

شیوه‌ای برای ایجاد ضمانت تضامنی در حقوق مدنی (بخش پنجم و پایانی)

مرتضی محمدحسینی طرّقی^۱

آثار ضمان و زوال آن

بحث نخست - اثر ضمان بین ضامن و مضمون له

درست است که در قانون مدنی کشورمان، اثر ضمان مطلق، نقل ذمه است. اما، در طول سه فصل گذشته، ما علاوه بر این قسم از ضمان، ضمانت تضامنی طولی و عرضی را هم به طور مشروح بررسی نمودیم. بنابراین، با وجود اینکه در آثار ضمان از تقسیم‌بندی قانون مدنی پیروی می‌کنیم، یعنی ابتدا به اثر ضمان بین ضامن و مضمون له (مواد ۶۹۸ لغایت ۷۰۸) می‌پردازیم، سپس اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه (مواد ۷۰۹ لغایت ۷۲۰) را مورد بررسی قرار می‌دهیم و در نهایت از اثر ضمان بین ضامنین بحث خواهیم کرد. (مواد ۷۲۱ لغایت ۷۲۳)، در کنار آثار ضمان نقل ذمه به ذمه، از بیان آثار ضمان در ضمانت تضامنی هم غافل نخواهیم بود و در عین حال، تلاش می‌شود از تکرار مطالبی که در بحث‌های گذشته مطرح گردید، پرهیز شود.

تردیدی وجود ندارد که هدف اصلی از بستن عقد ضمان، مانند سایر عقود و

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

قراردادها، بهره‌مند شدن طرفین، از آثار آن است. بنابراین، با وقوع عقد ضمان، آن گونه که ماده ۶۹۸ قانون مدنی مقرر می‌کند: بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. یعنی، نخستین و مهم‌ترین اثر ضمان در حقوق ما که در ماده مزبور به چشم می‌خورد، انتقال دین از ذمه مضمون عنه به عهده ضامن است. راجع به این اثر ضمان عقدی، در طول مباحث گذشته به قدر کافی سخن گفته شد. لذا، با اشاره مختصری به آن، به سایر آثار ضمان می‌پردازیم:

۱- از ماده ۶۹۸ قانون مدنی استفاده می‌شود که: اولاً، مضمون عنه یا بدهکار اصلی، در قبال بستانکار بری الذمه می‌شود. ثانیاً حقی که بر عهده بدهکار اصلی بود، با ضمان صحیح، به عهده ضامن منتقل می‌گردد. ثالثاً، بستانکار، دیگر حق مراجعه به بدهکار اصلی را ندارد. رابعاً، رابطه حقوقی که بین بستانکار و بدهکار اصلی وجود داشت، از میان می‌رود و رابطه حقوقی دیگری بین مضمون له و ضامن برقرار می‌شود.

۲- در مورد آثار دیگر ضمان می‌توان گفت: یکی از آثار براءت ذمه بدهکار اصلی در ضمان نقل ذمه به ذمه، که در ماده ۷۰۷ قانون مدنی به آن اشاره شده و در نوشته برخی از فقهای ما هم دیده می‌شود،^۱ این است که: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند. ضامن بری نمی‌شود، مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد. (ماده ۷۰۷ قانون مدنی) قسمت نخست این ماده، هرچند به نحوی تأکید و تکرار حکم ماده ۶۹۸ قانون یاد شده است، با نظریه نقل ذمه به ذمه چندان مخالف نیست و حتی آن گونه که برخی از فقها گفته‌اند: اگر (مضمون له) ذمه مضمون عنه را ابراء نماید، این ابراء لغو و بیهوده است.^۲ اما، مفاد این ماده ضمانت تضامنی را هم به ذهن متبادر

۱. ر. ک: المحقق الحلّی، *شرائع الاسلام*، همان، ص ۳۵۶.

۲. امام خمینی (ره)، *ترجمه تحریر الوسیله*، همان، ص ۴۵.

می‌کند، چرا که به گونه‌ای مبتنی بر فرض اشتغال ذمه مضمون عنه در مقابل مضمون له حتی بعد از بسته شدن عقد ضمان است.

زیرا، در چنین ضمانتی، ذمه مضمون عنه قبلاً بری شده و دیگر برعهده او چیزی باقی نمانده است تا ابراء شود یا دین او از میان برود. ولی قسمت دوم ماده مزبور را اگر به این نحو توجیه نماییم که، طلبکار در خطاب به مضمون عنه، ضامن یا هر دو، چنانچه مقصودش ابراء از اصل دین باشد، کلاً دین ساقط می‌گردد و ضامن هم بری می‌شود. راجع به توجیه انشای این ماده، برخی از حقوقدانان نوشته‌اند: ملاحظه پیشینه تاریخی ماده ۷۰۷ قانون مدنی این ایراد را رفع می‌کند. زیرا، اگر توجه داشته باشیم که فقهای عامه ابراء مضمون عنه را از سوی طلبکار موجب برائت ذمه ضامن می‌دانند، و فقیهان امامیه، بر مبنای نقل ذمه، این عمل را بی‌اثر می‌شمارند، معنی ماده ۷۰۷ و مقصود قانونگذار از انشای آن به خوبی روشن می‌شود. در واقع، نویسندگان ماده ۷۰۷ خواسته‌اند که نتیجه نظریه ضم ذمه را در این باب مردود شمارند و از نظر پیروان نقل ذمه پیروی کنند.^۱ و این توجیه مناسبی است. زیرا، آن گونه که برخی از علمای شیعه گفته‌اند: اگر بعد از ضمانت، مضمون له، مضمون عنه را بری‌الذمه کند، ضامن (بنابر قول مشهور در میان ما امامیه) بری‌الذمه نمی‌شود.^۲ و بعضی از اهل سنت نوشته‌اند: برائت ذمه مدیون اصلی مستلزم برائت ضامن است...^۳؟

۳- از آثار دیگر ضمان که در اینجا می‌توان از آن اسم برد، رها شدن یا باقی ماندن تضمینات دین پس از انعقاد ضمان است. زیرا، ممکن است هنگام بسته شدن ضمان، دین، رهن یا تضمیناتی داشته باشد. مثل اینکه بدهکار اصلی، اموال خود یا دیگری را به رهن طلبکار داده یا شخص ثالثی پرداخت بدهی مدیون را ضمانت کرده

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۲۵.

۲. المحقق الحلّی، همان.

