گردد و از محل این دارایی در واقع بدهی مضمون عنه داده شده است ضامن حق رجوع به مضمون عنه را دارد.^۴

بند دوم: مسئولیت تضامنی در اسناد تجاری

در این مبحث در چهار گفتار به موارد مسئولیت تضامنی در برات، سفته، چک و همچنین به بحث از ضمانت در اسناد تجاری پرداخته خواهد شد. یکی از بحث‌های مهم در باب اسناد تجاری که به مسئولیت تضامنی می‌پردازد، ماده ۲۴۹ ق.ت در مورد برات می‌باشد که قابل اعمال در سفته نیز می‌باشد و دارنده جهت استفاده از مزایای این ماده می‌بایست یک سری تکالیف در مورد رجوع به دارنده و اقامه دعوا در موعد مقرر را رعایت نماید. در این گفتار سعی در بررسی آثاری که بر انجام یا عدم انجام این تکالیف و متعاقبا امکان رجوع به هر یک از مسئولان است، می‌شود؛ و همچنین به بحث مسئولیت تضامنی در چک و چگونگی این مسئولیت و تکالیف دارنده چک و



^۱ ستوده، منبع پیشین، ص ۵۹

^۲ شهیدی، منبع پیشین، ص ۱۷۷

^۳ ستوده، منبع پیشین، ص ۶۰

^۴ جعفری لنگرودی، منبع پیشین، ص ۳۱۳

رعایت مواعد و موارد دیگر از مسئولیت تضامنی، همچون مسئولیت تضامنی نماینده و صاحب حساب در چک و به انضمام مسئولیت صادرکنندگان چک از حساب مشترک پرداخته خواهد شد که هریک مقررات و نظامات خاص دارد که سعی در بررسی آن می‌شود.

الف) مسئولیت تضامنی دربرات: قانونگذار جهت حمایت دارنده برات مقررات خاص وضع نموده، به همین دلیل ماده ۲۴۹ ق.ت در این راستا مقرر داشته است: «برات دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهر نویس ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض، می‌تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید» از خصایص برات آن است که تمام کسانی که دربرات امضا نموده اند اعم از برات دهنده، ظهرنویس، برات گیر، قبول کننده ثالث و ضامن در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند و در صورت پرداخت نشدن برات در سر وعده، دارنده برات می‌تواند پس از اعتراض عدم تأدیه بدون رعایت تقدم و تأخر به هر یک از آنان جهت وصول طلب مراجعه نماید. همین حق را هر یک از ظهرنویس ها نسبت به برات دهنده و ظهرنویس های ما قبل خود دارد تا زمانی که به صادرکننده برات برسد زیرا مدیون اصلی او می‌باشد و در صورت پرداخت از سوی یک ظهرنویس او جانشین دارنده برات می‌شود و به‌عنوان قائم مقام دارنده می‌تواند به ظهرنویس های ما قبل یا به صادرکننده رجوع نماید. بنابراین از آنجایی که مسئولیت تضامنی برقرار است دارنده برات می‌تواند علیه یک یا چند نفر یا همگی جهت رسیدن به حق خود مراجعه نماید. بنابراین اقامه دعوی علیه یک یا چند نفر از مسئولان موجب اسقاط حق رجوع به سایر مسئولان برات نمی‌شود و این قواعد را قانون متحدالشکل ژنو در ماده ۴۷ خود برقرار کرده است.^۱

۴۹



ب) ضمانت در اسناد تجاری: قانون تجارت ایران ضمانت دربرات را تعریف نکرده و باوجوداین ضمانت عبارت است از تعهد شخص ثالث به اینکه یک یا چند نفر از مسئولان برات (برات دهنده، برات گیر، ظهرنویس) در سررسید، وجه برات را پرداخت خواهند کرد. کسی که

^۱ اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۵، حقوق تجارت، (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، چاپ دهم، سازمان چاپ و

