

زمان رجوع ضامن به مضمون عنه در حقوق مدنی ایران و فرانسه

محمد ابوعطا^۱

چکیده

در حقوق مدنی ایران، ضامن پس از تأدیه دین و مشروط به اخذ اذن ضمانت از مضمون عنه، حق دارد به او مراجعه کند. اما حسب بخش دوم ماده ۷۰۹ ق.م. ضامن، در شرایطی خاص، قبل از ادای دین نیز می‌تواند به مضمون عنه رجوع کند. در حقوق مدنی فرانسه، ضامن در کنار مضمون عنه، موظف به پرداخت دین است مگر اینکه با اعمال حقی خاص، طلبکار را ناچار از رجوع به مدیون اصلی کند. در غیر این صورت، در پی رجوع طلبکار به ضامن، او باید از عهده دین ضمانت شده برآید و البته متعاقباً حق رجوع به مضمون عنه را دارد. در عین حال، حسب مواد ۲۰۳۲ و ۲۰۳۹ قانون مدنی فرانسه ضامن، در مواردی حصری، قبل از ادای دین نیز می‌تواند به مضمون عنه مراجعه کند. به نظر می‌رسد حکم بخش اخیر ماده ۷۰۹ قانون مدنی ایران مقتبس از بند سوم ماده ۲۰۳۲ قانون مدنی فرانسه بوده و البته از جهتی، قابل نقد است.

کلیدواژه‌ها: دین، مضمون عنه، مضمون له، ضامن، رجوع.

۱- مقدمه

از جمله عقود معین مذکور در قانون مدنی ایران که احکام آن، علی‌الاصول، از فقه امامیه اتخاذ و در قالب مواد ۶۸۴ به بعد قانون تدوین شده است، عقد ضمان است. با انعقاد این قرارداد میان طلبکار (مضمون‌له) از یک‌سو و شخصی (ضامن) که دین بدهکار (مضمون‌عنه) را بر عهده گرفته است، رابطه حقوقی طلبکار و مدیون اصلی قطع شده و دین بر ذمه ضامن مستقر می‌شود. به‌طور معمول، این انتقال و جابه‌جایی دین، همراه با قصد تبرع نیست و به تعبیر دیگر، ضامن، بنا ندارد دین دیگری را تقبل کرده و از محل اموال خود ادا کند بی‌آنکه بتواند معادل دین ضمانت‌شده را از مضمون‌عنه مطالبه کند. در خصوص رجوع ضامن به مضمون‌عنه، نویسندگان قانون مدنی، در بخش نخست ماده ۷۰۹ قانون، با اتکای به فقه امامیه، این حق را پس از پرداخت دین، محقق دانسته‌اند اما در مورد شرط فقهی دیگر تحقق این حق یعنی اذن مضمون‌عنه به وقوع ضمان، آشکارا سکوت اختیار کرده‌اند. در عین حال، در بخش دوم ماده مرقوم، فرض خاصی پیش‌بینی شده که حسب آن، ضامن می‌تواند قبل از ادای دین و بی‌آنکه هنوز مبلغی از بابت وفای به مفاد عقد و خسارتی از جهت تأدیه دین دیگری متحمل شده باشد، به مضمون‌عنه رجوع کند. حکمی قانونی که در منابع فقه امامیه، فاقد هرگونه سابقه روشن و قاطع است. بنابراین این پرسش مهم نیز به میان می‌آید که با وجود بنیان فقهی سایر احکام ضمان عقدی، مبنای حکم اخیر چیست و از منظر حقوقی چگونه قابل توجیه است. مقاله حاضر به بررسی موضوعات فوق اختصاص یافته و منبع و مبنای حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه در دو مقطع زمانی قبل و بعد از ادای دین به مضمون‌له مورد تحلیل قرار گرفته است. ضمناً به‌منظور غنای هرچه بیشتر مطالعه و تدقیق در ریشه برخی احکام قانون، مباحث مطروح در حقوق مدنی ایران، در حقوق مدنی فرانسه نیز دقیقاً و با ذکر مستندات قانونی، رویه محاکم و دکترین، موضوع تحقیق و بررسی تطبیقی قرار گرفته است.

۲- واژه‌شناسی و مفاهیم

از منظر فقه امامیه، واژه ضمان مشتق از «ضمن» است زیرا در اثر آن، مالی که در ذمه

شخصی است، در ضمن ذمه دیگری قرار می‌گیرد و مفید نقل ذمه است یا بدین اعتبار که ذمه ضامن، متضمن حق (دین) می‌شود. در واقع، از این دیدگاه، حرف «ن»، جزء حروف اصلی لفظ است. اما از دیدگاه فقه عامه، ضامن، مشتق از «ضم» است و حرف «ن» در آن زائد است. بنابراین، این واژه، مفید ضم ذمه به ذمه بوده و مبین اشتراک دو ذمه است (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۶، ص ۱۱۳). در اصطلاح فقه امامیه، در تعریفی مشهور از ضامن گفته‌اند: «هو عقد شرع للتعهد بمال او نفس». بر حسب این تعریف، ضامن را در معنای عام و خاص به کار می‌برند. در معنای عام، شامل کفالت (تعهد به نفس) و حواله و ضامن (تعهد به مال) است. در عین حال، گروهی بر آن هستند که استعمال لفظ ضامن در مفهوم حواله و کفالت، استعمال مجازی است نه حقیقی. اما در معنای خاص، فقط خود عقد ضامن را در بر می‌گیرد (همان، ص ۱۱۴). در تعریفی موجز از ضامن گفته‌اند: «هو التعهد بمال لآخر» (سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۱۰). برخی نیز در توصیف ضامن، به تبیین اثر آن پرداخته و چنین اشعار می‌دارند: «هو النقل المال من ذمه المضمون عنه الی ذمه الضامن للمضمون له» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۸۲). در مقام تدوین قانون مدنی، ظاهراً همه این گونه اقوال، مدنظر قرار داشته است چه مقنن با بیانی کلی، در ماده ۶۸۴، عقد ضامن را چنین معرفی می‌کند: «عقد ضامن عبارت است از اینکه شخصی، مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده گیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند». ماده ۶۹۸ نیز در تکمیل ماده مرقوم اشعار می‌دارد: «بعد از اینکه ضامن به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود». بدین ترتیب، در حقوق مدنی ایران، به تبع فقه امامیه^۱، اثر ضامن، انتقال مال موضوع دین، از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن (نقل ذمه) و بری شدن مضمون عنه یا مدیون اصلی در برابر مضمون له (طلبکار) است.

