
فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال هفتم، شماره شانزدهم، تابستان ۱۴۰۰، ص ۲۷=۴۱

اثر عقد ضمان بر تضمینات دین مضمون به^۱

سید سجاد خالوئی تفتی^۲

سجاد شیبانی^۳

محمد جواد عباسی نژاد^۴

چکیده:

از جمله مسائل مهمی که در عقد ضمان مطرح است، این امر است که آیا با تحقق عقد ضمان اگر برای دینی که بر ذمه مضمون عنه میباشد، تضمین و وثیقه ای باشد با تحقق عقد ضمان، این تضمینات باقی مانده یا اینکه از بین می روند. قانون مدنی در مورد این مسئله ساکت است. از این رو برای روشن شدن این مسئله به فقه امامیه و نظرات حقوقدانان باید رجوع شود. در این نوشتار روشن میگردد که نظر مشهور در فقه امامیه سقوط تضمینات و وثایق مضمون به در اثر عقد ضمان است و امکان شرط خلاف آن نیز وجود دارد. از دیدگاه حقوقدانان نیز با توجه به سابقه فقهی این مسئله و ماهیتی که برای عقد ضمان در نظر گرفته اند،

^۱ - تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۳۰

^۲ - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه ولی عصر فسنجان (عج)، کرمان، ایران. Sajad.khaloyi@gmail.com

^۳ - فارغ التحصیل کارشناسی حقوق قضایی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد خرم آباد، خرم آباد، لرستان، ایران. Sajad.Sheibani@gmail.com

^۴ - فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران. mjavad_abbasi@ut.ac.ir

دیدگاهی که قائل به سقوط تضمینات بر مبنای اینکه عقد ضمان نوعی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون است، صحیح تر به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: تضمینات، دین مضمون به، انتقال دین، تبدیل تعهد.

مقدمه

قانون مدنی حکم صریحی در مورد سقوط یا عدم سقوط تضمینات در اثر عقد ضمان ندارد. در سکوت قانون مدنی، این مسئله در فقه امامیه مورد توجه فقها قرار گرفته و به تبیین این مسئله پرداخته اند. نظر مشهور در فقه امامیه آن است که با تحقق عقد ضمان اگر برای دین رهن یا وثیقه ای باشد، ساقط شده و این امکان برای طرفین وجود دارد تا بر خلاف این امر توافق کرده و بر ابقای تضمینات تراضی کنند. در مقابل نظر دیگری که بین فقها قرار دارد آن است که اگر چه با وقوع ضمان تضمینات دین ساقط می‌شود لیکن شرط خلاف آن امکان پذیر نیست و در نهایت نظری که اقلیت فقها قائل به آن بوده و نادر است قائل به عدم سقوط تضمینات در اثر عقد ضمان است. حقوقدانان در مورد این مسئله بر اساس ماهیت عقد ضمان نظر داده اند. دیدگاه اول آن است که عقد ضمان نوعی انتقال دین است و بر این مبنا قائل به بقای تضمینات دین هستند این نظر از جهات متعددی بر آن اشکال وارد شده و از طرفی مخالف با نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد. دیدگاه دوم ماهیت عقد ضمان را نوعی انتقال دین اصلاح شده میدانند که با انتقال در حقوق غربی متفاوت بوده و در آن تضمینات دین نیز در اثر عقد ضمان ساقط می‌شود بر این نظر اشکالاتی وارد است از این حیث که برداشت نادرستی در ماهیت عقد ضمان در فقه امامیه صورت گرفته و از طرفی در تفکیک آن با انتقال دین در معنایی که در حقوق غرب وجود دارد، به روشنی مشخص نمی‌باشد. در نهایت نظری که حقوقدانان ارائه داده و

ماهیت عقد ضمان در فقه امامیه نیز سازگارتر به نظر میرسد، آن است که عقد ضمان نوعی تبدیل تعهد است و با عقد ضمان تضمینات دین مضمون به ساقط میشود.

