

## **Examining the guarantee contract in the common law legal system**

### **Abstract**

In transactions, individuals use collateral to secure their rights, one of which is the guarantee contract, which is used in almost all societies. Both Islamic and common law systems This legal institution has dealt with and determined the works according to their legal principles. In Iranian jurisprudence and law, the necessity of applying a guarantee contract is to be a carrier of dhimma, during which dhimma is the subject of annihilation and dhimma is engaged to the guarantor against the content of crushing. In this case, with the conclusion of the contract, the obligation of the subject has not been removed, but the obligation of the guarantor, along with the subject of the opposition in front of the content of the crusade, is engaged in seeking him. He examined the effect of the contract, one is the relationship that we establish between the guarantor and the subject of the contract, the other is the relationship that arises between the guarantor and the subject of the contract, and finally the relationship that we establish between the subject of the contract and the subject of the contract. In the common law system, the effect of the guarantee contract is liability to liability, but in some issues arising from this contract, such as the passage of time, there is no consensus on the guarantee contract and a single procedure for this contract, such as Scotland. It has a different approach to the UK, Wales, Southern Ireland, the Republic of Ireland and the United States. The power of agreement and will of individuals in determining the effects of a guarantee, the causes of deterioration and dissolution, the rights governing bankruptcy, the performance of debt by the non-debtor without the debtor's permission, The legal system is about this contract.

**Keywords:** contract, guarantee contract, common law system.

## بررسی عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۲/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۷

بهراد قنبری<sup>۱</sup>

هرمز اسدی کوهباد<sup>۲</sup>

محمد رسول آهنگران<sup>۳</sup>

### چکیده

در معاملات، افراد به دادن یا ستاندن وثیقه برای اطمینان خاطر از رسیدن به حق خود استفاده می کنند که یکی از این اسباب، عقد ضمان است و تقریباً در تمامی جوامع از آن استفاده می شود. هر دو نظام حقوقی اسلامی و کامن لا به بررسی این نهاد حقوقی پرداخته و با توجه به مبانی حقوقی خود به تعیین آثار پرداخته اند. در فقه و حقوق ایران، اقتضای اطلاق عقد ضمان، ناقل بودن ذمه است که در طی آن ذمه مضمون عنه بری و ذمه به ضامن در مقابل مضمون له مشغول می شود و در سایر مذاهب اسلامی، ضم ذمه بودن اثر اطلاق عقد ضمان می باشد که در این صورت با انعقاد عقد، ذمه مضمون عنه بری نشده بلکه ذمه ضامن نیز در کنار مضمون عنه در مقابل مضمون له برای طلب وی، مشغول می شود. در این عقد می توان قائل به سه نوع از روابط شد و احکام را با توجه به اثری که از عقد حاصل می شود بررسی کرد، یکی روابطی که ما بین ضامن و مضمون له ایجاد می شود و دیگری روابطی که بین ضامن و مضمون عنه به وجود می آید و در آخر هم روابطی که ما بین مضمون له و مضمون عنه امکان برقراری آن هست. در نظام حقوقی کامن لا، اثر عقد ضمان ضم ذمه به ذمه می باشد ولی در بعضی از مسائل ناشی از این عقد، مانند مرور زمان در مورد عقد ضمان اتحاد نظر و رویه واحدی نسبت به این عقد وجود ندارد، مثلاً کشور اسکاتلند رویه ای متفاوت با کشور انگلستان، ولز، ایرلند جنوبی، جمهوری ایرلند و آمریکا در این مورد دارد. قدرت توافق و اراده اشخاص در تعیین آثار ضمان، اسباب زوال و انحلال، حقوق حاکم بر ورشکستگی، ایفای دین از جانب غیر مدیون بدون اذن مدیون، منبای رجوع ضامن به مضمون عنه و مفاهیمی که شبیه به عقد ضمان هستند، از جمله موارد اختلافی دو نظام حقوقی در مورد این عقد می باشد.

کلیدواژه: عقد، عقد ضمان، نظام حقوق کامن لا.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری تخصصی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران

<sup>۲</sup> استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران

<sup>۳</sup> استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

با توجه به افزایش روز افزون روابط حقوقی فی مابین افراد جامعه و به وجود آمدن داین و مدیون در قرارداد های مختلف، همواره این مسئله وجود داشته و دارد که آیا مدیون می تواند در موعد مقرر دین خویش را پرداخت نماید یا خیر؟ بدین سبب قبل از پیدایش دین مقدس اسلام و همچنین در حقوق اسلامی و به تبع آن در حقوق ایران و نیز در حقوق کامن لا عقدی بنام ضمان شکل گرفته است و ظاهراً به همه نگرانی ها پایان داده است ولی متأسفانه برداشت های مختلف از این عقد و آثار متفاوت آن، مشکلات عدیده ای در حال حاضر برای افراد جامعه بوجود آورده که موجب تشکیل پرونده های متعدد در محاکم و ایجاد خصومت ها به طرق مختلف و عدیده در میان اشخاص جامعه شده است. ضمان در لغت به معنای التزام است و در اصطلاح حقوقی، عقد ضمان، عقدی لازم است که برای ضمانت دین شخص مدیون، میان مضمون له و ضامن منعقد می شود. کفیل به مال را ضامن، صاحب مال را مضمون له و کسی که مال بر عهده او است را مضمون عنه می گویند. فقهای امامیه معتقد هستند که عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه می شود ولی فقهای اهل سنت، اثر عقد ضمان را ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه می دانند و حقوق موضوعه ایران اصل را بر ضمان نقل به ذمه به ذمه قرار داده است. از دیدگاه فقه شافعی، ضمان از ضم با تضمین است زیرا ذمه ضامن برای تضمین حق است و ذمه مضمون عنه با ضامن بری نمی شود بلکه حق در ذمه مضمون عنه و ضامن ثابت است و مضمون له در رجوع به هرکدام از آن ها که بخواهد آزاد است. در حقوق انگلستان که دارای سیستم حقوقی کامن لا می باشد عقد ضمان را به قراردادی که در آن ضامن، تعهد قابل ایفایی را در برابر طرف دیگر قرارداد، برای مدیون که مسئول اولیه است، به عهده می گیرد و اثر آن الزام ثانوی ضامن در ایفای تعهد پرداخت بوده که با مفهوم جبران خسارت رابطه ای بسیار نزدیک دارد و برای تمیز مفهوم جبران خسارت از ضمان دو تفاوت بیان شده است، اول اینکه تعهد به جبران خسارت در صورتی که قرارداد اصلی صحیح نباشد می تواند صحیح تلقی شود و دوم اینکه بر عکس عقد ضمان که در حقوق کامن لا حتماً می بایست مکتوب باشد، تعهد به جبران خسارت می تواند غیر نوشته باشد و در حقوق اسکاتلند نیز رویه مانند حقوق انگلستان است.