مواد ۲۰۱۱ تا ۲۰۴۳ قانون مدنی فرانسه، به تبیین احکام «عقد ضامن»^۲ اختصاص

۱- «مع تحقق الضامن، ينتقل المال الی ذمه الضامن و یبرأ المضمون عنه و تسقط المطالبه عنه»: محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۳۵۵- نیز رک: شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴۱۴، ص ۴۱۸- علامه حلی، ۱۴۲۰، ص ۵۵۸

یافته است. البته هرچند ماده ۲۰۱۱ قانون مذکور، نه به‌عنوان یک قرارداد، بلکه از موضع ضامن، عقد ضمان را تعریف می‌کند^۱ اما به‌وضوح می‌توان مفهوم این عقد را از ماده مذکور استنباط کرد. بر همین اساس در توصیف ضمان گفته‌اند: «عقدی است که به‌موجب آن، ضامن تعهد در مقابل طلبکار ملتزم می‌شود در صورت عدم وفای به عهد از سوی مدیون، تعهد را انجام دهد. (Vocabulaire juridique, 1996, p121). بدین‌سان و به شرحی که خواهیم دید، اثر اصلی عقد ضمان در حقوق مدنی فرانسه، انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن نیست بلکه ذمه ضامن، به نوعی، وثیقه دین به شمار می‌رود. لازم به ذکر است که در مقررات قانون مدنی فرانسه، برای اشاره به «مضمون‌له» و «مضمون‌عنه»، به ترتیب از همان الفاظ شایع «طلبکار»^۲ و «مدیون»^۳ یا «مدیون اصلی»^۴ استفاده می‌شود اما ضامن با اصطلاحی خاص (کوسیون)^۵ کراراً مورد اشاره قرار گرفته است. در عین حال، در حقوق مدنی فرانسه، به‌ویژه در فرض تعدد ضامن‌های یک دین (خواه تضامنی یا غیر تضامنی)، واژه‌ای دیگر^۶ نیز در معنای ضامن، نسبتاً شایع است (simler, 1991, n8).

۳- امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه پس از ادای دین

۳-۱- فقه امامیه

در منابع فقه امامیه، قول مشهور آن است که ضامن، پس از ادای دین ضمانت‌شده به مضمون‌له، حق دارد به مضمون‌عنه رجوع کرده و معادل آنچه را که پرداخته و به تعبیر شهید ثانی در شرح لمعه (۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۳۰) غرامت کشیده است از او دریافت کند. البته این حق، در صورتی برای ضامن تحقق یافته و قابل اعمال است که وی با اذن مدیون، از او در قبال طلبکار ضمانت کرده و دین را بر ذمه گرفته باشد هر چند که در زمان تأدیه، ماذون

1 - Art.2011«celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même»

2 - Créancier

3 - Débiteur

4 - Débiteur Principal

5 - Caution

6 - Cofidejusseur

از مضمون عنه نباشد (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۸۲ - خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۸۲ - عاملی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۱۸۹ - صاحب جواهر، بر این قول، ادعای اجماع کرده است: جواهرالکلام، ۱۳۶۵، ج ۲۶، ص ۱۳۲ و ۱۳۴). برخی از فقها نیز با تفصیل بیشتر، صورت‌های اذن مضمون عنه به ضامن و تأدیه را مجموعاً و منطفاً در چهار حالت تصور کرده ولی در نهایت به همان نتیجه رسیده‌اند (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۲۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۲۴). در عین حال، یکی از اندیشمندان متأخر فقه امامیه، مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (صاحب عروه)، به جمع‌آوری و نقل همه اقوال موجود در این زمینه پرداخته که به شرح زیر است:

الف) قبل از ادای دین به مضمون له، ضامن، حق رجوع به مضمون عنه را ندارد چرا که اشتغال ذمه مضمون عنه در برابر ضامن، بعد از ادای دین به طلبکار و به میزان غرامتی است که ضامن در این راه متحمل می‌شود.

ب) با تحقق ضمان، مضمون عنه در مقابل ضامن، مشغول‌الذمه است اما به شرط ادای دین از سوی ضامن به طلبکار. به عبارت دیگر، تأدیه دین به وسیله ضامن، کاشف از اشتغال ذمه مضمون عنه در برابر ضامن از زمان عقد است.

ج) هرچند به مجرد وقوع ضمان، ذمه مضمون عنه در مقابل ضامن مشغول می‌شود اما جواز مطالبه غرامت از او، منوط به ادای دین از سوی ضامن به مضمون له است.