۳. شیخ الاسلام، سید محمد، راهنمای مذهب شافعی، همان، ص ۱۴۹.

باشد. از این رو این پرسش مطرح می‌شود که اگر ضامنی پرداخت دین همراه با وثیقه یا ضامن را برعهده بگیرد، و بستانکار هم، چنین ضمانتی را بپذیرد، آیا بر اثر ضمانت عقدی (نقل ذمه)، وثیقه دین و ضامن قبلی رها می‌شوند، یا اینکه تضمین‌های پیشین با دین انتقال پیدا می‌کند؟ در پاسخ می‌توان گفت، هرگاه طرفین عقد ضمانت راجع به بقاء تضمینات دین یا آزاد شدن آنها تراضی کنند، براساس اراده آزاد طرفین، به هر نحوی که توافق نمایند، معتبر است. اما، اگر ضمانت به طور مطلق واقع شده باشد، در ضمانت عقدی قانون مدنی، حکم خاصی دیده نمی‌شود. از جنبه فقهی گفته شده: اکثریت قاطع بلکه همه (فقهای امامیه) که در این باره فتوا داده‌اند، وثیقه دین را بعد از ضمانت آزاد می‌دانند.^۱ با این حال، اگر برای دریافت پاسخ به قانون مدنی مراجعه کنیم و ضمانت را هم نوعی تبدیل تعهد بدانیم، ماده ۲۹۱ قانون مدنی مقرر می‌کند: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: ۱... ۲ - وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را اداء نماید. ۳... و در ادامه ماده ۲۹۳ این قانون اعلام می‌کند که: در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت، مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند. بدین ترتیب، می‌توانیم معتقد شویم که اگر ضمانت به طور مطلق واقع شود و بقاء یا زوال رهن و تضمین شرط نشده باشد، با عنایت به بند ۲ ماده ۲۹۱ و ماده ۲۹۳ قانون مدنی، اثر انتقال آن است که دین بدون تضمینات به عهده ضامن قرار می‌گیرد. زیرا، اگر اموال بدهکار اصلی پس از عقد ضمانت، کما فی السابق در وثیقه داین باشد، چگونه می‌توان حکم ماده ۶۹۸ قانون مدنی را جاری کرد که بعد از واقع شدن ضمانت، ذمه مضمون عنه بری می‌شود. به علاوه، در موردی هم که دیگری مال خود را وثیقه دین بدهکار اصلی قرار می‌دهد، معمولاً او این وثیقه را به لحاظ شخصیت خاص مدیون اصلی در گرو می‌گذارد و با

انتقال ضمان، بدهکار اصلی مدیون نخواهد بود تا بقاء تضمینات در مورد او، ضرورت داشته باشد. با این حال، در مورد ضمان تضامنی این مشکل مطرح نمی‌شود. چون در آنجا، انتقال دین صورت نمی‌گیرد و ذمه مضمون عنه کماکان تا هنگام پرداخت دین به حالت خود باقی می‌ماند و مضمون عنه و ضامن هر دو در طول یا عرض همدیگر مسئول پرداخت دین تلقی می‌شوند. لذا، باید اعتقاد داشت که تضمینات دین هم پس از عقد ضمان، همچنان باقی خواهد ماند، به طوری که برخی از استادان در این خصوص نوشته‌اند: در صورتی که ضمان سبب انتقال دین نشود، در بقای تضمینات دین نیز تردید نباید کرد. زیرا، ضمیمه شدن تعهد ضامن به دین دلیل بر انحلال رهن و سایر وثایق نمی‌شود و، برعکس، طلبکار وثیقه اضافی به دست می‌آورد. از نظر قضایی نیز هیچ یک از بندهای ماده ۲۹۲ قانون مدنی ناظر به چنین ضمانتی نیست تا بتوان ادعا کرد که ماده ۲۹۳ حکم به انحلال تضمین‌های دین داده است؛^۱

۴- اثر دیگر ضمان عقدی، بین ضامن و مضمون له، راجع به عدم امکان یا ممکن بودن اقاله عقد ضمان به وسیله طرفین یعنی، ضامن و مضمون له، آن هم بدون رضای بدهکار اصلی است. براساس نظریه نقل ذمه، چون ضمان باعث برائت ذمه مضمون عنه می‌شود، اقاله ضمان به وسیله طرفین و بدون رضایت مضمون عنه، موجب خواهد شد تا ذمه بدهکار اصلی (شخص ثالث)، علی‌رغم میل او، دوباره مشغول گردد. بنابراین، نمی‌توان اقاله ضمان را بدون رضایت او مطرح کرد. برای روشن شدن بیشتر مسأله مناسب است موضوع را از دو منظر ضمان نقل و ضم نگاه کنیم: نخست اینکه، طبق ماده ۲۸۳ قانون مدنی: بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند. و چون ضمان نیز یکی از عقود است، طرفین آن قاعداً باید بتوانند آن را اقاله نمایند. اما، تفاوتی که بین عقد ضمان و سایر عقود وجود دارد، این است که در

ضمان، ما با یک تعبیر با سه طرف مواجه هستیم: ضامن، مضمون له، به علاوه مضمون عنه. بدین ترتیب، این پرسش مطرح می‌شود که برای اقاله عقد ضمان، تراضی و توافق چه کسانی ضروری است. اگر ضمان را نقل ذمه تلقی کنیم و اقاله این قسم از آن را در نظر داشته باشیم. ناگزیر باید رضایت شخص ثالث (بدهکار اصلی) را لازم بدانیم (اگرچه وی طبق ماده ۶۹۸ قانون مدنی. بری شده است). چرا که تراضی طرفین عقد باعث می‌شود، مضمون عنه ابتدا بری شود و سپس بدون رضایتش و با اقاله عقد، مجدداً مدیون گردد. یعنی، بدون رضایت بدهکار اصلی، دیگران با اقاله عقد، ذمه او را مشغول نمایند. بنابراین و براساس اصل نسبی بودن قراردادها، باید اعتقاد داشت که اقاله ضمان نقل ذمه، بدون رضای بدهکار اصلی، ممکن نیست. زیرا، با عدم رضایت شخص، مدیون نمودن او فاقد وجاهت است، به طوری که برخی از استادان حقوق هم نوشته‌اند که: اگر تراضی دو نفر بتواند دین دیگری را از بین ببرد، این امکان دلیل بر این نمی‌شود که تراضی همان دو بتواند برای ثالث ایجاد دین کند.^۱

