

تعهد به فعل ثالث

دکتر محسن ایزانلو *

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

چکیده:

در حالی که در نگاه کلاسیک، قلمرو نهاد تعهد به فعل ثالث به تحصیل اجازه اصیل در معامله فضولی یا انعقاد یک عمل حقوقی محدود است، دیدگاه نوین در زمینه وثیقه‌های شخصی، به ویژه در قلمرو تجارت از این نهاد و نهادهای مشابه آن جهت افزایش شمار وثیقه‌های شخصی استفاده می‌کند. برخی حقوق‌دانان ایرانی نیز، پیشتر، برای غلبه بر محدودیت‌های عقد ضمان، استفاده از این نهاد را به عنوان وثیقه شخصی پیشنهاد کرده‌اند. از سوی دیگر درست به لحاظ ارتباط این عمل حقوقی با ثالث، اجرای تعهد متعهد و مسئولیت مدنی او، چه در قلمرو سنتی و چه در قلمرو نوین با ظرافتی همراه است که نیازمند مطالعه ویژه‌ای است. در این مقاله ضمن پرورش اندیشه استفاده از تعهد به فعل ثالث به عنوان وثیقه شخصی و ترسیم مرزهای میان ضمان و تعهد به فعل ثالث، مسئولیت مدنی متعهد در فروض گوناگون مورد مطالعه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی:

تعهد به فعل ثالث، تعهد به ضرر ثالث، معامله فضولی، تنفیذ، وثیقه شخصی، ضمان، حقوق بانکی، مسئولیت مدنی، ارث تعهد، از دست دادن شانس، شرط جایگزینی، عدم النفع.

گفتار اول - مفهوم و قلمرو تعهد به فعل ثالث

بند اول - مفهوم تعهد به فعل ثالث

۱- تعهد به فعل ثالث (La promesse de porte-fort) در معنای موسع خود عبارتست از تعهد «الف» (متعهد) در برابر «ب» (متعهد له) به اینکه «ج» (ثالث) عملی را (اعم از مثبت یا منفی) انجام خواهد داد. به عنوان مثال، من به شما وعده می‌دهم که «ج» مبلغ معینی پول به شما پرداخت خواهد کرد و متعهد می‌شوم که «ج» را به انجام این کار وادارم. این تعهد برای من جنبه شخصی دارد به این معنا که ثالث را، در صورتی که از قبل به موجب قانون یا قرارداد متعهد نبوده باشد، پای‌بند نمی‌کند و او حق دارد که به‌رغم وعده‌ای بر تحقق فعل او داده شده است آن را انجام دهد یا نه. این اثر طبیعی اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ق.مدنی) است.

به این ترتیب، «تعهد به فعل ثالث» را نباید با «تعهد به ضرر ثالث» یکی انگاشت (در حقوق فرانسه برای تعهد به ضرر ثالث از اصطلاح «وعده برای دیگری» (Promesse pour autrui) استفاده می‌شود. این اصطلاح در برابر «تعهد به نفع ثالث» (Stipulation pour autrui) قرار می‌گیرد. «وعده برای دیگری» را نباید با «قرارداد برای دیگری» (Contrat pour autrui) خلط کرد. قرارداد برای دیگری، همان معامله فضولی برای غیر است که همانند حقوق ما پس از تنفیذ ثالث مؤثر می‌گردد. با وجود این، در حقوق فرانسه مرز دقیقی میان «وعده برای دیگری» و «قرارداد برای دیگری» (که معمولاً مجموعه‌ای از حقوق و تعهدات است) نگذارده‌اند و منظور از بطلان مطلق وعده برای دیگری در زبان آنها، حالتی است که ثالث این وعده را قبول نکرده باشد. بنابراین، وعده برای دیگری دست‌کم می‌تواند یک ایجاب به شمار آید. (Planiol et Ripert, 1952, t.6, No.48; Dekkers, 1955, t.2, No.150) (این نویسنده وعده برای دیگری را هم همانند قراردادی برای دیگری، با تنفیذ ثالث نافذ می‌داند)؛ (Marty et Raynaud, 1988, t.2, No. 275 et 276 et 2). در تعهد به ضرر ثالث دو طرف قرارداد التزامی را به عهده شخص ثالث می‌نهند و طبیعی است که چنین توافقی نامؤثر است. منتها تعهد به ضرر ثالث معمولاً با تعهد به فعل ثالث هم همراه است؛ بدین معنا که طرف قرارداد، اجرای تعهد توسط ثالث، را متعهد می‌شود. بدون شک تعهد به فعل ثالث ممکن است ضمنی باشد و برای مثال از وجه التزامی که در صورت عدم انجام فعل، توسط ثالث بر عهده طرف مقابل قرار خواهد گرفت، نتیجه شود (Demogue, 1933, t. 7, No. 898; Baudry - Lacantinrie et

Barde, 1908, t.12, No. 131)

اما آیا می‌توان پیشتر رفت و در هر «تعهد به ضرر ثالث» وجود یک «تعهد به فعل ثالث» را مفروض انگاشت؟ در حقوق صورتگرای رم، پاسخ منفی بوده است و طرف قرارداد در صورتی متعهد می‌گشته است که به صراحت به تعهد شخصی خود اشاره کند. (Marcadé, 1892, t.4, No. 43, p. 383) در حقوق فرانسه برخی پاسخ مثبت داده‌اند (موافقان فرض تعهد به فعل ثالث: دمولومب، دوره قانون ناپلئون، ص ۲۱۷؛ لوران، اصول حقوق-حقوق مدنی، ج ۱۵، ص ۵۴۰؛ سالی، مطالعه‌ای بر نظریه عمومی تعهد، ۱۹۲۵، ص ۱۵۲، Cité par: Storck, 2003, n° 19) دیوان کشور فرانسه هم در برخی آرای خود از جمله رای مورخ ۲۸ دسامبر ۱۹۲۶ از این عقیده پیروی کرده است. (Loc.cit) مَرکده، از شارحان قانون مدنی فرانسه، اگر چه در نهایت مسأله را به واقعیات هر دعوا و اوضاع و احوال محیط بر آن احاله می‌دهد، به عنوان قاعده، فرض تعهد به فعل ثالث را می‌پذیرد: Marcadé, 1892, p. 385) و برای این «فرض تعهد به فعل ثالث» به ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی فرانسه استناد کرده‌اند. براساس این ماده، هر قرارداد باید در جهتی که مفید معنا و مؤثر باشد تفسیر گردد؛ اندیشه‌ای که به اصل صحت در حقوق ما نزدیک است. در واقع می‌توان گفت اصل صحت مقتضی آن است که هر تعهد به ضرر ثالث حاوی یک تعهد به فعل ثالث انگاشته شود؛ در غیر این صورت باید به بطلان تعهد نظر داد. اما با این عقیده مخالفت شده است (مخالفان فرض تعهد به فعل ثالث: Storck, Loc.cit; Marty et Raynaud, t.2, No. 467, note.2; Terré (et al), No. 276): براساس ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی فرانسه که حاوی اندیشه اصل برائت است، قرارداد در فرض تردید باید به نفع متعهد تفسیر گردد. به علاوه، همچنان که خواهیم گفت (ش ۲)، تعهد به ضرر ثالث اگرچه نامؤثر است، اما باطل هم نیست و دست‌کم می‌تواند یک ایجاب محسوب شود.

