

## The Effect of Transition Collateral Contracts on Securities of Debt

Javad Piri<sup>\*1</sup>, Gholamali Seifi Zeynab<sup>2</sup>, Faeze Kavousi<sup>3</sup>

1. PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Shahid beheshti University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid beheshti University, Tehran, Iran.

3. Law Student, Faculty of Law, Shahid beheshti University, Tehran, Iran.

### Abstract

The creation of a legal relationship between individuals, whether in the form of a contract or outside it, is inevitable. These legal relationships sometimes appear in the context of debt and claim. In order to guarantee and facilitate the collection of claims, Creditor may have received a security from a debtor in order to take advantage of those securities, in case of impossibility of collection of debts from debtor directly. However, sometimes, After the creation of collateral, basic debt may be the subject of a contract that can be named as a transition collateral contract. There are doubts about how the formation of these types of contracts have an effect on the securities of basic debt. Some believe that after concluding of transition collateral contracts, preceding securities of basic debt will be collapsed; However, others believe in the survival of preceding securities of basic debt and believe that the previous securities of the basic debt can be used if necessary, despite the transfer of obligation. For each of these views, there are some reasons. In general, the second view seems to be stronger. In this article, the author has tried to examine the reasons for each of the above views from an analytical point of view in order to explain the correct point of view.

**Keywords:** Guarantee, Assignment, Security, Cession of debt, Cession of claim, Novation.



#### Article Type:

Original Research

Pages: 153-173

Received: 2020 September 19

Revised: 2021 February 13

Accepted: 2022 April 20



©This is an open access article under the CC BY licens.

\* Corresponding Author: [javadpiri\\_sbu@yahoo.com](mailto:javadpiri_sbu@yahoo.com)

## تأثیر عقود وثیقه‌ای ناقل ذمه بر تضامین دین

جواد پیری<sup>۱\*</sup>، غلامعلی سیفی زیناب<sup>۲</sup>، فائزه کاوسی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

۲. استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

۳. دانشجوی کارشناسی حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

### چکیده

تحقق رابطه حقوقی میان اشخاص اعم از اینکه در قالب قرارداد یا خارج از آن باشد، امری گریز ناپذیر است. این روابط حقوقی گاه در قالب دین و طلب بروز می‌کند. ممکن است شخص دائن جهت تضمین و تسهیل وصول مطالبات خود تضامینی را از شخص مدیون اخذ کرده باشد تا در صورت ناممکن شدن وصول طلب خود به طور مستقیم از شخص مدیون، از تضامین مذکور بهره‌مند شود. با این حال پس از ایجاد توثیق، ممکن است دین پایه، موضوع عقودی قرار گیرد که می‌توان از آن‌ها تحت عنوان عقد وثیقه‌ای ناقل ذمه نام برد. راجع به اینکه انعقاد این دسته از عقود چه تأثیری بر تضامین دین پایه دارد، تردیدهایی مطرح شده است. برخی بر این نظر هستند که پس از انعقاد عقود وثیقه‌ای ناقل ذمه، تضامین پیشین تعلق گرفته به دین پایه ساقط می‌شود؛ اما برخی دیگر قائل بر بقای تضامین مذکور بوده و معتقدند که تضامین پیشین دین پایه نیز علی‌رغم جابه‌جایی ذمه، در صورت لزوم قابل بهره‌برداری هستند. برای هر یک از دیدگاه‌های مذکور می‌توان به دلایلی تمسک جست. به طور کلی به نظر می‌رسد دیدگاه دوم از قوت بیشتری برخوردار است. در این نوشتار سعی نگارنده بر این بوده است که ادله هر یک از دیدگاه‌های فوق را با دید تحلیلی مورد مذاقه و بررسی قرار دهد تا دیدگاه صحیح تبیین گردد.



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۱۵۳-۱۷۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۲۹

تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۱/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۳۱



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

واژگان کلیدی: ضمان، حواله، وثیقه، انتقال دین، انتقال طلب، تبدیل تعهد.

## درآمد

آن‌گاه که شخصی از دیگری طلبکار گردد، ممکن است شخص دائن بنا به دلایلی از جمله بیم‌ناک بودن نسبت به وصول مطالبات خود جهت توثیق دین و تسهیل وصول آن تضامینی از مدیون اخذ کند. با وجود این ممکن است دین مذکور به طور مستقیم از سوی مدیون ادا و ایفا نگردد؛ اما موضوع عقود دیگری که می‌توان از آن تحت عنوان عقد وثیقه‌ای نام برد، قرار گیرد. چنانچه دین پایه دارای تضامینی باشد، در چنین مواردی مسئله مهم این خواهد بود که با انعقاد این دسته از عقود، وضعیت تضامین سابق تعلق گرفته بر دین پایه چه خواهد بود. به نظر می‌رسد در این خصوص باید میان عقود وثیقه‌ای تضمینی و عقود وثیقه‌ای ناقل ذمه تفکیک کرد. عقد وثیقه‌ای تضمینی عقدی است که با انعقاد آن دین همچنان بر ذمه مدیون اصلی باقی می‌ماند و صرفاً وثیقه‌ای بر آن ضمیمه می‌گردد. در نظام حقوقی کنونی می‌توان عقد کفالت و رهن را در زمره این دسته از عقود قرار داد. با توجه به ماهیت عقود مذکور، تردیدی وجود ندارد که انعقاد آن‌ها سبب سقوط تضامین پیشین دین نخواهد شد؛ زیرا دین اصلی همچنان باقی است و تضامین نیز که جنبه تبعی دارند، به اعتبار آن باقی خواهند بود. عقد وثیقه‌ای ناقل ذمه نیز عقدی است که با انعقاد آن دین یا طلب از ذمه متعهد تعهد پایه به ذمه شخص دیگری منتقل می‌شود. با توجه به تعریف مذکور در نظام حقوقی کنونی، می‌توان عقد ضمان و حواله را از مصادیق این دسته از عقود دانست؛ زیرا عقد ضمان ناقل ذمه و حواله غالباً با توجه به وضعیت مالی و اعتبار ثالث منعقد می‌شود و در نتیجه انتقال دین و طلب بر ذمه‌ای صورت می‌گیرد که وضعیت بهتری نسبت به بدهکار اصلی دارد. بر این اساس قالب‌های حقوقی مذکور به نوعی تسهیل کننده وصول مطالبات بوده و واجد جنبه توثیقی هستند. از آنجایی که قانون‌گذار راجع به تأثیر انعقاد عقود وثیقه‌ای ناقل ذمه نسبت به تضامین دین حکم صریحی ندارد، عرصه مذکور محل تضارب آرا قرار گرفته است. بر همین اساس مهم‌ترین مسئله این خواهد بود آیا با انعقاد عقود وثیقه‌ای ناقل ذمه، تضامین پیشین دین ساقط می‌شوند و در نتیجه دائن نمی‌تواند از آن‌ها بهره‌مند گردد یا اینکه تضامین مذکور همچنان به اعتبار خود باقی است؟ هرچند در آثار فقهی و حقوقی به طور مستقل و منسجم به این بحث پرداخته نشده است، با مذاقه در آثار فقها و حقوق‌دانان می‌توان دو دیدگاه را مورد

توجه قرار داد؛ برخی بر این نظر هستند که با انعقاد عقد وثیقه‌ای ناقل ذمه، تضامین و دین پایه ساقط می‌شوند. در مقابل برخی دیگر قائل به عدم سقوط تضامین مذکور هستند. برای هر یک از دیدگاه‌های مذکور می‌توان به دلایلی تمسک جست. با توجه به مشخص بودن عدم تأثیر انعقاد عقود وثیقه‌ای تضمینی نسبت به تضامین دین پایه، از پرداختن به آن خودداری می‌کنیم و صرفاً به بررسی تأثیر عقود وثیقه‌ای ناقل ذمه می‌پردازیم. ابتدا تأثیر انعقاد عقد ضمان بر تضامین دین پایه مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به بررسی تأثیر انعقاد عقد حواله نسبت به تضامین مذکور می‌پردازیم.

