

واکاوی اثر عقد ضمان در فقه اسلامی با رویکردی بر دیدگاه دکتر جعفری لنگرودی

روح الله آهنگران^۱

^۱ دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه قم، رشته فقه و اصول

نام نویسنده مسئول:

روح الله آهنگران

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال پنجم)
شماره ۱۷ / پاییز ۱۳۹۸ / ص ۲۵-۳۱

چکیده

عقد ضمان یا ضمانت، یکی از عقود و روابط حقوقی مفید و پرکاربرد و احکام آن، در قانون مدنی ایران، از فقه امامیه اتخاذ و در قالب مواد ۶۸۴ به بعد قانون تدوین شده است، عقد ضمان با انعقاد قرارداد میان طلبکار (مضمون له) از یک سو و شخصی (ضامن) که دین بدهکار (مضمون عنه) را بر عهده گرفته است، به وجود می آید. با توجه به مطالب فوق الذکر چنین می توان عنوان کرد که به دنبال عقد ضمان طبیعتاً آثاری هم تعریف می شود، بنابراین پژوهش حاضر در پی آن است که آثار عقد ضمان را در فقه اسلامی مورد مذاقه و تبیین قرار داده و به دنبال آن تا حد ممکن دیدگاه و نظرات دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی در این زمینه تبیین کند. در پژوهش مذکور برای گردآوری و نهایتاً دستیابی به نتیجه از روش توصیفی-کتابخانه ای و نهایتاً تحلیلی استفاده شده است.

واژگان کلیدی: عقد ضمان، آثار ضمان، جعفری لنگرودی، فقه اسلامی، ذمه ضامن

مقدمه

از جمله نیازهای ذاتی هر فرد، حضور در اجتماع و جامعه است و به دنبال این نیاز، ناگزیر از برقراری ارتباط با هم نوعان خویش است و این برقراری ارتباط هم در زمینه های مختلف اقتصادی و ... بوده و به دنبال این رابطه ی دو سویه آثاری هم به وجود خواهد آمد و از مهمترین آنها در زمینه معاملات و روابط اقتصادی و ارتباطات دو سویه می توان به شکل گیری و پدید آمدن داین و مدیون (بستانکار و بدهکار) و ایجاد عقد ضمان اشاره نمود که از عقود مهم و پر کاربرد در فقه و حقوق مدنی ایران محسوب می گردد، بنابراین می توان چنین عنوان کرد که افراد برای رفع این نیازها ناگزیر از برقراری ارتباط باهمدیگر هستند و یکی از اشکال این ارتباط ها، در ضمن قاعده ی ضمان قابلیت تعریف دارد، آنجایی که فردی ضمانت فردی دیگر را بر عهده می گیرد و به دنبال این عمل احکامی خاص برای وی تعریف و تبیین خواهد شد.

منشاء ضمان، احترام به اموال، حقوق و دیگر موارد است که ضمانت در آنها چاره ساز است به همین جهت جایگاه این نهاد در مکاتب و ادیان مختلف، استوار می باشد. در اسلام عقد ضمان پذیرفته شده است. در فقه اسلامی و منابع حقوقی راجع به عقد ضمان به صورت تخصصی بحث هایی شده است اما ریشه تأسیس عرفی ضمان را باید در مالکیت حقوق فردی و اجتماعی جست و جو کرد به گونه ای که انسان ها برای رعایت مصلحت اجتماعی، در همه ی دوران های تاریخی آن را پذیرفته اند.^۱ بنابراین همان طور که اشاره شد در تحقیق حاضر سعی بر این است که آثار عقد ضمان به معنای مصطلح آن در فقه اسلامی تبیین شده و در ادامه پیرامون آثار تبیین شده از منظر فقه، دیدگاه محمدجعفر جعفری لنگرودی هم مورد تشریح واقع شود.