در فقه نیز هر دو احتمال مطرح شده است. سیدمحمدکاظم یزدی که بحث «التزام به فعل غیر» را به تفصیل در حاشیه مکاسب مطرح کرده است، پس از بیان این امر که موضوع شرط فعل می‌تواند انجام فعل از سوی شخص ثالث باشد و اینکه شخص ثالث به صرف این وعده متعهد نمی‌شود و الزام او متوقف بر قبولی او است، این پرسش را مطرح می‌کند که آیا در صورت عدم انجام شرط از سوی ثالث، مشروط له حق فسخ

دارد یا خیر. احتمال اول عدم وجود خیار تخلف از شرط است زیرا منظور از قرارداد این شرط، ایجاد التزام برای طرف قرارداد نبوده تا تخلف از آن خیار فسخ ایجاد کند. احتمال دوم وجود خیار تخلف از شرط است زیرا در هر مورد که شرط بر خارجی می‌شود، طرف قرارداد هم به نحوی ملتزم است. نویسنده در این قسمت هیچ‌یک از دو نظر را انتخاب نمی‌کند. اما در چند صفحه بعد، عقیده دوم را ترجیح می‌دهد و این مورد را با تعهد به نفع ثالث مقایسه می‌کند: همانگونه که در تعهد به نفع شخص ثالث، طرف قرارداد با این تعهد بیگانه نیست و همانند ثالث، مشروط له محسوب می‌شود، در تعهد ضرر ثالث هم، طرف قرارداد، مشروط علیه است (طباطبایی یزدی، ج ۲، ص ۱۰۸ و ۱۱۹).

به نظر می‌رسد که همین عقیده قابل دفاع است: در هر مورد که یکی از طرفین فعل شخص ثالثی را وعده داده است بدون آنکه صریحاً خود را نسبت به انجام آن عمل توسط ثالث متعهد کرده باشد، می‌توان براین اعتقاد بود که به طور ضمنی خود را به این امر ملزم ساخته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (ب)، ج ۳، ش ۵۶۴).

۲- در فرضی که طرفین قرارداد التزامی را به عهده ثالث نهاده‌اند، خواه این التزام با تعهد به فعل او همراه باشد یا نه، درباره ماهیت عمل حقوقی در رابطه با ثالث اختلاف نظر وجود دارد. نظر نسبتاً قدیمی آن است که آنچه در قرارداد آمده است نسبت به ثالث در حکم ایجاب است و با قبول ثالث، میان او و متعهدله قرارداد جدیدی منعقد می‌شود که با قرارداد اول از هر حیث (از حیث اطراف، تعهدات، زمان و مکان وقوع و...) متفاوت است. نتیجه این نظر آن است که متعهد له می‌تواند هر زمان قبل از قبولی، مطابق قواعد عمومی، از ایجاب خود رجوع کند. متعهد به فعل ثالث نیز می‌تواند با اقاله قرارداد (با توافق با متعهد له) از قبولی ثالث جلوگیری کند. قرارداد جدید نیز از زمانی واقع می‌شود که ثالث قبولی خود را اعلام می‌کند. (طرفداران این نظر در حقوق فرانسه: Baudry-Lacantinerie et Barde, 1908, t. 12, No.14; Demogue, 1933, t.7, No. 889).

منتها اینان از همه نتایج منطقی عقیده خود پیروی نکرده‌اند: در حالی که معتقد هستند که آنچه واقع شده، یک «ایجاب» است که با «قبول» ثالث، یک «عقد» را «ایجاد»

می‌کند و در نتیجه متعهدله می‌تواند قبل از قبولی ثالث، از ایجاب «رجوع» کند، اما از سوی دیگر برای تنفیذ (قبول) ثالث اثر قهرایی قایل شده‌اند و مرگ ثالث قبل از قبولی را باعث انتغای ایجاب ندانسته‌اند. (Demogne, op.et Loc.cit; Baudry – Lacantinerie, op.cit., n°.142-1) در حقوق مصر که از این عقیده پیروی شده است، برای قبولی اثر قهرایی قایل نشده‌اند: قرارداد میان متعهدله و ثالث از زمان قبولی ثالث ایجاد می‌شود و این قبول اثر قهرایی ندارد: (سنهوری، الوسیط، ج ۱، ش ۳۶۱).

گروهی دیگر آنچه را واقع شده است همانند قرارداد برای دیگری (معامله فضولی) می‌دانند که با تنفیذ او اعتبار کامل خود را بدست می‌آورد (در حقوق امروز فرانسه از این عقیده پیروی می‌شود. برای دیدن طرفداران این عقیده رک: Ripert et Boulanger, 1957, t. 2, No. 618, 621؛ منتها در حقوق این کشور در مورد وسعت اثر قهرایی تنفیذ اختلاف نظر وجود دارد؛ بدین توضیح که به عقیده برخی، تنفیذ معامله فضولی (Ratification)، همانند تأیید عقد قابل ابطال (Confirmation) تنها در رابطه بین طرفین قرارداد اثر قهرایی دارد و نسبت به اشخاص ثالث از روز تنفیذ موثر است و برای مثال اگر آن عمل حقوقی قانوناً باید به ثبت می‌رسیده و اعلان می‌شده است، اثر آن نسبت به اشخاص ثالث از تاریخ این اعلان رسمی است. به عبارت دیگر اثر قهرایی تنفیذ در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد (Opposable) نیست: (Planiol et Ripert, 1952, t.6, No. 51; Baudry – Lacantinerie et Barde, 1908, t.12, No. 141-2); Aubry et Rau, t.4, n°343bis در حقوق بلژیک: De page, 1964, n°.748 برعکس، برخی دیگر بر این عقیده‌اند که اثر قهرایی تنفیذ، برخلاف تأیید، تنها به رابطه طرفین محدود نمی‌شود و در برابر اشخاص ثالث هم قابل استناد است: (Boulanger, 1953, No. 30, 31; Ripert et Boulanger, 1957, t.2, No.622; Demogue, 1933, t.7, No. 893; Fortis, 1994, No. 29) فضولی در حقوق فرانسه را به معامله فضولی در حقوق ایران نزدیک می‌کند. با وجود این، حداقل دو تفاوت عمده میان معامله فضولی در حقوق این دو کشور باقی است: قلمروی معامله فضولی در حقوق فرانسه محدودتر است و شامل موردی که معامل فضولی، مال متعلق به دیگری را برای خود می‌فروشد نمی‌شود. دوم آنکه در حقوق ما معامله فضولی، غیرنافذ است اما در حقوق فرانسه چنین معامله‌ای معتبر ولی «غیرقابل استناد» در مقابل غیر (مالک) است: (Storck, 2003, No.25) در نتیجه، هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند از این تعهد رجوع کنند؛ تنفیذ نیز اثر قهرایی دارد و از هنگامی که تعهد واقع شده است اثرگذار است (همانند آنچه در حقوق ما می‌گذرد، در حقوق فرانسه هم در مورد مبنای اثر قهرایی تنفیذ مباحثات طولانی صورت گرفته و عقاید مختلفی ابراز گردیده است. اما بررسی این آراء از حوصله این مقاله بیرون است).

به نظر می‌رسد آن دسته از فقیهانی که تعهد به ضرر ثالث را مورد بحث قرار داده‌اند، نظریه پیشنهاد را پذیرفته‌اند: آنچه واقع شده در حکم «ایجاب» است که با «قبول» ثالث معتبر می‌گردد (رک. به طباطبایی یزدی، همان (از عبارت «الظاهر صحته مع فرض قبوله» روشن می‌گردد که آنچه واقع شده در حد یک ایجاب به شمار رفته است و نه به عنوان معامله فضولی). به ویژه در بحث از مزارعه، فقیهانی که شرط دادن بذر توسط ثالث را معتبر دانسته‌اند، از «معامله فضولی» و «اجازه ثالث» سخنی نرانده‌اند و تنها بر این اعتقاد هستند که در صورت «قبول» ثالث، عقد مزارعه مرکب از دو عقد خواهد بود (به عنوان نمونه، صاحب حدائق ایجاب مزارع را به دو ایجاب تحلیل کرده است: یکی برای طرف مزارعه (عامل) و دیگری برای ثالث (صاحب بذر) که با قبول او معتبر می‌شود: محقق بحرانی، ج ۲۱، ص ۳۲۴). با وجود این، «به نظر می‌رسد که شرط به ضرر ثالث در حکم فضولی است. زیرا اگر تصرف در مال بیگانه بتواند از سوی او تنفیذ شود (ماده ۲۴۷ ق.م.) چرا درباره ایجاب تعهد برای او باطل باشد یا پیشنهادی ساده فرض شود؟ نظریه «معامله فضولی» قاعده‌ای است که در عقد تملیکی و عهدی یکسان اجراء می‌شود و نباید آن را ویژه معامله تملیکی به مال غیر پنداشت» (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (ب)، ج ۳، ش ۵۶۴).

