

رسالة محمد



دانشگاه اصفهان
دانشکده علوم اداری و اقتصاد
گروه حقوق

پایان نامه ی کارشناسی ارشد رشته ی حقوق گرایش حقوق خصوصی

تبیین ماهیت ، آثار و احکام عقود دینی

استاد راهنما:

دکتر علیرضا فصیحی زاده

استاد مشاور:

دکتر مرتضی طبیبی

پژوهشگر:

عادلہ عطار زاده

اردیبهشت ماه ۱۳۹۰

کلیه حقوق مادی مترتب بر نتایج مطالعات، ابتکارات
و نوآوری های ناشی از تحقیق موضوع این پایان نامه
متعلق به دانشگاه اصفهان است.



دانشگاه اصفهان

دانشکده علوم اداری و اقتصاد

گروه حقوق

پایان نامه ی کارشناسی ارشد رشته ی حقوق گرایش حقوق خصوصی

خانم عادلہ عطارزادہ تحت عنوان

تبیین ماهیت، آثار و احکام عقود دینی

در تاریخ ۱۳۹۰/۲/۲۰ توسط هیأت داوران زیر بررسی و با درجه عالی..... به تصویب نهایی رسید.

- | | | | | |
|----------------------------|------------------------|--------------------------|------|--|
| ۱- استاد راهنما پایان نامه | دکتر علیرضا فصیحی زاده | با مرتبه ی علمی استادیار | امضا | |
| ۲- استاد مشاور پایان نامه | دکتر مرتضی طبیبی | با مرتبه ی علمی استادیار | امضا | |
| ۳- استاد داور داخل گروه | دکتر علیرضا یزدانیان | با مرتبه ی علمی استادیار | امضا | |
| ۴- استاد داور خارج از گروه | دکتر سعید مولوی | با مرتبه ی علمی استادیار | امضا | |
- امضای مدیر گروه
۱۳۹۰، ۴، ۹

سپاس گزاری :

حمد و سپاس خداوندی را که به من توفیق عنایت فرمود تا با کمک و یاری اساتیدم بتوانم این پژوهش را به ثمر برسانم. در ابتدا بر خود لازم می دانم از زحمات فراوان جناب آقای دکتر علیرضا فصیحی زاده استاد راهنمای گرامی و ارجمندم که در تمام مراحل انجام این پژوهش با راهنمایی های ارزنده خود مرا یاری نمودند تشکر نمایم . همچنین از زحمات جناب آقای دکتر مرتضی طبیبی که با مشاوره های خوب و مفید، ابهامات و سوالات مرا پاسخ دادند کمال تشکر را دارم .

تقدیم اثر :

ای رستخیز ناگهان وی رحمت بی منتها

ای آتشی افروخته در بیشه اندیشه ها

خورشید را حاجب تویی امید را واجب تویی

مطلب تویی ، طالب تویی هم منتها هم مبتدا

تقدیم به پدر و مادر عزیزم که در تمام مراحل زندگی و تحصیل با تلاش و زحمت بی شائبه راه را بر من هموار نموده و با دعای خیر خود مرا در فائق آمدن بر مشکلات یاری نمودند .
تقدیم به همسر فداکارم که با صبر و بردباری مرا در انجام این مهم یاری نمود و در تمام مراحل انجام این پژوهش کمک و یاور من بود .

چکیده

این پژوهش در صدد تبیین ماهیت، آثار و احکام عقود دینی می‌باشد. همان گونه که می‌دانیم در کتب حقوقی راجع به عقود ضمان، حواله، رهن و کفالت که مبتنی بر یک دین می‌باشند مفصلاً توضیح داده شده اما هدف ما در این تحقیق بررسی خود این عقود نمی‌باشد بلکه با مطالعه هر یک از این عقود و تجزیه و تحلیل ماهیت، آثار و احکام آن‌ها می‌خواهیم به این نتیجه برسیم که چه تعداد از احکام و آثار به دست آمده اختصاصی این عقود و چه تعداد از آن‌ها مشترک بین این عقود می‌باشند. به این معنی که اگر با یک عقد نامعین مواجه شویم که ماهیتاً بر پایه یک دین استوار شده آیا الزاماً باید تحت عنوان یکی از این عقود مطرح شود یا اینکه مستقلاً می‌تواند یک عقد دینی باشد که آثار و احکام خاص خودش را دارد. این پژوهش در صدد آن است که با بررسی و تجزیه و تحلیل عقود که مبتنی بر یک دین است همچون حواله، ضمان، رهن و کفالت بر آثار و احکام مشترک بین این عقود دست یابد تا در صورتی که جامعه حقوقدانان بایک عقد نامعین به غیر از عقود مذکور روبه‌رو شد، بتواند آثار و احکام مشترک عقود دینی را بر آن بار کند و الزاماً نیازی نباشد که آن را تحت عنوان ضمان، حواله، رهن و کفالت مطرح کند. در این پژوهش مطالب به روش توصیفی و همراه با تجزیه و تحلیل منابع مورد نظر جمع‌آوری و تدوین گردیده است. همچنین تجزیه و تحلیل مطالب با استفاده از منابع موجود و مطالعات کتابخانه‌ای و شیوه استدلال و استنباط حقوقی که مبانی آن در دانش اصول استنباط تبیین شده است، صورت گرفته است. در آخر همان گونه که مورد نظر نگارنده بود، آثار و احکام مشترکی میان عقود دینی به دست آمد که از جمله آن‌ها می‌توان به براءة مدیون اصلی و اشتغال ذمه مدیون جدید در برابر طلبکار، یگانگی دین مدیون جدید با دین مدیون اصلی و اشاره کرد که در همه عقود دینی مشترک می‌باشد. همچنین به پاره‌ای از آثار و احکام برخورداریم که صرفاً اختصاص به یکی از این عقود داشته و در سایر عقود دینی به چشم نمی‌خورد.