بخش اول: فقه امامیه

در فقه امامیه در مورد این مسئله که با وقوع عقد ضمان، اگر برای دین مضمون به وثایق و تضمیناتی موجود باشد، از بین می رود یا خیر، نظرات متعددی ابراز شده است. آنچه از کلام فقها برداست میشود آن است که بنابر نظر مشهور فقها با وقوع عقد ضمان تضمینات و وثایق دین نیز زائل میشود. اما در میان برخی از فقیهان نیز قائلند اگر برای دین مضمون به رهنی وجود داشته باشد با وقوع عقد ضمان چنین رهنی ساقط نخواهد شد. این نظر در میان فقهای امامیه نادر بوده و همانطور که گفته شد اکثر فقها قائل به سقوط تضمینات دین مضمون به هستند. اما امری بین برخی از فقهای امامیه محل اختلاف بوده است در این مورد است که آیا شرط خلاف عدم سقوط تضمینات دین مضمون به صحیح است یا خیر. از این رو در این بخش نظرات فقهای امامیه را به سه قسم تقسیم بندی میکنیم.

دسته اول آن نظریاتی است که قائل به سقوط تضمینات بوده و امکان شرط خلاف آن را نیز میپذیرند این نظر اکثریت فقهای امامیه محسوب میشود. ضمناً در این مبحث به استدلال های فقها مبنی بر سقوط تضمینات دین مضمون به اشاره میگردد. دسته دوم آن دسته از فقهایی هستند که قائل به سقوط تضمینات دین مضمون به هستند ولو آنکه شرط خلاف آن بشود و در نهایت دسته سوم آن گروه اقلیتی از فقها هستند که قائل به عدم سقوط تضمینات دین مضمون به در اثر عقد ضمان می باشند.

مبحث اول: سقوط تضمینات و امکان شرط خلاف

نظر مشهور فقهای امامیه در عقد ضمان آن است که با تحقق عقد ضمان وثایق دین مضمون به به تبع برائت ذمه

مضمون عنه ساقط میشود. در مطالعه کتب فقهی این امر روشن میشود که برخی از فقها از جمله صاحب جواهر در کتاب

جواهر الکلام^۱ و شهید ثانی در کتاب مسالک^۲ قائلند عقد ضمان نوعی ایفای دین است از این رو با تحقق عقد ضمان اگر

رهنی نیز برای دین مضمون به وجود داشته باشد از بین میرود.

اما اینکه عقد ضمان به منزله وفای دین است و در واقع ضامن با تحقق عقد ضمان در واقع دین مضمون عنه را ادا کرده

است و نوعی ایفای از جانب شخص ثالث محسوب میشود مورد اشکال برخی از فقها قرار گرفته است.^۳ ز این حیث که عقد ضمان

را موجب نقل ذمه میدانند به نحوی که دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل میشود .

از جمله آیت الله حکیم در کتاب مستمسک عروه الوثقی^۴ بیان میدارد:

"فایده عقد ضمان اشتغال ذمه ضامن و براءة ذمه مضمون عنه است. و قول برخی فقها که قائلند ضمان به منزله ادای دین

است خالی از اشکال نیست. ضمان انتقال دین از ذمه ای به ذمه ی دیگر است نه ادای دین. پس اگر رهن مبتنی بر وفای دین

باشد پس باقی می ماند زیرا وفایی صورت نگرفته است و اگر رهن مبتنی بر فراغ ذمه باشد پس باطل میشود به دلیل فراغ ذمه

بواسطه ضمان. و قول دوم، قول ظاهرتر است زیرا راهن رهن را به حساب خودش قرار میدهد نه به حساب مرتهن"

برخی از فقهای دیگر از جمله شیخ محمد اسحاق فیاض در کتاب منهاج الصالحین^۵ در استدلال اینکه چرا با وقوع

عقد ضمان اگر برای دین مضمون عنه رهنی باشد، از بین میرود بیان میدارند: با وقوع عقد ضمان و براءة ذمه مضمون عنه دیگر

^۵ نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، جلد ۲۶، ص ۱.

^۶ شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد ۴، ص ۱.

^۷ یزدی، سید کاظم، العروه الوثقی المحشی، ج ۵، ص ۴.

^۸ طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک عروه الوثقی، ط بیروت، جلد ۱۳، ص ۳.

^۹ فیاض، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳.

