

شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش سوم)

مرتضی محمدحسینی طرقی^۱

اشاره:

معمولاً اشخاص برای استفاده از امکانات و رفع نیازهای خود با بستن قراردادهایی با چهره مدنی، گاهی متعهد و گاهی متعهدله واقع می‌شوند. اما، در این اثناء، همواره برای متعهدله این نگرانی وجود دارد که چه شرایطی را در قرارداد پیش‌بینی کند تا اگر متعهد به تعهدات خود عمل نکرد یا به تنهایی قادر به پرداخت دین نبود، سهل و آسان بتواند مطالبات خود را علاوه بر مدیون اصلی، از دیگران هم مطالبه و به حیطة وصول درآورد؟

اگرچه عقد ضمان قالب مناسبی برای ایجاد چنین تعهدات و تضمیناتی به شمار می‌رود و متعهدله با این وسیله می‌تواند هنگام بستن قرارداد و ایجاد تعهد، راهکار پرفایده‌ای را برای نیل به اهداف خود برگزیند؛ ولی، در این راستا توجه داریم که برای تحقق امر مزبور، قانون مدنی (ضمان عقدی)، تنها ضمان نقل ذمه به ذمه را پیش‌بینی کرده است و این کافی و وافی به مقصود نیست. (هرچند راه را بر ضمان تضامنی هم بسته است).

بنابراین، ناگزیر باید به قوانین و مقررات و تأسیسات حقوقی دیگر از جمله باب ضمانت مندرج در قانون تجارت و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مراجعه کنیم و در کنار

ضمان نقل، از ضمان ضم، یعنی ضمان تضامنی هم بهره‌مند شویم. بدین ترتیب و از آنجا که ایجاد مسئولیت تضامنی طریق مهمی است که قانون‌گذار برای رعایت حقوق اشخاص، رفع برخی از مشکلات مردم و تضمین انجام تعهد و جبران خسارت اندیشیده است، ابزاری که با تشریفات مختصر، می‌تواند امنیت فراوانی را در روابط حقوقی و مالی طرفین پیمان، بویژه متعهدله ایجاد کند، مناسب دیدیم، شیوه‌ای را برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی ارائه دهیم که کمتر موارد توجه قرار گرفته است.

در بحث پیرامون این نوشتار و اهداف موردنظر، در فصل نخست به «مفاهیم و کلیات عقد ضمان» پرداختیم، اینک فصل دوم و ادامه بحث.

واژگان کلیدی: ضمان، ضمانت، نقل ذمه، ضم ذمه، تضامنی، ضامن، مضمون‌له، مضمون‌عنه، دین، تعهد.

فصل دوم - ضمان در فقه، ماهیت و ویژگی‌های آن

بخش نخست - ضمان در فقه

مبحث نخست - فقه امامیه

در مورد ضمان عقدی، قانون مدنی ما، مانند دیگر فصول این قانون، بیشتر از فقه امامیه و نظرات مشهور فقهای آن پیروی کرده، در نتیجه ضروری است، ابتدا این پیمان را در فقه شیعه، مورد بررسی قرار دهیم که ضمان نقل ذمه به ذمه را پذیرفته است؛ از طرفی در فقه اهل سنت و برخی از قراردادهای و مقررات ما، ضمانت تضامنی به چشم می‌خورد. بدین ترتیب مناسب است اشاراتی هم به نظرات فقیهان اهل سنت راجع به این گونه ضمانت داشته باشیم. به بیان دیگر، همان‌طور که می‌دانیم، مبنای اولیه در ضمان، معمولاً دین است، مثل اینکه: شخصی به دیگری بدهکار است و شخص ثالث، بدهی مدیون را به عهده می‌گیرد. مع‌ذلک، در خصوص اینکه ضمان نقل ذمه به ذمه یا ضم ذمه به ذمه است، بین علمای امامیه و اهل سنت در این رابطه، نظر یکسانی نیست، و در حالی که فقهای امامیه و قانون مدنی، ضمان نقل را به عنوان اصل پذیرفته‌اند، علمای عامه (و در پاره‌ای موارد، قانون تجارت و غیره) ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌دانند و یا آن را پیش‌بینی کرده‌اند. برای آشنایی بیشتر، این مبحث را به فقه امامیه اختصاص داده‌ایم و در مبحث بعدی، از فقه اهل

سنت سخن می‌گوییم.

در فصل گذشته و در آنجا که از مفهوم ضمان بحث نمودیم، با مفهوم لغوی و فقهی این واژه در فقه امامیه آشنا شدیم و در ادامه، از منابع فقهی آن یعنی قرآن و خصوصاً احادیث اسم بردیم. در اینجا تلاش خواهیم کرد، تا در کنار و ادامه بحث مزبور، به نظریه برخی از فقها راجع به ضمان و عقد ضمان، بیشتر و مشروح‌تر آشنا شویم و سپس بعضی از دلایل آنان را در خصوص ضمان نقل ذمه به ذمه و یا احياناً ضم ذمه به ذمه، بیان نماییم.

حضرت امام خمینی (ره) در مورد ضمان گفته‌اند: «ضمان» متعهد شدن به مالی است که در ذمه شخصی برای دیگری ثابت است و آن عقدی است که احتیاج دارد به ایجاب از ضامن، ... و به قبول از کسی که طلبکار است و برایش ضمانت شده... و رضایت «مضمون عنه» در آن معتبر نیست.^۱ این تعریف، شبیه تعریف قانون مدنی در ماده ۶۸۴ و حکم ماده بعدی آن است.

مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی معتقد است: و اطلاق بالمعنی الاخص و هو التعهد بالمال عیناً أو منفعة أو عملاً و هو المقصود. به معنی اعم... التعهد بالمال أو النفس^۲ و محقق حلی (ره) در این باره می‌نویسد: و هو عقد شرع للتعهد بمال او نفس^۳ (ضمان عقدی است که به منظور تعهد نسبت به مال یا نفس تشریح گردیده است). بنابراین، تعریف مزبور شامل حواله و کفالت هم می‌شود و توجه داریم، بحثی که ما از ضمان می‌کنیم، ضمانی است که منظور از آن تعهد در خصوص مال به نفع طلبکار است، نه معنای عام ضمان که ممکن است عقود دیگر را هم شامل شود.

کلام شهید ثانی راجع به ضمان صراحت دارد که: و المراد به الضمان بالمعنی الاخص قسیم الحواله والكفاله، لا الأعم الشامل لهما (و هو التعهد بالمال) أي الالتزام به، (من البرئ)

۱. حضرت امام خمینی (قدس سره)، ترجمه تحریرالوسیله، ج ۳، مترجم علی اسلامی، چاپخانه دفتر انتشارات اسلامی، ص ۴۳.

۲. العلامة الفقیه السید محمد کاظم طباطبایی یزدی، العروة الوثقی، الناشر: دارالکتب الاسلامیه، محرّم ۱۳۸۸، کتاب الضمان، ص ۶۰۴.

۳. المحقق الحلی، شرائع الاسلام، همان، ص ۳۵۵.

من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه.^۱

از علمای معاصر مرحوم آیت‌الله العظمی شیخ محمد فاضل لنکرانی، می‌نویسند: ضمانت شرعی با آنچه امروزه عرفاً رایج است تفاوت می‌کند، در ضمانت شرعی کل بدهی برعهده ضامن قرار می‌گیرد و طلبکار حق رجوع به بدهکار اولیه خود را ندارد، اما در ضمانت عرفی رایج، ضامن در طول بدهکار اولیه قرار می‌گیرد یعنی اگر بدهکار اولیه بدهی خود را نپرداخت ضامن طبق تعهد خود عمل می‌کند...^۲

حتی آن مرحوم، به این سؤال که: اگر ضامن در ضمن ضمانت شرط کند که ذمه مضمون عنه هم مشغول باشد و یا مضمون عنه هم مسئولیت پرداخت داشته باشد، آیا صحیح است؟ جواب می‌دهند که: شرط مزبور صحیح نیست. ولی اگر ضامن با اذن مضمون عنه ضمانت کرده، بعد از ادا می‌تواند به او رجوع کند.^۳

از تعریف و توضیح نظرات یاد شده استفاده می‌شود که فقیهان امامیه معمولاً ضمان را به معنای تعهد و مسئولیت می‌دانند. ولی، آثار آن را انتقال ذمه از عهده بدهکار به عهده بستانکار و بری الذمه شدن مدیون اصلی تلقی می‌کنند، یعنی در اینجا محور، نقل ذمه به ذمه است.

از جمله مدارک نظریه نقل ذمه به ذمه، عمدتاً دوروایتی است که (در فصل گذشته از آنها نام بردیم و) مطابق آنها پیامبر (ص) از نمازگزاردن بر میت مدیون امتناع کردند و با ضمانت حضرت علی (ع) یا دیگری به نماز ایستادند و بر آن نماز خواندند. راجع به روایات باب ضمان و میزان دلالت این دو روایت، بحث‌های فراوانی صورت گرفته، ولی بررسی بیشتر آنها، از حوصله این نوشته خارج است.^۴ مع ذلک، در مورد روایت ابوسعید خدری و

۱. الشهید الثانی، همان، ص ۳۹۲.

۲. حضرت آیت‌الله العظمی آقای حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی، رساله توضیح المسائل، ناشر: انتشارات هاتف مشهد، نوبت سیزدهم، ص ۳۵۰.

۳. همان. جامع المسائل، استفتات، چ مهر، ج اول، پاییز ۱۳۷۵، ص ۳۳۰.

۴. ر.ک: موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان منابع، روایات باب ضمان، سیدمصطفی محقق داماد، همان، ص ۱۱۹ به بعد، شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، همان، شیخ طوسی، الخلاف فی الفقه، همان.

جابر بن عبدالله (که قبلاً نص آن را ذکر کرده‌ایم)، در اینجا مناسب است به دو نکته توجه نماییم، نخست اینکه مفهوم این دو حدیث، به یکدیگر شبیه است، با این تفاوت که در یک روایت از حضرت علی (ع) و در دیگری، از ابوقتاده، به عنوان ضامن اسم برده شده است، دوم و مهم‌تر اینکه، چون طبق دو حدیث مذکور، بدهکار اصلی فوت نموده و دیگر وجود نداشته است، ناگزیر تعهد پرداخت بدهی به عهده ضامن قرار گرفته و نقل ذمه، تحقق پذیرفته است. بنابراین، به جرأت نمی‌توانیم بگوییم که احادیث مزبور دلالت بر اقتضای ضمان به انتقال ذمه دارد. هرچند به این ایراد می‌توان پاسخ داد و استدلال نمود که روایات یاد شده، تنها دلالت بر نقل ذمه به ذمه دارد، زیرا، میت دیگر وجود ندارد و یا در زمان حیات، اذن در پرداخت هم نداده تا مثلاً ضامن یا مضمون له برای دریافت طلب خود به او یا قائم‌مقامش رجوع نماید. لذا به ناچار نظریه نقل ذمه به ذمه مطرح شده و تعمیم و سرایت آن از این جهت به ضمان تضامنی، به دلیل نیاز دارد.

