

« تضامن طلبکاران »

*محمدعلی آقائی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۲۹

چکیده:

طرف متعدّد در تعهد تضامنی، گاه مدیون است که تضامن مدیون‌ها (یا تضامن منفی و سلبی) است و گاه طرف متعدّد، داین است که در اینصورت تضامن داین‌ها (یا تضامن مثبت و ایجابی) خواهد بود که بحث اصلی این نوشتار، مطالعه همین نوع از تضامن است. تضامن به هر دو شکلش، یکی از طرق تضمین دین است که حتی کاربرد تضمینی آن بیش از ضمانت است زیرا در ضمانت، اگر شخص ضامن، متضامن با مدیون باشد، داین ابتدا باید به مدیون اصلی رجوع کند و در صورت عدم استیغای طلبش، به ضامن مراجعه نماید اما در تضامن بدهکاران، داین می‌تواند به هر یک از مدیون‌های تضامنی که بخواهد مراجعه کند و در تضامن طلب کاران نیز هر یک از دینان می‌تواند تمام طلب را از مدیون بستاند و از طرفی مدیون هم بعد از ایفای دین به یکی از دینان تضامنی، ذمه‌اش نسبت به سایر طلب کاران بری می‌شود. بنابراین در هر دو صورت از تضامن، تضمینی نهفته است که مبنا و مقتضای آن همانا مصلحت و اشتراک فیما بین افراد و اطراف متضامن است و همین اثر نافع و مصلحت مسلم است که توجیه کننده احکام تضامن می‌باشد و جوهره این تضامن هم، با تکیه بر «مبنای نمایندگی» تبیین و توجیه گردیده؛ و در راستای این امر، امکان اشتغال ذمه‌ی چند مدیون در قبال یک داین و یا یک مدیون در قبال چند داین را با توسل به همین نظریه‌ی نمایندگی، که نوعی نیابت ضمنی است، در فقه و حقوق ایران و برخی از کشورهای عربی اسلامی مورد مطالعه و مقایسه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: داین، مدیون، تضامن، تضامن طلب کاران، نیابت ضمنی، دین مشترک، طلب مشاع

* عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکزی)

مقدمه

هرگاه سخن از تضامن پیش می‌آید اغلب و بلافاصله، تضامن بدهکاران به ذهن خطور می‌کند؛ تضامنی که در حقوق تجارت و در بخش اسناد تجارتي جلوه‌ی بارزی دارد و این امر به علت کاربرد فراوان آن است، یعنی تضامنی که ناشی از حکم قانونگذار و یا مولود توافق قراردادی است که طرفین می‌توانند این نوع از تضامن را در روابط خود بر دوش بدهکاران بگذارند ولی این، همه مطلب نیست بلکه چهره دیگر تضامن، همانا تضامن طلب کاران است، یعنی به هریک از آنان این اختیار داده شود که با داشتن نوعی نمایندگی و وکالت ضمنی در وصول از جانب دیگر طلب کاران، بتواند تمام طلب را وصول نماید و سپس عهده‌دار توزیع عادلانه آن فیما بین سایر طلب کاران - به نسبت سهم آنان - بشود و کفه مقابل این اختیار، تکلیف بدهکار و یا هر بدهکار به ایفای کامل تعهد در برابر هر طلب کار جزء است که همین امر از یک سو باعث سهولت مطالبه و از سوی دیگر سبب آسانی ایفای دین می‌شود. در خصوص این نوع از تضامن و اشتراک طلب، در قانون مدنی کشورمان هیچ حکم صریحی وجود ندارد و حتی رویه‌ی قضایی هم تاکنون کمک مطلوبی نسبت به رفع این کمبود نکرده است در حالی که در روابط تجاری و اقتصادی امروز، این جنبه از تضامن بعضاً واجد کارایی خوبی خواهد بود، به طوری که این نحوه‌ی تضامن به نوعی در روابط صاحبان حساب‌های مشترک بانکی به چشم می‌خورد که علیرغم برخی بدبینی‌ها نسبت به این نوع حساب مشترک در این مورد خاص، منافع آن بر مضارش می‌چربد و به خصوص در روابط اقارب و خویشاوندان، چهره مفیدش به خوبی مشهود است و این در حالی است که در قانون مدنی فرانسه (موضوع مواد ۱۱۹۷ تا ۱۱۹۹) و به تبع آن در قانون مدنی مصر (موضوع مواد ۲۷۹ الی ۲۸۴) این نوع از تضامن فیما بین طلب کاران به صراحت پیش‌بینی شده است که در جای خود به تفصیل به آن‌ها پرداخته خواهد شد. بنابراین، جا دارد که مفهوم، جایگاه و کاربرد این نوع از تضامن در حقوق ایران مورد بررسی واقع گردد که در این صورت قطعاً به فقه امامیه - که منبع اصلی قانون مدنی

ایران بوده است - باید مراجعه شود و در این مسیر نیز بررسی تطبیقی این موضوع در فقه عامه و حقوق از جمله مصر و المجله (قانون مدنی عثمانی سابق) و برخی دیگر از کشورهای اسلامی و عربی و سپس در حقوق فرانسه می‌تواند کمک شایانی به درک و شناخت این موضوع نماید، لذا این مقاله درصدد آن است که مطالب فوق‌الاشعار را با تکیه بر توضیح «مبنای تضامن»، به شرح فصول سه‌گانه آتی مورد تتبع و مطالعه قرار دهد. به این امید که بتواند نتیجه‌ای ثمربخش را ارائه دهد.

فصل اول: مفهوم و جوهر «تضامن»

کلمه‌ی تضامن (مصدر باب تفاعل به معنای مشارکت و اقدام طرفینی) وصف برخی از تعهدات است که گاه در مقابل تقسیم طلب (تضامن بستانکاران) و گاه در مقابل تقسیم دین (تضامن بدهکاران) مطرح می‌گردد البته لغت «تضامن» با ریشه‌ی ضَمَن و کلاً در این معنا در زبان عربی و قرآن کریم و حتی در فقه به صراحت وارد نشده و مورد شناسایی قرار نگرفته و در فقه عامه نیز که این چنین مفهومی به طور غیرمستقیم و در قالب کفاله (تکافل) و برخی عقود از انواع شرکت (همچون مفاوضه) مطرح گردیده که در چنین معنایی نیست و تضامن در معنای مشارکت و اقدام طرفین استعمال نشده است. بنابراین به نظر می‌رسد برای پی‌جویی مبنای تضامن در این معنا باید این مطلب را در حقوق فرانسه مورد مطالعه و بررسی قرارداد که به شرح مباحث ذیل به آن خواهیم پرداخت.

مبحث اول: بررسی مفهوم و جوهر تضامن (به طور کلی)

واژه‌ی تضامن ترجمه واژه‌ی فرانسوی *solidarité* است که این لغت نیز از واژه‌ی لاتینی *solidum* مأخوذ است که در مفهوم «مجموع یک چیز» و «یک چیز کامل و تقسیم نشده» آمده است که با واژه *solidite* (به معنای دوام و یکپارچگی) خویشاوندی دارد؛ بنابراین هدف اصلی، این بوده است که دین یا طلب، کامل و تقسیم نشده باقی بماند، چراکه تجزیه و تقسیم تعهدات، (بعضاً) زیان‌بار و سبب اضرار به داینین است

بنابراین در قوانین و مقرراتی هم که صفت تضامن برای برخی تعهدات پیش‌بینی شده، به همین «وحدت مطلوب» نظر داشته‌اند تا از تجزیه و تقسیم آن جلوگیری به عمل آید،^۱ پس تضامن به این معنا، مانع از تجزیه تعهد به اعتبار تعدد اطراف آن می‌شود؛ بنابراین هنگامی که چند نفر در قبال یک داین، متعهد به پرداخت دین او هستند و مسوولیت تضامنی دارند، مصلحت داین در این است که بتواند برای دریافت کل طلب خود به هرکدام از مدیونین متضامن رجوع کند بدون اینکه مرجوع علیه بتواند فقط به سهم خود - که جزیی از بدهی است - استناد نماید، بنابراین و به خصوص در چنین فرضی، تضامن کاملاً به نفع داین است، چرا که مانع انقسام دین به تعداد متعهدین می‌شود. همچنین است هنگامی که چند طلب کار متضامن در برابر یک یا چند مدیون قرار دارند که در چنین صورتی نیز هرکدام از داینین می‌تواند برای دریافت کل طلب به مدیون (یا هر کدام از مدیونین) رجوع نماید.^۲