۳- در حقوق فرانسه، ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی نهاد تعهد به فعل ثالث را مطرح کرده است. لکن، به اشتباه آن را استثنایی بر اصل اثر سنی عقد دانسته است (Demogue, 1933, t.7, No. 881; De Page, 1964, t. 2, No. 731; Dekkers, 1955, t.2, No. 152) مدنی ایران بدون آنکه از این نهاد نامی ببرد، قاعده عمومی را در ماده ۲۳۴ (زیر عنوان شرط بر خارجی) مطرح کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (ب)، ش ۵۶۴؛ امامی، ج ۱، ص ۲۵۸، ۱۵۹ و ۲۹۳؛ صفایی). اما یکی از استادان مصادیق متعددی از این نهاد را در قانون مدنی و خارج از آن، نشان داده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (الف)، ش ۳۷۸ به بعد؛ ۱۳۷۶ (پ)، ش ۱۷۰ تا ۱۸۶ (در عقد ضمان)؛ ش ۲۷۸ به بعد (در عقد کفالت)؛ ۱۳۷۸، ج ۲، ش ۴۳۴ (در غصب)). در مباحث آینده به تحلیل ماهیت و آثار برخی از این مصادیق خواهیم پرداخت.

بند دوم- قلمرو تعهد به فعل ثالث

الف- دیدگاه کلاسیک

۴- مهمترین فرض کلاسیک تعهد به فعل ثالث، تعهد به تحصیل اجازه ثالث در عقد فضولی است به گونه‌ای که در اغلب دوره‌های عمومی تعهدات در حقوق فرانسه تقریباً تمام بحث تعهد به فعل ثالث بر سر مصادیق همین نوع تعهد است: شریک مال مشاعی تمام مال را رهن دین خود قرار می‌دهد و در برابر طرف قرارداد، تحصیل اجازه شریک خود را تعهد می‌کند (De Page, 1964, t. 2, No.728). آنچه گفته شد، ناظر به فرضی است که شریک تمام مال مشاع را به فروش می‌رساند. اما در صورتی که شریک بخواهد سهم خود از مال مشاع را به فروش برساند یا اجازه دهد، عقد صحیح است (مواد ۵۸۳ و ۴۷۵ قانون مدنی ایران). منتها تسلیم مبیع یا عین مستأجره باید با اذن شریک دیگر صورت گیرد (ماده ۴۷۵ همان قانون). از آنجا که از یک‌سو باع یا موجر (و نظایر اینها) تعهد تسلیم را برعهده دارد و از سوی دیگر تسلیم مبیع یا عین مستأجره باید با اذن شریک صورت گیرد، می‌توان نتیجه گرفت که فروشنده یا موجر متعهد به تحصیل اذن شریک جهت تسلیم موضوع عقد هستند و این امر لازمه تعهد تسلیم به شمار می‌رود. به این ترتیب، تعهد به تحصیل اذن شریک جهت تسلیم مال مشاع به طرف قرارداد هم یکی دیگر از مصادیق تعهد به فعل ثالث به شمار می‌رود؛ یا اینکه مال مشاع را به فروش می‌رساند و تنفیذ شریک را وعده می‌دهد (Starck, 1972, No. 2014). نماینده‌ای از حدود اختیار خود تجاوز می‌کند: وکیلی که در عقد وکالت متعهد شده است خانه‌ای را به قیمت صد میلیون تومان برای موکل خریداری کند، با اکازیونی روبه‌رو می‌شود که بهای آن ۱۲۰ میلیون تومان است. آپارتمان را به قیمت اخیر می‌خرد و در برابر فروشنده متعهد به تحصیل تنفیذ اصیل می‌شود (Flour et Aubert, 1991, No. 457). این نماینده ممکن است قانونی باشد: قیم برای فرار از تشریفات قانونی و هزینه‌ها (در حقوق ما، مواد ۱۲۴۱، ۱۲۴۲ و ۱۲۴۳ ق. مدنی) وام مفیدی برای او اخذ می‌کند یا دعوی مربوط به او را به صلح خاتمه می‌دهد و اجازه صغیر را پس از بلوغ در برابر طرف قرارداد تضمین می‌کند. وراثت قصد تقسیم ترکه را دارند. در بین آنان صغیری وجود دارد. برای آنکه مراحل طولانی مراجعه به دادگاه (درحقوق ما، ماده ۳۱۳ ق. امورحسبی)، طی نشود، تقسیم به تراضی صورت می‌گیرد اما احد از وراثت اجازه صغیر را پس از بلوغ

تعهد می‌کند. در این دو فرض نباید پنداشت که نیرنگ به قانون صورت گرفته است زیرا این قراردادها نافذ نیست مگر آنکه صغیر پس از بلوغ آنها را تنفیذ کند. (Ripert et Boulanger, 1952, n°.616; Reig, 1974, n°5) و همچنان که گفته شد، ثالث هیچ الزام قانونی به اجازه کردن ندارد. البته در روابط خانوادگی، ثالثی که دیگری به فعل او متعهد شده است، از جهت اخلاقی مجبور به تنفیذ است اما در نگاه حقوق، او همیشه در این کار مختار است. با وجود این، در برخی موارد ممکن است قانونگذار به دلیل جلوگیری از الزام اخلاقی ثالث به تنفیذ، تعهد به فعل (تنفیذ) او را ممنوع شمارد: قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵ فرانسه در مورد حوادث رانندگی، قیم را از اینکه دعوای مسئولیت مدنی محجور را به صلح خاتمه دهد و تنفیذ او را به طرف قرارداد وعده دهد، منع کرده است (Fortis, 1994, No. 14, 15).

یکی از مصادیق معمول تعهد به تحصیل اجازه در حقوق ما در مورد اماکن کسب و پیشه مشمول قانون ۱۳۵۶ ملاحظه می‌شود: به موجب ماده ۱۰ این قانون، مستأجر حق انتقال به غیر ندارد مگر با رضایت کتبی مالک. اما در عمل موارد فراوانی وجود دارد که مستأجر مورد اجاره را بدون رضایت مالک منتقل می‌کند. گاه خطر تحصیل اجازه بر عهده منتقل‌الیه قرار می‌گیرد؛ اما بسیاری اوقات هم مستأجر (انتقال دهنده) تحصیل رضای موجر را تعهد می‌کند. در عرف چنین انتقالی به «فروش کلیدی» سرقفلی معروف است.

اما مورد تعهد همچنین ممکن است، انعقاد قرارداد از سوی ثالث باشد: «الف» در برابر «ب» تعهد می‌کند که «ج» مال معینی را به او بفروشد. یک شرکت سهامی در مقابل طرف قرارداد متعهد می‌شود که سهامداران درصد معینی از سهام شرکت را به او منتقل خواهند کرد (شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، ۳۰ مارس ۱۹۷۱؛ Cite par: Storck, 2003, No.8) وام‌گیرنده‌ای در برابر مقرض تعهد می‌کند که ثالث مال خود را رهن دین او قرار دهد و....