در هر حال به نظر نمی‌رسد بتوان احادیث یاد شده را دلیل مقتضای ذات ضمان یا تنها اثر مترتب بر آن دانست. اما، بدون تردید، دلالت بر انتقال ضمان دارند. به علاوه، پیروان این نظریه دلایل دیگری نیز ارائه نموده‌اند که برای نمونه می‌توان به دلیل عقلی، لغوی و ارفاقی بودن ضمان نقل اشاره کرد.

در مورد دلیل عقلی، گفته شده: اگر با انعقاد ضمان، بدهی بدهکار به عهده ضامن منتقل نشود و ملتزم به بری الذمه بودن بدهکار نشویم، امری محال و غیرمعقول تحقق خواهد یافت. زیرا اشتغال ذمه و مدیون بودن بدهکار اصلی و ضامن موجب می‌شود یک شیء در آن واحد در دو مکان باشد. محال بودن وقوع یک شیء در آن واحد در دو مکان از بدیهیات است و هرچیزی که مستلزم چنین امر محالی باشد نیز غیرمعقول و مستحیل است...^۱ به بیان دیگر: یکی از دلایل مهم پیروان نظریه «نقل ذمه» این است که نمی‌توان برای تمام یک دین در یک زمان دو ذمه را مشغول دانست. طلب و دین دو چهره یک حقیقت است که به اعتبار جنبه مثبت آن «طلب» و به اعتبار جنبه منفی و انفعالی آن

۱. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، همان، عقد ضمان، ص ۴۹.

«دین» نامیده می‌شود. پس چگونه ممکن است در برابر یک طلب چند دین وجود داشته باشد؟ در ضمان نیز اگر قرار شود که مدیون اصلی و ضامن در برابر طلبکار مدیون باشند و او بتواند به هر کدام بخواهد برای تمام طلب خود رجوع کند، معنی این اختیار ایجاد دو اشتغال ذمه در برابر یک طلب است. بنابراین، در برابر طلبکار، یا باید ذمه ضامن مشغول باشد یا ذمه مضمون عنه و، اگر بخواهیم عقد ضمان منشاء اثری باشد، از این رو ناچار باید ذمه مضمون عنه از بین برود.^۱ اما به این ایراد می‌توان پاسخ داد و گفت که در ضمان ایادی متعاقبه مانند غضب و یا احکام تکلیفی مانند واجب کفایی، این قبیل مسئولیت‌ها دیده می‌شود و کسی به آنها اشکال وارد نمی‌کند و آنها را محال و غیرعقلی نمی‌داند. به علاوه، اگر مفهوم دین را از التزام به پرداخت جدا نماییم، ضامن در مسئولیت تضامنی، مدیون نیست. بلکه او مسئول پرداخت دین به شمار می‌رود.^۲

دلیل دیگری که برای برتری ضمان نقل ذمه دیده می‌شود، دلیل لغوی است. با این توضیح که فقهای شیعه، برخلاف علمای اهل سنت، لغت ضمان را به دلیل «ن» اصلی^۳ و در تمام اشتقاقات آن، مشتق از «ضمن» دانسته‌اند، نه ضم تا مفید انضمام ذمه باشد، این عقیده که ظاهراً از نظر علم لغت درست‌تر است، از لحاظ علم حقوق نمی‌تواند تعیین کننده باشد.^۴ زیرا، اگر بین معنای لغوی و عرفی اختلاف باشد، معنای عرفی، اولویت خواهد داشت. به هر حال، اگر این دلیل را بپذیریم و ضمان را از نوع نقل بدانیم، بر این اساس، یک دین وجود دارد که بر ذمه بدهکار مستقر بوده و پس از انتقال آن به ذمه ضامن، بدهکار اصلی رها می‌شود و دیگر مسئولیتی نخواهد داشت.

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی: عقود اذنی، وثیقه‌های دین*، همان، ص ۲۳۷.

۲. برای ملاحظه منابع نظریه مزبور و پاسخ به این اشکال، ر.ک: کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۲۳۷ به بعد، آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۴۹ به بعد، سیدمصطفی محقق داماد، همان، ص ۱۲۷ به بعد.

۳. الشیخ محمدحسن النجفی، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۶، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۸۱، الطبعة السابعة، ص ۱۱۳.

۴. برخی ضم ذمه یا نقل ذمه را بی‌ارتباط با اشتقاق ضمان از (ضم) یا از (ضمن) دانسته‌اند مانند: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، *حقوق مدنی، رهن و صلح*، همان، ص ۲۰۵.

