

بررسی فقهی و حقوقی تبدیل تعهد در مطالبات نظام بانکی با مطالعه تطبیقی

ناصر دلگشامهر

دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران

Delgoshamehr@gmail.com

عذرا حسن زاده دیزجی

دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

Ozra.hasanzadeh@gmail

چکیده

موضوع تبدیل تعهد از موضوعات خاص در قراردادهای بانکی است که از دیرباز در حقوق کشورهای مختلف مطرح بوده ولی متأسفانه بانکها در سالیان اخیر در کشور ایران به لحاظ پیدایش تحولات فراوان در قراردادهای بانکی موضع‌گیری تقابلی نسبت به آن گرفته‌اند و عموماً از جنبه مثبت آن برای حل مطالبات غیر جاری استفاده نموده‌اند، با عنایت به وضعیت اقتصادی خاص جامعه ایران که افزایش پرونده‌های مطالبات غیر جاری بانک‌ها در دادگستری و اداره‌های ثبت نسبت به کل تسهیلات اعطایی در شبکه بانکی را باعث شده، تأمین عدالت اقتصادی بدون در نظر گرفتن آن بسیار دشوار است، ولی از طرف دیگر لزوم تطابق مقررات قانونی با احکام شرع مقدس تحقیق گسترده‌تری را می‌طلبد، در این مقاله سعی شده است ابتدا با بررسی فقهی و حقوقی ماهیت تبدیل تعهد روشن شود و در نهایت با مطالعه تطبیقی، آسیب‌شناسی آن تبیین شده است.

کلمات کلیدی: تبدیل تعهد، مشروعیت، تحریم ربا، مطالبات غیر جاری بانکها.

۱. مقدمه

قانون عملیات بانکداری بدون ربا به‌عنوان یکی از قوانین زیر بنایی کشور در هشتم شهریورماه ۱۳۶۲ در اولین دوره مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده و در دهم شهریور همان سال مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت. در ماده یک فصل اول این قانون که اهداف و وظایف نظم بانکی در جمهوری اسلامی را تبیین کرده از اهداف نظام بانکی استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حقوق عدل با ضوابط اسلامی به‌منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت ورود اقتصاد کشور را آورده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷)

گونه‌ای که استنباط می‌شود اجرای صحیح بانکداری اسلامی در گرو انجام معاملات درست متکی به قراردادهای اصولی در چارچوب ضوابط شرعی و قانونی است و انجام معاملات صحیح در ارتقاء و کارآئی بانک‌ها نقش کلیدی و انواع سپرده‌ها تعیین‌کننده دارد و اقتصاد اسلامی اقتضاء دارد که قواعد توزیع و عدالت در آن در هر زمان و مکان رعایت شده و ثابت و صالح باشد.

وتوازن اجتماعی در آن نهادینه باشد که مهمترین فرصتها به قصد خشکاندن ریشه‌های رشک و حسد و تنفروپاس و ناامیدی که همه‌آینها تهدیدی برای نظم حقوقی جامعه هستند، می‌باشند، که مارا به فکر تعدیل ثروت، ثروتی که مهمترین مسئله‌روز ماست، می‌اندازد. بی‌تردید تصویب و اجرای عملیات بانکداری بدون ربا بافاصله اندکی از پیروزی انقلاب اسلامی و حذف ربا از سیستم بانکی، موفقیت بزرگی برای طراحان قوانین و مسئولین نظام بانکی به عمل می‌آید ولیکن این به معنای پایان کار و رسیدن به قانون کامل و نظام بی‌نقص نیست و نیاز به اصلاح و به‌روزرسانی و تکمیل مستمر دارد. آنچه در اسلام به‌عنوان ربا ممنوع شده

بازده ثابت از پیش تعیین شده است نه نرخ بازده نامشخص به صورتی که در سود بانکی مطرح است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷) و برقراری سیستم بانکداری بدون ربا در ایران، تحوّل نوین در روش بانکداری جهان ایجاد کرده است.

افزایش کارائی و استفاده بهینه از فرصت‌ها و منابع بانک اقتضاء دارد که منابع تودیع شده را بانک با نهایت دقت و احتیاط برای انجام معاملات و اعطای تسهیلات به نحوی بکار بگیرد که موجب ضرر و زیان سپرده‌گذاران نشود و با عنایت به قاعده فقهی اتلاف «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» یعنی هر کس که مال دیگری را تلف کند ضامن است، و چنانچه به دلیل بی دقتی و بی توجهی به ضوابط و مقررات شرعی و قانونی و به روز عملکرد نادرست موجبات ضرر و زیان سپرده‌گذاران را فراهم نماید قانوناً و شرعاً ضامن است و این مسئله در وصول مطالبات بانک‌ها تجلی پیدا می‌کند و شهود آن بیشتر است.

