

اثر عقد ضمان تبدیل تعهد است یا انتقال دین؟

چکیده: پیرامون ماهیت حقوقی و اثر عقد ضمان عقاید متفاوتی ابراز شده است. بعضی آن را نوعی «تبدیل تعهد» می‌پندارند. برخی دیگر از علمای حقوق معتقدند آنچه که با تحقق عقد ضمان رخ می‌دهد «انتقال دین» از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌باشد. عده‌ای نیز ماهیت آن را مبتنی بر نوعی «انتقال دین خاص» می‌دانند. این مقاله می‌کوشد ضمن مقایسه عقد ضمان (به مفهوم مندرج در قانون مدنی) با دو نهاد حقوقی «تبدیل تعهد» و «انتقال دین» نظریه جدیدی در این خصوص مطرح نماید که بنا بر آن، همینطور اثر عقد ضمان، انتقال دین است که در عین حال شامل تعریف بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی نیز هست. به عبارت بهتر، اثر عقد ضمان هم تبدیل تعهد است و هم انتقال دین؛ البته به مفهومی که این دو تأسیس در حقوق کشور ما دارند نه به مفهومی که در حقوق خارجی دارا می‌باشند.

مقدمه

تعریف ضمان: بیشتر فقها عقد ضمان را چنین تعریف کرده‌اند: «الضمان عقد شرع للتعهد بمال او نفس»^(۱) صاحب عروة عقد ضمان را این‌گونه تعریف نموده: «هو التعهد بمال عیناً او منفعة او عملاً...»^(۲) آنچه از تعاریف فقهای بزرگ اسلامی در مورد ضمان برمی‌آید این است که ضمان در فقه دارای یک معنای عام است. بر این اساس، ضمان بر سه نوع می‌باشد: ۱. ضمان به معنی اخص، ۲. کفالت و ۳. حواله^(۳)

مورد ضمان اگر شخص باشد، آن را کفالت گویند و اگر مال باشد، از دو حال بیرون نیست یا ضامن به مقداری که از دیگری تعهد کرده به او مدیون است یا به او مدیون نیست؛ اگر به او

مدیون باشد، حواله است و الاً ضمان به معنی اخص (ضمان عقدی). تعریفی که قانون مدنی از ضمان کرده به همین معناست. ماده ۶۸۴ ق.م. می‌گوید:

«عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را

ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی گویند.»

از تعریف مندرج در ماده ۶۸۴ و تأکید ماده ۶۹۸ ق.م. معلوم می‌شود که برخلاف آنچه در حقوق اروپایی و نزد اکثر فقهای عامه معمول است، به پیروی از جمهور فقهای شیعه، ضمان مفید نقل ذمه به ذمه است. در حقوق اروپایی، ضمان عقدی است که به موجب آن شخص ثالثی تعهد می‌کند که اگر مدیون دین خود را ادا نکرد، او از عهده برآید. بنابراین، در ضمان، ذمه ضامن ضمیمه ذمه مدیون شده به منزله وثیقه‌ای است بر دین اصلی. چنانکه ماده ۲۰۱۱ ق.م. فرانسه صریحاً مقرر می‌دارد:

«کسی که ضمانت تعهدی را می‌نماید در صورتی که مدیون اصلی تعهد خود را انجام نداد، موظف به

انجام آن است.» (۴)

مطابق همین قانون، ضامن وقتی ملزم است تعهد خود را در مقابل مضمون‌له انجام دهد که مضمون‌له قبلاً از مضمون‌عنه مطالبه کرده و پس از رسیدگی معلوم شده باشد که اموال وی کفاف دین او را نمی‌نماید. (۵) بالعکس در ق.م. ایران اثر ضمان نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن می‌باشد؛ یعنی، به مجرد وقوع عقد ضمان، مدیون بری و حق رجوع دائن به وی ساقط می‌شود و مضمون‌له برای استیفای طلب خود فقط می‌تواند به ضامن مراجعه کند و به همین لحاظ است که در این قسم ضمان می‌گویند نقل ذمه به ذمه می‌شود و در قسم اول، که ذمه ضامن ضمیمه ذمه مدیون می‌گردد، می‌گویند ضمان مفید ضم ذمه به ذمه می‌باشد. (۶)

الف. کلیات

در اینجا لازم است ابتدا در مورد دو تأسیس حقوقی «تبدیل تعهد» و «انتقال دین»، که در واقع مدار اصلی بحث ما در گرو تشریح مبانی این دو نهاد و تبیین آثار و ماهیت حقوقی آنهاست، مطالبی را عنوان کنیم، آنگاه عقد ضمان را با این دو نهاد مقایسه خواهیم کرد.

۱. ماهیت حقوقی و آثار «انتقال دین»^۱

انتقال دین قراردادی است بین دو طرف که مضمون آن انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه مدیون جدید می‌باشد. موضوع انتقال دین همان تعهدی است که از ذمه مدیون اصلی به ذمه مدیون جدید منتقل می‌شود. در قوانین کشور ما انتقال دین تعریف نشده است. در فقه نیز گرچه باب مخصوصی در مورد انتقال دین وجود ندارد، ولی فقها تعاریف گوناگونی در ضمن مبحث حواله یا ضمان از آن به دست داده‌اند. با این حال، قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ در ماده ۱۷ خود مثالهایی از انتقال دین را بیان کرده است. این ماده می‌گوید:

«در صورت فوت بیمه‌گذار یا انتقال موضوع بیمه به دیگری اگر ورثه یا منتقل‌الیه کلیه تعهداتی را که به موجب قرارداد به عهده بیمه‌گذار بوده است در مقابل بیمه‌گر اجرا کند، عقد بیمه به نفع ورثه یا منتقل‌الیه به اعتبار خود باقی خواهد ماند؛ مع هذا هر یک از بیمه‌گر یا ورثه یا منتقل‌الیه حق فسخ آن را خواهد داشت.»

این ماده به دو مطلب اشاره کرده است: یکی اینکه متعهدله بیمه‌گر در این انتقال دخالتی ندارد و دیگر اینکه چون بیمه نوعی وثیقه است، با انتقال این دین وثیقه نیز از بین نرفته، به حال خود باقی می‌ماند.

انتقال دین ممکن است قهری باشد یا ارادی؛ بدین معنا که در انتقال قهری دین، اراده طرفین در کار نبوده و چنین انتقالی ناشی از قانون است (ماده ۱۷ ق. بیمه) و اما انتقال ارادی عبارت است از عقدی که به موجب آن دین از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی (مدیون جدید) منتقل می‌شود؛ یعنی، با وقوع عقد ذمه مدیون جدید مشغول می‌شود. در انعقاد قرارداد انتقال دین کافی است مدیون اصلی و مدیون جدید بر نقل دین از ذمه یکی بر دیگری توافق کنند و این قرارداد از لحاظ ارکان و شرایط صحت تابع قواعد عمومی قراردادها است. البته بین قرارداد انتقال دین و قراردادی که بر اساس آن ذمه مدیون جدید علاوه بر مدیون اصلی (به نحو تضامنی) با او مشغول می‌شود تفاوت وجود دارد. در صورت اخیر، در واقع دین به ذمه مدیون جدید منتقل نشده، بلکه همچنان در ذمه مدیون اصلی باقی است؛ نهایت اینکه مدیون جدید نیز ذمه‌ای به نحو تضامنی با وی دارد.

در انتقال دین مدیون را محیل^۱، شخص ثالثی که دین به او منتقل شده محال علیه^۲، و دائن را که از ناحیه مدیون به شخص ثالث حواله داده شده محتال^۳ می نامند. بنابراین، در انتقال دین محیل و محال علیه توافق می کنند بر اینکه محال علیه دین محیل را متحمل شده و در نتیجه، در همان دین با جمیع ارکان خصوصیات، تضمینات، ایرادات و دفاعهای آن، جایگزین مدیون (محیل) شود. گاهی انتقال دین بر اساس قرارداد دائن و محال علیه بدون هیچ گونه دخالتی از ناحیه مدیون اصلی صورت می پذیرد. البته گاهی هم قرارداد بین مدیون اصلی و مدیون جدید منعقد می شود و دائن با پذیرش این قرارداد آن را در حق خود نافذ می گرداند.

در مورد فرض اول، باید گفت که در این نوع قرارداد مدیون اصلی نه در اصل انعقاد قرارداد و نه در پذیرش آن دخالتی ندارد؛ هر چند که ذمه او بری شده و انتقال در حق او نافذ است. البته اثر عدم دخالت مدیون اصلی آنجا ظاهر می شود که رجوع محال علیه به او نمی تواند مستند به قرارداد فیما بین باشد. ماده ۲۶۷ ق.م. می گوید:

«ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد ولیکن

کسی که دین دیگری را ادا کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد.»

اما در مورد فرض دوم، از آنجا که تغییر مدیون در انتقال دین برای دائن اهمیت بسیاری دارد، لذا تصور انتقال دین و جایگزینی مدیون جدید به جای مدیون اصلی بدون دخالت دائن (در اصل قرارداد یا لاقلاً نفوذ آن) امر مشکلی است چرا که در تعهدات، شخصیت مدیون بیشتر از دائن مورد نظر است و مدیون است که عملاً ارزش تعهد را تعیین می کند و این ارزش مبتنی است بر میزان دارایی، قدرت پرداخت و حسن ایفا. بنابراین، رضایت دائن به تغییر مدیون امری ضروری است. (۷) البته به مجرد تراضی مدیون اصلی و محال علیه قرارداد انتقال دین منعقد می شود و تنها اثر قبول دائن از جهت نفوذ آن در حق وی است. از این رو، قبول وی دارای اثر قهرایی است که بازگشت آن به زمان انعقاد قرارداد است نه زمان اعلان قبولی. در واقع می توان این قرارداد را به یک معامله فصولی تشبیه کرد که در آن اجازه یا رد از روز عقد نه زمان تنفیذ آن مؤثر است. (۸)

در هر دو فرض اثر قطعی انتقال دین برائت ذمه مدیون اصلی است و در واقع، این برائت

نتیجه‌ای است که بر انتقال خود دین به ذمه محال‌علیه مترتب می‌شود و دینی که منتقل می‌شود همان است که در ذمه مدیون اصلی بوده و همراه با آن صفات دین نیز منتقل می‌شود؛ به‌عنوان مثال، اگر دین مشروط یا مؤجل باشد یا یک دین تجاری باشد یا دینی که مشمول مرور زمان شده باشد، در اثر انتقال دین شرط و اجل و وصف تجاری دین و شمول مرور زمان بر آن نیز به همراه دین انتقال می‌یابد. بنابراین، دائن فقط حق مطالبه طلب خود را از محال‌علیه دارد و دیگر حقی نسبت به مدیون اصلی نخواهد داشت.

