

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی سال دوازدهم، شماره دوم- پائیز و زمستان ۱۳۹۰، پیاپی ۳۴، صص ۴۷-۷۸

صحت تعدد ضمانت‌ها از یک دین در حقوق ایران و فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۹۰/۲/۱۲

طیب افشارنیا*

تاریخ پذیرش: ۹۰/۵/۲۰

حمید اسدی**

چکیده

امروزه در معاملات، تضمین پرداخت دین از سوی مدیون، برای متعهدانه از اهمیت بسزایی برخوردار است. یکی از راهکارها جهت ایجاد چنین تضمینی توسل به عقد ضمان می‌باشد. ضمان عقدی است که میان ضامن و طلبکار (مضمون‌له) واقع می‌شود. ضامن تعهد پرداخت دین را می‌کند و مضمون‌له به سقوط طلب خود از مدیون رضایت می‌دهد و در نتیجه این تراضی، دین از عهده مدیون خارج، و به ذمه ضامن منتقل می‌شود. گاه ممکن است جهت تضمین هر چه بیشتر وصول طلب از سوی طلبکار، چندین نفر از دینی واحد ضمانت به عمل آورند. تعدد ضمانت‌ها از دین واحد به صور مختلف قابل تصور است. آنچه در این نوشتار مد نظر است، بررسی صحت صور مختلف تعدد ضمانت‌ها از یک دین در حقوق ایران و فقه امامیه می‌باشد.

واژگان کلیدی

عقد ضمان، ضامن، مضمون‌له، مضمون‌عنه، ضمان تضامنی، دین، تعدد ضمان

afsharnia@gmail.com

* عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ایلام.

** دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع)

hamidassadi90@gmail.com

مقدمه

«ضمان، عقدی است که میان ضامن و طلبکار (مضمون‌له) واقع می‌شود: ضامن تعهد پرداخت دین را می‌کند و مضمون له به سقوط طلب خود از مدیون رضایت می‌دهد و در نتیجه این تراضی، دین از عهده مدیون خارج، و به ذمه ضامن منتقل می‌شود.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴) گاه ممکن است که چندین نفر، بعنوان ضامن، از دینی واحد، که بر عهده مدیون قرار دارد، در قالب عقد ضمان، ضمانت بعمل می‌آورند. بدین صورت که با انعقاد عقد مزبور، دین از ذمه مدیون اصلی یا مضمون‌عنه، به ذمه ضامنین منتقل می‌گردد.

حال سؤال آن است که؛ آیا می‌توان ضمانت چندین ضامن از دینی واحد را پذیرفت؟ بنابر آنچه که در فقه امامیه و حقوق ما مطرح شده است؛ آیا عدم امکان ضم ذمه به ذمه، مختص رابطه میان ضامن و مضمون‌عنه بوده و یا آن‌که در مورد ضامنین متعدد نیز اصل مزبور حاکم بوده و نمی‌توان ذمه چندین ضامن را از دینی واحد به نحو تضامنی، پذیرفت. این مسأله به دو صورت قابل تصور است:

الف) در فرضی که چند نفر از مدیونی ضمانت می‌کنند و یک دین را برعهده می‌گیرند (تعدد ضمانت از یک دین)

ب) در موردی که شخصی از ضامن ضمانت می‌کند و دیگری از آن شخص، و به همین گونه ضمانت‌ها ادامه می‌یابد، که آن را در اصطلاح تسلسل یا ترامی می‌نامند. در حالت خاصی که مضمون‌عنه از ضامن ضمانت می‌کند، ضمان را دور می‌گویند. آنچه در این نوشتار پرداخته شده و مورد بحث و بررسی در فقه امامیه و حقوق موضوعه قرار خواهد گرفت، فرض نخست، یعنی تعدد ضمانت‌ها از یک دین می‌باشد. نکته‌ای که پیرامون این نوشتار قابل ذکر است آن است که پلان مقاله، طرحی منحصر به فرد و ابداعی بوده که در هیچ یک از کتب فقهی و حقوقی که به مبحث تعدد ضمانت‌ها از یک دین پرداخته‌اند، موجود نمی‌باشد و می‌توان آن را پلانی جامع و کامل دانست که جهت فهم اولیه از بحث مذکور بسیار راهگشا می‌باشد.

۱. تعدد ضمانت‌ها از یک دین در ضمن چند عقد

در این مبحث، مواردی از ضمانت ضامنین متعدد از دینی واحد مورد بررسی قرار خواهد گرفت که در آن، ضامنین متعدد، ضمانت از دین شخصی واحدی، در برابر مضمون‌له، در ضمن عقود جداگانه صورت می‌گیرد. بدین صورت که هریک از ضامنین، به نحو مجزا، عقد ضمانی را با مضمون‌له منعقد می‌سازد، که در آن از ذمه مضمون‌عنه ضمانت به عمل می‌آورد.

در حالت مذکور، ممکن است هر یک از ضامنین، در ضمن عقد ضمان منعقد شده، ضامن تمامی دین مضمون‌عنه، و یا قسمتی (سهم) از آن گردند و یا این‌که عقد ضمان به طور مطلق (بدون اشاره به ضمانت تمامی و یا سهمی از دین از سوی ضامن) منعقد شود.

۱-۱. ضمان به قید شمول تمام دین

چنانچه ضامنین متعدد، در ضمن عقود ضمان مجزا از هم، تمامی دین مضمون‌عنه را مورد ضمانت قرار دهند، بنابر پذیرش اصل نقل ذمه به ذمه در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، و نیز عدم امکان عقلی تحقق ضم ذمه به ذمه، در اینجا امکان پذیرش ضمانت تمامی ضامنین از کل دین مضمون‌عنه وجود نخواهد داشت، لاجرم بایستی برای رفع اشکال مزبور چاره اندیشی نمود.

در این حالت، عقود ضمان متعدد، به دو صورت ممکن است منعقد شده باشند: الف) به نحو تعاقب؛ یعنی این‌که میان زمان انعقاد عقود مذکور تقدم و تأخر وجود داشته باشد. ب) به نحو تقارن: بدین معنا که کلیه ضامنین از دین مضمون‌عنه، در یک زمان عقد ضمان را با مضمون‌له منعقد نموده باشند.

در هر یک از حالات مزبور، راه حل ارائه شده جهت رفع مشکل فوق‌الذکر متفاوت خواهد بود که در این بند، به تفصیل راه‌حل‌های ارائه شده در فقه امامیه و حقوق ایران بیان خواهد شد.

۱-۱-۱. به نحو تعاقب

چنانچه ضامنین متعدد، در زمان‌های مختلف، اقدام به ایجاب عقد ضمان با مضمون‌له نمایند، به نحوی که بین ایجاب‌های مذکور تقدم و تأخر وجود داشته باشد، آنگاه بنابر

نحوه قبول مضمون‌له از ایجاب‌های بیان شده، دو حالت متصور خواهد بود که ذیلاً به آنها پرداخته خواهد شد:

الف: تعاقب ضمانت‌ها و قبول یکی از آنها از طرف مضمون‌له

اغلب حقوقدانان، در این حالت، این‌گونه نظر دارند که بر مبنای انتقال دین، نخستین ضامنی که مضمون‌له ضمانت او را قبول می‌کند، ضمانت از تمام دین را بر عهده می‌گیرد و به مجرد وقوع ضمان اول، ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود و لذا دیگر موردی برای ضمان دیگری باقی نخواهد ماند و قبول سایر ضمانت‌ها از سوی مضمون‌له بلااثر خواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۱، صص ۲۵۱-۲۵۲) البته لازم به ذکر است که در اینجا ضمان پذیرفته شده، لزوماً ضمان متقدم از لحاظ زمانی نمی‌باشد.

غالب فقهای امامیه نیز، بنابر اصل نقل ذمه به ذمه در عقد ضمان، این‌گونه قائل‌اند که در اینجا، ضامنی که مضمون‌له به ضمانت او رضایت داده است، ضمانتش پذیرفته است. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ه.ق، ص ۶۹۴؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۷۷۹) حال فرقی نمی‌کند ضامن مذکور، ابتدائاً ایجاب نموده باشد و یا این‌که پس از ایجاب‌کننده اول ایجاب نموده باشد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ه.ق، ص ۶۹۴)

ب: تعاقب ضمانت‌ها و قبول مضمون‌له به نحو اطلاق

چنانچه مضمون‌له، قبولی خود را اعلام نماید، بدون آن‌که مشخص کند که ضمانت کدامیک از ضامنین را مورد قبول قرار داده است. در اینجا نیز لاجرم بایستی تنها یکی از ضمانت‌ها را پذیرفت و سایر ضمانت‌ها را فاقد محل دانست. در این‌که قبول مضمون‌له به کدامیک از ضمانت‌ها ملحق شده است، محل بحث است. برخی از حقوقدانان، این اطلاق را منصرف به ضمان نفر اولی می‌دانند که برای ضمان پیشقدم شده است. یعنی ضامنی که اعلام ضمانش از نظر زمانی متقدم بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، صص ۲۵۱-۲۵۲) برخی دیگر از حقوقدانان نیز، به نقل از برخی از فقهاء، در موردی که قبول مضمون‌له یکباره، برای همه باشد، تبعیض میان ضامنین را روا نمی‌دانند. (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۱۵۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸ه.ق، ص ۶۹۴)

اکثریت فقهاء امامیه، قبول مضمون‌له را ملحق به ایجاب اولین فردی که جهت ضمانت پیشقدم شده است، می‌دانند اما برخی از فقهای متأخر این گونه معتقدند که رضایت مضمون‌له بایستی به ایجاب ضامن آخر ملحق شود، زیرا از حیث حدوث، این ضمانت به رضایت مضمون‌له نزدیک‌تر است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۶) در این مسأله، چنانچه هیچ قرینه‌ای جهت کشف از قصد واقعی مضمون‌له وجود نداشته باشد، این گونه به نظر می‌رسد که ضامن اول، دارای حق تقدم باشد و بایستی قبول مضمون‌له را به ایجاب وی ملحق دانست.