با توجه به اینکه مطالبات معوق در ایران تقریباً چندین برابر استاندارد جهانی است و حجم تسهیلات داده شده و برگشت نشده رسمی و غیررسمی زیاد بوده و تفاوت دارد و به میلیاردها تومان می‌رسد ارزیابی کارشناسان در کنار نظر دولتمردان نشان می‌دهد که مطالبات معوق بانک‌ها به مشکل بزرگی برای بانک‌ها تبدیل شده، مقررات پیچیده و دستوری بودن پرداخت تسهیلات و نبود اعتبارسنجی صحیح و رتبه‌بندی مشتری‌ها و نبود سیستم مرکزی علمی و کارآمد برای بازستاندن تسهیلات معوق و هزینه پایین عدم پرداخت اقساط اصل و فرع تسهیلات معوق برای کسی که از آن استفاده کرده در زمره چند عامل اصلی افزایش مطالبات بانکی در ایران است.

موضوعی را که در این مقاله مبادرت به طرح و بررسی آن می‌نماییم عبارت از « بررسی فقهی و حقوقی تبدیل تعهد در مطالبات نظام بانکی با مطالعه تطبیقی » است، این پژوهش که از نوع کاربردی است، ضمن نقد و بررسی تعیین و تکلیف مطالبات معوق بانک‌ها و موسسات مالی، با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، راهکار جدیدی را مطرح و مدنظر قرار می‌دهد.

۲. متن اصلی مقاله

در اینجا لازم است اول به بررسی نظر فقه اسلامی در این زمینه پرداخته بعد با بررسی تطبیقی در قوانین کشورهای دیگری پردازیم.

وضعیت حواله در فقه اسلامی به رسمیت شناخته شده سه طرف موجود است اول دائن، دوم مدیون، سوم محال علیه. از دیدگاه فقه اسلامی بیشتر به ضمانت و یا تبدیل تعهد حواله را می‌شناسد تا انتقال دین و حواله اصل و منشأ تضامن است و ضمانت بعنوان اصل در حواله دین مطرح شده است.

یعنی متعهد جدید به یکی از دو طریق زیر انتقال داد:

۱- به وسیله توافقی بین متعهد ابتدایی و متعهد جدید

۲- به وسیله توافقی بین ذینفع تعهد و متعهد جدید که بر طبق آن متعهد جدید تعهد مورد نظر را به عهده می‌گیرد. مشابه با واگذاری حقوق، انتقال تعهدات نیز می‌تواند در خدمت مقاصد اقتصادی باشد اینکه مشتری‌اش مقابل عرضه کننده‌اش مدیون همان تعهد باشد از لحاظ اجرایی که از دو طریق می‌شود. (اصول قراردادهای تجاری بین المللی، ۱۳۸۵)

۱- انتقال از طریق توافق بین متعهد ابتدایی و متعهد جدید

۲- انتقال تعهد از طریق توافق بین ذینفع تعهد و متعهد جدید

۳- رضایت ذینفع تعهد ضروری است

دووجه در تبدیل تعهد متصور هست:

یک- انتخاب ذینفع تعهد بری کردن متعهد ابتدایی از تعهدش باشد

دو- انتخاب ذینفع، متعهد ابتدایی به به عنوان متعهد تبعی حفظ شود، اینطور که انتقال تعهد از متعهد ابتدایی به متعهد جدید را به این شرط بپذیرد که طلب خود نسبت به متعهد ابتدایی را حفظ کند و اگر متعهد جدید تعهدش را به طور مناسب اجرا نکند ذینفع تعهد می‌تواند اجرای تعهد را از متعهد ابتدایی طلب کند. (اصول قراردادهای تجاری بین المللی، ۱۳۸۵)

بری شدن متعهد ابتدایی از تعهدش:

۱- ذینفع تعهد می‌تواند متعهد ابتدایی را از تعهدش بری کند.
۲- ذینفع تعهد همچنین می‌تواند در صورتیکه متعهد جدید، تعهدش را به‌طور مناسب اجرا نکند متعهد ابتدایی را به عنوان متعهد باقی بشناسند.

وسئالی که اینجا مطرح است اینست که آیا شخص ثالث می‌تواند از طرف مدیون، دین را ادا کند؟ در جواب باید گفت که باتوجه به م ۲۶۷ ق.م. که اشعار داشته «ایفای دین از جانب غیرمدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد» و با صراحت تبصره م ۳۴ ق اجرای احکام مدنی که شخص ثالث نیز می‌تواند به جای مدیون برای استیفای محکوم به مالی را معرفی کند تا توسط اجرای احکام به فروش رسد (کاملترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، ۱۳۹۱).

سه... در غیر از موارد فوق متعهد ابتدایی و متعهد جدید متضامناً مسئولند. (اصول قراردادهای تجاری بین المللی، ۱۳۸۵)
در حقوق فرانسه و سوئیس، نهاد ویژه ای برای قائم مقامی پرداخت کننده از طلبکار پیش بینی شده که با انتقال طلب هم معنی است. نویسندگان حقوقی نیز در آخرین نظریه ها آن را نتیجه انتقال طلب به پرداخت کننده دانسته اند، با این تفاوت که در انتقال طلب، انتقال گیرنده حق دار مبلغ اسمی و طلبکار واقع می‌شود و طلبکار با رضایت به براءت مدیون و پذیرش تعهد ثالث انتقال را محقق سازد (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱).

