

تأملی در قرائت‌های مختلف از مسئولیت تضامنی

احمد دیلمی^۱

چکیده

بحث از امکان عقلی و تحلیلی اشتغال ذمه‌ها یا عهده‌های متعدد به مال واحد که در ادبیات حقوقی با نام «مسئولیت تضامنی» شناخته می‌شود، از دیر باز در حلقه‌های فقهی و حقوقی مورد بحث قرار گرفته است. اهمیت این بحث از آنجا آشکار می‌گردد که اگر مانعی ثبوتی و عقلی در مقابل چنین نهادی وجود داشته باشد، در مرحله اثبات و تفسیر ادله فقهی و قانونی ناگزیر باید دلایل احتمالی را به معنای دیگری تأویل کرد. حتی برخی دلیل نظریه شیعه در باب ماهیت ضمان قراردادی را مبتنی بر این بحث دانسته‌اند. در بین فقیهان شیعه سه رویکرد عمده در این باب مشاهده می‌شود: برخی با تفسیرهای مختلف از امکان مسئولیت‌های علی‌البدل عرضی دفاع می‌کنند؛ در مقابل عده‌ای دیگر، به هیچ روی امکان عقلی مسئولیت تضامنی عرضی را نپذیرفته و سعی در اثبات عقلی آن در قالب مسئولیت‌های علی‌البدل طولی دارند؛ و گروهی دیگر هر دوی آنها را عقلاً ممکن می‌دانند. تفسیرهایی نیز در این باره از سوی حقوقدانان ارائه شده است که ناتمام می‌نماید.

واژه‌های کلیدی: مسئولیت تضامنی، تضامن عرضی، تضامن طولی، عهده، ذمه.

۱- استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه قم

Ahmad.deylami@gmail.com & A-Deylami@Qom.ac.ir

مقدمه

پذیرش مسؤولیت تضامنی^۱ در حوزه‌های مختلف روابط حقوقی، به صورت امری متعارف و اجتناب‌ناپذیر درآمده است. این امر در قلمرو حقوق مدنی در قرارداد ضمان، مسؤولیت قراردادی و در مسؤولیت‌های غیرقراردادی رایج است (رک. کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۴-۲۱۴؛ و همان، ۱۳۷۹: ۲، ۹۳-۱۰۱). در حقوق تجارت نیز مسؤولیت تضامنی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. این رژیم مسؤولیتی، بویژه، در حقوق شرکت‌های تضامنی و مختلط مورد توجه قرار گرفته است. همچنین در حقوق اسناد تجاری، اصل مسؤولیت تضامنی در کنار اصل تجربیدی بودن اسناد تجاری و اصل غیرقابل استماع بودن ایرادات، از اصول مهم حاکم بر روابط حقوقی ناشی از اسناد تجاری است (رک. ستوده، ۱۳۷۸: ج ۳، ۵۶-۶۶؛ اسکینی، ۱۳۷۴: ج ۴، ۱۴۵-۱۵۵).

قبل از طرح مباحث عملی و کاربردی مربوط به مسؤولیت تضامنی، از دیرباز این پرسش عقلی و فلسفی مطرح بوده است که آیا از جهت عقلی و با صرف‌نظر از آنچه قانون‌گذار عرفی یا شارع مقدس مقرر کرده است، امکان تحقق و تصویر منطقی مسؤولیت تضامنی وجود دارد؟ اگر چه عالم واقعیت‌های حقوقی، جهان اعتباریات است، ولی آیا در همین عالم، حقیقت مسؤولیت تضامنی قابل تحقق است؟ منشأ طرح پرسش مذکور این است که گفته می‌شود: درعالم اعتبار «عهده» درحکم مکان خارجی است که مال در آن قرار می‌گیرد؛ با این تفاوت که چون عهده امری اعتباری است، از گستره‌ای برخوردار است که می‌توان هر امری را که اعتبار کردن آن صحیح باشد، در آن جای داد. ولی همان طور که قرار گرفتن یک مال به طور همزمان در دو مکان محال است، قرار گرفتن مال واحد به طور همزمان بر دو عهده مختلف هم محال می‌باشد (محقق نائینی، ۱۴۱۳: ج ۲، ۲۸۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ج ۲، ۱۰۲).

گاهی نیز این شک و تردید به زبان دیگری ابراز می‌گردد؛ از جمله این که چون هرچیز یک بدل بیشتر نمی‌تواند داشته باشد، چگونه معقول است که مسؤولیت تهیه بدل آن بر

1- L' Obligation Solidarité / joint and several liabilities.

عهده اشخاص متعدد قرار گیرد (رک. سیدحکیم، بی‌تا، ۲۶۷؛ محقق اصفهانی، ۱۴۰۸: ج ۱، ۱۹۴).

در اینجا عمده‌ترین دلایل موافقان و مخالفان مسئولیت تضامنی و راه‌هایی که بویژه طرفداران آن در جهت تصویر معقول مسئولیت تضامنی پیموده‌اند، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف) تعریف و اقسام مسئولیت تضامنی

۱- تعریف مسئولیت تضامنی: اساتید حقوق مدنی در تعریف مسئولیت تضامنی یا تضامن بین بدهکاران می‌گویند: «مسئولیت تضامنی، بر دو پایه اصلی استوار است:

۱-۱- هر یک از بدهکاران مشترک، مسئول پرداخت تمام این دین است و طلب‌کار می‌تواند به یک یا چند بدهکار رجوع نموده و تمام یا قسمتی از دین را از هر کدام مطالبه کند.

۲-۱- پرداخت دین از سوی هر بدهکار، دیگران را نیز بری می‌کند و طلب‌کار حق ندارد از مجموع بدهکاران بیش از طلب خود بگیرد.

در تعریف مسئولیت تضامنی می‌توان گفت: «التزام‌های متعدد برای پرداخت یک دین» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۲). این تعریف بیانگر جوهر اصلی مسئولیت تضامنی در همه اقسام آن است.

۲- اقسام مسئولیت تضامنی: مسئولیت تضامنی را از جهات مختلف می‌توان تقسیم کرد: از این جهت که مسئولیت افراد متعدد در طول هم یا در عرض هم باشد، به مسئولیت تضامنی طولی و عرضی؛ و از جهت منبع پیدایش، به مسئولیت تضامنی قراردادی، و قانونی؛ و از لحاظ این که دارای تمام آثار مسئولیت تضامنی باشد و یا تنها واجد برخی از آثار آن باشد، به مسئولیت تضامنی کامل^۱ و ناقص^۲؛ و از این جهت که موضوع آن طلب یا دین

1 - Solidarité parfaite

2 - Solidarité imparfaite

باشد به تضامن مثبت^۱ و منفی^۲ تقسیم می‌گردد. با توجه به مقتضیات این نوشتار، به طور مختصر تنها به اقسام ناشی از دو تقسیم نخست اشاره می‌گردد.

۱-۲- مسئولیت تضامنی طولی^۳: یعنی افراد متعدد مسئول در طول یکدیگر ملزم به پرداخت یک دین هستند، و سرانجام مسئولیت به سوی مدیون اصلی هدایت می‌گردد.

۲-۲- مسئولیت تضامنی عرضی^۴: مسئولان همه در عرض هم قرار دارند و در مقابل زیان دیده و طلبکار همه مسئول پرداخت دین هستند. اگر چه در نهایت ممکن است یک نفر مسئول بوده و یا چند نفر به طور مساوی یا نسبی مسئول تحمل خسارت باشند.

۳-۲- مسئولیت تضامنی قراردادی^۵: هرگاه مسئولیت تضامنی ناشی از توافق و قرارداد بدهکاران با طلبکار باشد، مسئولیت تضامنی را قراردادی می‌نامند. ماده ۴۰۳ قانون تجارت ایران این نوع مسئولیت تضامنی را پیش‌بینی کرده است. همچنین در ماده ۱۱۹۷ و ۱۲۰۲ قانون مدنی فرانسه مسئولیت تضامنی قراردادی تعریف و پیش‌بینی شده است.

۴-۲- مسئولیت تضامنی قانونی^۶: ممکن است منبع پیدایش مسئولیت تضامنی، قانون باشد. از جمله در مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ ق.م و در مواد ۲۴۹، ۹۸، ۱۱۶ و ۱۲۵ ق.ت و مواد ۳۰۹، ۳۱۴ و ۱۳۰ ل.ا. ق.ت، موارد متعددی از مسئولیت تضامنی قانونی پیش‌بینی شده است (رک. کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۴۱-۱۴۳ و ۱۴۹-۱۵۱؛ و سنهوری، بی‌تا، ۳، ۲۰۲ و ۲۶۰).

در ماده ۴۰۲ ق.ت به اصل عدم تضامن و در ماده ۴۰۳ به حکم و اثر حقوقی مسئولیت تضامنی اعم از قراردادی و قانونی اشاره شده و در ماده ۴۰۴ نوعی تعهد تضامنی پذیرفته شده و آثار مسئولیت تضامنی ناشی از نقض آن بیان گردیده است.

1 - Solidarité active
2 - Solidarité passive
3 - Linear joint several liability
4 - Cross joint several liability
5 - Contractual joint several liability
6 - Statutory joint several liability

ب) آثار حقوقی بحث

علاوه بر جنبه‌های نظری، این بحث آثار عملی عمده‌ای نیز در پی دارد: «برای مثال، اگر ضامن قرار گرفتن چند غاصب برای دادن بدل مال مغضوب به معنی امکان اشتغال ذمه‌های متعدد برای دین واحد باشد، از این قاعده برای درستی ضمان عقدی که مفید ضمّ ذمه به ذمه باشد نیز می‌توان استفاده کرد. درحالی که، هرگاه گفته شود که در این فرض چند دین بر عهده چند شخص است یا ذمه‌ها در عرض یکدیگر قرار نگرفته‌اند یا دین و مدیون یکی است، اشکال به جای خود باقی می‌ماند و نمی‌توان آن را به عنوان قاعده در سایر مباحث به کار برد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲، ۱۰۲).

بنابراین در صورت ارائه تصویری منطقی و معقول از مسئولیت تضامنی نه تنها موارد منصوص مسئولیت تضامنی در قانون قابل تحلیل و تبیین فراتر از حکم قانون‌گذار و در نتیجه قابل تفسیر مؤسّع خواهد بود، دست قانون‌گذار را در وضع قوانین مشابه در حوزه‌های مختلف حقوقی باز می‌گذارد و حتی به او اجازه می‌دهد که مانند پارهای از کشورها اصل مسئولیت تضامنی را به عنوان یک قاعده عمومی مقرر دارد؛ و همچنین اراده افراد را در حاکم کردن رژیم مسئولیت تضامنی بر روابط حقوقی خود آزاد بگذارد. بعلاوه، قانون‌گذار می‌تواند با توجه به وضعیت غالب در حوزه‌های مختلف روابط حقوقی، در صورت تردید در اعمال مسئولیت تضامنی مبادرت به تأسیس اصل مسئولیت تضامنی نماید.

این بحث حتی می‌تواند نظریه مشهور فقهای امامیه در خصوص عقد ضمان، یعنی نقل ذمه به ذمه پنداشتن آن را تحت تأثیر قرار داده، ماهیت آن را متحول کرده و یا قلمرو آن را محدودتر کند. چرا که برخی از فقهای امامیه مبنای عدم پذیرش نظریه ضمّ ذمه به ذمه از سوی فقیهان امامیه را عدم امکان عقلی تحقق آن در عالم ثبوت می‌دانند. بنابراین، امکان عقلی تحقق مسئولیت تضامنی می‌تواند نظریه مشهور را ابطال یا محدود به موارد منصوص در روایات کند (رک. نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۱۱۳؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۸۶).

ج) جایگاه بحث در فقه و حقوق

چون در فقه موجود، نظریه عمومی تعهدات به طور مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است و همچنین حوزه حقوق تجارت با نظام حقوقی خاص و اسناد تجاری ویژه و مستقل از قلمرو حقوق مدنی، وجود ندارد، در نتیجه مسئولیت تضامنی به طور جامع، فصل خاصی را به خود اختصاص نداده، بلکه به طور پراکنده در چند قسمت از آن مورد اشاره قرار گرفته است. از جمله در کتاب «بیع» و در مبحث «بیع فضولی» در صورت تعاقب متصرفان و مسئولیت هر یک از آنها در برابر مالک، (رک. شیخ انصاری، ۱۴۲۴: ۲، ۵۰۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳، ۲۵۷-۲۴۶) همچنین در کتاب «ضمان»، در بررسی ماهیت ضمان و این که ماهیت اثر آن نقل ذمه به ذمه است، یا ضم ذمه به ذمه؟ دیدگاههای مختلف در مورد امکان و چگونگی اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به دین واحد مطرح می‌گردد (رک. نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶، ۱۱۳). بعلاوه در کتاب «غصب» نیز در صورت تعاقب تصرف‌های غاصبانه، امکان مسئولیت تضامنی غاصبان در برابر مالک، مورد بحث فقیهان قرار گرفته است (نجفی، ۱۳۶۷: ۳۳، ۳۷). در کتب قواعد فقه نیز هنگام بحث از قاعده فقهی «ضمان ید»، مسئولیت تضامنی تحت عنوان «ضمان هر یک از متصرفان متعاقب نسبت به مال واحد» مطرح شده است (رک. موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ج ۴، ۹۰-۱۰۰).

این موضوع در حقوق مدنی، هم در نظریه عمومی تعهدات، هم در عقود معین و به ویژه در عقد ضمان و نیز در ضمان قهری، در مبحث غصب، مورد گفتگوی عالمان حقوق قرار گرفته است (از جمله رک. کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۹۸؛ همان، ۱۳۷۸: ۴، ۲۳۷؛ همان، ۱۳۷۹: ۲، ۱۰۲). در حقوق تجارت نیز در حقوق شرکت‌های تجاری و اسناد تجاری مسئولیت تضامنی از مبانی مهم بشمار می‌آید.

د) تقسیم مباحث

با توجه به این که برخی از فقیهان، امکان ارائه تصویری معقول از مسئولیت تضامنی را نفی می‌کنند و در مقابل برخی این امر را ممکن می‌دانند و از سوی دیگر، چون بخش عمده استدلال مخالفان ناظر به تقریرهای ارائه شده از سوی موافقان اشتغال ذمه‌های متعدد

نسبت به دین واحد است، به طور منطقی بیان قرائت‌های موافقان از امکان مسئولیت تضامنی محور مباحث این مقاله می‌باشد و نظرات مخالفان نیز به عنوان نقد تقریرهای موافقان ارائه می‌شود.

ه) امکان و تفسیر مسئولیت تضامنی

طرفداران امکان عقلی مسئولیت تضامنی در تصویر چگونگی امکان آن، تفسیرهای مختلفی ارائه کرده‌اند. اصلی‌ترین این تفسیرها به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- مسئولیت‌های تام علی‌البدل عرضی

۱-۱- امکان مسئولیت‌های تام علی‌البدل عرضی

تبیین مسئولیت تضامنی در قالب مسئولیت‌های بدلی عرضی با تفسیرهای مختلفی به شرح زیر ارائه شده است:

۱-۱-۱- **ذمه‌های علی‌البدل عرضی:** براساس منابع موجود، نظریه ذمه‌های بدلی، نخستین بار توسط شیخ انصاری (ره) در توجیه چگونگی امکان مسئولیت متصرفان تعاقبی نسبت به مال واحد در بیع فضولی، بیان شده است. وی در این باره ابتدا این پرسش را مطرح می‌کند که با توجه به این که یک مال تنها می‌تواند بر ذمه یک فرد قرار گیرد، چگونه می‌توان ذمه و عهده چند نفر را نسبت به یک مال مسئول دانست؟

سپس در پاسخ این سؤال می‌گوید: مفهوم «بر متصرف بودن عین تلف شده» (مستفاد از عبارت «علی‌الید ما اخذت حتی تؤدیه») این است که عهده آن و در صورت تلف شدن، مسئولیت جبران آن با متصرف است و در صورتی که متصرفان متعدد وجود داشته باشند، جبران عین تلف شده بر عهده همه متصرفان خواهد بود. یعنی در صورت تلف مال هر یک از آنها نسبت به جبران خسارت مسئولیت دارند. ولی چون جبران مال تلف شده تنها با تدارک یک بدل آن پایان می‌یابد، مالک به طور علی‌البدل مالک ما فی الذمه هر یک از آنها است و حق دارد به طور علی‌البدل از هر یک از آنها بخواهد که نسبت به جبران خسارت اقدام کنند، و در صورت اقدام توسط یکی از آنها، مسئولیت بقیه در برابر مالک، ساقط

می‌گردد. زیرا خسارت جبران شده، قابل جبران مجدد نیست. به عبارت دیگر هر چیز یک بدل بیشتر ندارد و حق مالک در مراجعه به هر یک از متصرفان مربوط به خسارت با عنوان «بدلیت» است.

وی در ادامه جهت رفع استبعاد از نظر خود و به عنوان مؤیدی بر این نظر به ارائه نمونه‌ها و شواهدی از تحقق ذمه‌های بدلی و عرضی در فقه می‌پردازد و از عقد ضمان به مفهوم ضمّ ذمه به ذمه (از نظر اهل سنت)، ضمان بایع و مشتری نسبت به عوضین (از نظر امامیه)، ضمان اعیان مضمونه، ضمانت دو نفر از یک نفر، و در عبادات از مسئولیت افراد متعدد نسبت به یک وظیفه در واجب کفایی نام می‌برد (شیخ انصاری، ۱۴۲۴: ۳، ۵۰۵-۵۰۸). از نظر وی مسئولیت تضامنی به شکل ذمه‌های بدلی عرضی، با هیچ مانع عقلی مواجه نیست؛ و این تفسیر مبنایی است برای توجیه عقلانی همه مواردی که ذمه افراد متعدد نسبت به یک دین مشغول می‌شود.

۱-۲- عهده‌های علی‌البدل عرضی

محقق خراسانی (ره) مفاد گزاره «علی الید...» را برعهده هر یک از متصرفان غاصب بودن عین مال مغضوب دانسته و عهده را امری اعتباری می‌داند که دارای منشأ و آثار خاصی است. و اثر آن در صورت وجود مال و یکی بودن، متصرف وجوب عینی برگرداندن مال و در صورت متعدد بودن متصرفین، وجوب کفایی برگرداندن مال؛ و در صورت تلف شدن مال، وجوب عینی یا کفایی جبران خسارت و دادن بدل آن می‌باشد. در اینجا اصلاً اشتغال ذمه بوجود نمی‌آید، چه در صورت امکان برگرداندن عین مال، و چه در صورت عدم امکان آن و یا تلف مال. زیرا در صورت اخیر هم هنوز ضمان و عهده نسبت به عین باقی است. چون طبق جمله «علی الید...» هنگامی ضمان از بین می‌رود که تأدیه صورت گیرد و به همین دلیل است که اگر مستولی فعلاً نمی‌تواند عین را برگرداند، هرگاه که توانست باید آن را پس دهد؛ و در صورت تلف اگر به طور غیر عادی توان پس دادن عین را پیدا کند، باید آن را پس دهد؛ و با باقی بودن ضمان و عهده نسبت به عین، دلیلی برای اشتغال ذمه نسبت به بدل وجود ندارد تا مستلزم اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به بدل باشد که خود مستلزم این است که امور متعددی بدل یک چیز باشند؛ در حالی که هر چیز یک بدل بیشتر



ندارد. ولی مال واحد می‌تواند به شکل وجوب کفایی بر عهده افراد متعدد باشد. یعنی برگرداندن مال به مالک، واجب کفایی است بر عهده آنها و مالک حق دارد که برای گرفتن آن به هر یک از آنها مراجعه کند؛ و مفاد جمله «علی الید...» همین است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ۸۲-۸۳).