برخی از فقهاء نیز، احتمال قوی داده‌اند که می‌توان این مورد را همچون حالتی که ضمانت‌ها به طور تقارن ایجاب می‌شوند دانست (شرح این حالت در قسمت بعدی خواهد آمد) بنابراین استدلال که اثر قبول مضمون‌له را ناقل بدانیم و نه کاشف. (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۷۷۹) نظریه پذیرش ضمانت ضامنی که ابتدائاً جهت این امر پیشقدم شده است، در صورت پذیرش نظریه ناقل بودن رضایت مضمون‌له با مشکل مواجه خواهد شد، زیرا بر مبنای نظریه نقل، که انتقال ذمه به ذمه پس از رضایت مضمون‌له ایجاد می‌گردد و چند نفر ضامن دیگر هم وجود دارد، این سؤال مطرح است که تفریع ذمه مضمون‌عنه چگونه حاصل می‌شود؟ بدین ترتیب، مضمون‌له حق انتخاب نخواهد داشت، زیرا ترجیح یکی از ضامنین بر دیگران بلامرجح است و مضمون‌له فقط حق اعلام رضایت دارد، بدون آنکه اختیار انتخاب فرد خاصی را داشته باشد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۷)

۱-۲-۱. به نحو تقارن (هم‌زمان)

گاهی امکان دارد که چندین ضامن، در زمان واحد، جهت ضمانت از دین شخصی واحد، پیشقدم شوند. در اینجا نیز دو حالت به شرح ذیل قابل تصور است:

الف: رضایت مضمون‌له به ضمانت یکی از ضامنین

بنابر ماده ۶۸۹ ق.م: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون‌له قبول کند صحیح است» لذا در اینجا، بر طبق ماده مزبور، بدون شک، قانون مدنی، ضمانت ضامنی که مضمون‌له ضمانت او را پذیرفته است، مورد پذیرش است.

حقوقدانان نیز بر همین عقیده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۵۰؛ بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۳۷۸) اکثریت فقهاء نیز همین نظر را قبول نموده‌اند. (حلی، بی تا، ص ۹۶؛ نجفی، ۱۹۸۱، ص ۷۷۲)

ب: پذیرش تمامی ضمانت‌ها از سوی مضمون‌له

حالتی که در این مورد محل بحث و اختلاف است، زمانی است که تمامی ضمانت‌های پیشنهادی از سوی ضامنین متعدد در زمان واحد، مورد پذیرش مضمون‌له قرار گیرد (بدون آن که میان قبول آن‌ها توسط مضمون‌له تقدم و تأخری واقع شود). در اینجا هیچگونه ارجحیتی میان ضمانت‌ها، جهت پذیرش یکی از آن‌ها وجود ندارد و در عین حال نیز، با اصلی همچون نقل ذمه به ذمه در عقد ضمان مواجه هستیم. لذا بایستی در این مورد راهکاری اندیشیده شود. فقهای امامیه در این خصوص سه قول ابراز داشته‌اند:

عده‌ای معتقدند که عقد ضمان باطل است؛ زیرا اشتغال ذمه واحد به ذمه‌های متعدد غیر عقلائی است و اشتغال چند ذمه برای یک دین به صورت دفعه واحده باطل است. (کرکی، ۱۴۰۸.ه.ق، ص ۳۴۱؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۱۵۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۷۹) عده‌ای دیگر از فقهاء بر تقسیط و تقسیم دین بین تمامی ضامنین نظر دارند. (حلی، بی تا، ص ۹۶؛ نائینی، ۱۴۲۰.ه.ق، ص ۲۲۶)

عده‌ای دیگر از فقهای امامیه این گونه معتقدند که همه ضامنین، همچون حالت تعدد غاصبان، مسئولیت تضامنی دارند. یعنی همان‌گونه که در تعاقب ایادی، بر مسئولیت تضامنی قائلیم، لذا آنچه در اینجا محقق شده است ایجاد مسئولیت پرداخت دین بر عهده تمامی آنان است؛ بی آن که ذمه شان به اصل دین مشغول شده باشد. زیرا در غیر این صورت، امکان مراجعه طلبکار به تمامی آن‌ها غیر قابل توجیه است و لذا همان‌گونه که در تعدد غاصبان در آنجا مالک می‌تواند به مالک اول یا دوم یا سوم و... رجوع کند، در اینجا نیز، مضمون‌له می‌تواند به هر یک از ضامنین و یا به همه آن‌ها مراجعه نماید. ولی آنچه در اینجا محقق می‌گردد را نمی‌توان عقد ضمان به معنای اصطلاحی آن دانست بلکه عقدی با آثار مشابه عقد ضمان بوده، بدون آن که در آن ذمه

مدیون اصلی منتقل شده باشد. (ابن حمزه، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۲۷۰؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۷۷۹)

برخی از فقهای متأخر مسأله را این گونه مطرح نموده‌اند: «از نظر عقلی، اولی است که عقد را واحد فرض کنیم و قضیه را با توجه به دو فرض مطرح کنیم: فرض اول) شرکت چند ضامن در مقابل مضمون‌له و تشکیل یک شخصیت حقوقی که هر یک از افراد به طور مساوی و به نحو تسهیم در برابر مضمون‌له مسئولیت مدنی داشته باشد.

فرض دوم) ضمانت هر یک از آنان در عقد واحد و به نحو انفرادی و استقلالی. در این مورد نیز باید گفت، از آنجا که چند نفر ضامن وجود دارد، عقد واحد مستلزم چند انشاء می‌شود، که معقول به نظر نمی‌رسد، و از آنجا که تقارن زمانی چند انشاء در آن واحد وجود دارد، و در ضمن ذمه مضمون‌عنه به ضامنین منتقل می‌گردد، بنابراین سبب چند عقد به صورت همزمان می‌شود که خالی از مناقشه نیست. پس شایسته است که از واژه عقد واحد استفاده می‌کردند». (بجنوردی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۷) که در نهایت منجر به همان قول سوم یعنی ضمان تضامنی تمامی ضامنین در برابر مضمون‌له می‌گردد. در بین حقوقدانان، برخی از آنان که ضمان تضامنی را پذیرفته‌اند، قول دسته سوم از فقهاء را دال بر حمل ضمان ضامنین متعدد بر ضمان تضامنی در این حالت را پذیرفته‌اند. (لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۸۱)

اما برخی دیگر از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۵؛ عبده، ۱۳۲۹، ص ۳۷۸) قول دسته سوم از فقهاء را مرجح دانسته‌اند و این گونه بیان داشته‌اند: «دو نظر نخست هنگامی مطرح می‌شود که نتوان چند نفر را مسئول پرداخت یک دین تصور کرد. ولی، هرگاه «نقل ذمه» اثر ضمان مطلق باشد و به تراضی بتوان ضامن را نیز به عنوان وثیقه طلب در کنار مضمون‌عنه مسئول قرارداد، نظر سوم را باید تأیید کرد و ضمان را تابع مفاد تراضی طرفین قرارداد». البته بایستی توجه نمود که این گفته در صورتی صادق است که مضمون‌له تمامی ضمانت‌ها را پذیرفته باشد. اما در صورت اطلاق داشتن قبول مضمون‌له، دیگر اینجا بیان صحیح نمی‌باشد. در ضمن، همان‌گونه که بیان شد، عقود منعقد شده در این مورد را نمی‌توان عقد ضمان به معنای اصطلاحی آن دانست.

به نظر می‌رسد که بنابر اصل صحت عقود، تا زمانی که دلیلی محکم دال بر بطلان عقود یافت نشود، بایستی عقد را کماکان صحیح دانست و بنابر مفاد آن عمل نمود، لذا در مورد این مسأله نیز، باید بنابر غیر عقلایی دانستن اشتغال ذمه واحد به ذمه‌های متعدد، نمی‌توان حکم بر بطلان تمامی عقود ضمان مذکور صادر نمود. به عنوان مثال، می‌توان ترتیبی اتخاذ نمود که مضمون‌له جهت مراجعه به ضامنین متعدد، تقدم و تأخیری در رجوع به هر کدام از آنان را رعایت نماید که در این صورت مسأله غیر عقلایی دانستن اشتغال ذمه واحد به ذمه‌های متعدد، مرتفع می‌گردد. لذا نظریه عده‌ای از فقهاء مبنی بر بطلان تمامی عقود ضمان محل بحث، قابل پذیرش نمی‌باشد و بر خلاف حقوق مضمون‌عنه و مضمون‌له می‌باشد. نظریه تقسیط (تسهیم) مورد ضمان، بین ضامنین متعدد نیز، از آنجا که این مسأله، برخلاف انشاء عقدی است که از سوی ضامن و مضمون‌له صورت گرفته است و برخلاف آن چیزی است که مضمون‌له بدان رضایت داده است - زیرا ظاهر این است که رضایت او بر ضمانت هر کدام از ضامنین بر کل دین بوده است و نه مجموع آن‌ها بر مجموع دین - لذا بنابر قاعده «ماوقع لم یقصد و ما قصد لم یقع»، این نظریه نیز قابل ایراد است. (اشتهاردی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۴۰۶) اما نظریه سوم فقهاء مبنی بر ضمان تضامنی تمامی ضامنین ارجح است، زیرا: اولاً با قصد مضمون‌له و ضامن در انعقاد عقد ضمان انطباق دارد (باقری، ۱۳۸۲، ص ۷۰) و ثانیاً بدین ترتیب ایراد ضم ذمه‌ها که در تعدد ضمانت‌ها محل اشکال است نیز محقق نمی‌گردد؛ زیرا در چنین حالتی ذمه مدیون منتقل نشده و خود او کماکان مدیون محسوب می‌شود و سایرین فقط مسئولیت پرداخت دین او را بر عهده دارند.

۱-۲. ضمان به قید تسهیم

در این قسمت، حالتی مورد بررسی قرار می‌گیرد که هر یک از ضامنین، در عقدی مجزا که با مضمون‌له منعقد می‌سازند، ضمانت بخشی (سهم) از دین مضمون‌عنه را برعهده می‌گیرند.

ضمانت از دین مضمون‌عنه به نحو مذکور، همچون ضمانت از دین مضمون‌له به نحو تسهیم در ضمن یک عقد، مورد پذیرش است و هیچ یک از فقهای امامیه و حقوقدانان بر آن اشکال ننموده‌اند.

