



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بخش حقوق



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

تضامن و آثار و اوصاف آن**

چکیده: این مقاله به بحث و بررسی درباره دو موضوع اختصاص یافته است:

الف. مفهوم تضامن: تضامن وصف ویژه برخی از تعهدات است که گاه در مقابل تقسیم طلب و گاه در مقابل تقسیم دین مطرح می‌گردد؛ در حالت اول تضامن بین بستانکاران وجود دارد و به همین دلیل تضامن مثبت نامیده می‌شود و در حالت دوم، بین بدهکاران است و به همین جهت تضامن منفی نامیده می‌شود. در هر دو حالت، تضامن به نفع بستانکار است زیرا موجب می‌شود که یکی از بستانکاران بتواند کل مبلغ طلب را دریافت کند یا کل مبلغ دین از یکی از بدهکاران تضامنی قابل تحصیل باشد قانون و اراده (معمولاً قرارداد) دو منبع تضامن هستند.

ب. اوصاف و آثار تضامن: با توجه به ندرت تضامن مثبت، حقوقدانان بر اوصاف و آثار تضامن منفی تأکید دارند. از این نظر، اوصاف ویژه تعهدات تضامنی مشتمل است بر وحدت موضوع و تعدد رابطه حقوقی، استقلال نسبی تعهدات بدهکاران تضامنی و سرانجام تقسیم پذیری تعهدات تضامنی. علاوه تضامن موجب یک اثر اصلی است؛ یعنی، تعهد نسبت به کل دین و چند اثر فرعی که در عصر ما بوسیله مفهوم نمایندگی متقابل بدهکاران در میان خودشان توجیه می‌شود.

مقدمه

هدف از نگارش این مقدمه ارایه شناختی کلی نسبت به موضوع است. بدین منظور طی چهار عنوان به ترتیب از «جایگاه سنتی طرح بحث تضامن»، «اهمیت بحث تضامن»،

* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

** با سپاس فراوان از استاد ارجمند جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان که علاوه بر آثار علمی، راهنماییهای ایشان نیز همواره مورد استفاده نگارنده قرار گرفته است.

«تضامن در مقابل تسهیم» و سرانجام «منشأ تاریخی، تعریف و اقسام تضامن» سخن خواهیم گفت.

۱. جایگاه سنتی طرح بحث تضامن: در کتب حقوقی ای که تحت عنوان «حقوق تعهدات» یا «نظریه عمومی تعهدات» تدوین شده‌اند یکی از موضوعات مورد بحث «تعهدات جمعی» است؛ تعهد به اعتبار متعدد بودن یکی از ارکان خود، جمعی نامیده می‌شود. از این دید، تعهدات جمعی بر دو قسمند: تعهدات دارای موضوع متعدد و تعهدات دارای اطراف متعدد. تعهدات تضامنی یکی از اقسام تعهدات متعدد الاطراف هستند. از اینجا معلوم می‌شود که در این تحقیق ما با تعهداتی جمعی که به اعتبار تعدد اطرافشان بدین نام موسوم شده‌اند سروکار داریم. چند طرفی بودن یا تعداد اطراف یک تعهد موجب ترتب برخی آثار و احکام خاص بر آن می‌شود.

باز مراجعه به کتب مذکور نشان می‌دهد که تعهدات متعدد الاطراف بطور کلاسیک به سه قسم تقسیم می‌شوند: تعدد اطراف مبتنی بر تسهیم، تعهدات تضامنی و تعهدات غیر قابل تقسیم. وجوه اشتراک تعهدات تضامنی با تعهدات غیر قابل تقسیم زیاد است، ولی شاید بتوان گفت که تعهدات تضامنی تقریباً در مقابل تعهدات دسته اول قرار دارند. از آنجا که تقابل مفاهیم و احکام مهم تضامن و تسهیم می‌تواند به شناخت بهتر تضامن کمک کند، عنوان سوم از مقدمه را به این امر اختصاص داده‌ایم.

جایگاه سنتی بحث تضامن در نظامهای حقوقی ای که طرح نظریه تعهدات بطور مستقل در آنها مرسوم است اجمالاً روشن شد، ولی در حقوق ما که بحث مستقل از تعهدات مرسوم نیست، بررسی منسجمی راجع به تعهدات تضامنی دیده نمی‌شود و تنها با تحقیق در کتب فقهی و حقوق مدنی می‌توان از مقررات مطروحه در مباحث تعاقب ایادی راجع به مسئولیت غاصبان و نیز مباحث مطروحه ضمن عقد ضمان یا مسئولیت تضامنی امضاء کنندگان اسناد تجاری، برخی از احکام تضامن را بیرون کشید.

۲. اهمیت بحث تضامن: متذکر شدیم که در حقوق ما بحثهای مربوط به تعهدات تضامنی از جایگاهی تثبیت شده برخوردار نیست. گرچه یکی از علل این امر، از لحاظ

فنی، عدم وجود یک بحث محوری از حقوق تعهدات یا نظریه عمومی تعهدات است، ولی علت مهم‌تر و اصلی‌تر مخدوش بودن اصل مسئولیت تضامنی در تاریخ و پیشینه حقوقی ما است. در فقه به دلایل مختلف، با وجود مدیونهای متعدد برای دین واحد مخالفت شده است و لذا، اثر عقد ضمان، مطابق عقیده رایج در فقه شیعه که به قانون مدنی نیز راه یافته است، نقل ذمه به ذمه است و نه ضم ذمه به ذمه. نقد و بررسی دلایل فقها و تشریح امکان یا عدم امکان تحقق مسئولیت تضامنی هم در حوزه حقوق مدنی، اعم از مسئولیت قراردادی یا خارج از قرارداد و هم در حوزه حقوق تجارت، اعم از اسناد تجاری یا قراردادهای تجاری، تاثیر بسیار وسیعی خواهد داشت که ما در جای جای تحقیق اجمالاً متذکر آن می‌شویم.

مسئولیت تضامنی یکی از مهمترین وسایلی است که قانونگذاران در نظامهای حقوقی مختلف جهت تضمین انجام تعهد یا جبران خسارت اندیشیده‌اند؛ وسیله‌ای که تقریباً با کمترین میزان از تشریفات سطح بالایی از امنیت را در روابط مالی ایجاد می‌کند. بنابراین، بی اهمیت نخواهد بود بدانیم که آیا براسستی دیدگاه فقهی ما راه را بر روی استفاده از این وسیله بسته است یا خیر و در صورت اخیر، ماهیت این وسیله چیست، اوصاف آن چگونه است و آثار آن کدام است.

۳. تضامن در مقابل تسهیم: چون اوصاف و آثار تعهدات تضامنی را می‌توان بطور عمده در مقابل اوصاف و آثار تعهدات مبتنی بر تسهیم دانست، آشنایی اجمالی با دسته اخیر از تعهدات می‌تواند به شناخت تعهدات تضامنی کمک کند. در مورد این تعهدات، که عنوان «تعدد اطراف و تسهیم»^(۱) برای آنها مناسب به نظر می‌رسد، دو نکته قابل ذکر است:

الف. اصل بودن تسهیم یا تقسیم در تعهدات متعدد الاطراف: در صورتی که اطراف یک تعهد متعدد باشند، اصل بر تسهیم یا تقسیم تعهد است. بدین ترتیب که تعهد به تعداد طلبکاران یا بدهکاران به کسور مختلف تقسیم می‌شود. این اصل در ماده ۴۲۰ قانون مدنی آلمان بصراحت آمده است و در قانون مدنی فرانسه نیز گرچه بدان تصریح نشده است، ولی بخوبی از ماده ۱۲۰۲، که تضامن را خلاف اصل دانسته است، استنباط

می‌شود. با توجه به خلاف اصل بودن تضامن در حقوق ما، موضع نظام حقوقی ما نیز از نظامهای حقوقی فوق فاصله نمی‌گیرد.

علی‌الاصول تقسیم یک تعهد متعدد الاطراف بطور سرانه است؛ یعنی، حسب مورد دین یا طلب به قسمتهای مساوی تقسیم می‌شود. با این وصف، طرفین در هر حال می‌توانند بوسیله قرارداد نسبت‌ها را به هر میزانی که بخواهند تغییر دهند؛ این قرارداد می‌تواند صریح یا ضمنی باشد.

باید توجه داشت که چنانچه، در اصل، طلبکار یا بدهکار یک نفر بوده باشد و پس از مرگ وی، به واسطه وجود وراثت متعدد، یک تعهد متعدد الاطراف پا به عرصه وجود گذارد، تقسیم طلب یا دین بین آنها بر اساس قواعد ارث به عمل خواهد آمد.

ب. اثر تسهیم یا تقسیم تعهد: چنانچه طلب یا دینی تقسیم شود، هیچ اثری از وحدت اولیه آن باقی نمی‌ماند، به نحوی که گویا از ابتدا دین یا طلب متعدد بوده و به تعداد بدهکاران یا طلبکاران بطور مستقل وجود داشته است. به تبع، هر یک از طلبکاران یا بدهکاران نیز از استقلالی مساوی با دیگران برخوردار است. هر طلبکار تنها می‌تواند سهم خود را مطالبه کند و هر بدهکار نیز تنها ملتزم به پرداخت قسمت خود است. درست در مقابل اثر اصلی تضامن که به هریک از دیان حق مطالبه کل طلب را می‌دهد و هر یک از مدیونها را نسبت به کل دین متعهد و ملتزم می‌سازد.

اگر یکی از بدهکاران ورشکسته شود، خسارت آن را طلبکار باید تحمل کند و سایر بدهکاران مسئولیتی نسبت به سهم بدهکار ورشکسته ندارند. مطالبه قضایی از یکی از بدهکاران بر موقعیت بدهکاران دیگر اثری ندارد و نیز قطع یا تعلیق مرور زمان به نفع یکی از طلبکاران یا به ضرر یکی از بدهکاران فقط در مورد همان طلبکار یا بدهکار مؤثر است، لذا، مرور زمان همچنان به نفع یا به ضرر سایرین جریان می‌یابد.^(۲) این آثار بوضوح در مقابل آثار فرعی تضامن قرار می‌گیرند که بعداً مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

۴. منشأ تاریخی، تعریف و اقسام تضامن: نهاد پیشرفته و پیچیده‌ای که اینک تضامن نامیده می‌شود تحت عنوان Corraélité ریشه در حقوق رم داشته است. از نظر صرفی،

لغت Solidarité یک لغت جدید است و استفاده از آن به حدود قرن ۱۸ باز می‌گردد. لغت مزبور از کلمه لاتینی Solidum گرفته شده است که مفهوم «مجموع»، «چیز کامل» و «تقسیم نشده» را بیان می‌کند. لغت Solidarité در ادبیات حقوقی مورد استفاده قرار نمی‌گرفت و نویسندگان قدیمی‌تر مانند دوما و پوتیه از کلمه Solidité استفاده می‌کردند. در سال ۱۷۹۸، آکادمی حقوق لغت Solidarité را برگزید.^(۳)

تضامن وصف ویژه برخی تعهدات است که گاه در مقابل تقسیم طلب و گاه در مقابل تقسیم دین مطرح می‌شود. فرض اول را، که تضامن بین بستانکاران است، تضامن مثبت (Solidarité active) و فرض دوم را، که تضامن بین بدهکاران است، تضامن منفی (Solidarité passive) نامیده‌اند. در هر دو مورد، تضامن را باید به نفع طلبکار یا متعهد له ارزیابی کرد، زیرا در فرض اول او می‌تواند همه مبلغ موضوع طلب را مطالبه کند اگر چه طلبکار منحصر نیست و در فرض دوم می‌تواند تمامی مبلغ فوق را یکجا از یکی از بدهکاران بگیرد با اینکه بدهکار مزبور تنها بدهکار نیست. تقسیم تضامن به تضامن بین بستانکاران و تضامن بین بدهکاران اصلی‌ترین تقسیم تضامن است. به همین جهت، دو مبحث آتی به بررسی این دو قسم تضامن اختصاص یافته است و به دیگر تقسیمات در جای خود اشاره خواهد شد.

مبحث نخست. تضامن بین بستانکاران

۵ هدف، منابع و خطرات این نوع از تضامن: هدف اصلی از برقراری تضامن بین طلبکاران این است که به هر یک از آنان حق مطالبه کل دین داده شود. در هر حال، باید توجه داشت که با پرداخت کل مبلغ دین به یکی از دیان، مدیون در مقابل همه طلبکاران برائت حاصل می‌کند، زیرا گر چه او مکلف است دین را بپردازد، ولی تنها یکبار این تکلیف را دارد و نه بیشتر.

منبع تضامن بین دیان قرارداد است، لذا، این قسم از تضامن تنها منبع ارادی دارد و هرگز به حکم قانون بوجود نمی‌آید.^(۴) شاید علت این امر را باید در خطرات ناشی از این نوع از تضامن جست که تحمیل آن بر طلبکاران جز به اراده خودشان و در موردی که

خود به مصلحت می‌دانند شایسته نیست. *مهمترین و چه بسا تنها نتیجه مفید ناشی از تضامن بین دیان، امکان مطالبه کل دین از مدیون بوسیله یکی از بستانکاران است؛ نتیجه‌ای که اگر وصول به آن ضروری یا به مصلحت باشد؛ بوسیله وکالت نیز براحتی و بطور مطلوبتری قابل دستیابی است، در حالی که برقراری تضامن بین دیان همیشه آنان را در مقابل خطر وصول دین توسط یکی از دیان و ورشکستگی وی قرار می‌دهد.

