

دلایل فقهی و حقوقی زوال حق رجوع ضامن به مضمون عنه،

در فرض هبه طلب به ضامن مأذون، پیش از پرداخت دین

محمدجابر قنبری^۱، مهدی کاظمی^۲

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) رایانامه: ghanbari.law@pnu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: se.mahdi.kazemi@gmail.com

چکیده

بدون تردید، به جهت تصریح ماده ۷۱۹ قانون مدنی، ابراء ضامن، باعث سلب حق رجوع او به مضمون عنه می شود. اما حکم هبه طلب مضمون له به ضامن مأذون، در قانون نیامده است. هدف مقاله، بیان دلایل فقهی و حقوقی عدم حق رجوع ضامن به مضمون عنه، پیش از پرداخت دین و پس از هبه طلب به ضامن است. یافته های پژوهش که با روش توصیفی - تحلیلی است نشان می دهد که طبق روایات وارده در فقه و نظر مشهور فقها، با توجه به ماهیت احسانی ضمان، منشاء رجوع ضامن به مضمون عنه، خسارت ناشی از پرداخت دین توسط اوست. به علاوه، پیش از پرداخت دین، ورود ضرر به ضامن، مسلم نبوده، در نتیجه مشمول قاعده لاضرر به عنوان مبنای حق رجوع ضامن قرار نمی گیرد. از حیث حقوقی هم دلایل موافقان حق رجوع، مخدوش می باشد. از یک طرف، ملاک حکم ماده ۷۱۲ قابل استناد نیست؛ زیرا رجوع ضامن پس از ارث طلب، بدون عوض نبوده، اما پس از هبه طلب، بلاعوض و بدون تحمل زیان است. از طرف دیگر، به جهت عدم مسئولیت تضامنی و با سقوط حق رجوع مضمون له (اصیل) به مضمون عنه، قائم مقامی ضامن پس از هبه طلب نیز بی معنا خواهد بود، پس ملاک قسمت دوم ماده ۳۲۱ در غصب هم قابل تسری نیست. همچنین حق رجوع ضامن، یعنی افزایش دارایی او؛ امری که مغایر با هدف تشریع ضمان در فقه و قانون مدنی است؛ چرا که ماده ۷۰۹، شرط رجوع را ضرر ناشی از اداء دین می داند.

واژگان کلیدی

ابراء، حق رجوع، ضامن، مضمون عنه، هبه طلب

مقدمه

عقد ضمان، از عقود لازم به شمار می رود. (محقق داماد؛ یزدانی، ۱۳۹۰) به موجب این قرارداد، هرگاه ضامن از دین مدیون ضمانت کند، دین از ذمه مدیون اصلی، ساقط شده و به ذمه ضامن، منتقل می گردد. منتهی با وجود شرایطی، ضامن بعد از پرداخت دین به مضمون له، حق رجوع به مضمون عنه (مدیون اصلی) را خواهد داشت. یکی از شرایط رجوع ضامن به مضمون عنه، که در ماده ۷۰۹ قانون مدنی آمده، این است که ضامن، دین مورد ضمان را به مضموله له پرداخت کرده باشد. قانون گذار در مواد ۷۱۰ تا ۷۱۶ و ۷۱۹ تا ۷۲۲ ق.م مباحث مرتبط با رجوع ضامن به مدیون اصلی، اعم از موارد امکان و عدم امکان رجوع، مقدار رجوع و شخص مورد رجوع را روشن ساخته است. یکی از مواردی که به تصریح قانون گذار، برای ضامن، امکان رجوع به مضمون عنه وجود نخواهد داشت، جایی است که مضمون له، ذمه ضامن را ابراء کند. به موجب ماده ۷۱۹ ق.م م هرگاه مضمون له، ضامن را ابراء یا دیگری مجازاً دین را بدهد، حق رجوعی برای ضامن وجود نخواهد داشت. در همین رابطه، فرضی که مورد بررسی قانون مدنی قرار نگرفته و در نتیجه، حکم قانونی آن در هاله ای از ابهام می باشد، آنجاست که مضمون له، مستند به ماده ۸۰۶ ق.م طلب خود را به ضامن، هبه نماید.

با توجه به سکوت قانون گذار در خصوص حکم این موضوع، در دکترین حقوقی نسبت به حکم آن، اختلاف نظر وجود دارد. بدین توضیح که برخی از حقوقدانان، هبه طلب به مدیون را همان ابراء دانسته و در نتیجه، ضامن را فاقد حق رجوع می دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۳۱۳) در مقابل، جمع زیادی از حقوق دانان، معتقد به جواز رجوع ضامن به مضمون عنه می باشند. برای اثبات این مدعا، دو نوع استدلال، ارائه شده است. دلیل اول، مبتنی بر تمسک به ملاک ماده ۳۲۱ ق.م^۱ در باب غصب می باشد، که به موجب آن، ابراء ذمه یکی از غاصبین از سوی مالک، از انتقال طلب مالک به یکی از غاصبین، تفکیک شده است، به نحوی که در اولی (ابراء)، مالک، حق رجوع به سایر غاصبین را نداشته، اما در دومی (هبه طلب به مدیون)، منتقل الیه، حق رجوع به سایر غاصبین را خواهد داشت. در نتیجه، برخلاف ابراء، هبه طلب مضمون له به ضامن، مجوز رجوع ضامن به مضمون عنه دانسته شده است. (ره پیک، ۱۳۸۷، ص ۱۲۷؛ سعیدی، ۱۳۹۷) استدلال دوم، که برخی دیگر از نویسندگان، بدان تمسک بسته اند، استفاده از ملاک ماده ۷۱۲ ق.م^۲ است. بدین توضیح که چون در ماده مزبور، مالکیت مافی الذمه به سبب قهری (فوت مضمون له)، حق رجوع به ضامن داده است، مالکیت فی الذمه به سبب قراردادی (هبه طلب مضمون له) نیز حق رجوع به ضامن، برای مراجعه به مضمون عنه را خواهد داد. (صفایی؛ جواهر کلام، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۴۰۲؛ میرشکاری؛ مظفری، ۱۳۹۸)

در فقه نیز در خصوص موضوع، سکوت وجود دارد. توضیح اینکه آنچه که بسیاری از فقها بدان پرداخته اند، هبه طلب مضمون له به ضامن، پس از اداء دین توسط اوست که آن را در حکم ابراء ندانسته، در نتیجه، قائل به حق رجوع ضامن شده اند (خویی،

۱. ماده ۳۲۱ قانون مدنی: «هرگاه مالک، ذمه یکی از غاصبین را نسبت به مثل یا قیمت مال مغضوب ابراء کند، حق رجوع به غاصبین دیگر نخواهد داشت، ولی اگر حق خود را به یکی از آنان به نحوی از انحاء انتقال دهد، آن کس، قائم مقام مالک می شود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است.»

۲. ماده ۷۱۲ قانون مدنی: «هرگاه مضمون له، فوت شود و ضامن، وارث او باشد، حق رجوع به مضمون عنه دارد.»

۱۴۱۷، ج ۳۱، ص ۴۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۲۳، ج ۴، ص ۲۰۶؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۱۳؛ فیاض، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۱۵۳)، بدون آنکه نسبت به حکم هبه طلب مضمون له به ضامن، پیش از پرداخت دین (موضوع مقاله حاضر)، اظهار نظر نموده باشند.