اما بسیاری از حقوقدانان و فقهای امامیه، در بحث تعدد ضمانت‌ها از یک دین، این مسأله را مورد تعرض و بحث و بررسی قرار نداده‌اند، که به نظر می‌رسد، این مسأله بدان جهت است که بحث ضمانت به نحو تسهیم از یک دین، در ضمن چند عقد مجزا از سوی ضامنین متعدد، در چارچوب مبحث تعدد ضمانت از یک دین نمی‌گنجد، زیرا به محض قبول عقود ضمان فوق‌الذکر (عقود ضمان به نحو تسهیم از یک دین) از سوی مضمون‌له، در واقع تجزیه اختیاری دین صورت می‌گیرد. و لذا این مورد، همچون حالتی است که افراد مختلف از دیون مختلف یک فرد ضمانت به عمل می‌آورند و نه از یک دین، همچون حالتی که یکی از ضامنین از دین پرداخت نفقه از سوی مضمون‌عنه، ضمانت می‌کند و دیگری بخشی از بدهی‌های او به طلبکارانش را ضمانت می‌کند و... لذا این نوع ضمان، از مبحث تعدد ضمانت‌ها از یک دین، تخصصاً خارج می‌گردد و محل بحث نیست.

برخی از حقوقدانان، در اینجا این مسأله را مطرح نموده‌اند که اگر یکی از ضامنین (در ضمانت به نحو تسهیم از یک دین در ضمن چند عقد)، به نحو تبرع، بیش از سهم خود را پردازد، آیا این تبرع نسبت به ضامنان بوده است و یا نسبت به بخشی از دین مضمون‌عنه که کماکان برعهده او باقی مانده است، و اساساً تشخیص این مسأله با کیست، ضامن یا مضمون‌له؟ در پاسخ گفته‌اند که بر پایه قواعد عمومی پرداخت‌ها، باید گفت تشخیص به عهده پرداخت کننده است، زیرا منشأ اختلاف، قصد او است و او به قصد خویش آگاه‌تر است، مگر آن‌که خلاف آن ثابت شود.

۱-۳. ضمان به طور مطلق

چنانچه، ضامنین متعدد (در ضمن عقود مجزا)، ضمانت از دین مضمون‌عنه را در برابر مضمون‌له، برعهده گرفته باشند، بدون آن‌که اشاره‌ای به ضمانت از تمامی دین مضمون یا سهمی از آن نموده باشند، آنگاه این سؤال مطرح می‌گردد که ضمانت آنان را بایستی حمل بر ضمانت از تمامی دین مضمون‌عنه نمود و یا سهمی از آن‌که بالسویه بین ضامنین متعدد تقسیم می‌شود؟

در صورت پذیرش قول ضمانت این دسته از ضامنین از تمامی دین مضمون‌عنه؛ احکام تعدد ضمانت‌ها از یک دین در ضمن چند عقد، که پیشاپیش مورد بحث و

بررسی قرار گرفته، در مورد این دسته از عقود نیز جاری خواهد شد. و چنانچه قول مبنی بر تسهیم دین مضمون‌عنه، بین این دسته از ضامنین را بپذیریم، آنگاه احکام ضمان به قید تسهیم در ضمن چند عقد، که بحث آن در قسمت‌های قبلی این نوشتار، بیان نمودیم، در مورد این عقود اجرا می‌گردد.

اکثریت فقهای امامیه، قائل به ضمانت این دسته از ضامنین از تمامی دین مضمون‌عنه می‌باشند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ه.ق، ص ۶۹۴؛ حلی، بی‌تا، ص ۹۶؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۷۷۲) اکثریت حقوقدانان نیز همین نظر را برگزیده‌اند. (لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۷۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۷) و ظاهر از چنین ضمانتی را عهده‌دار شدن تمام دین از سوی هر یک از ضامنین دانسته‌اند.

۲. تعدد ضمانت‌ها از یک دین در ضمن یک عقد

یکی از حالاتی که ضامنین متعدد می‌توانند بدان طریق از دین واحد ضمانت بنمایند، ضمانت تمامی آن‌ها در برابر مضمون‌له، از دین واحد بر ذمه مضمون‌عنه، در ضمن عقدی واحد است؛ بدین صورت که تمامی ضامنین، در عقدی مشترک از ذمه مذکور ضمانت به عمل می‌آورند.

تعدد ضمانت‌ها به حالت فوق ممکن است به طرق ذیل صورت پذیرد: الف) ضمان به قید تسهیم، ب) ضمان به طور مطلق، ج) ضمان تضامنی.

۲-۱. ضمان به قید تسهیم

ممکن است، چند نفر از یک شخص برای یک دین به قید تسهیم ضمانت کنند، بدین صورت که هر یک از آنان پرداخت سهمی از دین را بر عهده بگیرد.

در این حالت، مضمون‌له به هر یک از ضامنین، تنها به میزان سهم او حق مراجعه دارد و نه بیشتر. (صفایی، ۱۳۵۱، ص ۴۶۶؛ بروجرودی عبده، ۱۳۲۹، ص ۳۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۳) چنانچه یکی از ضامنین تمام دین مورد تعهد را به مضمون‌له بپردازد، وضع او در برابر دیگران همانند کسی است که دین مدیونی را ایفا می‌کند، پس از به اذن وفا نموده باشد حق رجوع خواهد داشت و هرگاه اذن نگرفته باشد حق مطالبه از مدیون را نخواهد داشت و مانند بیگانه‌ای است که تبرعاً دین مدیونی را پرداخت نموده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۳) لذا، ضامنی که در ضمانت به قید تسهیم، اقدام به

پرداخت تمام دین می‌نماید، نیز، تنها در صورتی حق مراجعه به سایر ضامنین را خواهد داشت که از طرف آن‌ها در پرداخت سهم شان مأذون باشد، در غیر این صورت حق مراجعه به آنان را نخواهد داشت. (امامی، ۱۳۷۲، ص ۲۲۷، صفایی، ۱۳۵۱، ص ۴۶۶)

بر طبق ماده ۷۲۱ ق.م: «هرگاه اشخاص متعدد از یک شخص و برای یک قرض به نحو تسهیم ضمانت کرده باشند، مضمون‌گه به هریک 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.» مشاهده می‌شود که در ماده مزبور نیز این موضوع تصریح شده است که احد ضامنین، در صورت پرداخت تمام دین، تنها در صورت اذن از سوی ضامنین دیگر، حق رجوع به آن‌ها را خواهد داشت.

لازم به توضیح است که قانون مدنی ما، از بین حالات متعدد تعدد ضمانت‌ها از یک دین که توضیح آن‌ها در این نوشتار خواهد آمد، تنها حالت ضمانت به قید تسهیم را مورد اشاره قرار داده است (ماده ۷۲۱ ق.م) و به سایر حالات متصور، اشاره‌ای ننموده است، که به نظر می‌رسد در این مورد قانون مدنی دچار نقص است.

در ضمانت به قید تسهیم، چنانچه سهم هر یک از ضامنین معین شده باشد، بر طبق آن عمل خواهد شد، اما چنانچه سهم آنان مشخص نشده باشد، دین ضمانت شده، به طور تساوی بین آن‌ها تقسیم خواهد شد بدین صورت که چنانچه ضامنین دو نفر بوده باشند، سهم هر یک نصف دین ضمانت شده خواهد بود و چنانچه سه نفر بوده باشند، سهم هر کدام ثلث دین خواهد بود و به همین ترتیب در مورد هر تعداد ضامن عمل خواهد شد. (بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۳۶۹) در توجیه اقدام فوق، می‌توان به وحدت ملاک ماده ۱۵۳ ق.م تمسک نمود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۱) ماده ۱۵۳ ق.م این‌گونه بیان می‌دارد: «هرگاه نهی مشترک مابین جماعتی باشد و در مقدار نصیب هر یک از آن‌ها اختلاف شود حکم به تساوی نصیب آن‌ها می‌شود مگر این‌که دلیلی بر زیادتی نصیب بعضی از آن‌ها موجود باشد.» لذا چنانچه این وحدت ملاک را بپذیریم، بایستی دلیل ارایه شده از سوی هر یک از ضامنین دال بر اثبات عدم تساوی سهم‌ها را در صورت عدم بیان مقدار سهم هر یک از ضامنین را نیز بپذیریم.

«در ضمان به قید تسهیم، مضمون‌له می‌تواند دین هر یک از ضامنین را ابراء نموده و از دیگری به قدر حصه‌اش مطالبه نماید و به هر حال هر سهمی تابع ترتیب مخصوص به خود بوده و توقیفی بر سهم دیگر نخواهد داشت» (بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۳۷۹) فقهاء نیز به اتفاق، ضمان به قید تسهیم را پذیرفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳.ه.ق، ص ۷۷۲، کرکی، ۱۴۰۸.ه.ق، ص ۳۴۱) و عده‌ای از آنان از ضمان به قید تسهیم به ضمان الاشتراک تعبیر نموده‌اند. (ابن حمزه، ۱۴۰۸.ه.ق، ص ۲۷۰، نجفی، ۱۹۸۱، ص ۱۵۲)

۲-۲. ضمان بطور مطلق

چنانچه، ضامنین متعدد، در ضمن عقد واحدی، از دین مضمون‌عنه ضمانت به عمل آورند، بدون آن‌که اشاره‌ای به تسهیمی بودن و یا تضامنی بودن ضمانت‌ها شده باشد، و آن را به طور اطلاق واگذارده باشد، این نوع از ضمان را ضمان بطور مطلق می‌گویند. در قانون مدنی، اشاره‌ای به این نوع از ضمانت نشده است. در فقه امامیه، فقهاء پیرامون این نوع از ضمان به تفصیل سخن گفته‌اند و به شرح آن پرداخته‌اند. نظرات فقهاء را می‌توان به پنج دسته تقسیم نمود که به شرح ذیل می‌باشند.

عده‌ای از فقهاء آن را محمول بر تضامن کرده‌اند، فقهای که ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد، در ضمن یک عقد را که نتیجه آن ایجاد تعدد مسئولیت پرداخت آن دین بدون انتقال آن از ذمه مدیون به ذمه ضامنین می‌باشد را صحیح می‌دانند، (انصاری، ۱۳۷۹، ص ۱۴۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳.ه.ق، ص ۲۷۳) حمل نمودن ضمان به طور مطلق بر ضمان تضامنی را صحیح دانسته‌اند. البته چنین ضمانی را نمی‌توان ضمان به معنای اصطلاحی آن دانست؛ زیرا نقل ذمه مدیون (مضمون‌عنه) به ضامن، اثر لاینفک آن می‌باشد که در اینجا محقق نمی‌گردد.