در حقوق روم انتقال تعهد از جانب دائن یا مدیون، از طریق انتقال طلب و انتقال دین ممکن بوده و تغییر شخص دائن یا مدیون تنها از طریق تبدیل تعهد ممکن بوده و در اینصورت نیز تعهد با ارکان و خصوصیاتش به شخص دیگری منتقل نمی‌شد. (انتقال و سقوط تعهد، ۱۳۷۲)

حقوق فرانسه هنوز به پاره ای از آثار مفهوم سنتی تعهد که رابطه بدهکار و طلبکار است وفادار ماده و متعاقبین می‌توانند ضمن قرارداد خسارت را از پیش به صورت مبلغی معین مشخص نمایند، و همچنین نظر مشهور اینست که دین را بطور مستقیم نمی‌توان انتقال داد یعنی مدیون نمی‌تواند بدون دخالت طلبکار دین را بدیگری منتقل کند و گریبان خویش را آزاد کند. (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱). قانون فرانسه تاکنون انتقال دین را نپذیرفته و برای تغییر مدیون در تعهدات جزئیات دروفا یا تبدیل در تعهد را پیشنهاد نمی‌کند و علت اینکه انتقال تعهد را قبول می‌کند ولی انتقال دین را نه اینست که شخصیت مدیون در تعهد از اهمیت بیشتری نسبت به شخصیت دائن در دین دارد و برای دائن مهم است که مدیون که طرف دین است بدون رضایت او عوض شود.

در قانون مدنی آلمان در کنار انتقال طلب نهادی برای انتقال دین نیز پیش بینی شده است البته انتقال دین ممکن است در اثر قرارداد با طلبکار باشد (م ۴۱۴ ق.م) بدینصورت که شخصی در قرارداد ی که با طلبکار منعقد می‌کند که دین مدیون را بپردازد و در صورتی نافذ است که انتقال دین به طلبکار ابلاغ شود و ابلاغ انتقال دین راضی باشد (م ۴۱۵ ق.م). پس از رضای طلبکار مدیون از تعهدی که داشته است بری می‌شود و مدیون جدید چنانشین اوست در حقوق آلمان برخلاف آنچه فرانویان در انتقال دین انتظار دارند در هر دو قرارداد انتقال تمام تضمینات و وثائق دین ساقط می‌شود و طلبکار نمی‌تواند از آن سود ببرد
طرق عمده دفع ضرر در حقوق انگلیس عبارتند از ضبط وثیقه مأخوذه از متعهد، بازداشت اموال در حال عبور وی، اجراء گذاشتن ضمانتنامه، اعاده اموال داده شده به متعهد و امتناع از ادامه اجرای تعهدات.

تعریف و ماهیت تبدیل تعهد

تعریفی از تبدیل تعهد در قانون مدنی نیامده است اما می‌توان از قانون مدنی چنین استنباط کرد که تبدیل تعهد عبارتست از اینکه تعهد سابق ساقط و تعهد جدیدی جایگزین آن می‌شود. (دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، ۱۳۸۹) یعنی اگر یکی از دین متضامن دین را باتوافق مدیون از طریق تغییر موضوع یا منشاء دین یا از طریق تغییر مدیون یا دائن تبدیل کند دین به اندازه سهم دائن متضامن تبدیل و هریک از دین دیگر می‌تواند از سهم خود در اموال مدیون مطالبه کند. (دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، ۱۳۸۹) و تبدیل تعهد تنها به تراضی و با قصد نتیجه (تبدیل) تحقق می‌پذیرد، بنابراین مبلغ دین را در تصرف دائن قرار می‌دهد و لذا سایر دین می‌توانند جهت استیفاء طلبشان اموال او را تحت توقیف قرارداد داده تا حدزیادی از خطر اعسار او رهایی یابند مگر

اینکه خوددائین در رجوع به مدیون کوتاهی کنند. و بر اثر قرارداد تبدیل تعهد میان دائن و یکی از مدیون های متضامن، سایر بدهکاران بری می شوند، مگر اینکه دائن حقیق را برعهده سایر مدیونین نگه داشته باشد. اصطلاح وساختار حقوقی تبدیل تعهد ظاهراً میراثی از روم باستان است که در حقوق بسیاری از کشورها نهادینه شده است (دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، ۱۳۸۹)

«م ۲۹۲ق.م. بیان می دارد «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می شود :

۱. وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می شود.
 ۲. وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید،
 ۳. وقتی که متعهدله مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.»
- از مفاد بند دو. و/، ماده ۳۹۲ق.م به خوبی بر می آید که در ق.م. اصطلاح تبدیل تعهد مفهوم رومی خود را ندارد و اعم است از تغییر تغییر تعهد به سبب تغییر ارکان آن و اسقاط و تجدید تعهد. همچنین اگر تعهد معلق به وجود شرطی باشد پس از تبدیل نیز همانند تعهد اصلی معلق به شرط است مگر اینکه مفاد تراضی دوطرف این باشد که تعهد معلق را تبدیل به تعهد منجز یا موضوع یا طلبکار تازه کنند.

