

ماهیت، مبانی و آثار تضامن بین بدهکاران (تضامن منفی)

دکتر سیدمصطفی محقق داماد*

رضا حسین گندمکار**

چکیده

در این مقاله به بحث و بررسی پیرامون تضامن قراردادی بین بدهکاران (تضامن منفی) و آثار آن پرداخته شده است. مقصود از تضامن قراردادی بین بدهکاران آن است که چند نفر بدهکار جزء در برابر طلبکار تعهد می‌نمایند که هر یک از آنها مدیون تمام بدهی بوده و طلبکار می‌تواند برای دریافت تمام دین به هر یک از آنها رجوع نماید. هم‌چنین در صورت عدم وصول طلب وی می‌تواند به سایر بدهکاران مجتمعا یا منفردا رجوع نماید. صورت دیگر از تضامن، قراردادی تحت عنوان تضامن بین طلبکاران یا تضامن مثبت است که به موجب آن چند نفر طلبکار جزء به موجب قراردادی فی‌مابین خود با بدهکار شرط می‌نمایند که هر یک می‌تواند برای دریافت تمام طلب به بدهکار رجوع نماید. این نوع تضامن علیرغم سودمندی آن در حقوق ایران بر مبنای ضمان عقدی و تضامن قابل توجیه نیست زیرا تضامن با ذمه و پذیرش

* - عضو هیأت علمی دانشگاه تربیت مدرس

** - عضو هیأت علمی دانشگاه قم

تعهد، ملازمه دارد و تضامن نوع اخیر (مثبت) بیشتر با وکالت در وصول قابل توجیه است و در عمل به ندرت اتفاق می‌افتد، لذا در این مقاله به بحث و بررسی پیرامون تضامن قرارداد منفی پرداخته می‌شود.

تضامن قراردادی منفی بر سه رکن اساسی استوار است: ۱- وحدت موضوع ۲- تعدد رابطه ۳- نمایندگی متقابل. که هر یک از این ارکان آثار خاص خود را دارد. تضامن قراردادی ناشی از اراده است و به موجب یک قرارداد یا شرط ضمن قرارداد به وجود می‌آید. تضامن قراردادی در حقوق ایران با توجه به مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی قابل توجیه است. این مقاله در یک مقدمه و دو گفتار ارائه می‌شود.

کلیه واژه‌ها: تضامن، تضامن منفی، تضامن مثبت، آثار تضامن، وحدت موضوع، تعدد رابطه، نمایندگی متقابل

مقدمه

در این مقدمه با نگاهی جامعه‌شناسانه، پیدایش و تحول تاریخی عقود به طور خیلی مختصر بررسی می‌شود. سپس از ضرورت بحث تضامن قراردادی و جایگاه فقهی و حقوقی این قرارداد بحث می‌شود. در گفتار اول به ماهیت تضامن قراردادی و در گفتار دوم به آثار آن پرداخته می‌شود.

انسان ضعیف آفریده شده است و با وجود این ضعف همه جانبه، صدها نیاز در وجود او دهان باز کرده‌اند. نیازهایی متنوع و رنگارنگ که گاه ریشه در جسم او دارند، و گاه خواسته روح اویند، و زمانی ثمره ترکیب خاص او، مثل نیاز به خوراک و پوشاک، علم و قدرت، تأمین این نیازها با دو مانع اساسی رو به رو است. اول ضعف و ناتوانی انسان در دستیابی به اهداف خود و دوم شناختن راه‌های تأمین و ناآشنایی با مشکلات وصول به مطلوب. بنابراین ضعف و جهل انسان او را از رسیدن به مطلوب باز می‌دارد و بدین گونه ناگزیر از پیوند با دیگران می‌شود. و هر گونه پیوند با دیگران مقتضی نوعی قرارداد است، زیرا درک نیاز افراد به یکدیگر زمینه‌ساز قراردادهای فردی و اجتماعی می‌شود و بدین سان زمینه تحقق قراردادها فراهم می‌گردد.

علاوه بر تنوع نیازها، تفاوت وسایل، منابع تأمین و تحول این وسایل و منابع، موجب تکثر قراردادهای می‌شود. عامل دیگر تکثر قراردادهای اختلاف شرایط حاکم بر محیط است، چنان که در حقوق مدنی و در زندگی ساده اجتماعی، ضمان عقدی مبتنی بر نقل ذمه به ذمه، باعث رفع نگرانی خطر مضمون‌له می‌شود و در شرایط زندگی تجارتمی و لزوم سرعت و امنیت و اقتدار و اعتبار، ضمانت‌نامه بانگی شکل می‌گیرد. بنابراین مبنای عقل و نیازهای اجتماعی و فردی می‌تواند بنای کلیه قراردادهای باشد و قالب‌های از پیش تعیین شده‌ای را برای پاسخگویی به این نیازها نمی‌توان تعیین نمود. از جمله این قراردادهای تضامن عقدی است که نگاه توفیقی نسبت به قراردادهای، موجب تردید در صحت آن شده است. حال آن که با نگاه جدید نه تنها تضامن بلکه کلیه قراردادهایی که عقلاً آن را صحیح می‌دانند صحیح‌اند؛ مگر آنکه قانونگذار صراحتاً عقدی را باطل اعلام کرده باشد. به عبارت دیگر اصل بر جواز اعمال حقوقی است مگر قانونگذار آن را نهی کرده باشد.

در حقوق مدنی ایران و در کتب حقوقی، از تضامن قراردادی و به طور کلی تعهدات متعدد الاطراف، به طور منسجم بحث نشده است؛ بلکه به طور پراکنده در ضمن مباحث عصب (تعاقب ایادی) و مسئولیت امضاءکنندگان اسناد تجاری (م ۲۴۹ ق ت) از این نوع تعهدات و آثار آنها به طور ناقص سخن به میان آمده است. از نظر پیشینه مقررات حقوقی ایران نیز بین فقهای امامیه اختلاف نظر جدی در مورد پذیرش تضامن وجود دارد.

با توجه به ضرورت و کاربرد وسیع این نوع قرارداد و جنبه عقلایی آن در روابط قراردادی، به بحث و بررسی بیشتری پیرامون آن می‌پردازیم.

۱- ضرورت بحث

عقد ضمان در حقوق ایران مبتنی بر نقل ذمه به ذمه است (م ۶۹۸ قانون مدنی). یعنی با انعقاد عقد ضمان مضمون عنه از تعهدی که در برابر مضمون‌له دارد آزاد می‌شود و فقط ضامن در مقابل او مسئول است؛ اما با توجه به آنچه گفتیم و هم‌چنین با مطالعه در زندگی اجتماعی و اقتصادی مردم، این عقد امروزه به صورت یک نهاد حقوقی فاقد کارایی لازم را یافته است و بیشتر باید آن

را به عنوان تاریخ حقوق مطالعه کرد، هر چند در روابط عادی مردم به طور محدود می‌تواند مفید باشد، زیرا عرف عامه مردم و بانک‌ها و مؤسسات اقتصادی بر این منوال نیست که در مقابل اعطاء وام یا اعتبار یا دادن مالی، ضمان به نقل ذمه اکتفا کنند بلکه همیشه متعهدله می‌خواهد که وسعتی در مطالبه برای او ایجاد شود و امنیت خاطر خود را از هر حیث تأمین کند. چه بسا که ضامن دچار اعسار گردد و از پرداخت دیون متعهدله عاجز بماند؛ لذا امروزه عموم روابطی که مقتضی عقد ضمان است، بر پایه ضمان تضامنی استوار می‌شود. و صرفاً در موردی که عقد ضمان به طور مطلق واقع شود حمل بر نقل ذمه به ذمه می‌شود. بنابراین با توجه به تردیدهای موجود در باب عقد جدید و نیاز به وجود آن در روابط اقتصادی و تجاری و مدنی، لازم است درباره مبانی این عقد و اثبات صحت آن و در نتیجه آثار آن در حقوق ایران بحث شود. از طرف دیگر نظام‌مند کردن این ماهیت حقوقی می‌تواند از تشتت ضوابط به ظاهر مختلف و متعارض، جلوگیری کند. بنابراین نخست دیدگاه فقهاء را در این باره می‌آوریم و سپس نظر مختار را بیان می‌کنیم.