### ۱. تأثیر انعقاد عقد ضمان بر تضامین دین

قانون مدنی در خصوص اینکه انعقاد عقد ضمان چه تأثیری بر روی تضامین پیشین تعلق گرفته بر دین دارد، صریحاً تعیین تکلیف نکرده است. همانطور که پیش‌تر بیان شد، راجع به عقد ضمان تضامنی تردیدی نسبت به بقای تضامین سابق وجود ندارد؛ زیرا تغییری در اصل دین و ذمه مضمون عنه حادث نمی‌شود؛ اما در خصوص عقد ضمان ناقل ذمه اختلاف نظر هست. برخی قائل بر سقوط تضامین شده و برخی دیگر قائل به نظریه عدم سقوط تضامین سابق هستند.<sup>۱</sup>

#### ۱-۱. نظریه سقوط تضامین دین

برخی از فقها و حقوق‌دانان بر این نظر هستند که انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه سبب سقوط تضامین دین پایه می‌شود. قائلان به قول مذکور در جهت اثبات نظر خود به دلایلی تمسک جست‌ه‌اند؛ با تتبع در آثار فقها و حقوق‌دانان و توجه به مفاد برخی مواد قانون مدنی، می‌توان دلایل نظریه سقوط تضامین دین پایه با انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه را به شرح ذیل دانست؛

اولاً با انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه، دین ایفا شده محسوب می‌گردد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۷۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۷۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۰۵). در نتیجه به جهت اینکه عقد ضمان ناقل ذمه به منزله ادا و ایفای دین است، باید قائل بر این شد

۱. بدیهی است که نظرات مذکور در فرض اطلاق است و چنانچه اراده طرفین حاکی از بقا یا سقوط تضامین سابق دین باشد، فارغ از تحلیلی که در این نوشتار ارائه می‌گردد، همان اراده مشترک مطاع خواهد بود.

که تضامین تعلق گرفته به آن نیز ساقط می‌گردند؛ زیرا با ایفای دین، پایگاه و تکیه‌گاه تضامین از بین می‌رود و موضوعی برای وثیقه باقی نمی‌ماند (فیاض کابلی، ۱۴۱۴: ۳۴۶). محمد حسن نجفی در کتاب جواهر (نجفی، ۱۴۱۴: ۱۵۰)، شهید ثانی در کتاب مسالک (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۰۵) و تبریزی در کتاب منهاج الصالحین (تبریزی، ۱۴۲۶: ۲۳۵) به طور مطلق قائل بر این شده‌اند که با انعقاد عقد ضمان، تضامین دین ساقط می‌گردند؛ با وجود این سید محمد کاظم طباطبایی در کتاب عروه بر نظر صاحب جواهر و شهید ثانی ایراد کرده و اینگونه بیان می‌دارد:

[راجع به اینکه] اگر برای دینی که بر ذمه مضمون عنه است، رهنی باشد، آیا [رهن] با [انعقاد عقد] ضمان [ناقل ذمه] منفک می‌شود یا خیر از مسالک و جواهر مستظهر است که رهن منفک می‌گردد زیرا عقد ضمان به منزله وفا است اما این نظر خالی از اشکال نیست این نظر در فرض اطلاق است و اما در صورت اشتراط بقا یا زوال آن [یعنی رهن] همان متبع خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۰).

در تقویت دلیل فوق، یعنی اینکه عقد ضمان منجر به ادا و ایفای دین می‌شود و در نتیجه سقوط تضامین دین پایه را در پی دارد، شاید بتوان دیدگاه قانون‌گذار قانون مدنی را نیز در همین جهت تبیین کرد. به موجب ماده ۴۰۸ قانون مدنی، چنانچه مشتری در مقابل ثمنی که به فروشنده بدهکار است، ضامن بدهد، خیار تأخیر ثمن ساقط می‌شود و در نتیجه فروشنده از این جهت حق فسخ قرارداد بیع را نخواهد داشت. مفاد این ماده در پرتو دیگر مواد قانونی واجد اهمیت می‌شود. به موجب ماده ۴۰۲ قانون مذکور، یکی از شرایط تحقق خیار تأخیر، عدم پرداخت کامل ثمن است. به نظر می‌رسد حکم ماده ۴۰۸ قانون مدنی مبنی بر سقوط خیار تأخیر ثمن با انعقاد عقد ضمان، دال بر آن است که قانون‌گذار عقد ضمان را به منزله ادا و ایفا دانسته است. بنابراین اینکه مطابق ماده ۴۰۸ قانون مدنی با انعقاد عقد ضمان خیار تأخیر ساقط می‌شود، نتیجه می‌دهد عقد ضمان ادا و ایفا محسوب می‌شود. نتیجه پذیرش این امر

۱. «إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لأنه بمنزلة الوفاء لكنه لا يخلو عن إشكال هذا مع الإطلاق و أما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع» نکته اینکه هر چند سید محمد کاظم طباطبایی صرفاً راجع به عقد رهن سخن گفته؛ اما رهن فاقد هر گونه خصوصیتی است؛ در نتیجه می‌توان بر این بود که در فرض اطلاق و عدم تراضی خلاف، با انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه تمام تضامین دین ساقط می‌گردند.

نیز آن خواهد بود که با انعقاد عقد ضمان، تضامین تعلق گرفته به دین پایه ساقط گردد؛ زیرا آن‌گاه که دین با انعقاد عقد ضمان تأدیه شده محسوب گردد، تابع؛ یعنی تضامین نیز به جهت زوال متبوع؛ یعنی دین، زایل می‌گردد.

ثانیاً به موجب ماده ۶۹۸ قانون مدنی، بعد از اینکه عقد ضمان به طور صحیح منعقد شد، ذمه مضمون عنه بری می‌شود. در ارتباط با ماده مذکور ذکر چند نکته مهم ضروری است؛ نخست آنکه اثر مذکور در ماده مارالذکر مبنی بر براءة ذمه مضمون عنه محدود به عقد ضمان ناقل ذمه است. دوم آنکه ماده مذکور به نحو مطلق تنظیم شده است؛ در نتیجه می‌توان گفت که بری شدن ذمه مضمون عنه نه تنها اصل دین را در بر می‌گیرد؛ بلکه تمام تضامین را نیز شامل می‌شود. سوم آنکه زمانی می‌توان ادعا کرد مفاد ماده مذکور به طور کامل رعایت شده است که با انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه علاوه بر دین اصلی، قائل بر سقوط تضامین دین نیز باشیم؛ زیرا در صورت اعتقاد به بقای تضامین دین، نمی‌توان گفت که براءة ذمه مضمون عنه آنگونه که در ماده مذکور مقرر شده، حاصل شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۳۶). بر این اساس می‌توان اذعان داشت که ماده ۶۹۸ قانون مدنی نیز بر سقوط تضامین دین پایه با انعقاد عقد ضمان دلالت دارد.