اقسام تبدیل تعهد

در واقع م ۲۹۲ق.م. اقسام تبدیل تعهد را در موارد ذیل ذکر می کند :

۱. تبدیل تعهد از طریق تبدیل موضوع تعهد:
اگر دو طرف بخواهند موضوع یا سبب تعهد تغییر کند تراضی می شود که با ایجاد تعهد جدید، تعهد سابق از بین برود و ممکن است تراضی ناظر به تبدیل موضوع تعهد باشد (مانند تبدیل دین مربوط به دادن گندم به پول) یا به سبب دین (مانند تبدیل دین مربوط به ثمن یا اجاره بها به وام).

۲. تبدیل تعهد از طریق تغییر طلبکار یا بدهکار

زمانی که طلبکار تعهد را به دیگری منتقل می کند و در برابر آن مالی می گیرد آنچه پرداخت شده دین انتقال گیرنده است نه مدیون اصلی بنابراین انتقال گیرنده حق مراجعه به مدیون را بعنوان قائم مقام طلبکار دارد فرق تبدیل تعهد با انتقال طلب در مورد فوق می باشد در این نوع از تبدیل تعهد مدیون که شخص ثالث است حق ندارد از منافع که قبل از تبدیل تعهد داشته استفاده کند و در انتقال طلب، منتقل‌آلیه طلب در این قسم از تبدیل تعهد از همه وثایق و منافع که پیش از تبدیل تعهد بسود متعهدله وجود داشت محروم می شود. (مبسوط، ۱۳۹۱) برای تغییر طلبکار، مفاد تراضی دوطرف و طلبکار جدید بدین صورت صورت که متعهد در برابر طلبکار جدید عهده دار دین می شود تا ذمه اش در برابر طلبکار قدیم بری می شود یا تغییر بدهکار که ثالثی عهده دار دین در برابر طلبکار شود و دین متعهد را بپردازد. (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱)

۳. تبدیل تعهد از طریق تبدیل تعهد

چنانکه از نام آن معلوم است عبارت است از تبدیل تعهد سابق به تعهد دیگری که جانشین آن می شود که تعهد سابق ساقط می شود و تعهد دیگری بجای آن بوجود می آید رابطه بین سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید رابطه علت و معلول است بنا بر این هرگاه به جهاتی تعهد سابق باطل شود تعهد جدید بوجود نمی آید زیرا تعهدی نبوده که ساقط شود. وفق بند ۲ م ۲۹۲ق.م. وقتی شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید، تبدیل تعهد تحقق می یابد و این نوع تبدیل تعهد نیازی به رضایت متعهد ندارد و در این رابطه اگر شخص ثالث متعهد شود دین متعهد را ادا نماید این تعهد نیازی به رضایت متعهد اصلی ندارد. (کاملترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، ۱۳۹۱).

البته این م ناظر به جایی است که تعهد به صورت مطلق و بدون قید مبارت متعهد باشد و متعهد له نمی تواند به بهانه اینکه ثالثی دین را می پردزد از گرفتن طلب خودداری کند زیرا طلبکار جز به دست آوردن طلب حقی نخواهد داشت و پرداخت به هر طریق که باشد برای مدیون برائت ذمه ایجاد می نماید. (کاملترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، ۱۳۹۱).

وقتی متعهدله، مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل می کند در زمانی که برای مثال شخصی یک فقره سند عادی غیر تجاری را به مبلغ یک میلیون ریال از شخص دیگری طلب دارد دارنده سند ظهر همان سند را امضاء کند و آنرا در قبال بدهی خود به شخص ثالث منتقل کند شخص ثالث در مراجعه به هریک از اشخاص صادر کننده و ظهر نویس سند وفق بند ۳ م ۲۹۲ ق.م. انتقال دین و طلب ایجاد شده است و شخص ثالث قائم مقام متعهدله بوده با مراجعه به متعهد می تواند نسبت به استیفای حق خود اقدام کند (کاملترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، ۱۳۹۱).

در قانون مدنی ماده ۲۹۳ قانونگذار در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق را به تعهد لاحق متعلق نمی داند به یک استثناء که طرفین صراحتاً در قرارداد شرط کرده باشند این مسئله طبق قاعده فقهی « اذاسقط الاصل سقط الفرع » یعنی با سقوط اصل، فرع نیز از بین می رود تأیید می شود و در رأی شماره ۹ مورخ ۱۳۷۷/۵/۱۳ آرای دیوانعالی کشور که بیان داشته «تنظیم قرارداد ثانوی بین متعاملین موجب سقوط شرط مندرج در قرارداد اولیه در مورد وجه التزام است» صحه گذاشته می شود. (کاملترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، ۱۳۹۱).