چنین تعهدی می‌کند «ضامن» نامیده می‌شود و به شخصی که ضامن از او ضمانت کرد «مضمون عنه» می‌گویند.^۱ ضمانت کردن از مسئولین برات در پاراگراف آخر ماده ۲۴۹ ق.ت بدین نحو تجویز شده است «ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه یا ظهنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است» مسئولیت تضامنی عبارت است از مسئولیت افراد متعدد در مقابل یک دین، به این معنی که در قبال مبلغ معینی که یک نفر به دیگری بدهکار باشد چند نفر ضامن پرداخت آن باشند و مانند این است که همه آن‌ها مدیون هستند و تا مبلغ مورد بحث تأدیه نگردد همه آن‌ها متعهد به پرداخت آن می‌باشند زیرا طلبکار به هر یک از آن‌ها جهت وصول آن مبلغ می‌تواند مراجعه نماید و در صورتی که یک نفر آن وجه را بپردازد سایرین بری الذمه می‌شوند.^۲ نکته‌ای که باید توجه داشت این است که مطلب اخیر ماده ۲۴۹ ق.ت به هیچ وجه گویای این مطلب نیست که فقط ثالثی که شرکت دربرات نداشته می‌تواند ضمانت دربرات را به عهده بگیرد. ضمانت مذکور در ماده فوق شامل شخصی که بنام برات کش یا ظهنویس دربرات دخالت داشته و پرداخت را قبول نموده است و به اصطلاح دربرات مذکور از صاحبان امضاء می‌باشند نیز می‌گردد؛ و تعهدی را که چنین شخصی باوجود دخالت قبلی خود دربرات به عنوان ضمانت به عهده می‌گیرد با تعهد قبلی وی متفاوت است زیرا وی تعهدی را تضمین می‌کند که نسبت به تعهد اخیر او (یعنی ضمانت) تعهد اصلی است و مضمون له و مضمون عنه این ضمانت، در تعهد اصلی متعهد له و متعهد بوده اند و ضامن از این حیث نسبت به تعهد قبلی بیگانه و شخص ثالث است.^۳ البته هرگاه برات توسط یکی از مسئولان قبلی برات ضمانت شود، این ضمانت در صورتی قبول است که وضعیت دارنده را بهبود بخشد مثلاً اگر برات گیری که برات را قبول نموده ضمانت نماید چون خود او مقصر اصلی است مفید نیست.^۴ در رابطه این امر که آیا ضمانت جزئی در حقوق ایران و جاهت قانونی دارد یا خیر، نص صریحی در این مورد وجود ندارد اما با توجه به اینکه تعهد جزئی مانند قبول جزئی یا ظهنویسی جزئی در حقوق براتی ما و جاهت قانونی

^۱ اسکینی، منبع پیشین، ص ۱۰۸

^۲ رسایی نیا، ناصر، ۱۳۷۴، حقوق تجارت، تهران، انتشارات پیام، ص ۱۰۱

^۳ ستوده، علیرضا، ۱۳۸۲، ضمانت در حقوق ایران، چاپ اول، انتشارات بهنامی، ص ۸۰

^۴ اسکینی، منبع پیشین، ص ۱۱۲

دارد، ضمانت جزئی تابع دستور علیحده ای قرار نمی‌گیرد و می‌توان متن قانونی را در حقوق ایران قابل اجراء دانست. سرانجام، طبق بخش اخیر م ۳۱ پیمان ژنو باید مشخص شود که ضمانت برای چه شخصی است و در صورت عدم ذکر، فرض بر این است که تضمین جهت برات کش داده شده است، در حقوق ایران به دلیل عدم نص قانونی در مورد تعیین مضمون عنه این سؤال قابل طرح است که در صورت عدم تعیین از سوی ضامن، کدام یک از مسئولان برات به عنوان مضمون عنه می‌باشند؟ نظریه‌هایی که در این باره ارائه شده در کل اتفاق نظر بر آن است که بر اساس عرف تجارتي ضمانت به حساب برات کش است.^۱ دارنده سند بازرگانی، به جهت تسهیل گردش این اوراق و حمایت از ایشان، کافی است به مواد ۲۳۷، ۲۴۹، ۲۵۱ و ... ق.ت. توجهی شود. مستلزم قبول ضمانت بی‌نام از برای برات کش، متعهد سفته و یا صادرکننده چک است.^۲ زیرا در بین مسئولان برات، مسئولیت او بیشتر از سایرین است. سؤالی که در مبحث ضمانت قابل طرح می‌باشد آن است که آیا عدم قید عبارتی در ظهر برات که حکایت از ضمانت کند، مثبت ضمانت امضاکننده است یا خیر؟ کمیسیون آ.د.م اداره حقوقی وزارت دادگستری، در مورد سفته، به این سؤال چنین پاسخ داده اند: «اگر شخص ثالثی ظهر سفته را بدون درج هر گونه مطلبی امضا نماید، این امر ظهور در ضمانت امضاکننده دارد و در این صورت امضاکننده ظهر سفته با متعهد سفته، در مقابل دارنده سفته، مسئولیت تضامنی خواهند داشت».^۳ همچنین برخی از قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران همین نظر را داشته اند:

۵۱



«همان طوری که نظریه مشورتی مورخ ۵۱/۴/۱۵ کمیسیون حقوق تجارت اداره حقوقی اشعار دارد، صرف امضای شخص ثالث در ظهر سفته به معنی ضمانت است و امضاکننده ضامن تلقی و با مضمون عنه دارای مسئولیت تضامنی است».^۴ برخی از اساتید حقوق در این زمینه بیان داشته اند: «در صورتی که شخص بدون آنکه مشمول ظهن نویسی شود، پشت برات را امضاء کند، این امضا به منزله ضمانت پرداخت وجه برات محسوب شود زیرا امضای مزبور شبیه مهر سفید بوده و دارنده

^۱ اسکینی، منبع پیشین، ص ۱۱۳

^۲ صقری، منبع پیشین، ص ۴۰۶-۴۰۵

^۳ نظریه مشورتی اداره حقوقی، عطف به استعلام ش ۷/۴۱۷ مورخ ۵۱/۲/۲ شعبه دوم دادگاه بخش سنندج

^۴ نظریه مورخ ۱۳۶۷/۴/۲۹ به اتفاق آراء (اندیشه های قضایی) مجموعه یاد شده، سؤال ش ۱۳۲

برات چنانچه بداند می تواند نام متعهدی را بالای آن بنویسد ولی اگر چیزی هم نوشته نشود، عرف و عادت تجارتي آن را ضمانت محسوب می دارد.^۱ برخی نیز گفته اند: تا دلایل و قرائن حکایت از ضمانت نکنند، امضای ظهر برات را باید ظهنویسی تلقی کرد زیرا در حالی که ضامن فقط با مضمون عنه ضمانت تضامنی دارد، ظهنویس مستقلاً مسئول پرداخت برات به دارنده بوده با کلیه مسئولان دیگر برات مسئولیت تضامنی دارد.^۲ این تفسیر سبب می شود که دارنده سند تجاری، مسئولان بیشتری جهت رسیدن به حق خود را داشته باشد. به عبارت دیگر به اعتبار برات می افزاید و گردش آن را تسهیل می کند. باوجود این باید گفت که اگر امضاکننده ظهر سند تجاری، دارنده آن باشد باید امضای ظهر سند را ظهن نویسی تلقی کرد ولی اگر شخص ثالثی که دارنده نبوده ظهر سند را امضاء کرد، باید او را ضامن دانست.

بخش دوم: امکان رجوع ضامن به مضمون عنه پس از ادای دین

بند اول: فقه امامیه

در منابع فقه امامیه، قول مشهور آن است که ضامن، پس از ادای دین ضمانت شده به مضمون له، حق دارد به مضمون عنه رجوع کرده و معادل آنچه را که پرداخته و به تعبیر شهید ثانی در شرح لمعه^۳ 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 هر چند که در زمان تأدیه، مآذون از مضمون عنه نباشد.^۴ برخی از فقها نیز با تفصیل بیشتر، صورت های اذن مضمون عنه به ضامن و تأدیه را مجموعاً و منقطعاً در چهار حالت تصور کرده ولی در نهایت به همان نتیجه رسیده اند.^۵ در عین حال، یکی از اندیشمندان متأخر فقه امامیه، مرحوم سید



^۱ استوده تهرانی، منبع پیشین، ص ۳۶

^۲ اسکینی، منبع پیشین، ص ۱۱۰-۱۰۹

^۳ شرح لمعه ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۳۰

^۴ خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۸۲- خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۸۲- عاملی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۱۸۹- صاحبجوهر، بر این

قول، ادعای اجماع کرده است: جواهرالکلام، ۱۳۶۵، ج ۲۶، ص ۱۳۲ و ۱۳۴

^۵ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۲۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۲۴

محمد کاظم طباطبایی یزدی (صاحب‌عروه)، به جمع‌آوری و نقل همه اقوال موجود در این زمینه پرداخته که به شرح زیر است:

الف) قبل از ادای دین به مضمون له، ضامن، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد چراکه اشتغال ذمه مضمون‌عنه در برابر ضامن، بعد از ادای دین به طلبکار و به میزان گرامتی است که ضامن در این راه متحمل می‌شود.