ثالثاً آن‌گاه که توثیق صورت می‌پذیرد، عرفاً شخصیت مدیون مورد توجه قرار می‌گیرد. با توجه به اینکه دین پایه بر ذمه مضمون عنه به عنوان مدیون اصلی بوده است، چنانچه توثیقی وجود داشته باشد، به همان مضمون عنه مرتبط خواهد بود. به دیگر سخن متعلق وثیقه، مطلق دین نیست؛ بلکه دین مستقر در ذمه مضمون عنه است؛ بدین معنا که دین و ذمه مضمون عنه به عنوان یک کل، متعلق وثیقه قرار می‌گیرد. بر همین اساس با توجه به اینکه بعد از تحقق عقد ضمان، دین از ذمه مضمون عنه به ذمه شخص دیگری منتقل می‌شود، بخشی از متعلق وثیقه؛ یعنی ذمه تغییر می‌کند؛ در نتیجه با انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه، تضامین به جهت تغییر در یکی از ارکان و مفاد دین؛ یعنی انتقال ذمه ساقط خواهد شد. در همین راستا است که سید عبد الاعلی سبزواری در کتاب مهذب بیان می‌دارد نقل و انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن ارتباطی با سقوط تضامین ندارد و علت ساقط شدن وثیقه با انعقاد عقد ضمان این است که وثیقه برای توثیق ذمه مضمون عنه به کار رفته است و در نتیجه با ساقط شدن ذمه مضمون عنه وجهی برای بقای وثیقه بر آن وجود ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵۹).

رابعاً مطابق ماده ۲۹۲ قانون مدنی در سه مورد تبدیل تعهد صورت می‌گیرد. مطابق بند دوم ماده مذکور، چنانچه شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید، تبدیل تعهد مصداق می‌یابد. ظاهر بند مذکور حاکی از آن است که انتقال دین و تغییر مدیون منجر به تبدیل تعهد می‌شود. به موجب ماده ۶۸۴ قانون مذکور، «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.» مذاقه در این دو ماده حاکی از آن است که عقد ضمان منطبق با بند دوم ماده ۲۹۲ قانون مدنی، تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون محسوب می‌شود (صفایی، ۱۳۸۹: ۲۵۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۲۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۳۲). از منظر فقهی نیز هر چند عقد ضمان در کلام فقها به انتقال دین تعریف شده است؛ اما مطابق آنچه یکی از فقها بیان می‌دارد، دین در عقد ضمان متعدد می‌گردد و آنچه که بر ذمه ضامن قرار می‌گیرد، همان دین مستقر در ذمه مضمون عنه نیست و دین از قبل موجود در ذمه مضمون عنه با دین ایجاد شده در ذمه ضامن، دو دین متفاوت هستند که یکی از آن‌ها جانشین دیگری می‌گردد؛ بدین معنا که در ازای حدوث دین جدید در ذمه ضامن، دین مستقر در ذمه مضمون عنه ساقط می‌شود؛ بنابراین تعبیر انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن، تعبیر مسامحه‌ای است؛ زیرا دین مستقر در ذمه ضامن همان دین پایه نیست و فرد جدیدی است که بعد از انعدام دین اول به وجود آمده است (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱۶۲). بر این اساس با توجه به اینکه عقد ضمان نوعی تبدیل تعهد محسوب می‌شود، عقد مذکور مشمول ماده ۲۹۳ همان قانون خواهد بود؛ در نتیجه بنا به نص صریح ماده مذکور، با انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه، علی‌الاطلاق تضامین تعلق گرفته به دین پایه ساقط می‌گردد. در همین راستا یکی از حقوق دانان بیان داشته است که «عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه می‌گردد ... 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 تضامین سابق هم از بین می‌رود و طبعاً همه عوارض و طواری نیز از بین خواهد رفت.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۱۴)؛ زیرا تضامین نسبت به دین جنبه فرعی و تبعی دارند و وجود و بقای آن‌ها منوط به وجود و بقای تعهد اصلی است؛ بنابراین به جهت از بین رفتن دین اصلی در تبدیل تعهد، تضامین آن نیز ساقط می‌گردند.<sup>۱</sup> (توکلی کرمانی، ۱۳۷۶: ۸۸).

۱. «إذا سقط الأصل سقط الفرع» یا «يسقط التابع عند سقوط المتبوع».

### ۱-۲. نظریه بقای تضامین دین

برخلاف دیدگاه پیشین، برخی دیگر از فقها و حقوق دانان معتقد هستند که انعقاد عقد ضمان ناقل ذمه تأثیری در تضامین پیشین دین پایه نداشته و منجر به سقوط آن‌ها نمی‌شود. هر چند طرفداران این دیدگاه به طور منسجم و کامل به ادله دیدگاه سابق پاسخ نگفته‌اند؛ اما می‌توان از خلال بحث‌های مطروحه بدان دست یافت. بدین منظور تلاش می‌شود ادله دیدگاه سابق به طور مستند و مستدل مورد ارزیابی قرار گیرد. به نظر می‌رسد در رد دلایل دیدگاه پیش گفته می‌توان اینگونه بیان داشت که: اولاً با فرض اینکه به پذیرفته شود که عقد ضمان ناقل ذمه به مثابه ادا و ایفا است، مطلق بودن آن محل اشکال خواهد بود؛ زیرا همانطور که برخی از حقوق دانان اشاره کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۶: ۲۷۰)، نمی‌توان عقد ضمان را از هر جهت به مثابه ایفا قلمداد کرد؛ بلکه پس از انعقاد عقد ضمان دین اصلی همچنان به اعتبار دائن باقی است. در واقع با توجه به اینکه وصف دائن بودن همچنان بر مضمون له قابل ترتب است، این دیدگاه که عقد ضمان ناقل ذمه از تمام جهات به مثابه ایفا است، واجد ایراد می‌باشد. ماده ۴۰۸ قانون مدنی نیز نمی‌تواند مبنا و توجیه‌کننده حکم به سقوط تمام تضامین دین در صورت انعقاد عقد ضمان باشد؛ زیرا به نظر می‌رسد حکم قانون‌گذار در ماده مذکور به سقوط خیار تأخیر ثمن با انعقاد عقد ضمان از باب حکومت بوده است؛ بدین معنا که عقد ضمان نه به مفهوم واقعی پرداخت؛ بلکه در حکم آن است. این تعبیر از مذاقه در کلام فقها نیز قابل استنباط است؛ زیرا همانطور که پیش‌تر بیان شد، بسیاری از فقها به صراحت اعلام داشته‌اند که عقد ضمان به منزله ادا و ایفا است؛ نه آنکه حقیقتاً ادا و ایفا باشد. بنابراین تلقی عقد ضمان به عنوان ادا و ایفا صرفاً از باب حکومت خواهد بود. با توجه به اینکه حاکم شدن یک دلیل بر دلیل دیگر خلاف قاعده است، حکومت دلیل حاکم بر دلیل محکوم باید محدود به موضع یقینی باشد؛ در نتیجه جز در موارد مصرح قانونی نمی‌توان احکام ادا و ایفا را بر عقد ضمان مترتب ساخت؛ در نتیجه ماده ۴۰۸ قانون مدنی می‌بایست در همان حد تصریح شده تفسیر مورد استناد باشد.