سئوالی که اینجا مطرح است اینست که آیا تبدیل تعهد قابل انحلال به دور ویداد اسقاط و ایجاد تعهد می باشد؟ که در جواب گفته شده چون تبدیل تعهد به منظور رها ساختن تعهد از قید رابطه شخص بدهکار و طلبکار می باشد آنچه هدف نیت واقعی است و دوطرف به آن نیاز دارند این است که تعهد در وضع موجود تغییر کند یا موضوع دیگری جایگزین شود یا طلبکار و بدهکار جدیدی بجای دائن و مدیون کنونی بنشینند اما در قانون مدنی آنچه بیان شده تبدیل تعهد است و این تبدیل تعهد هیچ ملازمه ای با اسقاط تعهد و ایجاد تعهد دیگری به جای آن ندارد و ممکن است از راه تغییر نیز صورت پذیرد به همین جهت است که تبدیل تعهد در واقع از اسباب تغییر و دگرگونی تعهد است نه اسقاط آن و این قانون مدنی است که تبدیل تعهد را به تقلید از قانون فرانسه در زمره اسباب سقوط تعهدات می آورد. (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱)

تفاوت تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهد و انتقال دین

۱. پرداخت دین بوسیله شخص ثالث:

به طور معمول هر کس دین خود را می پردازد و به کار دیگران دخالت نمی کند پرداخت دین بوسیله مدیون راه طبیعی وفای به عهد و در نتیجه اجرای تعهد و سقوط آن است مدیون براثت می یابد و هیچ کس دیگری نمی تواند به او رجوع کند ولی در بعضی موارد دین بوسیله شخص ثالث پرداخت می شود این اقدام نیز سبب براثت مدیون در برابر طلبکار می شود زیرا ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است. (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱)

۲. تبدیل تعهد از طریق تبدیل دائن:

م ۲۹۲ ق.م. بیان می دارد «قتی که متعهدله مافی الذمه متهدرا بکسی دیگر منتقل نماید و بدینجهت هم رضایت مدیون را در تحقق آن لازم ندانسته است» و در حقیقت قانون مدنی ایران تبدیل تعهد بوسیله تبدیل دائن را با انتقال طلب اشتباه کرده است (حقوق مدنی، ۱۳۸۷) با لحاظ اینکه اگرچه تبدیل تعهد از نظر ظاهری مثل انتقال طلب است ولی آثار و احکام آنها متفاوت می باشد در انتقال طلب طلبکار حق و طلب خود را به دیگری منتقل می کند و رضایت مدیون شرط نیست زیرا طلبکار که مالک طلب و حق مالی مزبور است می تواند در مال خود هرگونه تصرفی بنماید ولی در انتقال دین رضایت دائن شرط می باشد و بدون رضایت انتقال نافذ نمی باشد زیرا ارزش طلب بستگی به وضعیت مالی مدیون دارد. (حقوق مدنی، ۱۳۸۷)

مشهور عقود معینه ای که مبتنی بر انتقال دین می باشند ضمان و حواله می باشد، م. ۶۸۴ ق.م. می گوید «عقد ضمان عبارتست از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد» و کل دین متعهد اصلی به ذمه ضامن که شخص ثالث بوده منتقل می شود یا بصورت ضمان قهری منتقل می شود که براثت فوت مدیون قهرآبه وراثت منتقل می شود بدون اینکه نظر وراثت شرط باشد.

و در عقد حواله نیز مواد ۷۲۴ و ۷۲۵ ق.م. حواله را عقدی می دانند که بموجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به شخص ثالثی منتقل می شود و رضایت محتال (طلبکار) و محال علیه (مدیون جدید) شرط می باشد با ذکر این مسئله که انتقال دین مقتضای ذات حوال نیست و می توان شرط کرد محیل نیز عهده دار پرداخت دین می باشد و محتال بتواند به او محال علیه هم رجوع کند

. (قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۹۱) بنابراین ضمان و حواله برای مضمون عنه و در حکم وفای به عهد بوده و موجب سقوط تعهدات می شود.

در فقه امامیه نیز به محض پیدایش ضمان یا حواله، ذمه مضمون عنه و محیل در برابر متعهدله آزاد می شود و ذمه محتال و ضامن بری می شود

م ۱۲۷۱ ق.م. فرانسه بدین طریق آن را تعریف کرده است «وقتی که در نتیجه یک تعهد جدیدی، یک طلبکار جدیدی، جانشین طلبکار سابقه مدیون در مقابل او بری شده است، بشود» یعنی موافقت بدهکار یکی از دورکن تعهد جدید می باشد زیرا تعهد بوسیله توافق قصد و رضای طرفین عقد حاصل می شود. (حقوق مدنی، ۱۳۸۷)

شرایط تبدیل تعهد

تبدیل تعهد که سبب دگرگونی و انتقال همان تعهد می شود چه از طریق تغییر موضوع تعهد یا طرفین تعهد نیاز به قراردادی دارد که نافذ باشد که سبب تغییر شود و تعهد پیشین وجود داشته باشد که در نتیجه تغییر یکی از ارکان آن از بین می رود و تبدیل به تعهدی دیگری می شود (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱) دوطرف این قرارداد که طلبکار و بدهکار باید بر تغییر موضوع یا سبب تعهد تراضی نمایند و زمانی که تبدیلی تعهد به تغییر مدیون می انجامد و شخص ثالثی طرف قرارداد بجای متعهد می شود و قراردادی سه پایه ایجاد می شود باید بر مبنای تراضی باشد و تبدیل تعهد مشروط به نفوذ این قرارداد است پس شرط اساسی اینست که دوطرف معامله باید قاصد بر تغییر و تراضی باشند و اهلیت تصرف در تعهد و پذیرش حقی را که دارا می شوند باید داشته باشند (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱) و موضوع تعهد موجود و مشروع و قابل تصرف باشد و دو موضوع جداگانه و موجود باهم نمی توانند مبادله شوند و در این تحول هیچ گاه بیش از یک تعهد وجود ندارد به بیان دیگر هیچ کس تبدیل تعهد را به مبادله تعهد موجود و سابق تعریف نکرده است (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱)