این مقاله، در مقابل نظر مشهور در دکتربین، به دنبال ارائه دلایل و استدلال های مبنی بر زوال حق رجوع ضامن بوده و آنها را ذیل دو قسمت، بررسی خواهد کرد. در قسمت اول، استدلال های مربوط به تفکیک «هبه طلب به مدیون» از «ابراء» در فقه و قانون مدنی ارائه و بررسی می شود؛ زیرا اگر قائل به عدم تفکیک این دو از یکدیگر باشیم، با توجه به تصریح قانونگذار مدنی مبنی بر عدم امکان رجوع ضامن ابراء شده به مضمون عنه، نتیجه نهایی این نوشته نیز معلوم، و حکم به عدم جواز مراجعه ضامن به مضمون عنه خواهد شد. از این رو، پس از پذیرش تفکیک بین «ابراء» و «هبه طلب به مدیون»، در قسمت دوم مقاله که بخش اصلی پژوهش می باشد، با فرض هبه طلب، از سوی مضمون له به ضامن مأذون، ادله فقهی و سپس ادله حقوقی عدم امکان رجوع ضامن به مضمون عنه را به صورت مجزا بیان کرده و در ضمن آن به نقد دلایل موافقان حق رجوع نیز خواهیم پرداخت.

۱. وحدت یا دوگانگی هبه طلب و ابراء

با وجود آنکه از نظر ماهیت، «ابراء»، ایقاع بوده و «هبه طلب به مدیون»، عقد می باشد، اما نتیجه مشابهی دارند که عبارت است از «برائت ذمه مدیون»، از این رو باید مشخص ساخت که آیا بین دو عمل حقوقی فوق، تفاوت وجود دارد، یا خیر. در این قسمت، پس از بیان نظرات مخالف و موافق تفکیک در فقه، نظر مستنبط از قانون مدنی، بیان خواهد شد.

۱-۱. نظریه وحدت هبه طلب و ابراء در فقه

سؤال این است که وقتی طلبکار، قصد گذشت از مدیون و صرف نظر کردن از طلب خویش را دارد، آیا می تواند به جای قالب شناخته شده «ابراء»، طلب خود را به مدیون، هبه نماید؟ به تعبیر دیگر، آیا طلب نیز می تواند موضوع عقد هبه قرار گرفته و طلبکار، طلب خویش از مدیون را به خود وی هبه کند؟ قبلاً باید دانست که هبه، عقدی است که ثمره اش، تملیک عین است. (سلیمان کلوانق، ۱۴۰۳) حال در مقام پاسخ به این پرسش، فقها در تحلیل کیفیت قبض مال موهوبه، اختلاف دارند. بدین توضیح که از یک طرف، در هبه، قبض موضوع عقد، لازم می باشد و از طرف دیگر، طلب، به واسطه ماهیت اعتباری، امکان قبض مادی را ندارد. نتیجه این وضعیت، ضرورت عین بودن موضوع هبه و عدم امکان هبه طلب به مدیون است. از این رو در نظر بسیاری از فقها، هبه طلب به مدیون، خارج از هبه اصطلاحی بوده و ابراء، تلقی شده است، به ویژه آنکه نتیجه هر دو، سقوط دین است. این اندیشه در فقه شافعی (شربینی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۴۰۰؛ دمیاطی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۷۴)، فقه حنفی (کاشانی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۲۹؛ سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۱۸، ص ۸۳)، فقه مالکی (طرابلسی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۷)، فقه زیدی (مرتضی، بی تا، ج ۲، ص ۴۵۱) و نیز در میان فقهای شیعه (روحانی، ۱۴۱۴، ج ۲۰، ص ۲۷۳-۲۷۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۱۰-۴۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۸۶؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۰۴) دیده می شود.

باور فوق تا آنجا پیش رفته که حتی اگر از سوی طلبکار، لفظ هبه به کار برده شود، آنچه واقع می شود، ابراء خواهد بود، نه هبه. (حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۷۶؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۶، ص ۲۵۵) نتیجه این تحلیل، یعنی تلقی هبه طلب به ابراء آن است که برای تحقق هبه، به قبول مدیون نیازی نبوده و همچون ابراء، به اراده یک جانبه طلبکار، رخ خواهد داد. (نجفی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۶۱ - ۱۶۴)

۱-۲. نظریه دوگانگی هبه طلب و ابراء در فقه

در برابر نظر گروه اول مبنی بر عدم جدایی هبه طلب از ابراء، گروهی دیگر از فقها، این دو را دو ماهیت مستقل از یکدیگر دانسته اند. بر این مدعا، چندین استدلال، قابل ارائه است. استدلال اول، ناظر به مفهوم قبض است. برخی بر این باورند که قبض را نباید تنها به معنای تصرف مادی و در دست گرفتن، تعبیر کرد؛ زیرا هدف از قبض، تسلط بر مال موضوع قبض بوده و مهم آن است که قبض، بهره مند از انواع تصرفات شده و بر مال مقبوضه، استیلا یابد. (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۵۵۰؛ سابق، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۶۸) در واقع، بیش از آنکه تصرف مادی، مهم باشد، امکان استیلا و تصرف، اهمیت دارد. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۱۲۶) بعضی از فقهای حنفی (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۶، ص ۱۷۷) و مالکی (دردیر، بی تا، ص ۹۸)، همچنین برخی از فقهای شیعه (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۱۰؛ خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۶) بر این عقیده اند. با پذیرش تغییر رویکرد در تفسیر قبض، به جهت اعتباری بودن طلب و عدم امکان قبض مادی آن، آنچه ملاک است، استیلای معنوی و عرفی قابض طلب خواهد بود. (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۵۵۱) از همین رو، همین اندازه که دین، ساقط شده و طلبکار، دیگر نمی تواند آن را مطالبه نماید، به معنای استیلای متهم است. به ویژه آنکه نیمی از حقیقت قبض، رها کردن موضوع قبض از سوی قبض دهنده است (سابق، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۶۸)، به نحوی که وی مال موضوع هبه را رها کرده و در اختیار متهم قرار دهد. به علاوه، می توان گفت که در هبه طلب به مدیون، نیازی به قبض وجود ندارد؛ چرا که موضوع هبه یعنی طلب، در ذمه مدیون می باشد. (نجفی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۶۱) به عبارت دیگر، آنچه که در ذمه مدیون قرار گرفته، در حکم مقبوض است و اساساً از قبض و سلطه، خارج نشده تا نیازی به قبض مجدد داشته باشد؛ همانند مالی که پیش از عقد، در تصرف شخص بوده، در نتیجه بعد از انعقاد قرارداد، قبض مجدد آن، ضروری نمی باشد. (خویی، ۱۴۱۷، ج ۳۱، ص ۴۲۶)

استدلال دوم، برگرفته از ماهیت حقوقی متفاوت هبه طلب از ابراء می باشد. توضیح اینکه هبه طلب از یک طرف، عقدی است که به موجب آن، مالکیت طلب از واهب به متهم، منتقل می شود (مرتضی، بی تا، ج ۲، ص ۴۳۴)، و از طرف دیگر، چون متهم (منتقل الیه طلب)، در آن واحد، به واهب (انتقال دهنده طلب)، بدهکار نیز هست، به دلیل جمع دو عنوان طلبکار و بدهکار در یک شخص و از آنجا که شخص، منطقاً نمی تواند مالک دینی شود که بر ذمه خویش دارد، از باب مالکیت مافی الذمه، سقوط دین، رخ خواهد داد. این در حالی است که ابراء، ماهیتاً ایقاع بوده و به صرف اراده طلبکار، سقوط تعهد (برائت ذمه مدیون)، حاصل می گردد. به تعبیر دیگر، در ابراء، طلبکار به صورت یک جانبه، دین را از ذمه مدیون، اسقاط می کند، در حالی که در هبه طلب، دائن، طلب خود را به مدیون، تملیک می کند که به دلیل ماهیت قراردادی، نیازمند قبول از جانب مدیون است. اسقاط، از بین بردن حق، توسط صاحب آن است، بنابراین در اسقاط، هدف نخستین، ازاله اثر حقوقی است، اما در تملیک،

هدف اولیه، انتقال حق است نه ازاله آن. (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۴۳۶) به همین جهت نمی‌توان هبه طلب را مصداق اسقاط دانست، هر چند که نتیجه نهایی آن، زوال حق واهب است.