### پیدایش نظام حقوقی کامن لا

نظام حقوقی کامن لا در انگلستان ساخته شد. ریشه های تاریخی این نظام به قرن یازدهم میلادی و سلطه نورمن ها بر این کشور باز میگردد. در این دوره، دادگاه های شاهی با آرای خود، بنیان های نظام کامن لا را ایجاد کردند و نمایندگان اصلی حقوق کامن لا، کشور های انگلستان، ولز و آمریکا می باشند. حقوق کامن لا نیز دوره های مختلفی را طی کرده است که در دوره هایی از آن (قرن ۱۵ تا ۱۸ میلادی) با تشکیل دادگاه ها و اصول انصاف، نظامی مکمل در کنار آن ایجاد شد. از قرن نوزدهم میلادی به بعد، کامن لا با توسعه قوانین به حیات خود ادامه داده است. در هر حال، حقوق کامن لا، بر پایه آرای دادگاه ها و شیوه دادرسی شکل گرفت و بیش از تاکید بر قواعد ماهوی و عادلانه بر طرق دادرسی تاکید می کرد، البته امروزه توجه به قوانین و مقررات افزایش یافته است و بنابر این بر خلاف

تصور معمول، کامن لا، حقوق مبتنی بر عرف نیست بلکه پایه های اصلی آن، آرا و عرف های قضایی است. (ره پیک، حسن، مقدمه علم حقوق، ص ۶۱)

### معنای لغوی ضمان در نظام حقوقی کامن لا

در این نظام حقوقی ضمان معادل واژه *guarantee* و *suretyship* می باشد و عقد ضمان را *contract of guarantee* یا *suretyship* می نامند. (oxford dictionary of law, p288 و کشاورز، بهمن، فرهنگ حقوقی انگلیسی به فارسی، ص ۱۰۶ و ۲۳۱)

عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا اینچنین تعریف شده است که: عقد ضمان عقدی ثانوی (تبعی) است که در آن شخص (ضامن) مسئول دین دیگری که آن شخص مدیون اصلی است، قرار می گیرد. (treavor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p4)

در فرهنگ حقوقی *black law dictionary* از عقد ضمان این چنین تعریف شده است که: عقد ضمان تضمینی است که یک قرارداد و یا قانون بر عهده دیگری قرار می دهد و همچنین عقد ضمان اینگونه نیز تعریف شده است که توافقی است که طی آن تعهدی تضمین می شود. (black law dictionary, p772, 773).

ذکر یک نکته در این همین ابتدای اباحت ضروری است و آن این که همانگونه در شناسایی نظام حقوقی کامن لا متذکر شدیم، نظام حقوقی انگلستان و ولز و در بسیاری از جهات با نظام حقوقی آمریکا و همچنین ایرلند جنوبی و جمهوری ایرلند و اسکاتلند در خصوص عقد ضمان و بسیاری دیگر مباحث و مسائل حقوقی، هماهنگی کامل با یکدیگر دارند و به خصوص نظام حقوقی ولز که عینا از خصوصیات حقوق حاکم بر انگلستان پیروی می کند، پس در اینجا ما نیز حقوق انگلستان را به عنوان مصداق اصلی مورد بحث قرار میدهم و هر کجا حقوق این کشور با حقوق سایر کشورهایی که از نظام حقوقی کامن لا پیروی می کنند، تفاوتی وجود داشت، به آن اشاره خواهد شد.

### مبحث چهارم) ویژگی های عقد ضمان در نظام حقوق کامن لا

۱) عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا نیز یک عقد تبعی است: در تعریف عقد ضمان همانطور که اشاره کردیم، این چنین گفته می شود که عقد ضمان قراردادی است که در آن ضامن (guarantor) مسئولیت متعهد اصلی دین را بر عهده می گیرد که این قرارداد بانی دین اصلی می بایست موجود باشد و یا طرفین قصد به وجود آمدن آن را داشته باشند، پس بنابر این وجود عقد ضمان منوط به وجود یک قرارداد اصلی است، در این نظام حقوقی، قرارداد اصلی را *primary contract* و قرارداد تبعی یا ثانویه را *secondary contract* می نامند و به طور کلی می توان گفت که در حقوق کامن لا، تمامی قراردادهایی که ماهیت تضمین کننده دارند، وابسته به یک قرارداد اصلی هستند.

۲) عقد ضمان از عقود ارفاقی است که در آن نفع و ذی نفعی ضامن مطرح نیست و در نظام حقوقی کامن لا، ضامن نمی تواند از عقد ضمان سودجویی کند به این بیان که اگر ضامن در انعقاد قرارداد اصلی نقش داشته باشد و از

قرارداد اصلی نفعی عایدش شود، ضمانت ضامن در این مورد قبول نیست که این مورد در پرونده ساتن بر علیه گری، در سال ۱۸۹۴ مورد تایید قرار گرفت. ( trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p4)

۳) قرارداد اصلی می تواند قبل و یا بعد از عقد ضمان موجود شود که به آن ضمانت دنباله دارد می گویند.(continuing suretyship) که بنا بر تعریفی که در ابتدای بحث داشتیم، امکان به وجود آمدن چنین ضمانتی دور از ذهن نیست .

۴) در این نظام حقوقی، عوض برای دین باید وجود داشته باشد و این قرارداد حتما می بایست مکتوب باشد، یعنی اینکه عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا یک قرارداد تشریفاتی است، که در جای خود مفصلا مورد بررسی قرار خواهد گرفت.(oxford dictionary of law,p288).

۵) ضامن پس از پرداخت خسارت شخصی که ضمانت کرده است، حق رجوع به وی را دارد.

در حقوق کشور اسکاتلند، ویژگی ها و قواعدی که ذکر شد، همانند کشور انگلستان است و تعریفی که از عقد ضمان شد و ویژگی های آن در حقوق اسکاتلند نیز اعمال می شود منتهی اختلاف در کاربرد واژه ها در این مورد وجود دارد.

در حقوق انگلستان برای کلمه ضمانت از کلمه suretyship استفاده می شود ولی در حقوق کشور اسکاتلند که این کشور هم از نظام حقوقی کامن لا پیروی میکند، از کلمه cautionary obligation استفاده می شود و در حقوق کشور اسکاتلند به جای واژه surety از واژه cautioner استفاده می شود.

همچنین در متون کتاب های حقوقی کشور انگلستان، از عقد ضمان ذیل واژه suretyship بحث می شود و لغت guarantee کمتر مورد استعمال قرار می گیرد(trevor c.hartley,p4)

ما نیز چونکه حقوق انگلستان را به عنوان هسته مرکزی بحث قرار دادیم، از عنوان surtyship برای لفظ عقد ضمان استفاده می کنیم.

مبحث پنجم)تفکیک میان عقد ضمان از تضمین جبران خسارات (تضمین هر نوع خسارت و غرامت و تاوان)

در حقوق انگلستان، مفهومی وجود دارد به نام indemnity که به معنای تضمین جبران خسارات احتمالی آینده، تضمین هر نوع خسارت، غرامت، تاوان و تضمین خسارت است(کشاورز، بهمن، همان، ص ۱۱۷) و از دیگر سو مفهوم suretyship که به معنای عقد ضمان است را داریم، حال باید ببینیم که واژه indemnity در نظام حقوقی کامن لا دارای چه مفهومی می باشد. در نظام حقوقی کامن لا، واژه indemnity دارای چند معنی است. اولین معنی که وسیع ترین آن نیز می باشد عبارت است از تعهد به جبران خسارت وارد بر یک کالا یا شخص که مبانی آن می تواند قرارداد یا حکم قانون باشد، که یکی از مصادیق این تعریف، خود عقد ضمان است. دومین معنی