۱-۱- مفهوم شناسی:

در این بخش از پژوهش مفاهیم کلیدی و پر تکرار موجود از حیث مفهوم شناسی تعریف و تبیین می شوند

۱-۱-۱- تعریف اصطلاحی ضمان در فقه و حقوق

از منظر فقه امامیه، واژه ضمان مشتق از «ضمن» است زیرا در اثر آن، مالی که در ذمه شخصی است، در ضمن ذمه دیگری قرار می گیرد و مفید نقل ذمه است یا بدین اعتبار که ذمه ضامن، متضمن حق (دین) می شود. در واقع، از این دیدگاه، حرف «ن»، جزء حروف اصلی لفظ است. اما از دیدگاه فقه اهل سنت، ضمان، مشتق از «ضم» است و حرف «ن» در آن زائد است. بنابراین، این واژه، مفید ضم ذمه به ذمه بوده و مبین اشتراک دو ذمه است.^۲ در اصطلاح فقه امامیه، در تعریفی مشهور از ضمان گفته اند: "هو عقد شرع للتعهد بمال او نفس". بر حسب این تعریف، ضمان را در معنای عام و خاص به کار می برند. در معنای عام، شامل کفالت (تعهد به نفس) و حواله و ضمان (تعهد به مال) است. در عین حال، گروهی بر آن هستند که استعمال لفظ ضمان در مفهوم حواله و کفالت، استعمال مجازی است نه حقیقی. اما در معنای خاص، فقط خود عقد ضمان را در بر می گیرد.^۳ در تعریفی موجز از ضمان گفته اند: "هو التعهد بمال لآخر"^۴ برخی نیز در توصیف ضمان، به تبیین اثر آن پرداخته و چنین اشعار می دارند: "هو النقل المال من ذمه المضمون عنه الی ذمه الضامن للمضمون له"^۵ در مقام تدوین قانون مدنی، ظاهراً همه این گونه اقوال، مدنظر قرار داشته است چه مقنن با بیانی کلی، در ماده ۶۸۴، عقد ضمان را چنین معرفی می کند: "عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی، مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده گیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند"^۶. ماده ۶۹۸ نیز در تکمیل ماده مرقوم اشعار می دارد: "بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود"^۷. بدین ترتیب، در حقوق مدنی ایران، به تبع فقه امامیه، اثر ضمان، انتقال مال موضوع دین، از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن (نقل ذمه) و بری شدن مضمون عنه یا مدیون اصلی در برابر مضمون له (طلبکار) است.

در برخی منابع حقوقی موجود، ضمان از منظر صاحب نظران و متخصصان در زمینه مربوطه چنین تعریف شده است که: "ضمان، عقدی است که میان ضامن و طلبکار (مضمون له) واقع می شود: ضامن تعهد پرداخت دین را می کند و مضمون له به سقوط طلب خود از مدیون

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، موجبات ضمان، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲۶، قم، مطبعه حیدری، ۱۳۶۵، ص ۱۱۳.

۳. نجفی، پیشین، ص ۱۱۴.

۴. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، جلد ۲، قم، چاپ ستاره، ۱۴۱۶، ص ۳۱۰.

۵. خویی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد ۲، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰، ص ۱۸۲.

۶. ماده ۶۸۴ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۹۲.

۷. پیشین، ماده ۶۹۸.

رضایت می‌دهد و در نتیجه این تراضی، دین از عهده مدیون خارج، و به ذمه ضامن منتقل می‌شود.^۸ در تعریفی دیگر چنین عنوان شده است که ضمان در اصطلاح حقوقی به ضم یا نقل ذمه ای به ذمه دیگر ضامن می‌گویند.^۹ و نهایتاً اینکه دکتر جعفری لنگرودی در تعریف ضمان چنین عنوان می‌کند که: ضمان به معنی عقد ضمان است و عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه ی دیگری است به عهده بگیرد و ضامن همان متعهد در عقد ضمان است.^{۱۰} و یا اینکه دکتر جعفری لنگرودی در تالیفی دیگر چنین عنوان می‌دارند که، ضمان در فقه به معنی تعهد کردن است و در فارسی زمان ما به معنی تعهد است می‌گویند باید ضمانت کنی و تضمین بدهی، یعنی باید تعهد بدهی.^{۱۱ ۱۲}

۱-۲- آثار ضمان در فقه با رویکردی بر دیدگاه دکتر جعفری لنگرودی :

در رابطه با دیدگاه فقهاء پیرامون اثر ضمان باید چنین عنوان نمود که اکثر قریب به اتفاق فقهاء امامیه معتقدند که اثر اصلی عقد ضمان انتقال ذمه به ذمه ی ضامن است و ذمه ی مضمون عنه بری می‌شود. اما فقهای اهل سنت معتقدند ضمان موجب ضم ذمه به ذمه خواهد شد. که در ادامه به تشریح نظر و دیدگاه فقه اسلامی که دیدگاه آنان مبنای قانون مدنی محسوب می‌گردد، راجع به اثر اصلی ضمان پرداخته خواهد شد:

در فقه امامیه اثر اصلی عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه است^{۱۳} و بر آن ادعای اجماع شده است.^{۱۴} مشهور فقهای امامیه معتقدند که حتی با توافق نیز نمی‌توان ضم ذمه به ذمه را حاکم نمود اما برخی فقهای امامیه تضامن را در صورت توافق طرفین صحیح دانسته‌اند.^{۱۵} در این خصوص محمدکاظم طباطبایی یزدی چنین عنوان می‌کند: "هنگامی که عقد ضمان با همه ی شرایط آن به درستی واقع گردید، حق از ذمه ی بدهکار به ذمه ی ضامن منتقل می‌گردد و ذمه ی بدهکار به دلیل اجماع و نصوص بری می‌گردد، برخلاف نظری که فقهای عامه (جمهور) پذیرفته‌اند که در نزد آنان ضمان موجب ضم ذمه به ذمه است، ولی ظاهر عبارات فقهای امامیه عدم صحت نظر فقهای عامه است حتی اگر در عقد ضمان تصریح به ضم ذمه گردد... و ممکن است به دلیل عمومات، حکم به صحت ضم ذمه بنماییم"^{۱۶} و شیخ طوسی هم در کتاب خلاف خود بعد از اشاره به اثر ضمان چنین ذکر می‌کند: "هنگامی که ضمان به درستی واقع می‌شود حق از ذمه ی بدهکار به ذمه ی ضامن منتقل می‌شود و بستانکار حق مطالبه از کسی غیر از ضامن را ندارد"^{۱۷}

بنابراین اثر ضمان، نقل دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن است و بر همین اساس پس از تحقق ضمان، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن مشغول می‌گردد. نتیجه روشن این انتقال این است که طلبکار صرفاً حق مراجعه به یک نفر یعنی ضامن را دارد و دیگر نمی‌تواند از مضمون عنه مطالبه ای داشته باشد. نکته دیگری که در ضمان وجود دارد این است که مسئولیت ضامن به اداء دین یا همان عین کلی که پیش از عقد بر ذمه مضمون عنه ثابت بود و با عقد بر ذمه خود او مستقر گردید، محدود می‌شود و سخن از الزام به رد عین خارجی، نه در مورد ضامن و نه در مورد مضمون عنه مطرح نیست.^{۱۸}

۸. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین)، ۴، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶، ص ۲۴

۹. انصاری، مسعود و همکاران، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴، ص ۱۲۷۵.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۹.

۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۳۳.

۱۲. اما در اصطلاح فقهی و از منظر فقهاء به اعتبار منشاء ضمان بر دو معنا اطلاق می‌شود:

(۱) ضمان قهری: که عبارت است از تعهد شخص به جبران خسارتی که بر غیر وارده کرده است که منشاء آن یکی از سه عوامل: الف) ید غیر امانی (ب) اتلاف و تسبیب (ج) غرور است.

(۲) ضمان عقدی که در فقه دو معنای اعم و اخص دارد، در معنای اعم ضمان را عقدی تعریف کرده‌اند که برای تعهد به نفس یا مالی تشریع شده است در این تعریف ضمان شامل به معنی اخص حواله و کفالت می‌شود.^{۱۳} اما در حقوق مدنی ضمان عقدی همان ضمان به معنای اخص فقه است که آن را تعهد به مال از سوی بری تعریف کرده‌اند.^{۱۴} البته اگر در فقه هم قرینه ای در کار نباشد که ذمه را به معنای اعم ضمان منصرف کند به دلیل کثرت واژه ضمان در معنای اخص، همین معنا به ذهن متبادر می‌شود.^{۱۵} و نهایتاً اینکه در قانون مدنی، منظور از ضمان عقدی، همان ضمان به معنای اخص فقه است که عبارت است از اینکه "شخصی مالی را که بر ذمه ی دیگری است بر عهده بگیرد"^{۱۶}

۱۳. حسینی عاملی، محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح العلامة، جلد ۵، قم: انتشارات مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، بی تا، ص ۳۵۰

۱۴. محقق اردبیلی، پیشین، ص ۲۸۹.

۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان عقدی در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۴۵.

۱۶. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، عروه الوثقی، جلد ۲، بی تا، بی جا، ص ۱۲۶.

۱۷. طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، جلد ۲، قم، انتشارات دارالمعارف الاسلامیه، بی تا، ص ۱۳۳.

۱۸. الشریف، محمد مهدی، تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران، فصلنامه فقه و اصول، شماره ۴۹، ۱۳۹۶، ص ۴۴.

اما در منابع حقوقی پیرامون اثر ضمان می توان با توجه به تعریف آن و موادی که از قانون مدنی در مورد آن صحبت می کند اثر ضمان تبیین و تشریح شود در ادامه به این موضوع پرداخته خواهد شد و در خلال مطالب این بخش نظر دکتر جعفری لنگرودی از منابع ایشان هم ذکر خواهد شد: بنابراین می توان چنین تشریح کرده که، مطابق ماده ۶۸۴ قانون مدنی "عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه ی دیگری است بر عهده بگیرد. و به موجب ماده ۶۹۷ همان قانون بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه به وی و ذمه ی ضامن به مضمون له مشغول می شود. از تعریف مندرج در ماده ۶۸۴ قانون مدنی و تاکید ماده ی ۶۹۷ معلوم می شود قانون مدنی ایران به پیروی از اکثریت فقهای شیعه ضمان را مفید نقل ذمه بذمه قرار داده است.^{۱۹}

در ادامه لازم به ذکر است که، به موجب ماده ی ۶۹۸ قانون مدنی "بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شود ذمه ی مضمون عنه بری و ذمه ی ضامن به مضمون له مشغول می شود" یعنی این ماده صراحتاً نظریه ی نقل ذمه به ذمه را پذیرفته است اما ماده ی بعدی یعنی ۶۹۹ قانون مدنی موضع مشتبهی را اتخاذ نموده که استنباط ضم ذمه به ذمه از آن بعید به نظر نمی رسد خصوصاً در صورت جمع آن با ماده ی ۷۲۳ قانون مدنی.^{۲۰}

ماده ۶۹۹ قانون مدنی مقرر می دارد: "تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تادیه ممکن است معلق باشد" چند ماده ی بعد در ماده ی ۷۰۷ قانون مدنی آمده است اگر مضمون له ذمه ی مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد این ماده نیز مانند ماده ی ۶۹۸ قانون مدنی ظهور در اثر انتقالی ضمان دارد و نهایتاً ماده ۷۲۳ قانون مدنی اشعار می دارد که: "ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تادیه ی دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تادیه ی دین مدیون معلق به عدم تادیه ی او نماید. این ماده نیز مانند ماده ۶۹۹ قانون مدنی در تقویت نظریه ی ضم بارها مورد استناد قرار گرفته است اگرچه برخی مواد مانند مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی را صرفاً ناظر تعهد به پرداخت دانسته و آنها را مفید ضم ندانسته اند.^{۲۱}

بنابراین تعریف عقد ضمان در ماده ی ۶۸۴ قانون مدنی به نحوی که جامع هر دو نظریه نقل و ضم باشد آگاهانه و با این هدف صورت گرفته که ملاک تعیین اثر عقد ضمان (نقل یا ضم) در حقوق مدنی اراده ی طرفین عقد باشد با این وصف تضامن خلاف مقتضای ذات عقد ضمان، آن چنان که برخی از فقهای امامیه معتقدند نیست، موضع قانونگذار در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ مبنی بر تجویز ضامن موید این نظر است و به قول غالب حقوقدانان نقل ذمه به ذمه مقتضای ذات عقد ضمان نیست و می توان با توافق طرفین ضم را حاکم نمود.^{۲۲} و احتمال دیگر در خصوص ماده ی ۶۹۹ این است که، قانونگذار در این ماده تعلیق در انشای عقد ضمان را به مفهوم مذکور در ماده ی ۶۹۸ قانون مدنی (نقل ذمه به ذمه) را باطل دانسته است اما عقد ضمان به مفهوم ضم ذمه به ذمه به صورت طولی را که اثرش التزام به تادیه معلق به عدم پرداخت مضمون عنه است تجویز نموده است. به عبارت دیگر التزام به تادیه ی غیر مدیون با منشاء قراردادی همان، همان عقد ضمان دارای اثر انضمامی است در تایید این احتمال برخی حقوقدانان نیز امکان رجوع طلبکار به مدیون را در ماده ی ۶۹۹ قانون مدنی دلیل بر اشتغال ضمه ی مدیون دانسته اند و معتقدند در این فرض ماده ۶۹۹، مضمون عنه و ضامن هر دو مدیون هستند و تضامن طولی بین آنان برقرار است.^{۲۳} و برخی از فقهای امامیه نیز تعلیق ضمان به عدم وفای به عهد از جانب مدیون را از مصادیق ضم ذمه به ذمه اعلام نموده اند.^{۲۴}