مبحث دوم: تضامن بدهکاران و منشأ آن

تضامن بدهکاران (که به آن در حقوق فرانسه تضامن منفی و یا تضامن سلبی یعنی *Solidarité passive* یا *Solidarité entre débiteurs* می‌گویند) در عمل کاربرد فراوان دارد و بسیار پر فایده است و برخلاف تضامن طلبکاران، این نوع تضامن تحت عنوان مسوولیت تضامنی، در حقوق ایران نامی آشناست که وسیله تأمین وصول دین و یک نوع وثیقه شخصی به سود طلب کار است. این نوع تضامن، هم منشأ قراردادی دارد و هم منشأ و منبع قانونی، البته در هنگامی که چند نفر در قبال یک نفر مدیون هستند. اصل بر عدم تضامن است و تضامن (خواه در بین طلبکاران و یا بدهکاران) استثنای واقعی بر این قاعده است که «هیچ کس بیش از طلب خود حق رجوع به بدهکار را ندارد.» و «از هیچ بدهکاری نمی‌توان بیش از دین او را گرفت.» زیرا همان-

^۱ لعیا جنیدی، مقاله‌ی تضامن، آثار و اوصاف آن، شماره ۴ به بعد (مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم

سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۵)

^۲ محمدجعفر، جعفری لنگرودی عقد ضمان، ص ۲۸۲، چاپ اول، ۱۳۵۲.

گونه که بیان شد اصل بر عدم تضامن است، اما به جهت اهمیت فراوان و سودمندی آن، قانون‌گذاران ترجیح داده‌اند جهت افزایش اعتبارات اسناد و دیون تجاری، این نوع تضامن را در قوانین پیش‌بینی نمایند، به طوری که امروزه برای این نوع تضامن – به عنوان یکی از بهترین طرق توثیق دین – کاربرد وسیعی منظور شده لذا این تأسیس حقوقی از اعتبار و استقبال خوبی برخوردار گردیده است و واقعیت این است که تضامن بدهکاران، قوی‌ترین شکل ضمانت شخصی است، آن هم به ویژه در فرضی که همه ضامنان و مسؤولان پرداخت، در عرض یکدیگر قرار دارند و الا در تضامن طولی که در ابتدا مسوولیت پرداخت دین به سوی مدیون اصلی هدایت می‌شود و طلب کار در صورت عدم ایفای دین از ناحیه او می‌تواند به ضامن بعدی رجوع نماید، چنین تضمینی، پایین‌ترین مرتبه ضمانت شخصی است. البته در این مقاله از آنجایی که موضوع اصلی تحقیق، بررسی تضامن طلبکاران است، در اینجا در خصوص تضامن بدهکاران به همین مختصر بسنده می‌شود، اما در خصوص منبع این نوع تضامن به اختصار باید گفت تضامن بدهکاران یا منشأ توافقی دارد و یا (اغلب) مستند به نصوص قانونی است که رد پای آشکار این نصوص قانونی را در حقوق تجارت به طور صریح (و یا در حقوق مدنی به طور ضمنی) به خوبی می‌توان یافت.

گفتنی است (به ترتیب بنابر عین عبارات مواد ۱۲۲۲ و ۱۲۲۳ قانون مدنی فرانسه) «هریک از اشخاصی که مشترکاً دین غیرقابل تجزیه را تعهد می‌کنند ضامن کل دین می‌باشد هر چند، تعهد مبتنی بر تضامن نبوده باشد» و «همین وضع در مورد وراثت کسی که تعهد مشابه را پذیرفته باشد نیز برقرار است»^۱.

مبحث سوم: تضامن طلبکاران و منشأ آن

در خصوص تضامن طلبکاران باید گفت: این نوع تضامن که تضامن مثبت و یا

۱. محمدعلی نوری، ترجمه مواد ۱۱۰۱ الی ۱۳۸۶ از قانون مدنی فرانسه (در عقود و تعهدات قراردادی و ... نشر گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰).

تضامن ایجابی است، در حقوق فرانسه تحت عنوان *Solidarité active* یا *créanciers Solidarité entre* آمده است. در این نوع تضامن، به هریک از بستان کاران حق مطالبه کل طلب داده می‌شود و از سوی دیگر مدیون نیز با پرداخت کل مبلغ دین به یکی از طلب کاران، در مقابل همه طلب کاران برایت حاصل می‌کند زیرا او فقط، یکبار تکلیف به پرداخت دین داشته که آن هم در مقابل یکی از طلب کاران ایفا کرده است. گفتنی است به هر حال، اصل بر عدم وجود چنین تضامنی فیما بین طلب کاران است مگر اینکه طلب کاران چنین وضعی را فیما بین خودشان با توافق ایجاد نمایند (ماده ۱۱۹۷ ق.م فرانسه و ماده ۲۷۹ ق.م مصر) بنابراین منشأ تضامن بین طلب کاران، فقط قرارداد است^۱ و صرفاً منبع ارادی دارد (چه در حقوق فرانسه و مصر، چه در فقه و چه در حقوق ایران) و به حکم صریح قانون به وجود نمی‌آید که از نظر عرفی و منطقی، مطلوب هم همین می‌باشد و به علت وجود همین خطرات ناشی از این نوع تضامن است که تحمیل چنین وضعی بر طلب کاران جز به اراده‌ی خودشان و جز در موردی که به مصلحت خود می‌دانند، شایسته نیست^۲ و این وضع، آنچنان از کاربرد این نهاد حقوقی کاسته است که در حال حاضر نهاد مزبور، یک تأسیس حقوقی مرده تلقی می‌شود و به همین علت، استفاده از چنین تضامنی در روابط طلبکاران، در عمل بسیار نادرالوقوع است.^۳

در فرانسه نیز قبلاً این تأسیس در مورد حساب مشترک بانکی مورد استفاده قرار می‌گرفته ولی بعداً در سال ۱۹۰۳ به موجب قانون خاصی که در این زمینه به تصویب

^۱ عبدالرزاق احمد سنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۳، شماره ۱۲۵ (... فالتضامن بین الدائینن لایکون مصدره ألاً الاتفاق او الوصیه، آی الاراده بوجه عام، و لایکون مصدره القانون).
^۲ در قانون مدنی ایران درباره تضامن هیچ حکم عام و صریحی وجود ندارد و آن چه هست درباره‌ی مسؤولیت غاصبان متعدّد در برابر مالک است.

^۳ احمد سنهوری، همانجا شماره ۱۲۶ (والتضامن بین الدائینن نادرالوقوع فی العمل). ب: دکتر لعیا جنیدی - همانجا شماره ۵. ج: محمدجعفر جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، شماره ۸۶۹، ذیل عنوان «تضامن طلب».