عبارت است از تعهدی که تنها با قرارداد به وجود می آید که می توان به عقد ضمان و بیمه اشاره کرد. سومین معنای لفظ indemnity که محدود ترین تعریف است و زمانی که در قرارداد ها به کار می رود، اشاره به عقد ضمان دارد که در اینجا به معنای این است که شخصی اعمال یا بدهی دیگری را در انجام دادن کاری و یا ورود او در معامله ای را به عهده می گیرد و تعهد جبران خسارات وارده به شخصی که ضرر به او وارد شده است را می نماید. سوالی که در اینجا به وجود می آید این است که تفاوت دو لفظ suretyship و indemnity در چیست؟ آیا این دو لفظ در نظام حقوقی کامن لا، مترادف هستند؟ در پاسخ می گوئیم که خیر، این دو لفظ مترادف نیستند و با یکدیگر تفاوت دارند، اختلاف آنها این است که indemnity خود یک قرارداد اصلی است و از عقود تبعی نیست، در حالی که suretyship یک عقد تبعی است به بیان دیگر، همانطور که اشاره کردیم، در نظام حقوقی کامن لا، عقد ضمان یک عقد تبعی است و تابع یک قرارداد یا حکم قانون است در حالی که تضمین و یا جبران غرامت، خود یک قرارداد باالاصاله است و تابع قرارداد دیگری نیست. البته خود حقوقدانان کامن لا نیز از سردرگمی که در خصوص معنای سوم indemnity با واژه suretyship وجود دارد سخن گفته اند(همان، ص ۵). از دیگر سو، واژه indemnity در معنای سوم خود، شباهت بسیار بیشتری با بیمه (insurance) پیدا می کند. در نظام حقوقی کامن لا چنین گفته می شود که درست است که واژه indemnity در معنای وسیع خود بیمه را هم شامل می شود ولی در معنای محدود خود، بین این دو مفهوم تفاوت قائل هستند اگر چه اتفاق نظری در این خصوص در نظام حقوقی کامن لا وجود ندارد(همان) که دلیل این است که در نظام حقوقی کامن لا، حقوق مربوط به تضمین خسارات و غرامات به خوبی ارتقاء نیافته است بر خلاف حقوق مربوط به بیمه و عقد ضمان که از ارتقا کافی برخوردار است.

### مدیونیت مشترک

در این قسم از مدیونیت، هر کدام از مدیونین، مجتمعا و با هم، مدیون به یک تعهد هستند، مثلا d و e توافق می کنند که به C ده دلار بدهند که در اینجا یک دین وجود دارد و C می تواند هم به مدیون اصلی مراجعه کند و یا به هر کدام از ضامن ها در یک زمان رجوع کرده و طلب خود را وصول کند ولی C نمی تواند بیش از ۱۰ دلار را وصول کند زیرا دین مجموعا ده دلار بوده است. در این قسم از مدیونیت، اگر یکی از مدیون ها، دین را بپردازد، دیگری بری للذمه است و در اینجا مدیونی که دین را پرداخته می تولد به اندازه ی سهم مدیون دیگر، به وی رجوع کند، زیرا مسئولیت آنها مشترک بوده و هر کسی به اندازه سهم خود مسئول اجرای تعهد است. اگر در قرارداد میزان سهم هر کدام از مدیونین مشخص نشده باشد، حکم به تساوی داده می شود(همان)

### مدیونیت مشترک و انفرادی

این قسم از مدیونیت بیشترین شباهت به مدیونیت مشترک را دارد. در این نوع از مدیونیت، دو یا چند نفر متعهد می شوند که به صورت انفرادی یا مشترک دین را بپردازند، مثلا اگر d و e توافق کنند که ده دلار به C به صورت مدیونیت مشترک و انفرادی بپردازد، در اینجا سه نوع تعهد وجود دارد. یکی تعهد d به اینکه منفردا دین خود را بپردازد و دیگری تعهد e به اینکه منفردا دین را بپردازد و در آخر تعهد هردوی آنها که به صورت جمعی دین را

پرداخت کنند و در حقیقت در اینجا یک دین وجود دارد که به سه صورت قابل پرداخت بوده است (همان). در این جا، اگر یکی از مدیونین قبل از ادای دین فوت نماید، تعهد او به قائم مقام وی منتقل نمی‌شود و بلکه تعهد به صورت یکجا به عهده مدیون دیگر قرار می‌گیرد اما در صورتیکه هر هر کدام از مدیونین که تعهد را به صورت مشترک و انفرادی تقبل کرده اند، هر دو بمیرند، دین آنها به قائم مقامشان منتقل می‌شود. در میزان مسئولیتی که به صورت مشترک واقع می‌شود، ممکن است سهم هر کدام از مدیونین به موجب قرارداد تغییر کند و فرض تساوی سهام در موردی است که در قرارداد میزان سهم هر مدیون مشخص نشده باشد. در صورتی که مضمون له، در قرارداد مدیونیت مشترک، ذمه یکی از مدیون ها را ابرا کند (رها کند) ذمه مدیون دیگر نیز خود به خود مبری شده تلقی می‌گردد اما در صورتی که دائن از ضمانتی که ضامن ها به نفع او نموده اند صرف نظر کند، این صرف نظر مسقط حق اصلی که او در تعهد اصلی داشته نخواهد بود (همان، ص ۱۰). اگر مدیون در قرارداد اصلی ملکف به پرداخت وجهی نباشد، ضامن نیز ملکف به پرداخت نیست حتی اگر ضامن استناد به عدم اهلیت مدیون اصلی در انعقاد قرارداد اصلی بنماید باز ضامن می‌تواند دین را پرداخت نکند، زیرا در قرارداد اصلی، مدیون اهلیت قانونی برای پرداخت دین را ندارد. بنابر قانون تقلب ها در نظام حقوقی انگلیس، عقد ضامن می‌بایست مکتوب باشد، در حالی که این الزام سایر قراردادهای ضمانت جبران خسارت را در بر نمیگیرد مگر اینکه تصریح شده باشد.

#### pro rata در حقوق اسکاتلند

این وضعیت از ساخته های حقوق کشور اسکاتلند است که در این زمینه نیز با حقوق کشور انگلستان متفاوت است. در واقع این وضعیت، یعنی تساوی در میزان مسئولیت هر کدام از مدیونین یا ضامنین، که در چند صورت ممکن است پیش آید. ۱) در فرضی که در قرارداد طرفین تصریح کرده اند که میزان مسئولیت هر کدام از آنها به صورت تساوی است. ۲) در صورتی که در قرارداد میزان مسئولیت هر کدام از مدیونین مشخص نشده است یا به عبارت دیگر، اقتضای اطلاق یک قرارداد در میزان مسئولیت هر کدام از مدیونین، pro rata است.

#### solidum

این وضعیت در حقوق کشور اسکاتلند است. در این وضعیت، هر کدام از ضامنین یا مدیونین، متعهد به پرداخت تمام دین یا اجرای تمام تعهد است لکن در صورتی که دین دیگری را داده باشد، می‌تواند به قدری که سهم مدیون دیگر بوده، به وی مراجعه کند. حال با توجه به آنچه که گفتیم، در حقوق اسکاتلند اگر طرفین نوع و میزان مسئولیت را تصریح نکرده باشند، موضوع حمل بر pro rata میشود یعنی تساوی در مسئولیت هر کدام از مدیونین در ایفای دین یا انجام تعهد و به بیان دیگر اصل بر این است که هر ضامنی به اندازه دینی که ضمانت کرده است مسئول است و مسئول دین دیگری نیست مگر اینکه در قرارداد به آن تصریح شده باشد یا اینکه قانون به وجود رابطه تضامنی تصریح کرده باشد. (رک به Gow, pp 21-22, Glog and Henderson, p.35)