محقق اصفهانی (ره) نیز پس از این که نظریه ذمه‌های بدلی عرضی را غیرممکن می‌داند، معتقد است که اگر ماهیت مسئولیت‌های عرضی را از جنس عهده بدانیم و معتقد باشیم که خود عین در عهده متصرفان قرار می‌گیرد، و عهده را ظرف اعیان و ذمه را ظرف اموال تفسیر کنیم، چون عین، امری شخصی است و ظرف آن یعنی عهده، امری اعتباری است، محذور تعدد حصه‌های کلی بوجود نمی‌آید. و دیگر عنوان «بدلیت» مطرح نخواهد بود. البته اثر عهده این است که اگر پس دادن عین مال ممکن است، باید پس داده شود و اگر پس دادن عین ممکن نبود و یا عین تلف شده بود، باید مثل یا قیمت آن داده شود. وی می‌گوید که مفاد آن جمله «علی الید...» هم این است که مال تصرف شده بر عهده متصرف است؛ و عهده امری است فعلی و قابلیت این را دارد که «پس دادن» پایان باشد (محقق اصفهانی، ۱۴۰۸: ۲، ۳۱۳). به این ترتیب، محقق اصفهانی پس از نقدهای مفصلی که به تفسیر شیخ انصاری وارد می‌کند، در نهایت همان تفسیر استاد خود محقق خراسانی از مسئولیت‌های عرضی را در قالب «عهده‌های علی‌البدل عرضی» پذیرفته و بدون اشکال می‌داند.

این تفسیر که از سوی برخی اساتید حقوق تحت عنوان «وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها» مطرح شده، (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۱۵-۲۱۸) عبارت است از مسئولیت تضامنی به شکل واجب کفایی. به این ترتیب که هر یک از افراد در صورت عدم اقدام دیگری مکلف به پرداخت و جبران خسارت هستند. پس الزام به دو پرداخت وجود ندارد که خلاف ماهیت مسئولیت تضامنی باشد، بلکه تنها یک پرداخت مطرح است.

تفسیر و نقد نظر محقق اصفهانی: وی در شرح دیدگاه شیخ انصاری (ره) می‌گوید: اشکال اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به مال واحد از نظر شیخ انصاری این است که

مقتضای واحد بودن مال تلف‌شده، یکی بودن بدل آن است. زیرا هر چیزی یک بدل بیشتر ندارد. در مقابل مقتضای متعدد بودن ذمه‌ها تعدد مال‌ها و دین‌ها است. زیرا معقول نیست که شیء واحد در جاهای متعدد قرار گیرد. بنابراین یا باید گفت مالی که بر عهده‌های متعدد قرار می‌گیرد هم متعدد است که این گفته با مفهوم بدلیت منافات دارد (چون هر چیز یک بدل و عوض بیشتر ندارد)؛ و یا باید گفت که مال واحد است و این فرض هم با متعدد بودن محل‌ها و عهده‌ها سازگار نیست. پس در حقیقت اشکال مسئولیت تضامنی، تناقض‌آمیز بودن ماهیت آن است. یعنی ادعای وحدت در عین کثرت. او سپس می‌گوید: به نظر من این که تعدد عهده (محل) مستلزم تعدد دین (حال) است، اشکال مهمی نبوده و قابل حل است. زیرا تعدد محل، امری اعتباری است، نه حقیقی، و عقلاً مانعی برای اعتبار وجود واحد شخصی در جاهای متعدد وجود ندارد و ذمه و عهده هم چیزی جز یک محل اعتباری نیست.

از نظر وی اشکال اصلی این است که امر واحدی که وجود آن در جاهای مختلف اعتبار می‌شود، گاهی یک واحد شخصی و معین است؛ مانند مال عینی مورد تصرف و گاهی کلی و طبیعی بدل است که یک واحد طبیعی (کلی طبیعی) است. وحدت و تشخص واحد شخصی با فرض وجود آن در جاهای مختلف اعتباری، تغییر و تبدل پیدا نمی‌کند. ولی کلی و طبیعی بدل با فرض وجود آن در عهده و محل‌های متعدد اعتباری، به صورت حصه‌های متعدد دینی و حقیقی درمی‌آید. و مورد اشکال هم بدل (کلی) است که در ذمه‌های متعدد قرار می‌گیرد. بنابراین اشکال اصلی این است که فرض بدل بودن متعلق ضمان، مستلزم این است که یک واحد شخصی باشد. در حالی که فرض تعدد ذمه‌ها و عهده‌ها مقتضای این است که حصه‌های متعددی وجود داشته باشد و این امر با مفهوم بدلیت منافات دارد. پس مسئولیت تضامنی مستلزم این است که بدل هم یک واحد شخصی و جزئی حقیقی باشد و هم کلی.

محقق اصفهانی سپس در مقام ارزیابی نظریه شیخ و جهت حل مشکل هر دو بیان مذکور می‌گوید: اشتغال ذمه‌های متعدد به دین واحد به صورت علی‌البدل، اگر فی‌نفسه با اشکالی مواجه نباشد، هر دو اشکال را برطرف می‌کند. زیرا وحدت به طور علی‌البدل مستلزم تعدد افراد است و با تعدد عهده‌ها منافات ندارد. زیرا تعدد آن بدلی است و نه تعیینی و منجر

به اشتغال ذمه‌های متعدد به بدل‌های متعدد معین نمی‌شود تا با فرض بدلیت منافات داشته باشد. و چون وحدت در این جا تعیینی نیست با تعدد عهده در تعارض نیست. بنابر بیانی هم که ما از اشکال کردیم نیز چون حصه‌های متعدد به شکل علی‌البدل در نظر گرفته می‌شود و نه به طور تعیینی، این امر منافاتی با بدلیت ندارد.

بیان عدم معقولیت ذاتی تعهدهای بدلی: وی سپس در نقد نظریه شیخ می‌نویسد: ولی اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به مال واحد به شکل علی‌البدل فی‌نفسه و ذاتاً معقول نیست. زیرا این امر به دو صورت فرض می‌شود:

۱- **بدل به مثابه واجب تخییری؛** یعنی متعلق تعهد هر یک از افراد «یکی از دو مصداق بدل» باشد (متعلق تعهد علی‌البدل باشد). اما این فرض خلاف واقع است. زیرا برای مال تلف شده، در هر ذمه‌ای یک بدل وجود ندارد تا مانند واجب تخییری (که در آن یکی از دو مصداق واجب است) فرد مسئول مختار باشد که یکی از آن دو را انتخاب کند.

۲- **بدل به مثابه واجب کفائی؛** یعنی اشتغال یک ذمه بدل اشتغال ذمه دیگر باشد. این فرض هم باطل است. زیرا ذمه مردّد، معقول نیست و واقعیت خارجی ندارد. چنان که مالکیت مردّد هم معقول نیست و لازم است که حتماً مالک معلوم باشد.

بررسی و نقد راه حل‌های محتمل: او سپس سه احتمال دیگر را جهت تصویر معقول تعهدهای بدلی به شکل زیر مطرح و نقد می‌کند به طوری که اشتغال ذمه هر یک مقید به امری شود که مانع پدید آمدن دو اشتغال ذمه بالفعل گردد:

۱- اشتغال ذمه هر یک از افراد، مقید به عدم اشتغال ذمه دیگری است.

۲- اشتغال ذمه هر یک مقید به عدم مطالبه عوض مال تلف‌شده از دیگری است.

۳- اشتغال ذمه هر یک مقید به عدم جبران خسارت از سوی دیگری یا دیگران است.

نقد راه حل اول: مقید کردن هر ذمه به عدم ذمه دیگر از یک جهت، منجر به منتفی شدن ذمه به طور کلی می‌گردد. زیرا شرط وجود هر ذمه‌ای این است که همزمان با آن ذمه دیگر وجود نداشته باشد. و از جهت دوم اقتضا می‌کند که هر دو ذمه با هم وجود داشته

باشند. چون شرط وجود هر یک از آنها این است که ذمه دیگر قبلاً وجود نداشته باشد. زیرا وجود هر کدام مانع وجود دیگری است. بنابراین در فرض اول هیچ کدام از آنها وجود ندارد. و از جهت دوم، چون عدم سابق هر یک شرط وجود ذمه دیگر است، و این شرط بنابر فرض اول وجود دارد. پس لازم می آید که هر دو ذمه با هم وجود داشته باشند. در نتیجه هم هر ذمه به طور مستقل بالفعل باشد و هم هیچ کدام وجود نداشته باشد. و این امر خلاف فرض و تناقض آمیز است.

نقد راه حل دوم و سوم: لازمه عدم مطالبه و عدم پرداخت دین این است که دو ذمه مستقل و بالفعل نسبت به یک بدل واحد پیدا شود و این همان اشکالی بود که در صدد رفع آن بودیم. و لازمه فرض تحقق مطالبه و پرداخت دین اگر چه سقوط اشتغال ذمه دیگر است، ولی مطالبه و پرداخت دین تنها پس از ثبوت اشتغال ذمه طرف مطالبه و شخص موذی، ممکن است. بنابراین، فرض سقوط ذمه هر یک نیز مستلزم ثبوت اشتغال ذمه قبلی آنها است که محال بودن آن ثابت گردید. در نتیجه این دو تفسیر هم خلاف فرض و هم تناقض آمیزند.

