

عقد ضمان، زوال یا بقای تضمینات تعهد (با نگاهی به حقوق فرانسه)

سید علی سیداحمدی سجادی^{۱*}، ایمان دهقانی دهج^۲

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۲۵)

چکیده

در اثر عقد ضمان، تعهد از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود. در حقوق ایران، نقل ذمه مقتضای ذات ضمان نیست؛ بلکه لازمه اطلاق ضمان است. در فقه، اکثر قریب به اتفاق کسانی که در این خصوص ابراز نظر کرده‌اند ضمان را به مثابه ایفای تعهد از سوی مضمون عنه دانسته‌اند. در نتیجه، با انعقاد عقد ضمان، تضمینات تعهد اصلی را منفک فرض کرده‌اند. حال آنکه در حقوق مدنی اکثر قریب به اتفاق حقوق دانان تضمینات را به تعهد اصلی متعلق می‌دانند و چون در ضمان تعهد اصلی از بین نمی‌رود تضمینات را منفک تلقی نمی‌کنند؛ مگر اینکه در این خصوص شرطی شده باشد. در ضم ذمه به ذمه، چون با انعقاد ضمان دین منتقل نمی‌شود، این بحث موضوعیت ندارد. در حقوق ایران، با عنایت به اثر ضمان، که موجب انتقال دین است نه اسقاط آن، عقد ضمان در حالت اطلاق موجب زوال وثیقه‌های تعهد اصلی نخواهد شد؛ مگر اینکه انفکاک و تائید شرط شده باشد. از منظر حقوق فرانسه، حقوق دانان این کشور، ضمن تأکید بر زوال تضمینات در تبدیل تعهد، در اعمال حقوقی که موجب انتقال طلب یا دین می‌شود تضمینات تعهد را به قوت خود باقی می‌دانند.

واژگان کلیدی

انتقال دین، تضمینات تعهد اصلی، ضمان، فک تضمینات.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

با انعقاد عقد ضمان، تعهد از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و بدین سبب است که در حقوق ما ابراء مضمون‌عنه کاری لغو و بیهوده است؛ مگر اینکه قصد مضمون‌له انصراف از اصل طلب باشد که در این صورت ضامن بری می‌شود. سؤال مهمی که در ضمان (از نوع نقل ذمه به ذمه) مطرح می‌شود این است که آیا با انعقاد عقد ضمان و انتقال تعهد به ذمه ضامن تضمینات تعهد اصلی از بین می‌رود یا به قوت خود باقی می‌ماند؟

این موضوع هنگامی مطرح می‌شود که تعهد مورد انتقال تضمین‌هایی دارد که به منزله وثیقه به متعهدله (دائن) داده می‌شود. مثلاً بدهکار مال خود را به رهن طلبکار می‌دهد یا شخص ثالثی مال خود را جهت تضمین تعهد بدهکار به رهن می‌گذارد. اکنون سؤال این است که پس از تعلق‌گرفتن این تضمین‌ها به دین اصلی، اگر ضامنی پرداخت آن را ضمانت کند و این ضمانت به نحو تضامن نباشد و موجب شود دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن منتقل شود، آیا تضمین‌های سابق باقی می‌ماند یا در اثر عقد ضمان زایل می‌شود؟

در فقه، هرچند در این زمینه تعداد کمی از فقها اظهارنظر کرده‌اند، تا آنجا که بررسی شد اکثریت قاطع آن‌ها پذیرفته‌اند که چون ضمان به منزله ایفای تعهد از سوی مضمون‌عنه است، با انعقاد عقد ضمان، تضمینات تعهد اصلی منفک می‌شود (النجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۴؛ الجبعی العاملی، ۱۴۱۲: ۲۵۹؛ الحسینی العاملی، بی تا: ۳۹۳)؛ نظری که سخت محل تردید و درخور تأمل است. از منظر حقوقی، اکثر نویسندگان گفته‌اند از آنجا که با انعقاد عقد ضمان تعهد از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و تضمینات نیز برای ادای تعهد بوده است، پس، به قوت خود باقی است. درحقیقت، با وقوع ضمان، هرچند مضمون‌عنه بری می‌شود، تعهد اجرا نمی‌شود و به ذمه ضامن منتقل می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۷ و ۱۲۸؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۲۶۱؛ عبده، ۱۳۸۹: ۲۹۶).

این گروه یکی از آثار تفاوت ضمان با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون را همین نکته می‌دانند. در تبدیل تعهد، تعهد مدیون سابق از بین می‌رود و در آن واحد تعهد مدیون جدید جایگزین آن می‌شود و چون تعهد مدیون سابق از بین رفته بدیهی است که تضمینات متعلقه به آن نیز از بین برود. اما تعداد کمی از حقوق‌دانان تفاوتی بین ضمان و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل

مدیون قایل نیستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۵) یا اینکه بند ۲ ماده ۲۹۲ ق. م. را همان عقد ضمان تلقی می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۳۵) و بر این اساس در اثر عقد ضمان تضمینات تعهد سابق را منتفی به حساب می‌آورند. ایشان در اظهار این نظر به رویکرد فقها توجه می‌کنند و بدان استناد می‌جویند. در مقدمه و به اجمال باید گفت عقد ضمان با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون متفاوت است و نباید آن‌ها را یکسان دانست. در واقع، ضمان عقدی است که در اثر آن شخصی، با موافقت طلبکار، انتقال دین مضمون‌عنه به ذمه خود را می‌پذیرد؛ اما در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون مقرر می‌شود که تعهد مدیون اصلی ساقط و هم‌زمان تعهدی مشابه آن بر عهده شخص ثالث مستقر شود. بنابراین، تفاوت اساسی ضمان با تبدیل تعهد در این است که در تبدیل تعهد دین اصلی ساقط می‌شود؛ اما در ضمان همان دین است که بر ذمه ضامن استقرار می‌یابد. درست به همین دلیل است که در تبدیل تعهد تضمینات تعهد اصلی به تبع تعهد از بین می‌روند (ماده ۲۹۳ ق. م.). اما در ضمان تضمینات تعهد اصلی، چون متعلق به تعهد شده‌اند، به تبع تعهد اصلی و به همراه آن انتقال می‌یابند و از بین نمی‌روند.

برای تنقیح مطلب باید دید آیا در قانون مدنی ما تفاوتی بین دو نهاد تبدیل تعهد و عقد ضمان وجود دارد یا نه. آیا عقد ضمان آثار ایفای تعهد را از جمیع جهات حایز است تا فک تضمینات وجیه کند یا خیر؟ گفتنی است، با توجه به اینکه بخشی از مطالب این تحقیق ریشه در حقوق فرانسه دارد، مباحثی از حقوق این کشور نیز از منظر تطبیقی و برای درک بهتر مطلب بیان می‌شود.