در بخش سوم این فصل که از ویژگی‌های ضمان بحث خواهد شد، از مسامحه‌ای بودن به عنوان یکی از اوصاف این پیمان اسم می‌بریم. زیرا معمولاً اعتقاد بر این است که هدف از بستن عقد ضمان (به طور مطلق)، عمدتاً یاری رساندن و رفع مشکل مدیون اصلی است و پس از وقوع ضمان، عدول ضامن از ضمانت موردی نخواهد داشت. یعنی، اگر بدهکار اصلی، خود توانایی پرداخت بدهی‌اش را داشته باشد و احتیاج به دستگیری و ایثار دیگران مطرح نگردد، ضامن نیاز نمی‌بیند که به منظور ارفاق و کمک به او، ضمانت کند.

تا آنجا که فقهای ما در ضمان رضایت مضمون عنه و علم ضامن را به دین او هم شرط نمی‌دانند.^۱ و شاید به این دلیل است که مقنن هم می‌گوید که: در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست (ماده ۶۸۵ قانون مدنی) و یا علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست... (ماده ۶۹۴ قانون مدنی) یا معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست. (ماده ۶۹۵ قانون مدنی) بدین ترتیب، می‌بینیم که ارفاقی بودن ضمان با انتقال دین متناسب‌تر است و در ضمان مطلق، دلیلی باقی نمی‌ماند که پس از ضمان باز هم مضمون عنه را مدیون یا مسئول پرداخت بدانیم و این سهل‌گیری و مسامحه با هدف ضامن که بدون قصد کسب منفعت و سودجویی و با قصد کمک صورت گرفته است، نشان از انتقال ذمه به عهده او دارد، نه اینکه باز هم بستانکار بتواند به مدیون اصلی مراجعه کند و طلب را از او هم بخواهد.

هرچند در ضمان مطلق، دلائل و اشکالات طرفداران ضمان نقل ذمه نسبت به ضمان تضامنی، از توجیحات مناسب و منطقی برخوردار است. اما، ضمان به نحو مزبور مانع نمی‌شود، ما ضمان تضامنی که براساس شرط و اراده طرفین عقد یا عرف و قانون به وجود آمده است را هم صحیح بدانیم. بدین ترتیب به برخی از اشکالات طرفداران نقل ذمه به این قبیل ضمانت تضامنی می‌توان پاسخ گفت. زیرا: ۱ - پیروان ضمانت تضامنی معتقد نیستند که طلبکار می‌تواند از همه متعهدان، یعنی متعهد اصلی و ضامن یا ضامنین، همه طلب را دریافت کند. بلکه هر یک از ذمه‌ها بدل ذمه‌های دیگر هم هست. بدین ترتیب، هرگاه به

۱. امام خمینی (ره)، همان، محقق حلی، همان، ص ۳۵۶ و ۳۵۸، شهید ثانی، همان، ص ۴۶۳.

عنوان مثال: متعهد و ضامنین ۵ نفر باشند و یکی از آنها نصف کل طلب بستانکار را پرداخت نمود، هر ۵ نفر معادل یک دوم کل طلب بری می‌شوند یا چنانچه دو نفر از آنان ۹۰٪ طلب را پرداخت کنند همه تنها معادل ۱۰٪ دین مسئول می‌باشند. به علاوه، همان‌گونه که قبلاً نیز اشاره شد، در ضمانت تضامنی، اگرچه بستانکار یا متعهدله می‌تواند به ضامن و متعهد اصلی مراجعه و طلب خود را از آنان بخواهد و دریافت کند. ولی، این دلیل نمی‌شود که هر دو کاملاً مدیون تلقی گردند. چون ممکن است کسی مدیون و دیگری در حالی که مدیون نیست، مسئولیت پرداخت دین دیگری را به عهده بگیرد. بنابراین، هرچند دین یکی است. اما، یکی مدیون آن دین است و دیگری بدون اینکه مدیون واقعی باشد، مسئولیت پرداخت همان دین را قبول کرده است. ۲ - طرفداران نظریه انتقال ذمه در مواردی ضمانت تضامنی را پذیرفته‌اند. مثل اینکه اگر مالی ربوده شود و همان مال را دیگری سرقت یا غصب کند و این مال به دیگری منتقل گردد، در چنین حالتی همه کسانی که مال مزبور در اختیارشان قرار گرفته، مسئول و ضامن شناخته می‌شوند (مانند مورد ماده ۳۱۶ به بعد قانون مدنی). البته، حکم مندرج در این مثال را قانون مشروع و مقرر نموده است. ولی، ما با آوردن این نمونه در شرع و خصوصاً قانون می‌خواهیم بگوییم، موارد فراوانی پیدا می‌شود که ضمانت تضامنی در حقوق ما ایجاد پذیرفته شده است و از این لحاظ موضوع به بحث ما نزدیک می‌شود. مع‌ذلک، موضوع اصلی نوشتار ما ایجاد ضمانت تضامنی است که با اراده طرفین، به وجود می‌آید، نه به حکم قانون؛ در این راستا بعضی از فقهای امامیه، در موضوعاتی، مانند ضمان اعیان مضمونه یا ایادی غاصبه مترتبه، معتقد به ضم ذمه به ذمه شده و این نوع از ضمان را به مقتضای عمومات و اطلاقات، صحیح به شمار آورده‌اند.^۱ از این گذشته، ۳ - از کلام برخی از فقیهان ما استنباط می‌شود که بر اثر تراضی و اراده طرفین و براساس عمومات و قواعد عامه، می‌توان حکم به صحت این قسم از ضمان نمود و این نوع ضمانت را هرچند ضمان اصطلاحی در فقه ما نیست. اما، به عنوان یک نوع ضمان، عقد مستقل غیرمعین یا شرط