موضوعی برای رهن باقی نمی ماند. زیرا رهن وثیقه ای برای دین مضمون عنه است و بعد از تحقق ضمان مضمون عنه دیگر

دینی در مقابل مضمون له ندارد و مجالی برای باقی ماندن دین نیست.

این گروه از فقها که نظرات آنها بیان شد از جمله شهید ثانی در مسالک و صاحب جواهر در کتاب جواهر الکلام براین

نظرند اگر طرفین عقد ضمان شرط کنند که رهن همچنان باقی بماند این شرط لازم التباع است. این نظر را اکثریت فقها امامیه

در کتاب های خود بیان داشته اند .

در رابطه با سقوط تضمینات دین مضمون به در عقد ضمان استدلال آیت الله خویی در کتاب مبانی فی شرح العروه

الوثقی^[۱] قابل توجه است. ایشان قائلند: با وقوع عقد ضمان اگر برای دین رهنی باشد منفک می شود، دلیل آن تعدد دو دین در

این مقام است به نحوی که آنچه بر ذمه ضمان بر در اثر عقد ضمان قرار گرفته است غیر از آن دینی است که قبل از عقد ضمان

بر ذمه مضمون عنه بوده است، بلکه آنها دو فرد متغایر با یکدیگرند .

تعبیر انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن در فقه امامیه یک تعبیر مسامحی است و دینی که بر ذمه ضمان

است یک فرد جدید و متفاوت از دین بر ذمه مضمون عنه است.

این نظر به خوبی روشن میسازد که در اثر عقد ضمان دین بر ذمه مضمون عنه ساقط شده و یک دین جدیدی که مثل

آن است بر ذمه ضامن قرار میگیرد و تعبیر نقل ذمه در فقه امامیه مسامحی است. از این رو چون دین بر ذمه مضمون عنه ساقط

شده تبعات آن یعنی تضمینات و وثایق دین نیز ساقط میشود. از این رو این تحلیل در ماهیت در عقد ضمان، ما را به اینکه ضمان

^۱ خویی، سید ابوالقاسم، مبانی فی شرح عروه الوثقی، جلد ۱، ص ۴.

را نوعی تبدیل تعهد به شمار آوریم نزدیک می کند. در تقویت این نظر تعریف عقد ضمان بوسیله شهید ثانی در کتاب شرح

لمعه^[۱] نیز قابل توجه است که بیان میدارد:

"الالتزام به من البری من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه"

به عبارت دیگر در عقد ضمان نقل ذمه از منظر فقها بدان معنا نیست که دین با همان فروعات و عوارض خود به ذمه

ضامن منتقل شود، بلکه آنچه بر ذمه ضامن قرار میگیرد مثل آن دین بر ذمه مضمون عنه است نه خود آن.

در پایان این مبحث توجه به ای نکته لازم است که اصل عملی استصحاب در فرض شک و تردید نسبت به بقا یا عدم

بقای تضمینات دین بر اثر عقد ضمان در اینجا جاری نمی شود. زیرا با توجه به سقوط دین از ذمه مضمون عنه و ایجاد یک دین

جدید بر ذمه ضامن، به دلیل تبدیل موضوع دیگر سابقه یقینی وجود ندارد تا بتوان به اصل استصحاب استناد جست.^[۱]

مبحث دوم: سقوط تضمینات و عدم امکان شرط خلاف آن

امام خمینی در کتاب تحریرالوسیله^[۱] بیان میدارد:

"اگر برای دین مضمون عنه رهنی باشد با عقد ضمان فک میشود اعم از اینکه ضامن آن را شرط کند یا خیر" از این عبارت

تحریرالوسیله روشن میشود که بنابراین نظر امام خمینی حتی با وجود شرط بقای رهن دین مضمون به رهن با عقد ضمان ساقط

میشود و شرط بقای آن لازم التباع نیست. به نظر میرسد مصنف قائل است اثر عقد ضمان که برائت ذمه است موجب میشود تا

^{۱۱} شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۱، ص ۴.

^{۱۲} مکارم شیرازی، العروه الوثقی مع التعليقات، ج ۲، ص ۷.