تعریف ضمان

ضمان در لغت به معنای «قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن وام دیگری، و التزام اینکه هرگاه چیزی از میان رفت مثل یا قیمت آن داده شود» آمده است (عمید، ۱۳۷۴: ۸۳۷). در اصطلاح حقوقی به ضم یا نقل ذمه‌ای به ذمه دیگر ضمان گویند (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۱۲۷۵). در بیان فقهی و از منظر فقها، به اعتبار منشأ، ضمان بر دو معنا اطلاق می‌شود:

۱. ضمان قهری، که عبارت است از تعهد شخص به جبران خسارتی که بر غیر وارد کرده است؛ که منشأ آن یکی از سه عامل الف) ید غیر امانی؛ ب) اتلاف و تسبیب؛ ج) غرور است.

۲. ضمان عقدی، که در فقه دو معنای اعم و اخص دارد. در معنای اعم ضمان را عقدی تعریف کرده‌اند که برای تعهد به نفس یا مال تشریح شده است. در این تعریف ضمان شامل ضمان به معنی اخص نیز حواله و کفالت می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۳۰۸؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۴۳). اما، در حقوق مدنی ضمان عقدی همان ضمان به معنی اخص فقه است که آن را تعهد به مال از سوی بری تعریف کرده‌اند (مکی العاملی، بی تا: ۱۱۴). البته در فقه نیز اگر قرینه‌ای در بین نباشد که ذهن را به معنای اعم ضمان منصرف کند، به دلیل کثرت استعمال واژه ضمان در معنای اخص، همین معنا به ذهن متبادر می‌شود (المقدس الاردبیلی، ۱۴۱۰: ۲۸۲). در قانون مدنی، منظور از ضمان عقدی همان ضمان به معنی اخص فقه است که «عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد.» (ماده ۶۸۴ ق. م.).

اثر ضمان در فقه و حقوق مدنی

حقوق مدنی ما به صراحت اثر ضمان را نقل ذمه دانسته است. در ماده ۶۹۸ قانون مرقوم این گونه می‌خوانیم: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.» در فقه امامیه نیز در این باره (نقل ذمه به ذمه) اختلافی دیده نشده است (ابن ادریس، بی تا: ۷۰). به همین دلیل است که ابراء مضمون‌عنه در چنین شرایطی کاری لغو و بیهوده می‌نماید؛ چه اینکه نام‌برده به مجرد انعقاد ضمان دیگر اشتغال ذمه‌ای به مضمون‌له ندارد تا ابراء ذمه‌اش معنا بیابد. در واقع، ابراء در این فرض بدون موضوع است (الهدلی، بی تا: ۲۹). گفتنی است انتقال تعهد از ذمه‌ای به ذمه دیگر لازمه ذات ضمان نیست تا شرط خلاف آن هم باطل باشد هم مبطل (محقق داماد و گندمکار، ۱۳۸۰: ۱۴۰)؛ بلکه ضمان در فرض اطلاق موجب نقل ذمه است. در نتیجه، شرط خلاف کافی است تا نقل ذمه را به ضم ذمه مبدل کند. نیاز جامعه به این دسته از ضمان‌ها و نیز پذیرش ضمان به نحو ضم ذمه در حقوق تجارت مؤید این نظر است. وانگهی با امعان نظر در عقد ضمان دانسته می‌شود که آنچه جوهر و اساس عقد را تشکیل می‌دهد اشتغال ذمه ضامن است و هر شرطی که با آن متعارض باشد مبطل عقد خواهد بود. اما، بری شدن یا نشدن مضمون‌عنه را نباید لازمه ذات عقد ضمان پنداشت.

در حقوق کشورهای اروپایی، ضمان عقدی است که به موجب آن شخص ثالثی تعهد می‌کند اگر مدیون دین خود را ادا نکند، او از عهده برآید. بنابراین، در این کشورها، ذمه ضامن ضمیمه ذمه مدیون شده و به منزله وثیقه‌ای بر دین اصلی است (Andrew, 2000: 422). ماده ۲۰۱۱ قانون مدنی فرانسه در این خصوص مقرر می‌دارد: «کسی که ضمانت تعهدی را می‌کند، در صورتی که مدیون اصلی تعهد خود را انجام نداد، موظف به انجام دادن آن است.» در حقوق انگلیس نیز ضمان را نوعی تعهد تبعی دانسته‌اند و گفته‌اند ضمانت به تعهدی اطلاق می‌شود که به مثابه وثیقه برای دین شخصی دیگر باشد (Pepe, 1977: 13). حال باید دید تبدیل تعهد چیست؟ آیا تفاوتی بین ضمان و تبدیل تعهد تصور نمی‌شود؟ چه آثاری بر تفاوت ضمان و تبدیل تعهد مترتب است؟

تعریف تبدیل تعهد

قانون مدنی تعریفی از تبدیل تعهد به دست نداده است. تبدیل تعهد از نظر پیشینه تاریخی در حقوق رم جایگاهی ویژه داشت. زیرا، در آن نظام، تعهد قابل انتقال به دیگران نبود و هرگاه به تغییر یا انتقال تعهد نیازی احساس می‌شد دو طرف تعهد ناچار بودند تعهد قبلی را ساقط کنند و تعهد جدیدی را به جای آن بنشانند (السنهوری، ۱۹۵۸: ۸۱۴). به طور خلاصه، در حقوق رم به تعهد به مثابه رابطه‌ای شخصی بین دائن و مدیون توجه می‌شد و با این وصف (عدم تشخیص برای نفس تعهد) انتقال آن قابل توجیه نبود (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۵۰). به همین جهت، انتقال تعهد از سوی طلبکار یا مدیون از طریق انتقال طلب و دین مقدور نبود و تغییر شخص دائن یا مدیون از طریق تبدیل تعهد اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسید. در تبدیل تعهد، تعهد با لواحق آن به شخص دیگر منتقل نمی‌شد، بلکه تعهد اصلی (و لواحق آن) ساقط می‌شد و تعهدی جدید به جای تعهد سابق می‌نشست که در آن طلبکار یا بدهکار تغییر می‌کرد. اما، همان‌طور که یکی از حقوق‌دانان گفته است، امروزه از اهمیت تبدیل تعهد کاسته شده و به ندرت از آن استفاده می‌شود. زیرا، با شناسایی تدریجی امکان انتقال دین و طلب، دیگر نیازی به تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون و دائن احساس نمی‌شود (سنهوری، ۱۹۵۸: ۴۱۴). به همین دلیل است که در برخی از قوانین مدرن اساساً نهاد تبدیل تعهد حذف شده و احکامی در خصوص آن مقرر نشده است (سنهوری، بی تا: ۲۹۸).

در تعریف تبدیل تعهد می‌توان گفت «عبارت از این است که تعهد جدیدی جای تعهد سابق را بگیرد، با تحقق تبدیل تعهد، تعهد سابق از بین رفته و ساقط شده و تعهد جدیدی پابرجا و مستقر می‌گردد.» (مدنی، ۱۳۸۳: ۳۵۰). بنابراین، تبدیل تعهد، به لحاظ ماهیت، قراردادی است که به موجب آن طرفین تعهدی جدید را جایگزین تعهد سابق می‌کنند (حیاتی، ۱۳۹۲: ۴۳۶). دقت در مواد قانون مدنی نیز به روشنی گویای ماهیت قراردادی تبدیل تعهد است.

