

قرارداد ضمان معلق

علی رضا باریکلو*

قرارداد ضمان ممکن است معلق یا منجز منعقد گردد. قرارداد ضمان معلق نیز ممکن است معلق بر شرایط صحت ضمان یا معلق بر غیر شرایط صحت عقد، منعقد شود. ماده ۶۹۹ قانون مدنی، قرارداد ضمان معلق بر غیر شرایط صحت را باطل دانسته است. اما ماده ۷۰۰ قانون مدنی، قرارداد ضمان معلق بر شرایط صحت را ظاهراً نافذ اعلام کرده است.

قرارداد ضمان منجز نیز ممکن است، اجرای قرارداد یا پرداخت دین، معلق گردد. ماده ۶۹۹ چنین تعلیقی را نافذ دانسته است. ممکن است، اثر عقد ضمان، در قالب شرط نتیجه معلق در ضمن عقد لازم دیگری درج شود.

در این نوشتار، مبنای نظری و ماهیت حقوقی این نوع قرارداد، مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: قرارداد، ضمان، معلق.

مقدمه

رواج و گسترش روزافزون معاملات اعتباری، اهمیت قرارداد تضمینی را بیشتر تر نموده است. علاوه بر قرارداد اعتباری، اهمیت و نقش قرارداد ضمان، در قراردادهای مستمر بر کسی پوشیده نیست. از طرف دیگر، قرارداد ضمان رایج در عرف بازار ایران، با عقد ضمان قانون مدنی متفاوت است. لذا با توجه به گسترش معاملات و قرارداد تضمینی و اختلاف قرارداد عرفی با قرارداد مذکور، قرائن داد ضمان معلق، مورد بررسی قرار می‌گیرد. قانون مدنی در ماده ۱۸۹ عقد معلق را تلویحاً پذیرفته است (امامی، ۱۳۷۱ - ۱۳۷۰، ص ۷۵؛ شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۷۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ص ۱۶۱؛ امامی، ۱۳۶۸، ص ۱۶۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۵۱). لیکن در مورد عقد ضمان، عقد ضمان معلق را باطل اعلام کرده است. هر چند قانون مدنی در صدر ماده ۶۹۹ عقد ضمان معلق را باطل اعلام کرده است، لیکن در ذیل همان ماده، عقد ضمان منجزی را که پرداخت دین آن معلق باشد، نافذ دانسته است. در ماده ۷۰۰ قانون مدنی نیز تعلیق عقد ضمان به وجود شرایط صحت آن، نافذ اعلام شده است. در ماده ۷۲۳ نیز شرط اثر عقد ضمان در قالب شرط نتیجه معلق در ضمن عقد لازم دیگری، صحیح اعلام شده است. بنابراین، با توجه به مواد قانون مذکور و رواج عقد ضمان توثیقی در عرف بازار، بررسی وضعیت حقوقی قرارداد ضمان معلق، خالی از فایده نیست. لذا در این نوشتار، تلاش می‌شود، صور مختلف عقد ضمان معلق مورد بررسی قرار گیرد، تا مبنا و ماهیت هر یک از آن روشن گردد.

۱) عقد ضمان معلق

همان‌گونه که بیان شد، هر چند قانون مدنی عقد معلق را پذیرفته و آن را تلویحاً صحیح و نافذ دانسته است، اما در باب عقد ضمان، حکم به بطلان عقد ضمان معلق نموده است. منظور از عقد ضمان معلق، عقد ضمانی است که علی‌رغم وجود تمام شرایط عام و خاص صحت عقد ضمان، تأثیر عقد منوط و متوقف بر وقوع امری دیگری

شده است.

ماده ۶۹۹ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد:

تعلیق در ضمان مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است...

در این ماده به عنوان مثال (معلق علیه) عدم پرداخت مدیون بیان شده است. روشن است که عدم پرداخت مدیون، شرط صحت عقد ضمان نیست، ولی طرفین قرارداد، تأثیر عقد ضمان را منوط به تحقق آن نموده‌اند و قانون مدنی نیز حکم به بطلان چنین عقدی نموده است. از آنجایی که حکم عقد ضمان معلق در قانون صریحاً بیان شده است، آنچه که بررسی آن مهم است، مبنای بطلان عقد ضمان معلق است. به عبارت دیگر، با توجه به عقلانی بودن عقد معلق و پذیرش آن در قانون مدنی، چرا قانون مدنی در باب ضمان، حکم به بطلان عقد ضمان معلق کرده است؟ آیا این بطلان مخصوص عقد ضمان ناقل دین است، یا این که عقد ضمان توثیقی نیز با تعلیق، سازگاری ندارد و نهاد ضمان با تعلیق در تعارض است.

بعضی بطلان عقد ضمان معلق را بی دلیل و توجیه حقوقی دانسته و اظهار می‌دارند: بطلان عقد ضمان در قدیم بی دلیل بود، لیکن در عصر حاضر و اواخر قرن گذشته، بعضی از فیلسوف نمایان خواسته‌اند که اساس و مبنای علمی برای آن درست کنند و گفته‌اند که اولاً، تعلیق در انشاء محال است و چون ایجاب و قبول ظرف قصد انشاء طرفین است باید منجز باشد و اگر معلق باشد، تعلیق در انشاء است که محال است، چون انشاء ایجاد می‌باشد و ایجاد محال است معلق باشد، ایجاد یا هست یا نیست.

ثانیاً، تعلیق محال نیست که مشناً عبارت از همان اثر عقد ضمان می‌باشد، یعنی پرداخت دین از طرف ضمان که از آثار عقد ضمان است. پس تعلیق در پرداخت اشکال ندارد.» بعد در انتقاد از این مبنا معتقدند: «زهی پندار بیهوده، اگر ایجاد معلق محال است، موجود معلق هم محال است. ایجاد و موجود، علت و معلولند، اگر ایجاد تعلیق در علت باطل باشد، تعلیق در معلول نیز باطل خواهد بود. به همین دلیل بعضی از بزرگان گفته‌اند، تعلیق در پرداخت دین همان تعلیق در خود عقد ضمان است. به هر حال نظر

کسانی که عقد ضمان معلق را باطل می‌دانند، بی دلیل و مبناست و حق با کسانی است که عقد ضمان معلق را نافذ می‌دانند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۳۰۳).