۲-۲-۵-۵- آثار تبدیل تعهد:

تبدیل تعهد آثاری دارد که اعم آن سقوط تعهد سابق و سقوط تضمینات تعهد سابق می باشد که در اثر تبدیل تعهد، تعهد سابق ساقط می شود و آثار آن خاتمه پیدامی کند و آثار تعهد جدید که ملحق به تعهد اولیه است شروع می شود، بنابراین هرگاه پولی در حساب جاری بانک باشد و آنرا به حساب پس انداز یا سرمایه گذاری منتقل کنند بانک سود می پردازد، و در اثر تبدیل تعهد مرور زمان جدیدی از ابتدای تاریخ تبدیل تعهد ایجاد می شود.

و همچنین ق.م. در م ۲۹۳ خود تضمینات تعهد مزبور که جنبه تبعی و فرعی نسبت به آن دارد نیز از بین می رود و به دین جدید که ایجاد شده ملحق نمی شود ولی طرفین می توانند در تعهد جدید هر شرط و تضمینی می توانند درج نمایند که ایجاد تعهد می کند.

همانگونه که بیان شده که در تبدیل تعهد سه رویداد رخ می دهد :

۱. سقوط تعهد اصلی

۲. ایجاد تعهد جانشین

۳. پیوند سقوط و ایجاد تعهد و ادغام آن دو در عمل حقوقی

که هر یک از این سه عمل آثار خاص مربوط به خود را دارد که در عمل حقوقی مرکب جمع شده اند (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱)

۱. سقوط تعهد سابق

۲. زوال تضمینات و فروع تعهد سابق

۳. پیدایش تعهد جدید

۴. اثبات تبدیل تعهد احراز قصد طرفین

در باره شمول حکم ماده ۲۹۳ ق.م. بر انتقال دین و طلب اختلاف می باشد بعضی (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱) گفته اند که این حکم مخصوص تبدیل تعهد به معنی خاص می باشد یعنی زمانی که در آن تعهد پیشین ساقط شده و دین جدیدی به جای آن قرار می گیرد ولی توابع و امتیازات دین سابق باقی می ماند، بعضی دیگر از ظاهر بند ۲ و ۳ م ۲۹۲ ق.م. که انتقال دین

وطلب را نوعی تبدیل تعهد دانسته و م ۲۹۳ق.م. را در انتقال تعهد براساس قاعده فقهی «اذا سقط الاصل سقط الفرع» باسقوط اصل، فرع نیز از بین می رود (کاملترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، ۱۳۹۱)، نیز قابل اجراء می داند در واقع با تنظیم قرارداد ثانوی بین متعاملین موجب سقوط شرط مندرج در قرارداد اولیه در مورد وجه الترام نیز می باشد (کاملترین مجموعه محشی حقوق مدنی ایران، ۱۳۹۱).

در واقع تبدیل تعهد یک جریان و تحوّل است از دو نظر، به بیان دیگر نظریه انتقال دین و طلب همان اندیشه تکامل یافته تبدیل تعهد است و همانگونه که در بسیاری از نظامهای حقوقی از جمله آلمان انتقال دین بجای تبدیل تعهد قرار گرفته و در اصل آنچه در گذر از ذمه مدیونی به مدیون دیگر یا از ملکیت طلبکاری به طلبکار دیگر باقی می ماند اصل تعهد است (حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ۱۳۹۱) و بنای تضمینات و توابع به تراضی طرفین بستگی دارد همانگونه که در م ۲۹۳ق.م. ابراز داشته «در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین معامله صراحتاً شرط کرده باشند» گردد.

۳. نتیجه گیری

ایجاد مطالبات معوق بانکها در تمامی کشورها امری طبیعی و عادی است، ولی عوامل عدم موفقیت راهکارهای پیشنهادی از سوی محققین در خصوص عدم وفای به عهد در ایران بیشتر متوجه بی توجهی به علل و آثار تأخیر در تأدیه دیون و یکسان انگاری همه تأخیر کنندگان در پرداخت است، وعدهای به افراط گمان می کنند هر تأخیر کننده ای متخلف و کلاهبردار است و در نتیجه، پیشنهاد می کنند از هر راه قانونی متخلف مجازات شود و گروهی به تفریط گمان می کنند همه تأخیر کنندگان ناتوان و ورشکسته اند که نه تنها نیازی به گرفتن خسارت تأخیر تأدیه نیست، بلکه اگر از اصل بدهی نیز صرف نظر شود بهتر و مبرهن است که راهکارهای این گونه، بر مشکلات موجود می افزاید.