عده‌ای از فقهاء این نوع از عقد ضمان را باطل دانسته‌اند. (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۱۵۳؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۱۴۱)

عده‌ای از فقهاء، این نوع ضمان را، حمل بر ضمان به نحو تسهیم نموده‌اند. (نائینی، ۱۴۲۰.ه.ق، ص ۱۷۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸.ه.ق، ص ۶۹۴) عده‌ای از فقهاء این گونه قائلند که عقد مزبور به طرفیت یک نفر صحیح است و آن یک نفر را به

وسیله قرعه بایستی معین نمود (طباطبایی، ۱۴۱۹ه.ق، ص ۵۷۹) عده‌ای از فقهاء، عقد ضمان مزبور را به طرفیت یک نفر صحیح می‌دانند و این گونه بیان می‌دارند که آن یک نفر را مضمون‌له مشخص می‌نماید. (ابن حمزه، ۱۴۰۸ه.ق، ص ۲۷۱)

برخی از حقوقدانان این گونه نظر دارند که بنابر ماده ۶۸۹ ق.م.ا قانونگذار، نظر به صحت عقد به طرفیت یک نفر از ضامنین و تعیین وی از سوی مضمون‌له داشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۸۰). (نظر دسته پنجم از فقهاء) برخی دیگر از حقوقدانان (منصورالسلطنه: ۱۳۷۳، صص ۳۶۴-۳۶۵)، در این مورد، اقدام به ترسیم شقوقی به شرح ذیل نموده‌اند.

الف) حالتی بین مضمون‌له و ضامنین، در ضمان به نحو تسهیم اختلافی نیست. در این صورت بدیهی است که چون سهم هر یک از ضامنین علیحده معین نشده است، باید فرض شود که مقصود مضمون‌له و ضامنین آن بوده است که تسهیم علی‌السویه باشد.

ب) حالتی که مضمون‌له ادعا می‌کند که هر یک از ضامنین، ضمانت تمام دین را کرده است. حال آن‌که ضامنین ادعای تسهیم علی‌السویه می‌کنند، و یا بالعکس، مضمون‌له ادعای تسهیم می‌کند و ضامنین ادعای ضمانت تمام دین را می‌نمایند. در این صورت نیز اگر هیچ یک از طرفین نتواند ثابت نماید که قصد طرف مقابل در حین ضمان منطبق با ادعای او بوده است. این مسأله، اختلاف در منویین بوده و اصلاً عقدی نتوانسته است واقع گردد. زیرا قصد طرفین برهم انطباق ندارد. بالعکس، چنان‌چه طرفی که ادعای تسهیم می‌کند، ثابت نماید که مقصود طرف مقابل نیز تسهیم بوده است، آنگاه حکم به تسهیم علی‌السویه می‌شود. ولی چنان‌چه طرفی که ادعای ضمانت تمام دین را می‌نماید، ثابت کند که مقصود طرف مقابل نیز حین ضمان همین بوده است، آنگاه در صورتی می‌توان حکم به صحت ضمان مزبور نمود که اساساً چنین ضمانتی را قبول داشته باشیم.

در پاسخ این گروه از حقوقدانان، این گونه گفته شده است که: «نباید چنین پنداشت که اگر هیچ یک از دو طرف دعوی نتواند ثابت کند که مقصود دیگری نیز مطابق با ادعای او بوده است، عقد به دلیل حاصل نشدن توافق باطل است. این توهم

ناشی از اختلاط دو مرحله ثبوت و اثبات است. این امر بدیهی را نمی‌توان انکار کرد که اگر پدیده‌ای اثبات نشود، دلیل بر عدم وجود آن در واقع نیست. در فرض ما، در مرحله اثبات کیفیت تراضی حاصل نشده است، لیکن ناتوانی مدعیان در اثبات ادعای خود دلالت ندارد که در واقع نیز بین طرفین تراضی وجود نداشته است. زیرا، احتمال دارد که یکی از آن دو نخواهد مفاد تراضی را محترم دارد. وانگهی، در این دعوی، اختلاف در چگونگی تراضی است نه اصل آن. پس نباید وجود اختلاف و ثابت نشدن صحت یکی از دو ادعا را نشانه بطلان عقد قرارداد، بلکه بایستی دید، کدامیک برخلاف ظاهر ادعا می‌کند و به واقع مدعی است و در صورت نداشتن دلیل باید محکوم شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۸)

به نظر می‌رسد که در این نوع از ضمان، در صورت عدم توانایی طرفین عقد ضمان، در اثبات ادعای خود مبنی بر توافق بر تسهیمی بودن ضمانت‌ها و یا تضامنی بودن عقد ضمان، حین انعقاد عقد، بایستی در این نوع از عقد ضمان، قائل به تسهیم شد زیرا:

راه حل مزبور با اصل عدم زیاده دین بر عهده ضامن مطابقت بیشتری دارد، و چنانچه مضمون‌له مدعی تضامنی بودن عقد ضمان مذکور است، بایستی آن را ثابت نماید.

راه حل فوق‌الذکر با نظریه نقل ذمه به ذمه همخوانی دارد.

ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد، در ضمن عقدی واحد، قرینه‌ای دال بر قصد طرفین عقد بر ضمانت به نحو تسهیم می‌باشد.

راه حل مزبور با اصل انصاف و حفظ هرچه بیشتر حقوق ضامنین و مضمون له، توأم هم پوشانی بیشتری دارد.

۱-۲. ضمان تضامنی

همانگونه که در بحث پیرامون سایر انواع تعدد ضمانت‌ها از یک دین مشاهده گردید. در تمامی آن‌ها بجز ضمان بنحو تسهیم؛ در نهایت امر تنها یک نفر بعنوان ضامن شناخته می‌شود که ذمه مدیون اصلی به او منتقل شده و در برابر شخص طلبکار مسئولیت می‌یابد و ذمه اش به دین مالی مشغول می‌گردد. در مورد ضمان به نحو تسهیم نیز در

واقع آن‌چه که رخ می‌دهد آن است که هر یک از ضامنین ذمه اش به سهمی از دین اصلی مشغول شده و به همان میزان از دین اصلی مسئولیت پرداخت دارد؛ لذاست که در هیچیک از موارد مذکور، نمی‌توان گفت که تعدد مسئولیت‌ها در پرداخت یک دین محقق شده است.

در ضمان عقدی، تنها در صورتی می‌توان شاهد تعدد مسئولیت‌ها در پرداخت یک دین بود که بتوان چندین ضامن را برای یک دین تصور نمود. چنین امری تحقق نمی‌یابد مگر در ضمان تضامنی. در این نوع ضمانت، ضامنین متعدد ضمن تصریح بر ضمانت هرکدام از آن‌ها از تمامی دین فرد مضمون‌عنه در برابر مضمون‌له، از دین مزبور ضمانت به عمل می‌آورند. لذا در این حالت، مضمون‌له، حق مراجعه به هر یک از ضامنین، جهت تأدیه تمامی دین را دارا خواهد بود و آنان نیز به نوبه خود، حق مراجعه به مضمون‌عنه را دارند.

گاه ممکن است که تضامن میان ضامن و مدیون اصلی وجود داشته باشد. یعنی آن‌که پس از انعقاد عقد ضمان، ضامن و مدیون اصلی، هر دو در برابر شخص طلبکار ذمه شان مشغول باشد و ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی ضمیمه شود و آنگاه شخص طلبکار قادر است که برای وصول طلب خود به هر یک از آن‌ها منفرداً یا مجتمعاً مراجعه کند. در اینجا نیز می‌توان گفت که ضمان تضامنی حاصل شده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۸) در تعدد ضامنین در ضمان تضامنی نیز سه حالت قابل تصور است: (۱) ایجاد تضامن میان ضامنین متعدد و بری شدن ذمه مدیون اصلی، (۲) ایجاد تضامن میان مدیون اصلی با هر یک از ضامنین به صورت جداگانه، (۳) ایجاد تضامن میان تمامی ضامنین و مدیون اصلی.

حال پس از شناخت مفهوم ضمان تضامنی؛ در این قسمت از تحقیق، ضمان تضامنی و جایگاه آن در فقه امامیه، حقوق ایران و امکان تحقق آن در هر یک از نظام‌های حقوقی فوق مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

الف) در حقوق ایران

به موجب ماده ۶۹۸ ق.م: « بعد از این‌که ضمان بطور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود». لذا، نویسندگان قانون مدنی، به پیروی

از فقهای امامیه، مفهومی از ضمان را پذیرفته‌اند که به موجب آن ذمه مدیون به ضامن منتقل شده و ذمه ضامن وثیقه طلب نبوده و جنبه فرعی ندارد. در عقد ضمان، دین مضمون بطور کامل به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و ذمه مضمون‌عنه فارغ می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۸) برخی از حقوقدانان این‌گونه معتقدند که توافق اشخاص در این زمینه موثر است و طرفین عقد می‌توانند ترتیبی اتخاذ کنند که طلبکار ابتدا به مدیون اصلی مراجعه نموده و پس از آن طلب خد را از ضامن بخواهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۸) در ماده ۶۹۹ ق.م نیز به این مسأله اشاره شده است. قانونگذار در این ماده این‌گونه بیان می‌دارد که: «تعلیق در ضمان، مثل این‌که ضامن قید کند اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد». یعنی آن‌که ضامن نمی‌تواند انتقال دین به ذمه خود را معلق به امور احتمالی نماید، ولی قادر است وفای به عهد از سوی خویش را منوط و مشروط به مراجعه طلبکار به مضمون‌عنه؛ پیش از رجوع به خود نماید.