منظر دوم، اقاله ضمان در ضمانت تضامنی است. در ضمان اعم از طولی یا عرضی (تضامنی)، اقاله عقد امکان‌پذیر است. چون طبق این تئوری، ذمه بدهکار اصلی با اقاله ضمان باز هم مشغول خواهد ماند و از این رو اقاله ضمان تضامنی، مغایرت چندانی با حقوق شخص ثالث نخواهد داشت. یعنی، در اینجا اقاله عقد نه تنها برخلاف اصل نسبی بودن قراردادها نمی‌باشد. بلکه، این عمل فقط تضمین‌های بستانکار را کاهش می‌دهد. بدین ترتیب، ضامن و مضمون له می‌توانند به تراضی عقد ضمان را اقاله کنند. به بیان آخری، بر مبنای نظریه ضم ذمه، اقاله به عقد ضمان پایان می‌دهد و پس از آن بستانکار دیگر حق مطالبه از ضامن را نخواهد داشت و فقط می‌تواند برای وصول طلب خود به مدیون اصلی مراجعه نماید. به علاوه، پس از تأدیه

دین از سوی ضامن، دیگر تصور اقاله ضمان ممکن نیست. زیرا، پس از ایفای دین ذمه ضامن بری و در نتیجه عقد ضمان منتفی شده است؛

۵- از جمله اثر ضمان بین طرفین عقد ضمان آن است که طبق ماده ۷۰۲ قانون مدنی: هرگاه ضمان مدت داشته باشد، مضمون له نمی تواند قبل از انقضاء مدت مطالبه طلب خود را از ضامن کند، اگرچه دین حال باشد. یعنی، بستانکار حق ندارد پیش از اتمام موعد مقرر در عقد ضمان، برای دریافت طلب خویش به ضامن مراجعه نماید. همان طور که ضامن هم بایستی با سررسید زمان تعیین شده، طلب بستانکار را به او بپردازد. راجع به ضمان حال از دین موجد هم ماده ۷۰۳ همین قانون مقرر می کند: در ضمان حال، مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد، اگرچه دین موجد باشد؛

۶- یکی دیگر از آثار ضمان بین ضامن و بستانکار، مورد ماده ۷۰۵ قانون مدنی است. این ماده می گوید: ضمان مؤجل به فوت ضامن حال می شود. این امر شبیه حکم مندرج در ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی است که مقرر می کند: دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می شود. و این منطقی است. زیرا، با فوت ضامن، ذمه او به ترکه اش تعلق می گیرد و قبل از مهلت مقرر، دین از ماترک او پرداخت می شود؛

۷- از آثار عقد بین طرفین ضمان این است که در فقه و حقوق ما، تعلیق در ضمان موجب بطلان عقد خواهد شد. این موضوع در بند نخست ماده ۶۹۹ قانون مدنی بیان گردیده است. ماده مذکور اعلام می نماید: تعلیق در ضمان، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد. در سؤال و جوابی که از یکی از فقهای معاصر راجع به تعلیق در ضمان شده است نیز صراحتاً درست نبودن چنین ضمانتی ذکر گردیده است که عیناً بیان می شود: «س ۱۲۰۴- اگر ضامن شرط کند که من ضامن می شوم بدین گونه که اگر مضمون عنه پرداخت من بپردازم. حال یا به طور واجب مشروط یا معلق، آیا این گونه ضمانت

صحیح است یا نه؟ ج - صحیح نیست.^۱

طبق ماده مزبور هم، ضامن نمی‌تواند انتقال دین به ذمه خود را، معلق به نپرداختن دین از طرف بدهکار اصلی کند. ولی وی می‌تواند شرط نماید که متعهدله، نخست به مدیون اصلی رجوع کند و اگر او دین را پرداخت نکرد، آن گاه به ضامن مراجعه نماید. به بیان دیگر، ضامن از همان ابتدا ضمانت را می‌پذیرد. ولی، شرط می‌کند که بستانکار برای وصول طلب خویش اول باید به متعهد اصلی مراجعه نماید، اگر او نپرداخت و طلبکار مثلاً از وصول طلب خود از بدهکار اصلی ناامید گردید، آن موقع می‌تواند به ضامن مراجعه و طلبش را دریافت کند. پس، اگر ضامن شرط نمود که در صورت مراجعه طلبکار به مدیون و عدم پرداخت بدهی از سوی او، آن موقع ضامن است، این امر تعلیق در ضمان تلقی می‌شود و باطل است.

نحوه نگارش قسمت دوم این ماده به گونه‌ای است که مفهوم ضمان طولی را به ذهن می‌رساند. زیرا در ماده ۴۰۲ قانون تجارت هم می‌خوانیم: ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد. اما، با توجه به نظریه مطرح شده در فقه و حقوق ما که مفهوم آن انتقال دین می‌باشد، مشکل است بتوانیم بگوییم که این ماده خواسته است به نحوی ضمان تضامنی طولی را در حقوق ما تجویز نماید. زیرا، در اینجا هم باید معتقد بود که با تحقق ضمان، دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود. هرچند ممکن است قانونگذار مدنی با این ماده تمایل خود را نسبت به ضمان طولی اظهار نموده باشد.

۱. حضرت آیت‌الله العظمی آقای حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی (ره)، *جامع المسائل*، همان، صص

بنابراین، مضمون عنه بری شده، از این لحاظ مسئولیتی برای پرداخت دین سابق خویش ندارد، تا بستانکار حق مطالبه از وی را هم داشته باشد. بدین ترتیب و به بیان روشن تر، به نظر می‌رسد، مفهوم ماده ۶۹۹ قانون مدنی آن است که اگر ضامن از ابتدا ضمانت نماید و قبول کند که ضامن پرداخت دین شخص ثالث است، منتها بستانکار برای دریافت طلب خود به مدیون اصلی مراجعه نماید و اگر او بدهی را نپرداخت ضامن می‌پردازد، ضمان صحیح است.

اما، اگر ضامن از طلبکار درخواست نماید و به او بگوید: به متعهد اصلی مراجعه کن و پرداخت مطالبات خود را از وی بخواه، اگر بدهکار اصلی دین را پرداخت نکرد، آن موقع من ضامن هستم، این امر تعلیق در ضمان و باطل است.