#### بیمه تضامنی

در نظام حقوقی کامن لا، مفهومی به نام *guarantee insurance* وجود دارد که به آن بیمه تضامنی می گویند. این نوع از تضمین خود اقسام مختلفی دارد که چند مورد از آنها عبارتند از بیمه در قبال صادق نبودن فرد مستخدم و بیمه برای تکمیل قرارداد و یا بیمه بدهی. این سه قسم از بیمه از نظر جایگاه اقتصادی شبیه به عقد ضمان هستند (همان، ص ۱۱) و به نظر می رسد که در اینجا بیمه نقش ضامن را در جبران خسارت دارا می باشد و همانگونه که علمای حقوق انگلستان نیز ذکر کرده اند، این اقسام انعقاد بیمه از حیث نقش اقتصادی که برای جبران خسارت دارند، شبیه به عقد ضمان هستند زیرا در این نظام حقوقی، عقد ضمان به عنوان تاسیسی برای جلوگیری از ورود از ضرر به مضمون له یا داین است. البته بایستی خاطر نشان کرد که در این نظام حقوقی بیمه و عقد ضمان دو تاسیس حقوقی متفاوت هستند و تصریح شده است که عقد ضمان عقدی است تبعی و تعهدی که از این عقد به وجود می آید یک تعهد تبعی است در حالی که تعهد مسئول بیمه یک تعهد اصلی است، همچنین از دیگر تفاوت های بیمه و عقد ضمان در این نظام حقوقی عبارتند از: در عقد ضمان، فقط یک دین وجود دارد و اگر ضامن آن را بپردازد، دین ساقط است در حالی که در عقد بیمه دو تعهد وجود دارد، یکی تعهد بیمه گذار به پرداخت و دیگری تعهد بیمه گر، در صورتی که بیمه گذار قادر به پرداخت دین نباشد، وی تعهد به پرداخت را پیدا می کند. در عقد ضمان، اگر ضامن دین را پرداخت کند، وی حق مراجعه مستقیم به مدیون را برای آنچه که به عنوان ضامن پرداخته است دارا می باشد ولی در عقد بیمه اگر بیمه گر دین را پرداخت کند، او تنها به عنوان نماینده حق دارد برای آنچه که بیمه کرده است به مدیون مراجعه کند (در عقد ضمان، رجوع ضامن مستقیم است و در عقد بیمه رجوع غیر مستقیم و از باب نمایندگی است). عقد ضمان بایستی مکتوب باشد (بنابر قانون جلوگیری از تقلب که این الزام را مقرر کرده است) در حالی که قرارداد بیمه می تواند حتی شفاهی باشد. در قرارداد ضمان، اگر عقد اصلی باطل باشد، قرارداد ضمان نیز باطل است ولی در بیمه، بیمه گر معمولاً متعهد به جبران خسارت بنابر موضوع بیمه است اگر چه که مدیون قانوناً شرایط مسئولیت را نداشته باشد. تشخیص اینکه یک قرارداد از نظر ماهیتی، عقد ضمان است یا بیمه، همواره آسان نیست و باید به قصد طرفین برای تشخیص ماهیت عقد مراجعه کرد و فاکتوری دیگر که باید برای تشخیص این موارد مورد استفاده قرار گیرد این می باشد که عقد بیمه معمولاً در قراردادهای مالی میان دو شخص مورد استفاده قرار می گیرد در حالی که ضمان مبتنی بر روابط دوستانه میان ضامن و مدیون است (عقد ضمان مبتنی بر احسان است) اگر چه این مطلب همواره صحیح نیست و هیچ مانعی ندارد که عقد ضمان برای امور مالی میان طرفین منعقد شود و دلایل مالی و نه روابط دوستانه بتواند دلیل بر انعقاد آن باشد. (رک به *Sidney preston & raoul colinvaux , the law of insurance, 2<sup>nd</sup> ed. 1967, pp 358-366 , halsburys the laws of England (charlesworth, pp 262-264, , rowlatt, pp.9-11 و vol 22. insurance, pp 401-402*)

### شرایط لازم برای تشکیل عقد ضمان

عقد ضمان، از قواعد کلی حاکم بر معاملات و مقررات معمول مربوط به ایجاد و قبول برای تشکیل پیروی می کند و همچنین از قواعد عمومی مربوط به اهلیت در معاملات نیز، همانطور که در قواعد کلی معاملات مطرح است پیروی می کند اگر چه که نیازی نیست که همه قواعد عمومی معاملات در اینجا ذکر شود ولی ذکر مواردی که از اهمیت خاصی برخوردارند در اینجا خالی از فایده نیست.



بنابر حقوق انگلستان، صغار فاقد اهلیت لازم برای ورود در عقد ضمان و تشکیل آن می باشند و عقدی که توسط صغار منعقد می شود تا زمانی که صغیر به سن رشد برسد، فاقد اثر قانونی است و الزامی ندارد یعنی صغیر می تواند عقد ضمان را منعقد کند و قراردادی را به عنوان تعهدات ادامه دار یا تعهدات احتیاطی را انجام دهد ولی این قرارداد امکان الزام وی را ندارد مگر تا زمانی که به سن قانونی برسد و یا تحت شرایط خاصی امکان انجام آن باشد (رک holden p245). یک خانم، از اهلیت کامل برای انعقاد عقد ضمان برخوردار است، خواه مدیون شوهر او باشد و یا هر شخص دیگری باشد. در نظام حقوقی سابق انگلستان، اگر شرکتی بدون اینکه اختیار چنین قراردادی را می داشت، ضامن می شد، این قرارداد باطل بود ولی هم اکنون این مقرر به موجب قانون شرکت ها، مصوب ۱۹۶۸ تغییر کرده است.

### عوض

الف) در مورد عوض، عقد ضمان در نظام حقوقی انگلستان و در هر دو قسمت های ایرلند، از نظام واحدی تبعیت می کند ولی کشور اسکاتلند مقررات متفاوتی در این خصوص دارد.

ب) به عنوان مقرر عمومی در نظام حقوقی انگلستان، هیچ قراردادی قابل اقدام و الزام قانونی نیست مگر اینکه عوضی در آن وجود داشته باشد که استثنای این مورد، قرارداد هایی هستند که مستند آنها سند است. مقررات مربوط به عوض در حقوق انگلستان جاری است ولی در حقوق اسکاتلند جریان ندارد. در عوض این که ضامن قبول میکند که ضمانت مضمون عنه را بر عهده بگیرد، بایستی تعهدی و یا قولی و یا توافقی بر له ضامن بنماید، زیرا در این نظام حقوقی حتما می بایست در برابر عوض، معوضی قرار گیرد، البته این اثر جز آثار تکمیلی است و توافق طرفین می تواند خلاف آن را مقرر دارد (همان). قاعده عمومی در حقوق انگلستان این است که یک قول قابل الزام نیست مگر در موردی که سندی وجود داشته باشد ولی معاملات الزام آور هستند و برای اینکه معامله ای وجود داشته باشد، باید از هر سمت، عوضی موجود باشد. عوض در نظام حقوقی انگلیس به دو نوع تقسیم می شود: یکی عوض موجل (executor consideration) و دیگری عوض حال (executed consideration). عوض باید ارزش مالی داشته باشد ولی لازم نیست که از حیث ارزش، برابر با معوض باشد و در حقیقت در نظام حقوقی کامن تنها به این مورد نگاه می شود که آیا این عملی که انجام شده، وصف معاملاتی دارد یا خیر و دیگر از دیده انصاف از حیث ارزش عوض و معوض به آن نگاه نمی شود.