اثر تبدیل تعهد

قانون مدنی در ماده ۲۹۲ تبدیل تعهد را در عداد اسباب سقوط تعهدات آورده است.^۱ بنابراین، اولین اثر تبدیل تعهد سقوط تعهد قبلی است. ماده ۲۹۳ ق. م. درباره اثر دیگر تبدیل تعهد مقرر می‌دارد «در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت؛ مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند.» باید گفت این اثر بدان دلیل است که در تبدیل تعهد تعهد سابق ساقط می‌شود (بند ۴ ماده ۲۶۴ ق. م.) و تعهد جدیدی جای آن را می‌گیرد و کاملاً واضح است که با انتفای تعهد تضمینات متعلق به آن نیز منتفی می‌شود (عدل، ۱۳۹۴: ۱۸۵). در واقع، تضمینات از وجود حقوقی مستقل برخوردار نیستند. وجود آن‌ها وابسته به وجود اصل تعهد است (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۴۳). بنابراین، می‌توان گفت همین که به موجب قرارداد نافذی تبدیل تعهد محقق شد آثار ذیل ایجاد می‌شود: ۱. سقوط تعهد پیشین؛ ۲. زوال تضمینات تعهد سابق؛ ۳. ایجاد تعهدی جدید (قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۲۹۳).

از منظر حقوق تطبیقی، مفاد ماده ۲۹۳ قانون مدنی به مفاد ماده ۱۲۷۸ قانون مدنی فرانسه بسیار نزدیک است. توضیح اینکه تبدیل تعهد به منزله یکی از موارد سقوط تعهدات از مواد ۱۲۷۱ لغایت ۱۲۸۱ قانون مدنی فرانسه مورد حکم قرار گرفته و ماده ۱۲۷۱ تبدیل تعهد را سه قسم کرده است.^۲

۱. تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: «۱. وقتی متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن شود 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 بپردازد؛ ۳. وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.»

2. Article 1271: "La novation s'opère de trois manières: 1. Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte; 2. Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier; 3. Lorsque, par l'effet

ماده ۱۲۷۸ قانون فرانسه بیانگر این نکته است که در صورتی وثایق و تضمینات یک دین، در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون، به تعهد جدید منتقل می‌شود که طلبکار آن را شرط کرده باشد.^۱ درحقیقت، باید بین طرفین توافق صورت گرفته باشد. در غیر این صورت، به واسطه سقوط تعهد، توابع آن نیز از بین خواهد رفت (Steinle-Feuerbach, 2008: 219).

تفاوت ضمان با تبدیل تعهد

طبق آنچه آمد، در تبدیل تعهد تعهد سابق از بین می‌رود و تعهدی جدید جای آن را می‌گیرد و هر دو اثر مذکور در یک عقد محقق می‌شود. درحقیقت، دلیل تأسیس تبدیل تعهد این بود که تصور می‌شد تعهد به‌تنهایی قابلیت انتقال ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۸۹). اما، در ضمان، به دلیل شناخت وجود حقوقی مستقل برای دین،^۲ تعهد سابق (اصلی) از بین نمی‌رود، بلکه از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود (باقری، ۱۳۸۲: ۲۴۷؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۸). در فقه و به تبع آن حقوق ما، دین دارای تشخص است و مورد شناخت واقع شده است. به دلیل همین رویکرد است که تصرف در دین مقبول افتاده و عقد ضمان، در واقع، تصرف در دین و انتقال آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر است. درحقیقت، ضمان مبتنی بر انتقال دین است (همان: ۱۲۸ و ۱۲۹؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۱: ۳۲۰) و به موجب آن دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و دین باقی می‌ماند و فقط محل دین تغییر می‌کند (امامی، ۱۳۶۸: ۲۷۰). با امعان نظر در تعریف عقد ضمان، در ماده ۶۸۴ قانون مدنی، هم به‌خوبی استنباط می‌شود که دین ضامن تعهدی جدید نیست؛ بلکه همان تعهد مدیون اصلی است که انتقال یافته است (طاهری، ۱۳۷۵: ۴۲۴). در حقوق فرانسه، حقوق دانان درخصوص عدم شمول ماده ۱۲۷۸ قانون مدنی^۳ در زمینه اعمال حقوقی مبتنی بر انتقال طلب یا انتقال دین اتفاق نظر دارند و برآنند که در این موارد وثایق و تضمینات از اصل تعهد تبعیت می‌کند و انتقال دین یا طلب موجب سقوط آن‌ها نمی‌شود (TERRE, SIMLER et LEQUETTE,)

d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé".

1. Article 1278: "Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui-lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés".

۲. در اثر شناخت وجود حقوقی مستقل برای دین، انتقال آن از ذمه‌ای به ذمه دیگر و تصرف در آن قابل توجیه می‌شود.

۳. همان‌طور که گذشت، این ماده بیانگر زوال تضمینات تعهد در تبدیل تعهد است.

865: 2005). این نظر در آرای متعدد تأیید شده و در نتیجه رویه قضایی فرانسه نیز از آن حمایت کرده است. با وجود این، چون عقد ضمان در حقوق فرانسه مبتنی بر ضم ذمه به ذمه است، انتقال دین در این مورد صورت نمی‌گیرد و صحبت از بقا یا عدم بقای وثایق و تضمینات موضوعیت ندارد (BENABENT, 2008: 364).

سرنوشت تضمینات در ضمان عقدی

از منظر فقهی

ابتدا باید خاطر نشان کرد در فقه امامیه نظر مشهور فقها بر این است که عقد ضمان به نحو نقل ذمه صحیح است (النجفی، ۱۳۶۲: ۱۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۱۸۲) اما نظر غیر مشهور بر صحت عقد ضمان به نحو ضم ذمه هم دلالت دارد (الطباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۵۹۱). عمده دلیل نظر مشهور فقها روایاتی است که از آن‌ها انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن قابل استنباط است. از جمله آن‌ها روایتی است که از فقهای امامیه و عامه به وفور نقل شده است، بدین شرح که روزی پیامبر اکرم (ص) بر جنازه‌ای حاضر شد تا بر آن نماز گزارد. حضرت فرمود: «آیا بر او دینی است؟» گفتند: «بلی، دو درهم.» پیامبر (ص) از خواندن نماز امتناع کرد. سپس، حضرت علی (ع) فرمود: «من از او ضمانت می‌کنم.» پیامبر (ص) رو به علی (ع) فرمود: «ای علی، خداوند به تو جزای خیر بدهد و ذمه‌ات را آزاد سازد، همان‌طور که تو ذمه برادرت را آزاد ساختی.» (نوری، ۱۴۱۱: ۳۶۳). گفتنی است موضوع بحث ما در حالتی است که مبنا را بر نقل ذمه قرار دهیم. زیرا، در حالتی که اثر ضمان عقدی ضم ذمه باشد، تردیدی در بقای تضمینات متعلق به دین اصلی وجود ندارد و فقط بر تضمینات آن افزوده می‌شود.