حال سؤال این است که در صورت انجام چنین توافقی؛ آیا عقد ضمان به معنی واقعی آن؛ یعنی بری شدن ذمه مدیون اصلی و انتقال آن به ذمه ضامن صورت می‌پذیرد و یا آن‌که در این حالت ذمه ضامن به مدیون اصلی ضمیمه می‌گردد؟ برخی از حقوقدانان معتقدند که در این حالت، امکان رجوع طلبکار به مدیون دلیل بر اشتغال ذمه مدیون و ضم ذمه ضامن به ذمه اوست. لذا در این فرض، ضامن و مضمون‌عنه هر دو در برابر طلبکار مشغول الذمه هستند و نوعی تضامن طولی بین آن‌ها برقرار است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۹۵). اما پذیرفتن این نظر، با توجه به پذیرش اصل نقل ذمه به ذمه در عقد ضمان نزد فقهای امامیه و عدم پذیرش ضم ذمه به ذمه نزد آنان، دشوار به نظر می‌رسد. برخی دیگر از حقوقدانان این‌گونه بیان می‌دارند که: «دلیل اباحه در بخش دوم ماده این است که انتقال دین معلق نیست و مدیون در اثر نتیجه طبیعی عقد ضمان، بری شده است و مدیون جدید (ضامن) اجرای تعهد را معلق به به امری می‌کند. درست است که بطور معمول برای گرفتن طلب به مدیون باید رجوع شود، ولی باید توجه داشت که مضمون‌عنه، حتی پس از انتقال ذمه او به ضامن، نسبت به رابطه حقوقی میان ضامن و طلبکار بیگانه نیست؛ دین اوست که بوسیله ضامن

پرداخت می‌شود... پس اگر در عقد ضمان شرط شود که التزام به تأدیه از سوی ضامن منوط به مطالبه از مدیون پیشین باشد، نباید شگفتی بوجود آورد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۳۰) به نظر می‌رسد که استدلال مزبور فاقد مبنای حقوقی بوده و نمی‌توان ماده ۶۹۹ ق.م. را با آن توجیه حقوقی نمود.

شاید بتوان این‌گونه بیان داشت که؛ ماده ۶۹۹ ق.م. حالتی را تشریح می‌کند که در آن دین از ذمه مدیون اصلی به ضامن منتقل شده است و ذمه مضمون‌عنه بری شده است؛ ولی در ضمن عقد ضمان و یا عقد لازمی دیگر این‌گونه شرط شده است که شخص مضمون‌عنه؛ بدون آن‌که ذمه اش مشغول به دین مالی منتقل شده باشد، در برابر طلبکار مسئول پرداخت دین می‌باشد و آنچه که بر ذمه اوست انجام فعل پرداخت است. طلبکار بایستی قبل از رجوع به ضامن که اکنون مدیون محسوب می‌شود، بایستی به مسئول پرداخت دین (مضمون‌عنه) مراجعه کند. به این ترتیب می‌توان ماده ۶۹۹ ق.م. را بی آن‌که با اصول پذیرفته شده در فقه امامیه و حقوق ایران تعارضی داشته باشد؛ توجیه نمود.

بنابر آنچه بیان شد؛ ضمان تضامنی میان مدیون اصلی و ضامن در ضمان عقدی در حقوق ایران، به پیروی از نظر فقهای امامیه، و عدم امکان عقلی اشتغال چندین ذمه به دین واحد، امری غیر قابل پذیرش است و حتی با توافق طرفین عقد نیز عملی نمی‌باشد.

در مورد ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد؛ برخی از حقوقدانان تضامن در حقوق مدنی را برخلاف اصل دانسته اند، لذا بنابر نظر آنان، در عقد ضمان، اصل بر عدم تضامن است، مگر آن‌که طرفین در عقد تصریح نمایند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۴۵) پس تنها در صورتی می‌توان ضمانت‌های متعدد از دین واحد را، در یک عقد واحد، تضامنی محسوب نمود که طرفین بدان تصریح نموده باشند. عده‌ای از حقوقدانان، ضمانت به نحو تضامن، از سوی ضامنین متعدد از دین واحد را در ضمن عقد واحد نپذیرفته‌اند، این‌گونه بیان می‌دارند که «در عقد ضمان، چنان‌چه تصریح کنند، که متضامناً ضامن دین می‌شوند. در این مورد تکلیف روشن است. یعنی در حقوق تجارت به موجب ماده ۴۰۴ ق.ت،^۲ ضمان مذکور بلاشکال است. اما در حقوق مدنی، ماده

۶۸۹ ق.م، آن را نپذیرفته و فقط به مضمون له اجازه داده شده که ضمان یکی از ضامنین را بپذیرد و عقد ضمان به طرفیت او منعقد خواهد شد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۵۳)

ماده ۶۸۹ ق.م به شرح ذیل است: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هرکدام که مضمون له قبول کند صحیح است.» به نظر می‌رسد که ماده فوق‌الذکر ناظر به جایی است که ضمانت چند ضامن به نحو تضامن، در ضمن چند عقد صورت گرفته باشد و نه در ضمن یک عقد. لذا تمسک بدین ماده، در توجیه عدم صحت ضمانت ضامنین متعدد از یک دین در ضمن عقد واحد به نحو تضامن (همراه با تصریح بر تضامن) محل تأمل است. ولی بنا بر آن که ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد بنحو تضامنی در هر صورت، مورد پذیرش در فقه امامیه نبوده و اصل نیز پیروی قانونگذار از نظریات فقه امامیه می‌باشد؛ لذا باید این ماده را ناظر بر موردی که چندین نفر در ضمن یک عقد از دینی واحد ضمانت می‌نمایند نیز دانسته، و نظر این گروه از حقوقدانان را صحیح بر شمرد.

برخی دیگر از حقوقدانان نیز، در رد صحت این نوع از ضمانت این گونه استدلال نموده‌اند که قبول صحت چنین عقدی مخالفت صریح با اصل نقل ذمه به ذمه خواهد داشت، زیرا با قبول این اصل، تصور وجود چندین مدیون برای دین واحد ممکن نیست. به عبارت دیگر، چون مضمون عنه یک اشتغال ذمه بیشتر نداشته است، لذا مافی‌الذمه نمی‌توانست در آن واحد، کلاً به ذمه اشخاص متعدد منتقل شود. و چون ضامنین، متعدد بوده‌اند و معلوم نیست که دین به ذمه کدام یک از آن‌ها منتقل شده است، لذا عقد ضمان به واسطه مجهول بودن طرف عقد باطل خواهد بود. (منصورالسلطنه، ۱۳۷۳، ص ۳۶۳) به نظر این دسته از حقوقدانان، موافقین صحت این نوع از ضمانت، ممکن است دلایل ذیل را اقامه نمایند:

اولاً درست است که قانون مدنی عقد ضمان را نقل ذمه به ذمه تلقی کرده، ولی با قبول این اصل، امکان تصور مدیونین، یا لاقلاً ملتزمین متعدد را به نحو ترتیب، بدین صورت که التزام آنان در طول یکدیگر باشد و مضمون له در هیچ حالتی نتواند به بیش از یکی از ضامنین رجوع کند را برای دین واحد به طور مطلق نفی نکرده است.

ثانیاً قانون مدنی در عین حال که در عقد ضمان، اصل نقل ذمه به ذمه را قبول کرده، نخواسته و یا نتوانسته است که تمام اثرات مترتب بر این اصل را قبول کند. چنانچه در موارد عدیده‌ای، من جمله ماده ۷۰۷ ق.م، اشتغال ذمه مضمون عنه در مقابل مضمون له مفروض شده است، و یا صحبت از ابرای ذمه مضمون عنه به میان آمده است، حال آن که اگر اصل نقل ذمه به ذمه به طور مطلق قبول شود، دیگر نمی‌بایست تصور اشتغال ذمه مضمون عنه در مقابل مضمون له بشود، تا حکمی برای ابرای آن معین گردد. اگر برای تخطئه این استدلال گفته شود که مقصود قانونگذار از ابرای ذمه مضمون عنه، همان ابرای ذمه ضامن بوده است، اجتهاد در مقابل نص خواهد بود، زیرا در مقابل ماده ۷۰۷ ق.م که می‌گوید: «اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود مگر این که مقصود ابراء از اصل دین باشد.» چگونه می‌توان ادعا نمود که مقصود قانون در قسمت اول این ماده، ابرای ذمه ضامن بوده، نه مضمون عنه.

ثالثاً قانون مدنی، نه فقط این که تمام نتایج اصل نقل ذمه به ذمه را قبول و اجرا نکرده و بطلان ضمانت ضامنین متعدد را به نحو مذکور در فوق، تصریحاً و تلویحاً اعلام ننموده است، بلکه از مفهوم ماده ۶۸۹ ق.م که متن آن در صفحات پیشین ذکر گردید، می‌توان استدلال نمود که هرگاه چند نفر ضامن شخصی بشوند و مضمون له ضمانت همه آن‌ها را قبول کند، عقد ضمان صحیح خواهد بود. لذا فرد فرد ضامنین، مشمول این ماده شده و مضمون له می‌تواند در مقابل هر کدام به این ماده استناد کند و صحت ضمانت او را ثابت نماید.