۲. ماهیت حقوقی و آثار تبدیل تعهد^۱

از تبدیل تعهد در ق.م. ما تعریفی ارائه نشده است، ولی می‌توان گفت که تبدیل تعهد به‌عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات عبارت است از: جایگزینی تعهدی با اوصاف، تضمینات و وثائق جدید به جای تعهد سابق و به عبارت بهتر تبدیل تعهد، عقدی است که به موجب آن تعهد موجود منتفی گردیده و تعهدی جدید جایگزین آن می‌شود (مواد ۱۲۷۱ و ۱۲۷۲ ق.م. فرانسه). قانون مدنی ایران مقررات تبدیل تعهد را در دو ماده ۲۹۲ و ۲۹۳ بیان کرده است. در ماده ۲۹۲، که از ماده ۱۲۷۱ ق.م. فرانسه اقتباس شده، آمده است:

«تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود:

۱. وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم‌مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند؛ در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود.
۲. وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید.
۳. وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.»

همان‌گونه که از تعریف معلوم می‌شود تبدیل تعهد متضمن سقوط یک تعهد و انشای یک تعهد جدید است و بنابراین، با اراده یک طرف تحقق پیدا نمی‌کند؛ لذا گفته شده است که تبدیل تعهد دارای ماهیت قراردادی است. (۹) برخی از حقوق‌دانان نیز ضمن تشریح نظریه فوق برای انشای تعهد جدید ماهیت قراردادی و برای سقوط تعهد قدیم ماهیت توافقی قائل شده‌اند. (۱۰) اما با توجه به تعریف ماده ۱۸۳ ق.م. از عقد معلوم نیست که چه تفاوتی بین توافق و قرارداد

وجود دارد. در هر حال اختلاف ماهوی بین این نظریه‌ها وجود ندارد. اصل لزوم متفاوت بودن تعهد قدیم از تعهد جدید مورد توافق همه حقوقدانان و نظریه‌پردازان تبدیل تعهد است و نظر مخالف هم دیده نشده، بلکه از بدیهیات است. زیرا اگر بنا باشد تعهد جدید عین تعهد قدیم باشد، تبدیل، امری غیر معقول خواهد بود. منظور از تمایز دو تعهد این نیست که تعهد قدیم تعدیل شود یا اجلی که موجود نبوده به تعهد افزوده شود یا تضمیناتی برای تعهد جدید قائل شوند یا اینکه محل انجام تعهد یا شیوه پرداخت تغییر نماید؛ اینها همگی از مصادیق تعدیل تعهد هستند نه تبدیل تعهد. بنابراین، منظور از متفاوت بودن تعهد قدیم و تعهد جدید در یکی از عناصر، تغییر یا در یکی از عناصری است که وصف جوهری و اساسی تعهد باشد یا در یکی از ارکان تعهد، یعنی متعهدله یا متعهدبه، که در این صورت بر حسب مورد تبدیل تعهد به اعتبار مدیون، دائن یا دین نامیده می‌شوند.

نکته دیگر در مورد تبدیل تعهد این است که با سقوط تعهد سابق تمامی تضمینات و وثائق و توابع آن نیز ساقط می‌شود، چرا که توابع و لواحق یک تعهد، وجودی مستقل از خود تعهد ندارند و در وجود یا عدم تابع خود تعهد هستند. بنابراین، هرگاه به‌عنوان مثال برای تعهد سابق رهنی وجود داشته باشد یا برای آن ضامنی باشد، با تبدیل تعهد، ذمه ضامن بری و رهن آن تعهد نیز فک خواهد شد مگر اینکه طرفین بقای آن وثیقه یا رهن را شرط کرده باشند. ماده ۲۹۳ ق.م. مقرر می‌دارد:

«در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند.»

همچنین در تبدیل تعهد کلیه اسباب دفاعی متعهد جز آنچه مربوط به بطلان تعهد اول باشد از بین خواهد رفت و متعهد تعهد جدید نمی‌تواند در مقام دفاع از آنها استفاده کند. اما دفاع متعهد دائر بر بطلان تعهد اول باقی می‌ماند، زیرا بین سقوط تعهد قبلی و انشای تعهد جدید ملازمه وجود دارد.

۳. مقایسه تبدیل تعهد با انتقال دین

انتقال دین یک عمل حقوقی است که به موجب آن مدیون تعهد خود را به دیگری منتقل می‌کند. (۱۱) مؤلفان حقوق مدنی فرانسه می‌گویند که انتقال دین شباهت به تبدیل تعهد به اعتبار

تبدیل مدیون دارد، زیرا نتیجه هر دو یکسان به نظر می‌رسد؛ ولی این شباهت ظاهری است و بین این دو پدیده حقوقی جهات افتراق بارزی وجود دارد. همان‌طور که گفتیم در انتقال دین شخص ثالث ذمه مدیون را به عهده می‌گیرد؛ اعم از اینکه این امر به موجب عقد میان دائن و مدیون جدید و یا مدیون اصلی و مدیون جدید واقع شده باشد. در هر حال، تغییری در دین به وجود نمی‌آید و رابطه حقوقی الزام‌آور سابق به جای خود کماکان باقی است؛ منتها شخص مدیون تغییر کرده است. ولی در تبدیل تعهد رابطه حقوقی الزام‌آور تغییر پیدا می‌کند. با این توضیحات وجوه افتراق عمده انتقال دین با تبدیل تعهد را می‌توان این‌گونه برشمرد: (۱۲)

الف. هنگامی که تبدیل تعهد را تحلیل می‌کنیم درمی‌یابیم که در آن می‌توان به دو عمل حقوقی برخورد که وقوع هر یک با دیگری ملازمه دارد و هیچ‌یک به‌طور مستقل مورد نظر قرار نمی‌گیرد و آن، یکی از بین بردن و اسقاط تعهدی است که قبلاً وجود داشته و دیگری ایجاد تعهد جدیدی است به جای تعهد اولی. بدین ترتیب، می‌توان تفاوت بین تبدیل تعهد را از طریق تبدیل مدیون با انتقال دین به دست آورد. در انتقال دین رابطه حقوقی تعهد سابق از بین نمی‌رود، بلکه فقط مورد تعهد از ذمه مدیون اصلی به ذمه مدیون (متعهد) جدید منتقل می‌گردد. اگر رابطه مربوط به دین را به ریسمانی تشبیه کنیم، در تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون، ریسمان مزبور به کلی پاره می‌شود و رشته جدیدی بین مدیون جدید و متعهدله در عالم حقوق به وجود می‌آید؛ در صورتی که در انتقال دین ریسمان قبلی باقی است منتها از گردن مدیون باز می‌شود و بر گردن مدیون جدید بسته خواهد شد. (۱۳)

ب. در انتقال دین، غالباً قرارداد بین مدیون اصلی و مدیون جدید واقع می‌شود، ولی موافقت دائن قبل یا بعد از عقد ضروری است؛ حال آنکه در تبدیل تعهد، اطراف عقد دائن و مدیون جدید هستند و بسته به مورد ممکن است با موافقت یا بدون موافقت مدیون اصلی انجام گیرد. بنابراین، در تبدیل تعهد نه تنها ممکن است مدیون دخالت نداشته باشد، بلکه در بیشتر موارد موافقت او نیز شرط نیست. در مورد انتقال دین بعضی از حقوقدانان رضای دائن را شرط صحت انتقال دین نمی‌دانند. (۱۴) ولی گروهی دیگر رضایت دائن را شرط انتقال می‌دانند؛ زیرا به عقیده این گروه از نویسندگان ارزش طلب بستگی به وضعیت مالی مدیون دارد و تغییر مدیون در بسیاری از موارد در ارزش طلب تأثیر می‌نماید و بنابراین، مؤدیان از نظر مقدمات مالی و

خوش حسابی در یک سطح نیستند و دائن نمی‌تواند نسبت به تصمیمات مدیون و شخص ثالث بیگانه بماند. (۱۵)

ج. در تبدیل تعهد، تضمینات دین سابق از بین می‌رود و عوارض دین به محض انعقاد عقد زایل می‌گردد؛ مثلاً، اگر تعهد اول، وثیقه عینی (رهن) یا وثیقه شخصی (کفیل) یا وثیقه دینی (ضامن) داشته باشد، از بین می‌رود؛ یا اگر دین در شرف مرور زمان باشد، مرور زمان قطع می‌شود. (۱۶) ولی در انتقال دین، فقط شخص ثالث (مدیون جدید) جایگزین مدیون اصلی می‌شود و دین با تمام وثائق و اوصاف خود باقی می‌ماند.