### مکتوب بودن

همچنان که قبلا نیز اشاره کردیم، عقد ضمان، بایستی به صورت نوشته باشد (section 4 of the statute of frauds 1677) و این قاعده در کشور های بریتانیا و ایرلند جاری است و مقررات مشابه در سایر کشورهایی که از نظام حقوقی کامن لا تبعیت می کنند جریان دارد اگر چه در جزئیات اندکی با یکدیگر تفاوت دارند، مثلا در در کشور های بریتانیا و ایرلند، مکتوب بودن عقد ضمان جنبه دلیلی و اثباتی دارد و عقد ضمانی که به صورت شفاهی منعقد

شود باطل نیست ولی این قرارداد الزام آور هم نیست و اگر ضامن وجه را بپردازد، حتی اگر به صورت اشتباه باشد، دیگر امکان استرداد آن را ندارد. البته در این نظام حقوقی اصولاً قراردادها نیازی به مکتوب بودن ندارند مگر اینکه خلاف آن تصریح شده باشد، مانند عقد رهن که می بایست به صورت مکتوب باشد (trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p36) و همچنین این قرارداد حتماً می بایست به امضای ضامن برسد. سند در این نظام حقوقی چنین تعریف می شود: سند نوشته ای است که امضای و مهر شده و تحویل به دائن داده می شود (trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p15) بنابراین این در عقد ضمان، امضای ضامن نیز رکن است.

### تقلب، اشتباه و پنهان کاری

مانند هر قرارداد دیگری، قرارداد ضمان اگر بر مبنای تقلب یا اشتباه منعقد شده باشد، باطل است. (trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p19) ولی در رویه گذشته، تمایل بر این بوده است که قرارداد قابل ابطال بوده باشد و هم کانون نیز برخی از محاکم چنین عقیده دارند که اگر در اثر تقلب یا اشتباه ضرر فاحشی متوجه به ذی نفع نشود، اختیار برهم زدن معامله با او است و به عبارت دیگر معامله قابل ابطال است نه به خودی خود باطل. (London general omnibus co.v. Holloway, 1912. p72)

### فسخ عقد ضمان

سوال در این است که آیا زمانی که قرارداد منعقد گردید و الزام آن دامنگیر ضامن شد، آیا ضامن می تواند عقد را فسخ کند؟ برای پاسخ به این سوال، باید بین دو فرض عوض موجب و عوض حال قائل به تفکیک شویم. در موردی که عوض موجب است، به محض قبول ضامن برای ضامن شدن و قبول مضمون له به اینکه در عوض قول یا تعهدی را به ضامن خواهد داد (گفتیم که در این نظام حقوقی، باید در مقابل عوض چیزی قرار گیرد) عقد الزام خود را به جا می گذارد و ضامن نمی تواند عقد را فسخ کند، یعنی در اینجا قرارداد دو جانبه است که هر کدام عوضین وابسته به هم می باشند (عوض و معوض بسته به یکدیگرند). در موردی که عوض حال است و ضامن در ازای ضامن شدن، از مضمون له درخواست قبول تعهد یا قولی را می نماید، تا زمانی که مضمون له قبول نکرده است، ضامن می تواند عقد را فسخ کند. دیدگاه علمای حقوق انگلستان این است که در اینجا حقیقتاً عوضی در برابر ضامن شدن ضامن قرار نمی گیرد بلکه در اینجا صرفاً نوعی اطلاع رسانی وجود دارد که اگر مضمون له فلان کار را انجام دهد، ضامن به ضمانت خویش رضایت می دهد و در میان این مراحل تا زمانی که مضمون له قبول نکرده است، چونکه هنوز عقد به واقع نشده است، در نتیجه ضامن می تواند عقد را فسخ کند (بهم بزند) (trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p20) و همچنین این دسته از علما اضافه می کنند که می توان موضوع

را اینچنین نیز در نظر گرفت که در اینجا یک ایجاب وجود دارد و قبول معلق به قبولی دیگر از سوی مضمون له برای رضایت وی به آنچه که ضامن پیشنهاد داده است (همان)

### ضمانت ضامن به مقدار بیش از دین

در نظام حقوقی کامن لا بحث شده است که آیا می‌توان از ضامن به مقداری بیش از اصل دین ضمانت خواست، مثلاً اگر فردی صد دلار بدهکار باشد، آیا ضامن می‌تواند بگوید من ضامن اویم برای صد و بیست دلار؟ در نظام حقوقی کامن لا، پاسخ به این سوال مثبت است، یعنی ضامن می‌تواند به مقدار بیش از دین، ضمانت مضمون عنه را بنماید ولی آنچه واقع می‌شود دیگر عقد ضمان نیست، بلکه جبران غرامت و ضرر است، یعنی دیگر مشمول حال عنوان *suretyship* نبوده بلکه تحت عنوان *indemnity* بررسی می‌شود و تابع احکام آن خواهد بود که در مباحث قبلی به آن پرداختیم.

### زوال و مرتفع شدن عقد ضمان

راه‌های مختلفی برای زوال و مرتفع شدن عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا وجود دارد.

۱) در صورتی که دین مضمون عنه مرتفع شود، ضامن نیز بری‌الذمه است، که این از طبیعت تبعی بودن عقد ضمان است و همچنین اگر مضمون عنه دین را بپردازد، ضامن نیز برائت حاصل می‌کند. در صورتی که مضمون عنه جزئی از دین را پرداخت کند، به همان اندازه از ذمه ضامن بری خواهد شد. (همان، ۲۵)، همچنین این مقررات در خصوص تضمین غرامت نیز جریان دارد که تابع شروط طرفین است. (همان)

۲) اگر مضمون له، مضمون عنه را به طریق یک توافقی ملزم کند و در ازای آن مدیون بری شود، ذمه ضامن نیز میرا خواهد بود مگر اینکه در قرارداد ضمانت بر خلاف این مقرر توافقی شده باشد و همچنین نظیر همین مقرر در خصوص تبدیل تعهد یا تبدیل مدیون نیز جاری است ولی در خصوص امور راجع به ورشکسته، طبق قسمت ۲۸ از قانون ورشکستگی ۱۹۱۴ چنین مقرر شده است که در صورت ورشکستگی مضمون عنه، ذمه ضامن مبری نخواهد شد.

۳) اگر به موجب قراردادی مشخص شود که بر اثر تقصیر مضمون له، مضمون عنه دینی به وی ندارد، ضامن نیز دینی به مضمون له نخواهد داشت و اگر در قرارداد به مضمون عنه حق داده شود که وی بتواند در برابر مضمون له، دعوی متقابل مطرح کند، ضامن نیز حق دارد که دعوی متقابل را مطرح کند.

در حقوق کامن لا اینچنین ذکر می‌شود که ضامن دارای هر نوع حق دفاعی در برابر مضمون له است که مضمون عنه در برابر مضمون له دارا می‌باشد، خواه این حق به طور جزئی باشد و خواه به طور کلی.

۴) اگر موضوع آنچه که توسط ضامن، مورد ضمانت قرار میگیرد با آنچه که خود مضمون عنه مدیون به مضمون له است متفاوت باشد، باعث می شود که ضامن بری الذمه باشد، زیرا در نظام حقوقی کامن لا، وحدت موضوع بین دین ضامن و مضمون عنه شرط صحت ضمان است (همان ص ۲۶).