رابعاً دلیل دیگری که ممکن است برای صحت عقد مفروض شود، دلیلی است که از قانون تجارت می‌توان استخراج نمود. زیرا مسلم است که قانون مزبور، به دارنده برات حق داده است که برای وصول وجه آن، که بیش از یک دین نیست، به هر یک از محیل، محال علیه و یا ظهرنویس‌ها که بخواهد رجوع کند. (منصورالسلطنه، ۱۳۷۳، ص ۳۶۳)

در پاسخ به استدلالات فوق این گونه بیان داشته‌اند که:

اولاً بر فرض امکان تصور مدیونین متعدد برای دین واحد، و بر فرض این که قانون مدنی امکان وقوع چنین ترتیبی را به طور مطلق نفی کرده باشد، این نکته مسلم

است که در مورد عقد ضمان به خصوص اصل نقل ذمه به ذمه قبول شده است. بنابراین، مخالفت با این اصل، فقط در موردی ممکن خواهد بود که قانون آن را صراحتاً اجازه داده باشد، و چون، نه استناد به صحت التزامی، که ضمن عقد لازم می‌شود و برای دین واحد ملتزمین متعدد ایجاد می‌کند و نه استناد به اینکه در مورد بخصوصی قانون مدنی از قبول تمام نتایج نقل ذمه به ذمه منصرف شده است، و بالاخره، نه استناد به مفهوم ماده ۶۸۹، نص صریحی را نشان می‌دهد، که امکان نقل تمام مافی‌الذمه مضمون‌عنه را در آن واحد، به ذمه ضامنین متعدد تجویز نموده باشد. آنچه از نص ماده فوق‌الذکر بر می‌آید آن است که مقصود قانونگذار از امکان پذیرش ضمانت یکی از اشخاص از سوی مضمون‌له، امکان ضمانت تنها یک شخص از دین واحد بوده و نه بیشتر. لذا این استدلال غیر قابل پذیرش است. علاوه بر این، در مورد امکان التزام اشخاص متعدد به پرداخت دین واحد؛ بدون آن‌که ذمه آنان بدان مشغول گردد؛ که موافقین امکان تحقق ضمان تضامنی به آن استناد نموده‌اند بایستی این‌گونه عنوان داشت که آنچه در این مورد، در عالم حقوق رخ می‌دهد عقد ضمان نمی‌باشد که بتوان آنرا مبنای قیاس قرار داد. زیرا بنابر تعریف عقد ضمان؛ انتقال ذمه به ضامن در این عقد از اوصاف لاینفک آن است. آنچه را که فاقد این وصف باشد را نمی‌توان عقد ضمان نامید. لذا از آنجا که در ایجاد التزامات متعدد در پرداخت یک دین، ذمه مدیون اصلی منتقل نشده و کماکان پابرجا است؛ پس نمی‌توان آن را ضمان تضامنی نامید. در مورد مصادیقی که این گروه از حقوقدانان در مورد تحقق ضمان تضامنی در این موارد، بدانها اشاره می‌کنند؛ من جمله اشتغال ذمه غاصبان در برابر مالک، التزام به تأدیة دین دیگری، ضمان تضامنی به موجب قرارداد خصوصی بر اساس ماده ۴۰۳ ق.ت. و... (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۳۸) تمامی این موارد از جمله مصادیق تعدد مسئولیت‌ها به معنای اخص می‌باشند که در آن‌ها هیچگونه ضم ذمه به ذمه‌ای روی نمی‌دهد.

ثانیاً: دلیل مستخرج از قانون تجارت، دلیل بی‌اساسی است، زیرا که در مقابل احکام قانون مدنی، احکام قانون تجارت، احکام استثنایی است، و برای حکم در دعوی حقوقی، نمی‌توان به احکام قانون تجارت استناد کرد. حال آن‌که بالعکس، برای حکم در دعوی تجاری، حاکم مکلف است که چنانچه در قانون تجارت حکم خاصی نباشد، به

قانون مدنی مراجعه نموده و قضیه را مطابق احکام مزبور حل و فصل کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۳۸) حتی در صورت پذیرش امکان تسری احکام قانون تجارت در امور مدنی؛ آنچه در مورد مسئولیت امضاء کنندگان برات و سایر اسناد تجاری صورت می‌گیرد ضمان تضامنی نبوده، که بتوان آنرا شاهد مثالی برای تحقق ضم ذمه به ذمه دانست. بلکه امضاء کنندگان متعدد این گونه اسناد، تنها مسئولیت پرداخت در برابر دارنده آن را بر عهده دارند؛ بی آن‌که ذمه آنان به مبلغ آن سند مشغول شده باشد. در اینجا تنها یک مدیون اصلی وجود داشته که ذمه اش به دین مالی مشغول می‌باشد و سایرین تنها مسئولیت پرداخت را دارند.

برخی از حقوقدانان، این نوع از ضمانت را صحیح دانسته و این‌گونه بیان داشته‌اند که در این صورت، مضمون‌له می‌تواند به هر یک از ضامنین برای همه دین رجوع کند و ایفاء دین بوسیله یکی از آن‌ها ذمه دیگران را بری خواهد کرد. (صفایی، ۱۳۵۱، ص ۴۶۶)

قانون مدنی، اشاره‌ای به این نوع از ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد، ننموده است، و همان‌گونه که بیان شد قانون مزبور، تنها ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد، به قید تسهیم، را مورد اشاره قرار داده است.

لذا، بنابر اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران،^۳ در این حالت، در صورت بروز اختلاف، بایستی به منابع معتبر اسلامی، یا فتاوی معتبر مراجعه نمود. از آنجا که اکثریت فقهاء در فقه امامیه، نقل ذمه به ذمه مورد پذیرش قرار گرفته است، و ضم ذمه به ذمه پذیرفته نشده است. این نوع از ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد را نپذیرفته‌اند. (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۱۵۲، طوسی، بی‌تا، ص ۱۳۵؛ کرکی، ۱۴۰۸ه.ق، ص ۳۴۱) لذا بایستی به این مسأله گردن نهاد و چنین بیان داشت که ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد، در حقوق ایران قابل تحقق نمی‌باشد.

حال سؤالی که مطرح می‌باشد این است که با عدم پذیرش ضمانت ضامنین متعدد از دین واحد در ضمن عقد واحد، آیا بایستی عقد مزبور را باطل دانست و یا این‌که شرط تضامن باطل بوده و عقد صحیح می‌باشد؟

از آنجا که شرط مزبور از شروط خلاف مقتضای عقد نبوده و نیز شرط مجهولی نیز نمی‌باشد که منجر جهل به عوضین شود لذا از معنای مخالف ماده ۲۳۳ و نیز نص ماده ۲۳۲ می‌توان نتیجه گرفت که شرط تضامن باطل بوده، ولی مفسد عقد نیست، و عقد ضمان کماکان صحیح است.

در این مرحله، بایستی دید که با وجود صحت عقد ضمان، از بین ضامنین متعدد، چه کسی ضامن دین خواهد بود. در عقد مزبور، ضمانت ضامنین متعدد در یک زمان صورت گرفته است و هیچ دلیلی بر ترجیح دادن ضمان یکی از ضامنین بر دیگری وجود ندارد. به نظر می‌رسد که مورد مزبور محل اجرای «القرعه لکل أمر مشکل» می‌باشد، و می‌توان ضامن دین را به طریق قرعه، از بین ضامنین متعدد، مشخص نمود.

برخی از حقوقدانان با پذیرش عدم امکان تحقق ضمان تضامنی در حقوق مدنی؛ با توجه به ماده ۴۰۴ ق.ت؛ تحقق ضمان تضامنی در حوزه حقوق تجارت را امکان پذیر دانسته و آنرا امری واضح تلقی می‌کنند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۷۹) این ماده، حکم ماده ۴۰۳ ق.ت را در موردی که چند نفر، به موجب قانون یا قرارداد، متضامناً مسئول انجام تعهدی می‌گردند نیز جاری می‌داند. ماده ۴۰۳ ق.ت چنین بیان می‌دارد: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.» برخی دیگر از حقوقدانان در این باره پا را فراتر نهاده و با استناد به مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ ق.ت؛ علاوه بر استخراج امکان تحقق عقد ضمان بر اساس اراده طرفین عقد در حوزه حقوق تجارت؛ بر مبنای انتقال دین یا تضامن و یا وثیقه دین؛ لحن مواد مزبور را به گونه‌ای می‌دانند که نمی‌توان آنرا مختص امور تجاری دانست و آنرا در سایر حوزه‌های حقوق، من جمله حوزه حقوق مدنی جاری و ساری می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۳۱) در پاسخ این گروه از حقوقدانان این گونه می‌توان گفت که؛ ماده ۴۰۲ ق.ت حالتی کاملاً مشابه با مورد مذکور در ماده ۶۹۹ ق.م را بیان می‌کند که در آن انعقاد عقد ضمان دینی که بر ذمه مضمون‌عنه بوده است، به ذمه ضامن منتقل می‌گردد، ولی در اثر شرط لازم الاجرائی، طلبکار ملزم است که جهت امکان مراجعه به ضامن ابتدا به

شخص مضمون‌عنه مراجعه نماید. لذا ماده مزبور نمی‌تواند دلیلی بر پذیرش ضمان تضامنی در امور تجاری و تسری آن به امور مدنی باشد.

در مورد ماده ۴۰۳ ق.ت. نیز این‌گونه به نظر می‌رسد که مقصود قانونگذار از ضمان تضامنی همان مسئولیت تضامنی بوده باشد که همانا مسئولیت پرداخت از سوی ضامن است، بی آن‌که ذمه مدیون اصلی به او منتقل شده باشد. زیرا در ماده ۲۴۹ ق.ت. در انتهای ماده، هنگامیکه از مسئولیت ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه و یا ظهر نویس را کرده، سخن به میان می‌آید، قانونگذار از مسئولیت تضامنی او و شخص مضمون‌عنه سخن می‌گوید و نه ضمان تضامنی. حال ممکن است گفته شود که شاید مقصود قانونگذار از مسئولیت تضامنی در این ماده، ضمان تضامنی بوده باشد و ذمه ضامن بنابر این ماده به ذمه مضمون‌عنه ضمیمه شود، نه آن‌که او تنها مسئول پرداخت محسوب شود. در پاسخ این‌گونه می‌توان گفت که در صدر ماده مزبور، هنگامی که قانونگذار پیرامون مسئولیت امضاء کنندگان برات سخن می‌گوید، از آن به عنوان مسئولیت تضامنی تعبیر می‌کند. همان‌گونه که در مطالب سابق بیان شد، مسئولیت امضاء کنندگان برات همان تعدد مسئولیت‌ها پرداخت است که در آن شخص بدون آن‌که ذمه‌اش به دین مالی مشغول شده باشد، متعهد به پرداخت دین مالی مزبور به شخص طلبکار می‌باشد. لذا مقصود از مسئولیت تضامنی در قسمت نخست ماده ضمان تضامنی نمی‌باشد. پس ناگزیر بایستی پذیرفت که مقصود قانونگذار از مسئولیت تضامنی در قسمت انتهایی ماده نیز همان تعدد مسئولیت هاست. زیرا نمی‌توان ادعا نمود مقصود قانونگذار از یک اصطلاح در یک ماده، دو معنای مختلف باشد. بنابراین می‌توان گفت، عقدی که بر اساس ماده ۴۰۳ ق.ت. منعقد می‌گردد عقد ضمان به معنای واقعی آن نبوده؛ بلکه عقدی است بر اساس ماده ۱۰ ق.م. که دارای آثار مشابهی با عقد ضمان است.