ب - دیدگاه نوین: تعهد به فعل ثالث به عنوان وثیقه شخصی

۱- عقد ضمان و وثایق شخصی

۵- هیچ کس از اهمیت وثایق به ویژه در قلمرو تجارت، غافل نیست. تجارت مبتنی بر اعتماد و اطمینان خاطر است و اخذ وثیقه از بدهکار فراهم کننده این اطمینان خاطر است. وجود وثیقه به طلبکار امکان می دهد از تقصیر و تقلب بدهکار و هم مشارکت سایر طلبکاران در امان باشد. اما آیا نوع و تعداد وثایق محدود به مواردی است که قانونگذار مقرر کرده است؟ آیا برقراری وثیقه ای با ماهیتی متفاوت از نصوص قانونی مجاز است؟ در پاسخ به این پرسش باید میان وثایق عینی و شخصی تمایز قایل شد. وثیقه عینی، سبب پیدایش حق عینی می شود. حق عینی با حقوق اشخاص ثالث ارتباط مستقیم دارد چه رعایت آن بر همگان واجب است. پس همانگونه که تعداد حقوق عینی محدود به موارد منصوص قانونی است (کاتوزیان، ش ۱۱). وثایق عینی را هم تنها در قالب نهادهای مصرح قانونی می توان برقرار کرد (Mazeud (et al) 1999, No.5).

بنابراین در وضع کنونی، عقد رهن و معامله با حق استرداد تنها دو نهادی هستند که موجب وثیقه عینی اند. بر فرض که از تکنیک های دیگری نظیر تأمین خواسته و حق حبس هم به عنوان وثایق عینی یاد شود، این چنین گسترش وثایق عینی به معنای خلق وثایق جدید نیست.

اما در مورد وثایق شخصی، هیچ دلیلی بر محدود کردن آنها به موارد منصوص قانونی وجود ندارد. اصل آزادی قراردادی مقتضی عدم وجود چنین محدودیتی است. طرفین می توانند خارج از موارد مذکور در قانون به خلق وثایق جدید مبادرت ورزند. به این ترتیب می توان بر این عقیده بود که هر نهادی که به پرداخت دین اصلی کمک کند و وثیقه عینی محسوب نشود یک وثیقه شخصی است. تنها باید یک نکته را به خاطر داشت: نمی توان به نام اصل آزادی قراردادی مقررات امری قانونی را نادیده گرفت و به قانون نیرنگ زد. در حقوق فرانسه در چندسال اخیر صرف نظر از آنکه مقررات عقد ضمان به طور قابل توجهی متحول گردیده است، شمار وثایق شخصی به نحو

چشمگیری افزایش یافته و این افزایش قبل از هر چیز به دلیل نیاز تجارت به خلق وثیقه‌های نوین بوده است. خلق وثایق جدید در حقوق ما با ضرورت مضاعفی همراه است. عقد ضمان با محدودیت‌های زیادی مواجه است. مقررات قانون مدنی در باب کفالت هم در زمینه حقوق خصوصی به قواعدی متروک تبدیل شده است و بندرت می‌توان موردی را یافت که شخص ثالثی در برابر طلبکار احضار مدیون را تعهد کرده باشد. با وجود این، استفاده از مکانیزم مندرج در همین عقد کفالت در زمینه‌ای متفاوت به ایجاد وثیقه‌ای نوین منجر خواهد شد.

۶- یکی از وثایق جدید، در کنار ضمانت‌های مستقل (و به‌ویژه ضمانت‌نامه بانکی)، تعهد به فعل ثالث است. نخستین گام در راه استفاده از تعهد به فعل ثالث به عنوان وثیقه شخصی آن است که متعلق موضوع تعهد متعهد به فعل ثالث می‌تواند یک امر مادی مثبت یا منفی (و از جمله اجرای یک تعهد) باشد و نه صرفاً تنفیذ یا انعقاد یک عقد. در حقوق فرانسه مدت‌های طولانی قلمرو تعهد به فعل ثالث به تنفیذ یا انعقاد یک قرارداد محدود می‌شد. تضمین انعقاد عقد در قلمرو تعهد به فعل ثالث قرار داشت و تضمین اجرای تعهد ناشی از آن عقد، در قلمرو انحصاری عقد ضمان. نویسندگان تصریح می‌کردند که زمانی که تعهد ضامن شروع می‌شود، تعهد متعهد به فعل ثالث لاجرم پایان یافته است. بنابراین اگر کسی ضمن عقد واحدی انعقاد و اجرای عقدی را تضمین کند، دو نقش را متوالیاً ایفا می‌کند: تا لحظه انعقاد قرارداد به عنوان متعهد به فعل ثالث محسوب می‌گردد و از آن پس، «ضامن» است؛ تعهد ضامن وقتی شروع می‌شود که تعهد متعهد به فعل ثالث خاتمه یافته باشد.

(" La caution garantit l'exécution d'une dette déjà née; le porte-fort ne garantit que la naissance d'une dette future" (De page, op.cit, n. 734); "son engagement commence donc, quand finit celui du porte-fort" (Ripert et Boulanger, t.2,n. 623); add: Baudry – L'acantinerie et Barde, 1908, t. 12, No. 132; Rieg, 1974, No.16)

برعکس، در حقوق سوئیس، علاوه بر عمل حقوقی، هر فعل مثبت یا منفی مادی نیز می‌تواند موضوع تعهد به فعل ثالث واقع شود: (Angel, 1973, No. 94, 95, 96) راجع به حقوق کشورهای دیگر: در حقوق مصر تعهد متعهد به فعل ثالث محدود به تضمین قبولی ثالث است: عبدالحی حجازی، ص ۲۵۲؛ سنهوری، ش ۳۵۷؛

در حقوق لهستان موضوع تعهد به فعل ثالث ممکن است یک عمل حقوقی یا مادی باشد: (Lasok, 1973, t.2, No. 118) ماده ۹۲۹ قانون مدنی برزیل تنها اجرای یک تعهد یا فعل مادی را به عنوان موضوع تعهد متعهد به فعل ثالث در نظر گرفته است؛ ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی آرژانتین تنها اجرای تعهد از سوی ثالث را به عنوان موضوع تعهد متعهد به فعل ثالث پذیرفته است. نویسندگان آلمانی موضوع تعهد به فعل ثالث را به تحصیل تنفیذ اصیل محدود کرده‌اند (برای حقوق این کشورها: (Demogue, 1933, t.7, No. 914, 917, 918)؛ ماده ۱۴۱ طرح مشترک قانون مدنی فرانسه و ایتالیا مقرر می‌دارد: «کسی که قبول تعهد یا انجام فعلی از سوی ثالث را وعده داده است در صورتی که ثالث از قبول تعهد یا انجام عمل وعده داده شده خودداری کند، باید خسارت وارد به طرف مقابل را جبران کند».

اما این تحلیل، بسیار ساده‌انگارانه است و تنوع تعهدات مدیون اصلی و طبیعت تعهد تضمین‌کننده را از نظر دور می‌دارد:

الف- موضوع تعهد ثالث، ممکن است، «عدم انجام کار» باشد. برای مثال فرض کنیم که شرکت «الف» در برابر شرکت «ب» متعهد شده است که با این شرکت رقابت تجاری نکند. اگر شرکت «ج» اجرای تعهد شرکت «الف» را تضمین کند، بدون شک عقد ضمان محقق نشده است زیرا ضامن قادر به ایفای تعهد مضمون عنه نیست و تعهد او همان تعهد مضمون عنه نیست؛ اصالت دارد: او مکلف است مدیون را به انجام تعهد خود وادارد. این تعهد ممکن است به وسیله باشد یا به نتیجه و در هر حال در صورت عدم انجام تعهد، متعهد باید خسارت تخلف از عهد خود را بپردازد. دیوان کشور فرانسه در فرض مشابهی چنین نظر داده است: در حالی که «الف» در برابر «ب» تعهد کرده است که «ج» به تعهد قراردادی خود مبنی بر خرید انحصاری اجناس مورد نیاز خود از «ب» عمل خواهد کرد، اگر «ج» تعهد خود را نقض کند و از اشخاص دیگری اجناس مورد نیاز خود را تهیه کند، تضمین‌کننده (الف) از باب تعهد به فعل ثالث، مسوول جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد شخصی خویش است (شعبه تجاری، ۱۴ ژانویه ۱۹۸۰، بولتن مدنی، ج ۴، ش ۱۶ (Fortis, 1994, No. 18)).