از منظر فقهی، در خصوص اینکه آیا با انعقاد عقد ضمان (نقل ذمه) تضمینات آن نیز منتقل می‌شود یا خیر ابراز نظر بسیار محدود و محصور به چند کتاب فقهی است و اغلب در جایی که دو مدیون از دین یک‌دیگر ضمانت می‌کنند، به منزله یکی از فواید این عمل حقوقی، می‌توان از آن نشانی به دست آورد. ایشان این گونه از ضمان را به رسمیت شناخته و یکی از فواید آن را فک رهن آن دیون (هر یک از دو دین که رهن داشته باشد) دانسته‌اند (الحسینی العاملی، بی‌تا: ۳۹۳) و در

توجیه این نظر اشعار داشته‌اند که ضمان به منزله ادای دین است (الموسوی الخمینی، ۱۳۸۲: ۲۶؛ شهیدثانی، ۱۴۱۴: ۲۰۵؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۵۳).^۱

برخی دیگر از فقها ضمان را همانند قضای دین و ادای تعهد دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۵: ۴۵۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۷)، اما درباره فک تضمینات سخنی نگفته‌اند. صاحب مستمسک العروه، به‌رغم اینکه دیدگاه مشهور را می‌پذیرد، آن را خالی از اشکال نمی‌داند؛ «زیرا [ضمان] نه ادا است و نه وفا و فایده ضمان اشتغال ذمه ضامن است و فراغ ذمه مضمون‌عنه و دین بدون اینکه وفا شده باشد به ذمه ضامن منتقل می‌شود.» (الطباطبایی، ۱۴۰۴: ۳۰۸). آن‌گونه که ملاحظه شد، در فقه، اکثر فقهای که در این باره اظهار نظر کرده‌اند پذیرفته‌اند که با انعقاد ضمان تضمینات تعهد اصلی از بین می‌رود و دلیل آن‌ها نیز این است که ضمان به‌منزله ایفای تعهد است. پس، بر مبنای مورد اختیار فقهای امامیه، این تضمینات و از جمله رهن منفک می‌شود. باید گفت بین فقهای معاصر برخی از ایشان، برخلاف قول مشهور، قایل به بقای تضمینات‌اند که در جای خود به آن اشاره می‌شود.

از منظر حقوقی

حقوق‌دانان حقوق مدنی در پاسخ به سؤال مطروحه موضع واحدی ندارند. هرچند بیشتر حقوق‌دانان بقای تضمینات را برگزیده‌اند، برخی از ایشان قایل به فک این تضمینات‌اند. در ادامه، نظر هر یک از این دو گروه بررسی می‌شود.

قایلین به رفع تضمینات

نظر برخی از بزرگان حقوق در این زمینه این است که منظور از بند ۲ ماده ۲۹۲ ق. م. عقد ضمان است (نه تبدیل تعهد). در نتیجه، ضمان را مشمول حکم ماده ۲۹۳ قانون مدنی تلقی می‌کنند

۱. صاحب جامع الشتات (ره) در این خصوص می‌گوید: «و یکی دیگر از ثمرات این ضمان (ضمانت دو مشتری از یک‌دیگر در مقابل فروشنده) این است که هرگاه در وقتی که دین به ذمه این دو نفر قرار گرفت رهنی بر این دین‌ها (هر دو) قرار گرفته باشد، یعنی عمر و بکر رهنی داده باشند به زید از برای دین یا یکی از آن‌ها داده باشد، پس، به سبب ضمان، عقد رهن منفسخ می‌شود و رهن خلاص می‌شود. زیرا همین که بعد از استقرار طلب و رهن ضمان به عمل آید آن به‌منزله ادای دین است.»

(کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۳۵). ایشان بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی را عقد ضمان دانسته‌اند؛ بی‌آنکه عقد ضمان را نوعی از تبدیل تعهد تلقی کنند. چون در ضمان، برخلاف تبدیل تعهد، تعهد اصلی از بین نمی‌رود، بلکه همان تعهد به ذمه ضامن منتقل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۸۱).

درحقیقت، در نظام حقوقی ما (نظر به امکان تصرف در دین)، لزومی دیده نشده که تعهد از بین برود و دوباره از نو بر عهده شخص دیگر ایجاد شود و تبدیل تعهد فقط در بخش تبدیل موضوع یا سبب در حقوق ما مفید دانسته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۳۲). ایشان، در عین حال که عقد ضمان را مبتنی بر انتقال دین می‌دانند، برآن‌اند که با تحقق عقد ضمان تضمینات تعهد مضمون‌عنه از بین می‌رود. چون انتقال دین را زمانی صورت‌پذیرفته می‌دانند که ذمه مضمون‌عنه از هر جهت فارغ شود و ثالث (ضامن) از هر حیث جانشین او شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۸۲). ایشان می‌افزایند اگر تضمینات از بین نرود، چگونه می‌توان پذیرفت که ذمه مضمون‌عنه فارغ شده، اما، در عین حال، مضمون‌له می‌تواند از تضمیناتی (مثلاً رهن) که او داده استفاده کند. اگر این‌گونه باشد، از ضمان تنها فایده‌ای اندک عاید مضمون‌عنه می‌شود. ایشان برای تأیید و تقویت این نظر به موضع فقها در فک تضمینات و شهرت این نظر در فقه استناد می‌جویند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۳۵).

یکی دیگر از حقوق‌دانان ضمان را همان تبدیل تعهد موضوع بند ۲ ماده ۲۹۲ ق. م. می‌داند. یعنی در این بخش عقد ضمان را با تبدیل تعهد نظام حقوقی رم متداخل تلقی کرده است و هیچ تفاوتی بین ضمان و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون نمی‌بیند. ایشان نیز، برای توجیه نظر خویش، به رویکرد فقها در باب رفع تضمینات دین اصلی نظر داشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۵). ایشان بند ۲ ماده ۲۹۲ ق. م. و ماده ۲۹۳ ق. م. را در آن بخش که ناظر به بند ۲ است با عقد ضمان متداخل می‌داند و آن را تکراری عبث تلقی می‌کند و در تعریف نقل ذمه می‌گوید: «نقل ذمه یعنی تعهد مضمون‌عنه از بین می‌رود و جای آن را تعهد ضامن می‌گیرد.» (همان: ۱۷۵). به دیگر سخن، از دیدگاه این نویسنده «دین ضامن که از عقد ضمان ناشی شده غیر از دین بر عهده مضمون‌عنه است.» تفاوت این نظر با نظر قبل در این است که در نظر قبل عقد ضمان جایگزین تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون دانسته شده است؛ نه اینکه عقد ضمان همان تبدیل تعهد باشد و همانند تبدیل تعهد تعهد اصلی از بین برود.