^{۱۳} امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۳۰ (لو كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن ينفك بالضمن، شرط الضامن انفكاكه أم لا)

به تبع آن توابع آن دین متعلق ذمه نیز ساقط شود و شرط خلاف ضمن عقد ضمان بر خلاف این اثر عقد ضمان یعنی برائت

ذمه است و چون این امری مربوط به مقتضای ذات عقد ضمان است، چنین شرطی معتبر نیست.

در پیروی از این نظر که با تحقق عقد ضمان وثایق دین مضمون به ساقط میشود و شرط خلاف آن نیز امکان پذیر

نیست. آیت الله محمد فاضل لنکرانی در کتاب تفصیل الشریعه^{۱۴} قائل است: چون عقد رهن وثیقه ای برای دین مضمون عنه

است و مفروض عقد ضمان نیز انتقال ذمه است با تحقق عقد ضمان در واقع مضمون له به سقوط رهن که برای دین اول بوده

رضایت داده است پس آنکه رهن برای دین داده است دیگر ذمه او مشغول نیست و آنکه ذمه او مشغول است در مقابل دین

رهنی نداده است و به نفس عقد ضمان، رهن دین مضمون به ساقط میشود اعم اینکه شرط انفکاک شده یا نشده باشد.

مبحث سوم: عدم سقوط تضمینات

این نظر که در میان فقهای امامیه شاذ و نادر است را تنها تعداد معدودی از فقهای امامیه بیان داشته اند. از جمله آنها

میتوان به شیخ لطف الله صافی در کتاب هدایه العباد بیان میدارد:^{۱۵} اگر در عقد ضمان برای دین رهنی باشد آن رهن ساقط نمی

شود مگر اینکه ضامن با مضمون عنه شرط انفکاک آن را کند. به نظر می رسد این دسته از فقها از این نظر قائل به عدم سقوط

تضمینات هستند که ضمان را نوعی انتقال دین به شمار می آورند که در آن دین با همان ویژگی ها و تضمیناتی که دارد به ذمه

^{۱۴} لنکرانی، فاضل، تفصیل الشریعه، ج ۱، ص ۳.

^{۱۵} صافی، شیخ لطف الله، هدایه العباد، ج ۲، مسئله ۳۳۷، ص ۷۸، (إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فلا ينفك بالضمن، الا إذا شرط الضامن مع المضمون له انفكاه)

ضامن منتقل میشود. اما همانطور که گفته شد تنها معدودی از فقها به این نظر قائلند و تفسیر این نظر را به مبحث انتقال دین که یکی از نظریات حقوقدانان در مورد اثر ضمان بر تضمینات دین مضمون به است میپردازیم.

بخش دوم: حقوق ایران

همانطور که مباحث بالا روشن گردید نظر مشهور فقهای امامیه آن است که با تحقق عقد ضمان تضمینات و وثایق دین مضمون به ساقط میشود مگر اینکه طرفین بقای آن را شرط کنند. با توجه به سکوت قانون مدنی نسبت به این مسئله حقوقدانان نظریات متفاوتی را ابراز داشته اند. در ریشه یابی اختلاف حقوقدانان نسبت به این مسئله متوجه میشویم که اختلاف اصلی به تحلیل ماهیت عقد ضمان بر میگردد. در این باره نظریات حقوقدانان را به سه دسته انتقال دین، انتقال دین اصلاح شده و تبدیل تعهد تقسیم بندی کرده و به شرح استدلال های هر یک میپردازیم. لازم به ذکر است که فقط طرفداران انتقال دین دانستن عقد ضمان قائل به بقای تضمینات دین در اثر عقد ضمان هستند و دو گروه دیگر به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه قائل به سقوط تضمینات می باشند.