بخش دوم - اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه

در ضمان نقل ذمه به ذمه، هدف از ضمانت، عمدتاً مساعدت و احسان به بدهکار اصلی است. خصوصاً اگر رابطه خویشاوندی و رفاقت و همکاری بین ضامن و مضمون عنه موجود، دین کم و ضامن از ملاتت کافی برخوردار باشد. در مقابل، یعنی هرگاه ضامن به قصد رجوع و با اذن مضمون عنه دین را بپردازد، برای دریافت آن می‌تواند به بدهکار اصلی مراجعه کند. بدین ترتیب، چنانچه ضامن به قصد تبرع و کمک به مدیون ضمانت می‌نماید و از او اذن هم نمی‌گیرد. یعنی، به حکم ماده ۷۲۰ قانون مدنی: ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون عنه ندارد. و دلیل آن معلوم است. زیرا، وی به نیت گشایش مشکل مدیون و بدون آنکه قصد دریافت خسارتی که با ضمان به او وارد می‌شود، را از مدیون داشته باشد، از وی ضمانت کرده است. پس نمی‌تواند از این احسان و ایثار عدول نموده و از مضمون عنه، آنچه را به بستانکار داده است، مطالبه نماید. به بیان دیگر، با جمع مواد ۷۲۰ قانون مدنی و ماده ۲۶۷ آن، (که مقرر می‌کند: ایفاء دین از جانب غیرمدیون هم جایز است

اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند، اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد). نتیجه این می‌شود که، علاوه بر قصد عدم تبرع از طرف ضامن، بدهکار اصلی نیز باید به وی اذن داده باشد تا ضامن بعد از پرداخت دین، بتواند به مضمون عنه رجوع نماید.^۱

از آثار ضمان بین ضامن و مضمون عنه، مراجعه ضامن به بدهکار اصلی (شخص ثالث) برای دریافت آن چیزی است که پرداخت نموده است. برای این امر، در قانون مدنی شرایطی پیش‌بینی گردیده که اهم آنها، عبارت است از: ۱- ضامن پس از اداء دین، می‌تواند به مدیون رجوع کند، در این باره ماده ۷۰۹ قانون مدنی مقرر می‌نماید: ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد مگر بعد از اداء دین، ولی می‌تواند، در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند. یعنی با انجام دادن تعهد و تأدیه دین است که ضامن حق رجوع به مضمون عنه پیدا می‌نماید. به طوری که برخی از فقها نیز در این خصوص نوشته‌اند: اگر ضمانت به اذن مضمون عنه باشد در صورتی (ضامن) به او مراجعه می‌کند که دین را ادا کرده باشد، این در موردی است که مدت دین که بر مضمون عنه بود سررسیده باشد. وگرنه حق رجوع به او را ندارد، مگر بعد از رسیدن وقت آن، پس اگر دین مدت‌دار را به طور حال یا مدت‌دار، به کمتر از مدت آن، ضمانت کند، سپس آن را ادا کند حق رجوع به او را ندارد مگر بعد از رسیدن وقت آن...؟^۲

۲- راجع به مبلغی که ضامن می‌تواند از مضمون عنه دریافت کند، قاعدتاً معادل مبلغی است که به بستانکار پرداخته است (مواد ۷۱۳ و ۷۱۴ قانون مدنی) یعنی، به هر

۱. و نیز ر.ک: امام خمینی (ره)، همان، ص ۴۵، الشیخ محمدحسن النجفی، همان، ص ۱۳۳.

۲. امام خمینی (ره)، همان، ص ۴۷.

میزانی که ضامن به مضمون له پرداخت نموده است، حق رجوع به مضمون عنه دارد. مگر آنکه ضامن به اذن مضمون عنه، مبلغ بیشتری به داین داده باشد. پس یکی دیگر از آثار عقد ضمان میان ضامن و مضمون عنه آن است که اگر ضامن به بستانکار مبلغ کمتری از دین پرداخت کرده باشد، زیاده بر آنچه داده است را نمی‌تواند از مدیون مطالبه نماید. اگرچه به قول ماده ۷۱۳ قانون مدنی، دین را صلح به کمتر کرده باشد.^۱ این امر روشن است. زیرا، عقد ضمان تا آنجایی که به ضامن مربوط است، بیشتر به منظور کمک به مضمون عنه بسته می‌شود. فلذا، در حالی که ضامن بیشتر از مبلغ دین را پرداخته، یا با پرداخت کمتر از دین، برائت حاصل نموده باشد؛ در حالت پرداخت افزون، حق مطالبه اضافه و در حالت پرداخت کمتر، استحقاق مطالبه مابه‌التفاوت را از بدهکار اصلی ندارد.

در این باره حضرت امام خمینی (ره) می‌فرماید: (ضامن) فقط به مقداری که پرداخته به او رجوع می‌کند، پس اگر مضمون له با ضامن دین را به قسمتی از آن مصالحه کنند یا او را از بعض آن تبرئه نماید به مقداری که به وسیله مصالحه و ابراء از ذمه‌اش ساقط شده، رجوع نمی‌کند.^۲ به علاوه: هرگاه مضمون له ضامن را ابراء کند یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق مراجعه به مضمون عنه ندارد. (ماده ۷۱۹ قانون مدنی) چرا که در غیر این صورت، دارا شدن بلاجهت و استیفاء ناروا پیش می‌آید که امری قبیح است و با هدف پیمان ضمان که سودجویی نیست، مغایر خواهد بود. در مورد ضمان تضامنی هم، هرگاه مضمون له ذمه ضامن را ابراء کند، ذمه مضمون عنه بری نمی‌شود و همچنان در مقابل مضمون له مشغول خواهد بود. بنابراین، او کماکان حق مراجعه به مضمون عنه خواهد داشت. بدین ترتیب، بر مبنای هر دو تئوری اگر

۱. همچنین در این مورد، ر.ک: امام خمینی (ره)، همان ص ۴۵.

۲. همان.

بیگانه‌ای به طور رایگان دین را پرداخت کند، مضمون له حق مراجعه به هیچ یک از ضامن و مضمون عنه نخواهد داشت. زیرا وی نمی‌تواند زیاده‌طلبی کند و یک طلب را دوباره وصول نماید و اگر چنین کند، این امر استیفاء ناروا تلقی، و همان‌طور که اشاره گردید، دارا شدن غیرعادلانه مطرح خواهد شد که کاری ناپسند و غیرقانونی است.