علاوه بر دلایل فوق، استدلال مخالفین تفکیک، مبنی بر حمل هبه طلب بر ابراء، دارای ایراد در عنصر قصد انشاء به عنوان رکن سازنده عمل حقوقی است. توضیح اینکه اگر طلبکار، قصد هبه داشته باشد، نمی‌توان اراده وی را به ابراء، تعبیر نمود؛ چون از یک طرف، طلبکار، قصد ابراء نداشته است و از طرف دیگر، هبه طلب نیز به جهت لزوم عین بودن موضوع هبه در نظر ایشان، قابلیت تحقق نخواهد داشت؛ (بهوتی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۳۶۷) زیرا اصل حاکمیت اراده، اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد، آنچه متعاقدين، صریحاً یا ضمناً خواسته‌اند، ملاک باشد. بنابراین اگر معلوم شود که مقصود طرفین، غیر از چیزی است که ظاهر الفاظ و عبارات، اقتضا می‌کند، قاضی باید اراده واقعی ایشان را در نظر گرفته شده و ملاک تفسیر قرار دهد. (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۴۸) نتیجه اینکه، تلفی هبه طلب به ابراء، مخدوش و دارای ایراد می‌باشد.

۱-۳. نظر برگزیده در قانون مدنی

طلب، حق مالی طلبکار بوده و صاحب حق می‌تواند در حقوق خویش، هر نوع تصرفی که می‌خواهد را انجام دهد. بدین صورت که اجرای آن را بخواهد، به دیگری منتقل ساخته و یا از آن بگذرد. هر چند، راه شایع صرفنظر کردن از طلب، ابراء است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۵۳) و قالب مرسوم انتقال طلب نیز بیع و حواله می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۴۶) با این حال، به تصریح ماده ۸۰۶ ق.م هبه نیز برای انتقال طلب به مدیون، قابل استفاده بوده، که نتیجه نهایی آن همچون ابراء، صرفنظر کردن از طلب خواهد بود.

در این خصوص، هر چند برخی معتقدند که هبه طلب به مدیون، همان ابراء است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۴)، اما مشهور بر این باورند که بین این دو عمل حقوقی، تفاوت در ساختار و ماهیت وجود دارد، ولو آنکه در نتیجه نهایی (سقوط دین)، مشابه باشند. (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۵۳) توضیح اینکه طبق نظر مشهور بین حقوقدانان، اولاً ابراء، عمل حقوقی یک جانبه یعنی ایقاع است (ماده ۲۸۹ ق.م)، حال آنکه هبه طلب به مدیون، به عنوان یک عقد در قانون مدنی آمده است. (مواد ۷۹۵ و ۸۰۶ ق.م) ثانیاً هر چند نتیجه نهایی هر دو، سقوط تعهد است، اما فرآیند تحقق آن دو، متفاوت از یکدیگر می‌باشد. بدین توضیح که طبق بند ۳ ماده ۲۶۴ ق.م، ابراء، مستقیماً یکی از اسباب سقوط تعهد، محسوب شده است. در نتیجه اگر طلبکار، مدیون را ابراء نماید، دین بدهکار، مستقیماً ساقط خواهد شد. اما در هبه طلب به مدیون، آنچه مستقیماً رخ می‌دهد، انتقال طلب است، نه سقوط آن. سقوط دین، اثر ثانویه است. بدین صورت که ابتدائاً طلبکار، طلب خود را به صورت مجانی به مدیون، انتقال می‌دهد. سپس طبق بند ۶ ماده ۲۶۴ ق.م، در اثر مالکیت مافی‌الذمه (بدان علت که هیچ شخصی نمی‌تواند از خود، طلبکار شود)، دین، ساقط خواهد شد. بنابراین، سقوط تعهد در ابراء، مستقیم بوده، اما در هبه طلب به مدیون، غیرمستقیم و از باب مالکیت مافی‌الذمه است. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۲ - ۱۳۳؛ صفایی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۰۰ - ۵۰۱)

نتیجه اینکه، با عنایت به پیش‌بینی دو نهاد «ابراء» و «هبه طلب به مدیون» در فصل‌های مجزا در قانون مدنی، همچنین تفاوت این دو نهاد در ساختار و ماهیت و فرآیند سقوط دین طبق نظر مشهور حقوقدانان، نظر مستنبط از قانون مدنی را باید

تفکیک آن دو نهاد از یکدیگر دانست، هر چند در ویژگی عدم قابلیت رجوع، همچنین از بین رفتن دین به عنوان اثر نهایی، با یکدیگر مشابهت داشته باشند.

۲. زوال حق رجوع ضامن به مضمون عنه، در فرض هبه طلب به ضامن

به تصریح ماده ۷۱۹ ق.م که مقرر می دارد: «هرگاه مضمون له، ضامن را ابراء، یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن، حق رجوع به مضمون عنه ندارد.»، ضامنی که از سوی مضمون له، ابراء شده است، حق رجوع به مضمون عنه را نخواهد داشت. اما از آنجایی که «هبه طلب به مدیون» نهادی متفاوت از «ابراء» می باشد، امکان یا عدم امکان رجوع ضامن به مضمون عنه، موضوعی قابل بحث بوده و نظر مشهور، بقاء حق رجوع ضامن است. با این حال، به نظر می رسد با توجه به سکوت قانون گذار و برخلاف نظر غالب در دکترین، در هبه طلب مضمون له به ضامن نیز وی حق رجوع به مضمون عنه را از دست خواهد داد. دلایل این ادعا، به صورت جداگانه، ابتدائاً در فقه و سپس در حقوق، مورد بحث و بررسی قرار گرفته و در ضمن آن، دلایل موافقان حق رجوع ضامن نیز مورد نقد قرار خواهد گرفت.

۲-۱. ادله فقهی

دلایل فقهی مثبت عدم حق رجوع ضامن به مضمون عنه، در فرض هبه طلب به ضامن، در قالب چهار بند بررسی می شود. بدین صورت که ابتدائاً برخی از روایات مرتبط، مورد اشاره قرار می گیرد. سپس قواعد فقهی مرتبط با موضوع بررسی شده، در ادامه به کشف نظر فقها و نهایتاً بنای عقلاً خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱. روایات

در روایات وارده، که در ادامه مورد اشاره قرار می گیرد، دائر مدار حق رجوع ضامن، پرداخت دین است. در موثقه عمر بن یزید، شخصی ضامن دیگری شد، سپس در خصوص میزان دین، ضامن با مضمون له، صلح نمود. امام فرمودند ضامن، صرفاً به اندازه آنچه که صلح کرده است، حق دریافت از مضمون عنه را خواهد داشت.^۳ (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸، ص ۴۲۷) همین پاسخ را امام علیه السلام در موثقه ابن بکیر فرمودند، با این تفاوت که از ایشان چنین سؤال شد: اگر بعد از ضمان، ضامن با مضمون له، صلح کرده، سپس نسبت به برخی از آنچه صلح کرده بود، صلح نمود.^۴ (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸، ص ۴۲۷) در روایت مسنده حسین بن خالد، سؤال شد: آنچه مردم می گویند این است که ضامن، بدهکار [مسئول نهایی] است. امام در پاسخ فرمود: بر ضامن، دین [مسئولیت نهایی] نیست. دین بر کسی است که مال را خورده است.^۵ [مضمون عنه] (حر عاملی، بی تا، ج ۱۸، ص ۴۲۱)

۳. محمد بن الحسن یاسناده عن عمر بن یزید قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه. قال: ليس له إلا الذي صالح عليه.