مبحث اول: انتقال دین

گروهی از حقوقدانان بر تکیه بر اینکه عقد ضمان نوعی انتقال دین است، معتقدند با تحقق عقد ضمان اگر برای دین مضمون عنه تضمینات و وثایقی باشد، به اعتبار خود باقی خواهد ماند مگر اینکه طرفین عقد ضمان شرط بقای آن را بکنند. در

واقع بنابر نظر این گروه در عقد ضمان تنها محل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل شده است و از این دین با تمام

شرایط و تبعات آن منتقل میشود و دلیلی مبنی بر سقوط تضمینات دین مضمون به وجود ندارد.^{۱۴]}

این گروه در جواب آن دسته از فقها که عقد ضمان را نوعی ایفای دین میدانند، بیان میدارند: اگر چه در اثر عقد ضمان،

مضمون عنه از دینی که بر ذمه او است بری میشود و از این جهت به منزله ایفای دین محسوب میشود لیکن از جانب مضمون له

دین همچنان وجود داشته و بر ذمه ضامن منتقل شده است و از طرف ضمان را ایفای دین بدانیم سبب جدیدی برای مدیون

شدن ضامن حاصل نشده است تا مضمون له از او طلبکار شود، بنابراین نمی توان عقد ضمان را به تمامی جهات نوعی ایفای دین

به شمار آورد .

یکی دیگر از همین دسته از حقوقدانان بیان میدارد: مطابق ماده ۷۱۸ قانون مدنی ابراء ذمه مضمون عنه لغو و بی اثر

است، زیرا مضمون عنه اشتغال ذمه به او نداشته است تا او را ابراء کند. به عبارت دیگر با تحقق عقد ضمان، ذمه مضمون عنه بری

و ذمه ضامن مشغول میشود. هر گاه دینی که نسبت به آن ضمانت شده دارای وثیقه باشد، در صورتی که شرط فک آن شده باشد

منفک، ولی انفکاک وثیقه در فرض عدم شرط خالی از اشکال نیست.^{۱۵]}

به منظور فهم این نظریه ابتدا بایستی در مورد انتقال دین تعریفی ارائه گردد. در قانون مدنی تعریفی از انتقال دین به

عمل نیامده است و حتی در قانون مدنی چنین لفظی استعمال نشده است. به نظر میرسد این اصطلاح از طریق حقوق فرانسه

وارد ادبیات حقوقی ما گردیده است. با توجه به مواد ۱۳۲۷ به بعد قانون مدنی فرانسه که به انتقال دین اختصاص یافته است،

میتوان انتقال دین را قراردادی دانست که به موجب آن مدیون با توافق با شخص ثالث دین خود را با به ذمه او منتقل میکند. در

^{۱۴} امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۲، ص ۲.

^{۱۵} بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۳.

انتقال دین یک دین با همان عوارض و فروعاتی که دارد به ذمه شخص ثالث منتقل میشود. در حقوق فرانسه در انتقال دین رضایت شخص طلبکار را نیز شرط میدانند زیرا عدم پذیرش رضایت او بر خلاف اصل نسبی بودن قراردادهاست و از طرف دیگر اشخاص از حیث وضعیت دارایی با یکدیگر متفاوت هستند و نمیتوان بدون رضایت طلبکار این امر را بر وی تحمیل کرد تا طلب خود را از شخص دیگری مطالبه کند.

حقوقدانانی که عقد ضمان را نوعی انتقال دین دانسته و به تبع آن قائل به بقای تضمینات دین مضمون به در اثر عقد ضمان هستند با این اشکال مواجه هستند، که عقد ضمان توافق بین ضامن و مضمون له واقع میشود و مدیون در آن نقشی ندارد در حالیکه در انتقال دین توافق بین مدیون و ثالث صورت میگیرد که البته رضایت طلبکار نیز شرط است. اشکال دوم نیز آن است که بنابر نظر مشهور فقهای امامیه در اثر عقد ضمان تضمینات و وثایق دین ساقط میشود و در سکوت قانون بر اساس اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع کرد. و در نهایت آنکه مفهوم نقل ذمه که در فقه امامیه گاه در بیان اثر عقد ضمان بیان میشود، همانطور که در بخش اول در مرور آرا فقها بیان شد یک تعبیر مسامحی است و مقصود از آن انتقال دین نیست بلکه اسقط دین مضمون عنه و اشتغال ذمه ضامن است و آنچه بر ذمه ضامن قرار میگیرد غیر از آن دینی است که بر ذمه مضمون عنه قرار گرفته بود.