ع. نادر بودن تضامن بین بستانکاران: فایده کم تضامن بین بستانکاران و خطرات زیاد ناشی از آن، چنان از کاربرد این نهاد کاسته است که در حال حاضر نهاد مزبور یک تأسیس حقوقی مرده تلقی می‌شود. در فرانسه، این تأسیس بویژه در مورد حساب مشترک مورد استفاده قرار می‌گرفت، ولی به موجب قانون خاصی که در این زمینه به تصویب رسید، صاحبان حساب مشترک دیگر دیان تضامنی محسوب نمی‌شوند.^(۵)

گر چه تضامن بین بستانکاران در امور مدنی غالباً کاربردی ندارد، ولی ظاهراً نمونه‌هایی از آن را گاه در امور تجاری می‌توان یافت؛ مثلاً، در حقوق ما محققان حقوق تجارت فرضی را در مورد تعدد دارنده در برات مطرح کرده‌اند که ممکن است بتوان آن را با نظام تضامن بین دیان تطبیق کرد. آنان مثالی بدین مضمون مطرح کرده‌اند که ممکن است چند نفر را در برات به عنوان گیرنده برات متفقاً یا متناوباً ذکر نمود؛ مثل اینکه نوشته شود «به حواله کرد: آقایان پرویز افشار و احمد علیزاده» یا «به حواله کرد: آقایان پرویز افشار یا احمد علیزاده». قانون تجارت ایران و قانون متحدالشکل ژنو در این مورد تصریحی ندارد، ولی عقیده بر این است که در صورت اول، دارندگان برات باید متفقاً وجه برات را مطالبه کنند و هر یک به تنهایی نمی‌توانند وجه یا قسمتی از آن را دریافت کنند و در صورت دوم، هر گاه براتگیر وجه برات را به هر یک از دارندگان تأدیه نماید، به تعهد خود عمل نموده است.^(۶)

گر چه صدور چنین برواتی نادر است، ولی چنانچه از ظاهر عبارت مذکور در برات (به حواله کرد: آقایان پرویز افشار یا احمد علیزاده)، بر می‌آید هر یک از دارندگان حق مطالبه کل مبلغ برات را دارند و براتگیر نیز با پرداخت مبلغ برات به یکی از آنان برات حاصل می‌کند. این امر با اوصاف و آثار تضامن بین دیان انطباق دارد، اما چون در حقوق

ما لفظ «تضامن» بیشتر در مورد جنبه منفی تعهد، یعنی دین، به کار می‌رود، نویسندگان در اینجا که صحبت از طلب است، از لفظ متناوباً استفاده کرده‌اند.

در برخی کشورهای عربی نهادهای حقوقی‌ای دیده می‌شوند که می‌توان آنها را صورت خاصی از تضامن بین بستانکاران دانست؛ از این جمله است نهاد «دین مشترک» که از فقه اسلامی به قانون مدنی عراق راه یافته و منشأ آن گاه قانون و گاه اراده است. این نهاد با تضامن بین دیان و جوه تشابه و وجوه افتراقی دارد که به منظور رعایت اختصار از ذکر آن صرف نظر می‌کنیم.^(۷)

۷. اثر تضامن بین بستانکاران: در بررسی اثر تضامن بین دیان سه نکته از اهمیت بیشتری برخوردار است: اول آنکه از نظر رابطه بین بستانکاران و مدیون، مدیون باید به چه کسی دین را پرداخت کند و اثر آن چیست؟ دوم آنکه رابطه بین خود بستانکاران به چه نحو است؟ و سوم آنکه تقسیم طلب بین بستانکاران چگونه است؟

۸. دین باید به چه کسی پرداخت شود: در حقوق فرانسه، مدیون مادام که مورد تعقیب قرار نگرفته است می‌تواند خود دانی را که مایل به پرداخت دین به وی است برگزیند، ولی همین که یکی از دیان دعوایی را علیه مدیون به ثبت برساند، او از پرداخت بدهی به دیگران ممنوع خواهد شد (پاراگراف یک از ماده ۱۱۹۸ ق.م. فرانسه). قانون مدنی آلمان، بر عکس، به مدیون حق پرداخت دین را به دانی غیر از آنکه به تعقیب وی پرداخته است می‌دهد (ماده ۴۲۸).^(۸)

به نظر می‌رسد راه حلی که در حقوق ما می‌تواند انتخاب شود به موضع حقوق فرانسه نزدیک خواهد بود؛ یعنی، چنانچه یکی از دیان تضامنی، که قانوناً حق مطالبه همه طلب را از مدیون دارد، به وی مراجعه کند، بویژه اقدام به تعقیب وی کند، امتناع او از پرداخت موجه نخواهد بود اگر چه علت امتناع، اراده مدیون بر پرداخت طلب به فرد دیگری از دیان باشد و نه قصد عدم پرداخت. این تحلیل با مبنای تضامن بین دیان، یعنی نمایندگی، که در شماره بعد به آن اشاره خواهد شد؛ سازگارتر است، زیرا هنگامی که طلبکاری سهم خود را اصالتاً و سهم سایرین را وکالتاً مطالبه می‌کند، دلیلی بر امتناع از

پرداخت به کسی که در مطالبه همه دین سمت قانونی دارد وجود ندارد. به هر حال، مدیون پس از پرداخت دین به کسی که دین باید به وی پرداخت شود (که غالباً هر یک از دیان می‌توانند باشند)، در مقابل سایرین براءت حاصل می‌کند، زیرا چنانچه گفته شد مدیون مکلف به پرداخت است، اما یکبار و نه بیشتر.

۹. رابطه بین خود بستانکاران: دیان تضامنی را نباید صاحبان طلبی تلقی کرد که حق در اختیار گرفتن و تصرف در کل طلب را دارند. در واقع، فقط سهم هر طلبکار به وی تعلق دارد و اگر مجاز به تحصیل زائد بر سهم خود است، این اجازه و اختیار را از سایر طلبکاران به دست آورده است؛ به عبارت بهتر، تضامن بین دیان از قراردادی نشأت می‌گیرد که به موجب آن طلبکاران بطور متقابل به یکدیگر وکالت یا نمایندگی می‌دهند. بنابراین، هر طلبکار تضامنی نماینده دیگران در مقابل بدهکار است.

در نتیجه این اختیار یا نمایندگی، هر یک از طلبکاران مکلف به حفظ یا وصول دین مشترک است، ولی نمی‌تواند کاری انجام دهد که اثر سوئی بر وضعیت سایر دیان به جا گذارد. این تحلیل دو دسته از نتایج را با خود به دنبال می‌آورد:

الف. از آنجا که هر طلبکار اختیار نگهداری دین مشترک را از سایرین گرفته است، منطقاً این دسته از نتایج حاصل می‌شود:

۱. هر یک از طلبکاران می‌توانند کل مبلغ طلب را وصول کنند و به بدهکار رسید بدهند.

۲. اگر یکی از دیان به بدهکار برای پرداخت دین اخطار دهد؛ به عبارتی، از وی به طریق قضایی مانند ارسال اظهار نامه پرداخت دین را مطالبه کند، سایر دیان نیز از آثار این مطالبه قضایی یا اخطار بهره مند خواهند شد.

۳. اگر یکی از دیان با اقدامی مرور زمان را قطع کند، مرور زمان به نفع همه دیان قطع می‌شود. البته باید توجه داشت که این قاعده مخصوص قطع مرور زمانی است که ناشی از عمل دائن و دخالت وی باشد؛ به عنوان مثال، در موارد تعلیق مرور زمان به علت صغر، اثر تعلیق به دائنی که صغیر است محدود می‌شود.^(۹)

ب. از آنجا که هر یک از دیان تنها اختیار محدودی از سایرین تحصیل می‌کند، این

نتایج نیز بطور طبیعی به دست می‌آید:

۱. هیچیک از دیان نمی‌توانند بدون رضایت دیگران اقدام به تبدیل تعهد یا ابراء کل دین بکنند، لذا، به رغم تبدیل تعهد یا ابراء بوسیله یکی از دیان، دین تضامنی در رابطه با سایر بستانکاران به همان ترتیب باقی خواهد ماند و عمل تبدیل تعهد یا ابراء تنها نسبت به سهم کسی که بدان رضایت داده است، مؤثر واقع می‌شود (پاراگراف ۲ از ماده ۱۱۹۸ ق.م.فرانسه).

۲. اگر یکی از دیان قسم را متوجه مدیون کند و مدیون مزبور بر عدم اشتغال ذمه خود سوگند یاد کند، این سوگند در مقابل سایر دیان قابل استناد نیست و به حقوق آنان ضرری نمی‌رساند و تنها مدیون را نسبت به سهم دائنی که قسم را متوجه وی گردانیده است تبرئه می‌کند. این در حالی است که اگر مدیون نکول می‌کرد، همه بستانکاران از نکول وی منتفع می‌شدند. همچنین اگر مدیون قسم را متوجه یکی از دیان تضامنی کند و وی سوگند یاد کند، از سوگند او سایر بستانکاران منتفع می‌شوند، ولی نکول او در حق دیگران مؤثر نیست و به آنان ضرر نمی‌رساند.^(۱۰)

۳. چنانچه حکمی به دنبال طرح دعوی بوسیله یکی از دیان علیه مدیون صادر شود، اگر حکم مزبور به نفع دائن صادر شده باشد، باید به نفع دیگران نیز مؤثر واقع شود و اگر به ضرر دائن طرح کننده دعوی صادر شده باشد، نمی‌تواند به حقوق سایر دیان، که طرف دعوی نبوده‌اند، خلل برساند. البته این نتیجه از آثار اختلافی تضامن است و نویسندگان بر آن متفق القول نیستند.^(۱۱)

۱۰. تقسیم طلب بین بستانکاران: چنانچه یکی از دیان کل مبلغ طلب را وصول کند، نمی‌تواند این مبلغ را برای خود نگهدارد؛ به عبارتی، اقتضای اصل نمایندگی متقابل بستانکاران در رابطه بین خودشان این است که دائنی که کل طلب را تحصیل کرده است سهم سایرین را به هر یک از بستانکاران پرداخت کند.^(۱۲) البته چنانچه در قرارداد، سهم هر یک مشخص باشد، باید همانگونه عمل شود، ولی در صورت عدم تعیین سهم در قرارداد، تقسیم طلب باید به سهام مساوی باشد.^(۱۳)

مبحث دوم. تضامن بین بدهکاران

۱۱. اهمیت این نوع تضامن و تقسیم مطالب آن: بر خلاف تضامن بین بستانکاران، که غیر معمول و حتی به نظر برخی بی فایده است، تضامن بین بدهکاران امری معمول و پرفایده است. اهمیت زیاد این نوع از تضامن، به عنوان یکی از بهترین طرق توثیق دین، کاربرد وسیعی به این نهاد حقوقی اعطا کرده است و همین امر موجب طرح مسائل ظریف و دقیق در این زمینه شده است. به منظور آشنایی با احکام و مقررات تضامن بین مدیونها، مطالب این بخش از بحث تحت پنج گفتار عرضه می شود که به ترتیب به این موضوعات می پردازند: «منابع تضامن بین بدهکاران»، «اوصاف ویژه تعهدات تضامنی»، «آثار تضامن در رابطه بین بستانکاران و بدهکاران»، «ایرادات قابل طرح در مقابل بستانکار» و «رابطه بدهکاران تضامنی با یکدیگر».

گفتار اول. منابع تضامن بین بدهکاران

۱۲. شمارش منابع و بیان اصل: تضامن بین بدهکاران می تواند از دو منبع ناشی شود: قانون یا اراده (نوعاً قرارداد). پیش از هر چیز، ذکر این نکته ضروری است که چون از آثار مهم تضامن بین بدهکاران تحمیل بار ورشکستگی یا اعسار بدهکاران معسر بر بدهکاران موسر است، ضروری است که بدهکاران اخیر نسبت به تحمل این بار مالی رضایت داشته باشند یا یک متن قانونی این بار را بر آنان تحمیل کند. این قاعده اساسی در ماده ۱۲۰۲ ق.م. فرانسه چنین بیان شده است: «تضامن مفروض نیست». حقوقدانان فرانسوی از این قاعده نتیجه گرفته اند که نمی توان به مقررات مفید تضامن قانونی با استحسان و قیاس افزود و در تضامتهای ارادی [ناشی از عمل حقوقی] نیز اراده باید صریحاً بیان شده باشد.^(۱۴) حقوق لوژیانان و رویه قضایی بلژیک نیز راه حل مشابهی پذیرفته اند.^(۱۵) به نظر می رسد که در حقوق ایران خلاف اصل بودن در تضامن را -بویژه با توجه به تردیدهای ناظر به مسئولیت مشروطیت تضامنی- باید پذیرفت. حتی این تردیدها مانع از تثبیت اصلی در حوزه حقوق تجارت شده که در غالب کشورها، مانند فرانسه و آلمان، پذیرفته شده است و آن اصل، تضامن و، به عبارتی، مفروض بودن

تضامن میان متعهدین یک تعهد تجاری است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.^(۱۶) البته در حقوق آلمان این فرض به حوزه حقوق مدنی نیز بسط داده شده است.^(۱۷) در حوزه حقوق تجارت ما، تنها در مورد مسئولیت تضامنی متعهدین اسناد تجاری نباید تردید کرد، زیرا مقنن در مورد مسئولیت تضامنی براتکش و براتگیر یا صادرکننده چک و سفته و ظهرنویسها صریح است (مواد ۲۴۹ و ۳۰۹ و ۳۱۴ ق.ت.) و در مورد مسئولیت تضامنی براتکشها یا صادرکنندگان سفته و چک - چنانچه متعدد باشند - گرچه قانون ساکت است، ولی دکترین به تبعیت از حقوق کشورهای اروپایی^(۱۸) رأی به تضامن در مسئولیت براتکشها یا صادرکنندگان متعدد چک و سفته داده است.^(۱۹) متأسفانه رویه قضایی، تحت تاثیر استثنایی بودن مسئولیت تضامنی، گاه در این زمینه نیز تردید و تشویش از خود نشان داده است.^(۲۰)

گفتیم که تضامن گاه ناشی از قانون است، مانند مسئولیت تضامنی غاصبان (۳۱۷ ق.م.) یا فضولهای متعدد (ماده ۶۷۳ ق.م.) یا اسباب متعدد (در بحث تداخل اسباب)^(۲۱) و گاه ناشی از اراده. تضامن ناشی از اراده، که در غالب نظامهای حقوقی بسهولت پذیرفته شده، در حقوق ما از بحث انگیزترین مباحث تضامن بین مدیونها است. منشأ عمده این مجادلات تردیدهایی است که در زمینه امکان ضمانت تضامنی در فقه شیعه وجود دارد. فقهای شیعه بر اثر انتقالی عقد ضمان و منع انضمام ذمه تأکید خاصی دارند، به طوری که صاحب جواهر پس از بیان این اثر، مدعی عدم وجود هرگونه اختلاف نظر و تحقق هر دو قسم اجماع محصل و منقول در این زمینه شده و حتی این امر را از ضروریات یا قطعیات فقه شیعه دانسته است.^(۲۲)

از لحاظ این بحث، دلایل فقهای شیعه در زمینه اثر انتقالی عقد ضمان را باید به دو دسته تقسیم کرد: ادله ناظر به منع ضمانت تضامنی و ادله ناظر به منع مسئولیت تضامنی.