نویسنده‌ای دیگر، در دفاع از این دیدگاه، گفته است که به نظر ما قانون‌گذار در نگارش ماده ۲۹۲ قانون مدنی، با علم و اطلاع، صورت قضیه را از حقوق فرانسه گرفته و به جای نهاد ناآشنای تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن عقد ضمان و حواله را قرار داده که در عمل نیز از آن بسیار استفاده می‌شود (ساعی، ۱۳۷۶: ۱۵۱). این در حالی است که همان‌طور که خواهیم دید ادعای این خلط از سوی قانون‌گذار چندان مورد قبول نیست و حقایق قوت دیدگاه مخالف را نشان می‌دهد. هرچند طرفداران زوال تضمینات اختلاف‌نظرهایی دارند، که گفته شد، همه آن‌ها تضمینات را با عقد ضمان منتهی می‌دانند و در واقع نتیجه‌ای یکسان ارائه می‌دهند.

قایلین به عدم رفع تضمینات ضمان

آن‌گونه که پیش‌تر آمد، این دسته گروهی را تشکیل می‌دهند که در اکثریت قاطع قرار دارند. این گروه بین ضمان و تبدیل تعهد از نوع تبدیل مدیون تفاوت قایل‌اند. به نظر ایشان، در ضمان، نظر به اینکه تعهد اصلی (تعهد مضمون‌عنه) زایل نشده و با وقوع ضمان همان تعهد بر ذمه ضامن استقرار می‌یابد، فقط انتقال دین روی می‌دهد و دین با همه تضمیناتی که داشته منتقل می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۷ و ۱۲۸؛ مدنی، ۱۳۸۳: ۲۷۰). در واقع، قول به بقای تضمینات در عقد ضمان، به دلیل اینکه تعهد مضمون‌عنه به ضامن منتقل می‌شود و همان تعهد است که بر عهده ضامن مستقر شده است، با اصول حقوقی ما بیشتر منطبق است (صفایی، ۱۳۸۹: ۲۶۱). این گروه در تبدیل تعهد تعهد اصلی را زایل شده می‌دانند و این را تفاوت جوهری بین ضمان و تبدیل تعهد می‌خوانند؛ تفاوتی که وجود حکم ماده ۲۹۳ را در تبدیل تعهد (نظر به سقوط تعهد اصلی) توجیه می‌کند؛ اما در ضمان بقای تضمینات را رجحان می‌بخشد. بدیهی است همه آنچه گفته شد در باب ضمان مطلق بود. پرواضح است که اگر طرفین عقد ضمان خلاف آنچه ضمان در حال اطلاق اقتضا دارد (بقای تضمینات) را شرط کنند، شرط متبع خواهد بود (مدنی، ۱۳۸۵: ۲۱۷؛ عبده، ۱۳۸۹: ۲۹۶).

در حقوق فرانسه، از آنجا که اثر ضمان ضم ذمه به ذمه است، دین بر ذمه مدیون اصلی باقی خواهد ماند و همه تضمینات و حتی مرور زمان به قوت خود باقی و قابل استناد خواهد بود (VOIRIN, 1995: 527). اما، در صورت توافق طرفین مبنی بر زوال تضمینات و وثایق، براساس

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، این امر معتبر است و با هیچ قاعده آمره‌ای در تضاد نیست. در این صورت، بدون اینکه ذمه مضمون‌عنه بری شود، تضمینات دین اصلی از بین می‌رود (BENABENT, 2008: 435).

نقد و بررسی نظریات

به نظر می‌رسد به چند دلیل، باید رویکردی را پذیرفت که بقای تضمینات را پذیرفته است:

۱. بند ۲ ماده ۲۹۲ ق. م. مطابق همان ماده، تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون می‌باشد و در زمره اسباب سقوط تعهد قرار گرفته است (ماده ۲۶۴ ق. م.); درحالی‌که می‌دانیم، به موجب عقد ضمان، تعهدی ساقط نشده است، بلکه همان تعهد به ذمه ضامن منتقل شده و متبادر به ذهن از واژه سقوط «زوال تعهد» است، موضوعی که در ضمان در هیچ فرضی (اعم از نقل و ضم) تحقق نمی‌یابد.

۲. عقد ضمان از مصادیق انتقال دین است و بر آن ابتناء دارد و این معنا به خوبی از تعریف عقد ضمان نیز قابل استنباط است (ماده ۶۸۴ ق. م.); هرچند اندک تفاوتی بین انتقال دین و ضمان دیده می‌شود که عبارت است از تفاوت طرفین عقد در این دو نهاد حقوقی. به سخن گویاتر، در انتقال دین، مدیون و شخصی که قصد دارد دین مدیون را بر عهده بگیرد طرفین عقد محسوب می‌شوند. اما، در ضمان، دائن و شخصی که قصد دارد دین مدیون را تقبل کند طرفین عقد هستند که این تفاوت ضمان را از شمول انتقال دین خارج نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۸۲). باید افزود در انتقال دین، هرچند مدیون و شخص ثالثی که می‌خواهد دین او را متقبل شود طرفین عقد هستند، صرف توافق آن دو نمی‌تواند طلبکار را ملزم کند تراضی آن‌ها (انتقال دین) را بپذیرد؛ چه اینکه اشخاص در زمینه ایفای تعهدات و قدرت و ضعف انجام دادن التزامات ناشی از قرارداد با یکدیگر یکسان نیستند و ای بسا طلبکار راضی نباشد که دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه شخص ثالث منتقل شود. مسلم است که قرارداد دو طرف، هرچند بتواند به سود شخص ثالث باشد (ملاک ماده ۷۶۸ ق. م.)، نمی‌تواند به ضرر او باشد یا بیم تضرر او برود. بنابراین، در انتقال دین هم، پس از آنکه مدیون و شخص ثالث در زمینه انتقال دین توافق کردند، باید توافق آن‌ها مورد رضایت و قبول طلبکار باشد. درواقع، می‌توان گفت توافق آن‌ها مادام که از سوی طلبکار مقبول نیفتاده باشد، در برابر طلبکار

قابل استناد نیست. همین ملاحظه موجب می‌شود در عقد ضمان طلبکار یک طرف عقد محسوب شود و حضور مدیون، از آنجا که تأدیۀ دین از سوی غیرمدیون در حقوق ما پذیرفته شده است، نقشی در این رابطه (عقد ضمان) نداشته باشد. نظر به آنچه آمد، دانسته می‌شود که این اندازه تفاوت بین عقد ضمان و انتقال دین نباید آن را از شمول انتقال دین خارج کند. بنابراین، عقد ضمان هم مصداقی از انتقال دین است.^۱ اکنون سؤال این است که اگر «در انتقال دین تعهد با تمام توابع و تضمین‌های آن بر عهده ثالث قرار می‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۸۲)، چرا همین نظر نباید در ضمان، که مصداقی از انتقال دین است، پذیرفته شود؟ چه وجه ممیزه‌ای در ضمان (که مصداقی از انتقال دین است) وجود دارد که آن را با انتقال دین متفاوت می‌کند؟ چرا در ضمان باید گفت تا تضمینات از بین نروند انتقال دین روی نمی‌دهد، چون ذمه مدیون اصلی از هر حیث رها نشده است، اما در انتقال دین، با وجود بقای تضمینات، انتقال قابل تحقق است؟