د) با وقوع ضمان، ذمه مضمون عنه در برابر ضامن مشغول شده و قابل مطالبه نیز هست و تأدیه یا عدم تأدیه دین به مضمون له، تأثیری در اشتغال ذمه ابتدایی مضمون عنه در مقابل ضامن به جای نمی‌گذارد.

از میان اقوال فوق، وی، قول دوم و سوم را مردود می‌داند. قول چهارم را منطبق با قاعده دانسته و در توجیه آن می‌گوید، با وقوع ضمان، ذمه ضامن در برابر مضمون له مشغول می‌شود و طبعاً در مقابل، ذمه مضمون عنه نیز باید در برابر ضامن مشغول باشد. اما وی می‌افزاید که این نظر، به دلیل وجود اجماع و خبر مخالف، از جانب فقها پذیرفته نشده است. در نهایت، وی نیز هماهنگ با قول مشهور، معتقد است که اشتغال ذمه مضمون عنه نسبت

به ضامن، بعد از ادای دین به طلبکار ایجاد شده و از این زمان است که ضامن می‌تواند معادل آنچه را که تأدیه کرده است، از مدیون اصلی وصول کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۷).

۳-۲- حقوق مدنی ایران

به موجب ماده ۷۰۹ ق.م، «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از ادای دین.....». پس با اتکای به فقه امامیه در قانون مدنی نیز قاعده آن است که قبل از پرداخت دین ضمانت‌شده به مضمون‌له، ضامن از حق رجوع به مضمون‌عنه محروم است. اما در خصوص اثر اذن مدیون اصلی به وقوع ضمان در امکان رجوع ضامن به او پس از تأدیه دین به طلبکار، قانون مدنی حاوی حکم صریحی نیست. ممکن است از ماده ۷۰۲ قانون که اشعار می‌دارد: «ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده است، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد» مفهوم مخالف گرفت و با جمع آن با ماده ۷۰۹ قانون چنین گفت که امکان مراجعه ضامن به مضمون‌عنه، صرفاً منوط به تأدیه دین به مضمون‌له و عدم قصد تبرع ضامن در مقام وقوع عقد ضمان است اما اذن مضمون‌عنه، نقشی در حق رجوع بعدی ضامن به او ندارد. به عبارت دیگر، قانون‌گذار با تبیین احکام ضمان، در مقام بیان بوده و اگر علاوه بر ادای دین، به نقش اذن مدیون اصلی در تحقق حق رجوع بعدی ضامن نیز نظر داشت، این حکم را صریحاً در قانون مقرر می‌کرد. پس سکوت مقنن را باید سکوت در مقام بیان دانست و به اطلاق قانون از این حیث عمل کرد. این استدلال، هرچند در ظاهر قوی به نظر می‌رسد اما در واقع مردود است چه همان‌گونه که در شماره قبل گفته شد بر اساس قول مشهور فقهای امامیه که حتی صاحب‌جوهر بر آن ادعای اجماع کرده است، ضامن پس از تأدیه دین و به شرطی که ضمان با اذن مضمون‌عنه واقع شده باشد می‌تواند برای دریافت آنچه به مضمون‌له داده است به مدیون اصلی رجوع کند. بنابراین نمی‌توان به آسانی گفت که نویسندگان قانون مدنی در مقام تدوین احکام قانون از آن فتوا عدول کرده‌اند. از سوی دیگر، با وقوع ضمان، ضامن، دین دیگری را تقبل کرده و می‌پردازد. پس رابطه حقوقی او با مدیون، یکی از مصادیق برجسته پرداخت دین دیگری از جانب غیر مدیون است. به موجب

قاعده مذکور در ماده ۲۶۷ ق.م: «ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون، اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او را دارد و الا حق رجوع ندارد». به عبارت دیگر، آنچه مبنای جواز رجوع به مدیون می‌شود، اذن او به ایفای تعهد است نه قصد بیگانگی که دین را تأدیه می‌کند. قصد تبرع، پرداخت کننده را از امکان مراجعه به مدیون محروم می‌کند اما قصد رجوع، فی نفسه، حقی به او اعطاء نمی‌کند. به تعبیر اصولی یکی از اندیشمندان حقوق ایران، در خصوص احکام فوق، منطوق ماده ۲۶۷ با مفهوم مخالف ماده ۷۲۰ تعارض دارد و چون دلالت منطوق بر اراده مقنن بیش از مفهوم است، ماده ۲۶۷ حکومت دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۴۸).

۳-۳- حقوق مدنی فرانسه

۳-۳-۱- توصیف عقد ضمان در قانون مدنی فرانسه

به موجب ماده ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه: «کسی که ضامن تعهد می‌شود، در برابر طلبکار ملتزم می‌شود آن تعهد را انجام دهد اگر خود مدیون آن را به انجام نرساند». از ظاهر این ماده چنین استنباط می‌شود که اثر ضمان مطلق در حقوق مدنی فرانسه، نقل ذمه به ذمه و حتی ضم ذمه به ذمه نیست بلکه ذمه ضامن در طول ذمه مضمون عنه قرار می‌گیرد و شرط وصول طلب از ضامن، رجوع ابتدایی مضمون له به مضمون عنه و عدم وفای به عهد از سوی او است. اکنون باید دید آیا این استنباط با مفاد سایر مقررات ضمان در قانون مدنی فرانسه قابل جمع است.