۵) اگر در قرارداد الزام آوری، به مضمون عنه فرصت بیشتری برای ادای دین داده شود، ضامن بری الذمه خواهد شد. (همان) ولی این به شرطی است که بدون توسل به قانون چنین فرصتی به مضمون عنه داده شود و در صورتی که به موجب قانون فرصت بیشتری به مضمون عنه داده شود، مسقط تعهد ضامن به ایفای دین نخواهد بود. علمای حقوق کامن لا چنین گفته اند که مضمون له می تواند به دو طریق خود را از بری الذمه شدن ضامن محفوظ دارد: یکی به صورت شرط ضمن العقد: مثل اینکه در قرارداد ضمان قید شود که مضمون له حق دارد مهلت اضافی به مدیون برای ایفای دین بدهد و دوم اینکه وی می تواند به ضامن برای طلب خود رجوع کند و به مضمون عنه اطلاع دهد و ضامن تقاضای فرصت بیشتر را به مضمون عنه بنماید که در این صورت نیز حق رجوع مضمون له به ضامن اسقاط نخواهد شد. (همان)

همچنین در قرارداد مورد اشاره، طرفین می توانند زمان اضافی قراردهند که در این صورت باید به مفاد شرط و قرارداد ملزم باشند.

۶) اگر یک نفر ضمانت از ضامن نماید، عقد ضمان اولی منتفی شده و ضامن اول مبری می شود و همچنین اگر دو ضامن به صورت ضم ذمه (بنابر آنچه که در نظام حقوقی کامن لا مطرح است، به صورت مشترک یا مشترک و منفرد) ضامن گردند، ضمانت اول منتفی است و ذمه ضامن از ضمانت اول مبری می شود.

۷) در صورتی که تجاوز مضمون له از مفاد قرارداد محرز شود، ضامن بری الذمه می شود یعنی هر گاه تجاوز از مفاد عقد توسط مضمون له، به ریشه و اساس عقد لطمه وارد سازد و یا اینکه تخطی از مفاد عقد مشاهده شود، ذمه ضامن خود به خود مبرا است که این مورد یکی از اصول کلی حاکم بر قراردادها در حقوق کامن لا است (رک به *chitty* 1977, pp. 494-501 and *goode*, pp. 787-788)، نظام حقوقی اسکاتلند نیز در این موارد نیز بر همین اساس ها استوار است (رک به *Henderson*, pp. 227-232 and *gow*, pp. 317-326).

### مرور زمان

در حقوق کامن لا، در خصوص عقد ضمان با مرور زمان مواجه هستیم ولی قبل از ورود به بحث باید اشاره کنیم که می بایست بین مرور زمان ضمانت مورد تعهد و مرور زمان در قرارداد های اصلی تفاوت قائل شد. یعنی هیچ موردی را نمی توان برای جلوگیری از اثر استناد به مرور زمان در اثبات ادعای عقد ضمان به کار برد. قانون محدودیت سال ۱۹۳۹ در قسمت دوم خود، مدت مرور زمان را ۶ سال از تاریخ قبول مسئولیت ضامن قرارداد یعنی از تاریخ مسئول قرار گرفتن ضامن تا مدت ۶ سال می توان بر علیه او دادخواست داد. (*limitation act 1939, section 2*).

در حقوق انگلستان این چنین ذکر شده است که این مرور زمان باعث می‌شود که دیگر نتوان بر علیه ضامن دادخواست داد و همچنین اگر چه باعث می‌شود که مدیون اصلی همچنان متعهد به اجرای تعهد اصلی باشد، ولی طلبکار دیگر نمی‌تواند از این بابت او را مجبور به ایفای تعهد کند، اگر چه طرق غیر مستقیم امکان اجبار به اجرای مفاد عقد همچنان باقی است (مانند شرط فعل درج شده در یک عقد دیگر) (همان). در حقوق اسکاتلند در این زمینه قانونی وجود دارد. قانون **cautioner act 1695** که توسط پارلمان اسکاتلند تنظیم گردید (قبل از اتحاد با انگلستان). این قانون مدت مرور زمان را هفت سال اعلام کرده است و چنین بیان داشته است که هیچ انسانی اگر بیش از هفت سال گذشته باشد، ملزم به انجام هیچ کاری، پرداخت هیچ مبلغی نمیشود مگر اینکه خود فرد به رضایت خود آن را انجام دهد البته بعضی از حقوقدانان این کشور چنین نظر دارند که اطلاق این ماده شامل حال عقد ضمان نمی‌شود (رک **rowlatt.p299**). البته در این خصوص یک تفاوت در زمان شروع مرور زمان به حقوق انگلستان وجود دارد. در حقوق اسکاتلند مدت زمان هفت سال از زمان به وجود آمدن تعهد اصلی است و در حقوق انگلستان مدت زمان ۶ سال از تاریخ امکان رجوع مضمون له به ضامن محاسبه می‌شود. (**gloag and henderson.p.228 , gov.p318**)

#### رجوع ضامن به مضمون عنه

قبلاً گفتیم که ضامن می‌تواند پس از پرداخت دین به مضمون عنه مراجعه کند حال باید ببینیم که مبنای این رجوع چیست. مبنای چنین جوعی، همان مفهوم **indemnity** است، یعنی تضمین غرامت و خسارت و ضرری که از این ناحیه به ضامن بر اثر پرداخت دین مضمون عنه به وی وارد شده است (**trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p30**) البته طرفین می‌توانند به موجب قرارداد در این زمینه توافقی برای میزان و نحوه پرداخت آن بنمایند. ضامن زمانی می‌تواند از باب **indemnity** مطالبه خسارت و غرامت کند که دین را پرداخته باشد و همچنین اگر ضامن مبلغی را به مضمون له بدون اینکه موجبی قانونی برای آن پرداخت وجود داشته باشد، بپردازد، حق ندارد آن را از مضمون عنه مطالبه نماید (رک به **irish case of coney v. morris 1922**). مبلغی که ضامن از مضمون عنه مطالبه نماید، همان مبلغی است که که مورد عقد ضمان قرار گرفته است و همچنین در مورد بحث هزینه‌ها، ضامن می‌تواند هزینه‌های معقولی را که برای پرداخت انجام داده است، از مضمون عنه بخواهد...

در صورتیکه مضمون عنه ورشکسته شود، ضامن در صورتی که کل دین را پرداخته باشد، به اداره ی ورشکستگی مراجعه می‌کند و مستحق به دریافت تمام دینی است که پرداخت کرده است و در صورتیکه ضامن هیچ قسمتی از دین را پرداخت نکرده باشد، مستحق هیچی نیست و در صورتیکه ضامن کل دین را ضمانت کرده باشد و تنها بخشی از آن را ضمانت کرده باشد، وی به هیچ وجه حق مراجعه را ندارد مگر تا زمانی که کل دین پرداخت شده باشد و در فرضی که ضامن تنها قسمتی از دین را ضمانت کرده باشد و آن را پرداخت کرده باشد، وی حق رجوع به اداره تصفیه و یا مضمون عنه را خواهد داشت و در این قسمت نیز، مضمون له تنها برای آن قسمتی که پرداخت

نشده است حق مراجعه به اداره ورشکستگی را دارد. ( trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p31)

### جانشینی و انتقال

یکی دیگر از مسائلی که در ضمن عقد ضمان در حقوق کامن لا بحث و بررسی می شود، مسئله جانشینی و انتقال است. چنین عنوان شده است که وقتی ضامن دین را به مضمون له می پردازد، در حقیقت ضامن، جانشین و منتقل الیه حقوق مضمون له گردیده تا به مضمون عنه مراجعه کند و حق خود را بستاند، این پاسخی که از انصاف گرفته شده، یعنی وقتی که ضامن دین را به مضمون له می پردازد، انصاف اقتضا می کند که همان اندازه ای که پرداخته است، بتواند به مضمون عنه مراجعه کند و آنچه را پرداخته است، بازستاند و همچنین ممکن است دیونی به وجود بیاید که ضامن از وجود آنها بی اطلاع بوده و بر اثر عقد ضمان مکلف به پرداخت آنها به مضمون له باشد که در این صورت نیز بنا بر انصاف وی باید بتواند به عنوان جانشینی از مضمون له، آنچه را که پرداخته از مضمون عنه بگیرد (همان، ص ۳۱) و همچنین این حق رجوع ضامن به مضمون عنه به میزان آنچه که پرداخته در قوانین نیز تصریح شده است (رک section 5 of the mercantile law amendment act 1856). در حقوق اسکاتلند این مقرر ای که به ان اشاره کردیم اجرا نمی شود ولی بنابر عرف جاری در محاکم اسکاتلند، ضامن حق رجوع به مضمون عنه را دارا می باشد ( trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p31).