ب) با تحقق ضمان، مضمون‌عنه در مقابل ضامن، مشغول‌الذمه است اما به شرط ادای دین از سوی ضامن به طلبکار. به عبارت دیگر، تأدیه دین به وسیله ضامن، کاشف از اشتغال ذمه مضمون‌عنه در برابر ضامن از زمان عقد است.

ج) هر چند به مجرد وقوع ضمان، ذمه مضمون‌عنه در مقابل ضامن مشغول می‌شود اما جواز مطالبه غرامت از او، منوط به ادای دین از سوی ضامن به مضمون له است.

د) با وقوع ضمان، ذمه مضمون‌عنه در برابر ضامن مشغول شده و قابل مطالبه نیز هست و تأدیه یا عدم تأدیه دین به مضمون له، تأثیری در اشتغال ذمه ابتدایی مضمون‌عنه در مقابل ضامن به جای نمی‌گذارد.

۵۳



از میان اقوال فوق، وی، قول دوم و سوم را مردود می‌داند. قول چهارم را منطبق باقاعده دانسته و در توجیه آن می‌گوید، با وقوع ضمان، ذمه ضامن در برابر مضمون له مشغول می‌شود و طبعاً در مقابل، ذمه مضمون‌عنه نیز باید در برابر ضامن مشغول باشد؛ اما وی می‌افزاید که این نظر، به دلیل وجود اجماع و خبر مخالف، از جانب فقها پذیرفته نشده است. در نهایت، وی نیز هماهنگ با قول مشهور، معتقد است که اشتغال ذمه مضمون‌عنه نسبت به ضامن، بعد از ادای دین به طلبکار ایجاد شده و از این زمان است که ضامن می‌تواند معادل آنچه را که تأدیه کرده است، از مدیون اصلی وصول کند.^۱

^۱ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۷

بند دوم: حقوق مدنی ایران

به موجب ماده ۷۰۹ ق.م، «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از ادای دین.....». پس با اتکای به فقه امامیه در قانون مدنی نیز قاعده آن است که قبل از پرداخت دین ضمانت شده به مضمون له، 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 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 چنین گفت که امکان مراجعه ضامن به مضمون‌عنه، صرفاً منوط به تأدیه دین به مضمون له و عدم قصد تبرع ضامن در مقام وقوع عقد ضمان است اما اذن مضمون‌عنه، نقشی در حق رجوع بعدی ضامن به او ندارد. به عبارت دیگر، قانون‌گذار با تبیین احکام ضمان، در مقام بیان بوده و اگر علاوه بر ادای دین، به نقش اذن مدیون اصلی در تحقق حق رجوع بعدی ضامن نیز نظر داشت، این حکم را صریحاً در قانون مقرر می‌کرد. پس سکوت مقنن را باید سکوت در مقام بیان دانست و به اطلاق قانون از این حیث عمل کرد. این استدلال، هرچند در ظاهر قوی به نظر می‌رسد اما در واقع مردود است چه همان گونه که در شماره قبل گفته شد بر اساس قول مشهور فقهای امامیه که حتی صاحب جواهر بر آن ادعای اجماع کرده است، ضامن پس از تأدیه دین و به شرطی که ضمان با اذن مضمون‌عنه واقع شده باشد می‌تواند برای دریافت آنچه به مضمون له داده است به مدیون اصلی رجوع کند؛ بنابراین نمی‌توان به آسانی گفت که نویسندگان قانون مدنی در مقام تدوین احکام قانون از آن فتوا عدول کرده‌اند. از سوی دیگر، 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 غیر مدیون است. به موجب قاعده مذکور در ماده ۲۶۷ ق.م: «ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون، اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او را دارد و الا حق رجوع ندارد». به عبارت دیگر، آنچه مبنای جواز رجوع به مدیون می‌شود، اذن او به ایفای تعهد است نه قصد بیگانه‌ای که دین را تأدیه می‌کند. قصد تبرع، پرداخت‌کننده را از امکان مراجعه به مدیون محروم می‌کند اما قصد رجوع،