۲- جایگاه فقهی و حقوقی تضامن قراردادی

این قسمت را در دو فراز جداگانه بررسی می‌کنیم:

پژوهش‌گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱-۲- جایگاه فقهی تضامن قراردادی

قبل از ورود به بحث تضامن قراردادی بایسته است تعریف اجمالی آن به دست داده شود تا خوانندگان محترم نسبت به این قرارداد آشنایی پیدا نمایند. مقصود از تضامن قراردادی آن است که دو یا چند نفر به موجب قراردادی یک دین را بر عهده گیرند به نحوی که بر ذمه همه آنها مستقر شود. و طلبکار بتواند از هر کدام آنها مستقلاً تمام دین را مطالبه کند. این نوع تضامن را

تضامن منفی^۱ می‌گویند. حالت دیگری که ممکن است اتفاق افتد آن است که دو یا چند نفر طلب‌های متعددی از یک نفر داشته باشند، سپس در ضمن یک قرارداد با بدهکار شرط نمایند که هر کدام بتوانند برای دریافت تمام طلب به او مراجعه نمایند. این حالت را تضامن مثبت^۲ می‌نامند. فقها به طور کلی در باب ضمان دو نظریه دارند:

الف- ضمان عقدی در واقع ضم یک ذمه و عهده، به ذمه و عهده دیگر است. به عبارت دیگر ضمان باعث توسعه امکانات مضمون‌له در استیفای تعهدات مورد توافق می‌شود و پس از عقد ضمان، او می‌تواند از ضامن و مضمون‌له مطالبه نماید.^۳

قائلین به این نظر می‌گویند عقد ضمان برای وثیقه و اطمینان طلبکار به وجود می‌آید نه آنکه مضمون‌عنه منتفی شود و این منظور جز با تضامن حاصل نمی‌شود^۴ در ترتیب قرار گرفتن این تعهد بر ذمه ضامن و مضمون‌عنه، اختلاف است. بعضی به قرار گرفتن این تعهد به طور عرضی بر ذمه هر دو هستند و بعضی دیگر آن را یک نوع وثیقه می‌دانند همانند رهن که مضمون‌له قبل از مطالبه از مضمون‌عنه حق مطالبه از ضامن را ندارد.^۵ فقهای عامه پیرو این نظریه هستند.

اما این نظریه مورد مخالفت فقهای امامیه قرار گرفته و مخالفین این نظر را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

یک دسته: کسانی که ضم ذمه به ذمه را محال عقلی می‌دانند، چون تحقق یک دین در دو جا ممکن نیست.^۶

۱. احکام الالتزام، جلال علی العدوی، الدار الجامعیه، بیروت، لبنان، ۱۹۹۲، ص ۴۵.
۲. احکام الالتزام، مصطفی جمال، الدار الجامعیه، ۱۹۸۹، ص ۴۵.
۳. مغنی، ابن قدامه حنبلی، ج ۵، بیروت، دارالکتب العربی، ص ۸۰.
۴. المبسوط، شمس‌الدین سرخسی، ج ۲، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴، ص ۲۸؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، انتشارات شرکت سهامی انتشار، سال ۵۲، ص ۱۲۵.
۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان، ص ۱۸۴-۱۹۴.
۶. مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، چاپ سنگی، ص ۱۴۸؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۶، چاپ دوم، نجف، ۱۳۹۱، ص ۱۰۲؛ علامه نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب، ج ۱، چاپ سنگی، ص ۳۰۰.

دسته دوم: وقوع چنین ضمانی را محال عقلی نمی دانند ولی تحقق آن را محتاج به دلیل می دانند و اظهار می دارند که تحقق ضمان به این صورت نیازمند دلیل است.^۱

دسته سوم: امکان وقوع چنین ضمانی را می پذیرند ولی اصل را در ضمان نقل ذمه به ذمه می دانند.^۲

ب- ضمان موجب نقل ذمه به ذمه است، یعنی با ضمان رابطه مضمون له و مضمون عنه منتفی و بین ضامن و مضمون له رابطه و تعهد ایجاد می شود. نظر مشهور امامیه ضمان را بر این اساس توجیه می کند؛ اما نظر غیر مشهور تضامن را صحیح می داند.

مرحوم ابن حمزه قائل به صحت تضامن است و آن را ضمان اجتماع و انفراد نامیده است.^۳

مرحوم سید محمد کاظم یدزی نیز پس از طرح شقوق مختلف در خصوص ضمان چند نفر به طور همزمان از یک دین، می فرماید: اقویها الاخیر؛ یعنی صحت زیرا عموم ادله شامل آن می شود.^۴

همچنین مرحوم آیت الله حکیم ضمان تضامنی را پذیرفته و امتناع وجود شیء واحد در دو مکان را از ویژگی های امور حقیقی دانسته نه امور اعتباری و می فرماید: همان طور که اعتبار وجوب متعدد برای واجب واحد صحیح است اعتبار ضمان متعدد برای مضمون واحد صحیح است.^۵

همچنین شیخ انصاری^۶ و محقق خراسانی^۷ بر مبنای نظریه واجب کفایی، قائل به صحت این نوع ضمان هستند. طرفداران نظریه نقل ذمه برای اثبات نظریه خود به چند دلیل استناد می کنند:

۶. مبانی عروة الوثقی، کتاب المسافاه، سید ابوالقاسم خوئی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۹، ص ۱۲۵-۱۲۶.

۱. العروة الوثقی، سید محمد کاظم طباطبائی، ج ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۲، کتاب

الضمان مسأله ۲؛ سید محسن حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۹، ص ۲۷۳.

۲. جواهر الکلام، شیخ محمد حسن نجفی، ج ۲۶، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ص ۱۵۲.

۳. سید محمد کاظم طباطبائی یدزی، همان، ص ۶۰.

۴. سید محسن حکیم، همان، ص ۲۷۳.

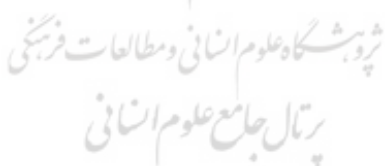
۵. مکاسب، مرتضی انصاری، ج ۱۶، چاپ اول، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۸، ص ۵۰۵ الی ۵۰۸.

۶. کتاب البیع، سید روح الله خمینی (امام خمینی)، ج ۲، چاپ اول، نجف، مطبعه الاداب، ۱۳۹۱، ص ۳۵۶.

اول - روایات. در میان روایات بحث ضمان از چند روایت به خوبی مستفاد می‌شود که به صرف تحقق ضمان ذمه، مضمون‌عنه بری می‌شود. از جمله روایتی است که از طریق امامیه و عامه نقل شده است که روزی پیامبر (ص) بر جنازه‌ای حاضر شد که بر آن نماز بگزارد. حضرت فرمود آیا بر او دینی هست؟ گفتند: بلی دو درهم. پیامبر (ص) از خواندن نماز امتناع کرد. سپس علی (ع) فرمود من از آنها ضمانت می‌کنم، پیامبر (ص) رو به علی (ع) نمود و فرمود: یا علی! جزاک الله عن الاسلام خیرا و فک رهانک کما فککت رهان اخیک^۱؛ ای علی خداوند به تو جزای خیر بدهد و ذمه‌ات را آزاد سازد همان طور که تو ذمه برادرت را آزاد کردی^۲. از این روایت استفاده می‌شود که با تحقق ضمان ذمه مضمون‌عنه، بری می‌شود.

دوم - اجماع. برخی از فقها ادعا کرده‌اند که اجماع بر نقل ذمه وجود دارد یعنی، ضمان موجب نقل ذمه مضمون‌عنه، به ذمه ضامن می‌شود و این اتفاق و اجماع کاشف از رأی معصوم است^۳.

سوم - یک دین در دو مکان نمی‌تواند وجود داشته باشد همانطور که در عالم ماده و حقیقت یک شیء در آن واحد وجودش در دو مکان محال است بنابراین به حکم عقل ضم ذمه به ذمه تضامن محال است^۴.