این نظریه از جهاتی قابل تأمل است که به طور مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد. اولاً، در این نظریه بین انشاء و منشاء و اثر منشاء و اثر، اثر منشاء خلط شده است. چون نظریه مذکور منشاء را، عبارت از اثر عقد ضمان، یعنی تأدیه دین از جانب ضامن می‌داند. به عبارت دیگر، در هر عقدی یک انشاء وجود دارد که از آن گاهی تعبیر به عقد به معنای مصدری و انشائی و غالباً تعبیر به ایجاب و قبول می‌شود. یک منشاء وجود دارد که از آن تعبیر به ماهیت حقوقی یا عقد به معنای اسم مصدری می‌شود. یک اثر منشاء وجود دارد که از آن به عنوان آثار عقود نام برده می‌شود. مثلاً در عقد بیع که از لحاظ تئوری و نظری کاملاً مورد بررسی و دقت واقع شده است و هم از لحاظ عملی تمام افراد جامعه به نحوی آن را منعقد می‌نمایند، یک انشاء وجود دارد که ماده ۳۳۹ قانون مدنی می‌گوید: ایجاب و قبول، وسیله ایجاد عقد است و ماده ۱۹۱ می‌گوید: قصد انشاء طرفین، علت وجود عقد است. بعد از آن که قصد انشاء طرفین به عنوان ایجاب و قبول محقق شد، ماهیت حقوقی یا منشاء یا عقد به معنای اسم مصدری به وجود می‌آید، لذا ماده ۳۳۹ می‌گوید: «... بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود». عقد بیع مذکور در این ماده، نتیجه همکاری ایجاب و قبول یا محصول انشاء طرفین معامله می‌باشد. به عبارت دیگر، عقد بیع مذکور، همان منشاء یا ماهیت حقوقی است که از همکاری و تعامل انشاء بایع و انشاء مشتری که در قالب ایجاب و قبول صورت گرفته، به وجود آمده است. بعد از تحقق انشاء طرفین، منشاء یا ماهیت حقوقی به وجود می‌آید و بعد از تحقیق ماهیت حقوقی، آثاری بر آن ماهیت مترتب می‌گردد. ماده ۳۶۲ قانون مدنی که در مقام بیان آثار ماهیت حقوقی است، مذکور مقرر می‌دارد:

آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد، از قرار ذیل است:

۱- به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود.

۲-.....

۳- عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید.

۴. عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند.

بنابراین، آثار بیع صحیح یا منشاء یا ماهیت حقوقی که در ماده ۳۳۹ به وسیله ایجاب و قبول طرفین بیع ایجاد شده، در ماده ۳۶۲ قانون مدنی بیان گردیده است. پس خود عمل مادی تسلیم و پرداخت ثمن، از آثار منشاء و بیع نیست، بلکه از آثار تعهد ناشی از ماهیت حقوقی است. در عقد ضمان نیز، یک انشاء عقد وجود دارد که ضامن احتمالی، خطاب به طلب‌کار، انشاء و ایجاب می‌کند. در صورت قبول مخاطب ایجاب، انشاء او نیز محقق می‌گردد و با وجود انشاء طرفین (ایجاب و قبول ضامن) عقد ضمان محقق می‌گردد (ماده ۶۸۹ قانون مدنی). با تحقق قرارداد ضمان، بحث آثار عقد ضمان مطرح می‌شود که در ماده ۶۹۸ بیان شده است. اثر عقد ضمان در قانون مدنی ایران عبارت است از: نقل و انتقال دین از ذمه و دارایی مدیون اصلی به ضامن، در نتیجه ضامن متعهد و ملزم به پرداخت دین مذکور است. لذا باید بین انشاء ماهیت حقوقی و خود ماهیت حقوقی یا منشاء و تعهد ناشی از ماهیت حقوقی و انجام آن تعهد تفکیک قائل شد که در این نظریه بین آن‌ها خلط شده است.

ثانیاً، با توجه به این‌که قانون مدنی تعلیق در عقد ضمان را باطل دانسته ولی تعلیق در تأدیه را باطل ندانسته است، از صحت تعلیق در پرداخت، نمی‌توان حکم به صحت تعلیق در خود عقد نمود، زیرا در تعلیق در پرداخت، عقد مؤثر واقع شده و دین بر مبنای نقل ذمه از دارایی مدیون اصلی به دارایی ضامن منتقل شده است. اما ضامن، پرداخت دین را منوط به عدم تأدیه مدیون اصلی می‌نماید، بر خلاف ضمان معلق که تا حصول معلق علیه، عقد اثری نخواهد داشت. در ضمان معلق، ضامن احتمالی در صورت تحقق معلق علیه متعهد می‌شود و اگر معلق علیه، محقق نشود، ضامن، متعهد و ضامن نیست. اما در عقد ضمانی که پرداخت در آن معلق می‌شود، ضامن متعهد است، اجرای تعهد او، منوط به عدم اجرای تعهد از جانب متعهد اصلی است. بنابراین ملازمه‌ای بین تعلیق در اجراء و تعلیق در خود عقد نیست که از صحت اولی حکم به صحت دومی گردد. در صورتی هم که عقد ضمان بر مبنای توثیق باشد، در عقد ضمان توثیقی، معلق بودن اجرای تعهد ضامن به عدم پرداخت مضمون عنه، از آثار اقتضائی و ذاتی عقد است و

مضمون له، تا زمانی که مدیون اصلی از پرداخت دین خودداری نکند، حق رجوع به ضامن را ندارد.

ثالثاً، این نظریه با اثبات معلق بودن منشاء، انشاء معلق را نیز ممکن دانسته است. لیکن باید به این نکته توجه نمود که معلق بودن انشاء، امری ممکن است و محال نمی باشد. اما انشاء عبارت از فعل مادی است که دایره مدار آن، بین وجود و عدم وجود است. انشاء معلق هنوز وجود ندارد. بنابراین چگونه می توان از وضعیت عقد معلق بحث کرد که محصول و نتیجه انشاء می باشد. پس هر چند که انشاء معلق صرف، محال نیست، اما محال است که انشاء معلق باشد، ولی بتوان از وضعیت حقوقی عقد معلق بحث نمود. پس برای بحث از وضعیت عقد معلق، لازم است که انشاء آن منجز باشد تا بتوان بحث از وضعیت ماهیت انشائی و حقوقی نمود. در صورتی که انشاء معلق باشد، این بدان معناست که انشائی هنوز به وجود نیامده است و در این فرض، محال است که بتوان از وضعیت عقد معلق بحث کرد. بعضی دیگر، بطلان عقد معلق را صرفاً یک انگیزه سیاسی - قضائی می دانند و معتقدند:

از مثالی که در این ماده (۶۹۹ قانون مدنی) ذکر شده به خوبی بر می آید که علت بطلان تعلیق در عقد ضمان این است که تعلیق منجر به ضم ذمه می شود، زیرا در این صورت طلب کار باید نخست به مدیون رجوع کند و هرگاه مراجعه او به مدیون موجب وصول طلب نگردد، می تواند به ضامن رجوع کند و این امر چیزی جز ضم ذمه ضامن به مدیون نیست. بنابراین برای تحکیم نظریه نقل ذمه، قانون تصریح به بطلان تعلیق در ضمان کرده است (کاشانی، ۷۴ - ۱۳۷۳، ص ۲۱۰).