مقایسه این بحث با واجب کفایی و واجب تخییری نیز با اشکالاتی مواجه می شود. زیرا اگر در تفسیر واجب کفایی و واجب تخییری گفته شود که در اولی، یکی از مصداق های مکلف و در دومی، یکی از افراد و مصادیق واجب مورد نظر است، همین اشکال، در آنجا هم مطرح می گردد. ولی اگر مفاد واجب تخییری ایجاب هر یک از افراد واجب، و مفاد واجب کفایی الزام بر هر یک از مکلفین بوده، ولی ایجاب در هر دو در بردارنده جواز ترک و جایگزینی بدل باشد، چنین امری در این بحث معقول نیست. چون در بحث وجوب تخییری واجب کردن هر یک از مصادیق و در عین حال اجازه انجام بدل آن را دادن، مانعی ندارد. ولی اشتغال ذمه افراد متعدد نسبت به بدل در حالی که حقیقت بدلیت اقتضا می کند که تنها یکی بیشتر نباشد، معقول نیست. چون حقیقت بدلیت با سقوط اشتغال هر یک از ذمه ها در صورت پرداخت دین دیگری، محفوظ نخواهد ماند. البته اگر تنها الزام تکلیفی نسبت به تحویل بدل وجود داشته باشد، می توان آن را به شکل معقولی از باب وجوب کفایی تصویر

کرد. ولی فرض این است که در اینجا، اشتغال ذمه مطرح است و کلام در حکم وضعی است که اثر آن لزوم پرداخت و تحویل عوض است (محقق اصفهانی، ۱۴۲۵: ۲، ۳۱۱-۳۱۳).

بنابراین، محقق اصفهانی ضمن نقد تفسیر شیخ انصاری از مسئولیت تضامنی، اصولاً امکان اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به دین واحد را عقلاً نیز غیرقابل تصویر می‌پندارد.

۱-۳- ذمه‌ها یا عهده‌های علی‌البدل عرضی

برخی از فقیهان بدون این که فرقی بین ذمه و عهده در این باب قایل باشند، به طور مطلق مسئولیت علی‌البدل عرضی افراد مختلف نسبت به مال واحد را ممکن می‌دانند. شاخص‌ترین طرفداران این نظر به قرار ذیل‌اند:

سید یزدی(ره) اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به یک مال را به طور علی‌البدل (اعم از عرضی و طولی) بدون اشکال می‌داند. وی تفسیر شیخ انصاری از مسئولیت تضامنی را پذیرفته و فرقی از این جهت بین حکم وضعی و تکلیفی قائل نیست. او معتقد است که ممکن است این تعدد در طرف مالک باشد؛ و این امر دارای اشباه و نظایر فراوانی در فقه است، مانند تعدد ورثه نسبت به حق خیار مورث. وی بر همین اساس به صاحب جواهر انتقاد می‌کند که چگونه اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به مال واحد را در بحث غصب، معقول (رک. نجفی، ۱۳۶۷: ۳۷، ۳۳-۳۴) و در کتاب ضمان، نامعقول می‌داند (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۸۳-۱۸۴).

محقق ایروانی(ره) نیز ابتدا صورتهای چهارگانه‌ای را برای چگونگی اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به یک بدل مطرح کرده و همه آنها را نامعقول می‌داند. سپس می‌گوید که اشتغال ذمه اشخاص متعدد نسبت به تحویل چیزی که جانشین عین تلف‌شده باشد، اشکالی ندارد. زیرا این مفهوم تنها بر یک بدل منطبق می‌شود. بنابراین اگر همه اشخاص هم مبادرت به تسلیم بدل کنند، تنها بر یکی از آنها عنوان بدل صدق می‌کند و مالک تنها یکی از آنها را می‌تواند تحویل بگیرد و هرکدام را که مالک بگیرد تعیین در بدل بودن پیدا کرده و باید بقیه را به صاحبانشان برگرداند. این بیان غیر از نظریه واجب کفایی است. چون در آنجا افراد ملزم به تسلیم طبیعت مال تلف شده‌اند که در ضمن افراد متعدد هم محقق می‌شود.

ولی «بدل جانشین عین تلف شده» فقط بر یک بدل صادق است که آن هم با تحویل گرفتن مالک، متعین می شود. مانند هر حقی که با قبض صاحبش متعین می گردد. پس همه ذمه ها به طور تعیینی نسبت به برگرداندن بدلی که جانشین عین تلف شده است، مسئولیت دارند، ولی این عنوان تنها بر یک بدل صادق است. البته در مرحله دلالت، امر از این سهل تر است. زیرا اگر دلیل «علی الید...» را مفید ضمان بدانیم به طور مستقل بر مسئولیت همه متصرفان دلالت می کند، ولی با انجام وظیفه توسط یک نفر از آنها به دلیل فقدان الزام که خود ناشی از انتفاء موضوع است، مسئولیت از دیگران ساقط می گردد. (ایروانی، ۱۴۲۶، ۲، ۳۴۴-۳۴۵)

میرزا حبیب الله رشتی (ره) در دفاع از نظریه شیخ انصاری و پاسخ به اشکالات مطرح شده به تعهدهای بدلی می گوید: «ضمان به معنی وجود بدل مال معضوب (کلی) بر ذمه نیست، تا گفته شود که ذمه به منزله مکان آن مال است و یک موجود نمی تواند در دو مکان باشد. «ضمان به معنی عهده دار شدن رد عین یا بدل آن در صورت تلف است» و این امر معنوی را می توان به چند ذمه نسبت داد و هیچ منعی برای آن وجود ندارد. هدف تمام تعهداتی که بر ذمه غاصبان قرار گرفته این است که مال به صاحبش بازگردانده شود. پس همین که غایت مشترک (یعنی اداء مال در خارج) تحقق یافت، همه عهده ها از بین می رود هر چند که اقدام به آن از سوی یکی از غاصبان باشد (رشتی، بی تا، ۱۱-۱۲).

مرحوم حکیم (ره) معتقد است که هیچ مانع عقلی برای پذیرش چنین مسئولیتی وجود ندارد. زیرا اگر مراد از مسئولیت تضامنی عهده های متعدد باشد، اشکال مطرح شده این است که شی واحد همزمان در جاهای مختلف قرار می گیرد، لکن این امر در امور اعتباری مانعی ندارد. چون ممکن است یک شی به لحاظ تعدد وجود اعتباری اش در محل های اعتباری متعدد قرار گیرد. مانند این که صورتها و وجودهای اعتباری یک شی در یک زمان در اذهان مختلف جای می گیرند و مانند همه واجبات کفایی. ولی اگر مراد از مسئولیت تضامنی ذمه های متعدد باشد، اشکال این است که لازم می آید یک چیز چند بدل داشته باشد. لکن این اشکال در صورتی پدید می آید که هریک از ذمه ها نسبت به حصه مستقلی مسئول باشند؛ ولی همان طور که گفته شد، در اینجا همه نسبت به یک حصه مسئولیت دارند.



بنابراین نباید احکام امور اعتباری را با احکام امور واقعی مقایسه کرد. ماهیت اشتغال ذمه‌ها یا عهده‌ها به دین یا عین واحد مانند جایی است که حاکمان متعدّدند ولی حکم و محکوم علیه یکی است. یعنی تعدّد حاکمان موجب تعدّد حکم و محکوم علیه نمی‌گردد و همچنین در صورت عکس این یعنی در واجب کفایی که تعدّد مکلفین موجب تعدّد واجب نمی‌شود (حکیم، بی‌تا، ۲۷۶-۲۷۸).

امام خمینی(ره) نیز ضمن نقد نظریه ذمه‌های طولی، معتقد است که نظریه ذمه‌های عرضی معقول و بلااشکال است. چون اشکال مطرح شده ناشی از عدم امکان اشتغال ذمه‌های مختلف نسبت به شیء واحد نیست، بلکه ناشی از این است که لازم می‌آید یک مال، ضمانها، غرامتها، جبرانها، بدلها و عوضهای مختلف داشته باشد. لکن چون ماهیتهایی مثل ضمان، غرامت و بدل، نه به شکل طولی و نه به شکل عرضی تکرارپذیر نیستند، چنین اشکالی وارد نمی‌گردد. زیرا در عمل تنها یکی از تحویل‌ها یا پرداختها می‌تواند مصداق غرامت، بدل و جبران خسارت باشد (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ۳۵۳-۳۵۴).

سید مصطفی خمینی(ره) نیز نظریه ضمان مستقل و عرضی متصرفان متعدّد را معقول و بدون اشکال می‌داند. به طوری که بر همه آنها به شکل واجب عینی جبران خسارت لازم است، ولی با اجرای تعهد توسط یکی از آنها دیگر فرصتی برای دیگران نمی‌ماند. چون موضوع تعهد از بین رفته است (خمینی، ۱۳۸۵: ج ۲، ۴۳۳-۴۳۸).

۱-۴-۱- ضمان متقابل مسئولان از یکدیگر

«ضمان مسئولان پرداخت دین از یکدیگر زاده تخیل یا نظریه پردازی نیست؛ واقعیتی است که از تحلیل قصد مشترک و آثار مطلوب طرفین بدست می‌آید. زیرا معنی جمع آمدن چند مسئول، به گونه‌ای که هر کدام ملزم به پرداخت همه دین در برابر طلب کار، و قادر به رجوع به دیگران برای گرفتن سهم هر یک باشد، جز ضمان متقابل آنان از یکدیگر نیست. به بیان دیگر، لازمه رسیدن به هدف مشترکی که در تراضی طلب کار و مسئولان حاصل می‌شود این است که بدهکاران ضامن یکدیگر باشند. لکن در این قرارداد دو طرف به آثار اصلی و آشکار تراضی توجه دارند و آثار فرعی رابطه را نیز باید تحمل کنند. چنان که در بیع

نیز خریدار و فروشنده به مبادله ثمن و مبیع تراضی می‌کنند و سایر آثار بیع را به حکم قانون برعهده می‌گیرند. در تضامن قهری نیز ضمان متقابل یا یک سویه مسئولان از یکدیگر با تحلیل احکام قانون آشکار می‌شود. پس ناچار باید به این تحلیل دست زد تا آزمایشی استقرایی برای احراز درستی «نظریه ضمان» باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۲).