ثانیاً همانطور که بیان شد، ماده ۶۹۸ قانون مدنی انعقاد عقد ضمان را سبب برائت ذمه مضمون عنه دانسته است. به نظر می‌رسد اعتقاد به اطلاق ماده مذکور و شمول حکم مندرج در آن نسبت به تضامین دین محل ایراد باشد؛ زیرا تمسک به اطلاق



به عنوان یک اصل لفظی و در نتیجه اعتقاد به شمول ماده مذکور نسبت به تمام تضامین دین در صورتی امکان پذیر است که مقدمات حکمت وجود داشته باشد. یکی از این مقدمات، در مقام بیان بودن متکلم است؛ در نتیجه چنانچه متکلم در صد اهمال گویی یا بیان حکم دیگری باشد، کلام مورد نظر ظهوری در اطلاق نخواهد داشت (مظفر، ۱۴۱۲: ۱۶۹). بر این اساس با توجه به اینکه ماده مذکور صرفاً در مقام بیان اثر عقد ضمان نسبت به نفس دین است و تعرضی به تضامین آن ندارد، استناد به اطلاق کلام در غایت اشکال خواهد بود. بر همین مبنا به نظر می‌رسد بلاثر دانستن ماده مذکور و عقد ضمان در فرض حکم به عدم سقوط تضامین دین نیز صحیح نخواهد بود؛ زیرا متعلق حکم قانون‌گذار صرفاً اصل دین بوده است که با انعقاد عقد ضمان تحقق می‌یابد و حکم به بقای تضامین دین ماده ۶۹۸ را از محتوا تهی نمی‌سازد.

ثالثاً راجع به سقوط یا بقای تضامین دین در دو فرض تردیدی وجود ندارد؛ نخست آنکه وثیقه به دین مستقر در ذمه مضمون عنه به عنوان یک کل، تعلق گرفته باشد و دیگری اینکه متعلق وثیقه نفس دین باشد. چنانچه وثیقه به دین مستقر در ذمه مضمون عنه به عنوان یک کل تعلق گرفته باشد، با تحقق عقد ضمان و انتقال دین، تضامین ساقط می‌شوند؛ زیرا در این صورت انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن سبب زوال یکی از ارکان و مبنای وثیقه که همان ذمه مضمون عنه است، می‌شود؛ اما اگر وثیقه به نفس دین تعلق گرفته باشد، دلیلی برای سقوط آن نیست و تمام تضامین به انضمام دین منتقل می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۴۲۳)؛ زیرا مبنای اراده و تراضی طرفین از تعلق وثیقه به نفس دین این بوده است که تضامین تا زمان وصول مطالبات به اعتبار خود باقی باشد و انتقال و جابه‌جایی دین از یک ذمه به ذمه دیگر سبب زوال آن‌ها نگردد. بر این اساس باید در وهله اول اراده و قصد مشترک را احراز کرد و همان را مطاع دانست. با وجود این در مواردی ممکن است احراز اراده راجع به اینکه وثیقه به مطلق دین تعلق گرفته است یا به دین مستقر در ذمه مدیون، امکان پذیر نباشد و در نتیجه شک و تردید حاصل شود که آیا وثیقه صرفاً به دین تعلق گرفته است و در نتیجه با جابه‌جایی دین، تضامین نیز جابه‌جا می‌شود یا اینکه دین مستقر در ذمه مدیون موضوع عقد وثیقه بوده است و در نتیجه انتقال دین تأثیری بر تضامین نخواهد داشت. در چنین مواردی چنانچه هیچ اماره و قرینه‌ای دال بر یکی از

صور مذکور وجود نداشته باشد، به منظور رفع نزاع و خروج از حیرت و سرگردانی، حل مسئله از طریق اصول عملیه خواهد بود. برای تعیین تکلیف در خصوص یک شبهه باید طرفی را مد نظر قرار داد که شک در آن نسبت به سایر اطراف شبهه جنبه سببی داشته باشد؛ زیرا اصل سببی همواره بر اصل مسببی برتری دارد و تا زمانی که در خصوص سبب تعیین تکلیف نشود، بررسی حکم سایر اطراف شبهه بیهوده است (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۷۷).

به نظر می‌رسد سبب تردید در اینکه با تحقق عقد ضمان، تضامین دین ساقط می‌شوند یا خیر، در این است که آیا شخصیت مدیون و ذمه او جزئی از متعلق وثیقه است یا خیر. بر این اساس ارکان و اجزای متعلق وثیقه به عنوان امر سببی، محل اعمال اصول عملیه خواهد بود؛ در نتیجه می‌بایست اصلی را که در این زمینه می‌تواند راهگشا باشد، مورد نظر قرار داد. به نظر می‌رسد اصل عملیه منطبق با موضع حاضر، اصل عدم است. اصل مذکور حاکی از آن است که در صورت تردید در جزء و رکن بودن امری در امر دیگر، باید قائل بر عدم جزئیت شد. بر این اساس چنانچه تردید شود که آیا وثیقه صرفاً به دین تعلق گرفته است یا دین مستقر در ذمه مدیون، به نظر می‌رسد باید قائل بر تعلق وثیقه به مطلق دین شد. در این راستا می‌توان به کلام بجنوردی در کتاب قواعد فقهیه تمسک جست. ایشان اینگونه بیان می‌دارند که:

اگر برای دین در ذمه مدیون رهنی باشد، ... آیا با انعقاد عقد ضمان منفک می‌شود یا خیر؟ دو وجه بلکه دو قول وجود دارد: از یک سو رهن برای حفظ دین است و پس اگر ادا کند دین را چیزی بر ذمه او باقی نمی‌ماند تا به موجب رهن توثیق شود و به همین دلیل به محض ادا رهن منفک می‌شود، پس گفته شده است ضامن بعد از اینکه ذمه مدیون را ضمانت کرد در ذمه مدیون چیزی باقی نمی‌ماند تا به واسطه رهن توثیق شود ... از دیگر سو پس از تحقق عقد رهن برای دائن دو امر حاصل می‌شود: یکی نفس مال [دین] و آن چیزی است که در ذمه مدیون قرار دارد و دیگری [وثیقه] آن چیزی است که موجب وثوق و اطمینان خاطر [دائن] به عدم تلف مال او یعنی آنچه که در ذمه مدیون است، می‌شود. پس اولی به موجب عقد ضمان از ذمه مدیون ساقط می‌شود و اما دومی بعد از اینکه دائن به موجب عقد رهن مستحق شناخته شد، دلیلی برای سقوط آن با نقل ما فی‌الذمه مدیون وجود ندارد. بلکه اگر میان ضامن و مضمون له شرط شود

شود که رهن منفک شود، [همان مطاع است؛] زیرا شرط مخالف کتاب و سنت نیست و هر شرطی جایز است مگر آنچه که مغایر با کتاب خدا باشد. و اظهر همین است، یعنی عدم انفکاک رهن با [انعقاد] عقد ضمان (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۲۳).