طبق ماده ۲۰۲۱ ق.م «ضامن در برابر طلبکار ملزم به پرداخت نیست مگر در صورت عدم انجام تعهد از سوی مدیون که [به درخواست ضامن] باید بدو اموال او توقیف و فروخته شود مگر اینکه ضامن از این حق صرف نظر کرده یا اینکه با مدیون اصلی متضامناً متعهد باشد که در این صورت، اثر التزام بر طبق اصول مقرر برای دیون تضامنی تعیین می‌شود». ماده ۲۰۲۲ ق.م نیز در ادامه اشعار می‌دارد: «طلبکار ملزم نیست اموال مدیون را توقیف کرده و بفروشد مگر اینکه ضامن در اولین تعقیب به عمل آمده علیه او، خواستار آن شود». حسب مواد مذکور، مضمون له، در مقام وصول طلب می‌تواند به هر کدام از مضمون عنه یا

ضامن رجوع کند اما در صورت مطالبه از ضامن، وی می‌تواند نسبت به اعمال حق قانونی خویش (Benefice de discussion) اقدام کند. (simler,1991,n84). به موجب این امتیاز که صرفاً برای ضامن مقرر شده است و مضمون‌عنه از آن بی‌بهره است، ضامن می‌تواند در برابر رجوع مضمون‌له، از او بخواهد که بدو طلب خویش را از محل توقیف و فروش اموال مضمون‌عنه استیفاء و وصول کند (Vocabulaire juridique,2002,p99). البته ماده ۲۰۲۳ قانون نیز در تکمیل ماده فوق مقرر می‌دارد: «ضامنی که خواستار توقیف و فروش اموال مدیون به‌وسیله طلبکار است باید اموال مدیون اصلی را به طلبکار معرفی کرده و هزینه کافی برای روند مذکور را بپردازد...». بدین‌سان در مورد «ضمان ساده»^۱، با رعایت ضوابط مقرر در ماده ۲۰۲۲ و ۲۰۲۳ قانون مدنی، دعوی مطروح از سوی مدیون اصلی علیه ضامن، به حالت تعلیق درآمده و قابل تعقیب نیست (they,2002,n62). اما تدابیر تأمینی (از جمله تأمین خواسته) اتخاذشده از سوی طلبکار تا حدی که قبل از اقامه دعوی وصول طلب نیز قابل انجام بوده است ابقاء می‌گردد (simler,1991,n484). اما در صورتی که ضامن در مقابل رجوع مضمون‌له به او، از اعمال حق خود صرف‌نظر کرده (ماده ۲۰۲۲) یا به ترتیب مذکور در ماده ۲۰۲۳ عمل نکند، باید شخصاً از عهده دین ضمانت‌شده برآید. البته حسب مستفاد از ماده بخش اخیر ماده ۲۰۲۱ قانون، در صورتی هم که ضمان از نوع تضامنی^۲ باشد، ضامن، در هر حال باید دینی را که ضمانت کرده است پرداخت کند و نمی‌تواند از مضمون‌له بخواهد که برای وصول طلب خود بدواض به مضمون‌عنه رجوع کرده و از محل توقیف و فروش اموال او، حق خود را استیفاء کند. در واقع ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی فرانسه در مورد دیون تضامنی، به‌عنوان قاعده چنین مقرر می‌دارد: «هنگامی از جانب مدیونین، تضامن وجود دارد که آنها به یک چیز متعهد شده باشند به نحوی که هر کدام را بتوان برای تمام [دین] ملزم نمود و پرداخت انجام شده از سوی هر کدام، دیگران را در برابر طلبکار بری می‌کند». ماده ۱۲۰۳ نیز در متمم ماده مرقوم تصریح می‌کند: «طلبکار تعهدی که به گونه تضامنی واقع شده است می‌تواند به هر کدام از مدیونین که مایل است رجوع کند...».

1 - Cautionment Simple

2 - Cautionment Solidaire

۳-۳-۲- حق رجوع ضامن به مدیون اصلی پس از ادای دین

ضامن، پس از پراخت دین ضمانت شده به طلبکار، از حق رجوع به مدیون اصلی برخوردار است. «رجوع شخصی»^۱ که ماده ۲۰۲۸ ق.م. به تبیین آن پرداخته و مبتنی بر رابطه حقوقی ضامن با مضمون عنه به شمار می‌رود و «رجوع مبتنی بر قائم‌مقامی»^۲ که در ۲۰۲۹ به آن اشاره شده و مبتنی بر پرداخت طلب مضمون له به وسیله ضامن است (they, 1998, n 66 et sui). به موجب ماده ۲۰۲۸ ق.م «ضامنی که [دین را] پرداخته است از حق رجوع به مدیون اصلی برخوردار است، خواه ضامن با آگاهی یا عدم آگاهی مدیون واقع شده باشد. این [حق] رجوع، هم شامل اصل دین و هم بهره و هزینه‌ها می‌شود. ضامن همچنین از حق رجوع برای خسارات، اگر محقق شده باشد برخوردار است». ماده ۲۰۲۹ نیز چنین اشعار می‌دارد: «ضامنی که دین را پرداخته است در مورد تمام حقوقی که طلبکار در قبال مدیون اصلی دارد، قائم‌مقام او می‌شود». مراجعه ضامن به مضمون عنه به قائم‌مقامی مضمون له، در واقع، مبتنی بر حکم ماده ۱۲۵۱ ق.م است. پس از اینکه ماده ۱۲۴۹ ق.م به طور کلی اشعار می‌دارد: «قائم‌مقامی در حقوق طلبکار، به نفع شخص ثالثی که [دین را] به او می‌پردازد، قراردادی یا قانونی است» ماده ۱۲۵۰، موارد دو گانه قائم‌مقامی قراردادی را تشریح می‌کند و ماده ۱۲۵۱ قانون مقرر می‌دارد: «قائم‌مقامی قهراً محقق می‌شود: ۱-.....-۲-..... و ۳- به نفع کسی که چون با دیگران یا برای دیگران ملزم به پرداخت دین است، در ادای آن ذی‌نفع می‌باشد». در همین راستا، رأی مورخ ۲۳ اکتبر ۱۹۸۴ صادره از شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه، پرداخت دین تضامنی از سوی یکی از مدیون‌های آن را منطبق با ماده مرقوم دانسته (cite par:code civil,p1251) همچنین حقوق دانان فرانسوی، قائم‌مقامی مذکور در ماده ۲۰۲۹ ق.م را از مصادیق قاعده کلی قائم‌مقامی مذکور در ماده ۱۲۵۱ به شمار می‌آورند (simler, 1991, n551).