ضمان دو یا چند نفر از یکدیگر نیازمند تعدد دین اصلی است. یعنی هر یک با صرف نظر از ضمان باید دین و تعهد مستقلی داشته باشند، و الا ضمان متقابل یک دین و تعهد، کاری لغو است؛ و فرض در اینجا این است که بیشتر از یک دین یا تعهد وجود ندارد. البته کارکرد و اثر مسئولیت تضامنی، ایجاد نوعی همبستگی و تضامن در ایفای تعهد هست. لکن فرق است بین تحلیل حقوقی ماهیت یک نهاد با کارکردها و آثار واقعی آن.

۱-۲- عدم امکان مسئولیت‌های تام علی‌البدل عرضی

در رأس مخالفان امکان مسئولیت‌های علی‌البدل عرضی، محقق نائینی (ره) قرار دارد. وی در این باره می‌گوید: تعهد عرضی ضامن‌ها عقلاً محال است. زیرا ذمه در عالم اعتبار در حکم مکان خارجی است که مال در آن قرار می‌گیرد. با این تفاوت که چون ذمه امری اعتباری است، از گستردگی بیشتری برخوردار است. به طوری که هرچیزی که اعتبار کردن آن صحیح باشد، در آن جای می‌گیرد. و به همین دلیل گفته می‌شود که «ظرف اعتبار، بیابانی وسیع است». در نتیجه همان‌طور که قرارگرفتن مال واحد در دو مکان، همزمان و درعرض یکدیگر، معقول نیست، قرار گرفتن آن برعهده یک نفر، در عرض استقرار آن برعهده دیگری نیز محال است.

وی درباره مبای این امر می‌گوید: این گفته نتیجه تحقیق در احکام وضعی است، مبنی بر این که احکام وضعی، قابلیت جعل مستقل دارند. بنابراین ضمان حکم وضعی از حکم تکلیفی منتزع نمی‌گردد. البته بنابراین که حکم وضعی از حکم تکلیفی منتزع شده باشد، می‌توان دو یا چند نفر را به نحو وجوب کفایی مکلف به جبران کرد که از آن حکم وضعی منتزع می‌گردد و عبارت است از ضمان به شکل کفایی به پیروی از منشأ انتزاع آن. ولی

منتزَع بودن ضمان از حکم تکلیفی باطل است و مرحوم شیخ هم در اینجا با این فرض بحث نمی‌کند.

بنابراین تصویر واجب کفایی در ضمان معقول نیست. بعلاوه دلیل اثباتی هم بر ضمان عرضی وجود ندارد. زیرا مفاد ادله ضمان در صورت متعدد بودن ضامن‌ها، ضمان طولی است که عقلاً امری ممکن است. استشهداد شیخ برای اثبات ضمان عرضی به معنای مورد نظر اهل سنت درباره ماهیت عقد ضمان هم فایده‌ای ندارد. زیرا آن مبنا از اساس مورد قبول ما نیست. محقق نائینی سپس سایر موارد استشهدادی توسط شیخ را هم مورد نقد قرار می‌دهد. در نتیجه وی معتقد است که اگر کسی قائل به صحت وقوع دو سبب برای ضمان در یک زمان باشد باید ضمان آنها اشتراکی و یا طولی قلمداد گردد (نائینی، ۱۴۱۳: ج ۲، ۲۸۳-۲۸۶؛ همان ۱۴۱۸: ج ۲، ۱۸۰-۱۸۲).

مرحوم بجنوردی (ره) بدون تفصیل بین عهده و ذمه، ابتدا به نقد راه حل ارائه‌شده از سوی محقق خراسانی یعنی حل مشکل از طریق وجوب کفایی می‌پردازد. نقد این تفسیر در بیان محقق اصفهانی نیز قبلاً بیان گردید. حاصل بیان مرحوم بجنوردی این است که ماهیت اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به دین واحد، یک حکم تکلیفی یعنی لزوم جبران مال تلف‌شده نیست تا بتوان ضمان دو نفر را نسبت به تمام یک مال در عرض یکدیگر به شرط عدم اداء دیگری، صحیح دانست. بلکه حکمی وضعی است مبنی بر این که مال خارجی بر عهده شخصی است و از عهده او مرتفع نخواهد شد. و چون امکان چند بار ادا کردن آن وجود ندارد، پس اگر عین بر عهده چند شخص قرار گیرد و فرض کنیم که یکی از آنها آن را ادا کرده باشد، این تعهد تا روز قیامت از عهده فرد دیگر مرتفع نمی‌گردد. چون یک عین معین را نمی‌توان دو بار ادا کرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۴، ۹۲). به عبارت دیگر، ضمان علی‌البدل عرضی به دو صورت زیر ممکن است:

۱- مقید کردن اطلاق جعل ضمان، مثل واجب کفایی و واجب تخییری در احکام تکلیفی. زیرا اطلاق امر در واجب کفایی مقید به عدم انجام وظیفه توسط افراد دیگر، و در واجب تخییری مقید به عدم انجام وظیفه دیگر است. در نتیجه هر یک از آنها ضامن خواهند

بود اگر دیگری ضامن نباشد و نتیجه این امر عدم ضمان همه آنها با هم است. ولی این امر خلاف مدلول دلیل «علی الید...» بلکه خلاف بدیهیات است.

۲- بازگشت ضمان بدلی به این است که ضمان تعلق می‌گیرد به کلی طبیعی غاصب و متصرف عدوانی. چنان که برخی در تفسیر وجوب کفایی گفته‌اند که امر تعلق می‌گیرد به صرف الوجود و کلی مکلف و در نتیجه هر فردی از افراد این عنوان کلی که مبادرت به انجام وظیفه کند، وظیفه از بقیه افراد ساقط می‌گردد. در اینجا نیز عنوان کلی غاصب، ضامن مال است. بنابراین هر کدام از غاصبان که مبادرت به جبران مال کند، مطلوب حاصل شده و ضمان از بین می‌رود. لکن اگر چه در صورت تفسیر دوم، مشکل تعهدهای عرضی حل می‌شود، ولی این تفسیر به دلایل زیر غیر قابل قبول است:

اولاً خلاف ظاهر ادله ضمان است. چون ظاهر این ادله انحلال ضمان و سرایت آن به فرد فرد غاصبان متصرف است و نه توقف ضمان در عنوان کلی «متصرف غاصب»؛ ثانیاً استقرار ضمان بر عهده کسی که مال در دست او تلف شده است (چنان که مفاد دلیل علی الید... است) با این تفسیر که ضمان به عنوان کلی و طبیعی غاصب تعلق گرفته است، سازگاری ندارد؛ ثالثاً عنوان کلی را متعلق ضمان قراردادن با اعتبار عرفی و عقلایی سازگار نیست.

بنابراین براساس واجب کفایی نمی‌توان ضمان دو یا چند نفر را نسبت به تمام یک مال در زمان واحد و در عرض هم تصحیح کرد و قیاس این بحث با واجب کفایی مع الفارق است. پس اگر دلیل خاصی دلالت بر ضمان دو یا چند نفر در عرض هم کند، ناگزیر باید آن دلیل را به معنی مسئولیت مشترک و مساوی یا مسئولیت طولی تفسیر کرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۴، ۹۵-۹۶).

در نتیجه از نظر میرزا حسن بجنوردی به هیچ وجه تصویر مسئولیت تضامنی براساس ضمانتها و تعهدات عرضی و بدلی ممکن نیست و تنها راه قبول آن براساس ضمانهای طولی است. تفسیر وی از مسئولیت طولی در بخش بعدی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۳- امکان مطلق مسئولیت‌های علی‌البدل عرضی

مرحوم خویی، شاگرد محقق نائینی در پاسخ به اشکالات استاد خود بر شیخ انصاری و در دفاع از نظریه شیخ انصاری گفتاری دارد که چون ناظر بر گفته‌های محقق نائینی است، در اینجا به آن پرداخته می‌شود. اگر چه مناسب‌تر آن بود که در دنباله نظریه شیخ مطرح می‌گردید. وی در این باره می‌گوید: هم‌مبنای محقق نائینی و هم بنای او در این بحث مواجه با اشکال است. از جهت مبنا او واجب کفایی را به این ترتیب تصویر می‌کند که در آن اگر چه وظیفه یک چیز است، ولی خطاب شارع متوجه همه مکلفین است و ناچار همه آنها موظف به انجام آن هستند. ولی اگر یکی مبادرت به انجام آن کرد، از عهده دیگران ساقط می‌گردد.

در توضیح این مطلب باید گفت که در واجب تخییری، غرض، انجام یکی از دو یا چند امر است، به طوری که غرض مولی انجام یکی از آنها با صرف نظر از ویژگی‌های شخصی آن است. و انجام هر یک از امور، هدف مولی را تأمین می‌کند. بنابراین او نمی‌تواند هیچ‌یک را به طور ویژه درخواست کند. چون مستلزم ترجیح بالامرجع است. در الزام کفایی هم مسئله از همین قرار است. با این تفاوت که در اینجا تعدد در ناحیه افراد مکلف است نه در وظیفه. به این ترتیب که هدف مولی انجام وظیفه و تحقق آن در خارج است توسط هر شخصی که انجام شود، بدون این که شخص خاصی مورد نظر مولی باشد.