ب- همچنین در فرضی که موضوع تعهد ثالث، تسلیم یا رد عین معین است، تضمین اجرای این تعهد نمی‌تواند ضمان محسوب شود زیرا موضوع ضمان باید کلی و قابل انتقال به ذمه ضامن باشد و رد عین تنها از عهده متصرف آن بر می‌آید. این مساله

در فقه زیر عنوان «ضمان از اعیان» مطرح شده است و به‌ویژه در فرض ضمان عهده از درک مبیع یا ثمن (وقتی که این دو عین معین هستند) مورد مباحثات فراوانی قرار گرفته است. (فقیهان در صحت ضمان اعیان و ضمان عهده (در فرضی که تعهد ضامن ناظر به رد عین مبیع یا ثمن است) علاوه بر ایراد وجود دین، از آن جهت تردید دارند که موضوع ضمان قابل انتقال به ذمه ضامن نیست و به نقل ذمه نمی‌انجامد. برخی نظیر شهید ثانی (۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۹۵) و صاحب جواهر (۱۳۶۲، ج ۲۶، ص ۱۴۰) این نوع ضمان را از جمله به این دلیل که منجر به ضم ذمه می‌شود باطل شمرده‌اند. برعکس برخی دیگر نظیر مقدس اردبیلی (۱۴۱۶، ج ۹، ص ۲۹۳) و سید محمد کاظم یزدی (۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۰۵) آن را صحیح می‌دانند. مقدس اردبیلی در رد ایراد مخالفان دو احتمال را مطرح می‌کند: احتمال اول اینکه ضرورت نقل ذمه در ضمان به موردی مربوط است که مورد ضمان کلی فی‌الذمه باشد و اخبار و اجماع نقل ذمه هم ناظر به همین فرض است. پس ضم ذمه به ذمه در ضمان اعیان، مبطل ضمان نیست. احتمال دوم این است که حتی در فرض ضمان از اعیان هم می‌توان به نقل ذمه معتقد بود. و به هر حال در صحت چنین ضمانی به عموم ادله از جمله «المؤمنون عند شروطهم» استناد می‌کند. صاحب عروه الوثقی هم چنین ضمانی را صحیح می‌داند و به عموم ادله استناد می‌کند اما آن را ضمان به معنی اصطلاحی نمی‌داند. قانون مدنی ضمان عهده از درک مبیع یا ثمن را روا شمرده است (مواد ۳۷۹ و ۷۰۸) در حالی که در فرضی که مبیع (یا ثمن) عین معین است میان تعهد ضامن عهده و مضمون‌عنه یگانگی موضوع وجود ندارد. نویسندگان حقوق مدنی در بحث از ضمان عهده یا تنها به ایراد مربوط به وجود دین و سبب آن توجه داشته‌اند (امامی، ۱۳۷۱، ص ۲۶۱ و ۲۶۲). و ایراد مربوط به کلی نبودن تعهد مضمون‌عنه را فراموش کرده‌اند یا آنکه در تفسیر قانون به توجیه‌های دور از ذهن متوسل شده‌اند. (آقای دکتر جعفری لنگرودی، ضمان از اعیان و از جمله ضمان عهده را در قالب عقد ضمان تحلیل کرده‌اند و صحیح دانسته‌اند. به اعتقاد ایشان مورد ضمان می‌تواند به جای آنکه «تعهد کلی» باشد، یک «تعهد جزئی» (ناظر به رد عین) باشد. در فرض اخیر باید به ضم ذمه به ذمه قایل بود: ۱۳۵۲، ش ۲۴۵ به بعد (در ضمان

عهده) و ش ۲۶۵ به بعد (در ضمان اعیان)). تنها یکی از استادان (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (پ)، ش ۱۷۳، صص ۲۹۶-۲۹۵) با قراردادن چنین تعهدی در قلمرو نهاد تعهد به فعل ثالث، ایراد مربوط به کلی نبودن موضوع تعهد مضمون عنه و تفاوت دین مضمون عنه و ضامن و عدم تحقق نقل ذمه را رفع نموده و به این ترتیب برشمار وثایق شخصی افزوده است؛ اندیشه‌ای که به تازگی در حقوق فرانسه مطرح شده است.

ایشان در فرض تعاقب ایادی در غصب هم با تحلیل مشابهی حکم ماده ۳۱۷ قانون مدنی توجیه کرده‌اند. براساس این ماده: «مالک می‌تواند عین... مال مغضوب را از غاصب اولی یا هریک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند». پاره‌ای از استادان (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۷۴) رجوع مالک را به غاصبانی که عین مغضوبه در ید آنها نیست به فرض تلف عین، منصرف کرده‌اند چرا که در صورت بقای عین، مسئولیت غاصبانی که عین در ید آنها نیست، نامعقول است، چه مورد ضمان باید کلی باشد تا بتواند بر ذمه‌های متعدد قرار بگیرد. مع الوصف، حکم ماده ۳۱۷ در مورد رد عین صریح است و سابقه امر در فقه هم به خوبی مؤید آن است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص ۱۷۷: «...ولکن للمالك الرجوع علی ایهما شاء فی المطالبه بالعین اوبدلها و منافعها و صفاتها حتی المتجدد... لان کلا منهما مصداق «علی الید ما أخذت»؛ شیخ انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۱۹؛ روحانی، بی تا، ج ۱۹، ص ۴۱۹: «ولو غصب غاصب من الغاصب تخیر المالك فی استیفاء ممن شاء لان المال وقع تحت ید کل منهما... فیکون المال فی عهده کل منهما، لا بمعنی انه لو تلف ثبت الضمان علی کل منهما مستقلا...»).

برخی فقیهان نیز این مورد را با ضمان از اعیان مقایسه کرده‌اند (سید ابوالقاسم خوبی، کتاب المساقاه، ص ۱۷۰: «فان متعلق الضمان فی باب تعاقب الایدی لما کان هوالعین کانت مسئولیتها و بفضل عموم علی الید من يأخذها و تصل الیه، فهی فی عهده کل من يأخذها و یکون مسئولاً عنها علی ما ذکرناه فی معنی ضمان الاعیان... و من هنا فان امکن ردها و جوب والا تعیین رد بدلها مثلا أو قیمه...»). در نتیجه به درستی گفته شده است که این مورد هم یکی از مصادیق تعهد به فعل ثالث است و «نتیجه تکلیف سایر غاصبان به رد مال آن است که آنان وظیفه دارند تا با استفاده از نفوذ معنوی و مادی خود، متصرف را به رد عین راضی سازند و هرگاه نتوانستند یا نخواستند نتیجه مطلوب را بدست آورند، باید خسارت ناشی از انجام ندادن تعهد خود را جبران

سازند...» (کاتوزیان، ج ۲، ش ۴۷۶).

آنچه در مورد تعهد تسلیم گفته شد، در مورد تضمین تعهد انتقال عین معین هم صادق است.

ج- در فرضی که موضوع تعهد مدیون اصلی، انجام یک کار است، حالت‌های مختلفی را می‌توان تصور کرد: اگر تضمین‌کننده به سادگی تعهد کرده باشد که عمل مورد ضمانت را انجام دهد، این توافق مشمول عقد ضمان است، چه مورد ضمان علاوه بر عین یا منفعت می‌تواند عمل هم باشد و کلمه مال در ماده ۶۸۴ قانون مدنی شامل عمل هم می‌شود (امامی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۵۸). همچنین در فرضی که ضامن تعهد کرده است خسارتی را که از عدم انجام تعهد انجام کار بر ذمه مضمون عنه مستقر خواهد شد بپردازد، هنوز هم می‌توان این تعهد را در قالب عقد ضمان تحلیل کرد، چه ضامن، دین آینده مضمون عنه (تعهد جبران خسارت) را بر عهده گرفته است. البته در این فرض درستی عقد ضمان مشروط بدان است که قرارداد، سبب کافی دین جبران خسارت شمرده شود. در غیر این صورت باید آن را التزام به تأدیه دین آینده دانست (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (پ)، ش ۱۶۰).