رسید، صاحبان حساب‌های مشترک بانکی، دیگر طلبکاران تضامنی محسوب نمی‌شوند. چرا که به ابزاری عملی برای فرار از مالیات (بر ارث) تبدیل شده بود؛ به این صورت که دو نفر (مورث و وارث) حساب مشترکی را در بانک افتتاح می‌کردند به گونه‌ای که نسبت به این حساب مشترک (یعنی *comptejoint*) بستانکار متضامن باشند و هرکدام از آن دو بتوانند پس از فوت دیگری به تنهایی تمام مبلغ را برداشت کند.^۱ فلذا تضامن طلب کاران معمولاً در امور مدنی کاربردی ندارد ولی در امور تجاری و راجع به اسناد تجاری ممکن است مصادیقی از آن را بتوان فرض نمود که با نهاد حقوقی «تضامن طلب کاران» تطبیق داشته باشد مثلاً در فرضی که دارندگان برات متعدّد باشند، بدین شرح که ممکن است به حواله کرد دو نفر، آن هم با حرف ربط هم‌پایگی (یا) نوشته شود؛ بدین مضمون که «به حواله کرد آقای الف و یا آقای ب»! در این صورت اگر برات‌گیر وجه برات را به یکی از این دو نفر (به عنوان دارندگان برات) تأدیه کند، به تعهد خود عمل نموده است، هرچند استفاده از چنین فرضی در عمل و در روابط تجار کمتر مشاهده می‌شود. بنابراین تضامن طلب کاران، در روابط تجاری هم خلاف اصل است مگر اینکه به وضوح شرط شده باشد.^۲ به دیگر سخن (تضامن) در هر حال، دلیل خاص می‌خواهد و خلاف اصل است و تعهدهای مشترک که برعهده چند شخص قرار می‌گیرد و یا به نفع چند نفر ایجاد می‌شود و تجزیه‌پذیر است باید حکم به تسهیم بین آنان گردد مگر خلاف آن به طور صریح شرط و پیش‌بینی شده باشد.^۳

۱. احمد سنه‌وری. پیشین. زیرنویس شماره ۱۲۶

۲. البته این بدان معنا نیست که شرط باید صریح باشد بلکه گاه از اوضاع و احوال نیز قابل استنتاج بوده و اراده ضمنی منصرف به آن است. ولی این اشتراط (صریح یا ضمنی) باید به گونه‌ای باشد که هیچ شکی در آن را نیابد و الا هرگاه دلالت شرط، به طور مشکوک باشد باید چنین شکی را در جهت نفی تضامن تفسیر و تأویل نمود نه اثبات آن و ضمناً لازم نیست حتماً لفظ «تضامن» به کار گرفته شود بلکه هر لفظی که این معنا را افاده کند، کافی است، مثل این که شرط کنند هر یک از طلب کاران بتوانند تمام طلب را از مدیون بخواهد و یا مدیون شرط کند که بتواند تمام طلب را به هر یک از طلب کاران بپردازد.

۳. در حقوق فرانسه در کنار دین تضامنی فرض دیگری تحت نام دین تضامنی دیده می‌شود: به این توضیح: در صورتی که داین از مدیون های تضامنی برخوردار باشد و طلبش را به فرد دیگری واگذار کند و در عین حال، مدیون ها را مدیون خود نگه دارد، در چنین فرضی داین

فصل دوّم: آثار طلب تضامنی

مهم‌ترین اثر طلب تضامنی همانا امکان رجوع هر طلب کار تضامنی به بدهکار، جهت دریافت تمام طلب است و آن گاه باید سهم سایرین را به هریک از آنان پرداخت نماید و این در وضعی است که سهم هریک از آنان مشخص باشد و آلا در صورت عدم تعیین سهم آنان، تقسیم طلب به طور مساوی بین آنان صورت می‌گیرد (بند ۲ ماده ۲۸۳ قانون مدنی مصر) بنابراین، اثر اصلی تضامن طلب کاران، امکان وصول تمام طلب به وسیله هریک از طلب کاران و در نتیجه برایت ذمه مدیون پس از پرداخت به هر طلب کار است مگر این که مطالبه طلب توسط بعضی از طلب کاران به دلیل شخصی و منتسب به او (مثل حجر و تعلیق یا مشروط بودن رجوع او به مدیون) ممکن نباشد. و اما دیگر آثار طلب تضامنی - که در روابط فیما بین طلب کاران با یکدیگر و نیز در رابطه ایشان با بدهکارو یا بدهکاران مطرح است - در مباحث ذیل‌الذکر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اوّل: اثر تضامن در روابط طلبکاران تضامنی با یکدیگر

همان‌گونه که در آغاز فصل بالا اشاره شد اثر اصلی تضامن در رابطه فیما بین طلب کاران متضامن، همانا امکان رجوع هریک از طلب کاران به آن طلب کاری است که تمام طلب را وصول کرده است، لذا هر طلبکاری که حق دیگران را دریافت کرده است باید آن را همانند امین حفظ کند و به نسبت سهم بقیه، به ایشان مسترد نماید بدون این که بتواند در مقابل طلب کاران به برخی تصمیمات و توافقات خود با بدهکار استناد نماید (ماده ۲۸۱ ق.م مصر) چون (به طوری که در فصل بعد به آن اشاره خواهد شد) تضامن طلبکاران بر مبنای نوعی «نماینده‌گی» در بین ایشان مقرر شده است، این

اصلی و دابین جدید (که انتقال گیرنده طلب است) نسبت به مدیون‌ها، دپان متضامن هستند. به دپان متضامن solidarite به نقل از احمد سنهوری، پیشین، زیرنویس شماره ۲ ص ۲۰۶ (به نقل از سیدمهدی دادمرزی، ترجمه الوسیط، ج ۳، ص ۲۱۴).

نماینده‌گی فقط در امکان رجوع یکی از طلب کاران به بدهکار است که فقط شامل امور نافع و مفید برای سایر طلبکاران است، به طوریکه آثار نافع مطالبه، توسط یکی از طلبکاران مثل ارسال اظهارنامه برای دریافت طلب، قطع مرور زمان و آغاز ایجاد حق بر خسارت تأخیر تأدیه و یا اثراقرار مدیون به نفع یکی از طلبکاران، درباره دیگر طلبکاران هم مؤثر است، برعکس، عمل اضرائی و زیان‌آور از سوی هریک از طلبکاران در سهم سایرین مؤثر نیست چراکه خارج از قلمرو نمایندگی و در زمره‌ی اعمال فضولی است زیرا اثر اصلی نمایندگی مأخوذه از سوی دیگران اینست که هریک از طلب کاران پس از وصول طلب، مکلف به حفظ طلب و وصولی هستند ولی نمی‌توانند کاری انجام دهند که اثر سویی بر وضعیت سایر طلبکاران به جا بگذارد به طوری‌که صراحتاً در بند ۲ ماده ۲۸۲ ق.م.مصرآمده است «هیچ‌یک از طلبکاران نمی‌تواند عملی انجام دهد که سبب اضرار به سایر طلبکاران شود». بنابراین هیچ‌یک از طلبکاران نمی‌تواند بدون رضایت دیگران اقدام به تبدیل تعهد و یا صلح و یا ابرای کل دین نماید (پاراگراف ۲ از ماده ۱۱۹۸ ق.م.فرانسه) همچنین است اگر یکی از طلبکاران قسم را متوجه مدیون کند و مدیون هم بر عدم اشتغال ذمه‌ی خود سوگند یاد کند این سوگند در مقابل سایر طلبکاران قابل استناد نیست، ولی جالب این که اگر مدیون از سوگند خوردن نکول می‌کرد، همه طلب کاران از این نکول وی منتفع می‌شدند و همین وضع در هنگام متوجه شدن قسم به یکی از طلبکاران و اقدام او به قسم خوردن و یانکول او، مشاهده می‌شود. همچنین است اعداز داین (یعنی قصد پرداخت دین از سوی مدیون و امتناع داین از دریافت آن) و یا اگر حکمی علیه یکی از طلبکاران و به نفع مدیون صادر شود این‌ها علیه سایر طلبکاران قابل استناد نیست^۱ بنابراین، خلاصه و به عنوان قاعده‌ی کلی

^۱. احمد سنه‌وری، پیشین. شماره ۱۴۵ ص ۲۲۹ - ضمناً مدیون نمی‌تواند طلبکار را مجبور به وصول بخشی از طلب حتی به اندازه‌ی سهم خود طلبکار نماید و نیز در حقوق فرانسه تأکید شده داین نمی‌تواند مدیون را مجبور به پرداخت بخشی از طلب، حتی به اندازه سهم خودش از کل طلب نماید که اگر حتی طلب کار بخشی از طلب را استیفا کند و این بخش به اندازه سهم خودش از طلب باشد این بخش متعلق به سایرین هم هست و سایر طلب کاران می‌توانند هر کدام به نسبت سهم شان به این

می‌توان گفت: هر اقدامی که یکی از طلبکاران متضامن برخلاف غبطه و صلاح دیگر طلبکاران انجام دهد نسبت به حقوق آنان نافذ نیست و نیابت و نمایندگی محدود به کارهای مفید است و شامل اقدامات ضرری و اضرائی نخواهد بود.