این مبنا و نظریه، برای توجیه علت بطلان عقد ضمان، موجه و کافی نیست، زیرا اولاً، اگر دلیل بطلان عقد ضمان معلق، قوت گرفتن نظریه نقل ذمه باشد، در این صورت بایستی پرداخت و ایفا معلق نیز باطل باشد، چون این تعلیق نیز موجب تقویت نظریه ضم ذمه به ذمه و سست شدن نظریه نقل ذمه به ذمه می شود، در حالی که قانونگذار، در یک ماده تعلیق در ضمان را باطل و تعلیق در ایفا و پرداخت دین را صحیح دانسته است.

ثانیاً، عقد معلق تا زمانی که معلق علیه آن حاصل نشود، تأثیری ندارد، بنابراین

پذیرش عقد ضمان معلق نه موجب تقویت ضم ذمه و نه باعث سست شدن نقل ذمه می شود، زیرا همان طوری که بیان خواهد شد، اهل تسنن که معتقد به ضم ذمه به ذمه در عقد ضمان هستند، هم عقد ضمان معلق را باطل می دانند. مضاف بر این که، در مورد ضم ذمه به ذمه هم دو نظریه مطرح است: یک نظریه، ضم ذمه به ذمه عرضی است، که بر مبنای این نظریه طلبکار حق مراجعه به مدیون و ضامن را در لحظه و زمان واحد دارد. نظریه دوم، ضم ذمه به ذمه طولی است، که طبق این نظریه، طلبکار در صورتی می تواند به ضامن مراجعه کند که به مدیون مراجعه نموده باشد و این دین را پرداخت نکرده باشد. ماده ۷۰۰ قانون مدنی از لحاظ آثار شبیه به ضم ذمه طولی است، اما از لحاظ ماهیت با آن متفاوت است.

بعضی دیگر، نظریه بطلان عقد معلق را نظر مشهور فقهای امامیه دانسته اند و معتقدند که چه بسا بشود گفت: دلیل آن این است که اجماعی در مورد این که تنجیز از شرایط عمومی قراردادها است وجود دارد، یا این که گفته شود، تعلیق با انشاء منافات دارد (طباطبائی یزدی، ۱۳۳۴، ص ۵۸۸). این نظریه نیز نمی تواند، مبنای بطلان عقد ضمان را توجیه نماید، زیرا که اجماع ادعایی در فقه مورد انکار بعضی قرار گرفته است. لذا این مسئله، از مسائل اختلافی فقه است و با وجود اختلاف، چگونه می توان ادعای اتفاق و اجماع کرد (حکیم، ۱۳۹۲، ص ۲۶۰).

علاوه بر این، قانون مدنی تنجیز را از شرایط عمومی قراردادها پذیرفته و عقد معلق را فی الجمله صحیح دانسته است. اما منافات تعلیق با انشاء، در صورتی است که تعلیق در انشاء باشد ولی اگر تعلیق در منشاء یا تأثیر عقد باشد چه دلیلی برای توجیه بطلان آن وجود دارد، مضاف بر این که، ظهور نظریه مشهور، بطلان تعلیق در منشاء است. بنابراین نظریه مذکور نیز نمی تواند بطلان عقد ضمان معلق را موجه کند. نظریه دیگر، معتقد است: بطلان عقد معلق صرفاً یک امر تشریفاتی است، برای احترام به نظر آن گروه از فقها که نقل ذمه را اثر ذاتی و مقتضای ذات عقد ضمان می دانند و الا از لحاظ رجوع به ضامن تفاوتی بین این دو تعلیق (تعلیق در عقد ضمان و تعلیق در پرداخت دین) وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۵۷).

تأملی که در این نظریه می‌توان نمود، این است که بر فرض پذیرش این‌که نقل ذمه از آثار ذاتی عقد ضمان است، عقد ضمان معلق منافاتی با این اثر نقل دین از دارایی مدیون به دارایی ضامن ندارد، چون عقد ضمان معلق هم در صورت تحقق معلق علیه، همان اثر عقد ضمان منجز را دارا می‌باشد. اختلاف عقد منجز و معلق، در نوع آثار نیست، بلکه در زمان تأثیرگذاری است. عقد منجز، فوراً بعد از انعقاد، مؤثر می‌شود، ولی عقد معلق، بعد از انعقاد تا زمان تحقق معلق علیه، تأثیری نخواهد داشت. در نتیجه، عقد ضمان معلق بر فرض صحت آن، منافاتی با نقل ذمه ندارد و با تحقق معلق علیه، دین از دارایی مدیون اصلی به دارایی ضامن منتقل می‌شود. اما آن قسمت از نظریه مذکور که آثار تعلیق در ضمان و تعلیق در عدم تأدیه را از لحاظ رجوع به ضامن یکسان می‌دانست، هر چند، در صورت تحقق معلق علیه اثر واحد است. اما برای بررسی ماهیت حقوقی، خود ماهیت را باید مورد بررسی قرار داد، نه آثار آن را، چون عقد ضمان معلق و عقد ضمان منجز که پرداخت و ایفا تعهد در آن معلق بر عدم تأدیه مدیون اصلی شده است، دو ماهیت است و از لحاظ آثار نیز متفاوت است، لیکن از لحاظ حق رجوع طلب‌کار به ضامن در صورت تحقق معلق علیه، مشترک می‌باشد. ولی وحدت حق رجوع به ضامن، موجب وحدت و یکسانی دو ماهیت نمی‌شود. در عقد ضمان معلق ضامن تا زمانی که معلق علیه محقق نشود، ضامن و متعهد نیست. اگر شرط و معلق علیه، تحقق یابد، او ضامن و متعهد می‌گردد و الا او متعهد به پرداخت دین نمی‌باشد. اما در ضمان منجز که پرداخت معلق شده، ضامن بعد از تحقق و انعقاد عقد ضمان، متعهد است، اما اجرای تعهد او منوط به عدم اجرای مدیون اصلی است. بنابراین، دو ماهیت از یک‌دیگر متمایز و جدا می‌باشند و هر یک دارای آثار خاص خود است. در فقه اهل سنت هم که نقل ذمه پذیرفته نشده و بر مبنای ضم ذمه است، درباره وضعیت عقد ضمان معلق اختلاف است. بیشتر آن را باطل می‌دانند. فقط فقه حنبلی عقد ضمان معلق را به طور مطلق، چه معلق و چه منجز، صحیح می‌داند. اما فقه شافعی، عقد ضمان معلق را باطل می‌داند. فقه حنفی شرط و معلق علیه را به دو نوع، شرط موافق عقد ضمان و شرط غیر موافق عقد ضمان، تقسیم کرده‌اند. اگر عقد ضمان، معلق به شرط موافق باشد صحیح است و اگر معلق بر

شرط غیر موافق^۱ باشد باطل است (الجزیری، بی تا، ص ۲۳۴).