به نظر می‌رسد از آنجا که عقد ضمان مصداقی از انتقال دین است منطقی نیست که گفته شود در انتقال دین تضمینات متعلقه همراه دین منتقل می‌شود، اما، این نظر در عقد ضمان پذیرفته نشود. چون دلیل انتقال تضمینات در انتقال دین آن است که دین ساقط نشده، بلکه محل آن تغییر کرده است و از آنجا که تضمینات از توابع دین اصلی شده‌اند با آن منتقل می‌شوند. همین دلیل در عقد ضمان هم موجود و قابل استناد و استفاده است. همان‌طور که آمد، در حقوق فرانسه هم حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند که در اعمال حقوقی، مبتنی بر انتقال طلب یا دین، تضمینات از اصل تعهد تبعیت می‌کنند و انتقال دین یا طلب موجب سقوط آن‌ها نمی‌شود. قانون مدنی مصر هم، که ملهم از حقوق فرانسه است، در ماده ۳۱۸، تضمین‌های دین انتقال یافته را به وقت خود باقی می‌داند. چون این تضمینات به نفس دین تعلق می‌گیرد و از توابع آن می‌شود و همراه آن انتقال می‌یابد و منفک نمی‌شود؛ مگر در صورت انشاء شرط خلاف. کما اینکه قانون مدنی این کشور، در ماده ۳۰۷، نظر به استدلال اخیر در انتقال طلب هم مقرر داشته «انتقال طلب شامل تأمین‌های آن، از

۱. ماده ۳۲۱ قانون مدنی مصر می‌گوید: «انتقال دین می‌تواند به موجب توافق بین بستانکار و شخصی که دین را پذیرفته است، مبنی بر جانشینی این شخص به جای مدیون اصلی، واقع شود...» در این فرض هم، که مصداقی از انتقال دین است، تضمین‌های دین انتقال یافته به قوت خود باقی می‌ماند.

قبیل ضمانت و امتیاز و وثیقه و نیز بهره و اقساط حال شده، خواهد بود». بزرگان حقوق مصر درخصوص این ماده گفته‌اند موارد مذکور در ماده ۳۰۷ قانون مدنی حصری نیست، بلکه تمثیلی است و همه تضمینات طلب از آن تبعیت می‌کند و همراه طلب به دائن جدید منتقل می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که تضمینات مذکور عینی باشد یا شخصی (السنهوری، ۱۹۵۸: ۴۹۶). این تضمینات، به حکم آنکه از توابع طلب است، همراه طلب منتقل می‌شود؛ مگر اینکه طرفین درخصوص عدم انتقال همه یا بعضی از تضمینات توافق کنند (همان: ۴۹۶). در حقوق ایران نیز تردیدی در انتقال تضمینات طلب همراه انتقال آن وجود ندارد (یزدانیان و بزرگمهر، ۱۳۹۰: ۱۲) و به‌طورکلی در انتقال دین و طلب، از آنجا که رابطه دینی با همه اوصاف و ویژگی‌های خود باقی می‌ماند و فقط در ناحیه دائن و مدیون دگرگونی و تغییر حاصل می‌شود، منطقی است که دین و طلب با همه اوصاف و تضمینات خود به ذمه ثالث منتقل شود و همان‌طور که برخی نویسندگان تصریح کرده‌اند حتی ایرادات دین و طلب نیز همراه آن‌ها منتقل می‌شود و پس از انتقال هم قابل استناد است و این نکته یکی از تفاوت‌های انتقال طلب مدنی با انتقال اسناد تجاری است (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۳: ۳۳؛ فیض و واحدی‌نژاد، ۱۳۸۸: ۱۶۹ و ۱۸۸).

۳. اگر بند ۲ ماده ۲۹۲ را همان ضمان بدانیم، به باور برخی از حقوق‌دانان، مقنن به تکراری عبث دست زده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۴). درحقیقت، اگر مقصود مقنن از بند ۲ ماده ۲۹۲ همان عقد ضمان بوده است، این سؤال بی‌پاسخ مطرح می‌شود که چرا قانون‌گذار درحالی‌که مقرراتی جداگانه برای ضمان و حواله تعیین کرده است در بخش تبدیل تعهد، باز هم به ذکر آن‌ها پرداخته است؟ (رودیجانی، ۱۳۹۰: ۸۰).

۴. اگر بند ۲ را ضمان بدانیم، که جای تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون نشسته است، با صدر ماده چگونه رفتار کنیم که هر سه بند ماده را تبدیل تعهد می‌داند؟ در این صورت، چگونه بند ۲ ماده ۲۹۲ را (اگر ضمان باشد) مشمول حکم ماده ۲۶۴ ق. م. تلقی کنیم؟^۱ درحالی‌که در ضمان تعهدی ساقط نمی‌شود (برخلاف تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون) و فقط نقل مکان می‌دهد.

۱. در بند ۵ ماده ۲۶۴ قانون مدنی تبدیل تعهد در زمره اسباب سقوط تعهد احصاء شده اما می‌دانیم که عقد ضمان موجب سقوط تعهد نیست بلکه موجب انتقال آن است.