مبحث دوّم: اثر تضامن در روابط طلبکاران تضامنی یا بدهکاران

در این خصوص در بند ۱ ماده ۱۱۹۸ ق. م فرانسه آمده است: مدیون مخیر است، دین را به یک طلب کار و یا دیگر طلبکاران متضامن تأدیه کند، مادام که طرح دعوی از سوی یکی از اشخاص اخیر، مانع او نباشد. بنابراین مدیون، مادامی که طرف مطالبه قرارنگرفته، خود می‌تواند طلبکاری را که مایل به پرداخت دین خود به اوست انتخاب کند ولی همین‌که یکی از طلبکاران دریافت طلب را از او مطالبه نمود حق پرداخت به دیگر طلبکاران را ندارد، که این راه حل در حقوق ایران نیز - علی‌رغم فقدان حکم در این خصوص - می‌تواند پذیرفته باشد. زیرا مطابق قاعده، هرگاه چند شخص اختیار اجرای حقی را داشته باشند شخصی که زودتر اقدام می‌کند مقدم بر دیگران است، به طوری که اگر دو نفر برای فروش یک ملک وکالت داشته باشند اراده وکیلی که زودتر می‌فروشد نافذ است و با این اقدام او، موضوع وکالت دیگری از بین می‌رود^۱ بنابراین در صورت وقوع اختلاف و با رجوع طلبکار مقدم، تکلیف مدیون به پرداخت طلب به او تحقق می‌یابد و دیگر نمی‌تواند دست به انتخاب بزند و طلب کار دیگری را بر قبلی ترجیح دهد مگر این که قانون و یا قرارداد فی‌مابین طرفین، چنین اختیاری را به او داده باشد و یا جهت ویژه‌ای برای ترجیح یکی از آنان وجود داشته باشد.^۲ بنابراین اگر یکی از طلبکاران برای دریافت تمام طلب به مدیون مراجعه نماید بدهکار نمی‌تواند از پرداخت

طلب کار رجوع کنند (احمد سنهوری. پیشین. شماره ۱۳۲).
^۱. ناصر کاتوزیان (ره)، نظریه عمومی تعهدات شماره ۱۳۹.

^۲. برعکس، در حقوق آلمان به بدهکار این حق داده شده که علی‌رغم رجوع یکی از طلب کاران به او، وی بتواند دین را به طلب کار مورد انتخاب خود بدهد، (به نقل از دکتر کاتوزیان همانجا ص ۱۳۹).

به او امتناع ورزد، اگرچه او از این امتناع، عدم پرداخت نباشد، بلکه به علت این باشد که می‌خواهد طلب را به دیگری پرداخت نماید! زیرا هنگامی که یک طلبکار سهم خود را اصالتاً و سهم سایرین را وکالتاً مطالبه می‌کند و نسبت به این کار، سمت قانونی و یا اختیار قراردادی دارد، امتناع از پرداخت در قبال او موجه نخواهد بود^۱ و حتی مدیون نمی‌تواند در قبال مطالبه یکی از طلب کاران به دفاع‌های ناشی از رابطه او با سایر طلب کاران استناد کند ولی می‌تواند به دفاع‌های خاص خود در قبال همین داین و یا دفاع‌های مشترک میان سایر دیان استناد کند (بند ۲ ماده ۲۸۱ ق.م.مصر) گفتنی است: بهر حال مدیون پس از پرداخت دین به کسی که باید دین به او پرداخت شود (که غالباً هریک از دیان می‌توانند باشند) در اینصورت در مقابل سایر طلب کاران برایت حاصل می‌کند، زیرا آنچه مدیون مکلف به انجام آن است همانا یکبار پرداخت دین است و نه بیشتر، بنابراین با یکبار پرداخت دین به هر یک از طلبکاران، در مقابل همه طلب کاران بری الذمه می‌گردد.

فصل سوم: تحلیل مبنای تضامن طلبکاران با تکیه بر نظریه نمایندگی

فیمابین ایشان

در این فصل به بررسی امکان اشتغال ذمه یک مدیون در قبال چند طلبکار متضامن می‌پردازیم که دارای مبنای اختلافی است، زیرا درباره مبنای «تضامن» در تضامن میان طلبکاران بین علمای فقه و حقوق، پراکندگی و اختلاف نظرهایی مشاهده می‌شود که به نظر می‌رسد اغلب این اختلافات و ایرادات، ناشی از مخاطرات حاصله از این نوع تضامن است که باعث گردیده بحث و مطالعه علمی درباره آن با بدبینی همراه باشد و به نوعی در مقابل اعلام صحت و رواج این نهاد، مقاومت‌هایی صورت گیرد. زیرا چنانچه در فصل اول به آن اشاره رفت در بسیاری از موارد، هنگامی که یکی از شرکای

^۱. لعیا جنیدی، پیشین. شماره ۸

متضامن تمام وجه طلب را مطالبه و دریافت می‌کند ممکن است با خطر خیانت و یا اعسار او مواجه شوند^۱ پس شرط احتیاط آن است که از توسل به نهادهای نامطمئن احتراز شود و از سوی دیگر امکان دارد از تضامن طلبکاران به ویژه در مورد حساب‌های مشترک به عنوان ابزاری برای فرار از مالیات بر ارث استفاده شود، به طوری که حتی در حقوق فرانسه در مقابل این نوع حساب‌های مشترک بانکی مقاومت و سپس ممنوعیت به عمل آمده است. در ادامه این فصل در طی دو مبحث زیرین، مفهوم نمایندگی طلبکاران و سپس امکان اشتغال ذمه یک مدیون در مقابل چند طلبکار متضامن مورد مطالعه و ارزیابی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: بررسی نظریه «نمایندگی طلبکاران» در طلب‌های تضامنی

ممکن است گفته شود در تضامن طلبکاران، هریک از ایشان به یکدیگر به طور ضمنی، وکالت وصول کل طلب را ارایه نموده به طوری که برخی از علمای حقوق بر این نظرند که (همانند تضامن بدهکاران) مبنای تضامن فیما بین طلبکاران، نوعی نمایندگی و وکالت ضمنی هر یک از شرکای متضامن در امر مطالبه و وصول طلب است^۲ آنطور که در حساب‌های مشترک بانکی چنین وضعی به وضوح دیده می‌شود بدین نحو که بانک‌ها از افتتاح کنندگان حساب‌های مشترک بانکی و صاحبان سپرده‌های مشترک می‌خواهند که سهم هریک را معین نمایند و اگر مایلند که هرکدام بتوانند تمام مبلغ موجودی حساب را بگیرند در این باره به یکدیگر نمایندگی ضمنی بدهند و در نتیجه، چون وکالت و نمایندگی در این خصوص به فوت و جحر و کیل و یا موکل منحل می‌شود شریکی که باقی مانده و اهلیت تصرف دارد فقط سهم خود را

^۱ برعکس، در تضامن بدهکاران، طلب کار را از زیان‌های اعسار احتمالی و یا بدحسابی بعضی دیگر از بدهکاران مصون می‌دارد.

^۲ ناصر. کاتوزیان پیشین. شماره‌های ۱۳۷-۱۳۸ و هم چنین احمد سنه‌وری پیشین. شماره‌های ۱۳۱ و ۱۳۲ (... و قَتَمْنَا إِنْ الْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ كُلُّ دَائِنٍ مُتَضَامِنٍ وَكَيْلًا عَنِ سَائِرِ الدَّائِنِينَ فِي اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ...) و نیز دکتر جعفری لنگرودی، همانجا، شماره ۸۶۹.