ب) در فقه امامیه

در فقه امامیه، از آنجا که نقل ذمه به ذمه مورد پذیرش قرار گرفته است، و ضم ذمه به ذمه پذیرفته نشده است، لذا اکثریت فقهای امامیه، این نوع از ضمانت ضامنین متعدد از

دین واحد را نپذیرفته‌اند. (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۶۹۳؛ کرکی، ۱۴۰۸ه.ق، ص ۳۴۱) برخی از فقهای امامیه نیز آن را پذیرفته‌اند. (ابن حمزه، ۱۴۰۸ه.ق، ص ۲۰۸) عقد ضمان را مشهور فقهای امامیه این‌گونه تعریف کرده‌اند که؛ نقل ذمه‌ای به ذمه دیگر است. یعنی آن‌که با تحقق این عقد، ذمه مدیون اصلی بری شده و به ذمه ضامن منتقل می‌گردد. ولی در مقابل، فقهای اهل سنت، ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌دانند. بدین ترتیب در نظر آن‌ها، مضمون‌عنه برائت ذمه نمی‌یابد؛ بلکه مضمون‌له مختار است که به هر یک از ضامن یا مضمون‌له برای وصول طلب خود مراجعه کند. (حلی، ۱۳۸۸، ص ۸۰)

محقق حلی در باره اثر ضمان این‌گونه می‌گوید: «و مع الضمان ینتقل المال الی ذمه الضامن و یرء المضمون‌عنه و تسقط المطالبه عنه» (حلی، ۱۹۶۱م، ص ۱۰۸) یعنی آن‌که با تحقق عقد ضمان، مال از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن منتقل شده و مضمون‌عنه بری الذمه می‌شود. لذاست حق مطالبه دائن از مضمون‌عنه ساقط می‌گردد. در مقابل، در فقه اهل سنت عکس این مسأله به چشم می‌خورد. جزیری از قول حنفی‌ها، عقد ضمان را این‌گونه تعریف می‌کند: «انها ضم ذمه الی ذمه فی المطالبه بالنفس أو دین أو عین؛ فالاقسام ثلاثه..» (الجزیری، ۱۹۸۶م، ص ۳۲۳) یعنی آن‌که ضمان ضم ذمه به ذمه است در مطالبه دین یا عین یا احضار نفس....

دلایل فقهای امامیه در مورد پذیرش نظریه نقل ذمه به ذمه در عقد ضمان به شرح ذیل می‌باشد:

۱- دلیل لغوی

فقهای امامیه این‌گونه معتقدند که ضمان مشتق از «ضمن» است. دلیل آن را وجود حرف نون در تمامی تصاریف و مشتقات آن، من جمله، ضامن، مضمون، تضامن، تضمین و... می‌دانند که نوید این مدعا است. لذا چون «ضمن» به معنی طی و در خلال

چیزی است. پس ضمان بر نقل ذمه دلالت می‌کند و سبب می‌شود که ذمه مدیون اصلی ضمن ذمه ضامن قرار گیرد. (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۱۱۳؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۶۰۲)

۲- دلیل نقلی

مقصود از دلیل نقلی، مجموعه روایاتی است که نصوص یا ظواهر آن‌ها مفید برائت ذمه مضمون‌عنه پس از انعقاد ضمان است. فقهای امامیه در این مورد به چند حدیث استناد نموده‌اند که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱) روایت ابی سعید خدری که ترجمه آن چنین است: «محمد بن حسن در خلاف از ابی سعید خدری نقل می‌کند که گفت: با رسول خدا(ص) در تشییع جنازه‌ای بودیم. حضرت فرمودند: آیا متوفی دینی بر عهده دارد؟ گفتند: بله، دو درهم مدیون است. حضرت فرمودند: خودتان بر جسد نماز بگذارید. علی(ع) فرمود: یا رسول الله آن دو درهم بر عهده من و من برای آن دو درهم ضامن هستم. پس رسول خدا(ص) برخاست و بر جنازه نماز گزارد و سپس رو به علی(ع) کرد و فرمود: خدا تو را جزای خیر دهد و ذمه ات را آزاد سازد که تو ذمه برادرت را آزاد کردی.» (حر عاملی، بی‌تا، ص ۱۷۱)

۲) روایت دیگر از جابر بن عبد الله انصاری است. جابر نقل می‌کند که رسول خدا صلی الله علیه و آله وسلم هیچگاه بر شخصی که در حال مدیون بودن وفات می‌کرد؛ نماز نمی‌گزارد. زمانی جنازه‌ای را نزد ایشان آوردند. آن حضرت پرسیدند: آیا بر عهده او از شما دینی وجود دارد؟ پاسخ دادند: آری، او دو دینار بدهکار است. حضرت فرمودند: خودتان بر او نماز بگذارید. ابوقتاده گفت: آن دو دینار را من ضامن می‌شوم. حضرت آنگاه نماز گزاردند. (حر عاملی، بی‌تا، ص ۱۷۱)

فقهای امامیه، این دو روایت را دلیل ناقل بودن ضمان می‌دانند، و می‌گویند که اشتغال ذمه متوفی مانع نماز گزاردن حضرت بر میت شد؛ یعنی آن‌که با اشتغال ذمه متوفی، پیامبر(ص)، حاضر نبود که بر میت نماز بگذارد. ولی با ضمان که موجب شد ذمه میت فارغ شود؛ ایشان بر جسد نماز گزاردند و به حضرت علی(ع) فرمودند که خداوند ذمه‌ات را آزاد سازد آن‌که ذمه برادرت را آزاد نمودی. این گفته صراحت دارد که با ضمان، ذمه مضمون‌عنه به ضامن منتقل شده و مدیون اصلی بری الذمه می‌گردد.

۳) امام صادق(ع) فرموده اند: هنگامی که محمد بن اسامه در بستر مرگ بود؛ بنی هاشم بر او وارد شدند. پس خطاب به آنها گفت: قرابت و منزلت من بر شما روشن است؛ اما من دینی دارم که می‌خواهم دین مرا ادا کنید. علی بن الحسین(ع) فرمودند: ثلث دینت بر عهده من. سپس سکوت نمودند و حاضران نیز سکوت کردند. سپس حضرت فرمودند: همه دین تو بر عهده من، و سپس فرمودند: تنها چیزی که مانع شد بار اول همه دین او را ضمانت کنم، کراهت از این موضوع بود که بگویند بر دیگران سبقت گرفتم. (حر عاملی، بی‌تا، ص ۱۵۱)

۴) در روایت احتضار عبدالله بن حسن نیز ضمانت ناقل ذمه است. روایت چنین است که عبدالله در حالت احتضار بود که طلبکارانش بر او وارد شدند و در همان حالت دین خود را مطالبه کردند. او پاسخ داد که من چیزی ندارم که به شما بدهم؛ راضی شوید به ضمانت هر یک از این دو نفر که مایل هستید؛ پسر عمویم علی بن حسین یا عبد الله بن جعفر. طلبکاران گفتند که عبدالله بن جعفر هر چند مالدار است، ولی در ادای دین سهل انگار است و آن را طول می‌دهد و علی بن حسین نیز مالی ندارد، ولی صادق و درست کردار است، و نزد ما محبوب‌تر می‌باشد. آن‌گاه عبدالله بن حسن شخصی را نزد امام سجاد(ع) روانه ساخت تا جریان را با ایشان در میان گذارد. آن حضرت فرمودند: من ضامن تمام طلب‌های شما می‌شوم؛ در حالی که آن زمان هیچ غله‌ای نداشتند. ولی در فصل رسیدن غله، خداوند برای ایشان آن را فراهم ساخت؛ آن‌گاه ایشان دیون را پرداخت کردند. (حر عاملی، بی‌تا، ص ۱۵۱)

۵) حدیث دیگری که فقهای امامیه در اثبات ناقل بودن عقد ضمانت به آن تمسک می‌کنند، حدیث نبوی «الزعیم غارم» است. منقول است که حضرت(ص)، در روز فتح مکه فرمودند: عاریه باید ادا شود و هدیه پاسخ داده شود و دین اجرا شود و زعیم(ضامن) مسئول است. این حدیث دلالت بر اشتغال ذمه ضامن و مسئولیت او دارد. (نوری، بی‌تا، ص ۴۹۷)

فقه‌های امامیه بر اثر انتقالی عقد ضمان و منع انضمام ذمه تأکید خاصی دارند، به طوری که برخی از ایشان این‌گونه قائلند که هیچ‌گونه اختلاف نظری در این مورد در میان ایشان وجود ندارد. (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۱۲۷)

۳- دلیل عقلی

فقه‌های امامیه برای اثبات نظریه نقل ذمه به ذمه در عقد ضمان، به چند دلیل عقلی نیز تمسک جسته‌اند که به شرح ذیل می‌باشند:

۱) عدم امکان اشتغال ذمه‌های متعدد برای دین واحد: فقه‌های امامیه این‌گونه بیان می‌دارند که دو ذمه نمی‌تواند در آن واحد به یک دین مشغول باشد و یک ذمه به سبب تردید و عدم تعیین مشغول به آن باشد. در نتیجه، ثمره ضمان باید انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ضامن بوده و ذمه مضمون‌عنه برائت یابد. برخی از فقها نیز این‌گونه عنوان نموده‌اند که «کیف يتصور ابدال متعدد لمبدل واحد، نظراً الى أن الضمان المتعدد يقتضى تعهد كل يد لرد بدل العين...» (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۲۷۷) ملاحظه می‌شود که پذیرش ضمان‌های متعدد، این تالی فاسد را دارد که یک چیز دو بدل می‌یابد، و این امری محال است. لذا آنچه مانع از پذیرفتن ضمان متعدد می‌شود، این است که لازم می‌آید که یک چیز دو بدل داشته باشد. این استدلال را به صورت منطقی می‌توان این‌گونه بیان نمود که وجود اشتغال ذمه‌های متعدد برای دین مانع عقلی دارد. ضمان اگر مقتضی ضم ذمه به ذمه باشد، موجب اشتغال ذمه‌های متعدد برای دین واحد می‌شود؛ بنابراین ضمان به طریق ضم ذمه به ذمه مانع عقلی دارد. به عبارت دیگر، دین واحد است، و وقتی در ذمه ضامن ثابت شد، ذمه مضمون‌عنه فارغ می‌شود. همان‌طوری که یک عین معین خارجی نمی‌تواند در آن واحد مظلوف ظروف متعدد باشد. بدین ترتیب، ضم ذمه به ذمه مستلزم تعدد دین واحد است و باعث می‌شود دین اصلی در ذمه مدیون اصلی باقی بماند و در همان حال دین جدیدی نیز بلا سبب بر ذمه ضامن قرار گیرد و این امری محال است. بنابراین، در برابر طلبکار، باید ذمه ضامن مشغول