بیشتر تحلیل‌ها، بر این مبنا صورت گرفت که نقل ذمه از آثار عقد ضمان است و برای حفظ این اثر، قانون عقد ضمان را باطل دانسته است. در حالی که در فقه عامه هم که ضم ذمه مشهور است، عقد ضمان معلق مورد اختلاف است و اکثراً عقد ضمان معلق را باطل می‌دانند. بنابراین نظریات مذکور نمی‌تواند مبنای بطلان عقد ضمان معلق باشد. آنچه در این مورد قوی به نظر می‌رسد، این است که خود نهاد عقد ضمان مورد بررسی قرار گیرد.

عقد ضمان از عقود تبعی و وابسته است. به این معنی که مثلاً بر خلاف عقد بیع که وجود آن مستقلاً مقصود طرفین است، عقد ضمان مستقلاً مقصود طرفین نیست. بلکه وجود عقد ضمان، تابع وجود دینی است که مضمون له بر ذمه مضمون عنه دارد. به این دلیل عقد ضمان را یک عقد تابع و وابسته تلقی می‌کنند. در صورت ائتفاء دین مذکور، عقد ضمان نیز منتفی می‌شود. از آن جهت که این دین معمولاً تا مدتی بر ذمه مدیون باقی می‌ماند، برای این‌که طلب‌کار از پرداخت دین مطمئن و آسوده خاطر شود، قانون‌گذار ضمان را به عنوان یک نهاد و عقد مطمئن کننده، پیش‌بینی کرده است. مقتضای تبعی بودن و مطمئن کننده و آرمبخش بودن عقد، این است که منجز باشد. چون عقد معلق تا زمان حصول معلق علیه بی‌تأثیر است و این منافات با حصول آرامش و اطمینان برای مضمون له دارد. از طرف دیگر عقد معلق تا زمانی که معلق علیه محقق نشود، وضعیت آن مورد تردید است، که این با تبعی بودن عقد ضمان منافات دارد. زیرا بر مبنای نقل نیز، اعتبار ضامن از مدیون در نزد طلب‌کار بیش‌تر است و این اعتبار برای او آرامش و توثیق بیش‌تری ایجاد می‌کند. بنابراین اثر اصلی عقد ضمان، حصول آرامش و اطمینان برای طلب‌کار است. بر مبنای ضم ذمه هم وقتی ضامن در کنار مدیون قرار گیرد، طلب‌کار از پرداخت طلب خود خاطر جمع‌تر و آسوده‌تر می‌شود، چون طلب‌کار حق مراجعه در استیفاء دین به دو نفر (مدیون و ضامن) را داراست و این موجب توثیق

۱. شرط غیر موافق یعنی هر شرطی که نوعاً وقوع آن در عقد ضمان مؤثر نیست، مثل این‌که ضامن بگوید: «اگر باران بیاید من ضامن هستم». شرط موافق شرطی است که نوعاً در وقوع عقد با در تسهیل پرداخت دین مؤثر است، مثل این‌که ضامن بگوید: «اگر مضمون مدیون باشد من ضامن او یا اگر مدیون مرد، من ضامنم».

بیشتر است. بر مبنای نقل نیز برای طلب‌کار ضامن معتبرتر از مضمون عنه است و می‌خواهد که با عقد ضمان، طلب خود را از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل کند تا از پرداخت آن مطمئن‌تر شود. زیرا در عقد ضمان نقلی نیز، هدف اصلی طلب‌کار که ذینفع اصلی قرار داد است توثیق پرداخت دین است. بنابراین بر مبنای نقل نیز، تعلیق با توثیق منافات دارد، زیرا وضعیت عقد ضمان معلق تا تحقق معلق علیه مشکوک است، در حالی که اقتضای قرارداد ضمان در این است که اثر آن منجز و فوری باشد.

در نتیجه، چون عقد ضمان یک قرارداد وابسته و تبعی است، تعلیق با فلسفه وجودی عقد ضمان منافات دارد. این منافات تعلیق با ضمان مخصوص عقد ضمان ناقلاً دین نیست، بلکه قرارداد ضمان توثیقی عرفی نیز با تعلیق سازگاری ندارد. لیکن اگر عقد ضمان فرضاً، یک عقد مستقل بود، تعلیق با آن منافاتی نداشت، چون وابسته به دین گذشته و محقق است، تعلیق با آن و فلسفه آن سازگاری ندارد. سیره عقلاً در عرف بازار ضمان، از قبیل ضمان حسن انجام کار یا شرکت در مناقصه یا مزایده و غیره که به صورت منجز واقع می‌شود و تعلیق در آن راهی ندارد نیز این تحلیل را تأیید می‌کند. چون همه این ضامن‌ها برای مضمون له آرامش‌آور است. تعلیق مانع آرامش طلب‌کار است. خلاصه عقد ضمان اعم از این‌که دارای اثر نقل ذمه به ذمه یا ضم به ذمه یا توثیقی باشد، اثر ذاتی آن توثیق و تأمین است و تعلیق با این تأمین سازگاری ندارد، بنابراین عقد ضمان معلق باطل است.

۲) عقد ضمان معلق به شرایط صحت

برای تحقق هر قراردادی وجود شرایطی لازم است که از آن به عنوان شرایط صحت عقد تعبیر می‌شود. در صورت تحقق این شرایط، عقد موجود می‌گردد و در صورت عدم تحقق آن، عقد محقق نخواهد شد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان عقد ضمان را معلق بر وجود شرایط صحت آن انشاء نموده؟ ماده ۷۰۰ قانون مدنی به این پرسش جواب مثبت داده و مقرر می‌دارد:

تعلیق ضمان به شرط صحت آن مثل این‌که ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون

باشد، من ضامنم، موجب بطلان آن نمی‌شود.

در این ماده همان‌گونه که روشن است، تعلیق عقد ضمان، به شرط وجود دین بر ذمه مدیون اصلی، موجب بطلان عقد نگشته و چنین تعلیقی، قرارداد را باطل نمی‌نماید. اکنون سؤال دیگری که مطرح می‌شود، این است که آیا تعلیق ضمان به سایر شرایط صحت آن، صحیح است. مثلاً اگر ضامن بگوید: «من ضامنم، اگر که قصد انشاء ضمان کنم». یا این‌که، دین، تنها شرطی است که می‌توان قرارداد ضمان را معلق بر وجود آن انشاء نمود؟ بعضی ذکر وجود دین را در ماده ۷۰۰ قانون مدنی از باب نمونه و تمثیل دانسته و معتقدند: «تعلیقی را که قانون مدنی موجب بطلان عقد می‌داند، در صورتی است که معلق علیه خارج از شرایط صحت عقد باشد و الا چنان‌که ماده ۷۰۰ قانون مدنی تصریح می‌نماید، تعلیق ضمان به شرایط صحت آن، باعث بطلان عقد ضمان نمی‌شود. فرقی نمی‌نماید شرایط صحت عقد که مورد تعلیق قرار می‌گیرد، از شرایط اساسی معامله باشد، مانند اهلیت و رضایت مضمون‌له و امثال آن، چنان‌که ضامن بگوید اگر دارای اهلیت باشم، ضامنم و یا از شرایط اختصاصی عقد ضمان باشد، مانند مدیونیت مضمون عنه که در مثال مذکور در ماده است» (امامی، ۱۳۷۳، ص ۲۵۵).