۱۳. ادله ناظر به منع ضمانت تضامنی: این ادله به سه قسم لغوی، نقلی و اجماع قابل تقسیم هستند.

مقصود از دلیل لغوی این است که فقهای شیعه بر خلاف اهل تسنن لغت ضمان را به دلیل وجود نون در تمام اشتقاقات آن، مشتق از ماده ضمن می دانند نه ضم تا مفید

انضمام ذمه باشد. این عقیده، که از لحاظ علم لغت صحیح تر به نظر می‌رسد^(۲۳)، از لحاظ علم فقه و حقوق، به عقیده محققان تعیین کننده نیست، زیرا «ایجاد یک مکتب لفظی جزمی در فقه محملی ندارد مسأله ضم ذمه... به عرف و عادات اقوام عرب و غیر عرب بطور یکنواخت بستگی دارد و... منحصرأ اشتقاق لغت عرب نمی‌تواند سرنوشت آنرا معین کند.»^(۲۴) از نظر اصولی نیز هرگاه بین معنی لغوی و معنی عرفی فاصله افتد، آنچه حجیت دارد معنی عرفی است.

مقصود از دلیل نقلی مجموع روایاتی است که نصوص یا ظواهر آنها مفید برائت ذمه مضمون عنه پس از انعقاد عقد ضمان است. ولی از آنجا که این روایات غالباً ناظر به ضمان از میت^(۲۵) هستند، استناد به آنها مورد ایراد واقع شده است از آن جهت که اولاً، ضمان از میت به دلیل فقدان عنصر توثیق، به عنوان یکی از عناصر سازنده ضمان، بنابر ماهیت تبدیل تعهد است و نه ضمان واقعی^(۲۶)؛ ثانیاً، به فرض واقعی بودن، ناظر به اوضاع و احوال خاص (وضعیت خاص میت)^(۲۷) است؛ به عبارتی، حکم انتقالی بودن ضمان دارای خصوصیت است و تعمیم آن به سوداگران، که فرع بر امکان الغای خصوصیت است، ممکن نیست و ثالثاً، این روایات، در نهایت، صحت ضمان انتقالی را ثابت می‌کنند و اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند.

در مورد اجماع نیز علاوه بر تردید مطروحه در کتب اصولی نسبت به حجیت آن از اساس^(۲۸)، حصول آن (و به عبارتی تحقق صغرای دلیل) نیز مورد تردید است^(۲۹) و بر فرض که حاصل باشد، مستند به همان روایاتی است که به عنوان دلیل نقلی مطرح شد. این گونه اجماع مستند به مدرک، حتی نزد قائلین به حجیت اجماع نیز به خودی خود اعتبار ندارد و اعتبار آن بستگی به ارزش مدرک (روایات) مبنای آن از نظر درستی سند و میزان دلالت آن احادیث بر مقصود دارد که نارسایی آنها در افاده مقصود روشن شد.

۱۴. ادله ناظر به منع مسئولیت تضامنی؛ توجیه عقلی: بر خلاف دیگر دلایل رد ضمان تضامنی، که در فوق آمد، دلیل عقلی مطروحه وسعت شمول داشته، از محدوده رد و منع ضمان تضامنی یا اثبات اثر انتقالی ضمان فراتر می‌رود و با جوهره مسئولیت تضامنی در هر کجا که ظاهر شده باشد - در می‌آویزد، زیرا تکرار و تکثر بدل یا اشتغال

ذمم متعدد به شیء واحد را محال و ممتنع می‌داند. به همین جهت، بررسی دلیل مزبور از لحاظ این بحث از اهمیت فزاینده‌ای برخوردار است. دلیل یا توجیه عقلی به دو شکل مطرح شده است که به ترتیب به آنها اشاره خواهیم کرد.

۱۵. منع عقلی تکرار بدل و منع اشتغال ذمه‌های متعدد به شیء واحد: اولین شکل استدلال عقلی این گونه توضیح داده شده که مانع پذیرش ضمانهای متعدد، در ملازمه آن با پذیرش چند بدل برای یک چیز است که عقلاً محال است، زیرا بدل، تکرر و تکرار نمی‌پذیرد؛ مثلاً، ایراد شده است که در ایادی متعدده، اگر همه ضامن مال مغضوب باشند، همه متعهد به رد و بدل مال مغضوب خواهند بود؛ حال چگونگی یک مال مغضوب پس از تلف، چندین بدل در چندین ذمه خواهد داشت؟^(۳۰) به این اشکال پاسخ داده شد که بدل مستقر در هر ذمه غیر از بخشی که در ذمه دیگری است نمی‌باشد، بلکه بدل یگانه چنان بر ذمه‌ها قرار می‌گیرد که آنچه در ذمه یکی است عین چیزی است که در ذمه دیگری است.^(۳۱) این نحوه استدلال، یعنی استقرار بدل واحد در ذمه‌های متعدد، خود منشأ پیدایش اشکال بزرگتری شده است که عبارت است از منع تصور اشتغال ذمه‌های متعدد به شیء واحد^(۳۲)، زیرا این امر به منزله استقرار شیء واحد در زمان واحد در مکانهای متعدد است که عقلاً محال است.^(۳۳)

به هر حال اشکال فوق خود نیز مصون از ایرادات متعدد باقی نمانده است. ایراد اول اینکه ضمان به معنی وجود بدل مال مغضوب (کلی) بر ذمه نیست تا ذمه را مکان فرض نماییم و صحبت از ممتنع بودن وجود یک چیز در دو مکان نکنیم. ضمان به معنی عهده‌دار شدن رد عین یا بدل آن در صورت تلف است و این تعهد به عنوان یک امر اعتباری و معنوی قابل انتساب به چند ذمه است. هدف از تمامی این تعهدات باز گردانیدن مال مغضوب به مالک آن است و به صرف تحقق این غایت مشترک، همه عهده‌ها ساقط می‌شوند،^(۳۴) اگر چه تنها یکی از غاصبان اقدام به این امر کرده باشد. یکی بودن هدف یا موضوع در ضمان غاصبان می‌تواند در توجیه مسئولیت تضامنی بخوبی به کار آید.

ایراد دیگر لزوم تمایز بین عالم واقع و عالم اعتبار است. توضیح اینکه مقایسه عالم

فقه و حقوق که عالم اعتبار است با عالم واقع و پدیده‌های واقعی موجه نیست و منشأ مشکلات عملی بسیار است؛ به عنوان نمونه، در تمام نهادهای حقوقی یا فقهی که امری بر وجه کشف در پیدایش امر دیگر مؤثر است، در واقع، به نوعی با تقدم وجود معلول بر علت مواجهیم که در عالم واقع محال است. نمونه‌های زیادی از این دست وجود دارند که فاصله دو حوزه واقعیات و اعتباریات را بخوبی نشان می‌دهند. برخی از فقها نیز با توجه به همین مهم، ضمن رد مقایسه امور حقیقی با امور اعتباری، اعتبار یک امر در ذمه‌های متعدد را ممتنع ندیده‌اند. (۳۵)

ایراد سوم مبتنی بر حجیت عقل عرفی و نه عقل دقیق فلسفی در عالم حقوق و فقه است. توضیح اینکه در این شاخه علمی، فهم و منطق ساده عرف در تکوین موضوعات، بویژه در باب معاملات، مؤثر و دارای اعتبار است. بر همین مبنا، به زبان ساده می‌توان گفت که اگر فرضاً عقل دقیق اشتغال ذمه‌های متعدد به مال واحد را به منزله استقرار شیء واحد در مکانهای متعدد و به تبع متعذر بداند، عقل و منطق ساده عرف چنین نیست. مردم عادی وجود چند ضامن در مقابل یک دین را غیر ممکن نمی‌دانند و حتی گاه به منظور حصول توثیق مورد نظر لازم می‌دانند.

علاوه بر ایرادات فوق، محققان گاه ضمان تضامنی را به دلیل شباهت با وجوب کفایی قابل توجیه دانسته‌اند. بدین بیان که التزام مشترک ضامنان در ضمان تضامنی مانند وجوب کفایی در احکام تکلیفی است که با اجرای تکلیف از سوی یکی از مکلفان دیگران وظیفه‌ای ندارند. (۳۶)

۱۶. وحدت مدیون و تعدد مسئول به حکم قانونگذار: فقهایی که رأی به امکان ضمانت تضامنی داده‌اند در مقابل استدلال آنان که می‌گویند اشتغال ذمه متعدده به دین واحد غیر ممکن است پاسخ می‌دهند که قویترین دلیل بر امکان تحقق چیزی وقوع آن است و در تعاقب ایادی، این امر اتفاق افتاده است. صاحب جواهر به منظور رد این دلیل تضامن غاصبان را در قالب یک قاعده استثنائی توجیه می‌کند و آن را مفید امکان اشتغال ذمه متعدده به شیء واحد نمی‌داند و، به تبع، با قابلیت تعمیم آن مخالفت می‌کند. (۳۷) او با استناد به این حکم که ضمان در تعاقب ایادی در نهایت بر عهده تلف کننده مال

مغضوب مستقر می‌شود، معتقد است که خطاب واحد شارع در رد بدل مال مغضوب به خطابهای متعدد منحل می‌شود، به نحوی که خطاب وی نسبت به تلف کننده مال خطابی ذمی و بر مبنای دین اوست و نسبت به سایر غاصبان خطابی شرعی [قانونی] و مبتنی بر حکم و مصلحتی است که شارع [قانونگذار] در نظر دارد.^(۳۸) این نحوه تحلیل مقتضی این نتیجه است که تلف کننده مال مدیون اصلی بوده و تنها ذمه وی در مقابل مالک مشغول باشد اگر چه دیگران به اعتبار غضب در مقابل مالک مسئول هستند و وی حق رجوع به آنان را دارد.

محققان با نکته سنجی این عقیده را مغتنم شمرده‌اند، چه می‌توان به دلالت التزام، تمیز بین دین و مسئولیت را از آن بیرون کشید و با پذیرش امکان وجود مسئولان متعدد در مقابل یک دین، فقه شیعه و اهل سنت و حقوق معاصر را به هم نزدیک کرد و راه حل میانه‌ای برگزید.^(۳۹) بدین ترتیب، دین واحد ممکن است یک مدیون واقعی و چند مسئول پرداخت داشته باشد، بدون اینکه این مسئولین بدهکار باشند. ظاهراً مفاد ماده ۶۹۹ ق.م. نیز مبتنی بر جدایی مفهوم دین از التزام به تأدیه [مسئولیت پرداخت] است. این تحلیل، به رغم نزدیک بودن در مبنا به نظر صاحب جواهر در نتیجه استدلال کاملاً از آن فاصله گرفته است، زیرا مسلماً صاحب جواهر در پی اثبات این نتیجه بوده است که دلیل ضمان غاصبان، حکم شارع (قانونگذار) است و نه امکان اشتغال ذمم متعدد به دین واحد و به همین دلیل حکم اختصاصی است و قابل تعمیم نیست؛ اما این ایراد وجود دارد که با توجه به اندیشه‌های جدید فقهی در زمینه مضبوط نبودن اسباب عقود و محدود نبودن دایره شمول دلیل اوفوا بالعقود به عقود معهود و فراگیر بودن آن نسبت به هر چه بنا بر ماهیت عقد نامیده شود، چرا توافق طرفین در این زمینه نباید مجاز باشد؛ به عبارت رساتر، «چرا وضعی را که قانون در موردی مشابه بوجود آورده تراضی طرفین از ایجاد آن عاجز است؟»^(۴۰)

با پذیرش این ایراد - که موجه به نظر می‌رسد - می‌توان امکان ضمان تضامنی را ثابت کرد؛ اما با توجه به اینکه چه در غضب و چه در ضمان تضامنی مدیون اصلی یک نفر است (حسب مورد تلف کننده مال یا مضمون عنه) و مسئولیت دیگران تنها به منظور تضمین پرداخت دین اوست، این دو نهاد گر چه چهره‌های خاصی از تضامن هستند، ولی

همه اوصاف مسئولیت تضامنی مصطلح را ندارند، زیرا در مسئولیت تضامنی همه مسئولان در یک ردیف‌اند: همگی در رابطه با دائن به منظور تضمین پرداخت کل دین مسئول هستند و در رابطه بین خودشان نیز دین تقسیم می‌شود نه اینکه بر عهده یک نفر به عنوان مدیون اصلی مستقر شود، در نتیجه، استدلال راجع به تحلیل خطاب واحد به خطابهای متعدد، که نسبت به مدیون اصلی ذمی و نسبت به سایرین شرعی است، نمی‌تواند به همین ترتیب در حوزه مسئولیتهای تضامنی قانونی و قراردادی به کار گرفته شود. این اشکال ذهن نگارنده را به توجیه دیگری رهنمون نموده است و آن اینکه خطاب واحد نه تنها به اعتبار عدد مکلفین، بلکه به اعتبار موضوع حکم نیز منحل به خطابهای متعدد می‌شود.^(۴۱) بدین ترتیب، خطابی که ناظر به هر یک از مکلفین است نسبت به آنچه از دین مشترک که سهم او و بر ذمه اوست ذمی و نسبت به مابقی دین که مسئولیت او برای پرداخت فقط به جهت تضمین و توثیق است خطابی شرعی است. با این تحلیل، حتی در تعهدات واقعاً یا کاملاً "تضامنی نیز ذمم متعدد به دین واحد مشغول نمی‌شوند. ذمه هر یک از متعهدین نسبت به آنچه از دین که در نهایت سهم او و بر عهده اوست مشغول است و در مورد مابقی، او تنها مسئول پرداخت است. بدین ترتیب، در انواع مسئولیتهای تضامنی جایی برای طرح ایراد عقلی ناظر به ممتنع بودن تضامن نیست.