۴. الكليني عن الحسين بن سعيد، عن محمد بن خالد، عن ابن بكير مثله، إلا أنه قال: ثم صالح على بعض ما صالح عليه.

۵. محمد بن الحسن یاسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن محمد بن عیسی، عن الحسن بن علی بن یقطين، عن الحسين بن خالد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال.

از روایات فوق، چنین مستفاد می شود که اولاً ضامن پس از پرداخت دین، حق رجوع به مضمون عنه را داراست. ثانیاً رجوع ضامن به مضمون عنه، منوط به مقدار پرداخت و خسارتی است که ضامن از این طریق، متحمل شده است. به تعبیر دیگر، ضامن، صرفاً پس از پرداخت دین است که حق رجوع به مضمون عنه را پیدا خواهد کرد. مدلول التزامی این روایات، عدم حق رجوع، پیش از پرداخت دین است؛ زیرا تا قبل از پرداخت، خسارتی متوجه ضامن نشده است، در نتیجه، رجوع ضامن، قبل از پرداخت دین، ممکن نخواهد بود. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۱۳)

تعلیق حق رجوع ضامن به مضمون عنه، بر پرداخت دین و میزان پرداختی، کاشف از آن است که صرف ضمانت و انعقاد عقد ضمان، سبب حق رجوع ضامن به مضمون عنه، نبوده، بلکه منشأ رجوع، خسارت و غرامت ناشی از پرداخت می باشد، مشروط بر آنکه اذن مضمون عنه نیز موجود باشد. لازم به ذکر است که لزوم کسب اذن، نباید موجب این تصور شود که رجوع ضامن به مضمون عنه، ناشی از عقد ضمان بوده و نتیجه عقد بین ضامن و مضمون عنه می باشد، بلکه این رجوع، به جهت اذنی است که مضمون عنه به ضامن، در انعقاد ضمان داده است. (صفایی؛ جواهر کلام، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۳۸۵) نتیجه اینکه با هبه طلب توسط مضمون له به ضامن، از آنجایی که وی مبلغی به مضمون له نپرداخته و از این حیث متحمل غرامت و خسارتی نشده است، تبعاً حق رجوع به مضمون عنه را نیز نخواهد داشت.

۲-۱-۲. قواعد فقهی

در بدو امر، به نظر می رسد که حق رجوع ضامن به مضمون عنه، مبتنی بر این است که، نه پرداخت دین از سوی ضامن، بلکه نفس انعقاد ضمان، موجب متضرر شدن ضامن شده است و چون این امر با اذن و درخواست مضمون عنه بوده و وی سبب ضرر شده است، حق رجوع و وجوب تدارک نیز از حین انعقاد ضمان، به مقتضای قاعده لاضرر، محفوظ خواهد بود. در واقع، از آنجا که اشتغال ذمه ضامن، به امر مضمون عنه بوده و صرف اشتغال ذمه نیز عرفاً ضرر محسوب می شود، مضمون عنه به عنوان مسبب این ضرر، وظیفه جبران داشته و مقتضای قاعده لاضرر، تحقق حق رجوع ضامن، به صرف انعقاد ضمان است. در پاسخ باید گفت معلوم نیست که نفس اشتغال ذمه و مدیون شدن ضامن، ضرر و خسارت محسوب شود، بلکه آنچه ضرر مسلم محسوب می شود، متضرر شدن ضامن به واسطه پرداخت دین است. به تعبیر دیگر، با وجود نظر مشهور فقها و روایات وارده، که حق رجوع ضامن را پس از پرداخت دین می دانند، همچنین بنای عقلا و احتمال ابراء، مصالحه یا هبه، اشتغال ذمه مضمون عنه پیش از پرداخت، غیرمستقر خواهد بود. (حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۳، ص ۲۹۵) همچنان که در بند پیشین اشاره شد، مسلم آن است که متضرر شدن ضامن، اثر پرداخت دین از سوی اوست، نه اینکه نتیجه عقد ضمان باشد؛ پس حق رجوع ضامن، مصداقی از واقعه حقوقی است و مضمون عنهی که اذن داده، سبب ورود ضرر شده است، در نتیجه، حق رجوع و وجوب تدارک، از حین اداء دین و به مقتضای قاعده لاضرر، محفوظ خواهد بود. به عبارت دیگر، رجوع ضامن به مضمون عنه، نتیجه ادله لاضرر است. اینکه ضامن، دین را پرداخت کند، اما حق رجوع نداشته باشد، امری ضرری بوده و طبق قاعده لاضرر، رفع می گردد. اما اگر مضمون له، دین خود را نسبت به ضامن، هبه نماید، به دلیل عدم شمول قاعده لاضرر، ضامن، حق رجوع نخواهد داشت؛ زیرا پرداختی نداشته است تا متضرر شده و حق مطالبه داشته باشد.

به علاوه، دادن حق رجوع به ضامنی که طلب مضمون له به او هبه شده است، به نظر می رسد، مصداق اکل مال به باطل نیز خواهد بود. توضیح اینکه وقتی که ضامن، پرداختی نداشته باشد، رجوع او به مضمون عنه و دریافت مال از او، اکل به حق

محسوب نمی‌شود؛ زیرا در مقابل آن چیزی قرار ندارد، مگر اینکه ضامن به خودی خود، عملی تلقی شود که در قبال آن، استحقاق دریافت مال وجود داشته باشد که البته به نادرستی آن در بالا اشاره شد. بنابراین بر اساس قاعده اکل مال به باطل، برای آنکه دریافت مال ضامن، باطل محسوب نشود، باید ضامن به همان میزانی که پرداخته است، دریافت نماید. در نتیجه، این قاعده نیز مانع از آن می‌شود که ضامن بتواند بدون پرداخت، به مضمون عنه رجوع کند، که یکی از مصادیق آن هبه طلب به ضامن است.

۲-۱-۳. مفروع عنه بودن هبه طلب، پیش از پرداخت دین در ارتکاز فقها

در ضمان اذنی، مشهور فقها معتقدند که حق مراجعه ضامن به مضمون عنه، منوط به ادای دین بوده و محدود به میزان پرداختی به مضمون له است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۱۱)، حتی گفته شده است که نسبت به این حکم، اختلافی بین فقها امامیه نیز وجود ندارد. (حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۳، ص ۲۹۴) یکی از فروضی که بسیاری از فقها بدان پرداخته اند، فرض هبه طلب مضمون له به ضامن، بعد از پرداخت دین از جانب اوست. در این خصوص، محل نزاع آنجاست که اگر مضمون له، بعد از ادای دین از سوی ضامن، طلب خود را به وی منتقل سازد، آیا این امر، در حکم ابراء بوده و ضامن، فاقد حق رجوع به مضمون عنه است، یا اینکه در حکم ابراء نبوده و حق مراجعه او به مدیون اصلی، همچنان برای ضامن پابرجا خواهد بود. به عنوان نمونه، صاحب عروه بیان می‌دارد که اگر مضمون له، طلب خود را بعد از پرداخت از سوی ضامن، به وی هبه کند، در حکم ابراء دین نبوده و در نتیجه ضامن، حق رجوع و مطالبه آنچه پرداخته است را خواهد داشت. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۴۱۳)؛ زیرا اداء و خسارت، بر آن صادق می‌باشد.