رجوع ضامن به مضمون عنه به قائم‌مقامی مضمون له، دارای این حسن است که ضامن

1 - Rocours Personnel

2 - Rocours Subrogatoire

می‌تواند از تمام وثیقه‌های قانونی و قراردادی طلب منتقل شده به او بهره برده و حتی به مدیون‌های تضامنی طلب نیز رجوع کند. منتها این در این روش، ضامن فقط می‌تواند معادل آنچه را که به مضمون‌له پرداخته است از مضمون‌عنه یا از محل وثائق وصول کند. اما در صورت رجوع شخصی و اقامه دعوا بر اساس ماده ۲۰۲۸ ق.م. ضامن می‌تواند نه تنها معادل مبلغی که به‌عنوان اصل طلب به مضمون‌له پرداخت کرده است بلکه وجوه و متفرعات دیگر مذکور در ماده ۲۰۲۸ از جمله بهره قانونی همچنین هزینه‌هایی را که در قبال مضمون‌له متقبل شده (به‌ویژه برای اعمال حق *benefice de discussion*) یا برای وصول غرامت خود از مضمون‌عنه صرف کرده است از وی دریافت کند (op.cit, n.n 525.549). لازم به ذکر است که از دیدگاه حقوق‌دانان فرانسوی، ضامن می‌تواند از هر دو طریق و در واقع با طرح هم‌زمان هر دو دعوی مذکور، نسبت به استیفای حقوق خود اقدام کند (Malaurie et n209, 1988, Aynes) و رویه عملی نیز به همین ترتیب مستقر شده است (Thery, 1991, n69) منتها، در هر حال، ضامن بیشتر از مجموع آنچه که به‌موجب مواد ۲۰۲۸ و ۲۰۲۹ در برابر مضمون‌عنه مستحق است، دریافت نخواهد کرد (Marty, Raynaud, 1987, n609, et Jestaz).

۴- امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از ادای دین

۴-۱- دیدگاه فقه امامیه

گفته شد که طبق قول مشهور فقهای امامیه، ضامن پس از ادای دین به مضمون‌له و البته مشروط بر اینکه عقد با اذن مضمون‌عنه واقع شده باشد، دارای حق مراجعه به مضمون‌عنه است. اما در خصوص امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از ادای دین، تا آنجا که در منابع فقه امامیه تتبع به عمل آمد، فتوایی که این امر را صریحاً مجاز و مشروع بدانند ملاحظه نشد. تنها یکی از متأخرین، این رجوع را از باب قول اظهر، مورد اشاره قرار داده است (سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۱۲). در عین حال، مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی در عروه الوثقی، موضوع را نه از جانب ضامن بلکه از منظر مضمون‌عنه بررسی کرده و بر آن است که اگر قبل از اینکه ضامن، دین را به مضمون‌له تأدیه کند،

مضمون عنه مالی به او بدهد، رابطه حقوقی آنها در دو فرض کلی قابل تصور و تحلیل است:

الف- مال از سوی مضمون عنه به امانت به ضامن داده شود تا بعد از ادای دین به طلبکار، معادل غرامت خود از آن استیفاء کند. در این فرض، مال بدون اشکال، در ید ضامن امانت است و جز در صورت تعدی و تفریط، مسئول آن نمی‌باشد.

ب- مال به‌عنوان وفای به عهد به ضامن تسلیم شود که البته این فرض، خود در حالات زیر قابل تفکیک است:

- ذمه مضمون عنه از زمان وقوع عقد ضمان، در قبال ضامن مشغول است اما مضمون عنه ملزم نیست قبل از ادای دین، مالی به ضامن بدهد. به عبارت دیگر، در صورت انجام این کار به اختیار مضمون عنه، وفای به عهد به درستی انجام شده است.

- پرداخت دین از سوی ضامن به مضمون له، کاشف از اشتغال ذمه مدیون اصلی در برابر ضامن از لحظه وقوع ضمان است. بنابراین، تأدیه پیشاپیش مضمون عنه به ضامن، با فرض پرداخت بعدی ضامن به طلبکار، ادای دین و وفای به عهد محسوب می‌شود.

- ذمه مضمون عنه بعد از تحقق ضمان، در قبال ضامن مشغول نمی‌شود مگر بعد از تأدیه دین از سوی ضامن به مضمون له. بنابراین، در این صورت که منطبق با قول مشهور فقهای امامیه است، پرداخت پیشاپیش مالی از سوی مضمون عنه به ضامن، به‌عنوان وفای به عهد صحیح نبوده و در واقع، مال در دست ضامن، در حکم مقبوض به عقد فاسد است. در نتیجه بعد از ادای دین از جانب ضامن به مضمون له، ضامن نمی‌تواند مالی را که قبلاً از مدیون گرفته است، بابت غرامت خود احتساب کند مگر با اذن جدید از جانب مضمون عنه یا قطعیت و جزم ضامن به بقای او به اذن خود (۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۹). با توجه به آنچه گفته شد، از دیدگاه فقه امامیه، ضامن در هر حال، قبل از ادای دین ضمانت شده به مضمون له، از حق رجوع به مضمون عنه محروم است.