درست است که در نگارش بند ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق. م. دقت لازم مبذول نشده است، با توجه به مطالب فوق، نمی‌توان بندهای ۲ و ۳ این ماده را انتقال دین و طلب تلقی کرد. در نتیجه، تسری حکم ماده ۲۹۳ در آن‌ها قابل توجیه نیست. وانگهی حقوق دانانی که بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق. م. را همان انتقال دین و طلب تلقی کرده‌اند، درباره تسری حکم ماده ۲۹۳ ق. م. در فرض انتقال طلب (بند ۳ ماده ۲۹۲) با مشکل مواجه شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۶۸ - ۲۷۰). چه اینکه مسلم است انتقال طلب شامل توابع و تضمینات آن هم می‌شود. در واقع، به نظر می‌رسد توجیه جریان حکم ماده ۲۹۳ در خصوص بند ۲ ماده ۲۹۲ (اگر این بند ضمان و انتقال دین تلقی شود، نه تبدیل تعهد) مشکل است و توجیه آن درباره بند ۳ ماده ۲۹۲ (اگر این بند انتقال طلب تلقی شود، نه تبدیل تعهد) به مراتب مشکل‌تر و توجیه‌ناپذیر است. چون در انتقال طلب تردیدی در انتقال توابع و تضمینات طلب وجود ندارد و به تعبیر برخی حقوق دانان انتقال تضمینات طلب همراه انتقال طلب امری طبیعی است. زیرا تضمینات طلب از توابع آن به‌شمار می‌آید (سنهوری، ۱۹۵۸: ۴۹۶). بنابراین، به نظر می‌رسد، همان‌طور که صدر ماده ۲۹۲ بندهای سه‌گانه این ماده را تبدیل تعهد برشمرده، ما نیز باید بندهای ۲ و ۳ این ماده را تبدیل تعهد تلقی کنیم تا تسری حکم ماده ۲۹۳ در آن‌ها منطقی و قابل توجیه باشد. در واقع، ماده ۲۹۲ ق. م. مقتبس و متأثر از حقوق فرانسه است. بنابراین، باید در تفسیر و شناخت ماهیت واقعی و آثار بندهای آن به حقوق این کشور رجوع شود و تبدیل تعهد با عقد ضمان (که برگرفته از فقه امامیه است) یکسان دانسته نشود. توجه به مبادی و مبانی این دو نهاد حقوقی است که موجب شده تبدیل تعهد برخلاف عقد ضمان در عداد اسباب سقوط تعهدات قرار گیرد (ماده ۲۶۴ ق. م.). از منظر رویه قضایی نیز، هرچند قضیه مزبور چندان مورد توجه نبوده است، دیوان عالی کشور، در رأی اصراری شماره ۲۷۸۴ - ۱۳۳۹/۹/۱۱، اعلام کرده است: «رد دعوی فرجام‌خواه به استناد شق ۳ از ماده ۲۹۲ قانون مدنی، که فقط ناظر بر تبدیل تعهد است و نه حواله، درست نبوده است.» (حسینی، ۱۳۷۹: ۱۲۴).

۵. از منظر فقهی نیز فقها بدان دلیل تضمینات را ساقط می‌دانند که ضمان به منزله ادای دین است. اما، همان‌طور که گفته شد، صاحب مستمسک، به حق، این نظر را خالی از اشکال ندانسته است. چون عقد ضمان به معنی وفای به عهد و ادای دین نیست و دین بدون اینکه ایفا شده باشد

به ذمه ضامن منتقل می‌شود. و اگر از منظر دائن به ضمان نگاه شود، به‌خوبی می‌توان به این نکته پی برد. بنابراین، نمی‌توان استدلال کرد که چون ضمان به معنی ادای دین است، پس، دلیلی ندارد که تضمینات دین پس از ضمان باقی بمانند. بعضی از فقهای معاصر نیز بقای تضمینات دین اصلی را در عقد ضمان قبول کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۴۲).

نتیجه‌گیری

از آنچه آمد استنباط می‌شود که نباید عقد ضمان را با تبدیل تعهد یکسان دانست. تبدیل تعهد از اسباب سقوط تعهدات است (ماده ۲۶۴ ق.م. که نهادی کاملاً مستقل از ضمان و برگرفته از حقوق فرانسه است. در تبدیل تعهد (به اعتبار تبدیل مدیون) تعهد اصلی ساقط می‌شود و تعهدی جدید، مشابه آن، بر ذمه مدیون جدید استقرار می‌یابد. اینجاست که با زوال تعهد اصلی همه تضمینات متعلقه بدان ساقط می‌شود. چون آن تضمینات تابع تعهد به‌شمار می‌روند و انتفای اصل موجب انتفای فرع است^۱. اما، در ضمان، تعهد مدیون اصلی ساقط نمی‌شود و همان تعهد است که نقل مکان می‌کند و بر عهده ضامن قرار می‌گیرد. در نتیجه، تضمینات تعهد هم، که از آن متابعت می‌کنند، از بین نخواهند رفت.

نیز دانسته شد که تفاوت اصلی ضمان با تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون (بند ۲ ماده ۲۹۲) در همین نکته نهفته است که نباید ضمان را با ایفای تعهد از سوی مضمون‌عنه خلط کرد. چون، در ایفای تعهد، تعهد به انجام می‌رسد و دائن به مطلوب می‌رسد؛ درحالی‌که در ضمان ایفای تعهد صورت نمی‌گیرد، بلکه فقط از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و اگر از منظر دائن به تعهد نگاه شود، همچنان برقرار و موجود است. بنابراین، نباید به دلیل اینکه ضمان به‌مثابه ایفای تعهد است زوال تضمینات را برگزید. مضاف به اینکه در ضمان مضمون‌له طرف عقد است و ظاهر (که بر غلبه و شیاع ابتننا دارد) بر این است که هیچ متعهدله‌ی نمی‌خواهد تضمینات متعلقه به طلبش (تعهد مدیون اصلی) در اثر انتقال دین (عقد ضمان) زایل شود و رعایت مصلحت وی نیز همین است. البته توجه به قصد هر دو طرف نیز لازم می‌نماید. بنابراین، عنایت به اوضاع و احوال

۱. «اذا سقط الاصل سقط الفرع».

حاکم بر عقد ضمان هم ما را به بقای تضمینات رهنمون می‌شود و همان‌طور که پیش از این گفته شد نفس انتقال دین هم مقتضی زوال تضمینات نیست. بنابراین، باید بقای تضمینات را به‌مثابه قاعده در عقد ضمان پذیرفت و آن را لازمه اطلاق عقد ضمان دانست. البته، منعی وجود ندارد که خلافش (زوال تضمینات) در عقد ضمان شرط شود و مضمون‌له از تضمینات تعهد درگذرد. در حقوق فرانسه، در عین حال که، براساس نص صریح ماده ۱۲۷۸ و مفهوم مواد ۱۲۷۹ تا ۱۲۸۱ قانون مدنی این کشور، در نتیجه تبدیل تعهد و وثایق و تضمینات دین سابق به تبع اصل تعهد ساقط می‌شوند، حقوق‌دانان و رویه قضایی این کشور به‌صراحت قایل بر عدم شمول ماده ۱۲۷۸ قانون مدنی بر عملی حقوقی که موجب انتقال طلب یا انتقال دین می‌شود شده‌اند. در نتیجه، در دو مورد اخیر باید وثایق و تضمینات را به تبع دین یا طلب قابل انتقال دانست. این نظر، که از حمایت بدون خدشه رویه قضایی برخوردار است، با اصول و قواعد حقوقی نیز سازگارتر به‌نظر می‌رسد.

نظر به مراتب فوق و با توجه به اینکه ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران برگرفته از مفاد ماده ۱۲۷۱ قانون مدنی فرانسه است، به‌رغم اختلاف‌نظر بین حقوق‌دانان، باید همه بندهای آن را از مصادیق تبدیل تعهد دانست و احکام و آثار تبدیل تعهد را بر آن‌ها مترتب به‌شمار آورد. برعکس، در نهادهایی نظیر عقد ضمان، که مبتنی بر انتقال طلب یا انتقال دین است، انتقال وثایق و تضمینات را همراه اصل دین یا طلب پذیرفت. بنابراین، در قانون مدنی ما تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن همان ضمان و حواله نیستند. زیرا این دو نهاد حقوقی ماهیت و آثاری متفاوت دارند و می‌توانند در روابط حقوقی افراد، بسته به اثر هر مورد، به‌کار گرفته شوند؛ هرچند نهاد حقوقی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون یا دائن (بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق. م.) در عمل کمتر استفاده می‌شوند.