اما اگر مفاد تعهد تضمین‌کننده آن باشد که تمام توان خود را به کار برد تا متعهد را به انجام تعهد خود وادار سازد، آنچه واقع شده است تعهد به فعل ثالث است نه ضمان. در این فرض اگر مدیون (ثالث) به تعهد خود عمل نکند، آنچه متعهد به فعل ثالث به عنوان خسارت می‌پردازد، خسارت عدم انجام تعهد شخصی او است. به این ترتیب می‌توان بسیاری از مصادیق ضمان حسن انجام کار را به تعهد به فعل ثالث تعبیر کرد و از دو ایراد اساسی مربوط به «نقل ذمه» و «وجود سبب دین» خلاصی یافت. البته اگر مقصود طرفین در ضمان حسن انجام کار آن باشد که ضامن دین آینده مدیون اصلی را که در اثر نقض تعهد بر عهده او مستقر می‌شود بپردازد، آنچه واقع شده است، تعهد به فعل ثالث نیست اما اگر همچنان که ظاهر اصطلاح ضمان حسن انجام کار گویای آن است، منظور آن باشد که ضامن در درجه اول متعهد را وادار به انجام تعهد خود سازد

و در صورت عدم موفقیت، خسارت ناشی از عدم انجام تعهد خود را بپردازد، تعهد به فعل ثالث تحقق یافته است. در حقوق فرانسه هم در سال‌های اخیر، این عقیده توسط نویسندگانی چند ابراز شده است (Storck, 2003, n°7) (که براین عقیده است که تحلیل ضمان حسن انجام کار (Garantie de bon fin des travaux) به تعهد به فعل ثالث مناسب‌تر از توصیف آن به ضمان است)؛ Simler, 1997, p. 3 دادگاه پژوهش پاریس در رأی ۲۲ آوریل ۱۹۹۲ ضمان حسن اجرای قرارداد را به تعهد به فعل ثالث تعبیر کرده است (نقل از: Simler, همان).

در فرضی هم که موضوع تعهد مضمون‌عنه جنبه «حق - تکلیف» دارد (نظیر حضانت - ولایت - قیمومت)، ضمانت از این تکالیف باید به تعهد به فعل ثالث تعبیر شود، حتی در فرضی که تعهد ثالث (مضمون‌عنه) یک تعهد پولی است، تضمین اجرای تعهد او ضرورتاً با عقد ضمان منطبق نیست چه ممکن است تضمین‌کننده تعهد کرده باشد که مضمون‌عنه را راضی یا وادار به انجام تعهد خود کند و در غیر این صورت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را بپردازد. شاهد مدعا آنکه در حقوق بانکی نهاد جدیدی تحت عنوان «حمایت‌نامه» به وجود آمده است که هدف آن تضمین اجرای تعهد پولی است و ساختمان آن، همان ساختمان تعهد به فعل ثالث است.

۲- حمایت‌نامه

۷- آنچه در اینجا تحت عنوان «حمایت‌نامه» تعبیر می‌شود و در زبان‌های انگلیسی و فرانسوی با نام‌های مختلفی از آن یاد می‌شود (در زبان انگلیسی عمدتاً از اصطلاحات Letter of Letter of comfort, intent استفاده می‌شود در زبان فرانسه عمدتاً از اصطلاح Lettre d'intention استفاده می‌شود اما به جای این اصطلاح از اصطلاحات Lettre de patronage, Lettre de confort استفاده می‌شود: Simler et Delebeque, 1995, No. 237. ترکیب «حمایت‌نامه» در برابر اصطلاح فرانسوی اخیر نهاده شده است)، نهادی است با ریشه انگلوساکسون که از اوایل دهه ۹۰ در اروپا و آمریکا معمول گردیده است. اگرچه حقوق فرانسه این نهاد را از کامن‌لا به عاریت گرفته اما در مدت نسبتاً کوتاهی محاکم فرانسوی و دیوان کشور فرانسه به نحو

بسیار دقیقی در پرورش این نهاد و تحلیل مبانی و آثار آن کوشش فراوان مبذول داشته‌اند.

این مفهوم عمدتاً به حوزه حقوق بانکی تعلق دارد و بیشتر در مواردی مورد استفاده قرار می‌گیرد که شرکت «الف» قصد دارد از بانک «ب» وامی تحصیل کند. بانک برای دادن وام تقاضای تضمین می‌کند. شرکت «ج» که شرکت مادر «الف» است و بخش عمده‌ای از سهام این شرکت را مالک است، طی یک گواهی‌نامه یا حمایت‌نامه (به جای ضمانت‌نامه) خطاب به بانک، وام‌گیرنده را به بانک معرفی می‌کند؛ از اطلاع خود نسبت به اعتبار شرکت وام‌گیرنده سخن می‌راند و متعهد می‌شود که تلاش خود را به کار گیرد تا وام‌گیرنده در سررسید، وام خود را تأدیه نماید. همه نویسندگان در این امر که چنین تعهدی «ضمان» محسوب نمی‌شود اتفاق نظر دارند زیرا ضامن تعهد می‌کند که (در صورت عدم پرداخت) جانشین مدیون در اجرای تعهد شود در حالی که در فرض ما صادرکننده حمایت‌نامه چنین تعهدی نکرده است. (Thai, 2000, p. 10) استفاده از حمایت‌نامه به جای ضمانت‌نامه به دلایلی چند رونق گرفته است:

۱- تضمین‌کنندگان به سختی به دادن ضمانت‌نامه تن می‌دهند اما راحت‌تر به صدور حمایت‌نامه راضی می‌شوند (در واقع ظهور حمایت‌نامه نتیجه، از یک‌سو، اصرار وام‌دهندگان بر ضمانت کردن شرکت مادر وام‌گیرنده از دین او و از سوی دیگر، مقاومت این شرکت‌ها و تن ندادن به تعهدات الزام‌آور است. با رواج حمایت‌نامه، مصالحه‌ای میان این دو دیدگاه به عمل آمده است: Nicholas Gill, 2001, pp. 81 & 82).

۲- در حمایت‌نامه، بر خلاف عقد ضمان یا ضمانت‌نامه، نظام حاکم بر تعهدات پولی حاکم نیست زیرا تعهد صادرکننده یک تعهد انجام کار است و نه تعهد پولی. بنابراین به عنوان مثال مبلغ مندرج در آن در شمار دیون شرکت منظور نمی‌گردد.

۳- در برخی کشورها به موجب قانون، تعهدات احتمالی شرکت باید در طرازنامه قید گردد و منتشر شود. ضمان یک تعهد احتمالی محسوب می‌شود (چه ضامن تعهد کرده است در صورت عدم پرداخت دین از سوی مضمون عنه جانشین او شود) اما

حمایت‌نامه یک تعهد قطعی انجام کار است (توجه شود که انتشار تعهدات احتمالی در اعتبار شرکت مؤثر است). (Thai, op.cit)

۴- گاه به موجب قانون یا اساسنامه شرکت، تضمین دیون اشخاص ثالث توسط شرکت ممنوع است. به اعتقاد برخی این ممنوعیت شامل صدور حمایت‌نامه نمی‌شود (Ibid, همان؛ در حقوق فرانسه (Simler et Delebeque, 1995, No 247; Simler, 1990, No. 22) به موجب ماده ۱۳۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت ایران: «شرکت نمی‌تواند دیون مدیران خود را تضمین یا تعهد کند و اینگونه عملیات به خودی خود باطل است». در حقوق فرانسه برخی بر این عقیده‌اند که ممنوعیت قانونی تضمین دیون مدیران توسط شرکت شامل دست‌کم مواردی که حمایت‌نامه متضمن یک تعهد به وسیله است، نمی‌شود (Simler et Delebeque, loc.cit). در حقوق ما با توجه به قید «تعهد» در کنار «تضمین» در ماده ۱۳۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت، می‌توان بر این عقیده بود که تعهد شرکت به فعل مدیران (مبنی بر پرداخت دین خود) حتی در قالب تعهد به وسیله هم ممکن نیست).