۱. وسائل الشیعه، حر عاملی، ج ۱۳، چاپ اول، تهران، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ کتاب الضمان باب دوم حدیث اول و دوم؛ میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۳، بیروت مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۱، ص ۳۶۳.

۲. قواعد فقه بخش مدنی سید مصطفی محقق داماد (۲) انتشارات سمت، سال ۱۳۷۴، ص ۱۶۲.

۳. مقاله نگارشی جدید بر ضمان عقدی و احکام آن، سید محمد موسوی بجنوردی، مجله قضائی و حقوق

دادگستری، شماره ۴، تابستان ۱۳۷۷، ص ۱۰.

۴. شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۱۱۳.

نقد دلائل

اولاً؛ در خصوص روایات مورد استناد باید گفت این روایات عموماً مربوط به ضمان از میت است و ضمان در این وضعیت برای احسان به میت و رفع عقاب از او صورت می‌گیرد. طبیعی است که در چنین شرایطی اراده ضامن و مضمون‌له بر این قرار گرفته است که تعهد سابق را زائل و تعهد جدیدی جای‌گزین آن شود. پرسش این است: آیا ضمانی که در این شرایط صورت گرفته است نافی ضمان در هر شکل دیگر آن است؟ علاوه بر اینها روایاتی وجود دارد که از آنها می‌توان خلاف اظهار این فقیهان را استنباط رکد که بناً نقل ذمه به ذمه سازگاری ندارند. از جمله این روایت که از ابی‌عبدالله (ع) نقل شده است که: «و اذا تكفل رجلان لرجل بمائه دينار علی ان کل واحد منهما کفیل صاحبه بما علیه فاخذ منهما فللمأ خود ان یرجع بالنصف علی شریکه؛ اگر دو نفر برای صد دینار ضامن یک نفر شوند به این صورت که هر یک ضامن دیگری شود پس وقتی که (مضمون‌له) از یکی از آنها گرفت وی می‌تواند برای نصف آنچه داده است به شریک خود رجوع کند».

ثانیاً؛ چگونه با قبول ضمان به صورت ضم ذمه به ذمه توسط فقهای مثل ابن حمزه و فخرالمحققین^۱ و پدرش علامه^۲ می‌توان ادعای اجماع بر ضمان ناقل ذمه نمود. از سوی دیگر اجماع زمانی کاشف از رأی معصوم است که ادله و مدارکی موجود نباشد که احتمال استناد فقهاء در فتاوی‌شان بدانها برود و چه بسا احتمال دارد که مبنای اجماع روایاتی باشد که ذکر شد؛ لذا این اجماع نمی‌تواند حجیت داشته باشد.

ثالثاً؛ عدم امکان اشتغال دو ذمه در آن واحد به یک دین، در امور حقیقی درست است؛ اما در امور اعتباری صحت ندارد و در اینجا در واقع خلط حقیقت و اعتبار صورت گرفته است، که جایز نیست. امور اعتباری فرض‌هایی است که ذهن به منظور رفع احتیاجات حیاتی آنها را ساخته

۱. ابضاح الفوائد، فخرالمحققین، ج ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۸، ص ۸۲.

۲. مفاتیح الشرایع، ملا محسن فیض کاشانی، ج ۳، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۰۱، ص ۱۴۵.

است و جنبه وضعی و قراردادی و فرضی و اعتباری دارد و با واقع و نفس الامر سر و کاری ندارند^۱ از اینها گذشته به فرض که بپذیریم قراردادی که مفید ضم ذمه به ذمه است در قالب عقد ضمان جای نمی‌گیرد، آیا بدان معناست که این عقد باطل است؟ لذا به نظر می‌رسد که این نوع استدلال ناشی از اعتقاد به توقیفیت عقود در عقود معینه است که امروزه مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد، و با توجه به ماده ده قانون مدنی و مقررات مواد ۱۹۰ به بعد قانون مدنی، باید بر آن بود که هر عقدی که واجد شرایط مذکور باشد صحیح است لذا می‌توان گفت این قرارداد (تضامن) یک عقد عقلانی است و چون دلیلی بر بطلان آن نیست پس صحیح و لازم‌الاتباع است و از عمومات ادله عقود مثل: اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم. تبعیت می‌کند.

۲-۲- جایگاه حقوقی تضامن قراردادی

در حقوق ایران دو نوع ضمانت عقدی پیش‌بینی شده است: ۱- ضمانت نسبت به دین مدیون در مقابل داین. ۲- ضمانت عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن. در ضمانت نوع اول طبق ماده ۶۸۴ ق.م. به محض انعقاد ضمان، ضامن مالی را که بر عهده دیگری است به عهده می‌گیرد. و با این عمل مضمون‌عنه، براثت ذمه حاصل می‌کند (م ۶۹۸). بنابراین در ضمان از دیون طبق مقررات قانون مدنی، ضمان موجب نقل مافی‌الذمه مضمون‌عنه، به ذمه ضامن می‌شود. لیکن ماده ۶۹۹ ق.م. و نیز ماده ۷۲۳ ق.م. التزام به تأدیه را به طور معلق صحیح دانسته است. این موضوع منافاتی با اصل پذیرفته شده در ماده ۶۹۸ ندارد، زیرا در تعلیق التزام به تأدیه، ضامن تعهد می‌کند که اگر مضمون‌عنه، دین را تأدیه نکرد وی خواهد پرداخت. در واقع وی تعهد به پرداخت می‌نماید نه آنکه دین را به ذمه خویش منتقل نماید و طبیعی است که بین انتقال دین و تعهد به پرداخت تفاوت وجود دارد. لذا نمی‌توان ادعا نمود که علیرغم صراحت ماده

۳. اصول فلسفه و روش رئالیسم، سید محمد حسین طباطبائی ج ۱ و ۲ و ۳ در یک مجلد با حواشی استاد مطهری،

۶۹۸ مقررات ماده ۶۹۹ و ۷۲۳ ق.م. نظریه ضم ذمه به ذمه را پذیرفته است؛ زیرا نظریه ضم ذمه به ذمه مبتنی بر اشتغال هم زمان دو یا چند ذمه به یک دین است در حالیکه مقررات مواد مذکور ناظر به تعهد به پرداخت است.

در قانون تجارت با عنایت به مواد ۴۰۲ تا ۴۰۴ قانون مذکور و تعهد تضامنی، در روابط افراد معتبر دانسته شده است و مضمون‌له می‌تواند به مدیون اصلی و سپس در صورت عدم پرداخت وی به ضامن رجوع نماید (م ۴۰۲ ق ت) و حتی طبق مقررات مواد ۴۰۳ همان قانون مضمون‌له حق رجوع هم‌زمان به ضامن و مضمون‌عنه را مجتمعا دارد. با توجه به مقررات مواد مذکور قانونگذار ایران، در قراردادهای خصوصی افراد ضمانت تضامنی را به طور کلی پذیرفته است؛ لیکن در صورت سکوت طرفین عقد ضمان بر نقل ذمه حمل می‌شود، مگر آنکه به تضامنی بودن تصریح شود. از طرفی مقررات ماده ۱۰ ق.م نیز صحت قرارداد تضامنی را تأیید می‌کند و با توجه به آنچه گفتیم دلیل قاطعی بر نفی تضامن و اثبات ضمان ناقل وجود ندارد، لذا با توجه به جنبه عقلانی تضامن و اصل صحت در قراردادها، می‌توان قائل به صحت این نوع قرارداد و تعهدات ناشی از آن بود.