گفتار دوم. اوصاف تعهدات تضامنی

۱۷. وحدت موضوع و تعدد رابطه حقوقی: وصف ویژه تعهد تضامنی این است که همه مدیونها خود را نسبت به شیء واحدی متعهد می‌سازند و یگانگی موضوع تعهد آثاری به دنبال دارد؛ از جمله اینکه هر گونه ایراد ناظر به خود موضوع که جنبه شخصی نداشته باشد توسط همه مدیونها قابل استناد است. با این وصف، یگانگی موضوع مانع از آن نیست که تعهد تضامنی منشأ پیدایش چند رابطه حقوقی متمایز بین دائن و مدیونها باشد. دائن چندین مدیون دارد که همه آنان نسبت به شیء واحدی در مقابل وی مدیون هستند، اما تعهد هر یک تا اندازه‌ای مستقل از دیگران است.

البته برخی این دیدگاه سنتی را نپذیرفته‌اند و دست کم مبنای واقعی تضامن کامل و

آثار آن را نمایندگی می‌دانند. (۴۲)

۱۸. استقلال نسبی تعهد هر یک از مدیونها: گفتیم به رغم وحدت موضوع، تعهد هر یک از مدیونها مستقل و متمایز است. این امر آثاری به دنبال دارد:

۱. اعتبار تعهد هر یک از مدیونها باید بطور جداگانه درباره هر یک مطرح و رسیدگی شود. به طوری که ممکن است تعهد یکی از مدیونها به دلیل صغر یا اشتباه ابطال شود بدون اینکه این امر بر تعهد سایرین مؤثر واقع شود.

۲. تعهد یکی از مدیونها ممکن است مشروط به شرط یا مقید به قیدی باشد؛ در حالی که تعهد دیگران ساده و مطلق است، بنابراین، شرایط محدود کننده و مقید کننده تعهدات هر یک از مدیونها ضرورتاً در مورد سایرین اعمال نمی‌شود.

۳. ممکن است یکی از مدیونها از تعهد خویش بری شود؛ در حالی که ذمه سایرین همچنان مشغول است، بنابراین، هر تعهدی ممکن است بطور جداگانه یا دست‌کم به طریقی خاص خود، ساقط شود. (۴۳)

۱۹. تقسیم پذیری تعهد تضامنی: تضامن موجب غیر قابل تقسیم شدن تعهد بطور کامل نیست. تعهد تضامنی، به رغم تضامنی بودن، محکوم به تقسیم ناشی از انتقال تعهد به موجب ارث است؛ به عبارت بهتر، تضامن مانع از تقسیم تعهد یا دین به هنگام پیدایش آن است، ولی مانعی بر سر راه تقسیم آن در اثر وقایع بعدی نیست. بدین ترتیب، ورثه شخص متوفی بین خودشان متضامناً مسئول نیستند (۴۴)؛ مثلاً، در رابطه با دین تضامنی مورث، اگر یکی از ورثه ورشکسته شده باشد، دیگران ملزم به دادن سهم وی نیستند. (۴۵)

متذکر می‌شود که لیتوینف بحثی را تحت عنوان «تضامن مانع از تقسیم است» مطرح کرده است و در ذیل آن بحث متذکر عدم امکان تقاضای تقسیم دین از سوی مدیون تضامنی، که برای کل دین مورد تعقیب است، شده است. (۴۶) این گفته صحیح و از لوازم اثر اصلی تضامن، یعنی «تعهد نسبت به کل دین»، است که مطرح خواهد شد، ولی منافاتی با قابلیت تقسیم تعهد یا دین تضامنی در اثر وقایع بعدی ندارد.

گفتار سوم. آثار تضامن در رابطه بین بستانکار و بدهکاران

۲۰. تقسیم آثار تضامن: آثار تضامن را می‌توان به دو نوع تقسیم کرد: اثر اصلی که مانع از تقسیم دین است و هر یک از مدیون‌ها را نسبت به کل دین متعهد و ملتزم می‌سازد، چنانچه گویا هر مدیون تضامنی تنها مدیون دین است و آثار فرعی که طی زمان گسترش یافته‌اند و با نظریه نمایندگی متقابل مدیون‌ها در رابطه بین خودشان توجیه می‌شوند. بیشتر محققان توجیه آثار اصلی تضامن را بر پایه وحدت موضوع و تعدد رابطه حقوقی می‌دانند و آثار فرعی و ثانوی تضامن را مبتنی بر نظریه نمایندگی تلقی می‌کنند. (۴۷)

بند اول. آثار اصلی

۲۱. اثر اصلی؛ تعهد نسبت به کل دین: هر مدیونی نسبت به کل دین متعهد و ملتزم است، بنابراین، دعوای طلبکاری که از یکی از بدهکاران تضامنی کل مبلغ دین یا موضوع تعهد را مطالبه می‌کند دارای وجهه قانونی است. مدیونی که تحت تعقیب است نمی‌تواند خواهان بهره مند شدن از امتیاز تقسیم شود چه این امتیاز ناشی از تعهدات مبتنی بر تسهیم است و هر گونه تلاشی برای توسعه این امر به مدیون‌های تضامنی موجب از بین رفتن مستقیم‌ترین نتیجه تضامن می‌شود. تعهد به پرداخت کل دین، علاوه بر نتیجه مستقیم فوق، لوازم دیگری نیز دارد که عمدتاً عبارتند از:

۱. امکان تعقیب همه مدیون‌ها بطور متوالی به نحوی که کل دین پرداخت شود. به هر حال، هر قدر که از محکوم به وصول شود، از دین دیگران کاسته می‌شود، به نحوی که دائن هرگز نمی‌تواند بیش از میزان طلب خود چیزی دریافت کند.

۲. آزادی دائن در انتخاب مدیون، زیرا همه مدیون‌ها در وصف مدیون یا مسئول بودن در یک ردیف قرار دارند.

۳. امکان پرداخت کل دین بوسیله یک مدیون (ماده ۳۱۹ ق.م.)، در عین حال که حق مراجعه او به دیگر مدیون‌ها محفوظ است. پرداخت دین علی‌الاصول بوسیله همه کس ممکن است و در این رابطه چیزی وجود ندارد که مخصوص تضامن باشد، ولی سایر طرق سقوط دین مانند تهاتر، تبدیل تعهد و ابراء در مورد تعهدات تضامنی کمی

بحث‌انگیز است.

۲۲. تهاتر: از آنجا که هر مدیونی نسبت به کل دین تعهد دارد، این وضع به وی اجازه می‌دهد چنانچه مورد تعقیب قرار گرفت، در مقابل دائن نسبت به مبلغ دین ادعای تهاتر کند، مشروط بر اینکه خود او معادل مبلغ دین از دائن طلبکار باشد. پس، در حقوق فرانسه برای طرح ایراد تهاتر این شرط وجود دارد، به طوری که هیچیک از مدیونها نمی‌توانند بابت طلب دیگری از دائن ادعای تهاتر کنند.^(۴۸) اصل عدم توجه ایرادات، که رویه قضایی ما از ماده ۲۴۹ ق.ت استنباط کرده است، در مورد متعهدین تضامنی اسناد تجاری منشأ چنین اثری می‌شود، ولی در مورد غصب، به استناد مواد ۲۹۴ تا ۲۹۶ قانون مدنی، محققان معتقدند که هرگاه طلب مالک و طلب یکی از غاصبین از وی جامع شرایط تحقق تهاتر باشد، تهاتر واقع می‌شود و ذمه سایر غاصبین به حکم ماده ۳۱۹ ق.م. در مقابل مالک بری می‌شود.^(۴۹) البته غاصب مزبور قائم مقام مالک شده، حق مراجعه به غاصبین لاحق را خواهد داشت. بدین ترتیب، به نظر می‌رسد که در رابطه غاصبان با مالک ایراد تهاتر مطلقاً قابل استناد باشد.

۲۳. تبدیل تعهد: هر یک از مدیونهای تضامنی می‌توانند طی قراردادی جداگانه با مالک اقدام به تبدیل تعهد بکنند و تعهد دیگری را جایگزین تعهد سابق کنند. روشن است که مدیونی که اقدام به تبدیل تعهد می‌کند نمی‌تواند به تنهایی دیگران را بدون رضای آنان نسبت به یک تعهد جدید ملتزم سازد. اگر دائن رضای همه مدیونها را نسبت به تعهد جدید تحصیل نکند، فرض بر این است که وی تعهد واحد و جدیدی را پذیرفته است که تنها از یکی از مدیونها تحصیل کرده است، به همین جهت، سایرین در مقابل او بری می‌شوند؛ به علاوه مدیون مزبور به هنگام مراجعه به سایرین تنها می‌تواند همان مال موضوع تعهد تضامنی را مطالبه کند و نه مال موضوع قرارداد تبدیل تعهد را، مگر اینکه بعداً با سایر مدیونها به توافق برسد (محققان در مورد ضمان به غیر جنس نیز همین نکته را گفته‌اند).^(۵۰)

۲۴. ابراء: چنانچه دائن یکی از مدیونها را نسبت به کل دین ابراء کند، همه مدیونهای تضامنی بری می شوند و دائن حق رجوع به آنها را ندارد، زیرا ابراء یکی از اسباب سقوط دین است (قسمت اول ماده ۳۲۱ ق.م.). باید توجه داشت که چنانچه دائن حق رجوع یا مطالبه خود نسبت به یکی از مدیونهای تضامنی را ساقط کند، حق مراجعه به سایرین را از دست نمی دهد (قسمت دوم ماده ۳۲۱ ق.م.). یا این وصف، شایسته است که سه فرض را از یکدیگر جدا کنیم:

الف. متعهدی که مخاطب دائن قرار گرفته است، در واقع، مدیون اصلی است؛ به نحوی که در رابطه متعهدین تضامنی ضمان سرانجام بر ذمه او مستقر می شود (مانند تلف کننده مال مغضوب)؛ در این صورت، باید ابراء را به نحوی تحلیل کرد که ناظر به مسبب (یعنی دین) باشد والا در صورت رجوع دائن به سایر مسئولین، آنان نیز حق مراجعه به مخاطب ابراء را خواهند داشت و بدین ترتیب، ابراء بی اثر می شود. در فقه نیز برخی از محققان معتقدند ابراء یک نفر از غاصبان، ذمه وی و ذمه هر کس از غاصبان را که با وجود فراغ ذمه او نمی تواند مشغول باشد ساقط می کند. (۵۱)

ب. متعهدی که مخاطب قرار گرفته است مدیون بخشی از موضوع تعهد است، ولی به حکم قاعده تضامن مسئول کل آن است؛ به نحوی که در روابط بین خود متعهدها تنها بخشی از ضمان نهایتاً بر ذمه او مستقر می شود (چیزی که نوعاً در تداخل اسباب اتفاق می افتد). در این فرض می توان معتقد بود نسبت به آنچه از دین که در ذمه وی قرار دارد ابراء جزئی اتفاق افتاده است، ولی نسبت به مابقی دین، که او تنها مسئول آن است و نه مدیون آن، حق مطالبه دائن از وی ساقط شده است. به همین جهت عمل دائن در حق وی به سایر متعهدین تضامنی بطور جزئی نفع می رساند و به قدر سهم مخاطب ابراء از مقدار دین تضامنی کم می کند؛ چه در غیر این صورت، سایر متعهدین پس از پرداخت کل دین (یا انجام کل تعهد)، برای دریافت سهم متعهد مزبور به او مراجعه خواهند کرد (ممکن است مفاد این فرض را از ماده ۳۲۲ ق.م. نیز استنباط کرد).

ج. متعهد مخاطب دائن تنها مسئول پرداخت است و نه مدیون؛ در این صورت، ابراء، تنها اسقاط حق مطالبه و رجوع محسوب می شود و ابراء دین محسوب نیست. چنانچه دیدیم فرض اول را تنها به ابراء دین می توان تحلیل کرد؛ ولی در مورد

فرضهای دوم و سوم این پرسش پیش می‌آید: آیا مقصود از مخاطب قرار دادن یکی از متعهدین تضامنی اسقاط دین است تا موجب پراثت همه متعهدها شود یا اسقاط حق مطالبه دین از وی است که تنها ضمان ویژه او را از بین می‌برد؟

در حقوق فرانسه، اصل در ابراء، اسقاط دین است نه اسقاط حق مطالبه از مخاطب ابراء. به همین جهت نویسندگان بر این اعتقادند که ابراء جزئی باید بطور صریح باشد؛ یعنی، ضرورت دارد که دائن مشخصاً حقوق خود را در مقابل سایر مدیونها محفوظ دارد والا ابراء به نفع همه تفسیر می‌شود و نسبت به همه قابل اعمال تلقی می‌شود (ماده ۱۲۸۵ ق.م.ف.). (۵۲)

در حقوق آلمان، امور فوق به اراده طرفین واگذار شده است. (۵۳) همین دیدگاه در حقوق ما نیز قابل تأیید است، جز اینکه ابراء در حقوق ما ایقاع است، بنابراین، تنها تابع اراده دائن است و باید از قرائن و شواهد، عبارات و نحوه بیان اراده او مقصود وی را دریافت.