آنچه که از مراجعه و جست و جو در کتب مختلف فقهی به دست می‌آید، آن است که فقها، فرض هبه طلب، قبل از پرداخت را مفروع عنه قلمداد نموده، از این رو به بحث درباره آن پرداخته اند. علت موضوع را این می‌توان دانست که حکم هبه قبل از پرداخت دین را همانند بحث براءة ذمه ضامن پیش از پرداخت، روشن می‌دانسته‌اند؛ از این رو محل نزاع و سؤال را هبه بعد از اداء دین قرار داده و پیرامون آن بحث کرده اند. به بیان روشن‌تر، از آنجایی که فقها در صدد استدلال برای جواز رجوع ضامن در فرض هبه بعد از پرداخت دین آمده‌اند، روشن می‌گردد که ارتکاز ذهنی فقها پیرامون هبه طلب قبل از اداء که مورد بحث این مقاله است، مسقط حق رجوع می‌باشد. صحت این استنباط، کاشف از آن است که حکم هبه طلب، قبل از اداء دین، مبنی بر سلب حق رجوع ضامن به مضمون عنه، دارای هیچ‌گونه اختلافی بین فقهای امامیه نمی‌باشد. (خویی، ۱۴۱۷، ج ۳۱، ص ۴۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۲۳، ج ۴، ص ۲۰۶؛ فیاض، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۱۵۳)

۲-۱-۴. بنای عقلا

ضمان در فقه امامیه، به معنای انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است. بنابراین عهده دار شدن دین از سوی ضامن، بدان معناست که وی در برابر مضمون له، متعهد به پرداخت می‌گردد. حال اگر مضمون له، طلب خود را به ضامن هبه نماید، به معنای آن خواهد بود که ضامن، دیگر چیزی به مضمون له بدهکار نیست؛ زیرا دین از بین رفته و ذمه ضامن، بری شده است. در واقع، هر چند با انعقاد ضمان، ضامن، مسئول پرداخت دین مضمون به شده است، اما چون در فرض مورد بحث و به سبب بخشیده شدن دین از جانب مضمون له، عملاً ضامن، دینی را نمی‌پردازد، در نتیجه، حق رجوع به مضمون عنه را

نیز نخواهد داشت؛ زیرا منطقی است که رجوع ضامن به مضمون عنه را مشروط به پرداخت واقعی دین دانسته و اداء دین از سوی ضامن را شرط الزامی رجوع او به مضمون عنه بدانیم. امری که در بحث حاضر، منتفی بوده و اساساً خسارتی به دارایی ضامن وارد نیامده است تا او مدعی جبران آن از سوی مضمون عنه شود. به عبارت دیگر، از آنجایی که در هبه طلب، مالکیت ما فی الذمه، به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهد، رخ داده و منجر به سقوط دین شده است، بدون آنکه ضامن، پرداختی انجام داده باشد، صدق عنوان پرداخت و اداء دین در این فرض، خلاف متفاهم و ارتکاز عرفی خواهد بود. نتیجه اینکه، بنای عقلا، بر اشتغال ذمه مضمون عنه، از حین پرداخت از سوی ضامن، قائم بوده و عقلا، ملاک رجوع ضامن به مضمون عنه را خسارتی می‌دانند که با اداء دین مضمون به، محقق می‌گردد.^۶ (خویی، ۱۴۱۷، ج ۳۱، ص ۴۲۵)

۲-۲. ادله حقوقی

بعد از بیان ادله فقهی، دلایل حقوقی مبنی بر زوال رجوع ضامن به مضمون عنه در فرض هبه طلب به ضامن را ذیل پنج بند، مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۲-۱. در مقام بیان بودن قانونگذار و عدم امکان استفاده از ملاک حکم «ارث طلب به ضامن»

از عنوان مبحث سوم عقد ضمان در قانون مدنی که عبارت است از «در اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه»، پیداست که قانونگذار ذیل مواد مربوط به این مبحث (مواد ۷۰۹ تا ۷۲۰ ق.م)، در مقام بیان اصل، شرایط و نحوه رجوع ضامن به مدیون اصلی است. در همین راستا، مقنن، در صدر اولین ماده از مبحث سوم (ماده ۷۰۹ ق.م)، با این بیان که «ضامن، حق رجوع به مضمون عنه ندارد، مگر بعد از اداء دین...»، قاعده و اصل را در بحث رجوع ضامن، مشخص ساخته است. از بیان اصل مذکور، مشخص می‌شود که دادن هر گونه حق رجوع به ضامن، بدون پرداخت مستقیم دین از سوی او، استثناء بوده و محتاج تصریح می‌باشد، مگر آنکه کسر دارایی ضامن، مسلم باشد، همچون تهاثر بین ضامن و مضمون له که در حکم وفای به عهد بوده و به ضامن، حق رجوع خواهد داد. (صفایی؛ جواهر کلام، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۴۰۱) از همین روست که از یک طرف، ماده ۷۱۰ ق.م تصریح می‌کند که پرداخت غیرمستقیم از طریق تحقق حواله نیز در حکم پرداخت مستقیم دین از سوی ضامن بوده و به وی حق رجوع به مضمون عنه را خواهد داد و از طرف دیگر نیز در ماده ۷۱۹ ق.م مقرر می‌دارد که «هرگاه مضمون له، ضامن را ابراء، یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد.»

در این میان، یکی دیگر از استثنائاتی که به ضامن، بدون آنکه دین را مستقیماً بپردازد، حق رجوع داده، ماده ۷۱۲ ق.م است که مقرر می‌دارد: «هرگاه مضمون له، فوت شود و ضامن، وراث او باشد، حق رجوع به مضمون عنه دارد.» طبق این ماده، ضامن به سبب مالکیت مافی الذمه به سبب قهری، حق رجوع به مضمون عنه را یافته است. اینکه برخی با وحدت ملاک از ماده فوق، مالکیت فی الذمه به سبب ارادی (هبه طلب مضمون له به ضامن) را نیز باعث حق رجوع ضامن دانسته اند (صفایی؛

^۶. عین عبارت آیت الله خویی، چنین است: «بل الضمان إنما يثبت في موارد أداء الضامن للدين بالسيرة العقلائية القطعية. فإن مقتضاها حتى مع الإغماض عن النصوص لزوم جبران الأمر للخسارة والنقص الواردین علی مال الضامن المستدین إلى أمره، فإن هذه الناحية هي العمدة فی الدلیل علی اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن فی المقام.»

جواهر کلام، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۴۰۲؛ میرشکاری؛ مظفری، ۱۳۹۸)، استنباطی است که صحیح به نظر نمی رسد؛ زیرا اولاً همچنان که در بالا مشخص شد، ماده ۷۱۲ ق.م.مصادق استثناء بوده و نه اصل، در نتیجه گرفتن قیاس از آن، چون منجر به گسترش دایره شمول آن می شود، خلاف اصول حقوقی و منطقی خواهد بود. ثانیاً با فرض ممکن بودن اصل قیاس، ایراد بعدی آن است که شرایط قیاس فراهم نیست. توضیح اینکه اگر به تصریح ماده ۷۱۲ ق.م. در ارث طلب به ضامن (مالکیت مافی الذمه به سبب قهری)، وی حق رجوع به مضمون عنه را خواهد داشت، بدان علت است که رجوع او، بلاعوض نبوده و مابه ازای سهم الارث اوست. در نتیجه عدم حق رجوع وی، به معنای کاستن از سهم الارث او بوده و بدان معناست که با وجود تحمل زیان، حق رجوع نداشته باشد. این در حالی است که سقوط تعهد در نتیجه هبه طلب به ضامن (مالکیت مافی الذمه به سبب ارادی)، بدون عوض یعنی بدون تحمل زیان از سوی اوست. بنابراین به دلیل فقدان مشابهت بین دو موضوع، نمی توان حکم ماده ۷۱۲ ق.م. (حق رجوع ضامن به مضمون عنه در فرض ارث طلب به ضامن) را به هبه طلب به ضامن، تسری داد. در نتیجه باید رجوع به اصل کرد (حق رجوع، پس از پرداخت دین توسط ضامن) که به دلیل خروج هبه طلب به ضامن از شمول اصل، ضامن، فاقد حق رجوع خواهد بود.