واژگان کلیدی: دین، عقود دینی، ضمان، حواله، رهن.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
ح	مقدمه
	فصل اول : تعریف و ماهیت عقود دینی
۱	۱-۱- تعریف عقود دینی
۳	۲-۱- ماهیت عقود دینی
۳	۱-۲-۱- ماهیت عقود دینی از نظر عقد یا ایقاع بودن
۳	۱-۱-۲-۱- ضمان
۳	۱-۱-۱-۲-۱- دیدگاه فقها
۹	۱-۲-۱-۲-۱- دیدگاه حقوقدانان
۹	۱-۲-۱-۳-۱- دیدگاه قانون مدنی
۱۰	۲-۱-۲-۱- حواله
۱۲	۳-۱-۲-۱- رهن
۱۳	۴-۱-۲-۱- کفالت
۱۵	۵-۱-۲-۱- بررسی و نتیجه گیری
۱۶	۲-۲-۱- ماهیت عقود دینی از نظر وثیقه بودن یا نبودن
۱۶	۱-۲-۲-۱- ضمان
۲۰	۲-۲-۲-۱- حواله
۲۶	۳-۲-۲-۱- رهن
۲۷	۴-۲-۲-۱- کفالت
۲۸	۵-۲-۲-۱- بررسی و نتیجه گیری
۲۹	۳-۱- اوصاف عقود دینی
۲۹	۱-۳-۱- اوصاف مشترک عقود دینی
۲۹	۱-۱-۳-۱- تبعی بودن (تابع دین بودن)
۳۰	۲-۱-۳-۱- رضایی بودن
۳۱	۳-۱-۳-۱- لازم بودن
۳۲	۴-۱-۳-۱- عهدی بودن

۳۳ ۱-۳-۱-۴-۱- تعریف عقد عهدهی و تملیکی در حقوق ایران
۳۴ ۱-۳-۱-۴-۲- تعریف عقد عهدهی و تملیکی در فقه امامیه
۳۶ ۱-۳-۱-۴-۳- رویکردهای متفاوت نسبت به تقسیم عقد به عهدهی و تملیکی
۳۸ ۱-۳-۱-۴-۴: تعریف عقد عهدهی و تملیکی در حقوق فرانسه
۴۰ ۱-۳-۱-۴-۵- نتیجه گیری
۴۰ ۱-۳-۱-۴-۶- عدم دلالت انتقال دین در عقود ضمان و حواله مبنی بر تملیک
۴۴ ۱-۳-۱-۵- منجز بودن
۴۵ ۱-۳-۱-۵-۱- عدم صحت عقد معلق
۴۵ ۱-۳-۱-۵-۲- صحت عقد معلق
۴۸ ۱-۳-۱-۶- مبتنی بر مسامحه بودن
۵۱ ۱-۳-۱-۷- معوض بودن
۵۶ ۱-۳-۱-۸- وثیقه ای بودن
۵۷ ۱-۳-۲- اوصاف اختصاصی عقود دینی
۵۷ ۱-۳-۲-۱: اوصاف اختصاصی عقد رهن
۵۷ ۱-۳-۲-۱-۱- عینی بودن
۵۸ ۱-۳-۲-۱-۲- امانی بودن
۵۹ ۱-۳-۲-۲- اوصاف اختصاصی عقد کفالت
۵۹ ۱-۳-۲-۲-۱- مجانی بودن
۵۹ ۱-۳-۲-۲-۲- مربوط به نفس انسان بودن
۶۰ ۱-۴-۳- مصادیق عقود دینی
۶۰ ۱-۴-۱- ضمان
۶۰ ۱-۴-۱-۱- تعریف عقد ضمان
۶۲ ۱-۴-۱-۲- وجود و اوصاف دین در عقد ضمان
۶۲ ۱-۴-۱-۲-۱- وجود دین
۶۴ ۱-۴-۱-۲-۲- اوصاف دین
۶۴ ۱-۴-۱-۲-۱- قابلیت تادیه به وسیله دیگری
۶۵ ۱-۴-۱-۲-۲- مال بودن