۴-۲- دیدگاه قانون مدنی فرانسه

با وجود اینکه طبق مواد ۲۰۲۸ و ۲۰۲۹ قانون مدنی فرانسه، علی الاصول، ضامن پس

از ادای دین به طلبکار می‌تواند به مدیون اصلی رجوع کند، در مواد ۲۰۳۲ و ۲۰۳۹ قانون، در مواردی حصری، ضامن مجاز دانسته شده تا قبل از پرداخت دین نیز به مدیون اصلی مراجعه کند. به موجب ماده ۲۰۳۲: «ضامن، حتی قبل از اینکه [دین را] پرداخت کند می‌تواند علیه مدیون به منظور جبران خسارت خود اقدام کند:

۱- هنگامی که او [ضامن] به منظور تأدیه [دین] در دادگستری تعقیب شود.

۲- هنگامی که مدیون، ورشکسته شده یا در حال اعسار باشد.

۳- هنگامی که مدیون ملتزم شده باشد در مدتی معین، برائت [ذمه] او را تحصیل کند.

۴- هنگامی که دین در اثر انقضای مهلتی که با توجه به آن مورد توافق قرار گرفته بوده، قابل مطالبه شود.

۵- در پایان ده سال، هنگامی که تعهد اصلی، موعد انقضای مشخص نداشته باشد مگر اینکه تعهد اصلی همانند [تعهد] قیومت، دارای ماهیتی باشد که بتواند قبل از زمانی معین ساقط شود.

ماده ۲۰۳۹ نیز اشعار می‌دارد: «صرف تمدید مهلت [دین] که از سوی طلبکار به مدیون اصلی اعطا شده است، ضامن را بری نمی‌کند بلکه در این صورت، وی می‌تواند، مدیون را به منظور الزام به پرداخت تعقیب کند».

حقوق دانان فرانسوی، مبنای رجوع نامتعارف مذکور در مواد فوق را که به دلیل عدم پرداخت دین به مضمون له و مالاً عدم انتقال طلب به ضامن، مبتنی بر قائم‌مقامی نیست بلکه با عنایت به نوع رابطه حقوقی ضامن و مدیون اصلی، رجوعی شخصی به شمار می‌رود، در اقتضای انصاف دیده‌اند. چه، از منظر نویسندگان قانون مدنی فرانسه، ضامن، اصولاً، به‌عنوان عقد و خدمتی رایگان میان نزدیکان و دوستان تلقی می‌شده است. بنابراین، هرچند این خدمت به نفع مضمون له بوده، اما در رابطه میان ضامن و مدیون اصلی نیز باید آثار آن با اندیشه لزوم حمایت از ضامن و تا حد امکان به نفع وی، سبک و خفیف شود. از جمله و به‌ویژه اینکه امکان رجوع هر چه زودتر ضامن به مدیون اصلی فراهم گردد (Malaurie et)

(Aynes, 1987, n161).

در خصوص موضوع رجوع و اقدام ضامن علیه مضمون عنه، در حقوق مدنی فرانسه، دو گرایش عمده وجود دارد:

الف- طبق دیدگاه اول که بر تفسیر ادبی و لفظی مواد ۲۰۳۲ و ۲۰۳۹ مبتنی است، ضامن می‌تواند با مراجعه به مدیون اصلی و حسب مورد، اقامه دعوی جبران خسارت یا الزام به تأدیه علیه او، معادل مبلغ دین ضمانت‌شده را از او وصول کند. البته این نظر، در دکترین، طرفدار چندانی نداشته و از حیث سوابق قضایی نیز آرائی محدود از جمله رأی مورخ ۲ مارس ۱۹۷۱ دادگاه پاریس در تأیید آن صادر شده است (Thery, 1988, n77).

ب- در مقابل، اغلب اندیشمندان حقوق مدنی فرانسه، با نقد ماده ۲۰۳۲ و ۲۰۳۹ (که البته حکم ماده ۲۰۳۹ با مورد مذکور در بند ۴ ماده ۲۰۳۲ بی‌ارتباط نیست)، معتقدند که تا قبل از تأدیه دین از سوی ضامن به طلبکار، ضامن، واقعاً خسارتی ندیده است تا بابت جبران یا اخذ معادل آن، بتواند به مضمون عنه رجوع کند. از سوی دیگر، مضمون عنه می‌تواند به‌جای پرداخت پیشاپیش به ضامن، دین خود را به به طلبکار پرداخت کرده و بدین‌سان، دین و حق رجوع ضامن را ساقط کند. از این منظر، باید از تفسیر لفظی مواد ۲۰۳۲ و ۲۰۳۹ دست کشید و حداکثر حقی که بر اساس احکام فوق، می‌توان برای ضامن به رسمیت شناخت، اتخاذ تدابیر تأمینی مانند اخذ ضامن یا وثیقه و یا تأمین خواسته از اموال او (معادل دین) است (Ibid- Marty, Raynaud et Jestaz, 1988, n600 - Malaurie et Aynes, 1987, n580 - Simler, 1991, n 222). البته پاره‌ای از احکام دیوان کشور فرانسه نیز مؤید همین اندیشه است. به‌موجب رأی مورخ ۱ دسامبر ۱۹۹۳ شعبه اول مدنی دیوان کشور «مقررات ماده ۲۰۳۲ ق.م که به‌منظور افزایش تضمین‌های ضامن مقرر شده است، از سوی طلبکار قابل استناد نیست». همچنین بر طبق رأی مورخ ۱ فوریه ۱۹۷۷ شعبه اول تجاری دیوان کشور «ضامنی که از سوی طلبکار، طرف دعوا قرار گرفته و اموالش مورد تأمین واقع شده است، می‌تواند قبل از پرداخت دین به او، علیه مضمون عنه اقدام کرده و به همان ترتیب اموال او را توقیف کند» (cite par: code civil, p2032).