منابع و مأخذ

۱. ابن ادریس، محمد بن احمد (بی تا). سرائر، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۶۸). حقوق مدنی، ج ۱ و ۲، چ ۱۶، تهران، انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، تهران، محراب فکر.
۴. باقری، احمد (۱۳۸۲). بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی، تهران، آن.
۵. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادهای، تهران، نشر دانشگاه تهران.
۶. الجبعی العاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۲). مسالک الافهام، ج ۱، قم، مؤسسه معارف اسلامی.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). ضمان عقودی در حقوق مدنی، تهران، نشر کتابخانه گنج دانش.
۸. حسینی عاملی، سید محمدجواد (بی تا). مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۵، بیروت، دار الاحیاء تراث العربی.
۹. حیاتی، علی عباس (۱۳۹۲). قواعد عمومی قراردادهای، تهران، میزان.
۱۰. رودیجانی، محمدمجتبی (۱۳۹۰). سقوط تعهدات، تهران، میزان.
۱۱. ساعی، محمدهادی (۱۳۷۶). «وضعیت تضمینات بعد از انتقال طلب یا انتقال دین»، معارف اسلامی و حقوق، س ۸، ش ۲.
۱۲. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۸). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۳، بیروت، دار الاحیاء تراث العربی.
۱۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد (بی تا). انتقال و سقوط تعهدات، ترجمه علی رضا امینی و منصور امینی و محمدحسین دانش کیا، تهران، مرکز ترجمه و نشر کتاب.
۱۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۸). الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید، بیروت، دار الاحیاء تراث العربی.
۱۵. شهیدی، سید مهدی (۱۳۹۰). سقوط تعهدات، چ ۸، تهران، مجد.
۱۶. صفایی، سید حسین (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چ ۱۰، تهران، میزان.
۱۷. طاهری، حبیب الله (۱۳۷۵). حقوق مدنی ۶ و ۷، ج ۴، تهران، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. الطباطبائی الحکیم، السید محسن (۱۴۰۴). مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۳، قم، مکتبه المرعشی النجفی.
۱۹. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۹). حقوق مدنی، تهران، نگاه بینه.

۲۰. عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۳). مباحث تحلیلی حقوق تجارت، چ ۳، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۲۱. علامه حلی، الحسن بن یوسف (۱۴۱۱). مختلف الشیعه، ج ۵، قم، مؤسسه النشر اسلامی.
۲۲. علی‌آبادی، علی (۱۳۸۱). ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقود در حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. عمید زنجانی، عباس‌علی (۱۳۸۲). موجبات ضمان، درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی، تهران، میزان.
۲۴. عمید، حسن (۱۳۷۴). فرهنگ فارسی، چ ۴، تهران، امیرکبیر.
۲۵. عدل، سید مصطفی (۱۳۹۴). حقوق مدنی، چ ۲، تهران، خرسندی.
۲۶. فیض، علی‌رضا و جواد واحدی‌نژاد (۱۳۸۸). «مقایسه عقد حواله با تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب»، پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، س ۲، ش ۳ و ۴، ص ۱۵۹ - ۱۹۴.
۲۷. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۹). اصول قراردادهای و تعهدات، چ ۱۴، تهران، دادگستر.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات، تهران، یلدا.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی عقود اذنی، وثیقه‌های دین، چ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی و رضاحسین گندمکار (۱۳۸۰). «ماهیت و آثار تضامن بین بدهکاران (تضامن منفی)»، فصلنامه علمی پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهراء، س ۱۱، ش ۴۰.
۳۱. محقق کرکی، علی بن الحسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، چ ۲، قم، مؤسسه آل اهل بیت لاحیاء التراث.
۳۲. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۳). حقوق مدنی ۳، عقود و قراردادهای، تهران، پایدار.
۳۳. المقدس‌الاردبیلی، المولی احمد (۱۴۱۰). مجمع الفائده و البرهان فی شرح الارشاد الازهان، ج ۹، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
۳۴. مکی‌العاملی، محمد بن جمال‌الدین «شهید اول» (بی‌تا)، المعه الدمشقیه، ج ۴، قم، نشر مکتبه الدوری.
۳۵. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵). عقد ضمان، تهران، مجد.
۳۶. الموسوی‌الخمینی، السید روح‌الله (۱۳۸۲). تحریر الوسیله، ج ۲، چ ۲، قم، دار‌العلم.
۳۷. میرازی قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱). جامع الشتات فی أجوبه السوالات، ج ۳، تهران، کیهان.

٣٨. النجفى، شيخ محمدحسن (١٣٦٢). *جواهر الكلام*، ج ٢٦، ج ٧، بيروت، دار الاحياء تراث العربى.
٣٩. نورى، ميرزا حسين (١٤١١). *مستدرک الوسائل*، ج ١٣، بيروت، مؤسسة آل اهل بيت لاحياء تراث.
٤٠. الهذلى «محقق حلى»، ابوالقاسم نجم الدين محمد بن الحسن (بى تا). *شرائع الاسلام فى مسائل حلال و حرام*، ج ٣، بيروت، دار الزهراء.
٤١. يزدانيان، على رضا و داوود بزرگمهر (١٣٩٠). *بررسى فقهى و حقوقى طرق انتقال ارادى طلب با نگاهى تطبيقى به حقوق فرانسه، حقوق خصوصى، ش ١٨، ص ٥ - ٢٤.*
٤٢. شهيد ثانى، زين الدين بن على (١٤١٤). *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، ج ٤، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه.
٤٣. الطباطبائى يزدى، السيد محمد كاظم (١٤١٩). *العروه الوثقى*، ج ٢، ج ٥، قم، دارالتفسير.
44. Andrew, Geraldine and Ricard, Millet (2000). *Law of guarantee*, Third edition, Sweet with Maxwell, London.
45. BENABENT (Alain) (2008). *Droit civil, les contrats spéciaux civil et commerciaux*, 8^e éd, Éditions Montchrestien, Domat droit privé, Paris.
46. Pepre .F. E. (1977). *Law and Practice relation revised*, Third edition, London.
47. STEINLE-FEUEBACH (Marie-France) (2008). *Droit des obligations*, Editions Ellipses, Paris.
48. TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves) (2005). *Droit civil, les obligations*, 9^e éd, Éditions Dalloz. Paris.
49. VOIRIN (Pierre) (1995). *Droit civile*, Tome 1, 25^e éd, Éditions L.G.D.J, Paris.
50. YILDIRIM (Gulsen) (2006). *Droit des obligations*, 2^e éd, Éditions Bréal, Paris.