۶۵.....	۱-۴-۱-۲-۳-کلی بودن
۶۷.....	۱-۴-۱-۲-۴-مشروع بودن
۶۷.....	۱-۴-۱-۲-۵-لزوم قابلیت تعیین دین
۶۷.....	۱-۴-۱-۳-تاثیر زوال دین بر عقد ضمان و روابط اطراف این عقد
۶۸.....	۱-۴-۱-۳-وفای به عهد
۶۹.....	۱-۴-۱-۳-۲-ابراء
۷۱.....	۱-۴-۱-۳-۳-تهاتر
۷۱.....	۱-۴-۱-۳-۴-مالکیت مافی الذمه
۷۲.....	۱-۴-۱-۳-۵-مرور زمان
۷۲.....	۱-۴-۱-۳-۶-تلف مبیع قبل از قبض در مورد ضمان ثمن(انفساخ)
۷۲.....	۱-۴-۱-۳-۷-بطلان، فسخ و اقاله
۷۳.....	۱-۴-۱-۳-۸-تبدیل تعهد
۷۳.....	۱-۴-۲-حواله
۷۳.....	۱-۴-۲-۱-تعریف عقد حواله
۷۴.....	۱-۴-۲-۲-وجود و اوصاف دین در عقد حواله
۷۴.....	۱-۴-۲-۲-۱-وجود دین
۷۴.....	۱-۴-۲-۲-۲-اوصاف دین
۷۵.....	۱-۴-۲-۳-تاثیر زوال دین بر عقد حواله و روابط اطراف این عقد
۷۷.....	۱-۴-۳-رهن
۷۷.....	۱-۴-۳-۱-تعریف عقد رهن
۷۷.....	۱-۴-۳-۲-وجود و اوصاف دین در عقد رهن
۷۷.....	۱-۴-۳-۲-۱-وجود دین
۷۸.....	۱-۴-۳-۲-۲-اوصاف دین
۷۹.....	۱-۴-۳-۲-۳-مالی بودن موضوع دین
۷۹.....	۱-۴-۳-۲-۲-قرار گرفتن تعهد (دین) بر ذمه
۷۹.....	۱-۴-۳-۲-۳-قابلیت استیفاء دین از ثمن فروش مال مرهون
۸۰.....	۱-۴-۳-۳-تاثیر زوال دین بر عقد رهن

۸۰۱-۳-۳-۴-۱ وفای به عهد
۸۰۱-۳-۳-۴-۲ ابراء
۸۰۱-۳-۳-۴-۳ تهاتر
۸۰۱-۳-۳-۴-۴ مالکیت مافی الذمه
۸۱۱-۳-۳-۴-۵ مرور زمان
۸۱۱-۳-۳-۴-۶ تلف مبیع قبل از قبض (انفساخ)
۸۱۱-۳-۳-۴-۷ بطلان، فسخ و اقاله
۸۱۱-۳-۳-۴-۸ تبدیل تعهد
۸۲۱-۴-۴-۴ کفالت
۸۲۱-۴-۴-۱ تعریف عقد کفالت
۸۲۱-۴-۴-۲ وجود و اوصاف دین در عقد کفالت
۸۲۱-۴-۴-۱ وجود دین
۸۳۱-۴-۴-۲ اوصاف دین
۸۴۱-۴-۴-۳ تاثیر زوال دین بر عقد کفالت
۸۴۱-۳-۴-۴-۱ وفای به عهد
۸۴۱-۳-۴-۴-۲ ابراء
۸۵۱-۳-۴-۴-۳ تهاتر
۸۵۱-۳-۴-۴-۴ مالکیت ما فی الذمه
۸۵۱-۳-۴-۴-۵ مرور زمان
۸۵۱-۳-۴-۴-۶ بطلان، فسخ و اقاله
۸۵۱-۳-۴-۴-۷ تبدیل تعهد
۸۵۱-۳-۴-۴-۸ از بین رفتن موضوع تعهد مکفول
۸۶۱-۳-۴-۴-۹ انتقال حق مکفول به دیگری
۸۶۱-۳-۴-۴-۱۰ فوت مکفول
۸۶۱-۴-۵ بررسی و نتیجه گیری
فصل دوم : آثار و احکام عقود دینی	
۸۸۱-۲-۱ آثار و احکام مشترک