از آنجا که ما باب ضمانت در قانون تجارت، به خصوص مواد ۴۰۲ لغایت ۴۰۴ این قانون را برای ایجاد ضمانت تضامنی در قراردادهای خصوصی مدنی، مرجح دانستیم، مناسب است رابطه ضامن و مضمون عنه را از منظر این قانون هم بنگریم.

در قانون تجارت، در این زمینه مقررات روشنی دیده نمی‌شود و در قانون مدنی هم در مورد ضمانت تضامنی حکم صریحی نیست. اما، با عنایت به اصول کلی حقوقی و مقررات مدنی و قانون تجارت راجع به ضمان، رابطه ضامن و مضمون عنه را می‌توان به این نحو بیان نمود: اولاً، از مفاد ماده ۴۱۱ قانون تجارت که مقرر می‌کند: پس از آن که ضامن دین اصلی را پرداخت، مضمون له باید تمام اسناد و مدارکی را که برای رجوع ضامن به مضمون عنه لازم و مفید است به او داده و اگر دین اصلی با وثیقه باشد آن را به ضامن تسلیم نماید، اگر دین اصلی وثیقه غیرمنقول داشته مضمون عنه مکلف به انجام تشریفاتی است که برای انتقال وثیقه به ضامن لازم است و همچنین از نص صریح ماده ۷۰۹ قانون مدنی، مستفاد می‌شود که ضامن تنها بعد از پرداخت دین به مضمون له، حق مراجعه به بدهکار اصلی (شخص ثالث) را دارد. ثانیاً، تأدیه دین به وسیله ضامن، بایستی به طور واقعی باشد. مانند پرداخت وجه یا تهاتر و غیره. به بیان دیگر، ضامن باید در مقابل دین، چیزی پرداخت نموده باشد. یعنی، همان‌گونه که ماده ۷۱۹ قانون مدنی پیش‌بینی نموده، هرگاه مضمون له ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد. ثالثاً، با توجه به مفهوم مواد ۲۶۷

و ۷۲۰ قانون مدنی، هرگاه ضمان بدون اذن یا تبرعی انجام شده باشد. ضامن حق مراجعه به مضمون عنه ندارد. رابعاً، بدیهی است چون دین در واقع برعهده مدیون اصلی بوده است، از این رو در صورت پرداخت آن توسط وی، مضمون عنه حق رجوع به ضامن را ندارد.

بخش سوم - اثر ضمان بین ضامنین

مبحث نخست - ضمان به نحو تسهیم

در ضمان ممکن است به جای یک نفر، چند نفر از مضمون عنه ضمانت نمایند که حسب مورد ضمان می‌تواند از نوع تضامنی و یا تسهیمی باشد. در مورد ضمان تضامنی، با اینکه در قانون مدنی به روشنی چنین ضمانی پیش‌بینی نشده بود، طی فصول گذشته به طور گسترده مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گرفت. لذا، در اینجا از تکرار و یادآوری آن پرهیز می‌شود. اما، ضمانت به قید تسهیم که ماده ۷۲۱ قانون مدنی به آن پرداخته و اولین اثر تعدد ضامن است را، اینک مورد بررسی قرار می‌دهیم و برای شروع بحث، نخست، نص این ماده را ذکر می‌کنیم: هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون له به هر یک از آنها فقط به قدر سهم او حق رجوع دارد؛ و اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید، به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند.

در خصوص تعدد ضامنین به نحو تقارن، فقهای امامیه سه قول ابراز داشته‌اند: عده‌ای معتقدند که اگر مضمون له یک باره به ضمانت همه آنها رضایت دهد، عقد ضمان باطل است، برخی بر تقسیط و تسهیم نظر دارند و عده دیگر معتقدند که همه ضامنین مانند تعاقب ایادی، مسئولیت تضامنی دارند.^۱ مع ذلک، حضرت امام خمینی

۱. ر.ک: آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۱۸۹ تا ۱۹۲.

(ره) در این خصوص می‌نویسند: در جواز ضمانت دو نفر از یکی به طور مشترک، اشکالی نیست، به اینکه بر هر یک از آنها قسمتی از دین باشد؛ پس ذمه هر کدام از آنها به مقداری که تعیین نموده‌اند ولو اینکه با هم متفاوت باشند، مشغول می‌شود و اگر مطلق گذاشته شود به طور مساوی بین آنها تقسیم می‌شود. پس اگر دو نفر باشند به نصف و اگر سه نفر باشند به ثلث تقسیم می‌شود و هكذا...^۱

بنابراین، در قانون مدنی هم مانند دیدگاه بعضی از فقهای ما، هنگامی که چند نفر به طور مطلق (بدون شرط مسئولیت تضامنی)، ضامن پرداخت بدهی مدیون اصلی می‌شوند، اصل نسبی بودن تعهدات جمعی موجب می‌گردد که هر یک از آنها تنها ضامن پرداخت بخشی از دین و به قدر سهم خویش باشد. لذا، مسئولیتی نسبت به سهم سایر افرادی که ضامن گردیده‌اند، نخواهد داشت. در این راستا، اگر حصه هر یک از ضامنین مشخص نشده است. مانند ملاک ماده ۱۵۳ قانون مدنی،^۲ ظاهراً سهم ضامنان تساوی خواهد بود. (در مورد ملاک ماده ۱۵۳ قانون مدنی برخی از استادان نوشته‌اند: هر گاه دو یا چند تن مالک یا متعهد بر انجام امری باشند، در صورتی که میزان مالکیت یا تعهد هر یک معین نباشد، حکم به تساوی داده می‌شود).^۳ در ضمان به نحو تسهیم، هر یک از این اشخاص، اصولاً پس از تأدیه دین، حق مراجعه به مدیون اصلی را به همان میزانی که پرداخت نموده است، به دست می‌آورد. به علاوه، همان‌گونه که قسمت پایانی ماده ۷۲۱ قانون مزبور مقرر نموده است:... اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید، به هر یک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد

۱. امام خمینی (ره)، همان، ص ۴۹.

۲. ماده ۱۵۳ قانون مدنی: هرگاه نهی مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آنها اختلاف شود، حکم به تساوی آنها می‌شود، مگر اینکه دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آنها موجود باشد.

۳. دکتر کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، همان، ص ۱۳۹.

می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند.