مفهوم این امر این نیست که الزام هر شخص مشروط به عدم الزام دیگری و بالعکس باشد، تا مشکلی که محقق نائینی بیان کرده است، لازم بیاید. بنابراین مبنای محقق نائینی در اینجا حتی با آنچه او در اصول می‌گوید مبنی بر این که واجب کفایی به کلی ارتباطی با واجب مشروط و ترتب ندارد، مغایرت دارد.

حتی اگر مبنایی را که محقق نائینی در مورد ماهیت الزام کفایی اختیار کرده است، بپذیریم، اشکال او بر نظریه شیخ وارد نیست. زیرا او می‌گوید که اگر ضمان به شکل واجب کفایی باشد، مستلزم منتفی شدن ضمان همه آنها است. این استدلال در صورتی تمام خواهد بود که ضمان هر یک از افراد مقید به عدم ضمان دیگری و برعکس باشد. و اگر

چنین باشد، اشکال اختصاص به حکم وضعی ضمان نخواهد داشت، بلکه حتی شامل الزام‌های تکلیفی هم می‌شود. مثلاً اگر لزوم خواندن نماز میت، مقید به واجب نبودن آن بر دیگران باشد، لازم می‌آید که اصلاً الزام بالفعلی در این باره وجود نداشته باشد. در حالی که وجداناً چنین نیست.

خود محقق نائینی در بحث الزام کفایی می‌گوید: الزام هر شخص، مقید به عدم انجام وظیفه توسط دیگری است، نه مقید به عدم وجوب بر دیگری. و الاً اشکال مذکور وارد می‌شود. در این بحث هم اگر گفته شود که ضمان هر شخص مقید به عدم ادا توسط ضامن‌های دیگر است (نه عدم ضمان دیگران) اشکالی بوجود نمی‌آید. بنابراین همان‌طور که الزام در واجب کفایی مطلق نسبت به همه مکلفین ثابت است، در اینجا هم ضمان مطلق نسبت به همه افرادی که مال را تصرف می‌کنند ثابت است. ولی بری‌الذمه شدن و خلاص شدن هر یک از تعهد مقید است به این که دیگری بری‌الذمه نشده باشد.

در نتیجه او معتقد است که امکان عقلی تعهدهای بدلی و ضمان‌های عرضی با هیچ مانعی مواجه نیست و اگر ما در ضمان قراردادی با مبنای اهل سنت مخالفت کردیم، به دلیل فقدان دلیل اثباتی بوده است. و اگر دلیل اثباتی وجود داشته باشد، باید به آن ملتزم شد. بلکه در بعضی از موارد قبول چنین امری الزامی است. چنان که در ضمان غاصبان متوالی چنین است و ماهیت ضمّ ذمه به ضمه دارد. بنابراین در اینجا چند ضمان برای یک مال وجود دارد و این امر مستلزم این نیست که مال تلف‌شده دارای بدل‌های متعدد باشد، بلکه تنها یک بدل دارد که به طور علی‌البدل بر همه افراد ضمان منطبق می‌گردد (خویی، ۱۳۷۴: ج ۴، ۳۷۲-۳۷۴).

سید خویی (ره) با رد استدلال مخالفان امکان مسئولیت تضامنی عرضی، در گروه موافقان آن جای می‌گیرد و چون تفصیلی بین عهده و ذمه در این باب قائل نیست، تلویحاً نظر طرفداران تفصیل مذکور را ناتمام دانسته و به طور مطلق امکان عقلی تضامن عرضی را می‌پذیرد.

۲- مسئولیت‌های تام علی‌البدل طولی

نظریه تعهدهای طولی توسط محقق نائینی (ره) پیشنهاد شده است. او پس از گزارش نظریه شیخ انصاری، می‌گوید: تعهد عرضی ضمان نه ثبوتاً امکان دارد و نه اثباتاً دلیلی بر آن وجود دارد و امثال و نظایری هم که شیخ از فقه برای آن ذکر کرده است، درست نیست.

۲-۱- کارکردهای پذیرش مسئولیت‌های علی‌البدل طولی: محقق نائینی (ره) پس از نقد مبنای شیخ، می‌گوید که در مورد تعدد ضامن‌ها، طولی بودن ضمان آنها صحیح است و با تصویر طولی ضمان‌ها احکام فقهی از جمله عدم جواز مراجعه مالک به فرد گول‌زننده و حتی گول‌خورده نیز قابل توجیه خواهد بود. همچنین حکم به عدم جواز مراجعه مغرور به غار قبل از دادن مال به مالک، و حکم به عدم جواز رجوع طلب‌کار به مدیون بعد از ضمان ضامن از مدیون و ضرورت مراجعه طلب‌کار به ضامن، عدم جواز مراجعه ضامن به مضمون‌عنه مگر پس از اداء آنچه تضمین کرده است، جواز مراجعه مالک به هر یک از متصرفان متوالی و همچنین جواز مراجعه هر فرد قبلی به فرد بعدی که مال در نزد او تلف شده است، در صورت رجوع مالک به فرد سابق.

۲-۲- تفسیر مسئولیت‌های علی‌البدل طولی: وی پس از بیان پاره‌ای از آثار حقوقی پذیرش ضمان طولی، در شرح ماهیت تعهدهای طولی می‌گوید: مفهوم معقول تعهد ضامن‌ها آن است که مثلاً اگر دو ضامن وجود داشته باشد، یکی از آنها ضامن مالک و دیگری ضامن آن چیزی باشد که اولی آن را ضمانت کرده است. یعنی اولی در مقابل مالک و دومی نسبت به آنچه اولی برعهده گرفته مسئولیت دارند. بنابراین مسئولیت و اشتغال ذمه دومی در طول اشتغال ذمه و مسؤولیت اولی است. و این امر به دو صورت زیر متصور است:

۱- مالک، حق مراجعه به دومی در عرض اولی را نداشته و موظف است ترتیب را مراعات کند و در صورتی که اولی نسبت به جبران اقدام کند، حق مراجعه به دومی را دارد.

۲- مالک، حق مراجعه به هر دو را دارد؛ ولی اگر به دومی مراجعه کرد، دومی حق مراجعه به اولی را ندارد. لکن اگر مالک به اولی مراجعه کند، اولی حق مراجعه به دومی را دارد.

نظریه محقق نائینی را به این ترتیب می‌توان خلاصه کرد که اولاً تعدد عرضی ضامن‌ها به طوری که هر یک از آنها در عرض دیگری ضامن مالک باشد، معقول نیست. و تصویر آن براساس واجب کفایی در تکالیف هم ثمره‌ای ندارد. زیرا تفسیر معقول از واجب کفایی، تقیید اطلاق الزام هر یک از مکلفین به عدم اقدام دیگری است و این تفسیر در مورد ضمان، موجب از بین رفتن ضمان به طور کلی می‌گردد. زیرا مقید کردن ضمان هر یک به عدم ضمان دیگری موجب می‌شود که ضمان همه آنها منتفی شود. ثانیاً تفسیر معقول از ضمان افراد متعدد نسبت به دین واحد، ضمان‌های طولی است. به این مفهوم که یکی از ضامن‌ها در مقابل مالک ضامن است، و دیگری از ضامن اول ضمانت می‌کند. یعنی ضمانت ضامن دوم تعلق می‌گیرد به بیمه کردن مسئولیت ضامن اول و ضامن سوم از ضامن دوم ضمانت می‌کند. و بعدی حق مراجعه به قبلی را ندارد، مگر پس از ایفای تعهد (محقق نائینی، ۱۴۱۳: ج ۲، ۲۸۶-۳۹۰؛ ۱۴۲۱: ج ۲، ۱۸۲).

میرزا حسن بجنوردی که دیدگاه او در مورد عدم امکان مطلق ضمانتهای عرضی قبلاً بیان شد، در توضیح تعهدهای متعدد طولی توضیحاتی دارد که نقل آن مفید به نظر می‌رسد. او پس از تأیید امتناع عقلی تعهدهای بدلی و عرضی، معتقد است که اگر دلیلی دلالت بر اشتغال ذمه‌های متعدد نسبت به دین واحد داشته باشد، این امر ناگزیر باید یا حمل شود به اشتراک افراد متعدد در ضمان نسبت به دین واحد و یا حمل شود بر ضمان طولی و مستقل هر یک از آنها نسبت به آن دین. مراد از طولی بودن ضمان آن است که فرد بعدی ضامن آن چیزی است که فرد قبلی باید ادا کند، و مالک حق دارد که به هر یک از غاصبان مراجعه کند. بنابراین اگر به بعدی مراجعه کند، او حق مراجعه به فرد سابق بر خود را ندارد. زیرا فرد سابق، ضامن فرد بعدی نیست. البته سابق، حق مراجعه به فرد بعدی را از این جهت دارد که او ضامن چیزی است که فرد قبلی باید ادا کند.