ب. ماهیت حقوقی عقد ضمان

طرح بحث: در خصوص ضمان عقدی فقها و حقوقدانان دو نظریه کاملاً متفاوت دارند. عده‌ای معتقدند که ضمان نوعی وثیقه برای دین اصلی و در کنار آن می‌باشد. در حقوق کشورهای اروپایی و نزد فقهای عامه از این نظر پیروی شده است. عده‌ای دیگر ضمان را وسیله برائت ذمه مدیون اصلی می‌دانند. این قول مورد قبول فقهای امامیه قرار گرفته است. بر اساس این دو طرز تفکر، دسته اول اقتضای ضمان را ضم ذمه به ذمه و گروه دوم آن را مفید نقل ذمه به ذمه می‌دانند. (۱۷)

در بررسی ماهیت حقوقی ضمان باید متعرض این مطلب شویم که ضمان در چه قالب یا تأسیسی حقوقی می‌تواند بگنجد؛ به عبارت بهتر، اثر عقد ضمان چیست؟ تبدیل تعهد است یا انتقال دین یا صرفاً تأدیه دین و آثار این تفکیک چه می‌باشد؟ با این توصیف، اختلاف در نقل ذمه و ضم ذمه جایز نیست که در مفهوم ضمان باشد؛ زیرا مفهوم منشأ در نزد عامه و خاصه یکی است و آن تأدیه و التزام به پرداخت دین و اشتغال ذمه ضامن به سبب آن است بدون تعرض به نقل یا ضم ذمه. بنابراین، مابه‌الاجتلاف (نقل یا ضم ذمه) از مفهوم اقتضای ضمان خارج است، زیرا نقل یا ضم از احکام هستند که از ادله خاصه مستفاد می‌شوند (۱۸) و به همین جهت طبق مقررات حقوق ایران (۱۹) و مطابق نظریه فحول فقهای امامیه اشتراط تضامن که نافی نقل ذمه می‌باشد صحیح است. (۲۰)

بنابراین، استدلال به اینکه ماهیت ضمان مطابق ماده ۶۸۴ ق.م. عبارت از ناقلیت ذمه صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً اگر ماهیت ضمان نقل ذمه باشد، باید اشتراط ضم ذمه ضامن به ذمه

مدیون اصلی - چون ماهیت مورد ادعا را نفی می‌کند- باطل و سبطل باشد و حال آنکه اشتراط مذکور بلااشکال است؛ ثانیاً ذکر ناقلیت ذمه در ماده ۶۹۸ ق.م.ا، به دلیل خروج نقل ذمه از ماهیت ضمان است، زیرا اگر ناقلیت در ماهیت و مفهوم ضمان بود، دیگر نیازی به تنظیم این ماده که مبین اشتغال ذمه ضامن و برائت ذمه مضمون‌عنه در برابر مضمون‌له است نمی‌بود. (۲۱) حال با توجه به مبانی و آثار و احکام گفته شده در مورد هر یک از دو تأسیس حقوقی «تبدیل تعهد» و «انتقال دین»، عقد ضمان منتج کدام یک از دو اثر است؟ و با قبول هر یک از نظریات ارائه شده چه نتایجی بر عقد ضمان مترتب می‌شود؟

فصل اول. آیا اثر عقد ضمان تبدیل تعهد است؟

گروهی از علمای حقوق عقد ضمان را از مصادیق تبدیل تعهد دانسته استدلال می‌کنند: «عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه می‌گردد. طرفین عقد، ضامن و مضمون‌له هستند. مضمون‌له متعهدله سابق است و ضامن متعهد جدیدی که با متعهدله سابق تراضی می‌کند که تعهد متعهد سابق را انجام دهد و چون ضمان تبرعی و غیرتبرعی را قانونگذار صحیح دانسته، لذا ضامن می‌تواند بدون جلب رضای متعهد سابق (مضمون‌عنه) یا با رضای او طرف عقد با مضمون‌له واقع گردد. نتیجه اینکه تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون بر عقد ضمان ناقل ذمه در حقوق ایران و فقه امامیه مطابقت دارد؛ علی‌الخصوص که فقها تصریح می‌کنند با نقل ذمه تضمینات سابق هم از بین می‌رود و طبعاً همه عوارض و طواری نیز از بین خواهد رفت.» (۲۲)

در تأیید همین نظر در تفسیر بند ۲ ماده ۱۲۹۲ ق.م.ا گفته شده است:

«این نوع از تبدیل تعهد^۱ عکس صورت نخست است یعنی عهده، متحد است ولی متعهد تغییر کرده مانند باب ضمان که در نتیجه ضمانت تحویل ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌شود و مضمون‌عنه بری خواهد شد زیرا بر حسب عقیده امامیه ضمان نقل ذمه به ذمه است نه ضم ذمه به ذمه.» (۲۳)

بعضی از فقهای عامه، که اکثریت آنان ضمان ضم ذمه به ذمه را پذیرفته‌اند، برای اینکه از مزایای ضمان نقل ذمه هم برخوردار باشند نظر داده‌اند که هرگاه طرفین عقد ضمان شرط برائت مدیون اصلی را در عقد بکنند اشکال ندارد و این قسم از ضمان را «ضمان به شرط برائت

۱. منظور تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون است.

اصیل» نامیده‌اند. در مورد این قسم از ضمان بین آنان دو نظریه وجود دارد: عده‌ای آن را مصداق و نمونه بارز عقد ضمان می‌دانند و عده‌ای هم آن را به علت نقل ذمه حواله می‌دانند. در هر حال اگر ضمان به شرط برائت اصیل را مصداق عقد ضمان بدانیم، فرقی بین آن و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون نیست و اگر آن را نوعی حواله بدانیم، باز فرقی بین این قسم حواله با این نوع تبدیل تعهد دیده نمی‌شود. (۲۴)

همین مؤلف در نتیجه‌گیری‌ای که از ضمان ناقل ذمه و ضمان به شرط برائت اصیل به عنوان مصادیق بارز تبدیل تعهد می‌کند می‌افزاید که اگر از تفاوت‌های جزئی که موجب فرق ماهوی با پدیده‌های مذکور نمی‌شود بگذریم، عنوان این پدیده‌ها چیزی جز «ابراء بعوض» نخواهد بود؛ بدین معنی که دائن ذمه مدیون را در برابر تعهد ضامن به نفع وی ابراء می‌کند. در ضمان دینی، که وثیقه وجود ندارد، عقد ضمان وجود ندارد؛ بلکه عقد دیگری است که در عین شباهت به عقد ضمان به علت فقدان عنصر وثیقه عنوان عقد ضمان را ندارد و می‌توان به آن عنوان «ضمان به شرط برائت اصیل» یا عنوان «ابراء بعوض» داده شود. (۲۵) باز همین نویسنده در جایی دیگر ضمان را از مصادیق تعهد به نفع ثالث ذکر می‌کند و می‌گوید که عقد ضمان نسبت به مضمون‌عنه همان تعهد به نفع شخص ثالث است و مشمول ماده ۱۹۶ ق.م. (۲۶) می‌باشد. (۲۷)

پیش از وارد کردن هرگونه ایراد به این نظریه لازم است ابتدا در مورد موضوع مهمی که می‌تواند تا حدودی ما را به نتیجه صحیحی برساند به تفصیل صحبت کنیم و آن اینکه در تبدیل تعهد و عقد ضمان تکلیف تضمینات و وثائق و همچنین اوصاف و عوارض دین چه می‌شود؟ آیا پس از تبدیل تعهد و جایگزین شدن مدیون جدید به جای مدیون اصلی و در ضمان پس از اینکه ذمه ضامن در برابر مضمون‌له مشغول گردید و مضمون‌به بر عهده وی قرار گرفت، تضمینات و وثائق کماکان به قوت خود باقی می‌ماند و بر دوش مدیون جدید و ضامن قرار می‌گیرد یا اینکه پس از این تحول، دین و تعهد جدیدی به وجود می‌آید و لواحق و توابع التزام سابق از بین می‌رود؟

در مورد تبدیل تعهد چنانکه گفتیم به موجب نص صریح ماده ۲۹۲ ق.م. تضمینات علی‌الاصول و اولاً و بالذات از بین می‌رود مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. اما بررسی این مسئله در مورد ضمان نیاز به تفصیل بیشتری دارد که ذیلاً به آن می‌پردازیم.

۱. سقوط یا بقای تضمینات در ضمان

قانون مدنی ما در مورد سقوط یا بقای تضمینات در عقد ضمان حکمی ندارد و با نبودن نص صریح، نویسندگان حقوقی نظریات متفاوتی ابراز کرده‌اند. در اینجا لازم است این مسئله را نخست در فقه مورد بررسی قرار دهیم، آنگاه بینیم آرای علمای حقوقی چیست.

الف. آرا فقها: اکثر قریب به اتفاق فقها بر اسقاط تضمینات در ضمان نظر داده‌اند. صاحب شرایع در این مورد می‌گوید:

«با تحقق عقد ضمان مال از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و مضمون‌عنه بری می‌گردد به طوری که دیگر مضمون‌عنه از مضمون‌عنه حق مطالبه ندارد و برائت ذمه مضمون‌عنه توسط مضمون‌عنه تأثیری در ذمه ضامن ندارد.» (۲۸)

البته گرچه صریحاً از سقوط تضمینات صحبت نشده، ولی با توجه به برائت ذمه مضمون‌عنه و عدم تأثیر برائت مضمون‌عنه بعد از عقد ضمان در ذمه ضامن، این طور استنباط می‌شود که تضمینات با وقوع عقد ضمان از بین می‌روند. صاحب عروة نیز در این زمینه می‌گوید:

«زمانی که از مضمون‌عنه نزد مضمون‌عنه مالی به عنوان رهن باشد، آیا پس از عقد ضمان منفک می‌شود؟ از کتاب مسالک و جواهر چنین برمی‌آید که رهن منفک می‌شود، زیرا ضمان به منزله ایفای دین است؛ اما این نظر خالی از اشکال نیست. البته تمام بحثها در صورتی است که عقد ضمان به طور مطلق منعقد شده باشد و در صورتی که شرط بقای رهن یا عدم آن شده باشد، آن شرط لازم‌الاتباع است.» (۲۹)

بنابراین، آنچه که در فقه امامیه نظر قاطبه فقهای بزرگ است برائت کلی ذمه مضمون‌عنه می‌باشد و این امر با سقوط جمیع تضمینات و وثائق ملازمه دارد.