لیکن به نظر می‌رسد که تعلیق در سایر شرایط صحت عقد موجب بطلان عقد می‌گردد، زیرا برای این‌که عقدی محقق شود، باید وجود شرایط صحت آن برای طرفین معامله احراز شود، تا این‌که طرفین از حالت تردید خارج شوند و با قطعیت و جزم انشاء عقد نمایند. چون بعضی از شروط صحت معامله در حکم علت قرارداد می‌باشد که حتماً باید وجود آن برای طرفین احراز شود. مثلاً قصد انشاء معامله طرفین باید برای یک‌دیگر احراز شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۴۱). بنابراین به نظر می‌رسد که مثال مذکور در ماده ۷۰۰ قانون مدنی خاصیتی دارد که سایر شروط صحت قرارداد، فاقد این ویژگی می‌باشد. زیرا موضوع عقد ضمان، توثیق دین غیر است و ممکن است مدیون اصلی، در هنگام انعقاد قرارداد غایب باشد، قانون احراز. شرط وجود موضوع را از طریق تعلیق میسر کرده است. این معقول است که ضامن، تعهد خود را منوط به مدیون بودن مضمون عنه نماید، لیکن آیا معقول است، ضامن متعهد شدن خود را منوط به

وجود قصد انشاء کند. بنابراین به نظر می‌رسد که باید به بررسی ماهیت و نقشی که وجود دین در عقد ضمان ایفا می‌کند، پرداخت. ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرایط صحت معامله و قرارداد را، معین بودن مورد معامله بیان می‌کند. ماده ۲۱۶ نیز در تفسیر بند ۳ ماده ۱۹۰ مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». وجود دین، در عقد ضمان که مورد و موضوع عقد ضمان است، یکی از موارد خاص ماده ۲۱۶ است که علم اجمالی به وجود دین کافی است و لازم نیست که طرفین علم تفصیلی به وجود دین داشته باشند. ماده ۶۹۴ در این باره می‌گوید:

علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست، بنابراین، اگر کسی ضامن دین مشخصی بشود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است. لیکن ضمانت یکی از چندین دین بنحو تردید، باطل است. بدون تردید، منظور از علم در این ماده، علم تفصیلی و کامل است، نه علم اجمالی. بنابراین از آن جهت که علم تفصیلی به وجود دین، برای ضامن ضروری و لازم نیست و آن چه برای ضامن لازم است علم اجمالی است. این علم اجمالی یکی از طرق تحصیل آن، تعلیق عقد به وجود دین است. با تعلیق عقد ضمان به شرط وجود دین، برای ضامن علم حاصل می‌شود، که اگر مضمون عنه مدیون باشد، او ضامن و متعهد است. بنابراین ویژگی و امتیازی که معلق علیه مذکور بر سایر شروط معامله دارد در این است که وجود دین، موضوع عقد ضمان است و از طرف دیگر علم اجمالی به وجود آن کافی است، اما سایر شروط صحت عقد باید تفصیلاً برای طرفین معلوم باشد. پس مشکل می‌توان در غیر از مورد مثال ماده ۷۰۰ قانون مدنی، عقد ضمان معلق بر سایر شرایط صحت آن را، نافذ و صحیح دانست. هر چند که عبارت ماده ۷۰۰ قانون مدنی نارساست و ممکن است از کلمه «مثل» استفاده شود که تعلیق بر وجود دین، از برای تمثیل است. لیکن با توجه به امتیازی که مورد مثال با سایر شرایط صحت عقد دارد و آن کفایت علم اجمالی به آن است و تنها شرطی است در عقد ضمان که علم اجمالی به آن کافی است و بقیه شروط، علم تفصیلی به آن لازم است، نمی‌توان از ماده مذکور استفاده نمود که تعلیق عقد به

سایر شرایط نیز صحیح است، زیرا این شروط هر چند که از لحاظ تأثیر در وجود عقد، مثل مورد مثال از شرایط صحت عقد است، اما از لحاظ علم به آن، مثل مورد مثال نیست. در مورد مثال، علم اجمالی کافی است، اما در سایر شروط، علم اجمالی کفایت نمی‌کند و علم تفصیلی لازم است. بنابراین شروط صحت عقد ضمان، از لحاظ احراز مانند هم نمی‌باشند. در نتیجه حکم ماده ۷۰۰ قانون مدنی را نمی‌شود به سایر شروط صحت عقد تسری و تعمیم داد، مگر در مواردی که علم اجمالی به وجود شرط برای صحت عقد کافی باشد.

۳) تعلیق در ایفا و پرداخت دین

در این فرض، عقد ضمان، بوده و بر اقوال متفاوت: ضم ذمه یا نقل ذمه یا توثیق، مؤثر واقع شده و ضامن متعهد گردیده است، اما ایفا تعهد و پرداخت دین، منوط و معلق بر تحقق معلق علیه شده است، یعنی عدم تأدیه مدیون اصلی. قانون مدنی در قسمت دوم و ذیل ماده ۶۹۹ چنین تعلیقی را نافذ دانسته است: «... ولی التزام به تأدیه ممکن است، معلق باشد». پس هر چند که قانون مدنی عقد ضمان معلق را باطل دانسته است لیکن تعلیق در تأدیه و ایفا را نافذ و معتبر می‌داند. آنچه مهم است، تحلیل و بررسی این ماهیت حقوقی است، که آیا این ماهیت، با عقد ضمان معلق ماهیت واحدی است یا متفاوت؟ بعضی در تحلیل این ماهیت تعلیقی بیان می‌دارند:

در این فرض، تعلیقی که موجب بطلان ضمان باشد، موجود نشده است، ضمان در فرض اخیر، مانند ضمان در اعیان مضمون است که به ضمان ید تعبیر می‌شود، چنان‌که در غصب است که در نتیجه استیلا بر اموال غیر، ملزم می‌باشد عین مال را به صاحبش رد نماید و چنان‌چه تلف شود بدل آن را بدهد. ضمان غاصب به بدل، معلق بر تلف عین است. بعضی از حقوقیین، بر آنند که تعلیق در وفا، در حقیقت، تعلیق در ضمان است و قابل تفکیک از یکدیگر نمی‌باشد و نمی‌توان ضمان عقدی را بر ضمان ید قیاس نمود (امامی، ۱۳۷۳، ص ۲۵۵).