۲-۲-۲. وحدت ملاک از حکم «ابراء ضامن»

راجع به اینکه ابراء، در حکم وفای به عهد است، یا خیر، مشهور فقها، ابراء را به منزله ایفای دین می دانند. (نجفی، ۱۴۰۹، ج ۳۱، ص ۹۰ - ۹۱؛ شهید ثانی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۵۲۳) نظری که مورد تأیید برخی از حقوقدانان نیز قرار گرفته است. در نتیجه مثلاً اگر موجر، پس از عقد، ذمه مستأجر را نسبت به اجاره بهای کلی، ابراء نماید، متعاقباً در فرض اقاله یا فسخ اجاره، مکلف به رد معادل اجاره بها به مستأجر خواهد بود. (امامی، ۱۳۹۸، ص ۴۰۹؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۲ - ۱۴۳) در مقابل، بعضی دیگر از حقوقدانان، ابراء را در حکم پرداخت دین ندانسته و برای تأیید ادعای خود به ماده ۳۲۱ ق.م. در غصب و از جمله به ماده ۷۱۹ ق.م. در عقد ضمان، تمسک جسته اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۱۳ - ۵۱۴)

فارغ از اینکه حقوقدانان، ابراء را در حکم پرداخت بدانند، یا خیر، این مقدار، مسلم است که ابراء، موجب سقوط طلب پرداخت نشده بوده و از آنجایی که ضامن، مالی از دارایی خود نمی پردازد، حداقل در عقد ضمان نباید آن را در حکم پرداخت دین دانست، از همین روست که ماده ۷۱۹ ق.م. قانونگذار به صراحت، حق رجوع را از ضامن ابراء شده، سلب کرده است. در واقع، پس از ابراء ضامن توسط مضمون له، هر چند دین اصلی ساقط شده و ضامن برائت می یابد، اما به جهت آنکه ضامن در ازاء برائت ذمه خود، عوضی نپرداخته است (عدم تحمل زیان)، فاقد حق رجوع به مضمون عنه خواهد بود. (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۲۷۱) ملاکی که عیناً در هبه طلب مضمون له به ضامن نیز وجود داشته و متهم (ضامن) هر چند به سبب مالکیت مافی الذمه و سقوط دین، بری می شود، اما چون در ازاء این برائت، زانی متحمل نشده است، همچون ابراء ضامن، فاقد حق رجوع به مضمون عنه خواهد بود. لازم به ذکر است که این قیاس، برخلاف بند پیشین، صحیح بوده و فاقد دو اشکال مذکور در بند قبلی است؛ زیرا اولاً عدم امکان رجوع ضامن، پیش از پرداخت مستقیم دین توسط او، حکمی مطابق قاعده بوده، پس استفاده از ملاک آن به جهت اصل بودن مفاد آن، فاقد ایراد حقوقی و منطقی است و ثانیاً مشابهت نیز بین دو موضوع قیاس، وجود دارد. در واقع، هر چند ابراء، ایقاع بوده و هبه طلب به مدیون، عقد است، اما به لحاظ «از بین رفتن دین، بدون تحمل زیان از

سوی ضامن» که شرط رجوع ضامن به مضمون عنه، در موضوع مورد بحث ما می باشد، بین این دو عمل حقوقی، شباهت کامل وجود داشته، پس سایر تفاوت ها، مانع توسل به قیاس نخواهد بود. ممکن است ایراد شود که قبول هبه طلب از سوی مدیون، مستلزم منت است، در نتیجه نمی توان پذیرش آن را بدون عوض عرفی دانست. در پاسخ باید گفت در ما نحن فیه، منظور از عوض، تحمل زیان مادی و کسر دارایی ضامن است. از همین روست که قانونگذار در ماده ۷۱۳ ق.م. به ضامنی که دین را با مضمون له، صلح به میزان کمتر کرده باشد، حق رجوع به بیشتر از آنچه پرداخت کرده باشد را نداده است، ولو آنکه مضمون له، به جهت شخصیت ضامن، حاضر به صلح کمتر شده و از این حیث صلح، بدون عوض عرفی از سوی متصالح (ضامن) نباشد. اما همچنان که اشاره شد، چنین امری، مؤثر در مقام نیست؛ زیرا ملاک رجوع ضامن، تحمل زیان مادی از سوی و کاهش دارایی اوست، نه چیز دیگر.

۲-۲-۳. عدم ملازمه بین سقوط دین با حق رجوع ضامن به مضمون عنه

در فقه، اعم از عامه و امامیه و فارغ از اینکه عقد ضمان، از نوع نقل است، یا ضم، مسئولیت ضامن، وابسته به دین اصلی است. (الضمان تابع للأصل) در نتیجه با از بین رفتن دین اصلی، ضمان نیز منتفی خواهد شد. (فوزان، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۷۶) سقوط دین یعنی انحلال ضمان. از بین رفتن ضمانت نیز برائت ذمه ضامن را در خواهد داشت. نکته قابل توجه در این خصوص آن است که نباید گمان کرد که بین سقوط دین (برائت ضامن) با حق رجوع ضامن به مضمون عنه، ملازمه وجود دارد. این مفهوم، هر چند مستقیماً در هیچ یک از مواد عقد ضمان، تصریح نشده است، اما از ملاحظه مواد قانونی که بعضی از مصادیق رجوع و برخی از مصادیق عدم حق رجوع ضامن را تصریح نموده است، استنباط می شود. به طور نمونه، هم در ماده ۷۱۲ ق.م. (ارث طلب به ضامن) و هم در ماده ۷۱۹ ق.م. (ابراء ضامن یا پرداخت مجالی دین توسط ثالث)، دین از بین رفته و ضامن، بری می شود، با این تفاوت که در اولی، ضامن، حق رجوع به مضمون عنه را داراست، اما در دومی خیر. تفاوت این احکام به این نکته برمی گردد که رجوع ضامن به مضمون عنه، دایر مدار اداء دین از جانب ضامن است، نه صرف اسقاط دین به هر سبب. ضامنی حق رجوع دارد که متحمل زیان ناشی از پرداخت شده باشد. در حقیقت، حق رجوع ضامن، هم تابع پرداخت دین از سوی اوست و هم تابع میزان پرداخت. بنابراین ضامنی که بدون پرداخت دین، بری شده باشد، حق رجوع به مضمون عنه را ندارد (ماده ۷۱۹ ق.م)، همچنان که ضامنی که کمتر از دین پرداخته باشد، برای تمام دین، حق رجوع نخواهد داشت. (ماده ۷۱۳ ق.م) از این رو می توان گفت که «عدم تحمل زیان ناشی از پرداخت از سوی ضامن»، ملاک قانونی رجوع وی به مضمون عنه است که به دلالت التزامی از برخی از مواد قانونی مثل ماده ۷۱۹ ق.م. استنباط می شود، بدون اینکه منحصر به مصادیق ذکر شده در قانون باشد. مصادیق دیگری که با همین ملاک و معیار می توان ارائه نمود، بدون آنکه در قانون آمده باشد، عبارت است از صلح مضمون له با ضامن مبنی بر سقوط دین، پرداخت تبرعی دین توسط مضمون عنه و به طور خاص، هبه طلب مضمون له به ضامن که موضوع مقاله حاضر است. نتیجه اینکه در فرض هبه طلب به ضامن، دین از بین رفته و ضامن، برائت می یابد، بدون آنکه وی حق رجوع به مضمون عنه را داشته باشد؛ زیرا مشخص شد که ملاک رجوع، صرف سقوط دین نبوده، بلکه ناشی از سقوط دینی است که در اثر پرداخت دین از سوی ضامن به عمل آمده باشد، امری که در هبه طلب به ضامن، وجود ندارد.