۱-۱-۲- براءت مدیون اصلی	۸۸
۲-۱-۲- اشتغال ذمه مدیون جدید در برابر طلبکار	۸۹
۳-۱-۲- شرط تأدیه از مال معین در عقود دینی	۸۹
۴-۱-۲- یگانگی دین مدیون جدید با دین مدیون اصلی	۹۰
۵-۱-۲- زوال تضمینات دین پس از انتقال	۹۰
۶-۱-۲- تابعیت شرایط دین مدیون جدید از عقد	۹۲
۱-۶-۱-۲- ضمان و حواله به بعض از دین یا به کمتر و بیشتر از آن	۹۳
۲-۶-۱-۲- ضمان و حواله به کمتر از مدت یا بیشتر از آن	۹۳
۳-۶-۱-۲- ضمان و حواله با تغییر شرایط دین	۹۵
۷-۱-۲- امکان اقاله	۹۶
۸-۱-۲- امکان رجوع به مدیون اصلی	۹۶
۱-۸-۱-۲- شرایط رجوع ضامن به مضمون عنه	۹۷
۱-۱-۸-۱-۲- اذن مضمون عنه	۹۷
۲-۱-۸-۱-۲- تأدیه دین از سوی ضامن	۹۸
۱-۲-۱-۸-۱-۲- رجوع به مضمون عنه قبل از تأدیه دین	۹۹
۲-۲-۱-۸-۱-۲- ایفاء ناروا از سوی ضامن	۹۹
۳-۲-۱-۸-۱-۲- ابراء ضامن از سوی مضمون له	۹۹
۲-۸-۱-۲- مبنای حقوقی دین مضمون عنه به ضامن	۱۰۰
۳-۸-۱-۲- زمان ایجاد دین و مطالبه آن	۱۰۲
۴-۸-۱-۲- موضوع دین مضمون عنه به ضامن	۱۰۴
۹-۱-۲- ترامی (تسلسل) و دور در عقود دینی	۱۰۶
۱-۹-۱-۲- ضمان	۱۰۶
۲-۹-۱-۲- حواله	۱۰۷
۳-۹-۱-۲- کفالت	۱۰۸
۴-۹-۱-۲- رهن	۱۰۸
۱-۴-۹-۱-۲- تعدد راهن	۱۰۸
۲-۴-۹-۱-۲- تعدد مرتهن	۱۰۹

.....	۱۱۰
..... آثار و احکام اختصاصی	۱۱۰
..... ۱-۲-۲. ضمان	۱۱۰
..... ۱-۱-۲-۲. عدم امکان اقاله در ضمان ناقل ذمه	۱۱۰
..... ۲-۱-۲-۲. تعدد ضمانت ها از یک دین	۱۱۱
..... ۱-۲-۱-۲-۲. ضمان به قید تسهیم و اثر آن	۱۱۱
..... ۲-۲-۱-۲-۲. ضمان به قید شمول تمام دین و اثر آن	۱۱۲
..... ۳-۲-۱-۲-۲. ضمان به قید تضامن و اثر آن	۱۱۲
..... ۴-۲-۱-۲-۲. ضمان به طور مطلق و اثر آن	۱۱۳
..... ۵-۲-۱-۲-۲. ضمان چند نفر به ترتیب و اثر آن	۱۱۳
..... ۲-۲-۲. حواله	۱۱۳
..... ۱-۲-۲-۲. دلالت صدور حواله بر مدیونیت محیل	۱۱۳
..... ۳-۲-۲. کفالت	۱۱۴
..... ۱-۳-۲-۲. احضار مکفول	۱۱۴
..... ۱-۱-۳-۲-۲. زمان احضار	۱۱۵
..... ۲-۱-۳-۲-۲. تکرار احضار	۱۱۵
..... ۳-۱-۳-۲-۲. مکان احضار	۱۱۶
..... ۴-۱-۳-۲-۲. احضار در خارج از زمان و مکان مقرر	۱۱۶
..... ۵-۱-۳-۲-۲. امتناع مکفول له از قبول تسلیم	۱۱۷
..... ۲-۳-۲-۲. تعدد کفیلان	۱۱۷
..... ۳-۳-۲-۲. تعدد مکفول له و مکفول	۱۱۸
..... ۴-۳-۲-۲. پرداخت دین	۱۱۸
..... ۵-۳-۲-۲. پرداخت وجه التزام	۱۱۹
..... ۴-۲-۲. رهن	۱۱۹
..... ۱-۴-۲-۲. آثار و احکام رهن نسبت به رهن	۱۲۰
..... ۱-۱-۴-۲-۲. بقای حق مالکیت عین و منفعت	۱۲۰
..... ۲-۱-۴-۲-۲. محدود شدن حق تصرف رهن	۱۲۰
..... ۱-۲-۱-۴-۲-۲. تصرفات ناقل عین	۱۲۱

۱۲۲.....	۲-۲-۱-۴-۲-۲- تصرفات ناقل منفعت	۱۲۲
۱۲۲.....	۳-۱-۴-۲-۲- دادن رهن به امین در صورت فوت مرتهن	۱۲۲
۱۲۳.....	۴-۱-۴-۲-۲- پرداخت هزینه نگاهداری	۱۲۳
۱۲۳.....	۲-۴-۲-۲- آثار و احکام رهن نسبت به مرتهن	۱۲۳
۱۲۳.....	۱-۲-۴-۲-۲- حفظ مورد رهن و بازگرداندن آن	۱۲۳
۱۲۴.....	۲-۲-۴-۲-۲- منع تصرف در رهن	۱۲۴
۱۲۴.....	۳-۲-۴-۲-۲- استیفاء طلب از عین مرهون	۱۲۴
۱۲۵.....	۴-۲-۴-۲-۲- کافی نبودن رهن برای پرداخت طلب	۱۲۵
۱۲۶.....	۵-۲-۴-۲-۲- ایجاد حق عینی و به تبع آن حق تقدم و تعقیب برای مرتهن	۱۲۶
۱۲۶.....	۱-۵-۲-۴-۲-۲- حق تقدم (رجحان طلب مرتهن)	۱۲۶
۱۲۶.....	۲-۵-۲-۴-۲-۲- حق تعقیب	۱۲۶
۱۲۸.....	نتیجه گیری	۱۲۸
۱۲۹.....	منابع و مأخذ	۱۲۹