این تحلیل قابل تأمل است، چون همان‌گونه که از قول بعضی نقل می‌کنند، قیاس این

مورد با قیاس ضمان ناشی از غصب، قیاس مع الفارق است؛ زیرا اولاً، علت ضمان غاصب، استیلا بر مال غیر و علت تعهد ضامن، عقد ضمان است. در نتیجه مبنای مسئولیت در غاصب، غصب و در ضامن، قرارداد است و اختلاف مبنا موجب اختلاف تعهد می‌گردد، زیرا تعهد غاصب مطلق است لیکن تعهد ضامن مطلق نیست.

ثانیاً، در غصب نیز غاصب متعهد به دو تعهد نیست که یکی منجز و آن عبارت است از: رد خود عین و دیگری معلق و آن عبارت است از: رد و برگرداندن بدل عین به مالک. آنچه که غاصب متعهد است، تعهد واحد است که عبارت است از: برگرداندن عین به مالک آن، در صورتی که عین تلف شود، چون انجام خود تعهد (برگرداندن عین) امکان ندارد و غیر مقدور است، غاصب بدل تعهد خود را انجام می‌دهد. بنابراین تا وقت و زمان انجام تعهد، غاصب متعهد به رد عین است، منتهی در صورت تلف، چون انجام تعهد غیر مقدور شده است، بدل تعهد انجام می‌شود.

ثالثاً، بر فرض قبول و اغماض از دو اشکال مذکور در غصب، غاصب تا زمانی که عین موجود است، تعهدی به بازگرداندن و رد و بدل ندارد. اما در مورد بحث، به محض انعقاد عقد ضمان ضامن متعهد می‌شود، ولی اجرای تعهد، مثلاً معلق بر عدم پرداخت دین، از طرف مدیون اصلی است. در صورتی که بر فرض قبول تعهد دوگانه غاصب، او تا زمان تلف عین تعهدی به رد بدل آن ندارد و این همان ضمان معلق است که صدر ماده مذکور حکم به بطلان آن نموده است.

بعضی دیگر ماهیت عقد ضمان معلق را با این ماهیت تعلیقی یکسان دانسته و

معتقدند:

مفهوم التزام به تأدیه چیزی جز ضمان نیست، زیرا ضمان نیز بعهده گرفتن دین مدیون و التزام به تأدیه آن است. بنابراین، این سؤال مطرح می‌شود که چگونه قانون مدنی تعلیق در التزام را تجویز کرده است. می‌توان گفت عبارت ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی اجمال دارد، ولی قانون مدنی در ماده ۷۲۳ این اجمال را برطرف کرده و به بیان ماهیت التزام به تأدیه اقدام کرده است. بر طبق این ماده، ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود که در این صورت تعلیق به التزام مبطل عقد

نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید (کاشانی، ۱۳۷۴-۱۳۷۳، ص ۲۰۲).

این نظریه نیز قابل تأمل است، چون اولاً، ماده ۶۹۹ اجمال ندارد و ظهور آن غیر قابل انکار است. ثانیاً، ماهیت عقد ضمان معلق با ماهیت عقد ضمان پرداخت و ایفای معلق متفاوت است، چون در عقد ضمان معلق، در صورتی ضامن احتمالی، ضامن قطعی و متعهد حتمی می شود که معلق علیه تحقق یابد. بنابراین تا زمان تحقق معلق علیه، تعهد و ضمان ضامن، احتمالی است. اما در ضمان ایفای معلق، ضامن متعهد است، ولی اجرای تعهد معلق بر تحقق معلق علیه است. امروزه این تعلیق در اجرای قراردادهای بین المللی رایج است و کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ در ماده ۷۱ نیز این ماهیت را مورد پذیرش قرار داده است. ماده مذکور مقرر می دارد: «طرف قرارداد می تواند اجرای تعهد خود را معلق کند. اگر بعد از انعقاد قرارداد ثابت شود که طرف دیگر، یک قسمت عمده تعهد خود را اجرا نمی نماید».

در این فرض ماهیت حقوقی و عقد، منجز است، اما اجرا و ایفای تعهد، معلق است و بین این دو فرق بسیار است. ثالثاً، ماده ۷۲۳ قانون مدنی در مقام بیان شرط توثیق ضمن عقد، لازم است که جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد نه این که در مقام بیان و توضیح حکم ماده ۶۹۹ قانون مدنی باشد. بنابراین موضوع ماده ۷۲۳، شرط ضمن عقد و موضوع ماده ۶۹۹، عقد ضمان است.

قانون مدنی و علم حقوق بین شرط و عقد تفاوت قائل است و این دو از لحاظ ماهیت و موضوع یکسان نمی باشد، تا این که گفته شود ماده ۷۲۳ در مقام رفع اجمال از ماده ۶۹۹ قانون مدنی است؛ پس این دو ماده هر یک درباره یک ماهیت حقوقی خاص حکم می کند و درباره ماهیت واحد حکم نمی کند که یکی بیانگر دیگری باشد.

بعضی دیگر اختلاف این دو ماهیت را ظاهر و ساختگی دانسته و معتقدند: «قانونگذار در ماده ۶۹۹ بین دین و التزام به تأدیه تفاوت نهاده و مقرر داشته است که ایجاد اصل دین برای ضامن باید منجز انجام گیرد و انتقال آن از مدیون یا در هوا باقی نماند، ولی ضامن نیز مانند هر مدیون دیگر، می تواند التزام به تأدیه را معلق به شرایطی

کند، این تمهید به منظور احترام به عقیده گروهی از فقها است که نقل ذمه را مقتضای ذات ضمان و اثر جداناپذیر آن می‌دانند و گرنه از نظر رجوع ضامن تفاوتی بین این دو تعلیق وجود ندارد و اگر شرط تعلیق، رجوع طلبکار به مضمون عنه باشد، ضامن در صورتی طرف دعوی قرار می‌گیرد که طلبکار از وصول دین به وسیله مضمون عنه مأیوس شده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۵۷).