رابعاً بر خلاف آنچه برخی اذعان داشته‌اند، عقد ضمان ناقل ذمه تبدیل تعهد محسوب نمی‌شود؛ بلکه باید آن را صرفاً مستلزم انتقال و جابه‌جایی دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن دانست (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۲۸ و ۱۲۹؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۲۶۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۸). به عبارت دیگر رابطه حقوقی که میان ضامن و مضمون له شکل می‌گیرد، همان رابطه حقوقی است که بین مضمون عنه و مضمون له وجود داشته و اصل رابطه بدون هیچ‌گونه تغییری باقی است (حاجی عزیز و زنگنه و مؤمنی، ۱۳۹۰: ۴۵). این امر را می‌توان به نوعی از مفاد ماده ۶۸۴ قانون مدنی نیز استنباط کرد؛ زیرا در ماده مذکور قانون‌گذار ضمان را به بر عهده گرفتن مالی که در ذمه مدیون بوده، تعریف کرده است؛ این در حالی است که جوهره تبدیل تعهد سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید است (کاشانی و زارعی، ۱۳۹۵: ۳۰۷). بر همین اساس با تحقق تبدیل تعهد دین سابق ساقط شده و رابطه اولیه مدیون اصلی و دائن از بین می‌رود و رابطه حقوقی جدیدی میان متعهد جدید و متعهدله برقرار می‌شود (کاشانی و زارعی، ۱۳۹۵: ۳۰۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۴۸). از این رو برخی از نویسندگان بر این نظر هستند که «... طرز تعبیر و بیان بند ۲ ماده ۲۹۲ ق. م. خالی از اشکال نیست. زیرا در این قسمت از ماده چنین بیان شده است که شخص ثالث با رضایت متعهدله تأدیه دین مدیون را قبول می‌کند و این عبارت در بیان تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون نارسا است و انتقال دین را نیز می‌توان از آن استفاده کرد. در صورتی که [...] ماهیت حقوقی انتقال دین و تبدیل تعهد با هم متفاوت است.» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۲۶).

با توجه به آنچه بیان شد، اعتقاد به وحدت ماهیت عقد ضمان و بند دوم ماده ۲۹۲ قانون مدنی محل اشکال است؛ به ویژه اینکه اعتقاد به وحدت ماهیت عقد ضمان و بند دوم ماده مذکور متضمن انتساب امری لغو و تکرار مقرر به قانون‌گذار خواهد بود؛ زیرا با وجود هر یک از نهاد مذکور، نهاد دیگری عبث می‌گردد. اعتقاد به مسامحه‌ای بودن تعبیر قانون‌گذار در ماده ۶۸۴ قانون مدنی نسبت به تحلیل عقد ضمان در قالب انتقال دین و قائل شدن به سقوط دین سابق و ایجاد دین جدید در عقد مذکور نیز

مرتفع است؛ زیرا در قانون نویسی اصل بر این است که قانون‌گذار در مقام تقنین مقررات را به صورت دقیق و صریح تنظیم می‌کند و از هر گونه مسامحه‌گویی پرهیز می‌نماید؛ حاصل آنکه در عقد ضمان صرفاً محل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن تغییر می‌کند و در نتیجه تضامین به متابعت از دین باقی خواهد بود (امامی، ۱۳۷۶: ۲۷۰؛ رودیجانی، ۱۳۹۴: ۹۹).<sup>۱</sup>

با توجه به مطالب مذکور، به نظر می‌رسد از آنجایی که عقد ضمان ناقل ذمه صرفاً متضمن انتقال همان دین مستقر در ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است، با انعقاد آن تضامین پیشین تعلق گرفته به دین پایه، به اعتبار خود باقی می‌ماند و بنا به اینکه تضامین مذکور نسبت به اصل دین و تعهد جنبه فرعی دارند، با انتقال دین اصلی، به انضمام آن منتقل می‌شوند؛ به ویژه اینکه ماهیت عقد ضمان به عنوان یک عقد وثیقه‌ای مقتضی تضمین و تسهیل وصول دین است؛ در نتیجه مضمون عنه در راستای وصول مطالبات خود می‌تواند از تضامین پیشین تعلق گرفته به دین پایه نیز بهره‌مند شود.

## ۲. تأثیر انعقاد عقد حواله بر تضامین دین

قانون مدنی راجع به تأثیر انعقاد عقد حواله بر تضامین پیشین تعلق گرفته به دین پایه، فاقد حکم مشخص است. همانند عقد ضمان به طور کلی دو دیدگاه راجع به تأثیر انعقاد عقد حواله بر تضامین دین قابل طرح است که در ادامه به بررسی آن دو می‌پردازیم. با توجه به اینکه عقد حواله متفاوت از عقد ضمان است و گاه استدلال‌های مربوط به آن نسبت به عقد ضمان تفاوت دارد، ناگزیر هر یک به طور مستقل بیان شده است؛ هر چند گاه استدلال‌های توجیهی مشابه یکدیگر هستند.

### ۲-۱. نظریه سقوط تضامین دین

برخی از نویسندگان بر این نظر هستند که پس از انعقاد عقد حواله، تمام

۱. شایان ذکر است که برخی از حقوق‌دانان انتقال دین را نیز مشمول ماده ۲۹۳ قانون مدنی دانسته و معتقدند که پس از انتقال دین، تمام تضامین ساقط می‌گردند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۴۸ و ۲۴۹)؛ با این حال با توجه به تفاوت ماهوی انتقال دین و تبدیل تعهد، نظر مذکور به اطلاق خود محل تردید است؛ همانطور که اکثر حقوق‌دانان معتقدند انتقال دین سبب سقوط تضامین نمی‌گردد (امامی، ۱۳۷۶: ۳۴۲؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۲۶۱؛ شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۲۸ و ۱۲۹).

تضامینی که به دین پایه تعلق داشته است، ساقط می‌گردد. در توجیه دیدگاه مذکور می‌توان دلایلی را مستمسک قرار داد؛ بدین شرح که:

اولاً با انعقاد عقد حواله حکم می‌شود که دین محیل به محتال ادا و ایفا شده است. ماده ۷۱۰ قانون مدنی در این راستا مقرر می‌دارد:

اگر ضامن با رضایت مضمون له حواله کند به کسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید مثل آن است که دین را ادا کرده است و حق رجوع به مضمون عنه دارد و همچنین است حواله مضمون له بعهد ضامن.