ب. عقاید علمای حقوق: گروهی از حقوقدانان با تکیه بر ماهیت ضمان، که آن را انتقال دین می‌دانند، می‌گویند در صورتی که دین اصلی رهن داشته باشد، در اثر عقد ضمان رهن فک نمی‌شود؛ مگر آنکه در عقد ضمان تصریح به عدم بقای رهن گردد، زیرا دین باقی است و فقط جای آن به اعتبار مدیون عوض می‌شود. بنابراین، با بقای دین، وثیقه در متابعت از آن تبعاً باقی می‌ماند. (۳۰) اینان در جواب آن دسته از فقها که عقیده به فک رهن داشته، ضمان را به منزله وفای دین می‌دانند می‌گویند که گرچه به اعتبار مدیون اصلی که ذمه او بری شده، ضمان به منزله وفای دین است؛ ولی به اعتبار دائن، دین باقی است و محل خود را از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن تغییر داده است و نمی‌توان ضمان را من جمیع الجهات به منزله وفای دین دانست و الا سبب

جدیدی برای مدیونیت ضامن حادث نشده است تا مضمون‌له از او طلبکار گردد. یکی دیگر از همین مؤلفان اظهار می‌کند که مطابق ماده ۷۱۸ ق.م. ابراء ذمه مضمون‌عنه لغو و بی‌اثر است، زیرا مضمون‌عنه اشتغال ذمه به او نداشته تا آن را ابراء کند؛ به عبارت دیگر، با تحقق عقد ضمان به‌طور صحیح ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود. هرگاه دینی که نسبت به آن ضمانت شده دارای وثیقه بوده، در صورتی که شرط فک آن شده باشد، منفک؛ ولی انفکاک وثیقه در صورت عدم شرط خالی از اشکال نیست. (۳۱)

در برابر این عده، گروهی دیگر از حقوق‌دانان با تکیه بر ماهیت ضمان به‌عنوان تبدیل تعهد معتقدند چون دینی که در ذمه ضامن مستقر می‌شود غیر از دینی است که در ذمه مضمون‌عنه بوده است؛ لذا تضمینات و وثائق نیز، که از لواحق و توابع مضمون‌به است، با انتفای دین منتفی خواهند شد. البته در ضمان تضامنی چون ذمه مضمون‌عنه ساقط نمی‌شود؛ تضمینات وابسته به آن در رابطه ضامن و مضمون‌له باقی می‌ماند، زیرا ذمه مدیون اصلی ساقط نشده، فلذا علت مسقطه وجود ندارد. (۳۲)

دسته دیگری از حقوق‌دانان با تکیه بر مفهوم انتقال دین ولی بر خلاف گروه اول می‌گویند که تضمینات و وثائق از بین می‌رود، زیرا اینها تابع دین است و با انتقال دین به ذمه ضامن و سقوط آن از گردن مضمون‌عنه وثیقه هم از بین می‌رود. (۳۳) اینان برای توجیه نظر خود چنین استدلال می‌کنند: (۳۴)

۱. مهمترین اثر نقل ذمه برائت مدیون اصلی (ماده ۶۹۸ ق.م.) است. حال اگر مدیون همچنان در وثیقه طلبکار باقی بماند، آیا می‌توان ادعا کرد که او از دین بری شده است؟ این چگونه برائتی است که طلبکار بتواند با فروش مال او طلب خویش را استیفا کند؟ در جایی که شخص ثالثی هم مال خود را وثیقه دین مدیون نهاده یا به او وکالت یا عاریه داده است که رهن‌گذار، چون فرض این است که به خاطر مدیون و با ملاحظه شخصیت او مال خویش را به خطر انداخته است، انحلال این رهن در اثر سقوط دین او با مقصود طرفین سازگارتر به نظر می‌رسد. (۳۵)

۲. در فقه امامیه، همان‌طور که قبلاً نیز گفتیم، هر جا صحبت از برائت مدیون در اثر ضمان است، منظور از برائت یک برائت کلی است؛ یعنی، برائتی که به موجب آن دیگر مضمون‌له از مضمون‌عنه حق مطالبه هیچ چیزی نداشته باشد و به عبارت بهتر، حق مراجعه او به مضمون‌عنه

به کلی از بین برود. البته این امر در صورتی است که عقد ضمان بدون هیچ قید و شرطی واقع شود و خلاف این را در ضمن عقد شرط نکرده باشند. بنابراین، با باقی ماندن وثیقه پس از انتقال دین و اشتغال ذمه ضامن چگونه می توان گفت که مضمون عنه بری الذمه شده است؛ در حالی که مال او در گرو و رهن مضمون له باقی است. (۳۶)

حال با این توضیحات سستی عقیده کسانی که ضمان را مبتنی بر تبدیل تعهد می دانند به خوبی روشن می شود. در تبدیل تعهد، به اعتبار تبدیل مدیون تعهد جدیدی جانشین تعهد قبلی می شود؛ ولی در ضمان، هیچ گاه منظور طرفین عقد (ضامن و مضمون له) این نیست که دین مضمون عنه را به چیز دیگری تبدیل کنند، بلکه دینی که بر عهده ضامن بدین وسیله قرار می گیرد عین یا مثل همان دینی است که بر ذمه مضمون عنه قرار دارد. نکته دیگر اینکه در ضمان به موجب نص صریح ماده ۶۹۴ ق.م. علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می کند شرط نیست. از این ماده به خوبی بر می آید که اگر در ضمان تعهد جدیدی بر عهده ضامن قرار می گرفت، ضامن باید دقیقاً از مقدار و اوصاف مضمون به آگاه می بود و از آن رفع ابهام می گردید (ماده ۲۱۶ ق.م.؛ این امر به دلیل ارفاقی و مسامحی بودن عقد ضمان است. در اینجا لازم است در تکمیل مطالب فوق موضوع دیگری را تحت عنوان «ضمان به غیر جنس دین» و ماهیت آن مورد بررسی قرار دهیم و نکاتی را در زمینه موضوع اصلی تحقیق و ضمان به غیر جنس دین بیان کنیم.

۲. ضامن به غیر جنس دین

معمولاً ضامن همان جنس دین مضمون عنه را ضمانت می کند، ولی گاه با توافق ضامن و مضمون له جنس دین تغییر می یابد؛ مثلاً، اگر علی ده هزار تومان به حسین بدهکار باشد و احمد ضمانت علی را به صد کیلو گندم بکند، در اینجا با دو تأسیس حقوقی روبه رو هستیم: یکی انتقال دین و دیگری تبدیل تعهد به اعتبار دین. در صحت چنین قراردادی فقهای ما تردیدی به خود راه نداده اند؛ مضافاً اینکه چنین قراردادی می تواند بسیاری از مشکلات اقتصادی مردم را نیز مرتفع سازد. در اینجا هم، ضمان مفید نقل ذمه است و تبدیل به اعتبار دین جدای از عقد اصلی واقع می گردد. البته این توافق درباره مضمون عنه اثری ندارد؛ هر چند ضمان به اذن او باشد و ضامن در صورتی می تواند برای مطالبه همان جنس به مدیون رجوع کند که او نیز به

تبدیل تعهد رضایت دهد. (۳۷) طرفداران نظریهٔ تبدیل تعهد می‌گویند که ضمان به غیر جنس دین یک تبدیل تعهد مرکب است: یکی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون، که در هر عقد ضمان ناقل ذمه وجود دارد، و دیگری تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون. (۳۸)

نتیجه اینکه دو نظریه (انتقال دین و تبدیل تعهد) تا حدودی به هم نزدیک می‌شوند. هر دو قائل به وقوع تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین می‌باشند؛ ولی تفاوت از اینجا ناشی می‌شود که طرفداران انتقال دین می‌گویند که با وقوع عقد ضمان اولاً و بالذات دین بر ذمه ضامن منتقل و ثانیاً و بالعرض این انتقال همراه با یک تبدیل در جنس دین نیز هست، ولی این امر ماهیت ضمان را تغییر نمی‌دهد بلکه قابل تجزیه به دو نهاد حقوقی است و در هر حال از مصادیق ضمان عقدی است. طرفداران تبدیل تعهد قائل به وقوع تبدیل تعهد به دو اعتبار هستند: یکی به اعتبار مدیون که اثر عقد ضمان است و دیگری به اعتبار دین که تابع قرارداد خصوصی طرفین است.

۳. مقایسه ضمان و تبدیل تعهد

با توجه به مطالب گفته شده معلوم می‌شود که شباهتهای فراوانی بین این دو تأسیس وجود دارد؛ به نحوی که در بسیاری از موارد بر یکدیگر منطبق می‌شوند و تمیز آنها در برخی قسمتها مشکل می‌گردد. با این توضیح، مقایسه این دو نهاد را به شرح ذیل بررسی می‌کنیم:

الف. مقایسه ضمان و تبدیل تعهد در کلیات: نخست به وجوه اشتراک می‌پردازیم.

۱. وجوه اشتراک:

- ضمان و تبدیل تعهد هر دو عقدند و لذا رعایت شرایط اساسی صحت معامله در هر دو لازم است

- ضمان و تبدیل تعهد هر دو از عقود معوض هستند. (۳۹)

- ضمان و تبدیل تعهد هر دو از عقود لازم هستند.

- ضمان و تبدیل تعهد هر دو از عقود تبعی می‌باشند. (۴۰)

- ضمان و تبدیل تعهد موجب براءت ذمه مدیون می شوند.^۱

۲. وجوه افتراق:

- تبدیل تعهد از عقود مغایره و ضمان از عقود مبتنی بر مسامحه است.

- ضمان از عقود عهدی و تبدیل تعهد از عقود تملیکی است.

ب. مقایسه ماهوی تبدیل تعهد و ضمان: اگر ضمان به مفهوم ضم ذمه (ضمان تجاری) باشد، چنین ضمانتی با تبدیل تعهد تفاوت جوهری دارد؛ چرا که عمده‌ترین اثر تبدیل تعهد براءت ذمه مدیون است که در اینجا حاصل نمی‌شود. همچنین است در ضمان نقل ذمه‌ای که در آن مسئولیت تضامنی مدیون و ضامن در برابر مضمون‌له شرط شده باشد مگر آنکه پیرو عقیده آن دسته از فقهای اهل سنت باشیم که به جهت اینکه از مزایای نقل ذمه برخوردار شوند نظر داده‌اند هرگاه طرفین عقد ضمان شرط براءت مدیون اصلی را در عقد بکنند اشکالی ندارد. در این صورت، فرقی بین این ضمان و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون وجود ندارد؛ ولی هرگاه منظور از ضمان، ضمان نقل ذمه (ضمان مدنی) باشد، در این صورت، رابطه آن با انواع تبدیل تعهد به شرح ذیل است:

۱. ضمان به این مفهوم هیچ شباهتی با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین ندارد چرا که در ضمان ذمه ضامن به همان دینی که بر عهده مضمون‌عنه بوده است مشغول می‌شود.
۲. ضمان نقل ذمه‌ای همچنین هیچ شباهتی با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن ندارد چرا که در نتیجه عقد ضمان متعهدله جدیدی جایگزین متعهدله سابق نمی‌گردد.
۳. اما از مقایسه ضمان به مفهوم ماده ۶۸۴ ق.م. با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون روشن می‌شود که هرگاه در خصوص بقا یا زوال تضمینات و وثائق دین قائل به نظر اکثریت فقها شویم که معتقد به فک و زوال آنها هستند، ملاحظه می‌شود که ظاهراً هیچ تفاوتی بین این ضمان و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون وجود ندارد؛ زیرا در تبدیل تعهد نیز، همچون ضمان، طرفین عقد متعهدله و متعهد جدید هستند بدون اینکه نیازی به جلب رضایت و موافقت متعهد اصلی برای انعقاد و نفوذ قرارداد باشد. با این توصیف، تفاوت اساسی و ماهوی بین ضمان و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون وجود دارد؛ طبق مدلول ماده ۶۹۹ ق.م. که می‌گوید:

۱. منظور تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون است.

«تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیبه ممکن است معلق باشد.»

گفته شده در اینجا مقنن خواسته است صریحاً علاقه و رابطه تعهدی که بین مدیون اصلی و دائن وجود دارد قطع کند. (۴۱) مالا تضمینات مدیون اصلی نمی تواند باقی بماند. هدف قانونگذار از منع ضمان تعلیقی تقویت و حمایت از اصل انتقال ذمه است و این منع باید به تضمینات مدیون اصلی نیز تسری پیدا کند، زیرا به نحو غیر مستقیم باعث اشتراک و ضم ذمتین می شود و این امر با اصل نقل ذمه مخالف است. البته نباید این شبهه به ذهن خطور کند که انتقال ذمه مقتضای ذات عقد ضمان است، بلکه همان طور که قبلاً نیز گفتیم آنچه اقتضای این عقد است اشتغال ذمه ضامن و تعهد به پرداخت دین یا مضمون به است؛ بنابراین، هر شرطی خلاف این امر شود باطل است؛ یعنی، نمی توان ضمانتی را تصور کرد که در آن شرط عدم اشتغال ذمه ضامن یا عدم تعهد او به مضمون به باشد. پس نقل و ضم خارج از ماهیت ضمان است، لذا شرط خلاف آن را می توان کرد. آنچه ما را به نتیجه درستی از مقایسه این دو تأسیس رهنمون می کند این است که بگوییم در تبدیل تعهد، تعهد سابق ساقط می گردد و جای خود را به تعهد جدیدی می دهد، ولی در انتقال دین همان تعهد منتقل می شود؛ یعنی، ذمه ضامن به همان چیزی که قبل از ضمان بر عهده مدیون بوده مشغول می شود. والا اگر جز این باشد، دارای ماهیت تبدیلی خواهد شد و وارد مقوله تبدیل تعهد می شود؛ همان طور که در «ضمان به غیر جنس دین» گفته شد. نتیجه اینکه عقد ضمان به دلائل فوق الذکر نمی تواند از مصادیق تبدیل تعهد باشد؛ هر چند که در بعضی موارد (مثلاً طرفین عقد، شرط نبودن رضای مدیون اصلی) و حتی آثار (سقوط تضمینات) تا حدود زیادی به همدیگر شباهت دارند، ولی این شباهت ظاهری است و باید به تفاوت های اصلی و جوهری این دو نهاد توجه و دقت کافی بشود تا باز شناختن آنها از یکدیگر به آسانی مقدور باشد.

فصل دوم. آیا اثر عقد ضمان انتقال دین است؟

گروهی از حقوقدانان ماهیت حقوقی عقد ضمان را مبتنی بر انتقال دین می دانند؛ بدین معنی که با وقوع عقد ضمان ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می شود. این عده معتقدند که از نظر تحلیلی عمل ضامن عبارت است از برعهده گرفتن دینی که بر ذمه مضمون عنه می باشد؛ ولی

مضمون له (دائن) نقشی اساسی در تعهد مزبور ایفا می‌کند: عقد در برابر او منعقد شده و بدین جهت در انتقال دین، چنانچه دائن موافقت ننماید، انتقال مزبور در مقابل او بلااثر است. بنابراین، انعقاد عقد بین دائن و مدیون جدید حقیقت امر را، که انتقال یافتن دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه مدیون جدید است، تغییر نمی‌دهد و عمل مزبور را تبدیل تعهد نمی‌گرداند. البته عقد ضمان عقدی مستقل و از جمله عقود معین می‌باشد که شرایط آن با انتقال دین ساده فرق دارد. پس، چون ضمان انتقال دین است، بنابراین، کلیه تضمینات دین سابق پس از ضمان ساقط نمی‌شود. همچنین هرگونه دفاعی که مدیون اصلی می‌توانسته است در مقابل طلبکار در دعاوی بنماید مدیون جدید، یعنی ضامن، نیز می‌تواند بکند. (۴۲)

مهمترین انتقادی که بر این نظریه می‌توان وارد نمود این است که وقتی ضمان را نقل ذمه می‌دانیم و ضمناً معتقدیم که بر اثر عقد ضمان ذمه مضمون‌عنه به کلی بری می‌شود، در نتیجه، چنانچه مضمون‌عنه واثقی برای پرداخت دین در نظر گرفته بوده، است در اثر عقد ضمان از بین می‌رود؛ در صورتی که در انتقال دین واثق و تضمینات دین باقی می‌ماند و همان‌طور که قبلاً به تفصیل گفتیم اکثریت فقها در ضمان به سقوط تضمینات نظر داده‌اند.

یکی از مؤلفان حقوق مدنی، که ماهیت‌ی جز این برای ضمان قائل شده است، در رد نظریه فوق می‌گوید که انتقال دین که ترجمه اصطلاح *cession de dette* است در حقوق خارجی مشخصاتی مخصوص به خود دارد و وقتی از نظر تطبیقی با عقد ضمان در حقوق اسلامی و قانون مدنی ما سنجیده می‌شود، به کلی از هم جدا هستند؛ چه از نظر تعریف و چه از نظر آثار حقوقی. البته ممکن است از مفهوم نقل ذمه، که در عقد ضمان مدنی ما وجود دارد، مفهوم انتقال دین را به دست آورد؛ ولی نباید این مفهوم را با مفهوم *cession de dette* اشتباه کرد. (۴۳)

در پاسخ باید گفت آنانی هم که عقد ضمان را مبتنی بر انتقال دین می‌دانند معانی غیر از انتقال دین به مفهوم آن در حقوق فرانسه برای ضمان قائل‌اند، زیرا در حقوق فرانسه در اثر انتقال دین فقط شخص مدیون تغییر می‌کند و هیچ تغییری در خود دین پیدا نمی‌شود و با بقای دین و رابطه حقوقی الزام‌آور، واثق و تضمینات آن نیز به تبع باقی می‌ماند و در نتیجه، دائن ایرادات و دفاعیاتی را که در مقابل مدیون اصلی داشته در مقابل مدیون جدید نیز دارد؛ در حالی که عقد ضمان مبتنی بر انتقال دین به مفهوم آن در حقوق اسلامی است و نقل ذمه به نظر اکثر فقها متضمن سقوط تضمینات و واثق نیز هست، زیرا نقل ذمه با برائت مدیون من جمیع الجهات

ملازمه دارد.

۱. مفهوم انتقال دین در ضمان

در حقوق ما مفهوم ضمان با تعهد ضامن ارتباطی نزدیک دارد: ضامن پرداخت دین مضمون‌عنه را بر عهده می‌گیرد، هر چند که اجرای تعهد را منوط بر امر دیگری کند. در اینکه عقد ضمان باعث برائت ذمه مضمون‌عنه و انتقال دین به ذمه ضامن می‌شود یا اینکه ضامن مضمون‌عنه می‌تواند با هم و مجتمعاً در برابر مضمون‌له مسئول باشند ذات عقد اقتضای خاصی ندارد و این امر تابع قصد طرفین عقد است. (۴۴) توضیح اینکه اگر ضمان به نحو مطلق و بدون هیچ قید و شرطی واقع شود، نتیجه حاصله فارغ شدن ذمه مضمون‌عنه و اشتغال ذمه ضامن خواهد بود؛ اما اگر طرفین عقد شرط کنند که ذمه مضمون‌عنه بری نشود و در کنار ضامن مجتمعاً مسئول پرداخت دین گردند یا در واقع ذمه ضامن وثیقه طلب قرار گیرد، این شرط لازم‌الاتباع است. البته بعضی از فقها این عقد را دیگر ضمان مصطلح نمی‌دانند و برای نفوذ آن به عموم «اوفو بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» استناد می‌کنند. (۴۵)

به عبارت بهتر، ضمان مطلق در حقوق ما موجب بری شدن مدیون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین اوست، ولی شرایط خصوصی قرارداد یا قانون خاص ممکن است این اثر را تغییر دهد و به صورت وثیقه دین در آورد. (۴۶) تنها فرقی که بین انتقال دین به مفهوم فقهی آن با عقد ضمان وجود دارد این است که در انتقال دین، قرارداد بین مدیون جدید و مدیون اصلی منعقد شود، ولی موافقت دائن لازم است؛ در حالی که در عقد ضمان، قرارداد انتقال بین ضامن و مضمون‌له بسته می‌شود و ممکن است با رضایت مدیون یا بدون رضایت او باشد. (۴۷) همین تفاوت و مسئله اختلاف در بقاء یا سقوط تضمینات باعث شده است یکی از حقوقدانان برجسته (۴۸) آن را به عنوان انتقادی بر نظریه انتقال دین در ضمان عقدی وارد نماید و نظر خود را با تعدیلی در ماهیت انتقال دین به شیوه‌ای دیگر ابراز کند. در زیر به نقل و بررسی این نظریه می‌پردازیم.

۲. نظریه انتقال دین اصلاح شده یا خاص

این نظریه جدیدترین نظریه‌ای است که در تحلیل ماهیت حقوقی و اثر عقد ضمان مطرح

شده است و به موجب آن، ضمان عقدی مستقل است که بر هیچ‌یک از دو نهاد حقوقی «تبدیل تعهد» و «انتقال دین» به مفهوم سنتی آن انطباق ندارد و اگرچه با هر دو نهاد شباهتهای فراوانی دارد، ولی نمی‌توان از حیث آثار و نتایج، آن را دقیقاً بر یکی از این دو نظریه منطبق کرد. اشکال عمده انتقال دین آن است که اشخاص از لحاظ میزان دارایی، خوش‌حسابی و امانت با هم متفاوت‌اند و ارزش هر طلب نیز بستگی به این عوامل دارد؛ پس چگونه ممکن است بدون دخالت دائن، مدیونی جای خود را به مدیون دیگری بدهد؟ (۴۹) ضرورت انتقال دین و قابل ایراد بودن عدم انتقال سبب‌گردیده است تا فقها و حقوقدانان در پی آن باشند قالبی فراهم آورند تا ضمن اینکه انتقال دین در آن قالب انجام شود طلبکار نیز در آن نقش داشته باشد و این قالب همان عقد ضمان است که در آن دائن نیز نقشی عمده دارد. پس ضمان قالبی است برای انتقال دین که در آن از تمام آثار انتقال دین پیروی نمی‌نماید؛ چنانچه در ماده ۴۱۸ ق.م. آلمان نیز رهن و ضمان و سایر توابع دین اصلی در اثر انتقال دین از بین می‌رود مگر آنکه مالک رهن یا ضامن به بقای آن رضایت دهند.