دیدیم که ابراء حسب نحوه اعلام اراده دائن ممکن است اسقاط دین یا اسقاط حق مطالبه از یک یا چند تن از متعهدین تضامنی باشد. حال متذکر می‌شویم که ابراء را باید از اسقاط امتیاز تضامن و انتقال طلب باز شناخت.

۲۵. اسقاط امتیاز تضامن: اسقاط امتیاز تضامن به معنی اسقاط دین (ابراء) نیست، زیرا در این عمل حقوقی دائن به هیچ وجه از مبلغ طلب نمی‌کاهد؛ او با پذیرش تقسیم دین، امتیازات ویژه وصف تضامنی دین را از دست می‌دهد. (۵۴)

برای درک اثر اسقاط امتیاز تضامن باید در مورد مهمترین وصف تضامن، که وحدت موضوع و تعدد رابطه حقوقی است، دقت کنیم. اسقاط امتیاز تضامن از یک سو، بر ماهیت رابطه حقوقی که اطراف متعدد تعهد تضامنی به آن ملتزم شده‌اند مؤثر واقع می‌شود و تعهد تضامنی نسبت به همه یا بعضی از متعهدها را به یک تعهد مبتنی بر تسهیم (تعهد چندگانه) تبدیل می‌کند، زیرا هر یک از متعهدها که تسهیم دین به نفع او صورت گرفته است، فقط نسبت به سهم خود از دین مسئول است. از سوی دیگر، اسقاط امتیاز تضامن بر موضوع تعهد تضامنی مؤثر واقع می‌شود؛ به طوری که وحدت

آن را از بین می‌برد و آن را به تعداد متعهدینی که اسقاط امتیاز تضامن به نفع آنها انجام شده است، متعدد می‌کند. (۵۵) بدین ترتیب، در یک تعهد تضامنی اسقاط امتیاز تضامن به تضامن خاتمه می‌دهد و نه به تعهد.

در برخی از نظامهای حقوقی، عمل حقوقی‌ای که به موجب آن امتیاز تضامن ساقط می‌شود به صورت قرارداد است (۵۶)، ولی در حقوق ما راجع به ماهیت این عمل حقوقی، مانند غالب موضوعات دیگر تضامن، بحثی نشده است. به نظر می‌رسد به این پرسش که آیا اراده یکجانبه دائن برای اسقاط امتیاز تضامن کافی است یا خیر، بتوان بطور قطع پاسخ مثبت داد، زیرا حتی محققانی که اصل آزادی ایقاع را بطور اطلاق پذیرفته‌اند نیز معتقدند در حقوق ما اراده یکجانبه طلبکار برای اسقاط تعهد کافی است (۵۷) و تنها امکان ایجاد التزام به اراده یکجانبه مدیون مورد تردید است. اگر طلبکار بتواند بطور یکجانبه اصل تعهدی را از بین ببرد، به طریق اولویت می‌تواند بطور یکجانبه وصفی از اوصاف آن تعهد را - که تنها به نفع او و به ضرر متعهدین است = زائل کند، بویژه که اسقاط امتیاز تضامن را می‌توان به اسقاط حق مطالبه دین در قسمتی که زائد بر سهم هر یک از مدیونهای تضامنی است بازگردانید.

برای خاتمه دادن به بحث اسقاط امتیاز تضامن و عدم طرح مجدد آن به دو نکته دیگر اشاره می‌شود:

اسقاط امتیاز تضامن می‌تواند بطور عام یا خاص باشد. در صورت اول، تمام مدیونها را در بر می‌گیرد و دین (یا تعهد) بین آنها تقسیم می‌شود، به طوری که هر یک از مدیونها تنها مسئول پرداخت سهم خویش است. چنانچه اسقاط امتیاز تضامن بطور خاص باشد؛ یعنی، یک یا چند نفر از مدیونها را شامل شود، دائن دیگر نمی‌تواند آن مدیون یا مدیونها را برای کل دین تعقیب کند، بلکه تنها می‌تواند آنان را برای سهم خودشان از دین تعقیب کند، ولی در مورد سایر مدیونها امتیاز تضامن به جای خود باقی است و دائن می‌تواند هر یک از آنها را به منظور وصول کل دین منهای سهم مدیون یا مدیونهایی که از تضامن معاف شده‌اند تعقیب کند. (ماده ۱۲۱۰ ق.م.ف.).

چنانچه یکی از مدیونهایی که ورشکسته شده است از جمله کسانی باشد که مشمول امتیاز اسقاط تضامن نیستند سهم وی از دین میان کلیه مدیونها، حتی آنها که مشمول

اسقاط امتیاز تضامن بوده‌اند، سر شکن می‌شود، زیرا دائن نمی‌تواند بار مالی سایر مدیونها را با عمل حقوقی اسقاط امتیاز تضامن بطور خاص افزایش دهد.^(۵۸)

۲۶. انتقال طلب: باید بین انتقال طلب و ابراء نیز تفاوت گذارد. هر دو نهاد حقوقی در این نتیجه مشترک‌اند که با تحقق آنها حق دائن ساقط می‌شود، ولی در انتقال طلب بر خلاف ابراء این حق از بین نمی‌رود و منتقل می‌شود. مدیونی که طلب به وی انتقال داده می‌شود قائم مقام دائن شده و از همه امتیازات و حقوق وی بهره‌مند می‌شود (قسمت اخیر ماده ۳۲۱ ق.م.ا.).

در نتیجه انتقال، دین یا تعهد خود مدیون در مقابل دائن ساقط می‌شود، زیرا معقول نیست که شخصی به عنوان قائم مقام دیگری طلبکار از خود شود (ماده ۳۰۰ ق.م.ا.).^(۵۹)

۲۷. قسم: یکی از اسبابی که مربوط به حوزه آئین دادرسی و، به عبارتی، مربوط به عالم اثبات است، ولی در عمل، نهایتاً تأثیری مشابه اسباب سقوط تعهد دارد، قسم است. بدین معنی که اگر دائن قسم را متوجه یکی از مدیونها کند و وی سوگند یاد کند که بدهکار نیست، این سوگند به نفع دیگران مؤثر واقع می‌شود. در واقع، این مدیون تضامنی با پذیرش سوگند کل دعوای دائن را ساقط و بی‌مبنا می‌کند.

بند دوم: آثار فرعی و ثانوی تضامن

۲۸. نظریه مبنای آثار فرعی؛ نمایندگی متقابل: به رغم اعتقاد برخی از محققان که وحدت موضوع در تعهدات تضامنی برای توجیه عمده آثار فرعی تضامن نیز کافی است^(۶۰)، غالب متخصصان حقوق مدنی در فرانسه بر این اعتقادند که آثار فرعی و ثانوی تضامن با یگانگی موضوع یا تعهد به پرداخت کل دین قابل توجیه نیست. نوعی نمایندگی متقابل لازم است تا بتوان فرض کرد عملی که بوسیله یکی از مدیونها یا علیه وی انجام شده است در حق سایرین مؤثر است، به گونه‌ای که گویی سایر مدیونها خود آن عمل را انجام داده‌اند یا عمل مزبور علیه خود آنها انجام شده است. همین ضرورت مبنای پیدایش نظریه نمایندگی متقابل شد. البته در نوشته‌های قدیمی نیز برای جبران

نقص مبنای «یگانگی موضوع تعهد» گاه نویسندگان نوعی وکالت ضمنی ویژه را بین مدیونها فرض کرده و بر مبنای آن هر یک از مدیونها را نماینده دیگری تلقی می‌کردند.^(۶۱) این عقیده، که در نوشته‌های نویسندگان جدید بخوبی تکوین یافت^(۶۲)، به دکتربین محدود نشد و در رویه قضایی فرانسه نیز نفوذ خود را به جای گذاشت؛ به طوری که مبنای همه آرای اخیر شد. حتی دیوان تمیز یکی از آراء دادگاه استیناف پاریس را به علت مخالفت با این اصل [اصل نمایندگی متقابل] نقض کرد.^(۶۳)

۲۹. اهم آثار فرعی تضامن: اهم آثار فرعی تضامن را می‌توان در سه مورد ذیل

خلاصه کرد:

۱. قطع مرور زمان: قطع مرور زمان که در نتیجه ثبت دعوی یا اقدام دیگری که قاطع مرور زمان است علیه یکی از مدیونهای تضامنی تحقق می‌یابد، علیه سایرین نیز مؤثر واقع می‌شود. در تقسیم بندی سنتی آثار تضامن به فرعی و اصلی، این قاعده متضمن مهمترین اثر فرعی تضامن است^(۶۴) که از لحاظ تحلیلی آن را نتیجه نمایندگی هر یک از مدیونها از سوی دیگران دانسته‌اند.^(۶۵)

۲. درخواست اجرای تعهد (مطالبه قضایی یا مطالبه با اظهارنامه): اگر دائن از یکی از متعهدها اجرای تعهد را درخواست کند^(۶۶)، این درخواست اثر خود را نسبت به سایرین نیز به جا خواهد گذاشت. مهمترین اثر درخواست اجرای تعهد این است که شی موضوع تعهد در ضمان مدیون قرار می‌گیرد و، به عبارتی، ریسک (یا ضمان معاوضی) به وی منتقل می‌شود. در نتیجه، اگر شیء مزبور بعد از مطالبه در اثر حادثه‌ای از بین برود، همه مدیونها بطور تضامنی نسبت به مثل یا قیمت آن شیء مسئول هستند. چگونه به طریقی جز نمایندگی می‌توان اظهارنامه‌های ارسال شده برای یکی از مدیونها را در قبال دیگران مؤثر و قابل استناد دانست؟^(۶۷)

۳. مسئولیت تضامنی در قبال خسارات: چنانچه عدم انجام تعهد تضامنی در نتیجه تقصیر یکی از متعهدها باشد، همه متعهدها متضامناً در قبال خسارات حاصله مسئول هستند. از آنجا که هر یک از متعهدهای یک تعهد تضامنی در قبال متعهد له نماینده یکدیگر محسوب می‌شوند، عمل هر یک عمل دیگری و تقصیر هر یک تقصیر دیگری

تلقی می‌شود. (۶۸)

در حقوق فرانسه، اعتقاد بر این است که غیر از متعهد مقصر سایر متعهدهای تضامنی بابت خسارات زاید برارزش شیء مورد تعهد مسئولیتی ندارند. (۶۹) در حقوق لوئیزیانا، تفکیک مزبور بین خسارات، که ریشه در کد ناپلئون دارد، پذیرفته نشده است و متعهدها بابت کلیه خسارات ناشی از تلف عین و منافع متضامناً مسئول‌اند. (۷۰) در حقوق ما، وضع تقریباً مشابه حقوق لوئیزیانا است (مواد ۳۱۷ و ۳۲۰ ق.م.ا)، ولی بررسی مقررات مسئولیت تضامنی غاصبان در غصب چند تفاوت را به منصفه ظهور می‌رساند.

الف. در حقوق ما، به علت وجود نهاد حقوقی اتلاف که ضمان ناشی از آن عمدتاً مبتنی بر رابطه علیت مادی است، ضمان در نهایت بر عهده تلف‌کننده مال مستقر می‌شود (مگر اینکه سبب از مباشر اقوی باشد) و در مورد مسئولیت سایر متعهدها (غاصبان) در مقابل مالک نسبت به پرداخت زیانهای ناشی از غصب، که به حکم قانون است، محققان نیاز ندیده‌اند که به مبنای نمایندگی (اگر چه نمایندگی قانونی) متوسل شوند و همان مبنای قدیمی پذیرفته شده در حقوق رم، یعنی وحدت دین و تعدد رابطه حقوقی، را برای توجیه این اثر کافی دیده‌اند. (۷۱) بویژه زمینه‌هایی از این فکر در اندیشه‌های برخی از فقها دیده می‌شود. (۷۲) و پیش از این به تفصیل متذکر شدیم.

ب. مسئولیت همه غاصبان نسبت به مثل یا قیمت عین یکسان نیست. اگر مال مغضوب در ید غاصب سابق نقص یا عیبی پیدا کند و سپس غاصب لاحق بر آن مسئولی شود، غاصب اخیر و لاحقین او فقط نسبت به مثل یا قیمت مال مغضوب ناقص مسئولیت تضامنی دارند و تفاوت قیمت آن با مال مغضوب سالم بر عهده غاصبین سابق است که مال مغضوب را در حالت سلامت در دست داشته‌اند.

ج. در مورد منافع مال مغضوب نیز مسئولیت تضامنی هر غاصب در مقابل مالک با دستهای پس از اوست و نه قبل. پس در حقوق ما، گر چه مسئولیت متعهدهای تضامنی، منافع را نیز در بر می‌گیرد؛ ولی، مانند حقوق لوئیزیانا، در مورد منافع، این مسئولیت کامل نیست.