دکتر جعفری لنگرودی معتقد است که، اگرچه اکثر قریب به اتفاق اساتید و صاحب نظران حقوق مدنی ایران اقتضای عقد ضمان را در حقوق مدنی، نقل ذمه به ذمه دانسته اند اما غالباً با انتقاد از شیوه ی تدوین و تنظیم مقررات قانون مدنی در عقد ضمان پیشنهاد نموده اند که با اصلاح قانون مدنی، قانونگذاری اقتضای عقد ضمان را صراحتاً تضامن طولی در نظر بگیرد.^{۲۵} و برخی دیگر قائل به نسخ مقررات مدنی در باب عقد ضمان شده اند و مواد ۴۰۲ تجارت را ناسخ مقررات مدنی در خصوص عقد ضمان دانسته اند.^{۲۶} در ادامه لازم به ذکر است که دکتر جعفری لنگرودی در جایی دیگر چنین عنوان می کند که، مواد ۴۰۲ تا ۴۱۱ قانون تجارت مصوب اردیبهشت ماه سال ۱۳۱۱ ناظر به مقررات ضمان عقدی است این مقررات با آنکه در مجموعه ی قانون تجارت آمده اند به نظر برخی

۱۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان در حقوق مدنی، ۱۳۷۲، ص ۹۶.

۲۰. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۴۷.

۲۱. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، ماهیت، مبانی و آثار تضامن بدهکاران، فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء، ۱۳۸۰، ص ۱۴۹.

۲۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان در حقوق مدنی، ۱۳۷۲، ص ۱۸۰.

۲۳. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۰۵.

۲۴. نائینی، میرزا حسن، حاشیه بر عروه الوثقی، بی جا، چاپ صیدا، بی تا، ص ۳۱۹.

۲۵. جعفری لنگرودی، پیشین، صص ۱۸۰ و ۳۲۳.

۲۶. کاشانی، محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴.

جایگزین قانون مقررات مدنی شده اند. قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷ دارای مواد روشنی در زمینه ی ضمان ضم ذمه یا ضمان تضامنی نیست و پاسخ گوی نیازهای حقوقی جامعه نمی باشد، از همین رو به اعتقاد برخی مقررات باب دهم قانون تجارت که به روشنی راه را برای ضمان ضم ذمه ی طولی و یا عرضی گشوده اند برای جبران کمبود و نارسایی موجود در قانون مدنی به قانون تجارت افزوده شده اند و برخی این مواد را مخصص قانون مدنی در باب ضمان عقدی دانسته اند.^{۲۷}

اما به طور کلی موارد و مطالب فوق الذکر را در دو دیدگاه می توان دسته بندی کرد دسته اول اکثر قریب به اتفاق فقهاء و حقوقدانان امامیه هستند از قبیل: (محقق حلی، نجفی، شیخ طوسی، کاتوزیان و جعفری لنگرودی و...) که اینان اثر اصلی و اساسی و اولیه ضمان را نقل ذمه دانسته اند و ضمان ضم ذمه به ذمه را حتی در صورت تصریح به ضم ذمتین باطل می دانند بدین معنا که اگر عقد ضمان با تمامی شرایط و اجزاء و بطور صحیح منعقد شود دینی که بر ذمه ی مدیون اصلی بوده به ذمه ی ضامن منتقل می شود و رابطه ی طلبکار و مدیون زایل و رابطه ی جدیدی ضامن و مضمون له ایجاد می شود و چنانچه شرط برائت مضمون عنه در عقد درج شود تأکیدی بیش نیست. بر این اساس مضمون له تنها حق رجوع به ضامن را دارد و دیگر به هیچ وجه نمی تواند از مضمون عنه، دین خود را مطالبه نماید. لازم به ذکر است که نزاع نقل یا ضم ذمه بودن ضمان بین فقهاء شیعه و اهل تسنن یک نزاع لفظی است، چرا که فقهاء شیعه هم تضامن را در ضمن عقدی دیگر بصورت شرط یا صلح، عملی می دانند. این گروه، برای اثبات عقیده خود، مبنی بر آنکه ضمان موجب برائت مدیون اصلی می گردد،^{۲۸} متمسک به دلایلی شده اند که تشریح این دلایل خارج از حوصله بحث و پژوهش حاضر است.