در مورد اینکه اگر چند نفر بدون تصریح به تضامن یا تسهیم، از دینی ضمانت نمایند و بعد از آن، تردید به وجود آید که مسئولیت آنان تضامنی است یا نسبی و چگونه می‌توان این تردید و اختلاف را رفع نمود؟ به نظر می‌رسد بایستی ابتدائاً به اراده و قصد مشترک طرفین مراجعه کرد و با این شیوه شک و مسأله را مرتفع نمود و اگر با این طریق نتیجه‌ای حاصل نگردید، با توجه به اصل نسبی بودن تعهدات جمعی، بایستی گفته شود که، هر یک از ضامنان تنها ضامن پرداخت قسمتی از دین به اندازه سهم خود می‌باشد و مسئولیتی نسبت به سهم بقیه افرادی که ضمانت نموده‌اند، ندارد.

مبحث دوم - ضمان به نحو تراسی (تسلسل)

«تراسی» یا «تسلسل» در ضمان به موردی گفته می‌شود که شخصی از ضامن ضمانت کند و دیگری از ضامن دوم... و به همین گونه ضمانت‌ها ادامه یابد.^۱ یعنی در حقوق ما، ابتدا ضامن نسبت به دین معین، عقد ضمان منعقد می‌کند و دین به ذمه او منتقل می‌شود. آنگاه دیگری از دین ضامن مذکور نزد بستانکار، ضامن می‌شود و همین‌طور به صورت تسلسل این ضمان ادامه پیدا می‌کند و همان‌گونه که از مواد ۶۸۸ و ۷۲۲ قانون مدنی استنباط می‌گردد، چنین ضمانتی که از نوع نقل ذمه است، صحیح می‌باشد. این دو ماده مقرر می‌نمایند؛ ماده ۶۸۸: ممکن است از ضامن ضمانت کرد. ماده ۷۲۲: ضامن ضامن حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون عنه خود رجوع کند و به همین طریق هر ضامنی به مضمون عنه خود رجوع می‌کند تا به مدیون اصلی برسد. به بیان دیگر، هر ضامنی که دین را پردازد به مضمون عنه خود مراجعه می‌کند و حق مراجعه به دیگری را ندارد و اگر مضمون عنه اصلی بدهی را پرداخت نماید، طبق مفاد ماده ۷۱۷ قانون مدنی، جملگی برائت حاصل می‌نمایند. (ماده ۷۱۷

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی عقود اذنی، وثیقه‌های دین، همان، ص ۳۸۴.

قانون مدنی: هرگاه مضمون عنه دین را اداء کند ضامن بری می‌شود، هر چند ضامن به مضمون عنه اذن در اداء نداده باشد).

از نظر فقهای امامیه هم ترامی در ضمان درست است، به طوری که حضرت امام خمینی (ره) می‌فرماید: ترامی در ضمان جایز است، به اینکه مثلاً زید از عمرو و سپس بکر از زید و پس از آن خالد از بکر ضمانت نماید و هكذا و ذمه همه بری می‌شود و دین بر ضامن آخری مستقر می‌شود، پس اگر همه ضمانت‌ها بدون اذن مضمون عنه باشند هیچ کدام از آنان به قبش - در صورتی که ضامن آخری، دین را ادا کرده باشد - حق رجوع ندارد... و خلاصه هر ضامنی که ضمانتش به اذن مضمون عنه باشد به او رجوع می‌کند به آنچه که پرداخته است.^۱

بدین ترتیب، می‌بینیم که در حقوق ما (با مطلق بودن ضمان) و تبعیت از مقررات ضمانت نقل ذمه، با ضمانت ضامن، مضمون عنه بری می‌شود و با ضمانت‌های متعدد، سرانجام دین برعهده آخرین ضامن مستقر می‌گردد و هنگام رجوع، هر ضامنی به مضمون عنه خود مراجعه خواهد کرد تا به مدیون اصلی برسد. اما اگر ضمان تضامنی باشد، همه ضامنین حسب مورد در طول یا عرض مدیون اصلی، در برابر بستانکار، مسئولیت تضامنی خواهند داشت و با ابراء مضمون عنه توسط طلبکار، ضامن‌ها نیز بری می‌شوند و همچنین به نحوی که گفته شده: هرگاه نخستین ضامن ابراء شود، دیگران نیز براءت می‌یابند ولی مضمون عنه همچنان مدیون باقی می‌ماند، چرا که زوال وثیقه و فرع باعث زوال دین و اصل نمی‌گردد.^۲

مبحث سوم - ضمان دور

هر چند در اصطلاح فلسفی، دور را باطل می‌دانند. اما ضمان دو مدیون از یکدیگر

۱. امام خمینی (ره)، همان، و نیز ر.ک: الشیخ محمد حسن النجفی، همان، ص ۱۴۱.

۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۸۵.

یا دور، موجب بطلان عقد ضمان نمی‌شود. در قانون مدنی این نوع ضمان مشاهده نمی‌گردد.

هرچند برخی از استادان حقوق کشورمان نوشته‌اند: ... عموم و اطلاق مواد ۶۸۸ و ۷۲۲ (قانون مدنی) شامل این مورد نیز می‌گردد، زیرا ضامن ممکن است شخص ثالث، یا خود مضمون‌عنه باشد.^۱ در فقه امامیه هم برخی از فقیهان این قسم از ضمان را درست دانسته و گفته‌اند: ... و لا اشکال فی جواز الدور ایضاً.^۲ ولی، فقهای عامه چون پس از ضمان، باز هم مضمون‌عنه را مدیون می‌دانند، ضمان او را از همان دین معقول نمی‌بینند. زیرا مدیون را دوباره نمی‌توان الزام به همان دین کرد.^۳

می‌توان گفت ضمان دور به این نحو می‌تواند باشد که ضامن و بستانکار (به طور نقل ذمه به ذمه) با یکدیگر عقد ضمان منعقد می‌کنند و بر اثر آن، مضمون‌عنه بری می‌شود. یعنی، فقط ضامن در مقابل مضمون‌له متعهد باقی می‌ماند. در این زمان مدیون اصلی که بری شده بود، از ضامن، یعنی مدیون اخیر (مانند دیگران)، در برابر بستانکار ضمانت می‌نماید، در نتیجه دین مجدداً به محل قبلی خود که ذمه مدیون اصلی است برمی‌گردد، هرچند امکان دارد از جهت حال و موجب بودن و یا اختلاف مدت با یکدیگر تفاوت‌هایی داشته باشند. البته نباید بستن این پیمان را بی‌فایده پنداشت؛ به طوری که برخی راجع به سود این نوع ضمان نوشته‌اند: فرضاً اگر ضامن دومی (مدیون اصلی) در حین ضمان معسر باشد، مضمون‌له می‌تواند پس از اطلاع، بر طبق ماده ۶۹۰ قانون مدنی، ضمان را فسخ و به ضامن اولی رجوع کند، در حالی که قبل از این دو ضمان، اگر مدیون اصلی معسر می‌شد مضمون‌له وسیله‌ای برای رسیدن

۱. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۸۵.