در ضمان نوع دوم، ضامن از تعهد مشتری به استرداد متبوع، یا بایع نسبت به استرداد ثمن، در صورت مستحق‌لغیر در آمدن یکی از آن دو ضمانت می‌نماید ماده ۶۹۷ ق.م مقرر می‌دارد ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌لغیر در آمدن آن جایز است. در حقیقت با مستحق‌لغیر در آمدن، یکی از آن دو گ‌یرنده موظف و متعهد است آن چه را گرفته مسترد دارد و ضامن این تعهد را ضمانت می‌کند. این نوع ضمانت در حقیقت ضمانت از تعهد است که فوقا بدان اشاره شد و مغایرتی با اصل نقل ذمه به ذمه ندارد. در این حالت ضامن تعهد بایع یا مشتری را ضمانت می‌نماید نه آنکه بالفعل دین را بر عهده بگیرد، بلکه صرفا متعهد می‌شود، و از آنجا که بین دین و تعهد تفاوت زیاد وجود دارد، این نوع ضمانت صحیح است. برای تکمیل این مبحث نظر شهید صدر را در حاشیه منهاج الصالحین ذکر می‌نمائیم. ایشان می‌فرمایند: ضمان دو نوع است یکی نقل ذمه به ذمه که موجب برائت مضمون‌عنه می‌شود و

دیگری به معنی تعهد مافی الذمه دیگری، بدین معنا که ذمه دیگری را در عهده خود قرار می دهد و ذمه با عهده متفاوت است و این امر موجب انتقال نمی شود و اثر آن این است که بر ضامن واجب می شود که دین را برای داین تحصیل کند. بعضی دیگر از فقهای معاصر نیز این تفکیک را بین عهده و ذمه قائل شده و گفته اند اگر کسی به دیگری بگوید به فلانی قرض بده من ضامنم بنا بر ضمان نوع اول صحیح نیست؛ لیکن بنابر ضمان نوع دوم صحیح است و اگر مقترض از اداء ثمن تخلف کرد بر ضامن واجب است آن را بپردازد^۱.

علامه حلی نیز در همین موضوع می فرماید: ان الضمان ناقل عندنا و فی الضمان عهده اشکال اقربه عندی جواز مطالبه کل من الضامن و المضمون عنه...^۲

با این توضیحات روشن شد که مبنای مقررات ۶۹۸، ۶۹۹ و ۶۹۷ متفاوت است. حقوق دانان جدید از آن به تفاوت دین و التزام به تأدیه نام برده اند^۳. همچنین مشخص شد که با وجود پذیرش تضامن قراردادی از آثار آن به طور کامل بحث نشده است، لذا این تحقیق می تواند تا حدی در رفع این نقیصه مؤثر باشد.

۳- جنبه عقلانی تضامن

به نظر می رسد برای اثبات صحت هر قرارداد، عقلانی بودن آن یک عنصر اصلی است. با توجه به آنچه گفته شد دلیل قاطعی بر بطلان تضامن وجود ندارد. به عبارتی دیگر، اگر در گذشته سعی طلبکار در توسعه دامنه حق مطالبه خود - که عرضی عقلانی بود - چنین قرارداد عقلانی را شکل می داد، امروزه اعتبار اسناد تجاری و امنیت هر چه بیشتر آن، این قرارداد عقلانی را در عرصه تجارت ضرورت بخشیده است. یکی از فقهای معاصر عقیده دارد که ضمان به صورت ضم ذمه به

۱. منهاج الصالحین، سید علی حسینی سیستانی، ج ۲، چاپ پنجم، قم، مهر، ۱۴۱۷، ص ۳۵۱.

۲. تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۲، چاپ سنگی، ص ۹۲.

۳. نظریه عمومی تعهدات، ناصر کاتوزیان، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص ۶۵.

ذمه با تمسک به عموماً قابل تصحیح نیست^۴ زیرا عموماً صحت ضمان و ادله مربوط به ضمان، اختصاص به ضمان ناقل دارد و شامل این نوع ضمان نمی‌شود، ثانیاً عموماً عقود و تجارت شامل ما نحن فیه نیست چرا که چنین عملی نه تجارت است و نه عقد، زیرا اشتغال ذمه ضامن نسبت به دیگری مجانا و لاعوض نمی‌شود، ثالثاً اشتغال ذمه امری اختیاری نیست بلکه متوقف بر اسبابی مثل تجارت، استیلا یا شرط در ضمن عقد است و بدون اینها اشتغال ذمه حاصل نمی‌شود. اما این نظر قابل انتقاد است زیرا:

اولاً؛ عقد ضمان در شکل ضم ذمه به ذمه هم یک نوع عقد است، چرا که در برابر تعهد ضامن به پرداخت تعهد مضمون عنه به پرداخت متقابل او قرار دارد.

ثانیاً؛ چون قرارداد ضمان به صورت ضم ذمه به ذمه یک عقد است، لازم‌الوفاء بودن این عقد خود موجب پیدایش تعهد به پرداخت برای ضامن می‌شود، به علاوه این اقدامی است تجاری که میان تجار مرسوم است و برای تأمین آسایش خیال بیشتر چنین قراردادی را منعقد می‌کنند.

ثالثاً؛ تمام عواملی که موجب پیدایش اشتغال ذمه‌ای برای ضامن در ضمان ناقل بوده است، در اینجا هم موجود است. در آنجا تعهد ضامن به پرداخت در برابر اسقاط حق قرار می‌گرفت و ضامن را متعهد می‌کرد، در اینجا تعهد ضامن به پرداخت در برابر تعهد مضمون عنه به پرداخت متقابل قرار می‌گیرد، پس چه دلیلی برای حکم به صحت در یکی و حکم به بطلان در دیگری هست؟ نتیجه آنکه عقد ضمان ضم ذمه به ذمه (تضامن) صحیح است و دلیلی بر بطلان آن نداریم و شامل ادله عام عقود می‌شود. بلکه باید گفت عقد ضمان نه مفید نقل ذمه است و نه ضم ذمه به ذمه و تابع قصد مشترک طرفین است و می‌تواند مفید هر دو نوع ضمان باشد.

۴. سید ابوالقاسم خونی، همان، ص ۱۲۵-۱۲۶.

گفتار اول: ماهیت تضامن قراردادی و جایگاه آن در میان تعهدات متعدد الاطراف (Conjoint)

۱- ماهیت تضامن قراردادی

به طور کلی درباره ماهیت تضامن سه نظریه ارائه شده است:

عده‌ای از حقوق دانان^۱ عقیده دارند که تضامن یکی از انواع تعهدات دارای ماهیت مستقل است و در صورتی تحقق پیدا می‌کند که اطراف آن متعدد بوده و با توافق آنها به وجود آید و هم چنین این قرارداد زمانی به وجود می‌آید که یا طلبکاران متعدد واجد اهلیت قراردادی، دینی را بر ذمه بدهکار واحد داشته باشند یا بدهکاران متعدد در برابر طلبکار واحد مدیون باشند.

برخی دیگر^۲ عقیده دارند که تضامن وصف تعهد است یعنی تعهد با تمام ارکان آن به وجود می‌آید و سپس وصف دیگری بر آن عارض می‌شود که عبارت است از تضامن، لذا هرگاه این وصف از بین رفت تعهد به صورت اولیه خود برمی‌گردد. در حالی که اگر تضامن جزء ذات قرار و تعهد تضامنی بود باید با زوال آن قرار، تعهد هم از بین می‌رفت. دلیل دیگر آنها این است که ابراء ممکن است فقط بر تضامن واقع شود و دین همچنان بر بدهکار ابراء شده از تضامن، باقی بماند. پس این امور دلالت می‌کند بر این که تضامن وصفی است عارضی که اثر آن در افزایش مسئولیت متعهدین در پرداخت دین یا افزایش تعداد طلبکاران در مطالبه یک طلب خلاصه می‌شود.

نظریه سوم می‌گوید^۳ تضامن نوعی از وثیقه‌های دین یا طلب است، یعنی تضامن به طلبکار یک نوع تضمین اضافی برای مطالبه طلب می‌دهد بدون آنکه زیانی متوجه سایرین شود؛ زیرا هر یک از آنها می‌توان به مقدار حصه خود به دیگری مراجعه کند یعنی در تضامن منفی هر بدهکاری

۱. الوسیط، عبدالرزاق احمد سنهوری، ج ۳، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۸، ص ۱۹۹.

۱. احکام الالتزام، انور سلطان، بیروت، لبنان، دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۴، ص ۳۸۸.

۲. احکام الالتزام المدینین بلادین، اسماعیل عبدالنبی شاهین، کویت، انتشارات حولی قتیبه، ص ۳۱.

که دین را پرداخت به سایر بدهکاران به مقدار حصه او از دین رجوع می‌کند و هر طلبکاری که طلب را وصول کرد دیگران به مقدار حصه خود از طلب به او رجوع می‌نمایند.