اما دسته دوم فقهاء و حقوقدانانی هستند که معتقد به نظریه ضم هستند با این تشریح که، اکثریت فقهای اهل تسنن (جزیری، عابدین، سیواسی، شیخ نظام، مرغینانی، شوکانی و...) بر این باورند که اثر عقد ضمان، ضم ذمه ضامن به مدیون است؛ یعنی با وقوع عقد ضمان، ذمه ضامن به عنوان یک مدیون جدید به ذمه مدیون اصلی ضمیمه می گردد، طبق این نظر، ضمان به منظور ایجاد تضمین برای مضمون له بوده و از وثایق می باشد و با انعقاد ضمان ذمه مضمون عنه به هیچ وجه بری نمی شود. و البته پیروان این نظریه به دو گروه منشعب می شوند، موافقان نظریه ضم طولی (ضمان وثیقه ای) این گروه (جزیری، سیواسی، مرغینانی) بر این باور و عقیده اند که با وقوع عقد ضمان، بستانکار باید ابتدا به مدیون رجوع کرده و اگر به دلیلی از قبیل ورشکستگی، اعسار، ماطله، غیبت و یا امتناع وی از پرداخت، نتواند دین خود را از او وصول کند به موجب ضمان، مضمون له حق رجوع به مدیون تبعی (وثیقه) یعنی ضامن را خواهد داشت. مطابق این نظریه، مدیونیت ضامن به مضمون له در طول مدیونیت مضمون عنه است و اصطلاحاً به "ضمان وثیقه ای" معروف است، مبنای فقهی این نظر، نیز این است که تعهد ضامن جنبه تبعی دارد و قابل تشبیه به وثیقه و رهن است، بنابراین، دین، باید در ابتدا از اصیل (مدیون اصلی) مطالبه شود و هرگاه این مطالبه، موجب استیفای طلب نگردد؛ طلبکار، می تواند به ضامن مراجعه کند. اما نظریه دوم (موافقین ضم) کسانی هستند که موافق رأی ضم عرضی (ضمان تضامنی) هستند؛ این گروه معتقدند که، به محض وقوع ضمان، طلبکار، جهت وصول طلب خود می تواند به هر یک از مدیون و ضامن رجوع کند، مطابق این نظر، ذمه ی ضامن و مضمون عنه در عرض هم قرار دارند؛ بدین صورت که بستانکار، حق مطالبه دین را هم از ضامن و هم از اصیل خواهد داشت، ولی اگر از هر کدام از آنان، حق خود را استیفاء کرد، حق مراجعه به دیگری را نخواهد داشت.^{۲۹}

بنابراین با توجه به مطالب فوق الذکر به عنوان جمع بندی می توان چنین نتیجه گرفت که در کل راجع به اثر عقد ضمان در میان فقهاء و به تبع آنان در میان حقوقدانان دو نظریه وجود دارد نظریه اول به نظریه نقل معروف است که در واقع همان نقل و انتقال ذمه به ذمه ضامن است و نظریه دیگر نظریه ی ضم است که فقهاء عامه به این نظر معتقد هستند و بر دو گروه ضم عرضی و ضم طولی تقسیم شدند.

^{۲۷} جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۷۹.

^{۲۸} موسوی بجنوردی، محمد و همکاران، بررسی اثر عقد ضمان ب روابط طرفین با رویکردی نوین، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۰،

۱۳۹۱، ص ۱۴۵.

^{۲۹} موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۱۵۲.