۲. الشیخ محمدحسن النجفی، همان.

۳. ر.ک: دکتر کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۸۶، به نقل از ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۴۱۰.

به طلب خود نداشت.^۱

بخش چهارم - زوال ضمان (و سقوط تعهدات)

می‌دانیم که برابر ماده ۲۶۴ قانون مدنی، تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود: ۱- به وسیله وفای به عهد؛ ۲- به وسیله اقاله؛ ۳- به وسیله ابراء؛ ۴- به وسیله تبدیل تعهد؛ ۵- به وسیله تهاتر؛ ۶- به وسیله مالکیت ما فی الذمه. بنابراین، چون ضمان نیز عقدی عهدی به شمار می‌رود، با توجه به موارد احصاء شده در این ماده، زوال عقد و سقوط تعهدات مسئولین این پیمان را بررسی می‌کنیم:

الف - وفای به عهد

ایفای تعهد یا وفاء به تعهد، ساده‌ترین و شایع‌ترین شیوه سقوط تعهدات به شمار می‌رود. انجام تعهد ممکن است با پرداخت دین و یا انجام و یا خودداری از انجام امری باشد. راجع به اینکه چه کسی باید تعهد را انجام دهد، حسب مورد ممکن است، متعهد اصلی، ضامن یا ضامنین و یا اختیاراً توسط شخص ثالث باشد. مع ذلک، اصل این است که در نقل ذمه، ضامن دین مضمون عنه را که به عهده گرفته است، بایستی پرداخت نماید. با این حال طبق ماده ۷۱۷ قانون مدنی: هرگاه مضمون عنه دین را اداء کند ضامن بری می‌شود، هرچند ضامن به مضمون عنه اذن در اداء نداده باشد. بنابراین، ممکن است دین توسط خود مدیون اصلی پرداخت گردد. به علاوه، پرداخت دین به وسیله شخص ثالث هم امکان‌پذیر خواهد بود و با تأدیه دین به وسیله او (به مضمون له)، ضامن بری می‌شود و ضمان زائل می‌گردد. راجع به ضمان تضامنی، چون ضامن و مضمون عنه، هر دو متضامناً در برابر بستانکار مسئول می‌باشند، با پرداخت دین توسط ثالث، دین هر دو (به متعهدله) و پیمان ضمان، به پایان می‌رسد. مضافاً اینکه، ایفای تعهد به وسیله یکی از ضامنین، موجب می‌گردد، بقیه ضامن‌ها، برائت

حاصل نمایند. البته قطع نظر از اینکه در اینجا بحث مراجعه مسئولین به یکدیگر مطرح نیست. اما، با توجه به قسمت اخیر ماده ۴۰۳ قانون تجارت و ۷۱۷ قانون مدنی، پس از دریافت طلب از یک یا چند نفر از مسئولین، بستانکار به میزان مبالغ دریافتی، حق رجوع به سایرین را از دست می‌دهد. به هر حال، پرداخت دین باید به شخص بستانکار یا قائم‌مقام قانونی او صورت گیرد (مواد ۲۷۱ لغایت ۲۷۳ قانون مدنی).

ب - اقاله

در مورد اقاله عقد ضمان قبلاً بحث کافی انجام گردید. بنابراین، از تکرار آن اجتناب می‌شود. با این حال، در اینجا اشاره می‌کنیم که قانون مدنی دومین راه سقوط تعهدات را (در ماده ۲۶۴ قانون مدنی)، اقاله می‌داند و تفاسخ ضمان در واقع یکی از آثار ضمان عقدی بین ضامن و مضمون له به شمار می‌رود. بنابراین، بر مبنای ضمان نقل ذمه، اقاله پیمان ضمان توسط طرفین عقد (ضامن و مضمون له) باعث می‌شود، ذمه شخص ثالث (بدهکار اصلی)، دوباره مشغول گردد. بدین ترتیب، باید اعتقاد داشت که بدون رضایت او طرفین نمی‌توانند ضمان را اقاله نمایند. یعنی، هرچند برابر ماده ۲۸۳ قانون مدنی: بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند. اما صحت چنین عملی در اینجا محل تأمل است. چون اقاله عقد موجب می‌شود، مضمون عنه مجدداً مدیون گردد و بدون توافق وی این امر با اصل نسبی بودن قراردادهای، همخوانی ندارد. پس طرفین نبایستی بدون رضایت بدهکار اصلی، ضمان را اقاله نمایند. ولی در ضمان تضامنی این مشکل کمتر قابل طرح است. چون طبق نظریه ضم ذمه، حتی با تفاسخ ضمان، ذمه مضمون عنه باز هم مشغول است و این عمل حقوقی صرفاً باعث می‌شود، از تضمین‌های مضمون له کاسته شود. فلذا، در این تئوری، اقاله ضمان توسط دو طرف باعث زوال ضمان خواهد گردید. ولی، در ضمان نقل ذمه، توافق سه طرف این اثر را خواهد داشت.

مع ذلك، ایرادی که در مورد اقاله ضمان ضم ذمه وارد می‌شود این است که هر چند اقاله بر مبنای نظریه ضمانت تضامنی، به عقد ضمان پایان می‌دهد و پس از آن بستانکار حق مطالبه دین را از ضامن از دست می‌دهد و برای این امر فقط می‌تواند به مضمون عنه مراجعه کند. اما تفاسخ ضمان برخلاف عقودی مانند بیع که پس از دادن عوضین، باز هم اقاله در آن قابل تصور است، در عقد ضمان چنین تصویری مشکل خواهد بود. یعنی، پس از تأدیه دین از سوی ضامن، دیگر امکان تفاسخ ضمان سخت است. زیرا، پس از پرداخت دین، ذمه ضامن از میان می‌رود و در نتیجه عقد ضمان منتفی می‌گردد و پس از آن محل تأمل است که عقد تمام شده را قابل اقاله بدانیم. در هر حال، به دلایل پیش گفته، نظریه امکان اقاله ضمان از توجیه بیشتری برخوردار است.