بنابراین، در تحلیل ضمان باید گفت که ضمان نوعی «انتقال دین اصلاح شده» یا به تعبیری نوعی «انتقال دین خاص» است با احکام و آثار ویژه خود و بدین ترتیب، با قائل شدن چنین مفهومی برای انتقال دین، تضمینات و وثائق دین مزبور پس از انتقال و تحقق عقد ضمان از بین می‌روند و این، قول مشهور فقهای امامیه و حقوقدانان ماست. البته یکی از مؤلفان و حقوقدانان بزرگ ما (۵۰) قائل به عدم سقوط تضمینات است، زیرا ایشان انتقال دین را به همان مفهوم اروپایی و خارجی در مورد عقد ضمان به کار برده‌اند و پرواضح است که انتقال دین به این مفهوم با توجه به سابقه تاریخی و فقهی عقد ضمان و با امعان نظر به روح مواد مربوط به این عقد در قانون مدنی و همچنین آرای فقها و حقوقدانان ما نمی‌تواند تحلیل درستی برای ماهیت این عقد باشد مگر اینکه با آوردن این نهاد در حقوق داخلی کشورمان و صرف نظر از ماهیت و کاربرد خارجی آن، جرح و تعدیلی در آن به وجود بیاوریم که قالب عقد ضمان بتواند در آن بگنجد و کماکان آثار و احکام ویژه خود را حفظ کند. البته این در صورتی است که ما اطلاق عقد ضمان را در نظر بگیریم؛ یعنی، بگوییم با تحقق عقد ضمان ذمه ضامن مشغول و ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود. در غیر این صورت، یعنی در صورتی که طرفین عقد ترتیب دیگری در نظر گرفته باشند، این ترتیب و شرط کاملاً لازم‌الاتباع است؛ منتها دیگر انتقال دین نمی‌تواند مصداق داشته باشد و

باید ماهیتی دیگر برای آن قائل شد، (۵۱) از جمله بگوییم که ذمه ضامن وثیقه دین است یا ضامن متعهد به پرداخت دین است. برخی از مؤلفان با تکیه بر همین مطلب می‌گویند که ماهیت ضامن، تعهد به پرداخت است و در رد نظریه تبدیل تعهد می‌گویند تأدیه دین دیگری با تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون فرق دارد؛ زیرا در تأدیه دین تأدیه‌کننده تعهد متعهد اصلی را به ذمه نمی‌گیرد و ذمه متعهد اصلی تا زمان تأدیه دین مشغول باقی می‌ماند، در صورتی که در تبدیل تعهد ابتدا با سقوط تعهد متعهد اصلی، ذمه شخص ثالث نسبت به این تعهد مشغول می‌شود و سپس با تأدیه موضوع آن، تعهد جدید هم از بین می‌رود. (۵۲)

نتیجه

به‌طور کلی در حقوق ما دو قسم ضامن پیش‌بینی شده است: یکی ضامن مدنی مشمول مقررات فصل چهاردهم از جلد اول قانون مدنی تحت عنوان «ضمان عقدی» (مواد ۶۸۴ و بعد) و دیگری ضامن تجاری که در باب دهم قانون تجارت تحت نام «ضمانت» (مواد ۴۰۲ و بعد) آمده است. با بررسی اجمالی این مواد به این نتیجه کلی می‌رسیم که اصولاً در هر دو قانون اصل بر ناقل بودن ذمه در ضمان است و به موجب مواد ۴۰۲، ۴۰۳ و ۴۰۴ ق.ت. ضمان تضامنی در صورتی است که تصریح به آن شده باشد والا ضمان مطلق، ناقل ذمه خواهد بود. البته در مورد اسناد تجاری به دستور ماده ۲۴۹ ق.ت. در هر حال اصل تضامن حکومت می‌کند. در قانون آیین دادرسی مدنی (۵۳) نیز ضمّ ذمه به ذمه قبول شده است. ماده ۲۵۱ صراحت دارد که برای وصول محکوم به قبلاً باید به مضمون‌عنه، یعنی بدهکار اصلی، مراجعه نمود و تنها موقعی برای بستانکار حق مراجعه به ضامن خواهد بود که تا ده روز مضمون‌عنه از تأدیه محکوم به خودداری کند. همین امکان مراجعه به مضمون‌عنه تفاوت حکم ق.م. با ق.آ.د.م. در روابط ضامن و مضمون‌له است. زیرا در ق.م. با قبول نقل ذمه، مضمون‌له فقط حق دارد به ضامن مراجعه کند و با برائت ذمه مضمون‌عنه، حقی در برابر وی ندارد؛ در حالی که به موجب ق.آ.د.م. مضمون‌له ابتدا باید به مضمون‌عنه مراجعه نماید و در صورت امتناع نامبرده از تأدیه، می‌تواند به ضامن رجوع کند (یعنی قبول ضمّ ذمه به ذمه). در ق.م. با اینکه برخی از فقهای امامیه ضمان تضامنی را به علت استلزام ضمّ ذمتین در برابر دینی واحد، حتی در صورت اشتراط تضامن، باطل دانسته‌اند؛ مع الوصف این قسم ضامن با توجه به روح مقررات ق.م. و حتی عموم ماده ۱۰

صحیح است و منع قانونی ندارد.

در پایان مقاله نتیجه می‌گیریم که انتقال دین و تبدیل تعهد در حقوق ما دارای یک مفهوم و آثاری مشابه هستند. توضیح اینکه، چنانچه می‌دانیم، قانون مدنی از تبدیل تعهد تعریفی ارائه نکرده است و تنها در دو ماده ۲۹۲ و ۲۹۳ در مبحث چهارم از «طرق سقوط تعهدات»، انواع تبدیل تعهد و یکی از آثار آن را به‌نحو کلی بیان نموده است. در واقع، قانونگذار ما اقتباسی ناقص و نارسا از مواد ۱۲۷۱ و ۱۲۷۲ ق.م. فرانسه کرده و خواسته است همان مفهوم تبدیل تعهد در حقوق فرانسه را، بدون توجه به سیر تاریخی این تأسیس و کاربرد عملی آن در سیستم قضایی آن کشور، در حقوق کشور ما وارد سازد و حتی تعریفی نیز از این تأسیس ارائه نکرده است. بنابراین، آنچه که در فصل مربوط به تبدیل تعهد مطرح کردیم مطابق با مفهوم تبدیل تعهد در حقوق اروپایی با آثار و احکام خاص خود است. لذا، نمی‌توانیم بگوییم که همان تعریف و آثار و احکام خاص تبدیل تعهد در حقوق خارجی در حقوق کشور ما نیز قابل اعمال است. از طرف دیگر، در مورد انتقال دین هم با چنین وضعیتی مواجه هستیم، زیرا قانونگذار ما یک بحث مستقل و متمایز را به این تأسیس در قانون اختصاص نداده است تا احکام و آثار آن را صریحاً بیان کند و صرفاً به بیان مواردی که بتواند با این قالب تطابق داشته باشد اکتفا کرده و در خلال مواد قانون خود احکام و آثار این نهاد حقوقی را آن هم به صورت پراکنده و نامنظم مطرح کرده است. توضیح اینکه با جست‌وجو در ق.م. و سایر قوانین به مواردی برمی‌خوریم که می‌توانیم آنها را در قالب یکی از دو تأسیس تبدیل تعهد و انتقال دین بررسی و تجزیه و تحلیل کنیم و این بدان معنی نیست که مجاز باشیم آثار خاص آنها را بر موارد مطروحه دقیقاً منطبق نماییم و حکم به انتقال دین یا تبدیل تعهد بودن آن بدهیم. بلکه باید گفت که اساساً هر پدیده حقوقی بایستی در نظام حقوقی این یا آن کشور خاص جداگانه بررسی شود؛ چه بسا پدیده‌های حقوقی یکسان در هر مملکت دارای آثار خاص خود باشند؛ به‌گونه‌ای که نتوان یک پدیده حقوقی واحد را بر یک نظام حقوقی منتها در دو کشور مستقل به‌نحوی مشابه و یکسان منطبق کرد و این امری طبیعی است. تبدیل تعهد و انتقال دین به‌عنوان دو پدیده حقوقی در کشور ما دارای چنین وضعیتی هستند: قانونگذار آنها را از حقوق خارجی اقتباس کرده، اما اقتباسی ناقص که با نظام حقوقی ما منطبق نشده است. با مطالعه مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م. به نتایج مشترکی در مورد تبدیل تعهد و انتقال دین می‌رسیم:

در بند ۲ ماده ۲۹۲ آمده است: «وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید.» آیا این حکم با مبانی انتقال دین مطابق نیست؟ در اینجا طرفین عقد شخص ثالث و متعهدله یا مدیون جدید و دائن می‌باشند؛ در انتقال دین هم چنین است؛ یعنی، مدیون جدید با دائن قرارداد انتقال دین را منعقد می‌کند و رضایت مدیون اصلی شرط نمی‌باشد. ممکن است گفته شود که در تبدیل تعهد، با سقوط یک تعهد و ایجاد یک تعهد جدید و متمایز از اولی رویه‌رو هستیم؛ ولی در انتقال دین، مورد انتقال همان چیزی است که بر ذمه ناقل بوده و نه چیزی دیگر! باید بگوییم که این نتیجه را از کدام ماده یا حکم قانونی در مورد تبدیل تعهد می‌توان استنباط کرد. جایی که قانون فقط دو ماده به این نهاد اختصاص داده و تعریفی هم از آن ارائه نکرده است چگونه می‌توان تبدیل تعهد را به مفهوم خارجی در حقوق ایران به کار برد؟ در هر حال از بند ۲ ماده ۲۹۲ به خوبی می‌توان انتقال دین را به دست آورد. نکته دیگر اینکه در انتقال به مفهوم منظور در حقوق ما (و بالاخص در مورد ضمان) تضمینات و وثائق دین ساقط می‌شود. در تبدیل تعهد هم چنین است و اصل بر سقوط می‌باشد مگر آنکه طرفین خلاف آن را تصریح کنند که در این صورت، مفهوم انتقال دین از تبدیل تعهد جدا می‌شود. البته در انتقال دین دو قول است: بعضی قائل به سقوط تضمینات و عده‌ای هم قائل به انتقال آن شده‌اند. در مورد ضمان نیز، چنانچه گفتیم، با انتقال دین بر ذمه ضامن، تضمینات و وثائق ساقط می‌شود.