همچنین در ماده ۴۰۸ قانون مذکور مقرر شده است با انعقاد عقد حواله، خیار تأخیر ثمن که به موجب ماده ۴۰۲ قانون مذکور یکی از شروط آن عدم تسلیم کل مبیع یا ثمن است، ساقط می‌گردد. با توجه به مفاد ماده ۷۱۰، به نظر می‌رسد مبنای سقوط خیار تأخیر ثمن در صورت تحقق عقد حواله، به مثابه ادا و ایفا بودن آن است. بر این اساس با توجه به اینکه با تحقق عقد حواله، دین پرداخت شده محسوب می‌شود، باید بر این نظر بود که تضامین آن نیز ساقط خواهد شد؛ زیرا تضامین نسبت به اصل طلب، جنبه تبعی و فرعی دارد؛ در نتیجه با زوال اصل، فرع نیز به دلیل انتفای پایگاه و مبنای خود، زایل می‌گردد.

ثانیاً به موجب ماده ۷۳۰ قانون مدنی، «پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می‌شود.» به نظر می‌رسد ماده مذکور نسبت به اصل دین و تضامین آن اطلاق دارد و شامل اصل دین و تضامین می‌گردد؛ زیرا زمانی می‌توان گفت ذمه محیل از دینی که حواله داده شده، بری می‌شود که علاوه بر دین موضوع عقد حواله، تضامین آن نیز ساقط شده باشد؛ در نتیجه می‌توان ادعان داشت که اعتقاد به بقای تضامین پس از تحقق عقد حواله منافی مفاد ماده مذکور خواهد بود.

ثالثاً تضامین صرفاً به همان دینی تعلق می‌گیرند که در ذمه محیل قرار دارد؛ در نتیجه چنانچه دین مذکور از ذمه محیل خارج شود، تضامین تعلق گرفته به آن ساقط خواهد شد؛ زیرا دین و ذمه به عنوان یک کل مورد توثیق قرار می‌گیرند و رابطه آن‌ها با وثیقه به صورت قید و مقید است. بنابراین با توجه به ارتباط وثیقه با دین مستقر در ذمه مدیون؛ نه مطلق دین، با انتفای یکی از ارکان و قیود؛ یعنی جابه‌جایی دین از ذمه محیل

به ذمه محال‌علیه، تضامین ساقط می‌گردند؛ زیرا با انتفای قید، مقید نیز زائل خواهد شد.<sup>۱</sup> رابعاً قانون‌گذار در بند سوم ماده ۲۹۲ قانون مدنی انتقال مافی‌الذمه متعهد توسط متعهدله به دیگری را یکی از اقسام تبدیل تعهد دانسته است.<sup>۲</sup> ماده ۷۲۴ قانون مذکور عقد حواله را عقدی دانسته است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌شود.<sup>۳</sup> مذاقه در مفاد دو ماده فوق حاکی از وحدت ماهیت عقد حواله و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن است. بر این اساس با توجه به وحدت مفهومی عقد حواله و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن، عقد حواله مشمول بند سوم ماده ۲۹۲ قانون مدنی بوده و تبدیل تعهد محسوب می‌شود (فیض و واحدی نژاد، ۱۳۸۸: ۱۸۳)؛ در نتیجه بنا به ماده ۲۹۳ قانون مذکور که تحقق نهاد حقوقی تبدیل تعهد را مسقط تضامین دین دانسته است، با انعقاد عقد حواله تمام تضامین تعلق گرفته به دین موضوع عقد مذکور نیز ساقط خواهد شود.

## ۲-۲. نظریه بقای تضامین دین

بر خلاف دیدگاه سابق، برخی از نویسندگان معتقد هستند که انعقاد عقد حواله تأثیری بر تضامین پیشین دین پایه ندارد و محتمل می‌تواند در راستای وصول مطالبات خود، از تضامین مذکور نیز بهره‌مند شود. از نظر نگارنده نیز همین دیدگاه به مقرون به صواب است. در توجیه این دیدگاه می‌توان به دلایلی تمسک جست؛ بدین شرح که: اولاً حتی با وجود اعتقاد به ادا و ایفا بودن انعقاد عقد حواله، به نظر می‌رسد که حکم به سقوط تضامین پیشین تعلق گرفته به دین مورد تردید باشد؛ زیرا قانون‌گذار در ماده ۷۱۰ قانون مدنی به صراحت انعقاد عقد حواله را در حکم ادا و ایفا دانسته است. این امر حاکی از آن است که عقد حواله به معنای ادا و ایفا در مفهوم حقیقی آن نیست؛ بلکه صرفاً از آن جهت ادا و ایفا قلمداد می‌شود که قانون‌گذار اینگونه اراده کرده است. به دیگر سخن داخل کردن عقد حواله در مفهوم ادا و ایفا از باب حکومت بوده است.

۱. «إذا انتفی القید انتفی المقید».

۲. ماده ۲۹۲ قانون مدنی: تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: ... ۳- وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.

۳. ماده ۷۲۴ قانون مدنی: حواله عقدی است که بموجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال‌علیه می‌گویند.

با توجه به اینکه حکومت جنبه تعبدی دارد، باید در موضع تعیین شده مورد تمسک قرار گیرد؛ در نتیجه به این دلیل که عقد حواله واقعاً به معنای ادا و ایفا نیست، نمی‌توان جز در موارد مصرح آثار ادا و ایفا را نسبت به آن جاری دانست. بر این اساس به نظر می‌رسد ماده ۴۰۸ قانون مدنی نیز به عنوان یک امر استثنایی است و صرفاً از آن جهت که مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته، مطاع است؛ بنابراین با توجه به اینکه راجع به تضامین دین حکم صریحی از سوی قانون‌گذار وضع نشده است، نمی‌توان با تمسک به دلیل فوق، قائل به سقوط تضامین شد.

ثانیاً هر چند ماده ۷۳۰ قانون مدنی به بری شدن محیل پس از انعقاد عقد حواله حکم کرده است؛ اما به نظر می‌رسد اعتقاد به اینکه ماده مذکور اطلاق دارد و شامل تضامین دین نیز می‌گردد، محل اشکال است؛ زیرا قانون‌گذار در ماده مذکور صرفاً در مقام بیان تأثیر انعقاد عقد حواله نسبت به اصل دین بوده است؛ در نتیجه ادخال تضامین دین در حکم مندرج در ماده مذکور و اعتقاد به براءت محیل نسبت به تضامین دین با تمسک به اطلاق ماده صحیح به نظر نمی‌رسد. بر همین اساس نیز این استدلال که بقای تضامین حکم ماده مذکور را بلااثر می‌سازد، مندفع خواهد بود؛ زیرا اساساً ماده مذکور نسبت به تضامین دین ساکت بوده و محدود به اصل دین می‌باشد. در نتیجه به این استدلال نیز نمی‌توان قائل به سقوط تضامین دین پایه با انعقاد عقد حواله شد. ثالثاً به نظر می‌رسد حکم مطلق راجع به تعلق وثیقه به دین مستقر در ذمه مدیون محل تردید باشد. چنانچه احراز اراده نسبت به تعلق وثیقه به مطلق دین یا دین مستقر در ذمه مدیون امکان‌پذیر باشد، بحثی وجود نخواهد داشت؛ زیرا بدیهی است که در صورت مشخص بودن اراده طرفین، باید همان اراده را ملاک دانست؛ در نتیجه اگر وثیقه به مطلق دین تعلق گرفته باشد، با جابه‌جایی ذمه وثیقه ساقط نخواهد شد؛ اما اگر متعلق وثیقه، دین مستقر در ذمه مدیون باشد، با تغییر در ذمه و جابه‌جایی دین، وثیقه ساقط می‌گردد. با این حال ممکن است احراز اراده ممکن نباشد و در نتیجه حل مسئله از طریق اصول رهگیری شود. مطابق آنچه که پیش‌تر در خصوص عقد ضمان بیان شد، در فرض عدم امکان احراز اراده، به نظر می‌رسد تردید در ارکان متعلق وثیقه است؛ بدین معنا که تردید می‌شود آیا ذمه و شخصیت مدیون رکن و جزء متعلق وثیقه است یا اینکه موضوع وثیقه نفس دین است. با توجه به اینکه در صورت تردید نسبت

به جزئیت یک امر در امر دیگر حکم به عدم جزئیت می‌شود، باید قائل بر این شد آنچه که موضوع وثیقه قرار می‌گیرد، نفس دین است و در نتیجه جابه‌جایی آن از ذمه مدیون به ذمه ثالث مسقط تضامین نخواهد بود.