این تحلیل نیز با احکام ماده ۶۹۹ سازگاری ندارد، زیرا همان‌گونه که گذشت امروزه عقد معلق و ایفا معلق با هم تفاوت دارد و این دو از یک‌دیگر جدا و متمایز می‌باشد. در تعهدات، نهادی به عنوان تعلیق اجرای تعهد به وجود آمده است و این‌که از لحاظ آثار این دو یکسان می‌باشد، صرف وحدت اثر، موجب حکم به وحدت ماهیت نمی‌گردد. همان‌طوری که بیع، معاوضه عین و صلح بر عین، دارای اثر یکسان و مشترک می‌باشد اما از لحاظ ماهیت هر یک ماهیتی مستقل و تابع شرایط خاص خود می‌باشد. بنابراین، به نظر می‌رسد که این دو از لحاظ ماهیت تفاوتشان، منجز و معلق بودن است. در عقد ضمان معلق، تعلیق به خود عقد، تعلق گرفته است و تا زمانی که معلق علیه، محقق نشود ضامن احتمالی متعهد نمی‌شود، اما در عقد ضمان ایفا تعلیقی، عقد ضمان منجز است و متعهد شدن ضامن احتمالی نیست، بلکه قطعی است، اما اجرا و پرداخت، معلق بر عدم تأدیه مدیون اصلی است و از لحاظ سازگاری با وثیقه و تأمین بودن نهاد عقد ضمان، عقد ضمان مطلق با نهاد تأمین و توثیق منافات دارد، چون تا وقتی معلق علیه محقق نشده اثری بر عقد مترتب نیست. اما عقد ضمان ایفا تعلیقی با نهاد تأمین و توثیق منطبق و سازگار است، چون عقد مؤثر واقع شده است و ضامن متعهد است، اما اجرای تعهد معلق است. بنابراین، این دو از لحاظ اثر نیز متفاوت‌اند. این بر مبنای عقد ضمان ناقل دین است. اما در عقد ضمان توثیقی عرفی، معلق بودن اجرای تعهد ضامن به عدم پرداخت مدیون اصلی، از آثار ذات عقد ضمان عرفی است. مضمون له، بر مبنای ضمان عرفی، تا زمانی که به مضمون عنه مراجعه ننماید، حق رجوع به ضامن را ندارد زیرا عرفاً اجرای تعهد ضامن، منوط به عدم پرداخت مدیون است و این اثر اقتضائی عقد ضمان توثیقی رایج در عرف است. بنابراین در عقد ضمان رایج در عرف، این تعلیق، مقتضای

اثر ذات عقد ضمان است.

به عبارت دیگر، اثر عقد ضمان عرفی، ایجاد تعهد معلق برای ضامن است، به این بیان که تا زمانی که مضمون له به مدیون اصلی مراجعه نکند، حق مراجعه به ضامن را ندارد و در صورت رجوع، ضامن حق دارد از پرداخت دین خودداری نماید. در نتیجه این تعلیق مقتضای ضمان توثیقی عرفی است و قانون مدنی نیز چنین تعلیقی را در ضمان ناقل، نافذ دانسته است.

۴) توثیق دین به وسیله شرط نتیجه معلق

هر چند که ماده ۶۹۹ قانون مدنی عقد ضمان معلق را باطل اعلام نموده اما ماده ۷۲۳، توثیق دین به وسیله شرط نتیجه معلق را نافذ و معتبر اعلام کرده است (امامی، ۱۳۷۰ - ۱۳۷۱، ص ۷۷). ماده مذکور مقرر می‌دارد:

ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی، به تأدیه دین دیگری ملتزم شود، در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید.

هر چند بعضی حکم این ماده را مفسر و روشن کننده حکم ذیل ماده ۶۹۹ دانسته‌اند (کاشانی، ۱۳۷۳ - ۱۳۷۴، ص ۲۰۲). اما همان‌گونه که گذشت، ذیل ماده ۶۹۹ درباره تعلیق در ایفا و اجرای تعهد است، ولی حکم ماده ۷۲۳ در مورد اصل التزام معلق در قالب شرط نتیجه معلق در ضمن عقد لازم می‌باشد که حکم به صحت شرط نتیجه معلق، تضمین کننده دین، در ضمن عقد لازم کرده است. بنابراین به نظر می‌رسد این دو ماده ظاهراً با هم تعارض دارند، زیرا صدر ماده ۶۹۹ ضمان معلق را باطل ولی ماده ۷۲۳ شرط نتیجه معلق توثیقی را نافذ اعلام کرده است. لیکن با کمی دقت روشن می‌شود که این دو ماده بیانگر دو ماهیت حقوقی متفاوت می‌باشد. موضوع ماده ۶۹۹ عقد ضمان است که قانون تنجیز را شرط صحت عقد ضمان دانسته و حکم بر بطلان عقد ضمان معلق کرده است، اما موضوع ماده ۷۲۳ شرط نتیجه ضمن عقد لازم می‌باشد. واضح است که شرط دارای شرایطی و عقد هم دارای شرایطی است. قانون مدنی در دو

صورت شرط را مبطل عقد دانسته، که آن عبارت است از: شرط خلاف مقتضای ذات عقد و شرط مجهولی که جهل به آن باعث جهل به یکی از عوضین شود؛ شرط نتیجه معلق در ضمن عقد لازم از این موارد نیست. در سه صورت نیز حکم به بطلان شرط ضمن عقد نموده که عبارت است از: شرط نامشروع، شرط غیرمقدور و شرط لغو و بی فایده. شرط نتیجه معلق توثیق دین در ضمن عقد لازم از این سه مورد نیز نمی باشد. بنابراین اقتضای اصول و قواعد حقوقی صحت این شرط است.

ممکن است گفته شود که شرط نتیجه معلق توثیق کننده دین، از مصادیق شرط نامشروع است، زیرا ماده ۶۹۹، ضمان معلق را باطل و ممنوع اعلام کرده است و این ضمان، چه به صورت عقد معلق و چه به صورت شرط معلق محقق شود، ممنوع است. بنابراین شرط مقرر در ماده ۷۲۳ قانون مدنی، شرط نامشروع است که حکم آن در قانون روشن است. لیکن این استدلال، قابل تأمل است، زیرا: اولاً، از ماده ۶۹۹ نمی توان استفاده منع قانونی کرد، چون ماده مذکور در مقام بیان شرایط صحت عقد ضمان است و در مقام بیان تکالیف افراد نیست. ثانیاً، موضوع ماده ۶۹۹ عقد است و عقد از لحاظ ماهیت با شرط متفاوت است. بنابراین شرط ضمن عقد ماده ۷۲۳ مورد منع قانونی قرار نگرفته که شرط نامشروع تلقی شود، هرچند که عقد ضمان مطلق ممنوع باشد. شاید گفته شود که اگر تعلیق با عقد ضمان ناسازگار است، باید با شرط ضمان نیز ناسازگار باشد، چون در هر دو مورد، عقد و شرط، در صورت تعلیق اثر اصلی عقد و شرط بر آن مترتب نمی شود. بنابراین برای طلب کار چه در عقد ضمان معلق و چه در شرط نتیجه معلق، توثیق و اطمینان حاصل نشده است. پس همان طوری که عقد ضمان معلق باطل است، باید شرط نتیجه معلق نیز باطل باشد.