### حق مطالبه ضرر وارده در فرض تعدد ضامنین

هر گاه دو یا چند نفر ضامن دینی شوند و یکی از ضامنین بیشتر از سهم خود از دین را پرداخت کند، آیا حق رجوع به دیگر ضامنین به اندازه آنچه که مازاد بر سهم او بوده دارا می باشد یا خیر؟ در نظام حقوقی اسلامی دانستیم که قضیه تابع حکم ایفای دین از جانب غیر مدیون بود که در صورت وجود اذن از سایر شرکا، ضامنی که مازاد بر سهم خود برا پرداخت کرده حق رجوع به سایر شرکا را دارد و در صورتی که اذنی نباشد، حق رجوعی نیز نخواهد بود، ولی در نظام حقوقی کامن لا، هر گاه ضامنی بیشتر از سهم خود را پرداخت کند، می تواند بر علیه سایر شرکا دیگر اقامه دعوی کند و مازاد را مطالبه کند حتی در فرضی که ضامن اذنی از سایر ضامنین برای ایفای دین آنها نداشته باشد. حقوقدانان این نظام حقوقی برای وجاهت این قضیه به استرداد و لزوم جبران ضرر استناد می کنند و این مطلب را در هر سه فرض مسئولیت انفرادی، مشترک و مشترک و منفرد جاری می دانند (رجوع کنید به پرونده hay v. carter در سال ۱۹۳۵). به طور کلی هر یک از ضامنین مسئول پرداخت تمام بدهی می باشند مگر اینکه در قرارداد به نحو تسهیم توافق کرده باشند ولی اگر در قرارداد کیفیت خاصی را برای پرداخت تعیین کرده باشند به این نحو که مثلا چهار ضامن شریک وجود داشته می باشد و هر کدام می بایست یک چهارم از دین را پرداخت کنند، امکان مراجعه به هر کدام از ضامنین برای بیش از یک چهارم دین وجود ندارد و الزام او به بیش از

آنچه که به موجب قرارداد تعیین شده میسر نیست اما در اگر یکی از آنها بیش از میزان سهم خود را پرداخت کند، او می‌تواند به اندازه سهم هر کسی، به او مراجعه کند. این رویه که بیان شد به عنوان یکی از قاعده‌های کلی معاملات در کامن لا نام برده می‌شود و اختصاص به عقد ضمان ندارد و همچنین این حکم در موردی هم جاری است که ضامنی از تعدد ضامنین بی‌خبر باشد و یا از مسئولیت جمعی با دیگر هم‌نوعان خویش جاهل باشد. (trevor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p31) و حقوق‌دانان کان من لا گفته‌اند گفته‌اند تنها شرطی که وجود دارد این است که همه آنها عهده دار یک دین باشند. (همان)

### ورشکستگی یکی از ضامنین

اگر برای یک دینی چند ضامن وجود داشته باشد و یکی از ضامن‌ها یا همه آنها به جز یک نفرشان ورشکسته شوند، تکلیف قضیه چیست؟ در این فرض حقوق‌دانان گفته‌اند که آن ضامنی که ورشکسته نشده است، باید ضرر را جبران کند، پس اگر یک یا چند ضامن ورشکسته شوند، آن ضامن‌هایی که همچنان ملی هستند می‌بایست فقط سهم خود را پرداخت کنند و اگر همه به جز یک نفر ورشکسته شوند، همان ضامنی که همچنان ملی است باید نسبت سهم خود را بپردازد (همان). در این نظام حقوقی، انصاف حکم می‌کند که مسئولیت در میان اشخاص مستغرق شود و هر کس مسئول پرداخت حصه خویش باشد و نه مسئول به پرداخت دین دیگران و البته همچنان مسئله رجوع به ضامنان دیگر از باب جبران ضرر و غرامت در حقوق انگلستان مشخص نیست (همان) و حقوق کشور اسکاتلند نیز از همین رویه پیروی می‌کند (رک به gloag and Henderson pp 225-227)

### بررسی عقد ضمان در حقوق بین‌الملل خصوصی

یکی از مسائلی که مطرح شده این است که اگر دو تبعه که هر کدام تبعه کشور‌های مختلف هستند بینشان عقد ضمانتی به وجود آید، مسئله تابع قانون کدام کشور است؟ بعضی از استادان حقوق چنین نظر داده‌اند که اگر طرفین قرارداد، خود قانون حاکم بر عقد ضمان را تعیین کرده باشند بایستی به نظر آنان احترام گذاشت و همان قانون را حکام دانست (martin wolff, private international law, 1950, p459) و برخی دیگر گفته‌اند بایستی دید که مفاد قرارداد از کدام قانون تبعیت بیشتری می‌کند و با قانون کدام کشور بیشتر وفق می‌کند (dicey and morris, the conflict of laws, 8<sup>th</sup> ed. 1969, p735) و بعضی دیگر نیز حقوق کشور انگلستان را در هر حال حاکم می‌دانند (همان)

### اثر عقد ضمان در حقوق کامن لا

می‌دانیم که از اصلی‌ترین مباحثی که در عقد ضمان مطرح است و خود جامع بسیاری از مسائل دیگر می‌باشد این موضوع است که اثر اصلی عقد ضمان چیست، نقل ذمه به ذمه که در فقه و حقوق ما مطرح است و یا ضم ذمه به ذمه، حال بایستی ببینیم که اثر عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا چه است؟ اثر عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا ضم ذمه به ذمه است، یعنی پس از انعقاد ضمان که حتماً باید به صورت نوشته باشد و به امضای ضامن برسد و

شرایط مربوط به عوض و معوض در آن رعایت شود و همچنین پس از حصول تمامی شرایط لازم برای انعقاد عقد ضمان، باعث می شود که ذمه ضامن در کنار مضمون عنه در برابر مضمون له مشغول شود (treavor c.hartley, the law of suretyship and indemnity in the united kingdom of great Britain and northern Ireland and Ireland, Luxembourg, 1976, p37). حال که دانستیم اثر عقد ضمان در این نظام حقوقی ضم ذمه به ذمه است، سوالی دیگر مطرح می شود به این صورت که، آیا ضم ذمه به صورت طولی است یا عرضی؟ طرفین می توانند برای تعیین نوع ضمان ضم ذمه (یعنی تضامنی یا وثیقه ای بودن آن) هر نوع توافقی بنمایند ولی در صورتیکه تصریحی در این خصوص نشده باشد، ضمان به صورت ضم ذمه به صورت عرضی است و نمی توان مضمون له را مجبور نمود که ابتدا به مضمون عنه مراجعه نماید و سپس رجوع به ضامن کند و در این خصوص، توافق، تعیین کننده نوع روابط ما بین طرفین است. (همان).