رابعاً به نظر می‌رسد عقد حواله متضمن انتقال طلب است و نباید آن را تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن قلمداد کرد؛ زیرا مطابق ماده ۷۲۴ قانون مدنی، عقد حواله صرفاً منجر به انتقال طلب می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۲۹). با توجه به تفاوت ماهوی تبدیل تعهد با انتقال طلب، تفسیر عقد حواله در راستای بند سوم ماده ۲۹۲ قانون مدنی تحت عنوان تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن محل اشکال خواهد بود؛ به ویژه اینکه هر چند بند دوم و سوم ماده مذکور صرفاً در خصوص تبدیل مدیون و دائن است؛ اما به نظر می‌رسد هر کدام از بندهای مذکور به نوعی برگشت به بند نخست ماده فوق دارند؛ زیرا همانطور که از عنوان تبدیل تعهد قابل استنباط است، سقوط دین سابق و ایجاد دین جدید جوهره و اساس نهاد مذکور به شمار می‌آید. به دیگر سخن حتی در فرضی که صرفاً مدیون یا دائن تغییر می‌کنند، رابطه حقوقی سابق از بین می‌رود و رابطه حقوقی جدیدی ایجاد می‌شود؛ در نتیجه در هر سه بند ماده ۲۹۲ قانون مدنی، تغییر اصل دین جزو لاینفک نهاد حقوقی تبدیل تعهد به شمار می‌رود. این در حالی است که در عقد حواله، همان رابطه حقوقی از پیش موجود میان محیل و محتال، میان محتال و محال علیه برقرار می‌شود.

شایان ذکر آنکه ممکن است برخی در راستای دیدگاه ناظر بر سقوط تضامین دین با انعقاد عقد ضمان و حواله، به بند پنجم ماده ۷۴۶ قانون مدنی استناد کنند.<sup>۱</sup> ماده مذکور انتقال حق مکفول له به شخص دیگر را مسقط عقد کفالت دانسته است. با توجه به اینکه عقد کفالت نیز جزو عقود وثیقه‌ای است، می‌توان با اتخاذ ملاک از ماده مذکور در خصوص عقد ضمان و عقد حواله نیز قائل به سقوط تضامین شد. در توجیه مبنای انحلال عقد کفالت به عنوان یک وثیقه با انتقال دین که ممکن است از طریق انعقاد عقد ضمان یا عقد حواله صورت پذیرد، چند دلیل طرح شده است: اولاً عقد کفالت بین کفیل و مکفول له منعقد شده است و با انتقال حق مکفول له، یکی از ارکان

۱. ماده ۷۴۶ قانون مدنی: در موارد ذیل کفیل بری می‌شود: ... (۵) در صورتی که حق مکفول بنحوی از انحاء بدیگری منتقل شود.



عقد منتفی می‌گردد و عقد مذکور زایل می‌شود (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۶۵۴)؛ بر این اساس اصل نسبی بودن قراردادهای مقتضی زوال کفالت در صورت انتقال ذمه مکفول‌له به دیگری است (باریکلو، ۱۳۹۴: ۱۸۳). ثانیاً در انتقال اختیاری، عرف کفالت را تابع حق مورد انتقال نمی‌داند. با توجه به اینکه مطابق ماده ۲۲۵ قانون مدنی، متعارف بودن امری در عرف به منزله ذکر در خود عقد است؛ بنابراین با انتقال حق، کفالت زایل می‌گردد (امامی، ۱۳۷۶: ۳۱۳). ثالثاً بند پنجم ماده ۷۴۶ قانون مدنی منطبق با بند سوم ماده ۲۹۲ قانون مذکور است؛ بنابراین مبنای سقوط عقد کفالت و براءة کفیل، تحقق تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۸۷؛ سیاری و غلامی، ۱۳۹۵: ۴۵۷؛ قاسم زاده و ره پیک و کیایی، ۱۳۸۴: ۲۴۷). با وجود این به نظر می‌رسد آنچه که منجر به زوال عقد کفالت و براءة کفیل می‌شود، این است که بر خلاف عقد ضمان و حواله که به دین تعلق می‌گیرند، در عقد کفالت که هر چند عقد وثیقه‌ای است و در راستای تضمین و تسهیل وصول دین منعقد می‌گردد؛ اما تعهد اولیه کفیل احضار مکفول در برابر مکفول‌له است و مستقیماً به دین تعلق نمی‌گیرد؛ بنابراین منطقی است که با انتقال حق از عهده مکفول به دیگری، عقد کفالت منتفی شود و کفیل بری گردد؛ زیرا در صورت انتقال حق از عهده مکفول، مبنای تعهد اولیه کفیل که احضار مکفول است، منتفی می‌شود؛ بنابراین نمی‌توان عقد کفالت را با دیگر تضامین قیاس نمود.

با توجه به مطالب بیان شده، به نظر می‌رسد انعقاد عقد حواله تأثیری بر تضامین پیشین تعلق گرفته به دین پایه ندارد و تضامین مذکور به انضمام اصل طلب منتقل می‌گردد؛ زیرا تضامین از توابع تعهدات هستند و در جهت توثیق و تقویت آن ایجاد می‌گردند؛ در نتیجه بنا به اینکه تضامین نسبت به دین و تعهد اصلی جنبه فرعی دارند و به نفس دین و تعهد تعلق می‌گیرند، در صورت انتقال اصل دین، به انضمام آن منتقل می‌شوند؛ در نتیجه ذی‌نفع می‌تواند در جهت وصول مطالبات خود از تضامین مذکور نیز بهره‌مند شود.