مبحث دوم: انتقال دین اصلاح شده

این گروه از حقوقدانان با تکیه بر اینکه عقد ضمان نوعی انتقال دین است بر خلاف نظر گروه اول قائل به سقوط تضمینات و وثایق دین مضمون به در اثر عقد ضمان هستند. این گروه در توجیه نظر خود بیان میدارند: با تحقق عقد ضمان ذمه مضمون

عنه بری میشود. پس اگر مدیون همچنان در وثیقه طلبکار باقی بماند، آیا میتوان ادعا کرد که او از دین خود بری شده است؟ این

چگونه برائتی است که طلبکار بتواند با فروش مال او طلب خویش را استیفا کند؟^{۱۸}

در فرضی نیز که شخص ثالث از مضمون عنه ضمانت کرده است یا به او وکالت یا عاریه داده است که رهن گذارد، چون

فرض این است که به خاطر مدیون و بواسطه شخصیت او مال خویش را به خطر انداخته است، انحلال این رهن در اثر سقوط دین

او با مقصود طرفین سازگارتر به نظر می رسد.^{۱۹}

با توجه با ایراداتی که بر نظریه پیشین وارد بود یک دسته از حقوقدانان نظریه انتقال دین اصلاح شده را طرح کردند.

این نظر قائل است ماهیت عقد ضمان انتقال دین است و از طرفی با تحقق عقد ضمان تضمینات و وثایق دین نیز ساقط میشود.

این گروه مدعی اند ماهیت عقد ضمان بنابر نظر مشهور فقهای امامیه نوعی انتقال دین است. اما این نوع انتقال دین مطابق با

مفهومی که از انتقال دین در حقوق خارجی وجود دارد، متفاوت است. از این روست که آن را انتقال دین اصلاح شده یا انتقال

دین خاص میدانند.

اشکالی که بر این نظر وارد است آن است که این نظریه نتوانسته است به خوبی تفاوت انتقال دین اصلاح شده با انتقال

دین در حقوق فرانسه را روشن سازد و در بیان برخی تفاوت ها به تکلف افاده است و از طرف دیگر این ادعا که ماهیت عقد ضمان

در فقه نوعی انتقال دین است نیز خود محل مناقشه است زیرا همانطور که با بیان آرای چندی از فقهای بزرگ بیان شد تعبیر نقل

ذمه در آرای برخی فقهای امامیه یک تعبیر مسامحی است و در واقع با عقد ضمان دین بر ذمه ذمه مضمون عنه ساقط شده و

^{۱۸} صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، ص ۳.

^{۱۹} کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۳، ص ۲.

دینی که بر ذمه ضامن است مثل آن است نه اینکه همان دین منتقل شده باشد. این نظر در فقه نزدیک به مفهوم تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون در قانون مدنی است که موضوع مبحث بعدی قرار میگیرد.

مبحث سوم: تبدیل تعهد

در نهایت گروهی از حقوقدانان با تکیه بر اینکه مفهوم عقد ضمان نوعی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون است و دینی که بر ذمه ضامن تعلق گرفته، غیر از دینی است که بر ذمه مضمون عنه قرار گرفته بوده است، لذا تضمینات و وثایق دین نیز که از لواحق و توابع مضمون به است، با انتقای دین منتفی خواهند شد.^[۲۱]

برخلاف انتقال دین که در قانون مدنی ذکری از آن نیامده است و حتی در باب ضمان نیز سخنی از نقل ذمه به میان نیامده است، قانون مدنی در ماده ۲۹۲ و ۲۹۳ به تعریف تبدیل تعهد و شرایط آن پرداخته است. این گروه به بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی نیز استناد میکنند که در تبدیل تعهد تضمینات و وثایق دین ساقط میشود و همین امر را دلیل بر تبدیل تعهد دانستن ماهیت عقد ضمان میدانند.^[۲۱]

با بررسی تبدیل تعهد و عقد ضمان در فقه قانون مدنی و فقه امامیه یکسری مشابهت هایی یافت میشوند که عبارتند از:

اولا در هر دو قرارداد، اراده متعد سابق در انعقاد آن موثر نیست. ثانيا در هر دو متعد سابق بری الذمه میشود و ثالثا بعد از وقوع عقد وثایق و تضمینات تعهد سابق از بین میرود.