فی نفسه، حقی به او اعطاء نمی‌کند. به تعبیر اصولی یکی از اندیشمندان حقوق ایران، در خصوص احکام فوق، منطوق ماده ۲۶۷ با مفهوم مخالف ماده ۷۲۰ تعارض دارد و چون دلالت منطوق بر اراده مقنن بیش از مفهوم است، ماده ۲۶۷ حکومت دارد.^۱

بخش سوم: امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از ادای دین

بند اول: دیدگاه فقه امامیه

طبق قول مشهور فقهای امامیه، ضامن پس از ادای دین به مضمون له 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 ادای دین تا آنجا که در منابع فقه امامیه تتبع به عمل آمد، 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.^۲ در عین حال، مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در عروه‌الوثقی، موضوع را نه از جانب ضامن بلکه از منظر مضمون‌عنه بررسی کرده و بر آن است که اگر قبل از اینکه ضامن، دین را به مضمون له تأدیه کند، مضمون‌عنه مالی به او بدهد، رابطه حقوقی آن‌ها در دو فرض کلی قابل تصور و تحلیل است:

الف- مال از سوی مضمون‌عنه به امانت به ضامن داده شود تا بعد از ادای دین به طلبکار، معادل غرامت خود از آن استیفاء کند. در این فرض، مال بدون اشکال، در ید ضامن امانت است و جز در صورت تعدی و تفریط، مسئول آن نمی‌باشد.

ب- مال به‌عنوان وفای به عهد به ضامن تسلیم شود که البته این فرض، خود در حالات زیر قابل تفکیک است:

- ذمه مضمون‌عنه از زمان وقوع عقد ضمان، در قبال ضامن مشغول است اما مضمون‌عنه ملزم نیست قبل از ادای دین، مالی به ضامن بدهد. به عبارت دیگر، در صورت انجام این کار به اختیار مضمون‌عنه، وفای به عهد به‌درستی انجام شده است.

^۱ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۴۸

^۲ آسیستانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۱۲



- پرداخت دین از سوی ضامن به مضمون له، کاشف از اشتغال ذمه مدیون اصلی در برابر ضامن از لحظه وقوع ضمان است؛ بنابراین، تأدیه پیشاپیش مضمون‌عنه به ضامن، با فرض پرداخت بعدی ضامن به طلبکار، ادای دین و وفای به عهد محسوب می‌شود.

- ذمه مضمون‌عنه بعد از تحقق ضمان، در قبال ضامن مشغول نمی‌شود مگر بعد از تأدیه دین از سوی ضامن به مضمون له؛ بنابراین، در این صورت که منطبق با قول مشهور فقهای امامیه است، پرداخت پیشاپیش مالی از سوی مضمون‌عنه به ضامن، به‌عنوان وفای به عهد صحیح نبوده و در واقع، مال در دست ضامن، در حکم مقبوض به عقد فاسد است. در نتیجه بعد از ادای دین از جانب ضامن به مضمون له، ضامن نمی‌تواند مالی را که قبلاً از مدیون گرفته است، بابت غرامت خود احتساب کند مگر با اذن جدید از جانب مضمون‌عنه یا قطعیت و جزم ضامن به بقای او به اذن خود. با توجه به آنچه گفته شد، از دیدگاه فقه امامیه، ضامن در هر حال، قبل از ادای دین ضمانت‌شده به مضمون له، از حق رجوع به مضمون‌عنه محروم است.

بند دوم: دیدگاه قانون مدنی ایران

به‌موجب ماده ۷۰۹ ق.م: «ضامن، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از ادای دین ولی می‌تواند در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند». در تحلیل و توجیه حقوقی حکم بند دوم ماده فوق گفته‌اند، «بنای آن، التزام اضافی مضمون‌عنه در برابر ضامن بوده و اثر عقد ضمان نیست»^۱. 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»^۲. بدین‌سان مستنبط از ماده مرقوم اینکه التزام و تعهد شخصی مضمون‌عنه در قبال ضامن، منافاتی با اعمال قاعده کلی رجوع ضامن به مدیون اصلی ندارد. به عبارت دیگر، 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 مضمون له، معادل مبلغ پرداختی را از مدیون دریافت کند یا اینکه بر