۲-۲-۴. عدم جریان حکم «هبه طلب به یکی از غاصبان» در «هبه طلب به ضامن»

در ما نحن فيه، یکی از استدلال‌هایی که موافقان رجوع ضامن به مضمون عنه در فرض هبه طلب، به آن تمسک کرده اند، ملاک قسمت اخیر ماده ۳۲۱ ق.م در غصب است. (ره پیک، ۱۳۸۷، ص ۱۲۷؛ سعیدی، ۱۳۹۷) بدین توضیح که در فرض وجود غاصبین متعدد، برخلاف ابراء یکی از غاصبان، هبه طلب مالک به او، برای غاصب به قائم مقامی از مالک، حق رجوع به سایر غاصبین ایجاد می‌شود. با این حال، با توجه به استدلالی که در ادامه می‌آید، باید گفت که حکم مزبور را نمی‌توان به هبه طلب به ضامن، تسری داده و برای ضامن، حق رجوع در برابر مضمون عنه قائل شد.

استدلال مزبور، عبارت است از اینکه چون حکم قسمت اخیر ماده ۳۲۱ ق.م مبتنی بر مسئولیت تضامنی همه غاصبان می‌باشد، قابل تسری به ضامن نقل ذمه، که مضمون عنه، بری شده و صرفاً ضامن، مدیون شده است، نخواهد بود. توضیح اینکه به محض انعقاد ضمان، ذمه مضمون عنه، به طور کلی از دینی که بر عهده داشته، برائت یافته و دیگر مسئولیتی در برابر مضمون له ندارد. (ماده ۶۹۸ ق.م) در نتیجه وقتی شخص مضمون له (اصیل)، امکان رجوع به مضمون عنه را پس از عقد ضمان ندارد، به طریق اولی، ضامنی که با هبه، طلب را به انتقال گرفته است، به قائم مقامی از اصیل (مضمون له)، حق رجوع به مضمون عنه را نخواهد داشت. نتیجه اینکه، حکم قسمت اخیر ماده ۳۲۱ ق.م (هبه طلب به یکی از غاصبان)، و ایجاد حق رجوع برای غاصب انتقال گیرنده طلب (منتقل الیه)، در رجوع به سایر غاصبین را نمی‌توان به هبه طلب به ضامن در عقد ضمان نقل ذمه، تسری داد.

۲-۲-۵. اقتضای ماهیت و هدف ضمان

دلیل پایانی که برای زوال حق رجوع ضامن، می‌توان ارائه داد، توجه به هدف، ماهیت و ویژگی عقد ضمان است. توضیح اینکه در فقه امامیه، عقد ضمان از حالت ایجاد وثیقه و تضمین برای طلبکار، فاصله گرفته و اثر عقد، انتقال دین و جایگزینی ضامن به جای مدیون اصلی شده است، امری که به صراحت در قانون مدنی نیز آمده است.^۷ در مقابل، نظر مشهور در فقه عامه، همچون نظام‌های حقوقی اروپایی، بر این عقیده اند که هدف از جعل ضمان، ایجاد نوعی تضمین و توثیق برای طلبکار، در برابر مدیون معسر است. به نحوی که نه طلبکار، قصد دارد پس از تحقق ضمان، مدیون اصلی را رها سازد و نه ضامن می‌خواهد به تنهایی مدیون گردد. از این رو، مفاد عرفی ضمان، همچنین تمایل ضامن بر این است که وثیقه دین قرار گرفته و رابطه حقوقی اصلی از بین نرود. در نتیجه اقتضای ضمان را، ضم ذمه به ذمه می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۲۷) فارغ از اینکه اثر ضمان را انتقال دین و جایگزینی ضامن به جای مدیون اصلی بدانیم (ضمان نقل)، یا ایجاد وثیقه و تضمین برای طلبکار (ضمان ضم)، یک هدف مشترک در هر دو نوع ضمان وجود دارد و آن عبارت است از اینکه هدف ضمان، حمایت و کمک به مدیون اصلی است. در واقع، هدف از تشریع عقد ضمان در فقه شیعه، احسان، ترحم، امتنان و حمایت از مدیون است. بنابراین از جمله عقود مسامحه‌ای بوده که سودجویی و افزایش دارایی در آن راه ندارد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱) به نحوی که حتی جنبه وثیقه‌ای ضمان (ضمان ضم) نیز با احسانی بودن آن منافاتی نخواهد داشت. در واقع، همچنان که گفته

^۷ ماده ۶۹۸ قانون مدنی: «بعد از اینکه ضمان، به طور صحیح، واقع شد، ذمه مضمون عنه، بری و ذمه ضامن به مضمون له، مشغول می‌شود.»

شد، چون عقد ضمان، مبتنی بر ارفاق و مسامحه و نه سودجویی است، لذا ضامنی که نه به جهت پرداخت دین، بلکه به جهت هبه طلب به خود، بری شده است، از حق مراجعه به مضمون عنه برخوردار نخواهد شد. اگر جز این نتیجه، پذیرفته شود، حق رجوع ضامن به مدیون اصلی، منجر به افزایش دارایی ضامن می شود؛ امری که به وضوح، با هدف و روح حاکم بر ضمان، در تضاد قرار دارد.

نتیجه گیری و پیشنهاد

با وجود متفاوت بودن «ابراء» از «هبه طلب به مدیون»، طبق نتایج این پژوهش، حکم قانون مدنی مبنی بر عدم حق رجوع ضامن به مضمون عنه در فرض ابراء ضامن، در فرض هبه طلب مضمون له به ضامن پیش از پرداخت دین نیز جاری خواهد بود. اساس این نتیجه گیری، بر کشف مبنای حق رجوع ضامن مأذون به مضمون عنه، استوار می باشد، که عبارت است از تحمل زیان و کسر دارایی در اثر پرداخت دین از سوی ضامن. از همین رو از یک طرف، مصادیقی که در قانون مدنی، به ضامن، حق رجوع داده است، به جهت کسر دارایی اوست، مثل وقوع مالکیت مافی الذمه در شخص ضامن به سبب ارث. از طرف دیگر، مصادیقی که قانون، از ضامن، سلب حق رجوع کرده است، به دلیل عدم تحمل زیان از سوی اوست، مثل پرداخت مجانی دین از سوی شخص ثالث. در فقه نیز هر چند فقها، موضوع مقاله حاضر، یعنی حکم هبه طلب به ضامن، پیش از پرداخت دین را مورد بحث قرار نداده اند، اما بسیاری از ایشان که هبه طلب به ضامن، پس از پرداخت دین را مورد بررسی قرار داده اند، به جهت تحمل زیان از سوی ضامن، آن را در حکم ابراء ندانسته، در نتیجه، قائل به حق رجوع ضامن شده اند.

در حقوق نیز مبنای پیش گفته، دلیل اصلی رد استدلال موافقان حق رجوع ضامن است. بر این اساس، اینکه قانونگذار به ضامن، در فرض ارث طلب به او (مالکیت مافی الذمه به سبب فقهی)، حق رجوع می دهد، بلاعوض نبودن آن است، چرا که با فوت مورث (مضمون له)، از سهم الارث وارث (ضامن)، کاسته شده است، امری که قابل تسری به فرض هبه طلب به ضامن (مالکیت مافی الذمه به سبب ارادی) نیست، به جهت آنکه رجوع ضامن، بدون عوض (عدم تحمل زیان ناشی از پرداخت) خواهد بود. هبه طلب به ضامن، او را قائم مقام و جانشین مضمون له در رجوع به مضمون عنه نیز نمی سازد؛ زیرا به محض انعقاد ضمان که مبتنی بر انتقال ذمه است، وقتی مضمون له (اصلی)، حق رجوع به مضمون عنه را از دست می دهد، به طریق اولی، ضامن هم نخواهد توانست به جانشینی او، حق رجوع داشته باشد. به علاوه، اعطای حق رجوع به ضامنی که متحمل زیان ناشی از پرداخت دین نشده، مغایر با هدف تشریع ضمان (کمک و احسان به مضمون عنه) بوده و منجر به افزایش دارایی ضامن خواهد شد؛ امری که قانونگذار مدنی در مواد مختلف عقد ضمان، آن را نفی کرده است.