### دعوای تقابل در عقد ضمان

در حقوق انگلستان دعوای تقابل با آنچه که در حقوق روم و حقوق آلمان مطرح می شود متفاوت است و در حقیقت دعوای متقابل در حقوق انگلستان به عنوان یک ادعای به معنای خاص مطرح نمی شود بلکه به عنوان عذری قانونی برای انجام ندادن تعهد است و به عبارت دیگر نوعی از دفاع است که مدیون آن را اقامه می کند تا تعهد خود را انجام ندهد. در خصوص عقد ضمان، پس از اینکه عقد منعقد شد، ضامن نیز می تواند از هر نوع دعوای تقابلی برای دفاع و یا انجام ندادن تعهد استفاده کند اگر که اصل رابطه منشا دین بین مضمون عنه و مضمون له بوده است ولی شرطی که در این مورد وجود دارد این است که حتما باید موضوع معامله ای که به آن استناد می شود، واحد باشد و به بیان دیگر، باید ضامن به همان معامله ای استناد کند که به موجب آن مضمون عنه مدیون شده و ضامن، ضمانت از مضمون عنه را بر عهده گرفته است (همان و همچنین رک به holden, pp 313-314).



## نتیجه‌گیری

چنانکه که ملاحظه می‌شود، در اکثر جوامع، اثر اصلی عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است و نه نقل ذمه به ذمه در حالی که فقه و حقوق ما اثر اصلی و ابتدایی عقد ضمان را نقل ذمه به ذمه تعیین کرده و در عین حال برای اینکه مردم بتوانند از مزایای ضم به ذمه نیز برخوردار شوند، انتقال ذمه را مقتضای ذات عقد ضمان قرار نداده و در نتیجه طرفین می‌توانند با تراضی اثر عقد ضمان را ضم به ذمه قرار دهند و همچنین قانون تجارت نیز در مواد مختلف به امکان توافق افراد برای ایجاد آثار ضمان ضم ذمه نیز اشاره کرده است که این جای هیچ شکلی را برای امکان منعقد کردن ضمان ضم ذمه باقی نمی‌گذارد و اینجانب نیز معتقد به همین نظریه نقل ذمه بوده و با توجه به اینکه ناقل ذمه بودن مقتضای ذات عقد نیست، لذا طرفین در صورتی که تمایل به ضم ذمه داشته باشند می‌توانند به صلاحدید خود آن را ایجاد کنند، پس آنچه که در فقه ما قرار داده شده، جامع تمامی صور می‌باشد. ولی در خصوص تعلیق در عقد، پیشنهاد می‌شود چونکه عقد ضمان از زمره عقود است که جنبه مالی دارد از این دید که در روابط مالی افراد برقرار می‌شود، لذا باید از باطل دانستن ضمانی که معلق شده چشم پوشید و تعلیق در ضمان را نیز تابع قواعد عمومی معاملات قرارداد زیرا موجهی برای باطل دانستن ضمان معلق وجود ندارد، زیرا همانگونه که در جای خود بحث کردیم، ملاحظه شد که علت اصلی بطلان ضمان معلق این است که چنین ضمانی سر از ضمان به صورت ضم ذمه در می‌آورد و با توجه به اینکه امکان به وجود آوردن اثر ضم ذمه با استفاده از اصل آزادی قراردادها و مقررات قانون تجارت امکان پذیر است، پس باطل پنداشتن ضمان معلق امری بیهوده است و همچنین بسیار مشاهده می‌شود که عین عبارت اگر مدیون نداد من ضامنم در عرف مورد استفاده قرار می‌گیرد و خود طرفین واقعا قصد برقراری عقد ضمان را دارند که ماده ۶۹۹ قانون مدنی گریبانگیر آنها بوده و افراد را از نیل به مقصود خود باز می‌دارد، مقصودی که مغایرتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد.

در نظام حقوقی کامن لا نیز مشاهده شد که اثر عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است و از بسیاری از جهات با نظام حقوقی ما متفاوت هستند مانند تادیه دین از جانب غیر مدیون بدون اذن مدیون و یا فوت و ورشکسته شدن احدی از ضامن‌ها در فرض تعدد ضامن‌ها و به نظر می‌رسد که حقوق حاکم در مورد عقد ضمان در نظام حقوقی کامن لا در سطحی بسیار پایین‌تر از فقه و حقوق ما قرار دارد که این مهم را می‌توان در نظریاتی که بیان کردیم دید و خود حقوقدانان این نظام حقوقی نیز به سرگردانی نظام کامن لا در این خصوص بارها اشاره کرده‌اند، پس نیازی به استفاده از مفاهیم این نظام حقوقی در خصوص عقد ضمان برای سر و سامان دادن به عقد ضمان و مقررات مربوط به آن در کشورمان نبوده و همان مقررات جامع و موشکافانه فقه پاسخ‌گوی مسائل می‌باشد.

## منابع

الف) قرآن کریم

ب) منابع فارسی

امامی، سید حسن (۱۳۸۶)، دوره حقوق مدنی در ۶ جلد، تهران، نشر میزان

انصاری، مسعود (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، نشر جنگل

بروجردی، عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، چاپ اول، تهرانف گنج دانش

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱). الفارق: دائره المعارف عمومی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۹) حقوق تعهدات، تهران: کتابخانه گنج دانش

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶) ضمان عقدی در حقوق مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۰). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.

خمینی، روح اله (۱۳۷۶) رساله توضیح المسائل، چاپ هشتم، قم، نشر کانون انتشارات پیام عدالت

شهیدی، مهدی (۱۳۸۶) سقوط تعهدات، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مجد.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۵ ه.ق) سوال و جواب، چاپ اول، تهران، مرکز نشر العلوم الاسلامی،

محقق / مصحح: سید مصطفی محقق - سید محمد مدنی بجستانی - سید حسن وحدتی شبیری

عمید زنجانی، عباس علی (۱۳۸۲) موجبات ضمان، تهران، نشر میزان

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳) اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار

کاتوزیان، ناصر (عقود معین ۴، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵) نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر میزان

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳) قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸) مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار

یزدی، محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ ه ق) قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی

پ) منابع عربی

ابو اسحق، ابراهیم بن علی بن یوسف الفیروز آبادی الشیرازی، (المهذب)، الطبعة الثانية، مصر، ۱۹۵۹

ابو عبدالله، محمد بن ادريس شافعی (الام)، الطبعة الاولى بالطباعة الفنية المتحدة عام، ۱۹۶۱

ابو محمد، عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسی (المغنی)، الطبعة اولی،

الشیخ علی بن الحسین، الکرکی (۱۴۹۲). جامع المقاصد فی شرح القواعد قم: موسسه آل البيت لحياء التراث.

العلامة حلی (۱۴۱۵ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، موسسه النشر الاسلامی، قم، طبعه الاولی

محمد علی، بن حزم الظاهری، المحلی، مطبعة الامام فی القاهرة

حاج سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، طبعه اولی، چاپخانه حیدری

حسن بن یوسف بن مطهر حلی، ابو منصور جمال الدین (۱۳۹۰). تبصره المتعلمین فی احکام الدین. تهران: انتشارات اسلامیة.

حکیم، محسن (۱۳۷۴). مستمسک العروه الوثقی، قم، موسسه دار التفسیر.

جمال الدین بن مقداد بن عبدالله السیوری (۱۳۸۵ق)، کنز العرفان، مکتبه المرتضویه لحياء الآثار الجعفریه

علامة علی، حیدر، درر الحکام شرح مجله الاحکام، مطبعة الحقوق،