در پایان متذکر می‌شود که رویه قضائی فرانسه آثار دیگری را نیز به این مجموعه افزوده است؛ از جمله تحت شرایطی برای حکم صادره علیه یکی از مدیونهای تضامنی،

در مورد سایرین، حتی آنها که در دعوا حضور نداشته‌اند، اعتبار امر مختوم را قائل شده است، اما از آنجا که این اثر در خود حقوق فرانسه اختلافی است و مخالفین مهمی دارد^(۷۳) و در حقوق ما نیز از جایگاهی برخوردار نیست، طرح آن ضروری نمی‌نماید.

۳۰. **انتقاد از نظریه نمایندگی و مطالعه تطبیقی:** مهمترین انتقاد به نظریه نمایندگی متقابل این است که نظریه مزبور یک فرض خلاف واقع است و بویژه آثار تضامن ناشی از قانون را نمی‌توان بر آن مبتنی کرد، زیرا مستلزم فرض نمایندگی ضمنی هر یک از مدیونها از سوی دیگران است که معقول نیست. این ایراد را محققان خصوصاً با امکان نمایندگی (یا قائم مقامی) ناشی از قانون پاسخ داده‌اند.^(۷۴) مثلاً، مازوها در رد حرف منتقدین نوشته‌اند «اینان فراموش کرده‌اند که نمایندگی همیشه از اراده ناشی نمی‌شود و ممکن است بوسیله قانون تحصیل شود. دیوان تمیز دقیقاً مدیون تضامنی را به عنوان نماینده ضروری سایر مدیونها توصیف می‌کند: در جایی که اراده در بین نیست، این قانون است که نوعی نمایندگی متقابل بین مدیونهای تضامنی بوجود می‌آورد.»^(۷۵)

به هر حال ظاهراً انتقادات بی اثر نبوده است و ایراد مزبور یا این ایراد که نمایندگی باید محدود به اموری باشد که به نفع متوب عنه است و نه به ضرر وی، تأثیر خود را به جای گذارده است؛ چنانچه در حقوق مصر قانون مدنی جدید، بر خلاف قانون مدنی سابق، کلیه آثار فرعی تضامن را رد کرده است.^(۷۶) در حقوق آلمان نیز هیچیک از آثار فرعی تضامن پذیرفته نشده است مگر در صورتی که در قرارداد جز این مقرر شده باشد؛ به عبارتی، در آلمان آثار فرعی تضامن می‌تواند تنها منشأ قراردادی داشته باشد. با این همه، دقت در قانون مدنی فرانسه و آلمان نشان می‌دهد که این تفاوت در زمینه تضامن ناشی از قانون، مطلق و بزرگ است والا در مورد تضامن ناشی از قرارداد، طرفین در حقوق آلمان حق دارند که به یکدیگر نمایندگی متقابل داده، آثار فرعی تضامن را بپذیرند، چنانچه در حقوق فرانسه نیز طرفین می‌توانند آثار فرعی تضامن را محدود کنند.^(۷۷)

به نظر می‌رسد که موضع حقوق ایران به حقوق آلمان نزدیک باشد، زیرا چنانچه دیدیم از مجموع آثار فرعی تضامن، تنها اثر سوم در مورد تقصیر (مطروحه در شماره

۲۹)، قابل قبول است. این اثر نیز تا آنجا که مربوط به رابطه بین متعهدهای تضامنی و متعهده (مثل غاصبان و مالک) می شود، بر مبنای وحدت موضوع و تعدد رابطه حقوقی قابل توجیه است و نیازی به نظریه نمایندگی متقابل نیست. سایر آثار جز در صورت توافق (در مورد تضامن ناشی از اراده)، اصولاً مردود است، زیرا نمی توان آنها را از مقررات و قوانین بیرون کشید.

۳۱. تضامن ناقص (Solidarité imparfaite): به عقیده برخی نویسندگان سستی دو نوع تضامن وجود دارد: تضامن کامل و تضامن ناقص. تضامن کامل همه آثار را بوجود می آورد؛ در حالی که تضامن ناقص تنها آثار اصلی را به بار می آورد؛ یعنی، هر یک از مدیونها مسئول پرداخت کل دین است، ولی آثار فرعی یاد شده بوجود نمی آید. مبنای این تفکیک بر این دلیل استوار است که آثار فرعی تضامن ناشی از وکالت ضمنی ای است که مدیونهای تضامنی به هم داده اند؛ در حالی که وجود چنین وکالتی در مورد مدیونهایی که یکدیگر را نمی شناسند و، بنابراین، نمی توانند توافقی در این زمینه داشته باشند قابل قبول نیست؛ همچنین نمی توان چنین وکالتی را در مورد تعهدات ناشی از جرم و شبه جرم پذیرفت، زیرا هرگونه وکالتی که جهت ارتکاب اعمال مزبور داده شود مطلقاً باطل است.^(۷۸) در تمام موارد فوق گفته می شود که چون نمی توان متعهدین تضامنی را نماینده یکدیگر تلقی کرد، آثار فرعی تضامن نیز نمی تواند بوجود آید.

دکترین و رویه قضایی فرانسه این تفکیک را احتمالاً به دلیل فقدان یک مبنای قوی قانونی رد کرده اند؛ مثلاً، دمولومب می گوید: «تنها یک نوع تضامن وجود دارد نوعی که خود قانون به رسمیت شناخته است و فرای آن هیچ تضامنی وجود ندارد.»^(۷۹)

با این همه، در فرانسه اجتناب از برخی از آثار نمایندگی متقابل بین مدیونها دکترین را بر آن داشت که در کنار «تعهدات تضامنی» (Obligations in solido) مفهوم «تعهدات تضامنی» (Obligations in solidum) را نیز مطرح سازد. آثار تعهدات تضامنی از تعهدات تضامنی محدودتر بوده و بسیار شبیه به آثار محدود مفهوم مورد انتقاد تضامن ناقص است گرچه با آن یکسان نیست.^(۸۰) با اینکه نظریه تعهدات تضامنی بشدت مورد انتقاد واقع شد، ولی رویه قضایی آنرا بخوبی پذیرفت و اعمال کرد؛ از آن جمله اند:

تعهدات ناشی از شبه جرم که بیش از دو نفر در مورد خسارات ناشی از یک امر مسئول هستند یا شخص مقصر و شخص دیگری که مسئول فعل اوست یا شخصی که مرتکب تقصیر شده و بیمه گری.

توجیه تفکیک این دو دسته تعهد از یکدیگر عمدتاً در این است که در تعهد تضامنی نه تنها با وحدت موضوع، بلکه به علاوه با وحدت سبب مواجهیم؛ یعنی، هر یک از متعهدهای تضامنی به همان علتی در مقابل متعهدهای مسئول است که دیگر متعهدها مسئول اند. در حالی که در تعهد تضامنی، به رغم وحدت موضوع، سبب تعهد، متعدد است نه واحد.^(۸۱) بر این پایه، تعهداتی که دارای منشأ قراردادی متفاوت هستند می توانند به عنوان تعهد تضامنی توصیف شوند؛ مانند، معمار ساختمان و پیمانکار که هر یک به موجب قراردادی در مقابل مالک ملتزم هستند، ولی در مورد تقصیر مشترک قراردادی، هر یک مسئول کل خسارت هستند.

مازوها نیز تصریح می کنند که منشأ تعهدات تضامنی ممکن است قانون یا قرارداد یا شبه قرارداد باشد، اما آنان در تعریف تضامن ناقص مستقیماً از تعهدات تضامنی نام برده اند و آنها را معادل هم قرار می دهند.^(۸۲)

بر خلاف فرانسه، در حقوق لوئیزیانا هر گونه تفکیک و تمایز میان تضامن کامل یا ناقص و نیز تعهد تضامنی و تضامنی رد شده است. به همین جهت، هر زمان که متعهدين متعدد بطور تضامنی ملتزم شوند، همه آثار تضامن بدون تمایز و تفکیک بار می شود.^(۸۳)

در حقوق ما نیز اینگونه تمایزها و تفکیکها چندان موجه نیست، زیرا مبنای این تمایزها و تفکیکها در مورد تضامن کامل و ناقص یا در مورد تعهدات تضامنی و تضامنی، وجود یا عدم آثار فرعی تضامن است و دیدیم که این آثار، جز اثر سوم، در حقوق ما مردود است و اثر سوم را بر مبنای وحدت موضوع توجیه می کنند و نه بر مبنای نمایندگی. به علاوه به نظر می رسد این اثر، به هر ترتیب در حقوق ما توجیه شود، نمی تواند مبنای تمیز و تفکیک باشد، زیرا این اثر همیشه با تعهد تضامنی همراه است و طبیعی است که تقسیماتی که مبتنی بر وجود یا فقدان آن است، قابل طرح نباشد.

گفتار چهارم. ایرادات قابل طرح در مقابل بستانکار

۳۲. اقسام ایرادات: برخی با دقت در ماهیت ایراد، ایرادات را به سه دسته: ایرادات مربوط به طبیعت تعهد، ایرادات مشترک و ایرادات شخصی تقسیم کرده‌اند^(۸۴) و برخی با توجه به اثر ایراد، آن را به سه دسته: ایرادات مشترک، ایرادات شخصی و ایرادات مختلط تقسیم کرده‌اند.^(۸۵) برخی نیز با توجه به اینکه ایراد توسط همه متعهدین تضامنی قابل استناد است یا توسط یکی یا برخی از آنها، آنرا به اختصار به ایرادات مشترک و ایرادات شخصی تقسیم کرده‌اند.^(۸۶) به نظر می‌رسد که بتوان اهم نکات تقسیم‌های قبلی را در تقسیم اخیر گنجانید و آن را ترجیح داد.

۳۳. ایرادات مشترک: ایرادات مشترک، ایراداتی هستند که همه مدیونهای تضامنی می‌توانند به آنها استناد کنند. به این اعتبار می‌توان عمده ایرادات مربوط به طبیعت تعهد را نیز جزو ایرادات مشترک قرار داد.^(۸۷) عمده ایرادات مشترک به قرار ذیل است:

۱. آن دسته از اسباب بطلان که بر روی تعهدات همه مدیونها تاثیر می‌گذارد؛ به عنوان مثال، بطلان ناشی از نامشروع بودن موضوع تعهد یا فقدان برخی از شرایط شکلی، در مواردی که تشریفات خاصی شرط تحقق عمل حقوقی منشأ تعهد تضامنی است. اینها همان ایراداتی است که برخی به ایرادات مربوط به طبیعت تعهد تعبیر کرده‌اند.^(۸۸) به علاوه می‌توان عدم نفوذ ناشی از اکراه و بطلان ناشی از اشتباه را نیز، چنانچه ناظر به همه مدیونها باشد، از مصادیق این شق دانست.

۲. شرط محدود کننده‌ای که در مورد تعهدات همه مدیونها بطور مشترک وجود دارد؛ مثلاً، اگر همه مدیونها تعهد خود را موکول به قید یا شرطی نموده باشند که تحقق آن غیر ممکن یا معلق باشد، روشن است که دائن نمی‌تواند هیچیک را تعقیب کند.

۳. اسباب سقوط تعهد که همزمان بر روی دین همه مدیونها مؤثر واقع می‌شوند؛ مانند، پرداخت دین بوسیله یکی از مدیونها، تهاتر طلب یکی از مدیونها از دائن با طلب دائن از وی، تلف تصادفی موضوع تعهد، مرور زمان و تحقق شرط فاسخ.

۳۴. **ایرادات شخصی:** مراد ایراداتی است که به یک یا چند نفر از مدیونها اختصاص داشته و توسط همه قابل استناد نیست:

۱. اسباب بطلان یا عدم نفوذ، مانند عدم اهلیت، اشتباه یا اکراه که مختص به یک یا چند نفر از مدیونهاست؛ مثلاً، در ماده ۷ قانون متحد الشکل ژنو (۷ ژوئن ۱۹۳۰) آمده است: «هرگاه برات دارای امضای اشخاصی باشد که فاقد اهلیت جهت امضای برات باشند یا واجد امضاهای مجعول یا امضاهایی باشد که به هر علتی امضاکنندگان را متعهد نسازد، تعهدات سایر امضاکنندگان به اعتبار خود باقی خواهد بود.»

۲. شروط محدودکننده که ناظر به تعهدات همه مدیونها نباشد، بلکه ناظر به تعهد یک یا چند نفر از آنان بوده و تحقق آن نیز غیر ممکن شده یا هنوز معلق باشد.

۳. اسباب سقوط تعهد که تنها ناظر به یکی از مدیونها یا برخی از آنان باشد، مانند ابراء جزئی^(۸۹) (که توضیح آن در شماره ۲۴ آمده است).

متذکر می‌شود که در حوزه اسناد تجاری، وجود اصل عدم توجه ایرادات، امکان توسل مسئولین تضامنی این اسناد را به این ایرادات، بویژه ایرادات مشترک، مخدوش کرده است. این اصل چند استثنا دارد که مهمترین آنها ایرادات مربوط به روابط شخصی است؛ یعنی، اصل عدم توجه ایرادات اطلاق خود را در ارتباط با روابط حقوقی شخصی موجود میان طرفین مستقیم و بلافصل سند تجاری از دست می‌دهد؛ مثلاً، متعهد می‌تواند ایراد نماید تعهد یا رابطه حقوقی سابق که منشأ صدور (یا انتقال) سند تجاری شده باطل بوده یا از بین رفته یا متعاقب صدور سند، در روابط بین طرفین فعل و انفعالاتی صورت پذیرفته که سند تجاری را فاقد اعتبار کرده است.