مقدمه

ماده ۱۸۴ قانون مدنی، عقود را به لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق تقسیم کرده و از سایر عقود نامی نبرده است. تقسیمات متعدد عقود که در کتب و تالیفات حقوقی دیده می‌شود، محصول فکر و کار مشترک حقوقدانانی است که بر اساس موارد و مصادیقی که در فقه مطرح شده و با توجه به ویژگی‌های مشترک میان این مصادیق، تقسیمات مذکور را مطرح کرده‌اند. از جمله این تقسیمات، تقسیم عقد به دینی و غیر دینی است که برای اولین بار توسط یکی از حقوقدانان مطرح شده است. بر اساس تعریف این حقوقدان، عقود دینی یا تابع دین، به عقود گفته می‌شود که شرط تحقق و صحت آنها، وجود دین یا ادعای حقی نسبت به مدیون می‌باشد و سقوط یا انحلال دین، این عقود را تحت تاثیر قرارداده و از بین می‌برد. به عبارت دیگر این عقود برپایه یک دین به وجود آمده و با از بین رفتن دین، عقود مذکور نیز منتفی می‌گردد. تفاوت عقود دینی با عقود فرعی (تبعی) در این است که، عقود فرعی (تبعی) ممکن است وابسته و تابع عوامل متعددی باشند یا اگر تنها وابسته به وجود یک عامل می‌باشند، آن امر، وجود دین نیست. اما عقود دینی تنها وابسته و تابع یک عامل، یعنی وجود دین می‌باشند و تا دینی وجود نداشته باشد این عقود هم محقق نخواهند شد. به همین دلیل اصطلاح دینی برای این عقود در نظر گرفته شده است. ضمان، حواله، رهن و کفالت از جمله مصادیق این عقود می‌باشند. در کتب حقوقی راجع به این عقود که مبتنی بر یک دین هستند، مفصلاً توضیح داده شده اما هدف ما در این پژوهش، بررسی خود این عقود نبوده بلکه با مطالعه هر یک از این عقود و تجزیه و تحلیل ماهیت، آثار و احکام آنها، به ماهیت و آثار و احکام مشترکی میان آنها دست یافتیم که این امر باعث می‌شود اگر جامعه حقوقدانان ما با یک عقد نامعین غیر از عقود ضمان، حواله، رهن و کفالت روبرو شد که ماهیتاً بر پایه یک دین استوار بود، دیگر نیازی نباشد که آن را تحت عنوان یکی از این عقود مطرح کند، بلکه بتواند آثار و احکام مشترک عقود دینی را بر آن بار کند. از طرف دیگر مردم جامعه به دلیل کمبود وقت، مشکلات و هزینه‌های زندگی و همچنین عدم اطلاعات کافی در زمینه مسائل حقوقی، قادر به بازشناسی جداگانه و مستقل همه عقود نمی‌باشند. بنابراین اگر حقوقدانان ما بتوانند با یک مطالعه و بررسی عمیق و همه جانبه، عقود را که دارای زمینه‌های مشترک، ماهیت، آثار و احکام مشابه و یکسان می‌باشند، شناسایی کرده و در یک طبقه و دسته خاص قرار دهند، در این صورت از تعدد و پراکندگی عقود در قوانین و کتب حقوقی جلوگیری شده و عقود مشابه با احکام و آثار مشترک در طبقات جداگانه و مستقل به مردم معرفی شده و آنها ضمن شناسایی ماهیت، آثار و احکام این عقود، اگر با عقدی مواجه شوند که دارای خصوصیات، آثار و احکام یک طبقه خاص می‌باشد، می‌توانند به راحتی آثار و احکام آن طبقه خاص را بر این عقد نیز بار کنند و دیگر نیازی به این نیست که عقد مورد نظر را الزاماً با یکی از عقود مطرح شده در قانون منطبق نمایند و در این صورت دچار مشکلات عدیده شوند. از سوی دیگر این امر باعث می‌شود که مردم از بخشی از مسائل حقوقی جامعه خود آگاهی یافته و بتوانند مسئله مورد نظر را خودشان حل و فصل نمایند. دغدغه و رسالت ما در این پژوهش نیز بر این بوده است که عقود ضمان، حواله، رهن و کفالت را که ماهیتاً برپایه یک دین استوار بوده و دارای آثار و احکام مشترک می‌باشند، در یک دسته و طبقه قرارداده و تحت عنوان عقود دینی به حقوقدانان، دانشجویان حقوق و همچنین مردم جامعه عرضه نماییم.