ذکر این نکته لازم است که از دیدگاه دکترین، ماده ۲۰۳۲ قانون مدنی فرانسه، حکمی متروک بوده و عملاً جز در مورد ورشکستگی مدیون اصلی اجرا نمی‌شود. در این فرض نیز رجوع پیشاپیش ضامن به مدیون اصلی، نه آن‌گونه که ماده ۲۰۳۲ (بند ۳) اشعار داشته است، برای جبران خسارت، بلکه به معنای اعلام طلب از سوی ضامن و ورود او در هیئت طلبکاران است (Thery, 1988, n78).

۴-۳- دیدگاه قانون مدنی ایران

به موجب ماده ۷۰۹ ق.م: «ضامن، حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از ادای دین ولی می‌تواند در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی براثت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد رجوع کند». در تحلیل و توجیه حقوقی حکم بند دوم ماده فوق گفته‌اند، «مبنای آن، التزام اضافی مضمون‌عنه در برابر ضامن بوده و اثر عقد ضمان نیست.» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۵۴). در جایی دیگر نیز چنین اظهارنظر شده که «این التزام مضمون‌عنه، ارتباطی به اثر متعارف ضمان ندارد و به همین جهت نباید آن را استثنایی بر قاعده رجوع ضامن پس از تأدیه به حساب آورد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۵۴). بدین‌سان مستنبط از ماده مرقوم اینکه التزام و تعهد شخصی مضمون‌عنه در قبال ضامن، منافاتی با اعمال قاعده کلی رجوع ضامن به مدیون اصلی ندارد. به عبارت دیگر، در صورت توافق خصوصی ضامن و مدیون اصلی به شرح ماده فوق، ضامن در برابر او دارای دو اختیار است. می‌تواند، حسب قاعده، بعد از ادای دین به مضمون‌له، معادل مبلغ پرداختی را از مدیون دریافت کند یا اینکه بر مبنای التزام شخصی مضمون‌عنه در قبال او، قبل از پرداخت دین به طلبکار، به مضمون‌عنه رجوع کرده و طبعاً معادل دین ضمانت‌شده را از او وصول کند. در فرض اخیر، از ظاهر قانون و استعمال تعبیر «تحصیل براثت مدیون در مدت معین»، چنین برداشت می‌شود که رجوع ضامن به مدیون اصلی، از باب امانت گرفتن معادل دین و احتساب آن به‌عنوان معادل غرامت خود بعد از ادای دین به مضمون‌له نیست بلکه بر اساس توافق خصوصی آنها، ضامن در مقام وصول طلب خود و متقابلاً مضمون‌عنه نیز در مقام وفای به عهد و التزام خویش در برابر ضامن است. منتها باید توجه داشت که حسب ماده

۶۹۸ قانون، بعد از وقوع ضمان، ذمه ضامن، تنها در برابر مضمون له مشغول بوده و برائت ضامن در این رابطه حقوقی، مشخصاً با پرداخت دین به مضمون له و سقوط طلب او محقق می‌شود خواه تأدیه از سوی ضامن (بند یک ماده ۷۰۹ ق.م) یا از سوی مضمون عنه (ماده ۷۱۷ ق.م) و یا هر شخص ثالث (ماده ۲۶۷ ق.م) انجام شده باشد. بنابراین، رجوع ضامن به مضمون عنه، بر اساس حکم بند ۲ ماده ۷۰۹ ق.م و دریافت معادل دین ضمانت شده از او، مبتنی بر مسئولیت قراردادی و التزام شخصی و اضافی مدیون اصلی در برابر ضامن است (ماده ۱۰ قانون مدنی) اما این امر، تا زمان ادای دین به مضمون له، سبب برائت ضامن از دینی که در قبال مضمون له داشته است نمی‌شود.

واقع آن است که حکم قسمت اخیر ماده ۷۰۹ قانون مدنی ایران، حکمی عاریتی و ترجمه لفظ به لفظ ماده ۲۰۳۲ (بند ۳) قانون مدنی فرانسه است که بدون عنایت کافی به عدم سازگاری الفاظ و مفاد آن با مفهوم و اثر ضمان در فقه امامیه و مآلا حقوق مدنی ایران، به دنبال قاعده کلی برائت ضامن و رجوع وی به مضمون عنه، در ماده ۷۰۹ گنجانده شده است. بنابراین بهتر آن بود که مقنن، به جای اقتباس صرف از قانون مدنی فرانسه و استعمال واژه برائت که در اصطلاح حقوقی، معنایی خاص دارد، پس از بیان قاعده کلی در صدر ماده ۷۰۹ ق.م، منظور خود را چنین مقرر می‌کرد: «... ولی می‌تواند در صورتی که مضمون عنه ملتزم شده باشد در مدتی معین، معادل دین را به او بپردازد و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند». این تعبیر، مقصود قانون‌گذار را به وضوح افاده می‌کند و در عین حال، از ابهام و تعارض ظاهری با دیگر احکام ضمان در قانون مدنی نیز به دور است.