حکم تمیزی ۱۱۸۹ مورخ ۱۳۲۷/۸/۵ شعبه ششم دیوان عالی کشور اشعار می‌دارد: «اگر در سفته مستند دعوی تصریح شده باشد که در مقابل جنس صادر شده است و دهنده سفته دلائلی بر تسلیم نکردن جنس مزبور اقامه کرده باشد، دادگاه باید در زمینه تسلیم جنس رسیدگی کرده و سپس رأی مقتضی را بدهد.»^(۹۰)

۳۵. **اثر دوگانه ایرادات شخصی:** ایرادات شخصی را با توجه به اثر دوگانه آنها باید

به دو دسته تقسیم کرد:

الف. گروهی که بطور جزئی به سایر مدیونها فایده می‌رسانند؛ برای روشن شدن منظور می‌توان دو مورد ذیل را به عنوان نمونه مطرح کرد:

۱. ابراء جزئی: چنانچه که قبلاً گفتیم اگر ابرائی را که تنها ناظر به سهم یکی از مدیونهاست موجب کاسته شدن مبلغ موضوع ابراء از کل دین ندانیم، ابراء بی اثر خواهد شد، زیرا مدیونهای مزبور پس از پرداخت کل دین بابت سهم مدیون ابراء شده به وی مراجعه خواهند کرد؛ پس ابراء جزئی مفید به حال سایر مدیونهاست.

۲. مالکیت ما فی الذمه: اگر دائنی، که وارث یکی از مدیونهای تضامنی است، برای کل دین به سایرین مراجعه کند، مدیونهای مزبور نیز مجدداً برای گرفتن سهم مورث از دین، به او مراجعه می‌کنند؛ پس باید سهم وی از میزان دین کاسته شود. (۹۱)

ب. ایرادات صرفاً شخصی که حتی بطور جزئی به حال دیگران مفید نیست؛ این نوع از ایرادات بسیار شایع تر است و شامل همه شروط محدود کننده و همه اسباب بطلان و عدم نفوذ که مختص به یکی از مدیونهاست و نیز برخی از اسباب سقوط تعهد می‌شوند. در همه این موارد، مدیونی که ایراد مختص اوست، از شمار مدیونها خارج می‌شود بدون اینکه از مبلغ دین کاسته شود.

گفتار پنجم. رابطه بدهکاران تضامنی با یکدیگر

۳۶. تقسیم تعهد یا دین: اینکه هر یک از مدیونهای تضامنی در رابطه خود با دائن نسبت به کل دین مسئول است و باید کل آنرا بپردازد، مانع از آن نیست که دین مشترک بین خود مدیونهای تضامنی تقسیم شود. نحوه تقسیم نیز اصولاً "بطور تساوی است، ولی فرض قانونی ناظر به تساوی سهم مدیونها در دو مورد غیر قابل اعمال است:

۱. وقتی که به موجب قرارداد، بطور صریح، تقسیم بر مبنایی دیگر مقرر شده باشد که در این صورت قرارداد لازم الاتباع است.

۲. وقتی که ثابت شود میزان منفعت مدیونها با یکدیگر مساوی نبوده است یا، دست‌کم، ثابت شود که به میزان مساوی تفویت منفعت یا تسبیب ضرر نکرده‌اند.

ماده ۳۲۰ قانون مدنی در رابطه بین غاصبان و به هنگام توزیع نهایی مسئولیت، هر غاصبی را مسئول منافعی دانسته که در زمان تصرف وی تلف یا استیفاء شده است

به موجب مفاد ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی هر گاه چند نفر مجتمعاً زیانی وارد آورند، در رابطه بین زیان دیده با مسئولان، مسئولیت تضامنی حکمفرما است، ولی در رابطه بین خود مسئولان، میزان مسئولیت هر یک با توجه به نحوه مداخله او از طرف دادگاه معین می‌شود. (۹۲)

ماده ۱۶۵ ق. دریایی در مورد کشتیهای متصادم معیار توزیع مسئولیت بر اساس میزان اهمیت تقصیر را به دست داده است. با توجه به اینکه نوعاً میزان تقصیر تعیین کننده‌ترین عامل جهت تعیین میزان دخالت است، این معیار، در عمل، از معیار ماده ۱۴ ق.م.م. چندان فاصله نمی‌گیرد. تفاوت فاحش را ماده ۷۲ قانون دیات به بار آورده است که اساس رابطه بین زیان دیده و مسئولان و رابطه بین خود مسئولان را تغییر داده است؛ اشتراک در مسئولیت را جایگزین تضامن، و تساوی به هنگام توزیع مسئولیت را جایگزین تناسب توزیع مسئولیت با نحوه مداخله (یا میزان علت در سببیت ضرر) کرده است. معیاری که بسختی با معیارهای قانونی دیگر قابل جمع است و شاید اساساً قابل جمع نیست.

گاه چنان عدم تساوی سهم مدیونها از دین فاحش می‌شود که در توزیع نهایی مسئولیت یکی از مدیونها کل دین را پرداخته، دیگری مکلف به پرداخت هیچ چیزی از دین نمی‌شود؛ مانند غاصب تلف کننده مال در تعاقب ایادی و مضمون عنه در ضمان تضامنی.

۳۷. مبنای حق رجوع مدیون ایفا کننده تعهد به دیگران: دیدیم که دین بین مدیونها تقسیم می‌شود و هر یک از آنان تنها نسبت به سهم معینی که مخصوص اوست مسئول است؛ کسی که بیش از سهم خود پرداخته باشد برای دریافت مبلغ اضافی حق رجوع به سایرین را دارد. حال این پرسش پیش می‌آید: مبنای حق رجوع مدیون ایفا کننده تعهد یا پرداخت کننده دین به سایر مدیونها چیست؟ آیا تعهد مدیونها مزبور به پرداخت متقابل آنچه مدیون ایفا کننده تعهد، زائد بر سهم خود، پرداخته است، یک تعهد یا التزام قراردادی است یا یک التزام خارج از قرارداد؟

منشأ دو گانه تضامن، که گاه قراردادی و گاه قانونی است، محققان را بر آن داشته

است که برای حق رجوع مدیون پرداخت کننده به سایرین نیز گاه مبنای قراردادی و گاه مبنای قانونی قائل شوند. در تضامن بین مدیونها، در مورد مبنای حق رجوع بیشتر صحبت از سه نهاد حقوقی است: وکالت، اداره مال غیر، قائم مقامی.

۳۸. وکالت: مبنای مراجعه مدیون پرداخت کننده دین به سایرین، بویژه در مورد تضامنهاى ارادى، مى تواند وکالت باشد؛ يعنى، فرض بر این است که آنان متقابلاً به یکدیگر نمایندگی در پرداخت دین مشترک داده اند. در این صورت، چون موکل باید مخارجی را که وکیل به منظور اجرای نیابت تقبل کرده است بپردازد، آنان نیز باید آنچه را مدیون پرداخت کننده، زائد بر سهم خود و در مقام نیابت پرداخته است به وی مسترد دارند. دعوای وکالت، مانند دعوای اداره مال، غیر دعوایی است که مدیون تضامنی به نام خود اقامه می کند. (۹۳)

۳۹. اداره مال غیر (Gestion d'affaires): نارسایی نظر وکالت در توجیه مبنای حق رجوع در تضامنهاى قانونى، که هیچگونه توکیل ضمنی در آن مفروض نمی تواند باشد، موجب شده است که نویسندگان در تضامنهاى قانونى و، به عبارت وسیع تر، در تضامنهاى فرا قراردادی، مبنای دیگری برای حق رجوع جستجو کنند و متوسل به نهاد حقوقی «اداره مال غیر» شوند. این نهاد، در فرانسه، از وسعت و انعطاف خوبی برخوردار است و چه بسا همه یا عمده مصادیق مورد بحث در تضامن قانونی را دربرگیرد، ولی در حقوق ما، این نهاد از کاربرد محدودی برخوردار است و فقط با جمع آمدن شرایط مطروحه در ماده ۳۰۶ ق.م. مدیون پرداخت کننده حق رجوع به سایر مدیونها را دارد. بدین ترتیب، بخش بزرگی از مراجعه های مبتنی بر تضامن قانونی از شمول ماده ۳۰۶ خارج می ماند و بی مبنا می شود.

۴۰. قائم مقامی (Subrogation): یکی از نظریاتی که در حقوق فرانسه از جایگاه بزرگی برخوردار شده است، رجوع بر مبنای قائم مقامی است. (۹۴) بدین توضیح که با پرداخت دین از سوی یکی از مدیونها به دائن، طلب وی (و به تبع دعوای وی) به او

منتقل می‌شود و مدیون پرداخت کننده دین به قائم مقامی از وی حق رجوع به سایر مدیونها را دارد. به همین دلیل مدیونی که پرداخت را انجام می‌دهد می‌تواند از همه تضمین‌ها و وثائقی که دعوای طلبکار از آن برخوردار است، استفاده کند. در مجموع، می‌توان گفت به نفع مدیون پرداخت کننده است که دعوی را به عنوان قائم مقام دائن مطرح کند، زیرا می‌تواند از انواع امتیازات و تضمین‌های دائن استفاده کند.^(۹۵)

به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز این مبنا بهتر قابل پذیرش باشد؛ گر چه ممکن است در عقاید برخی از محققان گرایش‌هایی به نظریه اول (وکالت) یافت، چنانچه دکتر مصطفی عدل در مورد امکان رجوع ضامن پس از پرداخت دین به مضمون عنه، اذن اعطا شده از سوی مضمون عنه به ضامن در پرداخت دین را نوعی اعطای نیابت و وکالت دانسته است.^(۹۶) ولی با توجه به اینکه در مسئولیت تضامنی امکان رجوع مدیون پرداخت کننده دین به دیگران منوط به اذن نیست و در تضامن ناشی از قانون حتی این اذن بطور ضمنی نیز نمی‌تواند مفروض باشد، به نظر می‌رسد این عقیده موجه تر است که «در هر مورد که چند تن بطور تضامنی مسئول پرداخت دینی هستند، اگر یکی از بدهکاران دین را بپردازد، در رجوع به دیگران قائم مقام طلبکار می‌شود، بدون اینکه اذن مدیون شرط باشد؛ معیار این قاعده در ماده ۳۱۸ ق.م. دیده می‌شود.»^(۹۷)

به نظر نویسنده در حقوق ایران تئوری اختصاصی دیگری تحت عنوان معاوضه برای توجیه مبنای حق رجوع قابل طرح است که به مناسبتی در پانویس شماره ۱۰۰ به آن اشاره اجمالی شده است و به جهت رعایت اختصار، از توضیح بیشتر خودداری می‌شود.

۴۱. نحوه رجوع به سایر مدیونها: در حقوق فرانسه، اعتقاد بر این است که مدیونی که دین را پرداخته است چه به نام خود طرح دعوی کند و چه به عنوان قائم مقامی دائن، تنها می‌تواند به مقدار سهمی که هر یک از مدیونها شخصاً مسئول آن است به وی مراجعه کند (پاراگراف یک از ماده ۱۲۱۴ ق.م.فرانسه)؛ به عبارتی، تضامنی بودن تعهد مدیونها در مقابل دائن موجب نمی‌شود که مدیون پرداخت کننده دین به اعتبار قائم مقامی دائن، از یک نفر از سایر مدیونها کل دین را مطالبه کند.^(۹۸) در حقوق فرانسه،

در بحث ضمان، در مورد رجوع پرداخت کننده به سایر ضامنان نیز مقرر شده است که پرداخت کننده دین را سرشکن کند و به هر یک به اندازه سهم او رجوع کند (ماده ۲۰۳۳ ق.م.ف.). محققان از این وضع نتیجه گرفته‌اند که قائم مقامی مطروحه در تضامن یک قائم مقامی کامل نیست و تمام آثار خود را بوجود نمی‌آورد.^(۹۹)

در حقوق ما، گرچه ممکن است پذیرش این حکم به انصاف نزدیکتر باشد، ولی از لحاظ مبانی حقوقی، مناطی که مواد ۲۴۹ ق.ت. و ۳۱۸ ق.م. به دست می‌دهند، اصرار بر اعمال اصول تضامن و پذیرش امکان مراجعه پرداخت کننده به سایر مسئولین برای کل دین است و نه فقط برای سهم هر یک.

در مورد ماده ۳۱۸ ق.م. اشکالی مطرح می‌شود مبنی بر اینکه مبنای قائم مقامی حکم می‌کند غاصبی که دین (عوض مال مغضوب) را پرداخته است بتواند به قائم مقامی مالک، به هر یک از غاصبین دیگر مراجعه کند و حق مراجعه او محدود به غاصبین لاحق نشود. این نتیجه از تئوری معاوضه قهری، که برخی از فقها در زمینه مبنای حق رجوع در غصب پیشنهاد داده‌اند، نیز به دست می‌آید.^(۱۰۰) در پاسخ به این ایراد استادان حقوق رجوع غاصبین سابق به غاصبین لاحق را وسیله عرفی استقرار ضمان بر عهده کسی که عین در دست او تلف شده دانسته‌اند و بیان داشته‌اند: «قائم مقامی در پرداخت.... در فرض ما [غصب] قهری و تابع حکم قانونگذار است. چنانچه گفته شد هدف از این جابه‌جایی، استقرار ضمان بر عهده غاصبی است که مال در زمان استیلاي او تلف شده است و قائم مقامی وسیله تحقق آن. پس طبیعی است که برای جلوگیری از دعاوی طولانی و بیهوده و سیر به سوی هدف، تنها شامل تضمینهای لاحق بر قائم مقام بشود و او نتواند بر غاصبان پیش از خود ادعایی کند».^(۱۰۱)

یادداشت‌ها

۱. اصطلاح «تعدد اطراف و تسهیم» برای معرفی دسته‌ای از تعهدات متعدد الاطراف انتخاب شده است که تحت عنوان Obligations conjointes مطرح می‌شوند. به نظر می‌رسد که ترجمه تحت اللفظی اصطلاح مزبور نه تنها رساننده مقصود مورد نظر نیست، بلکه شاید مفهومی درست مخالف مقصود را تداعی کند. اصطلاح «تعهد مشترک» (یا تعهد بالاجتماع)، در صورت تعدد مدیونها، ظاهراً بدین معنی

است که آنان همگی با هم ملزم هستند و، در صورت تعدد دائن‌ها، بدین معنی است که آنان مجتمعاً می‌توانند طلبی را درخواست و دریافت کنند. این در حالی است که تقسیم تعهد - به نحوی که خواهد آمد - اصلی‌ترین و اساسی‌ترین وصف این نوع تعهدات متعدد الاطراف است؛ امری که به هیچ روی با معنای لغوی اصطلاح *Obligations conjointes* سازگار نیست. این ضعف و نارسایی در لغت، مورد توجه برخی از نویسندگان نیز بوده است. بنگرید به :

H. L. & J. Mazeaud, *Lecons de droit civil*, Tome deuxieme, Paris, 1959, n°1051 ; Planiol et Ripert, *pratique de droit civil francais*, T.7, Paris, 1954, n°1055.