۵- مالیات بر ضمان در برخی کشورها، برخلاف حمایت‌نامه بسیار سنگین است (Thai, op.cit)

۶- نظام اثباتی حمایت‌نامه سهل‌تر از دلایل اثبات عقد ضمان است (در حقوق سوئیس که تعهد به فعل ثالث نقش یک وثیقه شخصی را دارد، یکی از تفاوت‌های اصلی ضمان و تعهد به فعل ثالث همین است: ر.ک. به رأی شعبه یک مدنی دیوان عالی سوئیس مورخ ۹ ژوئیه ۱۹۸۵ در:

<http://www.srv.bger.ch/cgi-bin/A2A/convertDOCGI.AZA?ds=AZA-pull & d=03.05.2005>.

همچنین در حقوق فرانسه نظام حاکم بر اثبات تعهدات پولی که در مورد ضمان جاری است در مورد تعهد به فعل ثالث و حمایت‌نامه مجری نیست: (Simler et Delebeque, 1995, No. 245) در حقوق ایران پیش از حذف مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۱ قانون مدنی در صورتی که تعهد ضامن بیش از ۵۰۰ ریال بود به وسیله تنها شهادت شهود قابل اثبات نبود. برعکس، قانون برای اثبات تعهدات انجام کار محدودیتی قایل نبود. اما این تفاوت با حذف مواد فوق از میان رفته است).

این نهاد از جنبه‌های حقوقی گوناگون ممکن است مورد بحث قرار گیرد؛ از جمله آنکه: آیا تعهد حمایت‌کننده مبتنی بر ایقاع است؟ آیا در صدور حمایت‌نامه قصد ایجاد رابطه حقوقی وجود دارد؟ آیا در قبال حمایت‌نامه عوضی وجود دارد؟ ما به همه این مسایل نمی‌پردازیم. به طور خلاصه باید گفت که وجود عوض یا جهت تعهد در حقوق ما برای اعتبار تعهد ضروری نیست؛ بانک متقاضی با دریافت حمایت‌نامه آن را قبول

کرده است و بنابراین ضرورتی ندارد که تعهد مندرج در سند را ناشی از ایقاع بدانیم. اما تعهد مندرج در حمایت‌نامه از لحاظ ماهیت ممکن است سه‌گونه باشد: (Simler, 1990, No. 17)

الف- حمایت‌نامه اثر حقوقی ندارد و صرفاً موجد یک تعهد اخلاقی از سوی شرکت صادرکننده است و گواهی صادره صرفاً در حد یک توصیه‌نامه است.

ب- در برخی دیگر از موارد، حمایت‌نامه حاوی یک تعهد به وسیله است.

ج- سرانجام ممکن است چنین سندی متضمن یک تعهد به نتیجه باشد.

گواهی صادر شده برحسب زبانی که در آن به کار رفته و قوت کلماتی که استفاده شده است و شدت الفاظ الزام‌آوری که در سند درج شده است می‌تواند در قلمرو یکی از این ۳ تحلیل قرار گیرد (Ibid, Simler et Delebeque, 1995, No.239). در صورتی که گواهی صادر شده حاوی هیچ‌گونه تعهدی نباشد و صرفاً به معرفی شرکت وام‌گیرنده پرداخته باشد، نمی‌توان صادرکننده را از نظر حقوقی متعهد دانست. البته اگر اطلاعات ارائه شده نادرست باشد و بر مبنای این اطلاعات نادرست، بانک به ارائه وام راضی شود، ممکن است صادرکننده براساس مسئولیت مدنی ناشی از تقصیر مورد تعقیب قرار گیرد. در کامن‌لا اکثر حمایت‌نامه‌ها از این قبیل‌اند. با وجود این، به عقیده برخی از آنجا که در قلمرو تجارت جایی برای تعهدات صرفاً اخلاقی وجود ندارد و عبارات و کلمات باید به سمت یک معنای حقوقی سوق داده شوند (اظهارنظر قاضی راجرز (Rogers) در دعوی بانک بروکسل علیه شرکت صنایع ملی استرالیا، نقل از O'Donovan & Phillips, 2003, p. 51, 52) و نیز با عنایت به قاعده تفسیر علیه تنظیم‌کننده سند (Contra preferentem)، حتی چنین حمایت‌نامه‌ای را باید متضمن یک الزام حقوقی دانست. (Thai, loc.cit.) در فرضی که صادرکننده تعهد کرده است «تمام توان» خود را به کار گیرد یا «تمام کوشش» خود را مبذول دارد یا از «تمام امکانات» خود استفاده کند تا وام‌گیرنده تعهد خود را ایفاء کند، تعهد او به عنوان یک تعهد به وسیله تعبیر می‌شود. بنابراین، در صورتی که صادرکننده حمایت‌نامه پس از صدور آن، سهام خود را از شرکت وام‌گیرنده خارج کند

و در نتیجه نفوذ خود را برآن شرکت از دست دهد عمل او به عنوان تقصیری تلقی می‌شود که ممکن است به مسئولیت مدنی او بینجامد. (Simler et Delebeque, op.cit., pp. 242) در این فرض تفاوت ضمان با حمایت‌نامه آشکار است زیرا تعهد ضامن تعهد به وسیله محسوب نمی‌شود. (Ibid) در فرضی که در حمایت‌نامه از عبارت «تمام اقدامات لازم»، «وادار کردن مدیون به انجام تعهد خود»، «تعهد به اینکه مدیون تعهد خود را اجرا خواهد کرد» و نظایر آن، استفاده شده است، دیوان کشور فرانسه و نویسندگان حقوقی، تعهد صادرکننده را به یک تعهد به نتیجه تعبیر می‌کنند. (Simler et Delebeque, loc.cit) در این فرض نباید پنداشت که صادرکننده حمایت‌نامه از مدیون ضمانت کرده است زیرا تعهد صادرکننده، همان تعهد مدیون اصلی نیست؛ تابع آن نیست؛ یک تعهد انجام کار است که اصالت دارد: صادرکننده موظف است مدیون را به ایفای تعهد خود وادار کند و در غیر این صورت باید خسارت ناشی از عدم انجام تعهد خود را بپردازد (Simler, 1990, No. 16).

ملاحظه می‌شود که ساختمان حمایت‌نامه (چه در فرض که تعهد به وسیله و چه در فرض تعهد به نتیجه) دقیقاً با تعهد به فعل ثالث منطبق است و تفاوت تنها از جهت نامگذاری است (در حقوق فرانسه از آنجا که تعهد متعهد به فعل ثالث را همیشه یک تعهد به نتیجه می‌دانند و فرضی را که تعهد به وسیله است، تحت نام «تعهد به مساعی جمیله» (Promesse de bons offices) می‌خوانند، حمایت‌نامه تنها در صورتی از مصادیق تعهد به فعل ثالث شمرده می‌شود که حاوی یک تعهد به نتیجه باشد: (Simler, 1997, p.3; 1990, No. 20; Simler et Delebeque, 1995, No.243).

گفتار دوم- آثار تعهد به فعل ثالث (مسئولیت مدنی متعهد به فعل ثالث)

بند اول - قواعد عمومی

۱- اثر تحقق و عدم تحقق فعل موعود

۹- اگر ثالث فعل موعود را انجام دهد، تعهد متعهد به فعل ثالث پایان می‌پذیرد چه به این ترتیب او به عهد خود وفا کرده است. اگر موضوع تعهد، انعقاد یک عمل حقوقی

از سوی ثالث باشد، متعهد به شرطی بری می‌شود که عمل حقوقی انجام شده معتبر باشد، هر چند پس از وقوع به سببی از اسباب منحل شود.