می‌تواند بگیرد و سهم شریک متوفی یا محجور پس از تصفیه حساب مالیاتی به وارث او پرداخت می‌شود.^۱

البته نظریه نمایندگی یا وکالت شرکای متضامن از یکدیگر در مورد وصول تمام طلب، با ایرادات و مخالفانی مواجه است. چون آن را «فرض وکالت» می‌دانند که نمی‌تواند آثار وکالت واقعی را در برداشته باشد، به طوری که مثلاً در هنگامی که یکی از شرکا، تمام طلب را دریافت کند در اینصورت وکیل سایرین بوده که معادل سهم خود از طلب را اصالتاً و بقیه را وکالتاً دریافت نموده باشد و تمام طلب و مال دریافتی در دست او با فرض عدم تقصیرش او تلف شود ضرر این تلف باید به همه شرکا تحمیل گردد^۲ در حالیکه این امر منظور شرکا نبوده و نیست زیرا در کشورهایمانند فرانسه و یا برخی کشورهای عربی و اسلامی - که حقوق مدنی آنها به نوعی مقتبس از حقوق فرانسه است از جمله مصر - بالصراحه آمده است که اقدام و عملکرد ضرری شریک وصول کننده و قابض طلب در مورد بقیه شرکای متضامن مؤثر نیست، چون وکالت و نیابت، چنین اموری را شامل نیست هرچند که از اقدامات مفید او قطعاً بهره‌مند خواهند شد^۳ و بالاخره اشکال برخی دیگر، در فقدان قصد صریح شرکا در اعطای وکالت به یکدیگر است. که در داوری بین نظرات و دیدگاه‌های مخالف در خصوص مسأله نمایندگی ضمنی و فرضی فیما بین شرکای متضامن، می‌توان گفت عالم حقوق عالم اعتباریات است و برای توجیه سودمندی یک مکانیسم و نهاد حقوقی در

^۱ مگر اینکه فوت یا حجر احد از شرکا به بانک اعلام نشود در این صورت است که در قرارداد منعقد بانکها یا مشتریان، ماده و بندی گنجانده شده که در صورت عدم اعلام به بانک، اگر بانک پرداختی به یکی از شرکا نماید هیچ‌گونه مسؤلیتی متوجه بانک نخواهد بود.

^۲ محسن ایزانلو، مقاله نقد مفهوم و آثار طلب مشاع، شماره ۲ در ذیل عنوان (مبنای رجوع) چاپ در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، تابستان ۱۳۸۸.

^۳ ر.ک به مواد ۱۱۹۸ و ۱۱۹۹ ق.م فرانسه و ماده ۲۸۲ ق.م مصر، مواد ۲۸۲ و ۲۸۰ ق.م سوریه، مواد ۲۶۹ - ۲۶۷ ق.م لیبی، ۳۱۸-۳۱۶ ق.م عراق و مواد ۱۹-۱۳-۱۱ قانون عقود و تعهدات لبنان (به نقل از احمد سنهوری پیشین. ذیل شماره ۱۳۰).

روابط مردم با یکدیگر ضرورت ندارد که یک امر، واجد تمام آثار حقوقی پیش‌بینی شده در قانون باشد به طوری که در بسیاری از موارد، قانون‌گذار در تعریف یک عمل، آن را در حکم فلان عمل قرار می‌دهد که در این صورت واجد تمام آثار و تبعات واقعی آن عمل نیست که در فرض بالا نیز ضرورت ندارد وکالت و یا نمایندگی ضمنی شرکا از یکدیگر واجد تمام آثار و شرایط وکالت باشد و هنگامی که اقدام و عمل حقوقی افراد، مخالف صریح شرع و قانون نباشد باید به توافق اراده‌ها و خواست مشترک آنان احترام گذارده شود که در این زمینه، اصل حاکمیت اراده و دلالت ماده ۱۰ قانون مدنی مؤید این نکته است. بنابراین با پذیرش این نیابت و نمایندگی است که بسیاری از حقوق دانان فرانسوی بر این عقیده‌اند که اگر یکی از طلب کاران متضامن، جزئی از طلب را از مدیون استیفا نماید اگر این جزء معادل سهم این شریک قابض باشد سایر طلب کاران می‌توانند هرکدام به نسبت سهمشان به این شریک مراجعه نمایند و دقیقاً همین موضوع در فقه اهل سنت و در روابط شرکای متضامن در عقد مفاوضه دیده می‌شود. ضمناً همان‌گونه که در حقوق فرانسه و مصر نیز چنین اعتقادی است که اگر مدیون قصد پرداخت تمام دین به یکی از طلب کاران تضامنی را بنماید و یکی از طلب کاران به این انتخاب اعتراض کند این بدان معنا نیست که مدیون متعیناً دین را به معترض بپردازد چرا که این طلب کار معترض، هیچ‌گونه اولویتی بر طلب کار انتخابی ندارد و حتی در چنین وضعیتی، داین معترض مفهوم وکالت استنتاجی از تضامن را نقض کرده است، همان توکیلی که به مقتضای آن داین منتخب می‌توانست سهم داین معترض را هم قبض کند.^۱

گفتنی است که به علت بروز برخی اختلاف نظرها در خصوص وکالت و نیابت ضمنی شرکای متضامن از یکدیگر، در امر مطالبه و وصول تمام طلب از مدیون، بعضی

^۱ احمد سنهوری پیشین. ذیل شماره‌های ۱۳۲ و ۱۳۳ (... فی هذه الحالة إن الداین الذی یعترض علی الوفاء لغيره یكون قد نقض الوکاله المستخلصة من التضامن و التي بموجبها کان الداین اختاره المدین أن یقبض نصیب الداین المعترض).

از حقوق دانان به سمت و سوی این نظریه حلی متمایل شده‌اند که اگر وکالت ضمنی هم پذیرفته و استظهار نشود باز می‌توان گفت: قبض تمام مبلغ دین از سوی یکی از طلب کاران، نسبت به حصه خود او، قبض اصیل و در خصوص سهم سایرین، قبض فضولی است و بدین جهت هر یک از ذیان دیگر به مقتضای قواعد فضولی می‌تواند سهمش را از داین قابض دریافت نماید و او مکلف به ادای آن است^۱ که به نظر می‌رسد این نظر به طور تمام و کمال نمی‌تواند با مفاد قرارداد تضامنی فیما بین طلب کاران که به هر حال در آن، اذن و موافقت هر شریک به شریک دیگر در دریافت کل طلب مندرج و یا مستنبط است. سازگاری داشته باشد و تحلیل و توجیه و ارایه‌ی اذن هر شریک به شریک دیگر در این خصوص بسیار آسان‌تر و حقوقی‌تر از تحلیل نظریه قبض فضولی است و با ساختار عرفی و حقوقی مقررات حاکم بر آن سازگاری و تطبیق بیشتری دارد.

مبحث دوم: بررسی «امکان اشتغال ذمه یک مدیون در قبال چند داین»

با توجه به این که در حقوق مدنی ایران (بر خلاف حقوق مدنی فرانسه و مصر و مواد قانونی المجله)، تضامن طلبکاران به صراحت پیش‌بینی نشده، با وجود این، در فرضی که حقی تجزیه ناپذیر متعلق به مورث بوده باشد که پس از مرگ او به وارثان وی می‌رسد، هر یک از این وارثان (در برخی مصداق‌های حق) می‌تواند تمام حق را اعمال کند، برای مثال در فرضی که خیار فسخ به وارثان می‌رسد قانوناً هر وارث به تنهایی، حق فسخ قرارداد را دارد و در صورت اختلاف نظر میان وارثان، نظری مقدم است که به فسخ تمایل دارد، همچنین در ارث حق شفعه نیز بر همین عقیده‌اند که چون این حق تجزیه ناپذیر است هر یک از وارثان شریک متوفی، حق شفعه نسبت به تمام مبیع را دارد و در فقه هم این مطلب بی‌سابقه نیست،^۲ با این همه، در نفوذ

^۱ احمد سنهوری پیشین شماره ۱۳۸ (... فیرجع علی هذا الداین بما دفعه ...).