ضمن عقد ایجاد کرد. (یعنی، آن گونه که ماده ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت پیش‌بینی نموده یا از قانون مدنی مستفاد می‌گردد)، در این خصوص کلام مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی در مورد ضمان تضامنی جالب است. ایشان می‌نویسد: اذا تحقق الضمان الجماع للشرايط انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن و تبرء ذمة المضمون عنه بالاجماع و النصوص خلافاً للجمهور حيث ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة و ظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو و يمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات» (هرگاه ضمان که جامع شرایط صحت است تحقق پیدا کرد، حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و او تبرئه می‌شود به دلیل اجماع و نصوص، (و روایاتی که در این باب آمده است)، برخلاف نظر عامه و اهل سنت که از نظر آنان، ضمان ضم ذمه به ذمه است و ظاهر کلمات علمای شیعه این است که چنین ضمانی صحیح نمی‌باشد، حتی اگر در عقد تصریح به این موضوع شود، ممکن است برحسب قواعد عامه و عمومات حکم به صحت این نوع ضمانت نمود). بدین ترتیب، ملاحظه می‌کنیم که به عنوان ضمانت اصطلاحی، در فقه ما، ضمان تضامنی پذیرفته نشده است. ولی، این قسم ضمان را به عنوان عقد مستقل (غیرمعتین) و یا شرایط ضمن عقد می‌توان ایجاد نمود. زیرا، در شرع مقدس و فقه ما و بالتبع قانون مدنی، اطلاق عقد ضمان، محمول بر ضمان نقل ذمه به ذمه است. ولی، اراده و تراضی دو طرف قادر است از این اطلاق صرف نظر نماید و ضمان را به صورت طولی یا عرضی درآورد.

مبحث دوم - فقه اهل سنت

در فصل گذشته اشاره کردیم که فقهای اهل سنت معمولاً اعتقاد دارند، «ضمان» در لغت، مشتق از ضم است؛ (واشتقاقه من الضم) در نتیجه حرف «ن» جزء حروف اصلی این کلمه نبوده، بلکه اضافی است. یعنی واژه ضمان، از «ضمن» نیست و بدین ترتیب، ضمان هم ضم ذمه به ذمه است (نه نقل آن).

به این استدلال و نقد آن در خلال مباحث قبلی به طور مختصر پرداختیم؛ در هر حال فقهای عامه مسئولیت تضامنی را صراحتاً پذیرفته‌اند و مراد از تضامن که در فقه، خصوصاً فقه اهل سنت از آن به ضم ذمه به ذمه اسم برده شده همان گونه که می‌دانیم، آن است که به موجب عقد ضمان، بستانکار می‌تواند طلب خود را علاوه بر مدیون اصلی، یعنی مضمون عنه، از ضامن هم مطالبه کند. به بیان دیگر، در ضمان مزبور، دو یا چند نفر تعهد پرداخت دین واحد را به عهده می‌گیرند.

فقهای عامه در مورد ضمان گفته‌اند: الضمان ضمن ذمة الضامن الی ذمة المضمون عنه فی التزام الحق فیثبت فی ذمتها جمیعاً و لصاحب الحق مطالبه من شاء منهما ...^۱ که در این تعریف به روشنی ضمان تضامنی مشهود است و یا: ضمان در لغت به معنی التزام و در اصطلاح فقهی، عقدی است که به وسیله آن حقی که بر ذمه دیگری ثابت است، گردن گیر ثالثی نیز بشود، بدون اینکه مطالبه دائن از مدیون اصلی ساقط گردد...^۲ قسمت نخست تعریف اخیر، شبیه تعریف فقهای امامیه است، ولی قسمت بعدی آن تضامنی بودن ضمان را مقرر می‌کند، به علاوه، در تعریف، فرق مختلف اهل سنت از عقد ضمان با اندک اختلاف، همین مفهوم از عقد ضمان، یعنی ضم ذمه به ذمه به چشم می‌خورد.^۳

فقهای عامه نیز برای اصل در مشروعیت ضمان، به قرآن مجید (و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم)^۴، اجماع و احادیث مانند: حدیث نبوی - الزعیم غارم (ضامن تاوان دهنده است) و... انی برجل لیصلی علیه فقال «هل علیه دین؟» قالوا نعم دیناران قال «هل ترک لهما وفاء» قالوا: لا (روایت ابوداود و ترمذی)^۵، یعنی کتاب و سنت و اجماع، استناد نموده‌اند. با وجود مشابهت‌هایی که بین فقهای امامیه و اهل سنت راجع به عقد ضمان وجود

۱. ابن قدامه، همان.

۲. سیدمحمد شیخ‌الاسلام، همان، ص ۱۴۶.

۳. ر.ک: همان، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

۴. سوره یوسف، قرآن مجید، آیه ۷۲.

۵. ر.ک: ابن قدامه، همان، صص ۷۰ و ۷۱ و ۸۵، سیدمحمد شیخ‌الاسلام، همان، صص ۱۴۷ و ۱۴۸.