۵- نتیجه‌گیری

در حقوق مدنی ایران که به تبع فقه امامیه، اثر عقد ضمان، نقل ذمه است، در صورتی که ضامن با اذن مضمون عنه، دین او را بر عهده گرفته باشد، می‌تواند بعد از ادای آن، به مضمون عنه رجوع کند. در حقوق فرانسه، اثر ضمان مطلق، نه نقل ذمه است و نه تضامن به معنای دقیق کلمه و مضمون له می‌تواند برای وصول طلب خود، به مضمون عنه یا ضامن رجوع کند منتها در صورت مراجعه به ضامن، وی می‌تواند با معرفی اموال مدیون اصلی به

طلبکار و تأمین هزینه‌های توقیف و فروش اموال مذکور، مضمون له را مجبور کند که بدو، برای وصول طلب خود، به مضمون عنه رجوع کند. در صورتی که ضامن به ترتیب فوق عمل نکند، ملزم است دین ضمانت شده را به طلبکار تأدیه کرده و البته متعاقباً به مدیون اصلی رجوع کند.

در حقوق مدنی ایران، رجوع ضامن به مضمون عنه پس از ادای دین، در رابطه حقوقی این دو تحلیل شده و به منظور دریافت غرامتی است که ضامن، بابت تحقق ضمان و ادای دین مضمون عنه به طلبکار، مستحق دریافت آن است. اما در حقوق مدنی فرانسه که آگاهی یا عدم آگاهی مضمون عنه، اثری در وقوع ضمان و اجرای قاعده رجوع ضامن به مضمون عنه پس از ادای دین ندارد، ضامن از دو حق رجوع شخصی و رجوع مبتنی بر قائم مقامی به مدیون برخوردار است ولی در هر صورت، بیشتر از آنچه به موجب قانون در قبال مضمون عنه مستحق است نمی‌تواند از او وصول کند.

از منظر فقه امامیه، ضامن قبل از ادای دین به مضمون له، حق رجوع به مضمون عنه ندارد. در حقوق فرانسه، حسب مواد ۲۰۳۲ و ۲۰۳۹ قانون مدنی، این رجوع خلاف قاعده در مواردی شش‌گانه مقرر شده است اما از دیدگاه اغلب اندیشمندان حقوق فرانسه و عمده آرای صادره در این خصوص، این جواز قانون، حداکثر برای اتخاذ تدابیر احتیاطی مانند اخذ وثیقه یا تأمین خواسته از اموال مضمون عنه است نه وصول مستقیم مال از او. در حقوق مدنی ایران نیز بخش دوم ماده ۷۰۹ قانون مدنی، این جواز را در موردی خاص پیش‌بینی کرده است. با توجه به فقدان سابقه فقهی و لحاظ ادبیات ماده مرقوم، به نظر می‌رسد، این حکم از بند ۳ ماده ۲۰۳۲ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده و صرف‌نظر از اینکه از جهت نحوه استعمال الفاظ و تبیین منظور مواد، قابل نقد است، از این حیث که در پاسخ به حسن نیت و لطف ضامن در تقبل دین غیر، امکان توافق ضامن با مضمون عنه و رجوع قبل از پرداخت دین را برای او پیش‌بینی کرده است، اقدام قانون‌گذار، درخور توجه و تقدیر است.

منابع

الف) فارسی

- ۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، *عقود اذنی و وثیقه‌های دین*، چاپ دهم، تهران، نشر میزان.
- ۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، *قانون مدنی در نظم کنونی حقوقی*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار.

ب) عربی

- ۱- بحرانی، یوسف، (۱۳۶۳)، *حدایق الناصره*، ج ۲۱، قم، جماعه المدرسین.
- ۲- حسینی سیستانی، سیدعلی، (۱۴۱۶)، *منهاج الصالحین*، ج ۲، چاپ اول، قم، چاپ ستاره.
- ۳- حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین، (۱۴۰۹)، *شرایع الاسلام*، ج ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات استقلال.
- ۴- حلی، حسن ابن یوسف، (۱۴۲۰)، *تحریر الاحکام*، ج ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه الامام‌الصادق.
- ۵- خوانساری، احمد، (۱۴۰۵)، *جامع المدارک*، ج ۳، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق.
- ۶- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰)، *منهاج الصالحین*، ج ۲، چاپ ۲۹، قم، نشر مدینه العلم.
- ۷- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، (۱۴۰۹)، *عروه الوثقی*، ج ۲، چاپ دوم، بیروت، موسسه الاعلمی.
- ۸- طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۲، قم، مکتبه الرضویه.
- ۹- عاملی، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۶)، *مسالك الافهام*، ج ۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ۱۰- _____، (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة*، ج ۴، چاپ اول، قم، انتشارات دآوری.
- ۱۱- نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۵)، *جواهر الکلام*، ج ۲۶، چاپ دوم، قم، مطبعه حیدری.

ج) فرانسه

- 1- *Code Civil Francais*, (2002), Dalloz.

- 2- Malaurie, philippe et Aynes, Laurant, (1988), *Les Suretes, 2 edition*, Cujas.
- 3-Marty, Gabriel et Raynaud, Pierre et Jestaz, Philippe, (1987), *Les surtes-La Publicite Fonciere*, 2 edition, Paris Sirey.
- 4- Simler, Pilippe, (1991), *Cautionnement et Garanties Autonomes*, 2 edition, paris, Edition Litec.
- 5- Thery, Philippe, (1988), *Suretes et Publicite Fonciere*, 2 edition, Press Universitaire de France.
- 6- *Vocabulaire Juridique*, (1996), publie sous la direction de Gerard Cornu, Press Universitaire de France.