لیکن با دقت در نهاد عقد ضمان و شرط ضمان، فرق آن دو روشن می شود، در عقد ضمان، منظور و مقصود اصلی عبارت است از توثیق و تأمین پرداخت دین، که تعلیق با توجه به وابسته و تبعی بودن عقد ضمان، با آن سازگاری ندارد. اما در شرط ضمان معلق، هدف و مقصود اصلی طرفین از قرارداد، اثر ناشی از قرارداد و عقد لازمی است که شرط نتیجه ضمان عنوان یک مقصود جنبی و فرعی در ضمن آن قرار می گیرد. بنابراین، در

شرط نتیجه معلق در ضمن عقد لازم، مقصود اصلی طرفین تحقق اثر عقد لازم است و تحقق اثر شرط، یک مقصود فرعی است. پس در صورت عدم تحقق اثر مقصود اصلی، حکم به بطلان قرارداد می‌شود، اما در صورت عدم تحقق اثر فرعی مقصود، حکم به فسخ قراردادی می‌گردد، که این شرط در ضمن آن درج شده است. بنابراین از آن جهت که تعهد فرعی در ضمن تعهد اصلی درج شده است، در صورت عدم تحقق تعهد فرعی قانون حق فسخ قرارداد اصلی را به مشروط له اعطاء می‌نماید که خود این ضمانت اجرا اطمینان و آرامش برای طلب‌کار به وجود می‌آورد که او اطمینان دارد یا تعهد فرعی محقق می‌شود یا در صورت عدم تحقق آن، خود را از تعهد اصلی بری و آزاد می‌کند. بر خلاف عقد ضمان معلق که در صورت عدم تحقق معلق علیه، طلب‌کار هیچ اقدام حقوقی نمی‌تواند انجام دهد. بنابراین شرط ضمان معلق برای طلب‌کار آرامش و اطمینان می‌آورد و با نهاد ضمان منافات ندارد؛ اما عقد ضمان معلق تا زمان حصول معلق علیه اطمینانی برای طلب‌کار نمی‌آورد و با نهاد ضمان مغایر است. در صورتی که گفته شود، ماده ۷۲۳ ارتباطی به عقد ضمان ندارد و ناظر بر عقد لازم دیگری است. در پاسخ گفته می‌شود، آوردن چنین ماده‌ای در فصل مربوط به ضمان امری اتفاقی و بدون هدف خاص یا غیره، نیست (امامی، ۷۱-۱۳۷۰، ص ۷۸).

هر چند که مقصود ماده ۷۲۳ شرط نتیجه معلق است ولی با این شرط، اثر و نتیجه عقد ضمان، در ضمن عقد لازم شرط می‌شود. بنابراین، هر چند موضوع ماده ۷۲۳ شرط نتیجه ضمن عقد لازم دیگری غیر از عقد ضمان است، ولی چون نتیجه شروط در ضمن عقد، اثر عقد ضمان و توثیق دین است، نمی‌توان ماده مذکور را بی‌ارتباط با عقد ضمان تلقی نمود. لذا، در صورتی که طرفین در ضمن عقد دیگری، اثر عقد ضمان معلق را، در قالب شرط نتیجه معلق، شرط نمایند، چنین شرطی و توثیق دینی نافذ است و نمی‌توان از بطلان عقد ضمان، حکم به بطلان چنین شرطی نمود.

نتیجه

قرارداد توثیق دین، ممکن است معلق بر شرایط صحت آن یا معلق بر شرایطی غیر از شرایط صحت، منعقد گردد. اگر قرارداد توثیق معلق بر شرطی غیر از شرط صحت قرارداد منعقد شود، چنین قراردادی باطل است، زیرا ماهیت انشائی، اگر عقد ضمان قانون مدنی است، به استناد ماده ۶۶۹ باطل است. از لحاظ تحلیلی و نظری نیز چون عقد ضمان، یک عقد تبعی و وابسته است، باید منجر انشاء شود و تعلیق با نهاد تبعی و توثیقی منافات دارد.

اگر ماهیت انشائی، قرارداد ضمان و توثیق دین عرفی است، در این فرض نیز، سیره عقلا و عرف، بر این است که قرارداد توثیق منجز انشاء شود و تعلیق با نهاد توثیق سازگاری ندارد و از لحاظ عقلا معقول نیست که عقد ضمان معلق منعقد گردد. اگر قرارداد توثیق دین، معلق بر وجود شرایط صحت آن انشاء گردد، اعم از این که ماهیت انشائی، عقد ضمان قانون مدنی یا عقد ضمان و توثیق عرفی باشد، هر چند ماده ۷۰۰ قانون مدنی، تعلیق عقد ضمان، بر وجود شرایط صحت را ظاهراً نافذ دانسته است ولی این ماده ناظر بر شروطی است که علم اجمالی طرفین به وجود آن کافی است. مثال بارز این نوع شرط، وجود دین در عقد ضمان است، لیکن در مورد سایر شرایط صحت قرارداد، که طرفین باید علم تفصیلی به وجود آن داشته باشند، نمی توان قرارداد معلق را بر وجود این گونه شروط، انشاء نمود بلکه قبل از انشاء قرارداد باید این شروط احراز گردد.

ممکن است قرارداد توثیق منجز منعقد شود، لیکن اجرای تعهد ناشی از آن، معلق بر عدم پرداخت مدیون اصلی گردد، در این صورت، اگر ماهیت انشائی، عقد ضمان قانون مدنی است، طبق ماده ۶۹۹ چنین تعلیقی نافذ است و از لحاظ نظری نیز، این تعلیق، تعلیق عقد محسوب نمی شود. اگر ماهیت انشائی، عقد ضمان و توثیقی عرفی است، این شرط نه تنها با قرارداد منافات ندارد، بلکه از آثار مقتضای ذات عقد ضمان عرفی است. یعنی در ضمان عرفی، ولو شرط رجوع به مدیون نشود، تا زمانی که طلبکار به مدیون مراجعه ننماید، حق رجوع به ضمان را ندارد.

در صورتی که اثر عقد ضمان، در قالب شروط نتیجه معلق، به صورت ضمن عقد لازم درج گردد، این شرط مطابق قواعد و اصول حقوقی نافذ است و ماده ۷۲۳ نیز چنین شرطی را نافذ دانسته است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

مآخذ

- ۱- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، قسم معاملات (چاپ هفتم: بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ ه.ق).
- ۲- امامی، اسد...، جزوه پلی کیبی مدنی ۷، مجتمع آموزش عالی قم، ۷۱-۱۳۷۰.
- ۳- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی (چاپ دهم: تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۳) ج ۲.
- ۴- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی (چاپ هشتم: تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۸) ج ۱.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد ضمان (تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۵۲).
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات (قم، انتشارات مدرسه عالی امور قضایی و اداری، ۱۳۵۴) ج ۱.
- ۷- حکمی، آیت... سیدحسن، مستمسک العروة الوثقی (چاپ سوم: نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۲ ه.ق) ج ۳.
- ۸- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات (تهران، نشر حقوقدانان، ۱۳۷۷) ج ۱.
- ۹- طباطبائی یزدی، آیت... سیدمحمدکاظم، عروة الوثقی (نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۴۲ ه.ق) ج ۲.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، عقد معین (چاپ دوم: تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا انتشارات مدرس، ۱۳۷۶) ج ۴.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (چاپ دوم: تهران، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۲) ج ۱.
- ۱۲- کاشانی، سید محمود، جزوه پلی کیبی مدنی ۷، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۷۳-۷۴.