دلیل حق رجوع مالک به هر یک از متصرفان متوالی - با وجود محال بودن ضمان عرضی - این است که هر یک از آنها به شکل طولی ضامن است. یعنی غاصب اول به طور اصلی در مقابل خود مالک، نسبت به خود مال غصب شده، ضامن است. یعنی خود مال به وجود اعتباری‌اش بر عهده او قرار دارد، و غاصب دوم ضامن عین مضمونه از جهت

«مضمونه بودن آن» است. یعنی ضامن عینی است که در ذمه ضامن اول قرار دارد. به عبارت دیگر، مالی که غصب شده با صفات و ویژگی‌های تکوینی و اعتباری‌اش بر ذمه غاصب قرار می‌گیرد ولی آنچه که در تصرف غاصب اول قرار می‌گیرد تنها عین مال با ویژگی‌های تکوینی‌اش می‌باشد. ولی تصرف غاصب دوم نسبت به مال، تصرف در مال مغضوبه است از جهت مضمونه بودن آن. بنابراین تصرف غاصب دوم در مالی صورت می‌گیرد که نسبت به مالی که توسط غاصب اول تصرف شده است، یک ویژگی اضافی دارد و آن ویژگی «در ذمه غاصب اول بودن» است؛ و همان طور که اگر مال مغضوبه دارای صفت تکوینی و خارجی باشد، متصرف نسبت به آن ویژگی ضامن است همچنین ضامن نسبت به ویژگی اعتباری مال مغضوبه هم ضامن خواهد بود. از این رو، ضامن دوم، هم ضامن عین مال است و هم ضامن ویژگی «بر ذمه غاصب اول بودن» آن. همین طور اگر مال توسط هزار نفر هم به طور متوالی غصب شود، همین حکم جاری خواهد بود. مثلاً آنچه در ذمه غاصب هزارم قرار دارد، تنها عین خارجی مال غصب شده نیست، بلکه عین خارجی بعلاوه «بر عهده نهصدونودونه نفر قبلی بودن» است. اثر این صفت اعتباری یعنی «بر عهده غاصب بودن» این است که اگر مالک به غاصب قبلی مراجعه کند، غاصب قبلی حق مراجعه به غاصب بعدی را دارد. زیرا او ضامن ضمان او است. بنابراین ضمان هر ضامن متأخری در طول ضمان ضامن مقدم بر خود است. چون ضمان سابق به منزله موضوع ضمان لاحق است و تقدم رتبی و حتی زمانی بر آن دارد و در نتیجه این دو هرگز نمی‌توانند حتی از جهت زمانی در عرض هم باشند. چون همه غاصبان ضامن عین مال مغضوبه هستند اعم از ضامن عین مغضوبه بدون صفت اعتباری، مثل ضامن اول، و ضامن عین غصب‌شده با صفت اعتباری مثل متصرف متأخر از ضامن اول. پس مالک حق دارد برای گرفتن مال به هر یک از آنها مراجعه کند، بدون این که مشکل ضمان‌های عرضی نسبت به مال واحد مطرح شود. زیرا در ضمان طولی، متعلق هر ضمانی با متعلق ضمان دیگر متفاوت است. به این ترتیب که متعلق ضمان اول خود عین است و متعلق ضمان دوم، ضمان عینی است که بر ذمه متصرف اولی است و متعلق ضمان سوم، ضمان عینی است که در ذمه متصرف دوم است و به همین ترتیب.

البته بدیهی است که حق مراجعه مالک به هریک از غاصبان به نحو علی‌البدل است. به این معنی که اگر مالک به یکی از آنها مراجعه کرد و حقش را از او گرفت، حق مراجعه به دیگران را ندارد. زیرا موضوعی برای حق مراجعه او به دیگران باقی نمی‌ماند، و مراد ما از علی‌البدل در بحث تعاقب ایادی غاصب هم همین است، نه ضمان‌های عرضی (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ج ۴، ۹۲-۹۵).

۳- وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها

این نظریه توسط برخی از حقوق‌دانان خارجی ارائه شده است و در تبیین آن گفته شده است: «رومیان به این تحلیل (وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها) پی برده بودند و به ویژه به وحدت موضوع تعهدها تکیه داشتند. و از آن نتیجه گرفته‌اند که هرگاه یکی از بدهکاران تمام دین را بپردازد، تعهد دیگران ساقط می‌شود. منتها در آغاز اعتقاد داشتند که پس از انتخاب یکی از متعهدان، طلب‌کار نمی‌تواند به دیگران رجوع کند. هرچند با اسرار او روبرو شود؛ ولی در عهد ژوستینین از این محدودیت گذشتند و به طلب‌کار اختیار دادند که به تکرار حق رجوع خود را اعمال کند تا طلب وصول شود» (مازو، ۱۰۶۲، ۲؛ به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۶).

این تحلیل رومی موجب امتناع نویسندگان حقوق مدنی فرانسه در استفاده از این نظریه در توضیح ماهیت و آثار مسئولیت تضامنی گردید. و در واقع ماده ۲۴۹ ق.ت ایران نیز انعکاسی از همین نظریه است (کاتوزیان، همان، ۲۱۶). مفاد نظریه فوق این بود که در مسئولیت تضامنی چند تعهد برای انجام یک موضوع ایجاد می‌گردد. به عبارت دیگر موضوع، واحد است ولی رابطه دینی متعدد. در انتقاد از این نظریه گفته شده است که اولاً یک موضوع نمی‌تواند در چند رابطه دینی بر عهده اشخاص قرار گیرد. ثانیاً، هرگاه موضوع قابل تجزیه باشد، به تعداد اجزاء آن، تعهد مستقل وجود دارد که متعلق آن دارایی خاص خود است.

به عبارت دیگر، برخلاف مفاد این نظریه که می‌گوید: به دلیل وحدت موضوع، یک تعهد بر ذمه چند نفر قرار می‌گیرد، در واقع این نظریه مستلزم این است که تعهدها هم متعدد

باشد. پس باید در واقع عامل خارجی دیگری وجود داشته باشد که موجب وحدت تعهدها گردد. و این عامل چیزی نیست جز نمایندگی و وکالت ضمنی بین متعهدان در پرداخت دین. پس ماهیت و آثار تضامن را باید براساس نمایندگی متقابل بدهکاران تحلیل کرد (مازو، ۱۰۶۲، ۲، ش ۱۰۶۱-۱۰۶۲؛ به نقل از: همان، ۲۱۷).

اگر چه اشکالات مطرح‌شده تا حدودی وارد است، ولی به کلی این نظریه را ابطال نمی‌کند. جنبه واقعی اشکال، این است که هرگاه دینی قابل تجزیه باشد، به اقتضای طبیعت خود به تعداد افراد متعهد تقسیم می‌گردد. مانند موردی که چند عامل موجب ورود خسارتی می‌گردند و ضمان بین آنها تقسیم می‌گردد و در واقع از ابتدا تعهد به نسبت دخالت هر کدام در ورود خسارت بین آنها تقسیم می‌شود. پس اگر همه ضامن‌ها مسئول جبران همه خسارت هستند، این امر را نمی‌توان تنها براساس نظریه وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها توجیه کرد. اشکال دیگر این نظریه این است که طبق آن نمی‌توان حق رجوع مسئولی را که تمام دین را پرداخته است، به سایر ضامن‌ها توجیه کرد.

ولی از سوی دیگر، همه ضامن‌ها علاوه بر بخش مربوط به خود، مسئول جبران همه خسارت هستند و این مسئولیت را اصالتاً بر عهده دارند، نه از جانب دیگران. بنابراین می‌توان گفت که نسبت به زیان دیده همگی مسئول جبران موضوع واحدی هستند. گاهی نیز مسئول و مدیون واقعی سرانجام یک نفر است ولی بقیه ضامن پرداخت دین هستند. مانند غاصبی که مال در تصرف او تلف شده است، و یا مانند صادرکننده سفته که مدیون و مسئول نهایی و واقعی اوست، ولی همه امضاکنندگان سفته درمقابل دارند. مسئولیت تضامنی دارند و این مسئولیت به نیابت هم نیست. بنابراین باید پذیرفت که در این موارد حقیقت «وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها» وجود دارد. ولی این مقدار برای توجیه ماهیت و آثار مسئولیت تضامنی کافی نیست. پس باید در جستجوی عامل خارجی پیوند میان ضامن‌ها بود. نظریه نمایندگی به این منظور پیشنهاد شده است (همان، ۲۱۷-۲۱۸).

خلاصه اشکالات مذکور این است که اولاً اگر موضوع تعهد قابل تجزیه باشد، در واقع تعهدات متعدد با موضوعات مستقل وجود دارد. ثانیاً، صرف وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها

بیان صورت مسئله است و نمی‌تواند توجیه‌کننده ماهیت خود باشد. ثالثاً، در این نظریه وجود مسئولیت‌های مستقل و در عین حال وجود مسئول نهایی، حق مراجعه جبران‌کننده خسارت به مسئول نهایی و حق مراجعه متعهدله به هریک از مسئولان توجیه نشده است.

۴- نمایندگی هر مدیون در پرداخت دین دیگران

براساس این نظریه که از مجموع احکام قانون مدنی فرانسه استنباط می‌شود، هرگاه چند تن به اشتراک پرداختن تمام دینی را به عهده گیرند، به طور ضمنی نمایندگی پرداخت آن را به یکدیگر می‌دهند. در نتیجه، مدیونی که آن را می‌پردازد، نسبت به سهم خود اصیل و نسبت به سهم دیگران نماینده است و به همین جهت نیز حق رجوع به آنان را دارد. امکان تکرار دعوی طلب‌کار بر هر یک از مسئولان تا وصول نهایی طلب نیز با نظریه نمایندگی بهتر توجیه می‌شود. زیرا، نتیجه منطقی وحدت موضوع، وحدت دعوی است: طلب‌کاری که حق خود را در انتخاب یکی از مسئولان و اقامه دعوی بر او اعمال می‌کند، دیگر نباید امکان رجوع به دیگران را داشته باشد. بر مبنای نظریه نمایندگی، محدودیت‌های مذکور در نظریه قبلی وجود ندارد. این نظر بیشتر جنبه توجیه‌گرانه دارد. به همین دلیل، طرفداران نظریه «وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها» هم در کنار آن نظریه، از نظریه نمایندگی جهت توجیه آثار و مسئولیت تضامنی بهره می‌برند (همان، ۲۱۸). علاوه بر این که این نظریه با واقعیات حقوقی همخوانی ندارد و آثار تضامن را در نظام حقوقی ایران توجیه نمی‌کند، اشکالات متعدد دیگری به شرح زیر نسبت به آن وارد است:

۱- این نظریه تنها می‌تواند مسئولیت تضامنی ناشی از قرارداد جمعی را توجیه کند. ولی مسئولیت تضامنی قهری و حتی مسئولیت تضامنی ناشی از قراردادهای جداگانه مبنی بر پذیرش مسئولیت پرداخت تمام یک دین را توجیه نمی‌کند، و با توجه به اصل «عدم ولایت» نمی‌توان این موارد را با حکم قانون‌گذار توجیه کرد.