دارد. اما، قطع نظر از انتقال یا انضمام ضمان، تفاوت دیگری که بین آنان دیده می‌شود، در برائت ذمه است. با این توضیح که به عقیده علمای عامه، برائت ذمه مدیون اصلی، مستلزم برائت ضامن هم می‌باشد.^۱ ولی، بنابر قول مشهور در میان امامیه، اگر بعد از ضمان طلبکار، مضمون عنه را بری‌الذمه کند، ضامن بری‌الذمه نمی‌شود.^۲ بدین ترتیب، ماده ۷۰۷ قانون مدنی هم به تبعیت از این عقیده صراحت دارد که: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود، مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.

هنگام بحث از مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت که به عنوان شیوه‌ای برای ایجاد ضمان تضامنی در حقوق مدنی ما، از آنها اسم بردیم، ضمان تضامنی را به دو صورت طولی و عرضی تقسیم کردیم. در بررسی آثار ضمان ضم ذمه به ذمه، به نحوی این دو قسم ضمان هم مطرح می‌شود، به طوری که گفته شد: برخی از اهل تسنن نیز گرچه حقیقت ضمان را ضم ذمه به ذمه مضمون عنه می‌دانند، در آثار ناشی از ضمان معتقدند که حق مراجعه بستانکار به ضامن و مطالبه و وصول طلبش از شخص اخیر به موجب ضمان مشروط می‌باشد. به عبارت دیگر، تعهد ضامن به پرداخت طلب مضمون له و یا مدیون گردیدن ضامن به وی در طول تعهد و مدیونیت مضمون است و مضمون له فقط در صورت عدم وصول طلب خود از مضمون عنه به دلیل افلاس، ممانعه، غیبت و امتناع، حق رجوع به ضامن را خواهد داشت. این حق به صورت مطلق نمی‌باشد.^۳

به دلایل طرفداران نظریه ضم ذمه به ذمه و نیز ایرادات و اشکالاتی که به آن وارد شده است، در اثنای مبحث نخست، اشاره شد و برخی از ادله هواداران انتقال ذمه، در واقع نقد

۱. همان، ص ۱۴۹.

۲. المحقق الحلّی، همان، ص ۳۵۶.

۳. موسوی بجنوردی، آیت‌الله سیدمحمد، عقد ضمان، همان، ص ۵۷، به نقل از سیواسی. شرح فتح القدر، ج ۵، ص ۴۰۳؛ مرغینانی، هدایه؛ هامش، فتح القدر، ج ۵، ص ۴۰۳؛ عبدالرحمن جزیری، الفقه علی مذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۲۲۳؛ محمد بن محمود بابرانی، شرح عنایه؛ حاشیه شرح فتح القدر، ج ۵، ص ۴۰۳.

ادله نظریه تضامنی تلقی می‌شود. بنابراین، در اینجا با ذکر یکی دینگر از ایرادات مطرح شده به نظریه ضم ذمه، به تدریج این بحث را هم به پایان می‌بریم:

علمای عامه می‌گویند: بناء عقلاً در عقد ضمان، ایجاد وثیقه برای دین مضمون عنه است و هیچ یک از ضامن و مضمون له عقلاً و عرفاً از عقد ضمان، قصد ابراء ذمه مدیون اصلی را ندارند، مضمون له از این عقد می‌خواهد تحصیل وثیقه‌ای برای دین، علاوه بر دارایی مدیون اصلی کند، نه آنکه ذمه او را بری نماید. ضامن نیز با عقد ضمان می‌خواهد، موجب اطمینان خاطر طلبکار گردد. نه آنکه خود را مستقیماً بدهکار نماید. ضامن از اعتبارش در پیش طلبکار برای آسودگی خیال او در وصول طلبش استفاده می‌کند. به نظر می‌رسد این استدلال مخدوش است. زیرا به فرض آنکه عقد ضمان را نوعی تحصیل وثیقه و تأمین بدانیم با انتقال ذمه نیز این منظور حاصل می‌گردد چون معمولاً ضمانت کسی پذیرفته می‌شود که ملاتت و اعتبار بیشتری از مضمون عنه داشته باشد و تفاوت ملاتت و اعتبار ضامن و مضمون عنه خود نوعی وثیقه و تأمین است که با عقد ضمان حاصل می‌گردد.^۱

بدین ترتیب و با نگاهی گذرا به این دو مبحث می‌بینیم، اگر در فقه امامیه ضمان بیشتر رنگ ارفاق و کمک به بدهکار اصلی (مضمون عنه) به وسیله ضامن و در نهایت انتقال ذمه دارد، مشهور در فقه اهل سنت (و خصوصاً حقوق کشورهای اروپایی)، صبغه سودجویی، درخواست وثیقه و کمک به بستانکار است تا او با اطمینان از وصول طلب، کسب وثیقه بجز اعتبار مدیون اصلی، با خاطری آسوده پیمان ضمان تضامنی را منعقد نماید و عندالاقضاء، طلبکار بتواند برای تمام یا قسمتی از مطالبات خود به هر یک از مضمون عنه یا ضامن که بخواهد، مراجعه نماید.

بنابراین، به این نظریه نزدیک می‌شویم که گفته‌اند: در حقوق اسلام نصی که تعریف کلی از عقد ضمان کرده و راجع به نقل ذمه یا ضم ذمه به عنوان یک عنصر کلی عقد

ضمان بحث کرده باشد، دیده نمی‌شود، مسائلی اتفاق افتاده است و در خصوص هر مسأله‌ای آیه‌ای یا حدیثی از آن مسأله بازگویی کرده و این مآخذ دلالت قاطع بر اینکه نقل ذمه به ذمه از عناصر هرگونه عقد ضمان است ندارد...^۱.