در بدو امر باید با ایجاد ترغیب در متعهدین به ایفاء تعهدات، بایستی سرلوحه کاری متصدیان امور وصول مطالبات بانکها قرار گیرد که اولاً مسیر یا طولانی صدور و پیگیری اجرائیه در اداره ثبت یا از طریق محاکم را نداشته باشد و مردم بدانند که در صورت عدم ایفای به عهد از هرگونه حقوق اجتماعی محروم می شوند

ثانیاً با بازداشت اموال و املاک متعهدین نه تنها اثرات عدیده ای روی خانواده متعهدین و در نهایت جامعه خواهد داشت، و متعهدین له نیز با تعداد زیادی املاک و اموال تملیک شده که در مدت زمان نزدیک قابل تبدیل به پول نیستند مواجه می شوند.

الگوی اقتصاد اسلامی اسلامی یک ابزار بارزش است که می تواند نه فقط برای کشورهای اسلامی که برای تمامی کشورها اگر به طور کامل و نه اسمی و صوری بکار گرفته شود منافع زیادی ایجاد کند، و در چپهای به سوی توسعه است برخلاف کشورهای غربی که توسعه را فقط مادی می دانند توسعه اخلاقی و معنوی را مدنظر قرار داده و در نهایت منجر به تجربه رشد در زمینه های فقر، نابرابری در کشورهای کمتر توسعه یافته شود.

و با اجرای درست آن و رفع اشکالات و بروز کردن با عنایت به فقه پویایی که اسلام از آن بهره مند است که همیشه می تواند بروز باشد، و هدف آن رسیدن به عدالت اجتماعی و اقتصادی و احکام معاملات است باعث توسعه اقتصادی جامعه اسلامی می شود و با استفاده از احکام نجات بخش اسلام که مثل روحی در کالبد بی جان است و با رعایت قوانین اسلامی می توان از یک طرف به آسان و روان شدن معاملات می انجامد.

و از طرف دیگر باعث کاهش هزینه های قراردادهای واقعی تر شدن آنها می شود. البته در جاهایی که ظاهراً بعضی مشکلات شرعی مشاهده یا از عملیات بانکی استنتاج می شود علما و فقها معزز می توانند نسبت به تغییر احکام و تبیین زمانی آن بنا بر ضرورت و حاجت از باب اصل «الضرورات تبيح المحظورات» اقدام مقتضی بر اساس مصالح مسلمین به عمل آورند که در مقاله به تفصیل بیان شده است. و این تغییر در فتاوی و احکام، موجب تغییر در نصوص قرآن و حدیث نیست که این تغییر باعث خروج از اسلام می شود اما این تغییر در واقعیتها واقع می شود و بر آن نص منطبق می شود.

به علت اینکه ماهیت اقتصاد اسلامی بسیار انعطاف پذیر می باشد این مسئله برای کاهش ریسک بسیار مناسب است و نظام امنیت اجتماعی را برای کارایی تقسیم ریسک بالایی برد و مردم بتوانند نظام اسلامی را از خود بدانند، و میان تقسیم ریسک و محرک های فردی ارتباط وجود داشته باشد.

به گونه ای که اگر امروز توده مردم از جامعه منتفع می شوند فردا خود را ملزم به وفای به عهد بدانند و درآمد خود را از حاکم اسلامی پنهان نکنند و حکومت اسلامی نیز در جای خود از آنها حمایت کند و در نتیجه باعث کارایی ثبات اقتصادی، پایداری مالی، ریسک پذیری، مشارکت عمومی و رشد اقتصادی بالا و بطور کلی اثرات مثبت بسیار زیادی بر توسعه جامعه اسلامی می گذارد. و حکومت اسلامی از اموال فردی و اجتماعی و ملی در برابر بهره برداری نابجا و غارت آنها به عناوین مختلف محافظت بعمل آید. و ضمن هوشیاری در روابط اقتصادی که وارد آن می شوند این اموال را معطل هم نگذارند و اقتصاد اسلامی اقتضاء دارد که قواعد توزیع و عدالت در آن در هر زمان و مکان رعایت شده و ثابت و صالح باشد و توازن اجتماعی نهادینه شود و در جای بهینه استفاده کنند.

همچنین در خصوص خسارات احتمالی ناشی از عدم اجراء قرارداد نیز باید گفت مساله مربوط به مسئولیت مدنی بوده باید از مبانی و ضوابط آن برای جبران خسارت استفاده نمود

و طواری دادرسی و طولانی بودن زمان رسیدگی به اجرای اسناد و قراردادها به علت هزینه بر بودن آن باعث ضرر دائن می باشد بنابراین طلبکاری که سند قابل اجراء در اختیار دارد نفعی در اقامه دعوی ندارد و در حقیقت به حقیقت از راه نزدیک نرسیده و تمامی این عوامل و روشها مستقیماً با اصل آزادی اراده طرفین کنترل می شود

البته اجراء اسناد رسمی با وجود جریانهای دعاوی ابطال عملیات اجرایی در دادگاه از یکطرف و اعاده عملیات مذکور با مدّ نظر قرارداد دعاوی افلاس برای اشخاص حقیقی و دعاوی ورشکستگی برای اشخاص حقوقی کار معقولی به نظر نمی رسد چون اصل اجرای اسناد رسمی بمنظور استفاده از مزایای سند رسمی بدون حکم دادگاه است و اگر طول مدت اجراء اسناد مساویا بیشتر از طول مدت رسیدگی به دعاوی باشد نقض غرض می باشد.