۲- این نظریه بیشتر جنبه نظریه‌پردازی دارد، تا بیان و تحلیل واقعیت. اولاً، ظاهر تعهد دو تن برای پرداخت تمام یک دین، اعطای نمایندگی به یکدیگر نیست. ثانیاً، نیازی به چنین نمایندگی نیست و هر ضامن اصالتاً چنین حقی را دارد، بلکه موظف به این امر است.

ثالثاً، فرض کنیم که ظاهر عمل آنها چنین باشد، لازم است غرض و قصد آنها مبنی بر اعطا و قبول باشد. رابعاً در حقوق ما وکالت عقدی جایز است و وکیل می‌تواند استعفا دهد. در حالی که در مسئولیت تضامنی چنین حقی وجود ندارد. خامساً وکالت با حجر یا فوت هر یک از وکیل یا موکل منحل می‌شود، ولی در مسئولیت تضامنی چنین نیست.

۳- برای رجوع طلب‌کار به نماینده بدهکار باید التزام خاصی آن دو را به هم مربوط کند. در تضامن، این رابطه وجود دارد، ولی از آثار فرعی نیابت نیست. نتیجه التزامی است که هر مدیون به اصالت در برابر او دارد. بنابراین نظریه نمایندگی نه کافی است و نه واقعی.

۴- طبق نظریه نمایندگی باید هر اقدامی که در برابر یکی از بدهکاران برای وصول دین انجام می‌گیرد، به زیان سایرین قابل استناد باشد؛ و بالعکس هرچه در جهت پرداخت دین یا کاستن از بار تعهد باشد، به سود همه تمام شود. ولی پیروان این نظریه، این آثار را در جهت ایجاد تعهد نپذیرفته‌اند (همان، ۲۱۹-۲۲۱). به نظر می‌رسد که اشکالات مذکور بر این نظریه وارد است و نیازی به بررسی بیشتر آن نیست.

نتیجه

با صرف‌نظر از بحث اثباتی و این که مفاد ادله نقلی مثل حدیث «علی الید...» و یا مفاد مواد قانونی نسبت به مسئولیت تضامنی چیست، از جهت مقام ثبوت و مقتضای قواعد عقلی، عمده‌ترین اشکالاتی که مخالفان امکان عقلی مسئولیت تضامنی مطرح کرده‌اند، عبارت از دو اشکال بود: ۱. با وجود این که هر چیز یک بدل بیشتر ندارد، چگونه معقول است که بدل آن بر عهده اشخاص متعدد قرار گیرد؟ ۲. مفهوم ضمان این است که آنچه در تصرف فرد قرار دارد، بر عهده متصرف باشد. چگونه ممکن است ضمان به تبع کثرت تصرفات، متعدد شود؟ زیرا این امر مستلزم آن است که شیء واحد در زمان واحد در مکان‌های متعدد واقع شود.

پاسخی که به اشکال دوم داده شده است، مبنی بر این است که امکان اعتبار کردن شیء واحد در مکان‌های متعدد اعتباری در عالم اعتبار، و با توجه به واسع بودن ظرف اعتبار، وجود دارد و این اشکال را مرتفع می‌سازد و هیچ اشکال عقلایی در این مورد باقی نمی‌ماند؛

و احکام عالم اعتبارات عقلایی را نباید با عالم تکوین و فلسفه مقایسه کرد. همچنین به نظر می‌رسد که تفسیرهایی که از نظریه تعهدهای بدلی عرضی توسط طرفداران آن مطرح گردید و پاسخی که به اشکالات طرح شده نسبت به امکان تصویر تعهدهای عرضی، بدون ضرورت منتفی شدن همه ضمان‌ها، داده شد، باعث می‌گردد که مسئولیت تضامنی عرضی ثبوتاً مواجه با اشکال عقلی نباشد. پذیرش فی‌الجمله آن در برخی احکام فقهی هم گویای پذیرش ضمنی امکان ثبوتی آن است. نظریه تعهدهای طولی نیز می‌تواند توجیه‌کننده مسئولیت تضامنی باشد. به ویژه که براساس تقریر ارائه شده از سوی محقق نائینی امکان مراجعه همزمان به ضامن‌های متعدد را نیز توجیه می‌کند. اما نظریه نمایندگی به کلی مخدوش و غیر قابل دفاع است. و نظریه وحدت موضوع و تعدد رابطه‌ها نیز اگر چه پاره‌ای از حقیقت مسئولیت تضامنی را بیان می‌کند، ولی نمی‌تواند ماهیت و آثار آن را توجیه نماید.

به این ترتیب، نظریه مسئولیت تضامنی طولی و عرضی با هیچ مانع عقلی و تحلیلی مواجه نیست و به عنوان یک نظریه عمومی و قاعده کلی در فقه امامیه و حقوق ایران نیز قابل قبول و توسعه است. مگر در مواردی که اثباتاً دلیل خاصی برخلاف آن وجود داشته باشد. در واقع نظریه اهل سنت. مبنی بر تضامنی دانستن ضمان قراردادی نیز مبتنی بر تحلیل لغوی این واژه، فقدان مانع عقلی و تحلیلی برای تحقق آن و فقدان روایات خاص دال بر نقل ذمه به ذمه بودن ماهیت ضمان در منابع حدیثی آنان می‌باشد (رک. ابن قدامه، ۱۹۸۳: ج ۴، ۳۵۱۶ و ۳۵۲۳-۳۵۲۵). در نتیجه هم موارد تضامن عرضی موجود در قانون مانند ماده ۲۴۹ قانون تجارت قابل دفاع و توجیه خواهد بود و همه ضامن‌ها در مقابل متعهدله و دارنده سند تجاری در عرض یکدیگر قرار می‌گیرند و نیز در رابطه داخلی ضامن‌ها حق مراجعه به ضامن اصلی را دارند، و هم موارد تضامن طولی ناظر به لزوم رعایت تقدیم مراجعه به ضامن اصلی قابل توجیه خواهد بود. و مناسب است که قانون‌گذار مسئولیت تضامنی قراردادی را به عنوان یک قاعده عام بپذیرد.

منابع

- ۱- ابن‌قدامه. ۱۹۸۳، *المعنی*، بیروت، دارالکتب العربی.
- ۲- اسکینی، ربیعاً. ۱۳۷۴، *حقوق تجارت (برات، سفته...)*، تهران، سمت.
- ۳- ایروانی غروی، میرزا علی. ۱۴۲۶ ق، *حاشیه کتاب مکاسب*، ج ۲ (بیع)، قم، صبح صادق.
- ۴- آخوند خراسانی. ۱۴۰۶ ق، *حاشیه مکاسب*، تهران، وزارت ارشاد اسلامی.
- ۵- حکیم، سیدمحسن. بی‌تا، *نهج‌الفقاهه*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
- ۶- خمینی، سید روح‌الله. بی‌تا، *کتاب‌البیع*، ج ۲، قم، اسماعیلیان.
- ۷- خمینی، سیدمصطفی. ۱۳۸۵، *بیع*، ج ۲، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۸- خویی، سیدابوالقاسم و محمدعلی توحیدی. ۱۳۷۴، *مصباح‌الفقاهه*، ج ۴، حاجیانی، نجف اشرف.
- ۹- رشتی، میرزا حبیب‌الله. بی‌تا، *کتاب‌غصب*، چاپ سنگی، بی‌نا.
- ۱۰- ستوده تهرانی، حسن. ۱۳۷۸، *حقوق تجارت*، ج ۳، تهران، نشر دادگستر.
- ۱۱- سنهوری، عبدالرزاق. بی‌تا، *الوسیط*، ج ۳، قاهره، دارالنهضة العربیه.
- ۱۲- شهید ثانی. ۱۴۱۰ ق، *شرح‌لمعه*، ج ۳، قم، انتشارات دآوری.
- ۱۳- شیخ انصاری. ۱۴۲۴ ق، *مکاسب*، ج ۳، قم، مجمع‌الفکر الاسلامی.
- ۱۴- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. ۱۳۷۸ ق، *حاشیه مکاسب*، چاپ سنگی، اسماعیلیان، قم.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۹، *الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری*، ج ۲، دانشگاه تهران.
- ۱۶- _____ . ۱۳۷۴ ش، *حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)*، تهران، نشر یلدا.
- ۱۷- _____ . ۱۳۷۸، *حقوق مدنی، (عقود معین)*، ج ۴، تهران. شرکت سهامی انتشار.
- ۱۸- محقق اصفهانی. ۱۴۰۸ ق، *حاشیه مکاسب*، ج ۲، قم، پایه دانش.
- ۱۹- محقق نائینی و شیخ محمدتقی آملی. ۱۴۱۳ ق، *المکاسب و‌البیع*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.

- ۲۰- محقق نائینی و شیخ موسوی خوانساری. ۱۴۱۸ ق، *منیة الطالب*، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- ۲۱- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. ۱۳۹۱ ق، *القواعد الفقهیه*، ج ۴، نجف اشرف، مطبعة الاداب.
- ۲۲- نجفی، شیخ محمد حسن. ۱۳۶۷، *جواهر الکلام*، ج ۳۷ و ۲۶، قم، دارالکتب الاسلامیه.