بخش دوم - ماهیت ضمان

ماهیت عقد ضمان و تأثیر آن بر روابط اطرافیان این پیمان، بحث‌های فراوانی را در فقه و حقوق ما به خود اختصاص داده است. زیرا، عده‌ای ضمان را نقل ذمه به ذمه و برخی در عین اینکه ضمان را مبتنی بر نقل دین و ذمه می‌دانند، اما، ایجاد ضمان تضامنی را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی، بدون اشکال تلقی می‌کنند و در کنار این عقیده، برای رفع ایرادات و موانع احتمالی ایجاد قراردادهای خصوصی مدنی، در قانون تجارت موادی (مثل ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت)، به ضمان ضم ذمه به ذمه اختصاص یافته است.

مبنای نخست ضمان، معمولاً در مورد دین است، به این نحو که کسی به دیگری مدیون است و شخص ثالثی این دین را به عهده می‌گیرد. از جهت اینکه ضمان از نوع «نقل ذمه به ذمه» یا «ضم ذمه به ذمه» باشد، دیدیم که بین علمای امامیه و اهل سنت، اتحاد نظر وجود ندارد. فقهای شیعه ضمان را نقل ذمه تلقی می‌کنند و قانون مدنی ایران نیز از همین شیوه پیروی نموده است. مع‌ذلک، علمای سنی، ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌دانند و برخی از مواد قانون تجارت و مقررات دیگر هم این رویه را پذیرفته‌اند که در خلال بحث‌های گذشته، با این نظرات آشنا شدیم.

بدین ترتیب و با ملاحظه منابع ضمان نزد فقها و اخیراً حقوق‌دانان می‌بینیم که راجع به ماهیت ضمان، دو تئوری به وجود آمده است، نظریه نخست که مورد قبول و تأیید فقهای شیعه است، آن را نقل ذمه به ذمه یا وسیله برائت ذمه مدیون اصلی می‌دانند و نظریه دوم

۱. برای مطالعه این بحث جالب و استنباطات مختلف از احادیث مورد اتفاق مسلمین، ر.ک: جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، حقوق مدنی رهن و صلح، همان، ص ۲۰۱ به بعد.

که نزد فقهای عامه و اروپایی پذیرفته شده، نوعی تضمین وثیقه برای دین است و هواداران این عقیده در کنار مضمون عنه، ضامن را نیز مسئول می‌دانند. بنابراین براساس نحوه تصور و برداشت از منابع، یک دسته اقتضای عقد را نقل ذمه به ذمه دانسته و گروهی آن را مفید ضم ذمه به ذمه می‌دانند. اما همان‌گونه که برخی از اساتید گفته‌اند: در اینکه ضمانت به سقوط دین مدیون و انتقال آن به ذمه ضامن انجامد یا موجب شود که ضامن و مدیون اصلی، به ترتیب یا در کنار هم، مسئول پرداخت دین شوند، ذات عقد هیچ اقتضای خاصی ندارد و تابع قصد مشترک طرفین است.^۱ به بیان روشن‌تر در حالتی که دین واحد است، قبل و بعد از تحقق ضمان، واقعاً همان یک دین است که ابتدا بر عهده مدیون اصلی قرار داشته و سپس دیگری از او ضمانت کرده است، منتها گروهی این عمل را نقل ذمه و دیگری ضم ذمه می‌دانند و ثمره این نزاع آن است که برای یک دین، با یک عقیده تنها ضامن مسئول است و طبق اعتقاد دیگر، مسئولیت متعهد اصلی با عقد ضمان از بین نمی‌رود. بلکه کماکان وی نیز همانند ضامن متعهد و ملتزم به پرداخت دین می‌شود؛ بدون اینکه ضمان موجب تعدد دین گردد.

گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

می‌دانیم که مقتضای و ماهیت هر عقدی، چنان با آن عقد ملازم و عجین شده است که اگر از آن گرفته شود، جوهر و هدف اساسی عقد از میان می‌رود و برای عقد تهی شده، موضوعی باقی نمی‌ماند.

بنابراین، با انتقال یا ضم ذمه به ذمه، دین از میان نمی‌رود، منتها براساس هدف غایی طرفین عقد ضمان (قصد مشترک) مقرر می‌گردد متعهد پرداخت آن یا ضامن و یا ضامن و مضمون عنه با یکدیگر باشند. بدین ترتیب، اثر مطلوب عقد و مبنای اصلی توافق که بی‌تأثیر از عرف و عادت جامعه هم نیست، ماهیت ضمان را می‌آفریند و این چیزی نیست