باشد یا ذمه مضمون‌عنه؛ اگر بخواهیم که عقد ضمان منشاء اثر باشد، ناچار باید ذمه ضامن را مشغول دانسته و ذمه مضمون‌عنه را بری شده فرض کنیم. (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۱۱۳)

۲) برخی از فقهای امامیه این‌گونه بیان می‌دارند که طلب و دین دو چهره یک حقیقت واحد هستند، که به اعتبار جنبه مثبت آن، طلب نامیده شده، و به اعتبار جنبه منفی آن دین خوانده می‌شود. پس چگونه ممکن است در برابر یک طلب چندین دین وجود داشته باشد؟ در ضمان، اگر قرار باشد که مدیون اصلی و ضامن؛ هر دو در برابر طلبکار مدیون باشند، و او بتواند برای وصول طلب خود؛ از آنجایی که هر دوی آنان در برابر او مدیون هستند، به هر یک از آنان مراجعه کند؛ معنی این اختیار، ایجاد اشتغال دو ذمه در برابر یک طلب است، و این موضوع با توجه به استدلال فوق‌الذکر متفی است. لذا در برابر طلبکار، یا باید ذمه ضامن و یا ذمه مضمون‌عنه مشغول باشد. اگر بخواهیم که عقد ضمان دارای منشاء اثر بوده باشد، باید تنها ذمه ضامن را مشغول بدانیم. (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۱۲۷)

۴- اجماع

از جمله دلایلی که بر لزوم اثر انتقالی و رد اثر انضمامی عقد ضمان در فقه امامیه آمده است؛ اجماع می‌باشد. برخی از فقها هر دو قسم اجماع محصل و منقول را در این موضوع فراهم دانسته و این‌گونه بیان می‌دارند: «بلا خلاف فی شی عندها و لا اشکال، بل اجماع بقسمه علیه» (نجفی، ۱۹۸۱م، ص ۱۱۳)

در قانون مدنی، پیرامون تعدد ضمانت‌ها به نحو تضامن میان ضامنین متعدد از دینی واحد، به صراحت سخنی بیان نشده و ماده‌ای در این قانون، به این موضوع اختصاص نیافته است. ولی با توجه به ماده ۶۹۸ق.م که ضمان تضامنی را میان ضامن و مضمون‌عنه را منع نموده و نیز بنابر قول فقهای امامیه که ضم ذمه به ذمه را در هر صورت نمی‌پذیرند و قائل به انتقال ذمه مدیون اصلی به ضامن و برائت ذمه او هستند. لذا، بنابر اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، که بیان می‌دارد، در صورت بروز اختلاف، بایستی به منابع معتبر اسلامی، یا فتاوی معتبر مراجعه نمود. از آنجا که

اکثریت فقهاء، بنابر اصل پذیرفته شده نقل ذمه به ذمه، ضمانت به نحو تضامن از دین واحد را پذیرفته‌اند، لذا بایستی بدین مسأله گردن نهاده و انگونه بیان نمود که؛ ضمان تضامنی میان ضامنین متعدد در ضمانت از دینی واحد، در حقوق ایران مورد پذیرش نمی‌باشد و از هر دین، تنها یک نفر می‌تواند از تمامی آن ضمانت نماید و لا غیر.

نتیجه

همان‌گونه که در این نوشتار گذشت، در بحث تعدد ضمانت‌ها از یک دین، تنها به حالت تعدد ضمانت‌ها به نحو تسهیم در ضمن یک عقد اشاره نموده است (ماده ۷۲۱ ق.م) و در سایر مواردی که در این نوشتار بدانها اشاره شد، مسکوت است. البته لازم به توضیح است که ماده ۶۸۹ ق.م، هرچند اشاره‌ای مستقیم به بحث تعدد ضمانت‌ها از یک دین ندارد، ولی در پاره‌ای از موارد همچون، حالت تعدد ضمانت‌ها از یک دین، در ضمن چند عقد و به نحو تعاقب، کارگشا است. حال که در سایر حالات تعدد ضمانت از یک دین با سکوت قانون مدنی مواجه هستیم، بنابر اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در موارد اختلاف، بایستی به منابع معتبر فقهی و یا فتاوی معتبر رجوع نمود.

آن‌گونه که گذشت، در بیش‌تر موارد، فقهای امامیه دارای نظرات مختلف هستند، لذا ناگزیر بایستی در بین این نظرات دست به انتخاب زد و نظر مرجح را برگزید. در این نوشتار، سعی شده است که در موارد اختلافی، بنابر استدلالات حقوقی، نظر مرجح از دیدگاه نگارنده در بین آرای فقهای معرفی شود. که این موارد به شرح ذیل می‌باشند. الف) ضمان به طور مطلق در تعدد ضمانت‌ها از یک دین در ضمن یک عقد: در این مورد فقهای امامیه نظرات مختلفی داده‌اند، که به نظر می‌رسد، نظریه تسهیم دین مابین ضامنین متعدد، بنابر دلایل که در نوشتار ذکر گردیده است، مرجح باشد.

ب) ضمان به قید شمول تمام دین به صورت تعاقب، در تعدد ضمانت‌ها از یک دین در ضمن چند عقد، در صورتی که قبول مضمون له به نحو اطلاق باشد: در اینجا نیز از آنجا که اکثریت فقهاء به انضمام قبول مضمون له به ضامنی که در ایجاب ضمان پیشقدم بوده است، نظر دارند، و از طرفی بایستی برای او حق تقدم قائل شد، لذا این نظریه ارجحیت دارد.

ج) ضمان به قید شمول تمام به صورت تقارن، در تعدد ضمانت از یک دین در ضمن چند عقد، در صورتی که مضمون تمامی ضمانت‌ها را قبول نموده باشد: نظرات فقهاء در این زمینه نیز متنوع است، ولی به نظر می‌رسد، از آنجا که در این حالت، تعدد ضمانت‌ها در ضمن چند عقد، قرینه‌ای دال بر قصد ضامنین بر ضمان تضامنی باشد، لذا این رأی مرجح به نظر می‌رسد.

د) ضمانت به نحو تسهیم در ضمن چند عقد از سوی ضامنین متعدد، از آنجا که منجر به تجزیه اختیاری دین می‌شود، لذا بعید است بتوان آن را در زمره موارد تعدد ضمانت‌ها از یک دین دانست و بایستی آن را ضمانت افراط مختلف: از دیون مختلف یک فرد برشمرد. همان‌گونه که بیان شد، در بسیاری از مصادیق تعدد ضمانت‌ها از یک دین خلا قانونی وجود دارد که شایسته است قانونگذار در جهت بر طرف نمودن خلاهای مزبور چاره‌اندیشی کند.

یادداشت‌ها

۱. ماده ۶۸۹ ق.م: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هرکدام که مضمون له قبول کند صحیح است.»
۲. از آنجا که در ماده ۴۰۴ ق.ت به ماده ۴۰۳ ق.ت ملحق شده است، لذا ابتدائاً ماده ۴۰۳ ق.ت درج می‌شود. ماده ۴۰۳ ق.ت: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.» ماده ۴۰۴ ق.ت: «حکم فوق در موردی نیز جاری است که چند نفر به موجب قرارداد یا قانون متضامناً مسئول انجام تعهدی باشند.»
۳. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

منابع فارسی

- باقری، احمد (۱۳۸۲)، ضمانت حواله کفالت: بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی (مواد ۶۸۴ الی ۷۵۱)، تهران: انتشارات آران.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- صفایی، سید حسین (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
- عدل، مصطفی (منصور السلطنه) (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات بحر العلوم.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۲۹)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی محمد علی علمی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۲)، دوره حقوق مدنی - عقد ضمان، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین، ۴)، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.

عربی

- الطوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن (شیخ طوسی) (بی تا)، الخلاف فی الفقه، قم: شرکه دارالمعارف الاسلامیه.
- الطوسی، ابی جعفر محمد بن علی (بابن حمزه) (۱۴۰۸ه.ق)، الوسيله إلى نیل الفضیله، قم: مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (بی تا)، تذکره الفقهاء، قم: المکتبه المرتضویه لإیحاء الآثار الجعفریه.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۹ه.ق)، ریاض المسالک، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبایی، سید محمد (بی تا)، المناهل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- موسوی بجنوردی، سید محمود (۱۳۸۰)، تهران: معاونت پژوهشی انتشارات پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی.
- الحسینی العاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۸ه.ق)، مفتاح الکرامه، بیروت: دارالتراث.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳ه.ق)، حاشیه کتاب المکاسب، بیروت: دارالمصطفی (ص) لإیحاء التراث.

همو(بی‌تا)، *عروه الوثقی*، تهران: المكتبه العلمیه الاسلامیه.

الکرکی، شیخ علی‌بن‌الحسین (محقق کرکی) (۱۴۰۸ه.ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت: مؤسسه آل‌البت للاحیاء التراث.

اشتہاردی، علی (۱۴۱۷ه.ق)، *مدارک العروه*، بیروت: دارالأسوه للطباعه و النشر.

النجفی، محمد حسن (۱۹۸۱م)، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

انصاری، مرتضی (۱۳۷۹)، *کتاب المکاسب*، قم: دارالحکمه (علامه).

نائینی، محمد حسن (۱۴۲۰ه.ق)، *منیه الطالب*، بیروت: دارالتراث العربی.

حر عاملی، محمد(بی‌تا)، *وسائل الشیعہ*، بیروت: مؤسسه آل‌البت للاحیاء التراث.

قوانین

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸؛ اصلاحات و تغییرات و تتمیم قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸ (۱۳۸۰)، تهران: نشر دوران.

قانون تجارت با آخرین اصلاحیه‌ها و الحاقات (۱۳۸۱)، تهران: نشر دیدار.

قانون مدنی با آخرین اصلاحیه و الحاقات (۱۳۸۳)، تهران: نشر دیدار.