فصل اول

تعریف و ماهیت عقود دینی

۱-۱- تعریف عقود دینی

در کتب حقوقی تقسیم بندی های متعددی از عقود دیده می شود از جمله تقسیم عقد به عهدی و تملیکی ، رضایی و تشریفاتی ، لازم و جایز، معلق و منجز ، معوض و غیر معوض و اما اصطلاح عقود دینی^۱ در کتب حقوقی تعریف نشده و برای اولین بار توسط یکی از حقوقدانان (فصیحی زاده ، ۱۳۸۵: ۴۵) مطرح گردیده است. براساس تعریف این حقوقدان ، عقود دینی یا عقود تابع دین به عقودی گفته می شود که شرط تحقق و صحت آنها وجود دین یا ادعای حقی نسبت به مدیون می باشد و تغییر در دین همچون بطلان یا انحلال منشأ دین و انتقال و زوال دین، می تواند بر این عقود و آثار آن تأثیر بگذارد. ضمان، حواله، رهن و کفالت از جمله این عقود محسوب می شوند.

برخی از حقوقدانان از این عقود تحت عنوان «وثیقه های دین» نام برده و در تعریف آنها می گویند: «دفتر دوم شامل عقود است که به طور معمول در کتاب «دیون» می آید همه آنها تابع دین است و برای وثیقه و انتقال دین موجود بکار می رود. ضمان، حواله، کفالت و رهن از این گروه است. بدین ترتیب تبعی بودن عقد از دین موجود و ایجاد وثیقه برای دین ، دو وصف کم و بیش مشترکی است که این عقود را به هم پیوند می دهد و باعث می شود تا احکام مشترک در آنها فراوان باشد.» (کاتوزیان ، ۱۳۸۵: ۴، ۳)

همچنین عده ای دیگر از مؤلفان اصطلاح عقد توثق را به کار برده و در تعریف آن گفته اند: « هر عقد که هدف آن تحصیل وثیقه باشد مانند رهن ، کفالت و عقد ضمان تضامنی، عقد ضمان ناقل ذمه، عقد وثیقه نیست.» (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۵۷۵) ملاحظه می شود دکتر لنگرودی صرفاً عقود رهن، کفالت و ضمان تضامنی را جزء عقود وثیقه و عقد ضمان ناقل ذمه و حواله را از این عقود مستثنی می دانند، اما دکتر کاتوزیان همه این عقود را ذیل عنوان وثیقه های دین مطرح نموده است. در حالیکه اصطلاح عقد توثق یا وثیقه های دین اصطلاح جامعی برای این عقود نیست و همه آنها را در بر نمی گیرد. عقد حواله و ضمان ناقل ذمه را نمی توان عقد وثیقه ای نامید زیرا هدف این عقود تحصیل وثیقه نیست، اما قدر متیقن و جامع در این عقود آن است که همه آنها برای تشکیل خود نیازمند یک دین است و تا دینی وجود نداشته باشد، این عقود هم محقق نخواهد شد. در ضمان ناقل ذمه تا دینی نباشد، ذمه مضمون عنه بری نشده و ذمه ضامن مشغول نمی شود به همین جهت گفته شده که ضمان عقد تبعی است، یعنی تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقاء تابع دینی است که مضمون عنه به طلبکار داشته است، بنابراین دین مبنای آن باید موجود و مشروع باشد. همچنین در ضمان تضامنی تا دینی موجود نباشد، ضمانتی هم در کار نیست. در حواله نیز تا دینی در کار نباشد عقد محقق نمی شود زیرا اثر حواله انتقال دین از ذمه محیل به ذمه شخص ثالث می باشد پس لازم است دینی وجود داشته باشد تا عقد مذکور محقق شود. در رهن و کفالت نیز باید دینی در کار باشد تا بتوان براساس آن رهن داد یا از آن کفالت کرد. عقد ضمان تضامنی، رهن و کفالت از جمله وثایق دین است به این معنا که در ضمان تضامنی ذمه شخص ضامن وثیقه دین مدیون می شود که به آن وثیقه شخصی می گویند. در رهن نیز مالی به عنوان وثیقه بابت دین مدیون داده می شود. در کفالت نیز مکفول له باید طلبی داشته باشد یا دعوی مربوط به طلبی را آغاز کند تا برای اطمینان خاطر او و جلوگیری از فرار احتمالی مدیون گرفتن کفیل معنا پیدا کند یا اینکه حتی بر مکفول ادعا شود. اما عقد ضمان ناقل ذمه و حواله را نمی توان از وثایق دین به شمار آورد زیرا در این دو عقد ذمه مدیون اصلی بری شده و ذمه ضامن یا محال علیه است که مشغول می شود و روابط آنها با مضمون له و محتال محور اصلی این عقود می باشد.

پس اصطلاح عقود توثق برای بیان مفهوم دقیق و جامع و مانع این عقود از جمله ضمان، حواله، رهن و کفالت مناسب نیست و فقط عقد ضمان تضامنی، رهن و کفالت را در بر می گیرد و ضمان ناقل ذمه و حواله را شامل نمی شود. پس برای قرار دادن همه آنها در گروه واحد و مطالعه ماهیت، آثار و احکام آنها به نحو مشترک ناگزیر اصطلاح عقود دینی یا تابع دین مطرح گردید به این معنا که این عقود هم حدوداً و هم بقائاً نیازمند وجود یک دین بوده و با زوال آن نیز این عقود منتفی می گردد. در واقع با تحقق هر یک از اسباب سقوط تعهد (دین) و ثایق دین اعم از عینی (رهن) و شخصی (ضمان تضامنی و کفالت) نیز از بین می رود. همچنین در ضمان ناقل ذمه و

حواله که دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن و محال علیه منتقل می شود، با زوال دین به هر نحوی از انحاء ، ذمه ضامن و محال علیه بری شده و عقد ضمان و حواله منتفی می گردد.