^۱ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۵۴

^۲ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۵۶

مبنای التزام شخصی مضمون‌عنه در قبال او، قبل از پرداخت دین به طلبکار، به مضمون‌عنه رجوع کرده و طبعاً معادل دین ضمانت‌شده 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 به‌عنوان معادل غرامت خود بعد از ادای دین به مضمون‌عنه 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 مضمون‌عنه مشغول بوده و برائت ضامن در این رابطه حقوقی، مشخصاً با پرداخت دین به مضمون‌عنه و سقوط طلب او محقق می‌شود خواه تأدیه از سوی ضامن (بند یک ماده ۷۰۹ ق.م) یا از سوی مضمون‌عنه (ماده ۷۱۷ ق.م) و یا هر شخص ثالث (ماده ۲۶۷ ق.م) انجام‌شده باشد؛ بنابراین، رجوع ضامن به مضمون‌عنه، بر اساس حکم بند ۲ ماده ۷۰۹ ق.م و دریافت معادل دین ضمانت‌شده از او، مبتنی بر مسئولیت قراردادی و التزام شخصی و اضافی مدیون اصلی در برابر ضامن است (ماده ۱۰ قانون مدنی) اما این امر تا زمان ادای دین به مضمون‌عنه، سبب برائت ضامن از دینی که در قبال مضمون‌عنه داشته است نمی‌شود. واقع آن است که حکم قسمت اخیر ماده ۷۰۹ قانون مدنی ایران، حکمی عاریتی و ترجمه لفظ به لفظ ماده ۲۰۳۲ (بند ۳) قانون مدنی فرانسه است که بدون عنایت کافی به عدم سازگاری الفاظ و مفاد آن با مفهوم و اثر ضمان در فقه امامیه و مآلاً حقوق مدنی ایران، به‌دنبال قاعده کلی برائت ضامن و رجوع وی به مضمون‌عنه، در ماده ۷۰۹ گنجانده شده است؛ بنابراین بهتر آن بود که مقنن، به‌جای اقتباس صرف از قانون مدنی فرانسه و استعمال واژه برائت که در اصطلاح حقوقی، معنایی خاص دارد، پس از بیان قاعده کلی در صدر ماده ۷۰۹ ق.م، منظور خود را چنین مقرر می‌کرد: «... ولی می‌تواند در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد در مدتی معین، معادل دین را به او پردازد و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند». این تعبیر، مقصود قانون‌گذار را به‌وضوح افاده می‌کند و در عین حال، از ابهام و تعارض ظاهری با دیگر احکام ضمان در قانون مدنی نیز به دور است.