به نظر می‌رسد قرارداد تضامن یک قرارداد خاص از مصادیق ماده ۱۰ (ق.م) است و تمامی شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی را دارا، دارای طرفین مشخص و موضوع مشخص می‌باشد. پس یک قرارداد با طبیعت مستقل است و این منافاتی با وثیقه بودن آن ندارد تضامن نوعی ضمانت و دارای تصمیمی بیش از آن است.

۲- جایگاه تضامن قراردادی در میان تعهدات متعدد الاطراف

می‌دانیم که گاه موضوع تعهد، متعدد است و گاه اطراف تعهد، بر این اساس تضامن جزء تعهدات متعدد الاطراف است چون یکی یا هر دو طرف آن ممکن است متعدد باشد این نوع تعهدات را به سه دسته تقسیم می‌کنند: دسته اول تعهداتی است که یک طرف یا اطراف آن متعدد است بدون آنکه رابطه آنها با هم تضامنی باشد. این نوع تعهدات را تعهدات متعدد الاطراف یا تعهدات مشترک می‌گویند!

دسته دوم تعهداتی است که دو طرف یا یک طرف آن متعدد است ولی موضوع آن غیر قابل تجزیه است این نوع تعهدات را تعهدات غیر قابل تجزیه^۲ (*obligation indivisible*) می‌نامند. دسته سوم تعهدات متعدد الطرفی است که بین اطراف آن رابطه تضامنی وجود دارد که آن را تعهد تضامنی (*Solidary obligation*) می‌نامند. پس تضامن قراردادی داخل در این قسم از تعهدات جای می‌گیرد. نکته‌ای که باید افزود آن است که در این نوع تعهدات طبیعت موضوع تعهد، بر مبنای طبع اولیه آن تجزیه‌پذیر است؛ لیکن طرفین توافق می‌کنند که این اجزاء به صورت

۱. تضامن، اوصاف و آثار آن، لعیا جنیدی، مجله، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۷۵، شماره ۳۵، ص ۴۱.

۲. حقوق مدنی، پلانیول و ریبر، ج ۲، بخش ۱، ترجمه انگلیسی به وسیله مؤسسه حقوق دولتی لویزیانا، ۱۹۵۹، ص ۴۱۸.

واحد درآمده و هر یک بتواند تمام آن را مطالبه یا بپردازد. حالت اول را تضامن طلب و حالت دوم را تضامن دین می‌نامند.
حال که ماهیت تضامن قراردادی روشن شد به بحث آثار آن می‌پردازیم.

گفتار دوم: آثار تضامن قراردادی

برای بیان آثار تضامن قراردادی باید دو نکته را توجه داشت:

نکته اول آنکه تضامن به دو نوع مثبت و منفی تقسیم می‌شود و آثار هر یک از این دو متفاوت است. نکته دوم آنکه وقتی از آثار تضامن قراردادی بحث می‌شود دو نوع آثار می‌توان قائل شد: یکی آثار تضامن در روابط متضامین با طلبکار یا طلبکاران متضامن با بدهکار، و دوم اثر تضامن در روابط خود متضامین. لذا این موضوع را در دو گفتار بصورت خیلی فشرده بیان می‌کنیم. البته موضوع بحث فقط آثار تضامن در روابط طلبکار و بدهکاران متضامن می‌باشد. بررسی آثار آن را در روابط متضامین به مجال دیگر می‌گذاریم.

گفتار اول آثار تضامن در روابط بین متضامین و طلبکار و طلبکاران متضامن با بدهکار

به طور کلی تضامن قراردادی بر سه مبنا استوار است: مبنای اول وحدت موضوع، مبنای دوم تعدد رابطه و مبنای سوم نمایندگی متقابل. بر اساس این سه مبنا آثار هر یک را بررسی می‌کنیم.

اول. آثار ناشی از وحدت موضوع

بر مبنای این اصل موضوع تعهد تمام متضامین واحد است و موضوع تعهد برای همه یکی است هر آنچه یکی بدان متعهد است عین آن چیزی است که دیگری بدان متعهد می‌باشد یعنی در واقع دین یا تعهد غیر قابل تجزیه تلقی می‌شود.^۱

از اصل وحدت موضوع تعهد، آثاری به این شرح ناشی می‌شود:

۱. حقوق مدنی تعهدات، فیلیپ سیملر، چاپ ششم، پاریس، انتشارات دالوز، سال ۱۹۹۶، ص ۹۲۱.

۱- طلبکار برای دریافت تمامی دین می‌تواند به بدهکاران یا بدهکار مجتمعا یا منفردا رجوع نماید و تمامی دین را وصول نماید (م ۱۲۰۰ ق.م فرانسه)^۱. و او مختار است علیه همه یا هر یک طرح دعوی کند^۲ می‌تواند از طرح دعوی علیه یکی منصرف و علیه دومی طرح دعوی کند. خلاصه در این موضوع اختیار تام دارد تا آن که به وصول طلب خود برسد.

این اثر در حقوق فرانسه و کشورهای متأثر از آن مثل مصر (م ۲۸۵ ق.م) و لبنان (م ۲۳ قانون تعهدات و قراردادهای) برای تضامن شمرده شده است؛ لیکن در حقوق انگلیس یک تفاوت وجود دارد و آن اینکه بین دو نوع تعهد باید قائل به تفکیک شد یکی تعهدات **joint** که همه افراد طرف تعهد (متعهدین) به یک تعهد ملتزم هستند و انجام تعهد توسط یکی از آنان ذمه همه را بری می‌سازد؛ اما کلیه آثار تعهد تضامنی در حقوق فرانسه و امثال آن را ندارد، لذا اگر علیه یک بدهکار طرح دعوی شود و حکمی صادر گردد ولو آنکه بر فرض به دلیل اعسار بدهکار حکم استیفاء نشود، طلبکار حق طرح دعوی علیه بدهکار دیگر را از دست می‌دهد. به عبارت دیگر می‌گویند سبب دعوی (**Cause of action**) در حکم ادغام می‌شود و موضوعی برای دعوی دوم باقی نمی‌ماند، لذا در کنار تعهدات **joint** یک نوع تعهد دیگر را به نام **Joint and several** به رسمیت شناخته‌اند که به موجب آن افراد جمعا یک تعهد در مقابل طلبکار دارند و فرد به فرد هم تعهد جداگانه‌ای لیکن در ضمن قرارداد واحد^۳. آثار تعهدات تضامنی در حقوق فرانسه در قالب تعهدات نوع اخیر در حقوق انگلیس محقق می‌شود. در فقه عامه نیز همین اثر برای ضمان ضم ذمه به ذمه شناخته شده است و مضمون‌له حق مراجعه به ضامن و مضمون‌عنه را توأما دارد^۴.

۲. ترمینولوژی حقوق، رایموند گیلین، پاریس، انتشارات دالوز، سال ۱۹۹۵، ص ۴۵۹.

۳. مقدمه‌ای بر حقوق فرانسه، لاوسون، یک جلد، چاپ سوم، لندن، انتشارات دانشگاه آکسفورد، ۱۹۹۴، ص ۱۴۲؛

ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۰۲.

۱. قراردادهای ژوزف جیتی، ج ۱، چاپ بیست و ششم، انتشارات سویت و مکسول، سال ۱۹۸۳، ص ۸۰۵.

۲. کافی، ج ۲، ص ۱۲۹؛ در الاحکام، علی حیدر، ج ۱، ص ۳۵.

تبصره. اگر یکی از بدهکاران متضامن فوت کند تعهد بین ورثه او به مقدار سهم الارث تقسیم می‌شود هم چنین اگر یکی از طلبکاران متضامن فوت کند به همین نحو عمل می‌شود، زیرا تضامن در رابطه طلبکار و بدهکار است و ورثه متضامنا نمی‌توانند مسئول باشند؛ لذا هر یکک بیش از سهم الارث خود از بدهی یا طلب مسئولیت ندارند (ماده ۴۰۸ ق.م.مصر)^۱ (و نیز مقررات ماده ۲۴۰ قانون امور حسبی در حقوق ایران).