^{۲۰} لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق.

^{۲۱} لنگرودی، محمد جعفر، عقد ضمان، ص ۴.

به نظر میرسد همانطور که گفته شد، این نظریه با ماهیت عقد ضمان در فقه امامیه سازگارتر به نظر میرسد. تا جایی که حتی یکی از نویسندگان قانون مدنی قائل است پیش بینی نهاد تبدیل تعهد در قانون مدنی که با اقتباس از حقوق فرانسه صورت گرفته است، چیزی بر حقوق ما نیفزوده است و ذکر آن غیر ضروری می باشد.^{۲۴۱}

نتیجه گیری

عقد ضمان در فقه امامیه موجب سقوط دین بر ذمه مضمون عنه و ایجاد یک دین مثل آن بر ذمه ضامن است و به تبع سقوط دین اگر تضمینی نیز برای دین باشد به تبع آن ساقط میشود. نظر مشهور فقهای امامیه آن است که امکان توافق طرفین بر خلاف این اثر وجود دارد و میتوان تراضی بر ابقای تضمینات دین نمود. از طرفی در نظریات حقوقدانان نیز آن نظری که ماهیت ضمان را نوعی تبدیل تعهد دانسته و قائل به سقوط دین در اثر عقد ضمان است سازگاری بیشتری با فقه امامیه دارد. نظرات دیگر در فقه آن است که یا با تحقق ضمان تضمینات دین باقی میماند که نظر نادری است یا قائل است با وجود سقوط تضمینات، نمیتوان بر خلاف این اثر توافق نمود که این نظر در مقابل نظر مشهور بوده و عده ای از فقها قائل به آنند. دیدگاه حقوقدانانی که

عقد ضمان را نوعی انتقال دین یا انتقال دین اصلاح شده میدانند با نظر مشهور فقهای امامیه ناسازگار بوده و گاه برداشت نادرست

و اشتباه در این باره صورت گرفته است.

منابع

- ۱- نجفی، ش.م.ح، "جواهرالکلام"، جلد ۲۶، ص ۱.
- ۲- شهید ثانی، "مسالك الافهام"، جلد ۴، ص ۱.
- ۳- یزدی، س.ک، "العروه الوثقی المحشی"، ج ۵، ص ۴.
- ۴- طباطبایی حکیم، س.م، "مستمسک عروه الوثقی"، ط بیروت، جلد ۱۳، ص ۳.
- ۵- فیاض، م.ا، "منهاج الصالحین"، ج ۲، ص ۳.
- ۶- خویی، س.ا، "مبانی فی شرح عروه الوثقی"، جلد ۱، ص ۴.
- ۷- شهید ثانی، "شرح لمعه"، ج ۱، ص ۴.
- ۸- مکارم، شیرازی، ن، "العروه الوثقی مع التعليقات"، ج ۲، ص ۷.
- ۹- خمینی، س.ر.ا، "تحریر الوسیله"، ج ۲، ص ۳۰.
- ۱۰- لنکرانی، ف، "تفصیل الشریعه"، ج ۱، ص ۳.
- ۱۱- صافی، ش.ل.ا، "هدایه العباد"، ج ۲، مسئله ۳۳۷، ص ۷۸.
- ۱۲- امامی، ح. (۱۳۹۹)، "حقوق مدنی"، جلد ۲، نشر اسلامی.
- ۱۳- بروجرودی عبده، م. (۱۳۸۰)، "حقوق مدنی"، تهران، چاپخانه علمی، نشر مجد.
- ۱۴- صفایی، س.ج. (۱۳۸۸)، "حقوق مدنی"، تهران، موسسه مالی حسابداری، نشر میزان.
- ۱۵- کاتوزیان، ن. (۱۳۹۲)، "عقود معین"، جلد ۳، تهران، نشر گنج دانش.
- ۱۶- لنگرودی، م.ج. (۱۳۹۴)، "ترمینولوژی حقوق"، تهران، نشر گنج دانش.
- ۱۷- لنگرودی، م.ج. (۱۳۵۲)، "عقد ضمان"، نشر تهران.