بنابر این یکی از راهکارهایی که بانکها و موسسات مالی در اسناد قابل اجراء در اختیار دارد تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهد یا متعهد به است که در صورت آسیب شناسی صحیح می تواند به نوعی قسمتی از مطالبات بانک ها را تعیین و تکلیف نماید چون بانک ها در عمل نفع آن چنانی در اقامه دعوا ندارند و در حقیقت به حقیقت از راه نزدیک نرسیده و در هر صورت باعث ضرر می باشد و تمامی این عوامل و روشها مستقیماً با اصل آزادی اراده طرفین کنترل می شوند و انتخاب شیوه حل اختلاف از طرفین قرارداد و تصمیم در خصوص چگونگی حل اختلاف و کنار نهادن آئین دادرسی سخت گیرانه و خشک حقوق داخلی است.

مراجع

۱. قرآن کریم.
۲. اربابی، محمدرضا، جعفریغمانیان (۱۳۸۹). تجارت بین الملل مبتنی بر اعتبارات اسنادی، چاپ اول، تهران، انتشارات قرارگاه سازندگی خاتم الانبیاء (نوح) (ع).
۳. الماسی، نجادعلی، (۱۳۸۴). تعارض قوانین، چاپ اول. تهران، انتشارات مرکز نشر دانشگاهی
۴. امیری قائم مقامی، عبدالمجید. (۱۳۵۲). حقوق تعهدات، نظریه کلی تعهدات قانون مدنی، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۵. اولیویه، کاشار. (۱۳۹۰). حقوق تجارت بین الملل، ترجمه رسول رضایی، انتشارات مهر و ماه نو، چاپ اول، تهران.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸). دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- زمانی فراهانی، مجتبی. (۱۳۷۹). اعتبارات اسنادی و مسائل بانکی، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت چاپ خواجه. ۷.
- زمانی فراهانی، مجتبی. (۱۳۸۷). بانکداری خارجی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات ترمه ۸.

۹. زمانی فراهانی، مجتبی. (۱۳۸۷) بانکداری خارجی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات ترمه .
۱۰. زمانی فراهانی، مجتبی. (۱۳۸۸). اعتبارات اسنادی بازرگانی، چاپ اول، تهران انتشارات ترمه.
۱۱. ستوده نهرانی، حسن. (۱۳۷۱). حقوق تجارت، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات دادگستر.
۱۲. شیرودی، عبدالحسین. (۱۳۷۸). تنظیم قرارداد داورى با توجه به قانون داورى تجارى بين المللى ايران، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
۱۳. شیروى، عبدالحسین. (۱۳۸۹). حقوق تجارت بين الملل، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
۱۴. علیزاده، مسعود. (۱۳۹۱). گام به گام با اعتبارات اسنادی، چاپ ۴، تهران، انتشارات جنگل
۱۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، انتشارات انتشار
۱۶. سنهورى، عبدالرزاق احمد، (۱۳۷۲). انتقال وسقوط تعهد، مترجمين عليرضا امينى، محمدحسين دانش کيا، منصور امينى تهران، انتشارات ترجمه ونشر
۱۷. موسسه بين المللى يکنواخت کردن حقوق خصوصى، (۱۳۸۵)، اصول قراردادهاى تجارى بين المللى، ترجمه بهروز اخلاقى وغيره، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهشهاى حقوقى شهر دانش
۱۸. کارخیزان، محمدحسین، (۱۳۹۱)، کاملترین محشی حقوق مدنی ایران، ج ۲، تهران، انتشارات راه نوین.
۱۹. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات میزان.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، دوره حقوق مدنی الزامهای خارج از قرارداد، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۲. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، (۱۳۹۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، تهران، انتشارات گنج دانش.

The jurisprudence and legal examination with a new approach to pledge Conversion with comparative study

Nasser Delgoshamehr

MA student of Islamic Azad University of Tehran research and science branch

delgoshamehr@gmail.com

Ozra hasanzadeh dizaji

MA student of Islamic Azad University of Mashhad branch;

ozra.hasanzadeh@gmail.com

Abstract. One of the problems in different countries including Iran is pledge Conversion and this leads to the loss of people. If this process is not resolved via trust and negotiation, two parties refer to legal courts and this increases the legal cases and costly operation, legal procedure , different social problems, property loss that are sold by paltry price in the bids and this is not compensated sometimes. This study evaluates promise fulfillment from jurisprudence and legal aspects and its effect is explained in the sustainable development of Islamic community. in this paper is the first study of nature Thdrvshn and legal jurisprudence and comparative Bamtalh Finally, its pathology explained.

Keywords: pledge Conversion, Islamic community, Pathology, Sustainable development