^۲ سیدمحمدکاظم طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲، صفحه ۱۴۸، (... و حق الشفعه اذا انتقلت عن المیت إلى متعدد فان لكل منهم حق فی نفسه ...) و ایشان با ذکر این مورد و انتقال خیار فسخ به وارثان

قراردادی که طرفین، تضامن طلبکاران را مقرر کرده باشند تردیدی نیست و در این حالت فرض بر اینست که هر طلبکار به دیگر طلبکاران برای وصول تمام طلب، نمایندگی داده است. هرچند در عمل و حتی در روابط تجاری افراد، چنین تضامنی کاربرد چندانی نیافته است و دلیل این عدم شیاع نیز عمدتاً ناشی از دو علت است: یکی این که شرط تضامن علی‌رغم فوایدی که برای طلب کاران می‌تواند در بر داشته باشد بعضاً خطرناک است، دیگر این که در ادبیات حقوقی، این تردید وجود دارد که بتوان در یک زمان تمام یک حقی را از برای چند شخص دانست و همین تردید باعث شده که در قراردادها از شرط تضامن پرهیز شود و همین جهت است که سبب ایجاد نظریه‌های مختلفی در آثار علما و حقوق دانان گردیده، که شرح مختصر آن در قسمت‌های پیشین آورده شده است، لذا در اینجا از تکرار دوباره‌ی آن‌ها خودداری می‌گردد.

فصل چهارم: مطالعه‌ی تطبیقی^۱ (در قوانین مدنی کشورهای فرانسه، مصر و عثمانی سابق در مجله الاحکام العدلیه)

مبحث اوّل: مطالعه‌ی اختصاری در قانون مدنی فرانسه و مصر در زمینه‌ی

تضامن طلب کاران

گفتار اوّل: (قانون مدنی فرانسه) تضامن طلبکاران در حقوق رومی - ژرمنی و عمدتاً در قانون مدنی فرانسه جایگاه مصرّح و تثبیت شده‌ای دارد به طوری که در آغاز مبحث تعهدات تضامنی، ابتدائاً عنوان تضامن طلبکاران (موضوع مواد ۱۱۹۷ تا ۱۱۹۹) آورده شده و سپس به تضامن بدهکاران (موضوع مواد ۱۲۰۰ الی ۱۲۲۶) اشاره گردیده

و نظایر این‌ها (مثل انتقال حق قصاص و قذف و رهن)، به امکان تضامن میان طلب کاران نظر دارد، (همانجا، ص ۱۴۸).

^۱ برای آشنایی با تعریف و نیز برای مطالعه‌ی ارزش و اهمیت شیوه علمی، تطبیقی ر.ک به کاتوزیان، امیرناصر، مقدمه علم حقوق، ذیل شماره ۸۵.

است و در قانون مدنی مصر که عمدتاً مقتبس از فقه عامه و حقوق فرانسه (و الهام بخش کشورهای عربی و اسلامی بوده است) در آغاز مبحث تضامن، و طی مواد ۲۷۹ الی ۲۸۳، تضامن بستانکاران مورد تدوین و تصویب قرار گرفته و در مواد قانونی المجله نیز مواردی از تضامن دیان پیش‌بینی گردیده است و از آنجایی که قانون مدنی فرانسه و مصر وجوه مشترک فراوانی با قانون ایران دارند، لذا مطالعه و مقایسه مواد و نظرات حقوقی مذکور در آنها و حتی بررسی مواد قانونی المجله الاحکام العدلیه - که قانون مدنی دولت عثمانی سابق است - دارای اهمیت فراوانی است و می‌تواند به حل مشکل و رفع ایراد وارد به بحث تضامن طلبکاران در حقوق ایران، کمک شایانی نماید، لذا باید گفت: «در قانون مدنی فرانسه ذیل مبحث «تعهدات تضامنی» در قسمت اول، تضامن طلب کاران در طی مواد ۱۱۹۷ الی ۱۱۹۹ آمده است بدین شرح «ماده ۱۱۹۷»: تعهد وقتی بین چند طلبکار، تضامنی است که صریحاً به هر یک از آنها حق مطالبه کلّ دین داده شده باشد و پرداخت دین به یکی از آنها، موجب بری شدن مدیون می‌شود. هر چند نفع تعهد بین طلب کاران مختلف (نهایتاً) تسهیم و تقسیم می‌گردد».

ماده ۱۱۹۸: مدیون مخیر است دین را به یک طلب کار و یا طلب کار تضامنی دیگر تأدیه کند مادام که طرح دعوا و اعتراض یکی از اشخاص اخیر، مانع او نباشد. با وجود این، ابراء ذمه مدیون از جانب یکی از طلب کاران تضامنی، دین بدهکار را صرفاً نسبت به سهم این طلبکار ساقط می‌کند.

ماده ۱۱۹۹: «هر عملی که موجب قطع مرور زمان نسبت به یکی از طلبکاران تضامنی گردد سایر طلبکاران نیز از آن بهره مند می‌شوند.» که ملاحظه می‌شود قانونگذار فرانسه، گویی به نظریه‌ی نمایندگی نظر داشته که هر یک از طلبکاران تضامنی در اقدامات سود آور و مفیدی که جداگانه انجام می‌دهند سهم هستند (ماده ۱۱۹۹) ولی در اقدامات غیر نافع و اضراری یکدیگر شریک نیستند (ماده ۱۱۹۸).

گفتار دوم: (قانون مدنی مصر) البتّه در قانون مدنی مصر، بعد از پیش‌بینی

مسأله‌ای همانند قسمت اخیر ماده ۱۱۹۸ ق.م فرانسه در بی‌تأثیر بودن ابرای ذمه مدیون از سوی یکی از طلب کاران، در بند ۲ ماده ۲۸۲ آورده است» ۱-.....۲- هیچ‌یک از طلب کاران تضامنی نمی‌توانند به نحوی عمل کنند که به حقوق سایر طلب کاران، ضرر برساند. که این صراحت قانون مدنی مصر، به نحوی دیگر تأیید بر مسأله‌ی نمایندگی و نیابت هر یک از طلب کاران تضامنی از جانب دیگران است. که ردّ پای فقه عامه (حنفی) و افکار عبدالرزاق احمد سنهوری^۱، استاد برجسته‌ی حقوق مصر به خوبی در مواد قانون مدنی مصر در خصوص تضامن (به ویژه تضامن طلب کاران) مشهود است که با مراجعه به مواد قانونی مذکور در المجله الاحکام العدلیه نیز همین افکار (و حتی فراتر از آن) را می‌توان دید که به شرح مبحث ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث دوم: مطالعه المجله الاحکام العدلیه (قانون مدنی عثمانی سابق)

المجله الاحکام العدلیه قانون مدنی دولت عثمانی سابق است که بر مبنای فقه حنفی تدوین یافته و با شرح‌هایی که توسط برخی استادان حقوق در کشورهای عربی و اسلامی بر آن نگارش یافته، می‌تواند منبع خوبی برای مطالعه تطبیقی فیما بین فقه امامیه و فقه عامه، در خصوص نهادهای حقوق مدنی از جمله تضامن و به ویژه تضامن طلبکاران باشد. البته پیش از ورود به بحث مربوط به تضامن، لازم به ذکر است که در فقه عامه و به ویژه در مواد قانونی المجله اولاً تضامن به طور کلی تحت عنوان عقد کفالت (بخش کفالت دین «نه کفالت عین یا نفس») آمده و تضامن طلبکاران نیز در قالب شرکت مفاوضه مورد شناسایی و تصویب قرار گرفته است. به طوری که در ماده ۶۱۲ المجله آمده است «الکفاله ضم ذمه الی ذمه فی مطالبه شی یعنی ان یضم احد ذمه آخر و یلتزم ایضاً المطالبه التی لزمتم فی حق ذلک» و در تعقیب این ماده و البته پس از چندین ماده دیگر، در ماده ۶۴۵ مقرر گردیده که «لو کفل احد المبالغ التی

^۱. عمده نظریات حقوقی احمد سنهوری را در مجموعه چند جلدی کتاب وی به نام «الوسیط فی شرح القانون المدني الجديد» می‌توان دید.