در حقوق فرانسه، مصر و ایران تقریباً راه حل مشابهی در این زمینه وجود دارد جز آنکه در حقوق ایران دیون به ماترک تعلق می‌گیرد؛ ولی در حقوق فرانسه دیون بر ورثه تحمیل می‌شود، زیرا آنها بعد از مرگ مالک ماترک می‌شوند و در مقابل دیون مورث خود مسئولند.^۲

در حقوق انگلیس بر عکس در تعهدات **joint** در صورت فوت بدهکار در تعهد مزبور، مسئولیت وی به بدهکاران زنده منتقل می‌شود و طلبکار حق ندارد علیه اموال متوفی طرح دعوی نماید، اما در تعهدات **joint and several** تعهدات فرد متوفی به اموال او ارتباط و تعلق پیدا می‌کند و اگر تمام بدهکاران مزبور فوت کنند تعهدات آنها به اموال ایشان منتقل می‌شود.^۳

۲- در صورت پرداخت بدهی به وسیله هر یک از بدهکاران متضامن، ذمه همه بدهکاران بی می‌شود.

چون موضوع تعهد همه آنها یکی است لذا با انجام تعهد توسط یک فرد متضامن، ذمه همه بری می‌شود. به عبارت دیگر تضامن موجب افزایش تعهد نمی‌شود بلکه وصول دین را تسهیل می‌کند و اگر هر بدهکار قسمتی از دین را پردازد به همان مقدار ذمه بدهکاران دیگر بری می‌شود (م ۲۸۴ ق.م.مصر)^۴ (ماده ۱۲۰۰ ق.م.فرانسه).^۱

۳. مجموعه الاعمال التحضيريه، وزارت دادگستری مصر، ج ۳، ص ۶۳، مصطفی عدل (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۲، ص ۵۴۴.

۱. حقوق مدنی، تعهدات، ژرار د لژیور، پاریس، دالوز، سال ۱۹۹۶، ص ۱۵۹.

۲. مطالعه تطبیقی عقد ضمان، فیلیپ آر وود، لندن، سویت و مکسول، ۱۹۹۵، ص ۳۲۱.

۳. عبدالرزاق احمد سنهوری، همان، ص ۲۹۸.

۳- هر بدهکار می‌تواند در مقابل طلبکار به ایرادات مشترک استناد نماید.

بدهکار در مقابل طلبکار می‌تواند دو نوع ایراد داشته باشد: ایراد مختص به رابطه او با طلبکار و ایراد مشترک که بر همه بدهکاران مؤثر است، لیکن اصل وحدت دین یا تعهد باعث می‌شود که وی به ایرادات مشترک متوسل شود. و آن ایرادی است که اگر مطرح شود یا رابطه تضامنی را باطل می‌کند مثل ایراد عدم مشروعیت موضوع تعهد، یا تعهد را معلق می‌سازد مثل آنکه تعهد بدهکاران در برابر طلبکار مؤجل باشد و طلبکار به طور حال مراجعه کند.^۲ پس ایراداتی که تمام تعهد بدهکاران را متأثر سازد یا اصل تعهد را مخدوش نماید ایراد مشترک می‌باشد ماده ۱۲۰۸ ق.م.فرانسه به هر بدهکار اجازه می‌دهد در مقابل طلبکار به ایراداتی که از طبع تعهد ناشی می‌شود استناد نماید. این ایرادات در حقوق انگلیس این گونه مطرح شده است که اگر ایراد مربوط به ریشه و اساس دعوی باشد و باعث شود آن را به طور کامل نابود سازد ایراد مشترک نامیده می‌شود مثل آنکه بدهکار ادعا کند که دین را پرداخته است.^۳

به نظر می‌رسد که در حقوق ایران بتوان بر مبنای مقررات ماده ۱۹۰ ق.م.گفت که هر جا ایراد متوجه مشروعیت جهت یا موضوع باشد سبب بطلان تمام تعهدات بدهکاران می‌شود و این یک نوع ایراد مشترک است. مثلاً ماده ۶۵۴ ق.م.قمار و گرویندی را باطل و معاملات ناشی از آن را مسموع نمی‌داند. پس بدهکار می‌تواند در صورتی که تعهد وی ناشی از معامله قمار باشد ادعای عدم مشروعیت تعهد و در نتیجه بطلان قرارداد را بنماید. فقه اسلام ایرادات مشترک را بدان نحو که در حقوق موضوعه بحث شده دسته‌بندی نکرده است اما با مراجعه به ابواب فقهی می‌توان این ایرادات را استخراج کرد.^۴

۴. حقوق مدنی فرانسه، اوبری و رو، ج ۴، چاپ ششم، ترجمه به انگلیسی مؤسسه حقوق دولتی لویزیانا، سال ۱۹۹۵، ص ۵۷.

۱. احکام الالتزام، رمضان اوالسعود، بیروت، لبنان، الدارالجامعیه، ۱۹۹۴، ص ۳۶۹.

۲. حقوق قرارداد، جی ایچ تریتل، چاپ نهم، لندن، سویت و مکسول، ۱۹۹۵، ص ۵۲۶.

۳. اسماعیل عبدالنبی، شاهین همان، ص ۱۲۰.

دوم. آثار ناشی از تعدد رابطه

قرارداد تضامنی علی‌رغم آنکه موضوع واحد دارد دارای روابط متعدد است که هر یک مستقل از دیگری است و لذا ممکن است یک رابطه معیوب باشد، در حالیکه روابط دیگر بلا اشکال باشند. مثلا رابطه یک طلبکار با بدهکار به دلیل عدم اهلیت بدهکار مزبور باطل باشد؛ ولی رابطه او با سایر بدهکاران سالم باشد. لذا طلبکار در مراجعه به هر بدهکار باید به ویژگی‌های تعهد او توجه کند، ممکن است تعهد مزبور مؤجل باشد حال آنکه دیگر تعهدات منجر باشند. در صورت عدم رعایت این ویژگی‌ها بدهکار می‌تواند در مقابل طلبکار بدانها استناد کند.

رعایت این ویژگی‌ها در نظام‌های حقوقی مختلف مورد توجه واقع شده و آثار خاص خود را دارد. مقررات مواد (۲۸۱ ق/م مصر و ۱۲۰۱ ق.م فرانسه^۱ و ۷۰۳ ق.م ایران حاوی مقرراتی در خصوص رعایت اوصاف هر رابطه در ارتباط طلبکار با بدهکاران است که برای جلوگیری از اطاله کلام بدان نمی‌پردازم.

مهمترین این آثار که ناشی از تعدد رابطه است به شرح زیر قابل بررسی است، تهاتر، تبدیل تعهد، ابراء و مالکیت مافی‌الذمه.

۱- تهاتر

تهاتر عبارت از آن است که طلبکار به بدهکار خود مدیون شود در این صورت هر یک از طلبکار و بدهکار به نوعی طلبکار و بدهکار دیگری می‌شود لذا برای جلوگیری از پرداخت‌های بیهوده بین دو دین با شرایط خاص، تهاتر واقع و ساقط می‌شود (م ۳۹۶ ق.م). در تعهدات تضامنی اگر بین طلبکار و یکی از بدهکاران شرایط تهاتر فراهم شود فقط به مقدار حصه همین بدهکار از دین با تهاتر ساقط می‌شود. لذا اگر بدهکاری مورد مراجعه طلبکار قرار گیرد می‌تواند در مقابل او

۱. پلانیول و ریبر، همان، ص ۴۰۰.

ادعای تهاتر نماید لیکن دیگر بدهکاران حق استناد به تهاتر بین بدهکار و طلبکار مذکور را ندارند؛ ولی اگر او استناد کرد به همان مقدار از دیون بدهکاران دیگر کاسته می‌شود^۱ در حقوق ایران بعضی از حقوق دانان به استناد مقررات مربوط به غصب، تهاتر واقع شده بین غاصب و مالک را مسقط تمام دین می‌دانند^۲ اما به نظر می‌رسد که در روابط متضامین با طلبکار باید نظری را برگزید که به مقدار حصه بدهکار از دین ساقط می‌شود زیرا دین بدهکاران متضامن این ویژگی را دارد که قسمتی از آن اصلتا متعلق به خود آنهاست و قسمت دیگر را به موجب عقد ضمان (تضامن) بر عهده گرفته‌اند و در واقع دین دیگران است از طرفی این دین زمانی عینیت پیدا می‌کند که طلبکار به بدهکار رجوع نماید لذا تا قبل از رجوع هنوز دین تعیین پیدا نکرده است و لذا شروط تهاتر را نخواهد داشت.