۲-۱- ماهیت عقود دینی

۱-۲-۱- ماهیت عقود دینی از نظر عقد یا ایقاع بودن

۱-۱-۲-۱- ضمان

در رابطه با این مسأله که آیا ضمان عقد است یا ایقاع، نظرات متفاوتی از سوی فقها و حقوقدانان ارائه شده است. عده ای از فقها ضمان را عقد می دانند و عده ای دیگر آن را ایقاع می شمرند، در میان حقوقدانان نیز نظراتی در مورد عقد یا ایقاع بودن ضمان وجود دارد. در این قسمت به بررسی جداگانه هر یک از این نظرات می پردازیم و در آخر نظری را که قانون مدنی برگزیده است مطرح می نماییم.

۱-۱-۱-۲-۱- دیدگاه فقها

فقها در مورد ضمان ۲ گروه شده اند: عده ای آن را عقد می دانند (علامه حلی ، بی تا: ۸۸/۲- محقق ثانی، بی تا: ۳۱۵/۱- محقق قمی، ۱۳۲۴: ۲۳۱- عاملی، ۱۳۲۶: ۳۶۷/۵- نجفی (صاحب جواهر) ، بی تا: ۱۲۶/۲۶) و معتقدند مانند هر عقد دیگری ، تراضی عنصر آن می باشد.

عده ای دیگر ضمان را ایقاع می دانند، اینها نیز به ۲ گروه تقسیم شده اند:

اول- کسانی که رضای مضمون له را به هیچ وجه ضروری نمی دانند (شیخ طوسی، بی تا: ۱۳۳/۲- فخر المحققین ، بی تا: ۸۴/۲)

دوم- کسانی که رضای مضمون له را ضروری می دانند (مقدس اردبیلی، بی تا: ۱۳۰- طباطبائی، ۱۳۴۹: ۳۱۷/۲- آل کاشف الغطا، ۱۳۶۱: ۲۳۶/۲)

در این مورد هم دو نظر وجود دارد:

الف) رضای مضمون له شرط نفوذ ضمان ضامن است (طباطبائی ، همان: ۳۳۵/۲ ، ۳۳۴)

ب) ضمان ضامن به قصد یک طرفی او تعهد آور است، لکن مضمون له می تواند آن را رد کند.

طرفداران عقد بودن ضمان به دلایل زیر استناد کرده اند:

یک- تعهدی که ضامن به نفع مضمون له به وجود می آورد، بدون رضای او ممکن نیست. ایجاد حق به نفع

دیگری هم باید با جلب رضایت او باشد. یکی از حقوقدانان در انتقاد از این نظر گفته است: ایجاد تعهد به ضرر غیر بدون جلب رضای او خلاف آزادی افراد است اما ایجاد حق به نفع غیر، مخالف اصول عقلی و اجتماعی نیست. (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۸۷) در رد نظر ایشان می توان اینگونه استدلال کرد: ایجاد حق و تعهد به نفع غیر، طبق قاعده با قبول او امکانپذیر است و براساس قاعده، بدون قبول اشخاص نمی توان برای آنها حقی ایجاد کرد. اما این قاعده استثنائاتی نیز دارد. مثلاً در مواردی همچون بیمه عمر بدون قبول و حتی اطلاع شخص ثالث (مثلاً همسر بیمه گذار) برای وی حق مطالبه مبلغ از بیمه گر پدید می آید که این امر تعهد به نفع ثالث می باشد.

قانون مدنی نیز در ماده ۱۹۶ ایجاد تعهد به نفع ثالث را بدون قبول او پذیرفته است زیرا در این مورد با توجه به اینکه ماده ۲۳۱، مفاد ماده ۱۹۶ را بر خلاف اصل نسبی بودن اثر عقد و استثنا بر قاعده تلقی کرده است، می توان نتیجه گرفت که از نظر قانون مدنی، قبول شخص ثالث در اعتبار تعهد نقشی ندارد. اکثر حقوقدانان نیز تصریح کرده اند که قبول شخص ثالث دخالتی در انعقاد قرارداد ندارد. (امامی، ۱۳۸۳: ۲۶۱/۱ - لنگرودی، ۱۳۵۴: ۹۱، ۹۰) اما به نظر می رسد تعهدی که ضامن در برابر مضمون له به عهده می گیرد، ایجاد حق و تعهد به نفع غیر نیست. زیرا تعهد به نفع شخص ثالث «التزامی است که از قرارداد منعقد بین دو طرف، یکی به عنوان متعهد و دیگری به عنوان شرط کننده یا متعهدله به سود بیگانه ای که در انعقاد قرارداد، مستقیم یا غیرمستقیم دخالتی ندارد، حاصل می شود.» (صادقی، ۱۳۸۳: ۲۰۷). در واقع در تعهد به نفع شخص ثالث ۳ طرف وجود دارد، متعهدله یا شرط کننده، متعهد و شخص ثالثی که تعهد به نفع او ایجاد می شود. در حالیکه این مورد دارای دو طرف عقد یعنی ضامن و مضمون له است و تعهد ضامن تعهدی است که یک طرف عقد در مقابل طرف دیگر انجام می دهد و طرف مقابل آن را می پذیرد. در واقع عقدی است که با ایجاب ضامن و قبول مضمون له صورت می گیرد و مضمون له در اینجا شخص ثالث محسوب نمی شود تا ایجاد تعهد به نفع او بدون قبول او نیز امکانپذیر باشد بلکه او یکی از دو طرف عقد است که با قبول او عقد منعقد و کامل می گردد، بنابراین این دلیل که در باب عقد بودن ضمان مطرح شد موجه و قابل قبول نمی باشد.