2.M. Planiol (With the Collaboration of George Ripert), *Treatise on the Civil Law*, Translated by the Louisiana State Law Institute, ELeventh Edition, N. 2, Pt. 1, 1939, No.719.

3.Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n°1059.

4.Vergé et Ripert, Dalloz, *Encyclopédie juridique*, Repertoire de droit civil, Tome, Paris, 1955, p.21, n°7.

5. Mazeaud, *op.cit.*, n°1054; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n°1067.

۶. ابوالحسن صادقیان، مطالعه تطبیقی راجع به برات و محل آن (تهران: ۱۳۴۰)، ص ۱۰۰. بهروز اخلاقی، جزوه حقوق تجارت ۳ (اسناد تجاری)، برای دانشجویان دوره لیسانس رشته قضایی، سال تحصیلی ۶۷-۱۳۶۶، ص ۹۳.

۷. عبدالرزاق احمد سنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۳ (دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۵۸)، ش ۱۵۰ به بعد.

8. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1062.

۹. این آثار کلاً یا جزئاً در اکثر کتبی که در این زمینه بحث کرده‌اند مطرح شده است:

Planiol & Ripert, *Treatise on the Civil Law*, no. 729 ; also Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1063 ; Weill et Terré, *Droit Civil-Les obligations*, 3 éme éd., Paris, 1980, P.1002; S. Litvinoff, *Louisiana Civil Law Treatise*, The Law of Obligations. V. 5, West Publishing. Co., 1992. no. 7.53, p.155 ; Mazeaud, *op.cit.*, n° 1055.

۱۰. در رابطه با این آثار تضامن نیز مراجعه کنید به همان کتاب و همچنین سنه‌وری، پیشین، ج ۳، ص

۲۲۸، ش ۱۴۵.

11. Planiol & Ripert, *Treatise on the Civil Law*, no. 729.

12. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1055.

13. Vergé et Ripert, *op.cit.*, p.21, n° 18.

14. Planiol & Ripert, *Treatise on the Civil Law*, n° 735.

15. S. Litvinoff, *op.cit.*, no. 7. 64, p.160; Vergé et Ripert, *op.cit.*, p.23, n° 32.

16. J. Hemard, *Traité theorique et pratique de droit commercial-les contrats commerciaux*, Recueil Sirey, 1953, p.11; Planiol & Ripert, *ibid.*

17. Mazead, *op.cit.*, n° 1057.

18. Lescot et Roblot, *Les effets de commerce*, II, Paris, Rousseau, 1953, n° 799.

۱۹. اخلاقی، پیشین، ص ۵-۹۴؛ حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ج ۳، ۱۳۴۶، ص ۲۷؛ محمد

جعفر جعفری لنگرودی، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ۱۳۵۷، ص ۴۲۹.

۲۰. حکم تمیزی شماره ۱۴۱۸ مورخ ۱۳۲۷/۹/۲۳: «... هر گاه دهنده سفته دو نفر باشند نسبت به

یکدیگر مسئولیت تضامنی ندارند...»

۲۱. البته برخی از محققان تقسیم مسئولیت به نسبت سهم هر یک از اسباب در ایجاد ضرر را با مبانی

حقوقی سازگارتر دانسته‌اند؛ از جمله: سید حسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تعهدات و

قراردادها (تهران: ۱۳۵۱)، ص ۵۶۸؛ سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ چهارم، (تهران: ۱۳۶۶)،

صص ۳۸۴-۵.

۲۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸)، صص ۱۲۷

و ۱۲۸.

۲۳. احمد بن محمد المقرئ الفیومی، المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر، (المطبعة المیمینیه،

۱۳۱۳ ه. ق.)، ص ۴۹۷.

۲۴. جعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان (تهران: ۱۳۵۲)، ص ۱۴۷.

۲۵. عمده این احادیث در باب ۳ از ابواب احکام الضمان وسائل الشیعه (احادیث ۱ و بعد) آمده است.

۲۶. جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۶۳.

۲۷. همان، ص ۱۸۷ و نیز ناصر کاتوزیان، عقود معین (۳)، عقود اذنی، وثیقه‌های دین (به‌نشر، ۱۳۶۴)، ص ۲۳۳، پانویس ش ۳.
۲۸. شیخ محمدرضا مظفر، اصول فقه، ج ۲ (مؤسسه اسماعیلیان قم، ۱۴۰۸ ه. ق)، ص ۱۰۵ و بعد.
۲۹. در فقهای شیعه عقیده مخالف وجود دارد. برخی از آنها را به هنگام بررسی دلیل عقلی خواهیم دید ولی به عنوان نمونه می‌توان از عقاید فقهای نام برد که ضمان تضامنی را با عمومات ادله مثل اوفوا بالعقود یا المومنون عند شروطهم تصحیح می‌کنند. ر.ک.: سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۱ (قم: چاپ سربی)، ص ۱۸۴.
۳۰. آقا ضیاء عراقی، کتاب قضاء، چاپ سنگی، ص ۴-۱۵۳: «... کیف يتصور ابدال متعدده لمبدل واحد...»
۳۱. سید محسن حکیم، نهج الفقاهه، ج ۱، (قم: چاپ سربی)، ص ۲۷۸.
۳۲. شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۶، ص ۱۱۳: «بعد الفرض عن عدم تصور شغل ذمتين فضاءاً بمال واحد...»
۳۳. همان، و نیز میرزا حبیب الله رشتی، غصب، چاپ سنگی، ص ۱۱: «... هو مستحيل كما يستحيل كون موجود الخارجی فی المکانین...»
۳۴. میرزا حبیب الله رشتی، پیشین، «یکون شیء واحد غاية لجميع التعهدات المتعلقة بالذمم المتعدده...»
۳۵. حکیم، پیشین.
۳۶. ناصر کاتوزیان، عقد اذنی، وثیقه‌های دین، ص ۲۳۷؛ رشتی، پیشین؛ حکیم، پیشین.
۳۷. شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۷، صص ۴-۳۳.
۳۸. همان و نیز ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، چاپ دوم (تهران: مؤسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۹)، صص ۳-۴۶۲.
۳۹. کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی و نیز عقود اذنی، وثیقه‌های دین، ص ۲۳۸.
۴۰. کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، ص ۴۶۳.
۴۱. البته تحلیل خطاب به نحو مطروحه توسط صاحب جواهر نیز تنها جنبه کمی ندارد، زیرا ماهیت خطایها پس از انحلال یکسان نیست، برخی ذمی و برخی شرعی‌اند. این نکته مورد انتقاد بعضی از فقها قرار گرفته است: حکیم، پیشین، ص ۲۸۰.

42. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1062.

43. *Ibid*, n° 1061; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1076.

44. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1063.

45. Planiol & Ripert, *Treatise on the Civil Law*, no, 743 .
46. S. Litvinoff, *op.cit.*, p.159, no.7.63.
47. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, T.II, 1957, n° 1814 et seq.; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1076.
- برخی از نویسندگان فرانسوی مانند مازوها کلیه آثار تضامن را مبتنی بر نظریه نمایندگی می‌دانند:
- Lecons de droit civil*, nos 1602-3.
48. Planiol & Ripert, *Treatise on Civil Law*, no.749.
۴۹. امامی، پیشین، ج ۱، ص ۳۷۶؛ کاتوزیان، *ضمان قهری و مسئولیت مدنی*، ص ۲۵۸.
۵۰. کاتوزیان، *عقود اذنی*، وثیقه‌های دین، ش ۱۹۵، ص ۳۳۶.
۵۱. میرزا حسین نائینی، *منیة الطالب*، ج ۱، چاپ سنگی، ص ۳۰۵.
52. Planiol & Ripert, *Treatise on the Civil Law*, no.749.
53. *Ibid.*
54. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1095.
55. S. Litvinoff, *op.cit.*, p.154, no.7.74; Mazeaud, *op.cit.*, n° 1069.
56. Planiol et Ripert, *ibid.* ; Litvinoff, *op.cit.*; Mazeaud, *op.cit.*
۵۷. کاتوزیان، *حقوق مدنی*، ایقاع، ص ۱۱۵، ش ۶۰.
58. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1069.
۵۹. کاتوزیان، *ضمان قهری*، *مسئولیت مدنی*، ش ۲۵۷، پیشین، ج ۱، ص ۳۷۷.
60. S. Litvinoff, *op.cit.*, p.160, no.7.70.
61. Renusson, *Traité de la subrogation*, chap.VII, n° 27 (cited by planiol & Ripert, *Treatise on the Civil Law*, no.751.)
62. Aubry et Rau, *Cours de droit civil francais*, T.IV, 5e éd, par Bardin. Paris, 1922, n° 298 et sep.
63. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1083.
64. Weill et Terré, *op.cit.*, pp.1006 & 1009.
65. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1063.
۶۶. نوعاً مراد، درخواست قضایی است، مانند درخواست با اظهار نامه یا به طریق رسمی دیگر.

67. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1084, pp.456-70.

68. S. Litvinoff, *op.cit.*, p.171, no.7.72.

69. Planiol & Ripert, *Treatise on the Civil Law*, no.757.

70. S. Litvinoff, *op.cit.*

۷۱. کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، ش ۲۶۲.

۷۲. شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۷، ص ۳۴.

73. Aubry et Rau, *op.cit.*, n° 298.

74. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1083, p.455; Mazeaud, *op.cit.*, nos 1062-1063.

75. *Ibid.*

۷۶. عبدالرزاق سنهوری، پیشین، ج ۳، ش ۱۹۵ و بعد.

77. Planiol et Ripert, *ibid*, n° 1988.

78. S. Litvinoff, *op.cit.*, no.7.84, p.191 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1089.

79. M. De Molombe, *Cours de Code Napoléon*, T xxvi, 1896, n° 287.

80. S. Litvinoff, *op.cit.*, no.7.84, p.191 ; Planiol et Ripert, *op.cit.*, n° 1089 ; Weill et Terré, *op.cit.*, pp.1011-1013.

81. Weill et Terré, *op.cit.*, p.1015.

82. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1070.

83. S. Litvinoff, *op.cit.*, nos.7. 84 & 7.101.

84. *Ibid.*, no.7.73.

85. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1065.

86. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1077.

۸۷. این نکته را می توان از آنچه در بند ۲ از شماره ۱۹۳ کتاب عقود اذنی، وثیقه های دین آمده است نیز استنباط نمود.

88. S. Litvinoff, *op.cit.*

89. P. Planiol et Ripert, *ibid.*

۹۰. به نقل از: بهروز اخلاقی، جزوه درسی حقوق تجارت، برای دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، نیمسال اول سال تحصیلی ۷۱-۱۳۷۰، ص ۳۴، پانویس ش ۲.

91. Planiol et Ripert, *op.cit.*, n° 1078 ; Litvinoff, *op.cit.*, p.174.

۹۲. کاتوزیان، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، ش ۱۲۶، ص ۲۳۴.

93. Mazeaud, *op.cit.*, n° 1068 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1092.

94. Ripert et Boulanger, *op.cit.*, n° 1902 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, n° 1092 ; Mazeaud, *op.cit.*, n° 1068.

۹۵. در حقوق فرانسه همان کتب.

۹۶. مصطفی عدل، حقوق مدنی، (تهران: امیر کبیر، ۱۳۴۰)، ش ۷۵۷.

۹۷. کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴ (انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸)، ش ۶۹۵، ص ۲۱.

98. Planiol et Ripert, *Treatise on the Civil Law*, no. 770 ; Mazeaud, *op.cit.*, n° 1068.

99. *Ibid.*

۱۰۰. این نظریه که در ص ۱۸۶، ج ۱، از حاشیه مکاسب سید محمد کاظم طباطبایی مطرح شده و مؤلف کتاب ضمان قهری و مسئولیت مدنی آنرا پرورانیده و به مبنای قائم مقامی نزدیک گردانیده‌اند (ص ۴۷۱-۴۷۰)، می‌تواند مشعر بر یک تئوری اختصاصی در حقوق ایران در مورد مبنای حق رجوع پرداخت کننده دین به سایر مسئولان تضامنی باشد. بدین توضیح که همانطور که قائم مقامی به ترتیب در دو شاخه قراردادی و قانونی یکی از مبنای مهم برای توجیه تضامن قراردادی و قانونی در حقوق فرانسه و ایران، شده است به علاوه ممکن است ادعا کرد در حقوق ما نوعی معاوضه مبنای حق رجوع در تضامن دانسته شده است. منتها در تضامن قراردادی این معاوضه قراردادی است و به همین جهت در مبنای حقوقی مراجعه ضامن به مضمون عنه محققان صحبت از نوعی عقد معوض که دین مضمون عنه را در مقابل تعهد ضامن قرار می‌دهد، می‌کنند (جعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۳۷۰)، و در تضامن قانونی، این معاوضه قهری و به حکم قانونگذار است.

۱۰۱. کاتوزیان، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، ش ۲۷۰، ص ۴۷۴.