که صراحتاً مخالف قانون باشد. مع ذلک، برای یافتن پاسخ این پرسش که آیا نقل ذمه به ذمه و یا ضم ذمه به ذمه مقتضای ذات ضمان است یا نه؟ مناسب است تاریخ حقوق اسلام را هم مرور نماییم. آنانی که این تاریخ را بررسی کرده‌اند، معتقدند: در حقوق اسلام نسی که تعریف کلی از عقد ضمان کرده و راجعه به نقل ذمه و یا ضم ذمه به عنوان یک عنصر کلی عقد ضمان بحث کرده باشد، دیده نمی‌شود، مسائلی اتفاق افتاده و در خصوص هر مسأله‌ای آیه‌ای یا حدیثی از آن مسأله بازگویی کرده است و این مأخذ، دلالت قاطع بر اینکه نقل ذمه به ذمه از عناصر هرگونه عقد ضمان است، ندارد بلکه اجمالاً عقد ضمان را به همان وضع که در عرف و عادت وجود دارد تأیید می‌کند... طرفداران ضم ذمه به ذمه توجه به همین عرف و عادت کرده و گفته‌اند: چیزی که بستانکار را به عقد ضمان وادار می‌کند این است که دامنه حق مطالبه خود را توسعه بدهد و به جای اینکه از یک نفر حق مطالبه داشته باشد از دو نفر حق مطالبه داشته باشد و این منظور که غالباً در عقد ضمان مورد علاقه و عنایت است جز به تضامن حاصل نمی‌شود...^۱ بدین ترتیب، استنباط و استنتاج می‌گردد که در حقوق ما، انتقال ذمه یا ضم ذمه، مقتضای ذات عقد ضمان نیست. بلکه قصد مشترک و اراده آزاد متعاقدين عقد و عرف و عادت می‌تواند اطلاق یا نقل ذمه به ذمه را بپذیرد و یا طرفین در قالب قرارداد خصوصی توافق نمایند که، مضمون له برای وصول دین خود نخست به مضمون عتہ مراجعه کند و اگر مطالبات او به دلایلی وصول نشد، آنگاه به ضامن رجوع نماید، و یا اینکه شرط کنند، ضامن و بدهکار اصلی با همدیگر و متضامناً مسئول پرداخت دین به طلبکار گردند؛ به نحوی که مضمون له قادر باشد برای تمام یا بخشی از طلب به هر یک از آنان که بخواهد مراجعه نماید. زیرا، در حقوق ما اطلاق، مفید نقل ذمه است. ولی چون انتقال دین، مقتضای ذات عقد ضمان نیست، طرفین عقد

می‌توانند با قصد و اراده مشترک و عرف و عادت جامعه، در قالب قرارداد خصوصی مدنی پیش بینی نمایند که طلبکار برای وصول مطالبات خود ابتدا به مضمون عنه مراجعه کند و چنانچه موفق به وصول طلب خویش نشد، به ضامن رجوع نماید و یا اینکه با توجه به ضمانت تضامنی عرضی که از طریق ماده ۴۰۳ قانون تجارت ایجاد می‌کند، ضامن و مضمون عنه در کنار یکدیگر مسئول پرداخت دین به طلبکار شوند.

در تأیید این نظریه یکی از علما و حقوقدانان معاصر نوشته‌اند: دخالت شارع در معاملات در حد حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال به باطل است نه آنکه مانع ضم ذمه یا نقل ذمه به ذمه شود. بدیهی است، بحث در اینکه اقتضای اطلاق ضمان نقل ذمه به ذمه است یا ضم ذمه به ذمه لازم است، ولی اظهار نظر مبنی بر اینکه اقتضای ذات ضمان، نقل یا ضم است و شرط خلاف آن خلاف مقتضای عقد و یا شرط خلاف سنت و کتاب است نمی‌تواند قابل قبول باشد، بلکه ضمان عقدی است که می‌تواند به اقتضای عرف وقوع یا به موجب شرط یا تبانی طرفین مفید ضم ذمه یا نقل ذمه به ذمه باشد.^۱

از آنچه تاکنون بیان گردید، نتیجه‌ای که گرفته می‌شود، این است که در واقع هیچ یک از نظریه‌های نقل ذمه یا ضم ذمه به ذمه برای بیان ماهیت و حقیقت ضمان کافی نیست. بلکه با توجه به مسائل مردم جامعه ما و عرف و عادت آنان، ماهیت این پیمان، بیرو اراده و قصد مشترک، تراضی و توافق طرفین عقد خواهد بود. یعنی، برای ذات ضمان، اقتضای خاصی را نمی‌توان تعیین کرد (نه انتقال ذمه و نه ضم ذمه به ذمه). بنابراین، اگر هدف نهایی متعاقدین به نحوی باشد که ضمانت به سقوط دین مدیون اصلی و انتقال دین به ذمه ضامن منجر شود، نقل ذمه صورت می‌گیرد. ولی، هرگاه طرفین مقرر کنند که ضامن و مدیون اصلی به نوبت یا با همدیگر مسئول پرداخت بدهی تلقی شوند. ضمان هم حسب مورد تضامنی طولی یا عرضی محسوب خواهد شد. فلذا، اگر ضمان به نحو مطلق و بدون

قید و شرط بسته شود، در حقوق ما ذمه مدیون اصلی بری و ذمه ضامن مشغول می‌گردد. ولی، چنانچه با اراده طرفین، ضامن و مضمون عنه در برابر بستانکار مسئولیت پیدا نمایند، ضمانت تضامنی حاصل می‌شود. به هر حال، در بحث بعدی که از اوصاف عقد ضمان، مانند لازم بودن، مسامحه‌ای بودن، تبعی بودن و عهدی بودن این پیمان سخن می‌گوییم، با ماهیت این عقد هم بیشتر آشنا می‌شویم.

ادامه دارد