از طرف دیگر تهاتر در حقوق ایران قهری است و بدون استناد بدهکار واقع می‌شود، لذا عدم تساقط این دین حاکی از آن است که دارای ویژگی خاصی است که مورد تهاتر جزء به مقدار حصه مدیون قرار نمی‌گیرد.

۲- تبدیل تعهد

هر بدهکار می‌تواند با طلبکار توافق کند که تعهد وی تغییر یابد در این صورت تبدیل تعهد محقق خواهد شد؛ اما اثر آن در رابطه با سایر بدهکاران آن است که اگر بدون رضای آنها اقدام به تبدیل تعهد نموده است، این تعهد جدید آنها را متعهد نمی‌سازد و اثر آن فقط در رابطه این متعهد و طلبکار خواهد بود، و اگر رضای سایر بدهکاران را در تعهد جدید به دست نیاورد، حمل بر این می‌شود که وی رضای به تعهد جدید داده است، لذا دمه سایر بدهکاران بری می‌شود^۳.

۲. ناصر کاتوزیان، همان، ص ۲۳۲.

۳. حقوق مدنی، سید حسن امامی، ج ۱، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۳۷۶.

۱. لعیا، جنیدی، همان، ص ۲۵.

۳- ابراء

ابراء یکی از بدهکاران توسط طلبکار ممکن است به دو صورت انجام شود یک وقت طلبکار او را از تضامن ابراء می‌کند و یک وقت او را از دین. اگر او را از تضامن ابراء کند مسئولیت او در پرداخت دین محدود به حصه او از دین خواهد بود اما اگر او را از دین ابراء کند ذمه او در مقابل طلبکار بری می‌شود. اما طلبکار می‌تواند به سایر بدهکاران رجوع کند. به نظر می‌رسد برای بیان مقصود ابراء کننده باید به قصد و اراده او توجه کرد و در صورت تردید باید گفت ابراء باعث می‌شود یکی از مسئولین از عداد مسئولین متضامن خارج شود نه آنکه اصل دین ساقط شده باشد؛ لیکن مقررات ماده ۳۲۱ ق.م ایران ابراء ذمه یکی از غاصبین را موجب ابراء همه می‌داند. در حالی که در حقوق مصر و فرانسه در ابراء فقط دین به مقدار حصه مدیون ابراء شده، ساقط می‌شود.^۱ شاید بتوان گفت این حکم اختصاص به غصب دارد و در قراردادها باید به قصد و منظور ابراء کننده توجه نمود و در صورت اطلاق و سکوت طرفین قرارداد، باید گفت ابراء متوجه اصل دین است و موجب اسقاط تمامی دین می‌شود.

در حقوق انگلیس ابراء ذمه یک بدهکار باعث ابراء همه بدهکاران می‌شود^۲ در فقه امامیه در خصوص اثر ابراء یکی از متقاضیان اختلاف هست و بستگی به مبنایی دارد که برای ابراء انتخاب شود. اگر مبنای ابراء را استیفاء بدانیم در این صورت باعث می‌شود مبنای تعهد همه بدهکاران را از بین ببرد.^۳ اگر ابراء ناظر به موضوع مشترک همه ضامن‌ها باشد (سبب) در این صورت ابراء باعث سقوط تمام تعهدات بدهکاران می‌شود^۴ و اگر ابراء را ناظر به یک رابطه (سبب) بدانیم ابراء فقط محدود به همان رابطه می‌شود.^۵

۱. عبدالرزاق احمد سنهوری، همان، ص ۳۲۱.

۲. ژوزف چیتی، همان، ص ۸۱۰.

۳. شیخ موسی خوانساری، و علامه نائینی، همان، ص ۳۰۵.

۴. حاشیه بر مکاسب، سید محمد کاظم طباطبائی، ج ۱، چاپ سنگی، ص ۱۸۷.

۵. سید محسن حکیم، مستمسک العروة الوثقی، همان، ص ۳۱۹.

مبنایی که در قانون مدنی (م ۳۲۱) انتخاب شده است با نظریه اول که اسقاط تعهد مشترک (سبب) می‌باشد هماهنگ است.

۴- مالکیت مافی الذمه

اگر بدهکار فوت کند و طلبکار وارث او باشد در این صورت دیون او به طلبکار انتقال می‌یابد و در اثر اجتماع دو عنوان طلبکار و بدهکار در فرد واحد به مقداری که به موجب مالکیت مافی الذمه حاصل شده از تعهد ساقط می‌شود و بعد از کسر این حصه، وی می‌تواند به سایر بدهکاران رجوع کند. چون مالکیت مافی الذمه در حکم پرداخت دین است.

سوم: آثار ناشی از نمایندگی متقابل

فرض بر این است که هر یک از بدهکاران به دیگری نمایندگی در پرداخت دین داده است لذا اقدامات هر یک از آنها اقدام همه محسوب می‌شود. لیکن بعضی از نویسندگان بر نظریه نمایندگی متقابل اشکالات زیادی وارد کرده‌اند از جمله اینکه این یک نمایندگی یک طرفه است و صرفاً جنبه تصنعی و فرض دارد تا واقعی علی‌ای حال بر اساس یک سنت تاریخی بدهکاران را نماینده همدیگر می‌دانند لذا آثار خاصی بر این نمایندگی بار می‌شود از جمله:

الف- طرح دعوی علیه یکی از بدهکاران در حکم طرح دعوی علیه همه آنهاست.

ب- حکم صادره علیه یکی از آنها در مقابل همه قابل استناد است.^۱

ج- درخواست تجدید نظر از طرف یکی از بدهکاران درخواست همه آنها محسوب می‌شود.

د- قطع مرور زمان علیه یکی از بدهکاران نسبت به سایرین مؤثر است (ماده ۱۲۰۶ ق.م

فرانسه)

۱. پلاتنیول، و ریپر، همان، ص ۴۰۸.

ه- در صورت تقصیر یکی از متضامنین و تلف شیء موضوع تعهد، همه متضامنین در برابر طلبکار مسئول هستند.^۱

این آثار در حقوق ایران قابل توجیه نمی‌باشد؛ زیرا نظریه نمایندگی بر مبنای فوق بیشتر ناشی از ضرورت‌هاست تا واقعیت. از طرف دیگر نمایندگی خلاف اصل است و باید وجود آن احراز شود. لذا باید آثار هر رابطه را جداگانه تحلیل کرد، به عنوان نمونه طرح دعوی علیه یک بدهکار ارتباطی به طرح علیه دیگران ندارد و با توجه به تعهد همه بدهکاران در برابر طلبکار وی می‌تواند علیه هر یک طرح دعوی نماید (م ۲۴۹ ق.ت) یا قطع مرور زمان نسبت به یک بدهکار نباید اثری بر دیگر روابط داشته باشد، زیرا در حقوق ایران مرور زمان (بر فرض پذیرش آن در وضع کنونی) مسقط حق نیست و فقط امکان اقامه دعوی را از بین می‌برد (م ۷۳۱ ق.آ.د.م) و به دلیل تعدد روابط و استقلال نسبی آنها از یکدیگر، خصوصیت هر رابطه محدود به همان است و اثری بر دیگران نباید داشته باشد. بنابراین این آثار مورد ادعا بر مبنای نمایندگی متقابل در حقوق ایران مستند به دلیل خاصی نمی‌تواند باشد.

از آنجا که در روابط طلبکاران متضامن با بدهکار نیز همین آثار مطرح است از ذکر مجدد آن خودداری می‌شود و در واقع آنچه که در رابطه بدهکاران متضامن با طلبکار گفتیم در رابطه طلبکاران متضامن با بدهکار نیز قابل طرح است.