لزمت ذمه الكفيل بالمال حسب كفالته فالداين ان يطالب من شاء منهما». که به اختصار می‌توان گفت: این‌ها جلوه‌ای از تضامن در قبال طلب کاران است که یک نفر مدیون واقعی است و دیگری و یا دیگران بدون این که واقعاً مدیون باشند با قبول تعهد به پرداخت دین مزبور به نحو تضامنی، التزام به تأدیه را پذیرفته‌اند تا وسیله‌ای مطمئن برای تأمین وصول و نیز وثیقه‌ای شخصی به نفع طلب کار باشند. که در اینجا به لحاظ این که رویکرد اصلی این مقاله بررسی تضامن طلب کاران است بنا نداریم بطور مفصل به تضامن بدهکاران پردازیم لذا به همین مختصر بسنده می‌شود، ولی در خصوص تضامن طلب کاران، همان‌گونه که قبلاً ذکر شد این عنوان در المجله در قسمت مربوط به عقد شرکت مفروضه آن هم به‌گونه‌ای افراطی مورد شناسایی قرار گرفته که در فقه امامیه و حقوق ایران و فرانسه و حتی در حقوق مصر چنین سابقه‌ای را نمی‌توان یافت، زیرا تعریفی که از عقد مفروضه آمده و تضامنی که در آن در فقه حنفی و مواد قانونی المجله پیش‌بینی شده است نه تنها مورد شناسایی فقه امامیه قرار نگرفته حتی مورد قبول فقه شافعی و حنبلی هم واقع نگردیده و فقه مالکی هم با شرایطی آن‌ها را پذیرفته است.^۲

۱. صرح في شرح المادة (٦١٢) ان المجله قد اختارت القول بعدم لزوم الدين في ذمه الكفيل بل المطالبة فقط (شرح مجلة الاحكام) تأليف علي حيدر ج ١ ص ٦٧٤

۲. فقهای عامه معمولاً شرکت را به چهار نوع تقسیم می‌کنند ۱- شرکت در اموال (عنان) ۲- شرکت اعمال (ابدان) که شرکا در هر چه که از کار همگی آنها بدست می‌آید شریک کنند ۳- شرکت وجوه (مثلاً دو نفر ابرومند اموالی را به نسبه می‌خرند و می‌فروشند و سود حاصله برای هر دو نفر است ۴- شرکت مفروضه که در فقه امامیه فقط شرکت نوع اول یعنی شرکت در اموال (یا شرکت عنان) صحیح انگاشته شده است. باری، شرکت مفروضه (تفویض تصرف شرکا در اموال یکدیگر است یعنی کل مفروض من المفاوضاتین قائم مقام الآخر في التصرف) در این شرکت دو نفر با هم قرار می‌گذارند تا در تمام آن چه که به دست می‌آورند (اعم از عایدات ناشی از تجارت و یا ارت و غیر اینها) و یا از دست می‌دهند، حتی ضرر های ناشی از جرم و تقصیر، هر کدام شریک می‌باشند یعنی (هي ان يكثر كافي كل منهما و عليهما) بنابراین هر شریک در امور نافع و سود آور وکیل دیگری و در حقوقی که بر ذمه هر کدام مترتب می‌شود کفیل (و ضامن) دیگری است که ملاحظه می‌شود در چنین شرکتی، زندگی حقوقی و مالی دو نفر با هم مخلوط می‌گردد و در واقع شرکت دو دارائی است که نظر به همین ایرادات متعدده، همه فقیهان امامیه این شرکت را به دلیل غرر باطل دانسته‌اند که در حقوق ایران نیز بنا بر اعتقاد اکثر علمای حقوق حتی با اعمال ماده ۱۰ ق.م، هم شرکت مفروضه صحیح نخواهد بود زیرا (و به خصوص آنکه) زیان ناشی از جرایم عمدی هر شخص را باید خود شخص تحمل کند (کاتوزیان مشارکت‌ها،

به هر حال، در شرکت مفاوضه - که در المجله پیش بینی گردیده- به لحاظ این که تعهدات فراوانی بر دوش شرکای شرکت مفاوضه قرار می گیرد، برعکس شرکت اموال (وعنان)، اهلیت شرکای مفاوض، شرط شده است آنجا که در ماده ۳۳۴ آمده است «تتضمن شرکه المفاوضه الکفاله ایضاً و لذلك فأهلها لمتفاوضین شرط للکفاله ایضاً» و سپس در شرح آن آمده است: همان گونه که هر شریکی وکیل دیگری است در پرداخت تمام دیون، لذا هریک، کفیل همدیگر هستند و اگر (به عنوان مثال) دو نفر شریک باشند، لیست الکفاله منحصره فی النصف. یعنی (الکفاله) هی أن اللّین الذی یتربّب فی ذمه الشریک (من التجاره و الغصب و الاستهلاك) یضمن جمیعہ الشریک الآخر بحسب الکفاله^۱ بنابراین حتی مطابق تصریح در ماده ۱۳۵۶ المجله اگر یکی از شرکا در شرکت مفاوضه اقرار به دینی کند مقرر می تواند دین اقرار شده را از شریک دیگر مطالبه کند و سپس به صراحت آمده است که: و مهماترتبّ دین علی احد المفاوضین من أى نوع کان من المعاملات الجاریة فی الشرکه کالبيع و الشراء و الاجاره، یلزم الآخر ایضاً...» و سپس شارح المجله از مجموع مواد مربوط به مفاوضه، دو قاعده را به این شرح استخراج کرده و آورده است که در مفاوضه دو قاعده وجود دارد.

قاعدهی اوّل: هر چه را که یکی از طرفین مفاوضه، به سبب تجارت و غصب و کفالت و غیر اینها، ملزم به انجام آن باشد، طرف دیگر نیز ملزم به آن است و این امر که هر شریک ممکن است ضررش را به شریک دیگر تحمیل کند ناشی از این است که هر شریک کفالت شریک دیگر را دارد.

قاعدهی دوّم: هر چیزی (و حقی را) که به سبب تجارت و امثال آن برای یکی از

صلح و عطایا ص صفحه ۳۸ و ۳۹) هر چند برخی دیگر را نظر بر این است که اگر قانون مدنی ایران، شرکت ابدان، وجوه و مفاوضه را نیاورده نظرش این بوده که با ماده ۱۰ ق.م.ب.توان آنها را مشمول قراردادهای نافذ قرارداد (محمد عبده، حقوق مدنی صفحه ۲۹۰) که به نظر می رسد نظر اول (نظر مرحوم دکتر کاتوزیان) با مبانی فقهی و حقوقی مندرج در قانون مدنی سازگارتر است زیرا با اعمال ماده ۱۰ ق.م.ب. هم مشکل شرکت مفاوضه را نمی توان مرتفع نمود.

^۱. شرح مجله الاحکام، ذیل ماده ۱۳۳۴ المجله. و از طرف دیگر این که «کل واحد منهما وکیل عن صاحبه فی قبض»

شرکای مذاکره ثابت شود شریک دیگر نیز حق مطالبه و قبض آن را دارد و این امر - که موجب ثبوت منفعت هر شریک برای شریک دیگر است - از وکالت هر شریک نسبت به شریک دیگر ناشی شده است.^۱

بنابراین ملاحظه می‌شود اگر یکی از شرکا، مالی را بفروشد هر یک از شرکا می‌تواند کل ثمن را از خریدار مطالبه نماید و یا حتی اگر یکی از شرکا اجیر شود شریک دیگر می‌تواند اجرت او را از اجیر کننده دریافت نماید و یا اگر کسی در قبالت طلب یک شریک، کفیل مدیون شود شریک دیگر می‌تواند طلب شریکش را از کفیل مطالبه نماید و بالاخره آنکه: لو غصب أحدٌ مالا من احد المفوضین فللمفوض الآخر مطالبه من الغاصب.