پ - ابراء

سومین شیوه‌ای که برای سقوط ذمه ضامن و مضمون عنه می‌توان مطرح نمود، ابراء آنها است. همان‌گونه که قبلاً اشاره کردیم، با یک بیان در عقد ضمان سه طرف مطرح می‌شوند، (ضامن، مضمون له و مضمون عنه) که دو طرف آن، یعنی ضامن و مضمون عنه به نحوی مدیون می‌باشند. بنابراین، باید ابراء را نسبت به این دو مورد بررسی نمود. راجع به ذمه بدهکار اصلی در ضمان نقل، می‌دانیم که او پس از بستن عقد ضمان، براءت حاصل می‌کند. پس ابراء ذمه وی فاقد وجاهت لازم است. هر چند ماده ۷۰۷ قانون مدنی مقرر می‌کند: اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود، مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.

اما اگر مبتای ضم ذمه به ذمه پذیرفته شود یا در عقد، ضمانت تضامنی شرط گردد، چنانچه مضمون له ذمه بدهکار اصلی را ابراء نماید، متعاقب آن ذمه ضامن هم بری می‌شود. چون، با زایل شدن دین بدهکار اصلی، ذمه ضامن یعنی فرع نیز به تبع

آن از بین می‌رود. ولی، چنانچه بستانکار، ضامن را در این نوع ضمان ابراء کند، ذمه مضمون عنه ساقط نمی‌شود. زیرا، ضامن به منزله وثیقه است که آزاد کردن آن، موجب سقوط اصل نخواهد شد.

در ضمان نقل و در خصوص ابراء ذمه ضامن، اگر مضمون له ذمه او را بری نماید. یعنی از مطالبات خود صرف نظر کند، ذمه وی ساقط می‌شود. به علاوه، ضامن هم نمی‌تواند به مضمون عنه مراجعه و مبلغی را از او درخواست کند. زیرا، هرچند با ایجاب ضامن، ضمان بسته شده است. ولی چون هدف ضمان (بالاخص ضمان نقل ذمه) سودجویی نبوده و مهم‌تر اینکه ضامن بری شده، چیزی به بستانکار نپرداخته است تا حق مراجعه او به بدهکار اصلی قابل توجیه باشد؛ ماده ۷۱۸ قانون مدنی در چنین موردی مصداق خواهد داشت که: هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند. (در مورد تبدیل تعهد قبلاً بحث کرده‌ایم. پس، از آن صرف نظر می‌کنیم).

ت - تهاتر

هنگامی که دو نفر در برابر یکدیگر مدیون باشند (با توجه به ماده ۲۹۴ قانون مدنی و مواد بعدی آن)، بین دیون آنها در مواردی تهاتر به وجود می‌آید. تهاتر نیز یکی از اسباب سقوط تعهدات است که بسته به نوع ضمان، امکان تحقق آن وجود دارد. یعنی، اگر ضمان نقل ذمه باشد و ضامن و مضمون له در مقابل همدیگر مدیون گردند، با شرایطی تهاتر برقرار می‌شود. زیرا، با انتقال ضمان، ضامن در مقابل طلبکار متعهد می‌گردد و از طرف دیگر، اگر ضامن هم در برابر او بستانکار شود. بنابراین، بین دیون آنان تهاتر به وجود خواهد آمد. ولی، در مورد مضمون له و مضمون عنه، این امر ممکن نیست. چون پس از عقد ضمان، بدهکار اصلی بری می‌شود و اگر بین آنها معامله‌ای انجام شود که براساس آن مضمون له به مضمون عنه بدهکار گردد.

چنین عملی، تأثیر بر ذمه ضامن نخواهد داشت و کماکان ذمه او نسبت به مضمون له مشغول خواهد بود به طوری که ماده ۲۹۷ قانون مدنی مقرر می‌کند: اگر بعد از ضمان، مضمون له به مضمون عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد. اما، در ضمان تضامنی، اگر بستانکار به مضمون عنه بدهکار شود، در صورت وجود شرایط لازم، بین دو دین آنان تهاتر حاصل می‌شود و در نتیجه مدیون اصلی و ضامن بری و ضمان زایل می‌گردد.

ث - مالکیت ما فی الذمه

آخرین راهی که قانون مدنی در ماده ۲۶۴ برای سقوط تعهدات بیان نموده، مالکیت ما فی الذمه است که ماده ۳۰۰ آن مقرر می‌کند: اگر مدیون مالک ما فی الذمه خود گردد ذمه او بری می‌شود: مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد، پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث ساقط می‌شود. مثلاً، اگر مضمون له فوت نماید و ضامن، وارث منحصر به فرد او باشد (در ضمان نقل ذمه به ذمه)، در این صورت، ضامنی که بدهکار است از خودش طلبکار و ذمه‌اش برطرف می‌شود و در این حالت می‌تواند به مضمون عنه رجوع نماید و دین را از وی مطالبه کند. این است که ماده ۷۱۲ قانون یاد شده می‌گوید: هرگاه مضمون له فوت شود و ضامن وارث او باشد، حق رجوع به مضمون عنه دارد.

مالکیت ما فی الذمه، در ضمان تضامنی هم ممکن است پیش آید. یعنی، اگر مضمون له فوت نماید و بدهکار اصلی تنها وارث او باشد، به موجب مالکیت ما فی الذمه، ذمه او از میان می‌رود و عقد ضمان زائل می‌گردد.

زوال عقد ضمان منحصر به موارد یاد شده نیست. بلکه، احتمال دارد از طریق بطلان یا فسخ این پیمان هم ضمان از بین برود. مانند اینکه طرفین عقد، فاقد شرایط اساسی برای صحت معامله باشند (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) یا طبق ماده ۶۹۱ همین

قانون: ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است. به علاوه، با جستجو در قانون مدنی با موارد دیگری، مانند مفاد مواد ۶۹۰، ۶۹۹، ۷۰۱، ۷۰۸ و ۷۱۹ مواجه می‌شویم که به نحوی از زوال ضمان بحث می‌کنند. با وجود این، چون در حین مباحث گذشته راجع به مفهوم و اهداف این مواد سخن گفته شد، از تکرار آن پرهیز نموده، در همین جا این نوشتار را به پایان می‌بریم.

«... واخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمین»^۱



۱. قسمت آخر آیه ۱۰، سوره شریفه یونس (سوره ۱۰ آیه ۱۰).