پرتال جامع علوم انسانی
شماره ۱۳۱ / فصلنامه علمی - پژوهشی علوم انسانی
دانشگاه الزهرا (س) / ۱۶۳

نتیجه‌گیری

۱- تضامن قراردادی امروز یکی از عقود ضروری برای تضمین روابط اقتصادی و تجاری بین افراد است و عقد ضمان با ویژگی‌های موجود در قانون مدنی، پاسخگوی نیازهای اقتصادی و تجاری امروز نمی‌باشد. با آن که تضامن قراردادی در مقررات مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ قانون تجارت ایران ذکر

شده است ولی به ذکر دقیق آثار و شرایط آن پرداخته نشده است، لذا در این مورد به یک بازنگری در خصوص آثار این نوع قرارداد نیاز است.

۲- قواعد و مقررات فقهی و ادله عام عقود مثل اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و تجاره عن تراض). و از همه مهم تر جنبه عقلانی تضامن، تردیدی در صحت آن باقی نمی گذارد و اگر قبلا به دلیل نگاه توفیقی و حصری نسبت به عقود، در صحت قراردادهای جدید تردید می شد، امروزه با توجه به ماده ده قانون مدنی شرایط کلی عقود مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م هر عمل حقوقی را که واجد شرایط مزبور باشد، باید صحیح دانست و به شرط دیگری نیاز نیست، مگر قانون صراحتا آن را مقرر بدارد.

۳- تضامن قراردادی یک عقد مستقل است و دارای ویژگی های خاص یک عقد می باشد، هر چند به طور تبعی موجب وثیقه و اطمینان برای طلبکار یا بدهکار شود.

۴- ویژگی دیگر قراردادهای تضامنی آن است که یک طرف یا طرفین آن متعدد و موضوع آن علی القاعده تجزیه پذیر باشد، ولی به موجب قرارداد این موضوعات مجزا تبدیل به شیء واحد می شوند بنابراین اگر موضوع اصولا تجزیه ناپذیر باشد مثل آن که موضوع تعهد مشترک تسلیم یک حیوان باشد این تعهد تضامنی نیست.

۵- تضامن قراردادی موجب می شود که موضوع تعهد همه متعهدین واحد باشد؛ لذا با پرداخت دین توسط یکی از آنها ذمه همه بری می شود. از طرف دیگر طلبکار می تواند به همه یا هر یک مراجعه و تمامی یا قسمتی از دین را از هر یک مطالبه نماید.

۶- موضوع تعهد در قراردادهای تضامنی به مقدار حصه وراث از سهم الارث، بین آنها تقسیم می شود، با این تفاوت که در حقوق ایران این تعهدات ابتدا به ترکه تعلق می گیرد و در صورت قبول ترکه ورثه، هر یک به مقدار سهم الارث خود متعهد پرداخت دیون مورث خود هستند ولی در حقوق فرانسه ابتدا و بلافاصله پس از مرگ مورث، وراث متعهد پرداخت دیون وی هستند.

۷- در نظام های مورد بحث ایرادات مشترک و اختصاصی برای همه بدهکاران در مقابل طلبکار قابل استناد است.

- ۸- رابطه هر متعهد از دیگری مستقل و متمایز است و بطلان یک رابطه اثری بر دیگر روابط ندارد.
- ۹- با تحلیلی دقیق‌تر از اراده طرفین می‌توان اثر ابراء، یا مالکیت مافی‌الذمه، یا تبدیل تعهد را محدود به مقدار حصه بدهکاری که شرایط مزبور نسبت به او حاصل شده و یا قرارداد تبدیل تعهد با او منعقد شده دانست و در مورد تهاتر به نظر می‌رسد در حقوق ایران بین دیون تضامنی و طلب بدهکار از طلبکار جز به مقدار حصه او تهاتر واقع نمی‌شود.
- ۱۰- در مورد آثار ناشی از نمایندگی متقابل اصولاً به دلیل عدم پذیرش این نظریه در حقوق ایران، اثر هر اقدام از طرف یکی از متضامنین باید جداگانه بررسی شود و بدهکاران نماینده یکدیگر تلقی نمی‌شوند.

منابع

- آروود، فیلیپ؛ مطالعه تطبیقی عقد ضمان، سویت و مکسول، لندن، ۱۹۹۵.
- امامی، سیدحسین؛ حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۴.
- انصاری، شیخ مرتضی؛ المکاسب، چاپ سنگی، بی‌تا.
- انورالسلطان، ؛ احکام الالتزام، دار النهضة العربية، بیروت، لبنان، ۱۹۷۴.
- اوالسعود، رمضان؛ احکام الالتزام، الدار الجامعية، بیروت، لبنان، ۱۹۹۴.
- بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهية، چاپ دوم، نجف، ۱۳۹۱.
- پلانیول ورییر؛ حقوق مدنی، ترجمه انگلیسی بوسیله مؤسسه حقوق دولتی لویزیانا، ۱۹۵۹.
- تریتل، جی اچ؛ حقوق قرارداد، سویت و مکسول، چاپ نهم، ۱۹۹۵.
- جمال، مصطفی؛ احکام الالتزام، الدار الجامعية، ۱۹۸۹.
- جنیدی، لعیا؛ تضامن - اوصاف و آثار آن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.

- حر عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث العربی، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۲.
- حسینی سیستانی، سیدعلی؛ منهاج الصالحین، چاپخانه مهر، چاپ پنجم، قم، ۱۴۱۷.
- حیدر، علی؛ در الاحکام،
- چیتی، ژوزف؛ قراردادها، انتشارات سویت و مکسول، چاپ بیست و ششم، ۱۹۸۳.
- حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۹.
- حلی، حسن بن علی (علامه)؛ تذکرة الفقهاء، چاپ سنگی.
- حنبلی، ابن قدامه؛ مغنی، دارالکتب العربی، بیروت.
- خمینی، سیدروح الله؛ کتاب البیع، مطبعة الآداب، چاپ اول، ۱۳۹۱.
- خوانساری، شیخ موسی؛ منیة الطالب، چاپ سنگی.
- خوئی، سیدابوالقاسم، مبانی عروة الوثقی. چاپ اول، قم، ۱۴۰۹.
- سرخسی، شمس الدین؛ المبسوط،
- سهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسیط، دار احیاء و التراث العربی، ۱۹۵۸.
- سیملر، فیلیپ؛ حقوق مدنی - تعهدات، انتشارات والوز، چاپ ششم، پاریس، ۱۹۹۶.
- شاهین، اسماعیل عبدالنبی؛ احکام الالتزام المدینین بلادین، انتشارات خولی قتیبه، کویت.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین؛ اصول فلسفه و روش رئالیسم، مؤسسه نشر اسلامی، (۳ جلد در یک مجلد).
- طباطبائی، سیدمحمد کاظم؛ العروة الوثقی، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۲.
- طباطبائی، سیدمحمد کاظم؛ حاشیه بر مکاسب، چاپ سنگی، بی تا.
- عدل، مصطفی (منصور السلطنه)؛ حقوق مدنی، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۲.
- العدوی، جلال علی؛ احکام الالتزام، الدار الجامعیة، بیروت، لبنان، ۱۹۹۲.
- فخرالمحققین، ؛ ایضاح الفوائد؛ مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، قم، ۱۳۸۱.
- فیض کاشانی، ملامحسن؛ مفاتیح الشرائع، مجمع الذخائر الاسلامیه، قم، ۱۴۰۱.

- کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات، مؤسسه نشر یلدا، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۴.
- گیلین، رایموند؛ ترمینولوژی حقوق، انتشارات دالوز، پاریس، ۱۹۹۵.
- لاوسون، ؛ مقدمه‌ای بر حقوق فرانسه، انتشارات دانشگاه آکسفورد، چاپ سوم، لندن، ۱۹۹۴.
- لژیر، ژرارد؛ حقوق مدنی - تعهدات، دالوز، پاریس، ۱۹۹۶.
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه بخش مدنی (۲)، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۴.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ نگرشی جدید بر ضمان عقدی و احکام آن، مجله قضائی و حقوق دادگستری، شماره ۴، تابستان، ۱۳۷۷.
- نجفی، شیخ محمدحسن؛ جواهرالکلام، دازاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت.
- نوری، میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، بیروت، ۱۴۱۱.
- ورو، اوبری؛ حقوق مدنی فرانسه، ترجمه انگلیسی مؤسسه حقوق دولتی لویزیانا، چاپ ششم، ۱۹۹۵.