به این ترتیب، دارایی شریکان در یکدیگر ادغام شده و در این امر فقط خوردنی‌های روزانه و لباس و حوائج ضروریه یومیه ایشان از این ترکیب دارایی مستثنی شده‌اند (ماده ۱۳۵۷ الجملة)^۲ که رد پای غرر و ضرر شرکا در این نحوه از مشارکت در مذاکره به خوبی مشهود است. بنابراین تضامن طلب کاران، به این نحوه اضرائی و غرری آنها به صورت قانونی! - و نه قراردادی - تنها در المجله پیش‌بینی شده است ولی گونه منطقی و متعارف آن (بدون جنبه‌های غرری آن) که تماماً ناشی از قرارداد طرفین - و نه قانون است - در قانون مدنی فرانسه و مصر آمده است که می‌تواند در حقوق ایران نیز معمول باشد، به طوری که اکنون در مقررات مربوط به حساب‌های مشترک بانکی و در قالب نمایندگی و نیابت طلب کاران متضامن از یکدیگر، کاربرد مفید آن را در کشور می‌توان

^۱ همان ذیل ماده ۱۳۵۶ (ج ۱ ص ۳۹۲)، (في المفوضه قاعدتان: القاعده الاولى: كل شيء يلزم احد المفوضين بسبب كالتجاره و الغضب و الكفالة يلزم الآخر ايضاً و قد نشأت هذه القاعده بسبب كفالة الشريكين بعضهما لبعض و هي تحمل شريكين مضرة القاعده الثانيه: كل شيء يثبت لاحد شريك المفوضين من التجاره و امثالها فللشريك المفوض المطالبة بها و قبضها و هذه القاعده تنشأ ايضاً عن و كالة الشريكين بعضهما لبعض و توجب منفعة للشريكين).

^۲ مستثنیات مذاکره به شرح ماده مذکور به این شرح است «المأكولات و الثياب و ساير الحوائج الضروريه التي يأخذها احد المفوضين لنفسه و اهله و عياله تكون له و لا تكون لشريكه حق فيها...».

مشاهده نمود.

نتیجه گیری

در این مقاله تحقیقی، به منظور بررسی موضوع «تضامن طلب کاران» در حقوق ایران - علی‌رغم این که در قانون مدنی کشورمان هیچ حکم صریحی در این خصوص وجود ندارد و در رویه قضایی هم ردّ پای محکمی از آن دیده نشده و کمکی نسبت به این کمبود نکرده است - بر آن شدیم تا با استفاده از پیشینه‌ی مباحث مربوط به این نوع تضامن در فقه، مثل مسوولیت تضامنی غاصبان، اعمال خیار فسخ توسط هر وراثت به تنهایی، و نیز در ارث حق شفعه، و نیز بعضاً با مطالعه حقوق فرانسه و مصر به نتایجی نایل شویم که در این مورد علی‌رغم تفاوت دیدگاه‌های حقوق کشورمان با کشورهای مذکور، چگونگی صحت و اعتبار و اعمال تضامن طلب کاران در حقوق ایران بویژه در بخش اسناد تجاری و نظام بانکی کشور مورد بحث و تأیید قرارگرفت زیرا این نحو تضامن، در روابط صاحبان حساب‌های مشترک بانکی - به خصوص در روابط اقارب و خویشاوندان - کاربرد مفید و فراوان دارد و اضافه می‌نماید که تطبیق موارد مذکوره در قوانین کشورهای یادشده با نظام حقوقی ایران کاملاً ممکن و شدنی است که در عالم حقوق، که عالم اعتبارات است، می‌تواند بر مبنای نوعی «نماینده‌گی» و یا «وکالت ضمنی» که در بین طلب کاران مقرر می‌شود، توجیه پذیر باشد و در این زمینه حاکمیت اراده و دلالت ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مؤید این اقدام طلب کاران خواهد بود. و چنین نمایندگی و وکالت ضمنی سبب ایجاد امور نافع و مفید برای آنان است بدون این که عمل اضرائی نماینده مثل اقدام به تبدیل تعهد و یا ابرای کل دین، در سهم سایرین مؤثر باشد، زیرا این‌ها خارج از قلمرو نمایندگی و در زمره اعمال فضولی تعریف می‌شوند بنابراین نیابت و نمایندگی محدود به کارهای مفید و نافع و نه اقدامات اضرائی خواهد بود. و این‌ها همه، مستند به توافق طرفین و متکی به صرف منبع ارادی افراد بوده و اگر هم دربردارنده‌ی برخی خطرات ناشی از این نوع تضامن، مثل اعسار

قابض و نیز تحمیلی بر ذمه طلب کاران باشد جز به اراده‌ی خودشان - در مواردی به مصلحت خویش دانسته‌اند- ایجاد نشده است و به حکم قانون به وجود نمی‌آید. و مطلوب هم چنین است زیرا تحمیل آن بر ذمه طلب کاران فاقد توجیه عرفی و منطقی خواهد بود، مگر این که خودشان به مصلحت بدانند، در این صورت است که با سنجش منافع و مضار آن، در مجموع ملاحظه می‌گردد که منافع آن می‌تواند بیش از ضرر آن باشد زیرا از انقسام دیون و تجزیه تعهدات به تعداد متعهدین می‌کاهد و اثر مفید آن را بویژه در جایی که وحدت مطلوب، مورد نظر است بخوبی می‌توان ملاحظه نمود، لذا در چنین فروضی تضامن به نفع و مصلحت طلب کاران است، چرا که باعث سهولت مطالبه طلب کاران و سبب آسانی ایفای دین بدهکاران می‌شود که در مجموع، به علت همین ویژگی‌ها است که این جنبه از تضامن، در روابط تجاری و اقتصادی امروز واجد منافع مطلوب و کارآیی خوبی خواهد بود.

فهرست منابع و مآخذ

الف: کتب فارسی

۱. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، نشر کتابفروشی علمی، مهرماه ۱۳۲۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد ضمان، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، چاپ اول، سال ۱۳۵۲.

۳. " " " "، وسيط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۸۸.
۴. کاتوزیان، امیرناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ میزان، سال ۱۳۸۵
۵. " " "، "مقدمه‌ی علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۲۸، سال ۱۳۸۰.
۶. " " "، "مشارکت‌ها، صلح و عطایا، گنج دانش، چاپ (ویرایش) اول، سال ۱۳۹۱.

ب: مقالات فارسی

۱. ایزانلو، محسن، نقد مفهوم و آثار طلب مشاع، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، تابستان ۱۳۸۸.
۲. جنیدی، لعیا، تضامن، آثار و اوصاف آن، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۵، پاییز ۱۳۷۵.

ج: کتب عربی

۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، چاپ دارالاحیاء التراث العربی، بیروت (لبنان)، سال ۱۹۵۸ م.
۲. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه مکاسب، چاپ سربی، در دو مجلد.
۳. علی حیدر، شرح مجله الاحکام، ج ۱، چاپ شرکت دارالکتب العلمیه «بیروت».

د: ترجمه‌ی فارسی قوانین و کتب خارجی

۱. دادمرزی، سیدمهدی، ترجمه فارسی کتاب الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۳، (تألیف دکتر سنهوری)، چاپ اول، انتشارات دانشگاه قم.
۲. نوری، محمدعلی، ترجمه فارسی قانون مدنی فرانسه (در عقود و تعهدات قراردادی و الزامات بدون قرارداد)، موضوع مواد ۱۱۰۱ الی ۱۳۸۶ این قانون، چاپ گنج دانش، سال ۱۳۸۰.
۳. نوری، محمدعلی، ترجمه فارسی قانون مدنی مصر (تمام مواد)، چاپ گنج دانش، سال ۱۳۸۸.