دو- در ضمان ناقل ذمه، چون ذمه مضمون عنه ساقط و ذمه ضامن مشغول می شود و به عبارتی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون صورت می گیرد، جلب رضای متعهد له (مضمون له) حتماً ضرورت دارد.

این استدلال، استدلال درستی به نظر نمی رسد زیرا براساس مواد ۱۲۷۱ و ۱۲۷۲ قانون مدنی فرانسه، تبدیل تعهد عبارت است از عقدی که به موجب آن، تعهد موجود منتفی گردیده و تعهد جدیدی جایگزین آن می شود. در حالیکه عقد ضمان ناقل ذمه مبتنی بر انتقال دین بوده و همان دین سابق از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن منتقل می گردد، یعنی دین موجود منتفی نمی گردد بلکه همان دین است که از ذمه ای به ذمه دیگر منتقل می شود. در

واقع در انتقال دین، شخص مدیون (مضمون عنه) می خواهد دین را از ذمه خودش به ذمه شخص ثالث (ضامن) منتقل کند و به عبارتی دارد در مال غیر (مضمون له) تصرف می کند و نمی تواند مال شخص دیگری را از ذمه خودش به ذمه شخص ثالث منتقل نماید و شخص ثالث هم نمی تواند انتقال دینی را که در واقع متعلق به طلبکار است بر ذمه خود بپذیرد مگر با رضایت و موافقت طلبکار. بنابراین بر خلاف نظر کسانی که عقد ضمان را همان تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون می دانند (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۱) اثر اصلی ضمان، نقل ذمه و انتقال دین می باشد و از این لحاظ نیازمند رضای مضمون له است که ضامن دارد انتقال مالی را که متعلق به مضمون له است، از ذمه مدیون اصلی به ذمه خود می پذیرد بنابراین رضایت مالک برای این انتقال ضروری است و از این لحاظ، ضمان در شمار عقود می باشد.

سه- مضمون احادیث که راجع به نقل ذمه است. (صحیحہ عبداللہ بن سنان از معصوم که دلالت دارد رضایت مضمون له، شرط صحت ضمان است).

چهار- عده ای دیگر از فقها معتقدند که دلیل عقد بودن ضمان ایجاب و قبول مخصوصی است که این عقد نیاز دارد. زیرا ضمان از جمله عقود لازم است و مال را از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می کند. ایجاب آن عبارت است از: ضَمِنْتُ (ضمانت کردم)، تَكْفَلْتُ (متکفل شدم)، البته برای جدا شدن ضمان از مطلق کفالت، متعلق آن را که مال است ذکر می کنند و نیز تَقَبَّلْتُ (پذیرفتم) و الفاظی مانند آن که به صراحت بر مقصود دلالت می کنند، سپس صاحب حق یعنی مضمون له قبول می نماید (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۲۳۶)

به نظر می رسد این یک استدلال بدیهی است زیرا همه عقود برای تشکیل و انعقاد خود نیازمند ایجاب و قبول هستند. در واقع آنچه دلیل عقد بودن ضمان است، این مسأله می باشد که مال مضمون له (طلب او) از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن منتقل می گردد و ضامن در برابر طلبکار تعهد میکند که دینی را که به او منتقل شده است بپردازد، بنابراین مضمون له باید به این انتقال رضایت دهد زیرا دارایی اوست که منتقل می شود و او مالک این مال است، پس مسلماً بدون رضایت و قبولی او این انتقال امکانپذیر نخواهد بود. در واقع در ضمان، تنها ضامن عهده دار دین نمی شود مضمون له نیز سقوط طلب خود از مضمون عنه و نقل ذمه او را به ضامن انشاء می کند. کسانی که ضمان را ایقاع می دانند و رضای مضمون له را به هیچ وجه لازم و ضروری نمی شمرند، ظاهراً به اخبار ضمان از میت متکی هستند. مستند اینان روایت ضمان علی (ع) است از مرده ای که پیغمبر از نماز خواندن بر او امتناع فرمود تا اینکه حضرت علی از دین او ضمانت کرد و حال آنکه طلبکار حضور نداشت. یعنی پیامبر ضمانت حضرت علی را بدون رضای مضمون له معتبر دانسته و بر میت نماز خواندند، این امر بدین معنی است که ضمان ایقاع است و نیازی به رضایت مضمون له ندارد.