نتیجه گیری :

از آنچه گذشت چنین بدست می آید که از منظر فقه اسلامی و در میان اکثر قریب به اتفاق فقهاء امامیه، اثر اصلی و اساسی و اولیه ضمان همان نقل ذمه به ذمه ضامن است و در میان حقوقدانان هم اکثرا به این نظریه یعنی نقل معتقد هستند و آقای جعفری لنگرودی هم تا حد زیادی می توان گفت معتقد و معترف به همین رأی است و همانطور که در متن پژوهش ذکر گردید معتقدند که قانون مدنی ایران به پیروی از اکثریت فقهای شیعه ضمان را مفید نقل ذمه بدمه قرار داده است و در ادامه چنین عنوان می کند که با توجه به اینکه اکثر قریب به اتفاق اساتید و صاحب نظران حقوقی ایران اقتضای عقد ضمان را، همان نقل دانسته اند اما اکثرا از از شیوه ی تدوین و تنظیم مقررات قانون مدنی در عقد ضمان انتقاد کرده اند و در نهایت پیشنهاد نموده اند که با اصلاح قانون مدنی، قانونگذار اقتضای عقد ضمان را صراحتا تضامن طولی در نظر بگیرد. هم چنین ایشان چنین عنوان می کند که مقررات باب دهم قانون تجارت یا راه را برای ضمان ضم ذمه ی طولی و یا عرضی (نظرات موافقین ضم که در متن تشریح شد و به دو دسته عرضی و طولی قابل تقسیم شد) باز کرده و برای جبران کمبود و نارسایی موجود در قانون مدنی به قانون تجارت افزوده شده اند و یا اینکه مخصص قوانین مدنی باب عقد ضمان هستند.

فهرست منابع:

کتاب:

- (۱) ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: انتشارات دار صادر، ۱۴۰۴، ج ۱۳. انصاری، مسعود و همکاران، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: نشر محراب فکر، ۱۳۸۴.
- (۲) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان در حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲.
- (۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ ۲۷، ۱۳۹۴.
- (۴) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- (۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ضمان در حقوق مدنی، ۱۳۸۶، تهران: گنج دانش، ص ۱۳۸۶.
- (۶) حسینی سیستانی، سیدعلی، (۱۴۱۶)، منهاج الصالحین، ج ۲، چاپ اول، قم، چاپ ستاره ۱۴۱۶.
- (۷) حسینی عاملی، محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح العلامة، ج ۵، بی تا، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- (۸) خویی، سیدابوالقاسم، (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، ج ۲، چاپ ۲۹، قم، نشر مدینه العلم، ج ۲.
- (۹) طباطبایی یزدی، محمدکاظم، عروه الوثقی، ج ۲، بی تا.
- (۱۰) طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۲، قم، انتشارات دارالمعارف الاسلامیه، بی تا.
- (۱۱) عمید زنجانی، عباسعلی، موجبات ضمان، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- (۱۲) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین، ۴)، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- (۱۳) کاشانی، محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- (۱۴) محقق اردبیلی، مولی احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان، ج ۹، قم: انتشارات موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰.
- (۱۵) محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، چاپ ۲، قم: موسسه آل اهل البيت لاحیاء التراث ۱۴۱۴.
- (۱۶) معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات زرین، ۱۳۸۶؛ ج ۲.
- (۱۷) مکی العاملی، محمد بن جمال الدین «شهید اول»، اللعه دمشقیه، بی تا، قم نشر مکتبه الدورى، ج ۴.
- (۱۸) نائینی، میرزا حسن، حاشیه بر عروه الوثقی، بی تا، چاپ صیدا، بی تا، ص ۳۱۹.
- (۱۹) نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، چاپ دوم، قم، مطبعه حیدری، ۱۳۶۵، ج ۲۶.

مقالات:

- (۱) الشریف، محمد مهدی، تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران، فصلنامه فقه و اصول، شماره ۴۹، ۱۳۹۶.
- (۲) محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، ماهیت، مبانی و آثار تضامن بدهکاران، فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء، شماره ۴۰، ۱۳۸۰.
- (۳) موسوی بجنوردی، محمد و همکاران، بررسی اثر عقد ضمان بروابط طرفین با رویکردی نوین، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۰، ۱۳۹۱.

سایر منابع:

- (۱) قانون مدنی مصوب سال ۱۳۹۲.