نتیجه گیری

چنانچه گفته شد مطابق قواعد عمومی قراردادها و صراحت ماده ۷۰۹ ق.م، ضامن تنها برای آن مقدار که پرداخت کرده حق رجوع خواهد داشت به شرطی که پرداخت بیش از مقدار این نباشد ثانیاً انعقاد عقد ضمان و پرداخت این به اذن مضمون عنه باشد. در صورت رجوع مضمون له و اقامه دعوی بطرفیت ضامن و مضمون عنه در تمامی مراحل دادرسی چه قبل از قطعیت حکم چه بعد از آن هر زمان که ضامن اراده کند و این را پرداخت نماید حق و رجوع به مضمون عنه را خواهد داشت در غیر این صورت ضامن متکلف از پرداخت دین بعد از قطعیت حکم و در مرحله اجرا در صورتی که نباشد از طریق اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و حبس آن اجبار به پرداخت می‌گردد. فرض تحقیق، ضامنی است که دین مضمون عنه را پرداخت نموده و رجوع ضامن به مضمون عنه مستلزم اقامه دعوی و تقدیم دادخواست مطابق با قانون آ.د.م می‌باشد بنا بر آنچه گفته شد اصل بر این است که در هر یک از مراحل دادرسی تا زمانی که ضامن دین را پرداخت نکرده حق رجوع به مضمون عنه و اقامه دعوی بطرفیت وی را نخواهد داشت. رسیدگی خارج از نوبت و به طرق فوق‌العاده نبوده و تا زمانی که اعسار ضامن در محکم ثابت نگردد موقتاً نیز از هزینه دادرسی معاف نخواهد شد؛ و تا موقعی که اعسار ضامن تعیین تکلیف نشود دادخواه در هیئت دعوی اصلی ورود نخواهد کرد؛ و نتیجتاً طبق قواعد کلی جواب تمامی سؤالات تحقیق منفی می‌باشد که متعاقب آن عدم تمایل افراد جامعه به ضمانت از یدگیر می‌باشد دقیقاً همان چیزی که الان در جامعه شاهد آن هستیم چراکه قانونگذار حتی در لایحه جدید تجارت از بابت حمایت از ضامنی که دین مضمون عنه را پرداخت نموده. با عنایت به اوضاع و احوال اقتصادی حاکم بر جامعه و نبود نقدینگی، طبیعتاً معاملات اعتباری و قرضی و مدت‌دار در میان تجار و هم در میان اشخاص غیر تاجر، رواج پیدا می‌کند. در طی سالیان متمادی با توجه به سوءاستفاده‌هایی که از معاملات مدت‌دار و قرضی می‌شود و اینکه طلبکار برای اطمینان از وصول طلب خود در سررسید و تحکیم رابطه قراردادی میان خود با اشخاص تجار و غیره درخواست ضامن می‌نماید. ضامن حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید؛ و 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. قبل از رسیدن اجل دین اصلی ضامن ملزم به تأدیه نیست ولو اینکه به واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین مؤجل او حال شده باشد. ضامن می‌تواند مضمون له را به دریافت طلب یا انصراف از ضمان ملزم کند ولو ضمان مؤجل باشد. پس از آنکه ضامن دین اصلی را پرداخت مضمون له باید تمام اسناد و مدارکی را که برای رجوع ضامن به مضمون‌عنه لازم و مفید است به او داده و اگر دین اصلی با وثیقه باشد آن را به ضامن تسلیم نماید اگر دین اصلی وثیقه غیر منقول داشته مضمون‌عنه مکلف به انجام تشریفات است که برای انتقال وثیقه به ضامن لازم است.



منابع و مأخذ

الف- منابع فارسی

- ۱- اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۵، حقوق تجارت، شرکتهای تجاری، جلد اول، چاپ دهم، انتشارات مهر (قم)، تهران
- ۲- اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۵، حقوق تجارت، برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک، چاپ دهم، انتشارات وزارت فرهنگ ارشاد اسلامی، تهران
- ۳- بروجردی عبده، محمد، به کوشش محمد رضاحسینی، ۱۳۸۰، حقوق مدنی، با مقدمه مهدی شهیدی، انتشارات مجد، تهران
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۶۳، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران
- ۵- حسنی، حسن، ۱۳۷۸، حقوق تجارت، چاپ اول، انتشارات دادگستر، تهران
- ۶- رسایی نیا، ناصر، ۱۳۷۴، حقوق تجارت، انتشارات پیام، تهران
- ۷- ستوده، علیرضا، ۱۳۸۲، ضمانت در حقوق ایران با دیباچه دکتر ربیعا اسکینی، چاپ اول، انتشارات بهنامی
- ۸- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۶، سقوط تعهدات، چاپ هشتم، انتشارات مجد، تهران
- ۹- صفایی، سید حسن و قاسم زاده، سید مرتضی، ۱۳۸۲، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، چاپ نهم، انتشارات مهر (قم)
- ۱۰- صقری، محمد، ۱۳۸۰، حقوق بازرگانی اسناد، برات، سفته و قبض انبار عمومی، جلد اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ چهارم، انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران



۱۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی، ایقاع معین، چاپ دوم، نشر دادگستر

۱۳- گندم‌کار، رضا حسین، ۱۳۸۴، مسئولیت تضامنی قراردادی، چاپ اول، چاپ شریعت

ب- منابع عربی

۱- حکیم، محسن، ۱۳۷۱ ه.ق، نهج الفقاهه، جلد اول، چاپ سربی، نجف

۲- شهید ثانی، ۱۳۸۶، مباحث حقوقی شرح لمعه، چاپ چهارم، انتشارات مجد

۳- طباطبایی، سید محمد کاظم، بی تا حاشیه بر مکاسب، جلد اول، چاپ سنگی

۴- نجفی، محمدحسن، ۱۳۴۸، جواهرالکلام، جلد سی و هفتم، چاپ چهارم، انتشارات

دارالکتب الاسلامیه، چاپخانه حیدری، تهران