و اما در مورد بند ۳ همان ماده که می‌گوید: «وقتی که متعهدله مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل کند»، این تعریف که در مقام تبدیل تعهد به اعتبار دائن بیان گردیده همان انتقال طلب است. در انتقال طلب، دائن (محیل) و شخص ثالث (محال‌له) توافق می‌کنند که مدیون دین خویش را به محال‌له (دائن جدید) بپردازد؛ همان طور که در عقد حواله است. (۵۴)

لذا، بند سوم نیز همانند بند دوم درست تنظیم نگشته و بیشتر منطبق با انتقال طلب می‌باشد؛ زیرا در انتقال طلب رضایت متعهد و حتی اطلاع وی نیز در تحقق انتقال ضرورت ندارد و نتیجه اینکه اگر متعهد دین خود را به متعهدله سابق تأدیه نماید، این تأدیه در وجه متعهدله جدید مؤثر نمی‌باشد مگر وی رضایت دهد چون این وضعیت موجب اضرار به متعهدله است. قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ۱۳۱۳ در ماده ۳۸ خود می‌گوید:

«کسی که طلب خود را به غیرمدیون انتقال داده و بعد از انتقال آن را از مدیون سابق خود دریافت کرده و یا به دیگری انتقال دهد کلاهبردار محسوب می‌شود. هرگاه مدیون بدهی خود را بعد

از انتقال به دائن سابق تأدیة نماید منتقل الیه حق رجوع به او نخواهد داشت مگر اینکه ثابت نماید که قبل از تأدیة دین انتقال را به اطلاع مدیون رسانیده و یا اینکه مدیون به وسیله دیگری از انتقال مستحضر بوده است.»

بنابراین، در اینجا هم طرفین عقد در تبدیل تعهد و انتقال طلب یکی هستند؛ یعنی، در هر دو مورد متعاقدین، دائن و شخص ثالث (محال له و در حواله محال علیه) می باشند و رضای مدیون (محیل) تأثیری در انعقاد و اعتبار قرارداد ندارد و در هر سه مورد (انتقال دین، انتقال طلب و تبدیل تعهد) سقوط تضمینات تابع قصد مشترک طرفین عقد و بسته به اراده خصوصی آنان است. نتیجه اینکه در حقوق ما تبدیل تعهد وجود ندارد و باید بند ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق.م. را در قالب دو تأسیس انتقال دین و انتقال طلب تجزیه و تحلیل کرد. برای فهم بیشتر موضوع لازم است گریزی به حقوق تطبیقی بزنیم و سیر تاریخی آن را در حقوق رم بررسی نماییم.

در حقوق رم، انتقال طلب و انتقال دین شناخته نشده بود و لذا، تبدیل تعهد در مقام آن دو واقع می شد؛ منتها تبدیل تعهد در قانون رم اساساً متفاوت از تبدیل تعهد در قوانین جدید بوده است. تبدیل تعهد در حقوق رم بیشتر مسئله ای شکلی و مربوط به صورت تعهد بوده است، ولی در قوانین کنونی تبدیل تعهد مسئله ای ماهوی است که به موجب آن، تعهد تغییری اساسی می یابد و تعهد جدیدی جایگزین می شود. در حقوق رم، حتی با تغییر یکی از عناصر غیراساسی و غیراصولی تعهد مانند اضافه کردن اجل یا توثیق دین از طریق ضمان نیز تبدیل تعهد محقق می شد؛ ولی این موارد در قوانین جدید، تبدیل تعهد تلقی نمی شود. گاه نیز در مقام انتقال دین و انتقال طلب از طریق تغییر دائن یا مدیون، تبدیل تعهد انجام می شده است. (۵۵) توضیح اینکه در حقوق رم، تعهد یک رابطه شخصی بین دائن و مدیون قلمداد می شد و با قبول نظریه رابطه شخصی، انتقال نفس تعهد قابل توجیه نبود؛ از این رو، انتقال تعهد از جانب دائن یا مدیون از طریق انتقال طلب و انتقال دین ممکن نبود و تغییر شخص دائن یا مدیون از طریق تبدیل تعهد ممکن بود که در این صورت نیز تعهد با ارکان و تضمیناتش به شخص دیگر منتقل نمی شد، بلکه تعهد اصلی به طور کلی از بین می رفت و تعهد جدیدی جایگزین تعهد قبلی می شد که در آن شخص دائن یا مدیون تغییر کرده بود.

قانون فرانسه هنوز انتقال دین را نپذیرفته است و برای تغییر مدیون در تعهدات از تأسیس تبدیل تعهد استفاده می کند، ولی انتقال طلب را پذیرفته است. علت پذیرش انتقال طلب و عدم

پذیرش انتقال دین این است که می‌گویند شخصیت مدیون در تعهد از اهمیت بیشتری نسبت به شخصیت دائن برخوردار است، چرا که شخصیت و میزان دارایی مدیون و توانایی او در ایفای تعهد در ارزش دین نقش اساسی دارد و اصولاً تغییر مدیون برای دائن از چنان اهمیتی برخوردار است که برای مدیون تغییر دائن از آن درجه از اهمیت برخوردار نیست.

اما قانونگذار آلمان در این زمینه پیشرفت کاملی کرده و به این نظر رسیده است که تعهد در واقع بیشتر دارای ارزشی مادی است تا اینکه رابطه‌ای شخصی قلمداد شود و اصولاً جایی که تصور انتقال تعهد از ناحیه دائن امکان‌پذیر است، چه جایی برای منع انتقال از ناحیه مدیون باقی می‌ماند؟ از این رو، قانون آلمان (مواد ۱۷۵-۱۸۳) در کنار انتقال طلب، انتقال دین را نیز پذیرفته است؛ همچنین است قانون مدنی مصر (مواد ۳۱۵ و بعد). امروزه تبدیل تعهد از اهمیت محدودی برخوردار است و در معاملات بندرت مورد استفاده قرار می‌گیرد، زیرا با وجود انتقال دین و انتقال طلب دیگر نیازی به تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون و دائن احساس نمی‌شود و به همین جهت در بسیاری از قوانین مدنی کنونی دنیا، تبدیل تعهد اهمیت خود را از دست داده و جای خود را به دو تأسیس انتقال دین و انتقال طلب داده است. (۵۶)

پس بجاست که قانونگذار ما در تحول اخیری که در مقام اصلاح بعضی از مواد قانون مدنی برآمده این نقیصه را جبران و موادی را پیش‌بینی کند که یا بتواند تعریف، ماهیت و آثار تبدیل تعهد را دقیقاً تبیین کند یا اینکه مواد موجود را حذف و به تشریح مبانی و احکام انتقال دین و انتقال طلب پردازد. بنابراین، به نظر ما با وضعیت کنونی ق.م. این پرسش که اثر عقد ضمان تبدیل تعهد است یا انتقال دین به لحاظ موضوعی منتفی است و با استدلالاتی که بیان کردیم باید گفت که اثر عقد ضمان، انتقال دین است که در عین حال شامل تعریف بند ۲ ماده ۲۹۲ نیز می‌باشد. به عبارت بهتر، اثر عقد ضمان هم تبدیل تعهد است و هم انتقال دین؛ البته به مفهومی که این دو تأسیس در حقوق کشور ما دارند نه به مفهومی که در حقوق خارجی دارا می‌باشند.

یادداشتها

۱. شیخ محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۲۶ (بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۹۷۹)، ص ۱۱۴؛ محمد حسین شیرازی، *الفقه*، ج ۵۱ (بیروت: دارالعلوم، ۱۹۸۷)، ص ۷؛ شهید ثانی، *شرح لمعه*، ج ۴ (نجف، جامعه النجف الدینی، ۱۳۹۰ ه.ق)، ص ۱۱۳؛ و محقق حلی، *شرایع*، ج ۲ (تهران: مرکزی، ۱۳۲۳)، ص

۲. سید محمد کاظم یزدی، *عروة الوثقی*، ج ۲ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ه.ق)، ص ۸۷.
۳. سید حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۲ (تهران: اسلامیه، ۱۳۶۶)، ص ۲۵۲.

4. A-2011: Celui qui se rend caution d'un obligation sesumet envers le creancier a satisfaire a cette-obligation siledebiteur n'ysatisfait pas lui meme.

۵. ماده ۴۹۲ قانون تعهدات سویس نیز چنین حکمی پیش‌بینی کرده است.
۶. ناصر کاتوزیان، «اثر عقد ضمان»، *مجله کانون وکلا*، سال ۵، شماره ۳۶، ص ۶۹ و ۷۰.
۷. بند اول ماده ۳۱۶ ق.م. مصر: «۱. انتقال دین در حق دائن نافذ نیست مگر اینکه آن را بپذیرد» به نقل از: عبدالرزاق السنهوری، *الوسیط* (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۷۰)، ش ۳۱۶، ص ۵۶۷.
۸. ماده ۲۵۸ ق.م. می‌گوید: «نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده است و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن اجازه یا رد از روز عقد مؤثر خواهد بود.»
۹. مهدی شهیدی، *سقوط تعهدات* (تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۸)، ص ۸۰.
۱۰. تبدیل تعهد سببی برای سقوط تعهد و در عین حال موجب انشای تعهد جدید نیز هست؛ پس در این صورت، تبدیل تعهد تشکیل می‌شود از یک توافق (*convention*) بر سقوط تعهد قدیم و یک عقد (*contract*) بر انشای تعهد جدید به نقل از: پیشین، ش ۴۸۴، ص ۸۲۲.
۱۱. لنگرودی، *عقد ضمان* (تهران: کتابهای جیبی، فرانکلین، ۱۳۵۲)، ش ۱۰، ص ۱۲.
۱۲. این وجوه افتراق با توجه به مفهوم انتقال دین در ماده ۱۷ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ بیان شده است.
۱۳. شهیدی، تقریرات درس حقوق مدنی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۰۸.
۱۴. امامی، پیشین، ص ۳۳۸.
۱۵. مصطفی عدل، *حقوق مدنی* (تهران: امیرکبیر، ۱۳۴۲)، ش ۷۳۹، ص ۴۳۵؛ لنگرودی، پیشین، ش ۱۰، ص ۱۳.
۱۶. لنگرودی، پیشین، ش ۲، ص ۶.
۱۷. در این باره فخرالمحققین می‌نویسد: «عَرَفَ جمهور الاصحاب الضمان بأنه نقل المال من ذمه الى ذمه و عَرَفَه اخرون بأنه ضمَّ ذمه الى ذمه، فعلى الاول يبرأ المضمون عنه و على الثاني لا، بل يتخيَّر والمضمون له فى الرجوع على من شاء منهما...»
۱۸. موسی عمید، *ضمان عقودی*، ص ۳۹ و ۴۱.
۱۹. مواد ۲۴۹ و ۴۰۲ به بعد ق.ت. و ماده ۲۵۱ ق.آ.د.م.
۲۰. سید حسین صفائی، *حقوق مدنی*، ج ۲ (تهران: مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰)، ص ۴۵۶.
۲۱. عمید، پیشین، ص ۴۰ به بعد.
۲۲. لنگرودی، پیشین، ش ۱۲، ص ۱۴.