با توجه به سکوت و خلاء قانونی در خصوص موضوع حاضر، عبارت زیر جهت درج و اصلاح قانون مدنی، پیشنهاد می شود:

«اگر مضمون له، پیش از پرداخت دین از سوی ضامن، طلب ناشی از عقد ضمان را به وی هبه نماید، به سبب تحقق مالکیت مافی الذمه، ضامن، برائت می یابد، بدون آنکه حق رجوع به مضمون عنه را داشته باشد.»

نسخه پیش از انتشار

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب ها

۱. امامی، حسن. (۱۳۹۸). حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت؛ حقوق تعهدات، عقود و ایقاعات، تهران: گنج دانش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶). ضمان عقودی در قانون مدنی، تهران: گنج دانش.

۴. ره پیک، حسن. (۱۳۸۷). حقوق مدنی؛ عقود معین ۲، تهران: خرسندی.
۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). سقوط تعهدات، تهران: مجد.
۶. صفایی، حسین. (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
۷. صفایی، حسین؛ جواهر کلام، محمدهادی. (۱۳۹۹). حقوق مدنی پیشرفته؛ تضمین های دین (رهن و ضمان)، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰). حقوق مدنی؛ ایقاع، تهران: یلدا.
۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). حقوق مدنی؛ دوره عقود معین، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱). نظریه عمومی تعهدات، تهران: میزان.

مقالات

۱۲. سعیدی، فاطمه. (۱۳۹۷). مقایسه ابراء و هبه طلب به مدیون. آراء، ۲(۱۰)، ۸۵ - ۱۰۰.
۱۳. سلیمان کلوانق، امین. (۱۴۰۳). امکان سنجی رجوع در هبه زوجین بر پایه آموزه های فقهی (نقدی بر ماده ۸۰۳ قانون مدنی با پیشنهاد اصلاح). آموزه های فقه مدنی، ۱۶(۳۰)، ۱۳۷ - ۱۵۹.
- <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.5212.1879>
۱۴. محقق داماد، مصطفی؛ یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۰). شرط خیار در ضمان. آموزه های فقه مدنی، ۳(۴)، ۳ - ۲۴.
۱۵. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۱). نگرش جدید بر ضمان عقدی و احکام آن. حقوقی دادگستری، ۵۶(۴)، ۴۲-۵.
۱۶. میرشکاری، عباس؛ مظفری، خدیجه. (۱۳۹۸). هبه طلب، مطالعات حقوقی معاصر، ۱۰(۱۸)، ۲۲۷ - ۲۴۸.

<https://doi.org/10.22034/law.2019.9676>

ب) منابع عربی

۱۷. ابن عابدین، محمد امین. (۱۴۱۲). حاشیه رد المحتار، دمشق: دارالفکر.
۱۸. بحر العلوم طباطبائی، محمد. (۱۴۰۳). بلغه الفقیه، تهران: مکتبه الصادق.
۱۹. بهوتی، منصور. (۱۴۱۸). کشف القناع، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). وسائل الشیعه، قم: آل البيت لإحياء التراث.
۲۱. حکیم، محسن. (۱۳۹۱). مستمسک العروه الوثقی، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۲. حلّی، محمد بن احمد بن ادریس. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: النشر الاسلامی.
۲۳. خمینی، روح الله. (۱۴۰۹). تحریر الوسیله، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۴. خمینی، روح الله. (۱۴۲۱). کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۵. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم.
۲۶. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۷). موسوعه الامام الخوئی، قم: مؤسسه الخوئی الإسلامیه.
۲۷. درذیر، احمد بن محمد. (بی تا). الشرح الکبیر، قاهره: دار احیاء الکتب العربیه.
۲۸. دمیاطی، ابوبکر. (۱۴۱۸). اعانه الطالبین علی حل الفاظ فتح المعین، دمشق: دارالفکر.
۲۹. روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۴). فقه الصادق، قم: مؤسسه دارالکتاب.
۳۰. سابق، شیخ سید. (۱۳۹۱). فقه السنه، قاهره: دار احیاء الکتب العربیه.
۳۱. سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۰۶). المیسوط، لبنان: دارالمعرفه للطباعه و النشر و التوزیع.
۳۲. شربینی، محمد بن احمد. (۱۳۷۷). مغنی المحتاج، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۳. شهید ثانی، زین الدین علی. (۱۴۲۳). مسالک الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۴. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۲۰). هدیة العباد، قم: مؤسسه السیده المعصومه.
۳۵. طباطبائی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۲۰). العروه الوثقی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۶. طرابلسی، محمد. (۱۴۱۶). مواهب الجلیل، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۷. عاملی، شمس الدین محمد بن مکی. (۱۴۱۴). الدروس، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۸. فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۸). ایضاح الفوائد، قم: المطبعه العلمیه.
۳۹. فوزان، صالح. (۱۴۲۳). الملخص الفقهی، ریاض: دار العاصمه.
۴۰. فیاض، محمد اسحاق. (بی تا). منهاج الصالحین، قم: دارالهدی.
۴۱. کاشانی، ابوبکر. (۱۴۰۹). بدائع الصنائع، پاکستان: مکتبه الحبيب.
۴۲. مرتضی، احمد. (بی تا). شرح الأزهار، صنعاء: مکتبه غمضان.

۴۳. نجفی، محمدحسن بن باقر. (۱۴۰۹). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

Jurisprudential and legal reasons for the guarantor's lack of recovery to the principal, assuming the assignment of the debt donation to the authorized guarantor, before the debt is paid

Mohammad jabber Ghanbari^{1✉} , Mahdi Kazemi² 

1. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, Payam Noor University, Tehran, Iran. (Corresponding author) E-mail: ghanbari.law@pnu.ac.ir

2. Ph.D student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. E-mail: se.mahdi.kazemi@gmail.com

Abstract

Without a doubt, as stipulated in Article 719 of the Civil Law, the release of the guarantor results in the loss of the guarantor's right to recovery to the principal. However, the provision for a debt donation the creditor to the guarantor is not included in the law. The purpose of the article is to state the jurisprudential and legal reasons for the lack of a right of recovery the guarantor to the principal before payment of the debt and after the debt donation to the guarantor. The findings of the research, which is based on a descriptive-analytical method, show that according to the narrations in jurisprudence and the famous opinion of jurists, the origin of the guarantor's recovery to the principal is the damage caused by the guarantor's payment of the debt. In addition, before the debt is paid, the guarantor's damages are not certain, and therefore are not subject to the rule of no-harm as the basis for the guarantor's right of recovery. From a legal perspective, the arguments of those in favor of the right of recovery are flawed. On the one hand, the Article 712 cannot be relied upon, because the guarantor's recovery after debt inheritance was not without consideration, but after debt donation, it is absence of consideration and without incurring any loss. On the other hand, due to the lack of joint and several liability and the loss of the creditor's right of recovery to the principal, the debt donation will not give the guarantor, as the transferee, the right of recovery, therefore, the provision of the second part of Article 321 on usurpation is also not applicable. Also, the guarantor's right of recovery means increasing her assets, which is contrary to the purpose of legislating guarantees in jurisprudence and civil law. Because Article 709 considers the condition of recovery to be a loss resulting from the payment of debt.

Key words

release, right of recovery, guarantor, principal, debt donation