### برآمد

تأثیر انعقاد عقود وثیقه‌ای ناقل ذمه بر تضامین پیشین تعلق گرفته به دین پایه همواره مورد بحث و نزاع بوده است. در این راستا دو دیدگاه کلی طرح شده است. برخی قائل بر این شده‌اند که با انعقاد عقد ضمان و حواله، تضامین پیشین دین ساقط می‌شود. در مقابل برخی دیگر بر این نظر هستند که تضامین مذکور همچنان باقی است و دائن می‌تواند از آن‌ها در راستای وصول مطالبات خود بهره‌مند شود. از میان ادله‌ای که معتقدان به سقوط تضامین بیان داشته‌اند، به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل تشابه عقد ضمان و حواله با نهاد تبدیل تعهد است؛ با این حال به نظر می‌رسد ماهیت این دسته از عقود صرفاً انتقال دین و طلب است. از مواد قانونی نیز همین مسئله قابل استنباط است. از آنجایی که در انتقال دین و طلب، صرفاً همان دین و طلب از ذمه‌ای به ذمه دیگر منتقل می‌شود و اصل دین و طلب تغییری نمی‌کند، باید قائل بر این شد که تضامین آن نیز منتقل می‌گردند؛ زیرا تضامین از توابع تعهدات هستند و در جهت تقویت آن ایجاد می‌شوند و نسبت به تعهد اصلی جنبه فرعی و تبعی دارند. از آنجایی که اصل دین باقی است، تضامین نیز به عنوان فرع باقی خواهند بود؛ زیرا در انتقال دین یا طلب، رابطه حقوقی الزام آور سابق کماکان به اعتبار خود باقی است؛ این در حالی است که تبدیل تعهد متضمن سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید است؛ در نتیجه در نهاد حقوقی تبدیل تعهد تضامین به جهت اینکه جزو توابع و لواحق تعهد هستند و وجود مستقلی از آن ندارد، به دلیل سقوط تعهد، آن تضامین نیز ساقط می‌گردند. حتی اگر هم معتقد باشیم که عقد ضمان و عقد حواله به طور کامل منطبق با انتقال دین و طلب نیست، باز هم نمی‌توان قائل بر سقوط تضامین شد؛ زیرا از یک سو نمی‌توان عقود مذکور را تبدیل تعهد به شمار آورد و از طرف دیگر نصی جهت حکم به سقوط تضامین وجود ندارد و در نتیجه اصول مقتضی عدم سقوط آن‌ها خواهد بود؛ به ویژه اینکه آنچه که اهمیت دارد، نفس دین است که باید مورد توجه قرار گیرد. شایان ذکر است حکم به عدم سقوط تضامین دین و طلب با انعقاد عقد ضمان و حواله در فرضی است که همان دین و طلب مورد نقل و انتقال قرار گیرد؛ اما اگر عقد ضمان و حواله به غیر جنس دین و طلب تحقق یابند، تردیدی در سقوط تضامین نخواهد بود؛ زیرا در این صورت عقد مرکب از عقد ضمان یا عقد حواله و تبدیل تعهد خواهد بود.

## منابع الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی*، ج دوم، چ هجدهم، تهران، انتشارات اسلامیة.
۲. باریکلو، علی رضا (۱۳۹۴)، *حقوق مدنی (۷) عقود معین ۲، عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم*، چ سوم، تهران، انتشارات مجد.
۳. توکلی کرمانی، سعید، (۱۳۷۶)، «*ثر عقد ضمان تبدیل تعهد است یا انتقال دین؟*»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۷، ص ۸۳-۱۱۰.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۵۲)، *عقد ضمان*، چ اول، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین.
۵. حاجی عزیز، بیژن؛ زنگنه، مجتبی و مؤمنی، عابدین، (۱۳۹۰)، «*جایگاه تبدیل تعهد در فقه امامیه (بخش مدنی)*»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، ص ۳۵-۵۴.
۶. حائری شاهباغ، سید علی، (۱۳۷۶)، *شرح قانون مدنی*، (ج دوم)، چ اول، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۷. رودیجانی، محمد مجتبی، (۱۳۹۴)، *حقوق مدنی ۷ (عقود معین) عقود معین اذنی و وثیقه‌ای*، چ اول، تهران، انتشارات کتاب آوا.
۸. سیاری، رئوف و غلامی، یاسر، (۱۳۹۵)، *حقوق مدنی تفسیری-تطبیقی (عقود معین)*، چ اول، تهران، انتشارات کتاب آوا.
۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۱)، *سقوط تعهدات*، چ دوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۰. صفایی، سید حسن، (۱۳۸۹)، *قواعد عمومی قراردادها*، (ج دوم)، چ دهم، تهران، نشر میزان.
۱۱. فیض، علیرضا و واحدی نژاد، جواد، (۱۳۸۸)، «*مقایسه عقد حواله با تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب*»، پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۴، ص ۱۵۹-۱۹۳.
۱۲. قاسم زاده، مرتضی، ره پیک، حسن و کیایی، عبدالله، (۱۳۸۴)، *تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی*، چ دوم، تهران، انتشارات سمت.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، *نظریه عمومی تعهدات*، چ اول، تهران، مؤسسه نشر یلدا.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین*، (ج چهارم)، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چ سسی و نهم، تهران، نشر میزان.
۱۶. کاظمی، محمود و زارعی، علی، (۱۳۹۵)، «*مطالعه تطبیقی تبدیل تعهد در حقوق ایران و غرب*»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ش ۲، ص ۳۰۵-۳۲۳.
۱۷. نیکوند، شکرالله، (۱۳۹۲)، *حقوق مدنی ۷: (ودیعه، وکالت، ضمان، حواله، کفالت، و رهن)*، چ اول، تهران، انتشارات مجد.

### ب) عربی

۱. تبریزی، جواد، ۱۴۲۶ هـ ق، *منهاج الصالحین*، ج دوم، چ اول، قم، مجمع الامام المهدی.
۲. سبزواری، سید عبد الاعلی، ۱۴۱۳ هـ ق، *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، ج بیستم، چ چهارم، قم، موسسه المنار.
۳. شهید ثانی، زین الدین عاملی، ۱۴۱۳ هـ ق، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، ج چهارم، چ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
۴. طباطبایی حکیم، سید محسن، ۱۴۱۶ هـ ق، *مستمسک عروه الوثقی*، ج سیزدهم، چ اول، قم، موسسه دار التفسیر.
۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۰۹ هـ ق، *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی*، ج دوم، چ دوم، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات.
۶. علامه حلی، الحسن بن یوسف، ۱۴۱۳ هـ ق، *مختلف الشیعه*، ج پنجم، چ دوم، قم، موسسه النشر اسلامی.
۷. فیاض کابلی، محمد اسحاق، بی تا، *منهاج الصالحین*، ج دوم، بی جا.
۸. کاشف الغطاء، احمد بن علی نجفی، ۱۴۲۳ هـ ق، *سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادت*، ج سوم، چ اول، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء.
۹. مظفر، محمد رضا، ۱۴۱۲ هـ ق، *اصول الفقه*، ج اول، چ چهارم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۰. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، ۱۴۱۹ هـ ق، *القواعد الفقهیه*، ج ششم، چ اول، قم، نشر الهادی.

- ۱.۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم ۱۴۰۹ هـ ق، *مبانی العروة الوثقی*، ج دوم، چ اول، قم، منشورات مدرسه دارالعلم - لطفی.
- ۱.۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم ۱۴۱۷ هـ ق، *مصباح الأصول*، ج دوم، مقرر: السيد محمد السرور الواعظ الحسينی البهسودی، چ پنجم، قم، مكتبة الداوری.
- ۱.۳. نجفی، محمد حسن ۱۴۰۴ هـ ق، *جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج بیست و ششم، چ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.