۲۳. سید علی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ج ۲ (تهران: وزارت دادگستری، ۱۳۲۸)، ص ۱۸۵.
۲۴. لنگرودی، پیشین، ش ۴۱، ص ۴۱.
۲۵. همان، ش ۲۰۴، ص ۱۸۹.
۲۶. ماده ۱۹۶ ق.م. «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود معذک ممکن است در ضمن معامله‌ای که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.»
۲۷. لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۶۷)، ش ۱۳۳۰، ص ۱۶۶.
۲۸. «و مع تحقق الضمان ينتقل المال الى ذمه الضامن و يبرأ المضمون عنه و تسقط المطالبه عنه و لو ابرأ المضمون عنه، لم يبرأ الضامن» به نقل از: محقق حلی، پیشین، ص ۱۰۸.
۲۹. «اذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل يفتك بالضمان ولا يظهر من المسالك و الجواهر انفكاكه لانه بمنزلة الوفاء لكنه لا تخلو عن الاشكال هذا مع الاطلاق و امامع الاشرط البقاء او عدمه فهو المتبع» به نقل از: یزدی، پیشین، ص ۹۳؛ برای بررسی بیشتر موضوع مراجع شود به: جواهر الكلام، ج ۲۶، ص ۱۵۰؛ میرزای قمی، جامع الشتات (تهران: حاج احمد تاجر کتابفروش، ۱۳۲۴ ه.ق)، ص ۲۳۰؛ و شهید ثانی، مسالك، ج ۱ (تهران: شیخ رضای کتابفروش، ۱۳۱۴ ه.ق)، ص ۲۵۷.
۳۰. امامی، پیشین، ص ۲۷۰.
۳۱. محمد بروجرودی عبده، حقوق مدنی (تهران: چاپخانه علمی، ۱۳۲۹)، ص ۳۷۵ و ۳۷۶.
۳۲. لنگرودی، پیشین، ش ۱۶۱، ص ۱۵۳ و ش ۱۲، ص ۱۴.
۳۳. صفائی، پیشین، ص ۴۶۵.
۳۴. کاتوزیان، عقود معین، ج ۳ (تهران، بهنشر، ۱۳۶۴)، ص ۳۳۴.
۳۵. از تعریف بعضی فقها از ضمان نیز چنین بر می‌آید که مقصود از «نقل ذمه» این نیست که دین با همه عوارض و فروعات آن منتقل شود. چنانکه شهید ثانی در کتاب شرح لمعه (ج ۴، ص ۱۱۳) موضوع تعهد ضامن را مالی مثل دین مضمون عنه می‌داند و در تعریف ضمان می‌نویسد: «الالتزام به من البری من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه»؛ کاتوزیان، همان کتاب، ص ۲۳۵، پاورقی شماره ۲.
۳۶. به موجب ماده ۴۱۸ ق.م. آلمان رهن و سایر توابع دین اصلی در اثر انتقال از بین می‌رود مگر اینکه مالک رهن یا ضامن به بقای آن رضایت دهند. در حالی که قانون تعهدات سوییس این تضمینات را باقی می‌داند.
۳۷. کاتوزیان، همان کتاب، ش ۱۹۵، ص ۳۳۵.
۳۸. لنگرودی، پیشین، ش ۱۹۰، ص ۱۸۰ و ش ۳۸۸، ص ۳۴۰.
۳۹. البته چون ضمان تبرعی در قانون ما (ماده ۷۲۰ ق.م.) پذیرفته شده است، در بعضی موارد ضمان غیر معروض قلمداد می‌شود ولی غالباً عقد ضمان، غیر تبرعی و معروض واقع می‌شود.
۴۰. تعهدی که ضامن به موجب عقد ضمان به عهده می‌گیرد همیشه تعهد تبعی است، زیرا به تعهد دیگری که

قبلاً مضمون‌عنه در مقابل مضمون‌له به عهده گرفته و در نتیجه آن مدیون شده است واقع می‌شود و همین معنی از ماده ۶۹۱ مستفاد می‌شود؛ چه، به موجب ماده مزبور «ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده است باطل است». پس برای صحت ضمان وجود تعهد قبلی یا دست‌کم وجود سبب تام آن لازم می‌باشد و الاضمان مورد نخواهد داشت؛ به نقل از: مصطفی عدل، پیشین، ش ۷۴۰، ص ۴۳۶.

۴۱. این مطلب را می‌توان از ماده ۲۹۷ ق.م. نیز به خوبی فهمید آنجا که مسئله تهاتر در ضمان پیش می‌آید این ماده مقرر می‌کند: «اگر بعد از ضمان، مضمون‌له به مضمون‌عنه مدیون شود موجب فراغ ذمه ضامن نخواهد شد.» با مثالی می‌توان مطلب را روشن کرد فرض کنید: احمد به محمد مدیون است و محمود ضمانت مدیون را می‌کند. حال اگر احمد به نحوی از انحاء از محمد طلبکار شود، محمد نمی‌تواند به تهاتر استناد کند بلکه باید محمود بدهی خود را که در اثر ضمانت ایجاد شده به محمد بپردازد و احمد نیز طلب خود را از محمد وصول نماید. این حکم در صورتی جاری است که عقد ضمان، تضامنی نباشد؛ ولی اگر تضامنی باشد، تهاتر حاصل خواهد شد زیرا در این صورت ذمه مضمون‌عنه پس از عقد ضمان بری نمی‌شود و با ذمه ضامن ضمیمه می‌شود؛ به نقل از: حسینقلی کاتبی، حقوق مدنی (عقود و تعهدات و الزامات) (تهران: مدرسه عالی بازرگانی، ۱۳۵۲)، ص ۱۰۷.

۴۲. امامی، پیشین، ص ۲۴۷.

۴۳. لنگرودی، پیشین، ش ۳۸، ص ۴۰.

۴۴. از مفاد مواد ۷۰۲ و ۷۰۳ همچنین بر می‌آید که دین ضامن در برابر طلبکار تابع قرارداد بین طرفین است.

۴۵. یزدی، پیشین، کتاب ضمان، ص ۳۲۱.

۴۶. کاتوزیان، همان کتاب، ج ۳، ش ۱۳۸، ص ۲۳۳.

۴۷. ماده ۶۸۵ ق.م.: «در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست.» در واقع، انتقال دین را می‌توان به دو عمل حقوقی تحلیل کرد؛ یکی تعهد ضامن به قبول دین مضمون‌عنه و دیگری سقوط طلب مضمون‌له از مدیون. نخستین عامل سهم ضامن و دیگری سهم مضمون‌له در این توافق است که از آمیزه آن انتقال دین نتیجه می‌شود.

۴۸. کاتوزیان، همان کتاب، ش ۱۴۱، ص ۲۴۳.

۴۹. در انتقال مستقیم دین، عمل حقوقی بین مدیون (انتقال دهنده) و شخص ثالث (انتقال گیرنده) انجام می‌شود و طلبکار در این میان نقشی ندارد به نقل از: همان.

۵۰. امامی، پیشین.

۵۱. در ضمان تضامنی شاید بتوان قائل به نوعی انتقال خاص شد و آن اینکه دین به‌رغم انتقال، دو پایه داشته باشد؛ یعنی، از ذمه ناقل محو نشود و کماکان در ذمه ناقل باقی بماند و در عین حال در ذمه منتقل‌الیه هم باقی باشد؛ به نقل از: شهیدی، تقریرات درس حقوق مدنی، این استدلال و تحلیل از انتقال دین به نظر درست نمی‌رسد و مصادره به مطلوب است، زیرا در انتقال دین تصور باقی ماندن دین بر ذمه ناقل (مضمون

عنه) امری ناممکن است؛ این چگونه انتقالی است که ذمه مضمون کماکان مشغول باقی بماند؟ اثر انتقال این است که ناقل بری الذمه و منتقل الیه مشغول الذمه گردد؛ حال اگر هر دو ذمه مشغول شود، دیگر انتقال دین مفهوم خود را از دست خواهد داد و باید ماهیت دیگری برای آن قائل شد. به عبارت بهتر، باید بین ضمان تضامنی (مشخصاً ضمان تجاری) و ضمان مدنی تفکیک قائل شد، زیرا هر کدام دارای ماهیتی جداگانه و متمایز از دیگری است.

۵۲. مرحوم علامه المجهتین محمد سنگلجی، فقه، کتاب ضمان (نشریات عباس فرید)، ص ۳۲.

۵۳. ماده ۲۵۱ ق.آ.د.م.: «پس از قطعیت حکم و صدور اجرایی، برگ نامبرده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین خواسته یا محکوم به ضمانت کرده ابلاغ می شود و هرگاه محکوم علیه ظرف ده روز پس از ابلاغ برگ اجرایی مفاد حکم را اجرا ننمود محکوم به از ضامن به ترتیبی که برای اجرای احکام مقرّر است وصول می شود.»

۵۴. حواله، عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می گردد (ماده ۷۲۴). حواله محقق نمی شود مگر با رضای محتال (دائن) و قبول محال علیه (شخص ثالث) (ماده ۷۲۵ ق.م.ق).

۵۵. السنهوری، پیشین، ش ۴۸۴، پاورقی ش ۲.

۵۶. همان، ش ۲۳۹، ص ۴۱۳.