با وجود این، ممکن است عمل حقوقی انجام شده معتبر نباشد و مع الوصف، متعهد به فعل ثالث ملزم به جبران خسارت نباشد. توضیح آنکه بطلان عمل حقوقی منعقد شده ممکن است به این دلیل باشد که اصولاً نوع آن عمل حقوقی به گونه‌ای است که نمی‌تواند به طور معتبر واقع شود. به عنوان مثال اگر متعهد به فعل ثالث انعقاد یک عمل حقوقی از سوی ثالث را که موضوع یا جهت آن نامشروع است وعده دهد، چنین عمل حقوقی، هر چند به تکرار انجام شود، باطل است. در این فرض، در واقع موضوع یا جهت تعهد خود متعهد به فعل ثالث هم نامشروع است و بنابراین تعهد به فعل ثالث از ابتدا باطل است و از آنجا که شرط نخست مسئولیت قراردادی، وجود یک قرارداد معتبر است، و بنا به فرض، قرارداد تعهد به فعل ثالث باطل است، متعهد را نمی‌توان به دلیل نقض عهد مسئول دانست. (Storck, 2003, n°17)

اما اگر عمل حقوقی انجام شده توسط ثالث، که می‌توانسته است به شکل صحیح واقع شود، در اوضاع و احوالی صورت گرفته باشد که به بی‌اعتباری عمل حقوقی منجر شده باشد (مثلاً در یک عقد تشریفاتی، تشریفات مربوط به انعقاد عقد رعایت نشده باشد)، متعهد به فعل ثالث در برابر طرف قرارداد خود، به دلیل عدم انجام تعهد مسئول است. از سوی دیگر در حقوق فرانسه گفته شده است اگر عمل حقوقی وعده داده شده پس از انجام آن توسط ثالث مورد «ابطال» قرار گیرد، این امر به معنی عدم انجام تعهد از سوی متعهد به فعل ثالث است و او موظف به جبران خسارت است.

به هر حال در صورتی که شخص ثالث، عمل حقوقی وعده داده شده را به طور معتبر منعقد کند اما از اجرای آن امتناع کند، متعهد به فعل ثالث، مسئول خسارت وارد به طرف قرارداد نیست مگر آنکه علاوه بر انعقاد (یا تنفیذ)، اجرای آن عمل حقوقی را هم تضمین کرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶ (الف)، ج ۲، ش ۳۷۹؛ دکتر امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۵۹).

اما عدم انجام فعل وعده داده شده توسط ثالث ضرورتاً مسئولیت مدنی متعهد را

محقق نخواهد ساخت: اگر تعهد متعهد یک تعهد به وسیله بوده است، متعهدله برای دریافت خسارت باید تقصیر متعهد را به اثبات برساند. اما اگر تعهد، به نتیجه باشد، نفس عدم انجام فعل وعده داده شده توسط ثالث، نقض تعهد محسوب می‌شود و متعهد مسئول زیان‌های ناشی از عدم انجام تعهد خویش است مگر آنکه قوه قاهره را به اثبات برساند (برای تفکیک فقهی تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه در تعهد به فعل ثالث ر.ک. میرزای قمی، ج ۳، ص ۷۸ و ۷۹. منتها نویسنده تعهد به نتیجه را به دلیل نامقدور بودن باطل می‌داند. همچنین ر.ک. نجفی، ج ۲۳، ص ۲۰۴، موسوی خوئی، ج ۷، ص ۳۰۰ به بعد؛ حاشیه ردالمحتار، ج ۵، ص ۲۰۵؛ طباطبایی یزدی، ص ۱۰۷). در حقوق فرانسه، تعهد پورت فور تعهد به نتیجه است و برای فرضی که تعهد به وسیله است از عنوان دیگری (Promesse de bons offices) استفاده می‌شود. (با وجود این، ر.ک. Boulanger, 1953, No,23). در فرضی هم که نتیجه تضمین شده است و متعهد خطر قوه قاهره را نیز به عهده گرفته است، اثبات قوه قاهره او را از مسئولیت معاف نمی‌کند. در فرض تعاقب ایادی در غصب (در حالت بقای عین) هم وضع به همین منوال است.

نه فقط در فرضی که قوه قاهره مانع انجام تعهد خود متعهد شده است بلکه همچنین در فرضی که قوه قاهره مانع انجام فعل توسط شخص ثالث شده است، متعهد از مسئولیت مبرا می‌گردد (Planiol et Ripert, 1952, t.6, No.50; Baudry lacantinerie et Barde, t. 12, No.132; Storck, 2003, No. 40) بند الف ماده ۱۴۳ ق.آ.د.ع.ا. در امور کیفری متضمن همین معنی است: «کفیل و وثیقه‌گذار می‌توانند در موارد زیر ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ دستور رئیس حوزه قضایی در مورد پرداخت... وجه‌الکفاله یا ضبط وثیقه به دادگاه تجدیدنظر شکایت نمایند: الف... ب- هرگاه بخواهند ثابت نمایند به جهات یاد شده در ماده ۱۱۶ این قانون متهم نتوانسته حاضر شود و یا کفیل به یکی از آن جهات نتوانسته او را حاضر کند». چه در این فرض نیز نتیجتاً قوه قاهره مانع انجام تعهد متعهد گردیده است.

آیا مرگ یا حجر ثالث می‌تواند قوه قاهره به شمار آید؟ برحسب مورد پاسخ می‌تواند مثبت باشد. اما اگر به عنوان مثال رخ دادن این وقایع به هنگام عقد قابل پیش‌بینی بوده‌اند، عدم امکان فعل وعده داده شده به دلیل مرگ یا حجر ثالث موجب

معافیت متعهد نخواهد بود (Rieg, 1974, No.39, 40; Boulanger, 1953, No.56)؛ البته مرگ، واقعه‌ای قابل پیش‌بینی است اما اگر تعهد حال باشد یا برای آن اجلی تعیین شده و مرگ ثالث در این مدت غیرقابل پیش‌بینی (و در عین حال غیرقابل دفع و خارجی) باشد، می‌تواند قوه قاهره به شمار آید).

ب - خسارات قابل مطالبه

در صورتی که وجه التزامی در قرارداد مشخص شده باشد، متعهد باید صرفنظر از وقوع خسارت و میزان آن، مبلغ وجه التزام را بپردازد (مواد ۲۳۰ و ۷۴۱ ق.مدنی). در غیر این صورت ارزیابی میزان خسارت با دادگاه است. اما از لحاظ نوع خسارت، بدون شک متعهد می‌تواند جبران هزینه‌هایی را که انجام داده است از متعهد مطالبه کند. بنابراین در یک عقد فضولی که معامل فضولی تحصیل اجازه مالک را تعهد کرده است، در صورت رد مالک، معامل فضولی باید هزینه‌هایی را که خریدار متحمل شده است جبران کند هرچند که خریدار به فضولی بودن بیگانه است، چه حکم مواد ۲۶۳، ۳۲۵ و ۳۹۱ ق.مدنی منصرف از این مورد است. به همین ترتیب، در صورت پرداخت مثل یا قیمت به مالک می‌تواند با استناد به مسئولیت قراردادی معامل فضولی، و نه قاعده غرور، برای استرداد آن به معامله فضولی رجوع کند.

اما آیا متعهد از جهت خسارت عدم‌النفع هم مسئول است؟ بدون شک در فرضی که می‌توان از آن به «تفویت منفعت» تعبیر کرد، متعهد ملزم به پرداخت اجرت‌المثل است. بنابراین اگر فروشنده ملکی که در اجاره است در برابر خریدار تعهد کرده باشد که مستأجر در موعد معینی ملک را تخلیه خواهد کرد و مستأجر از تخلیه در موعد مقرر امتناع کند، فروشنده از این زمان به بعد موظف به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف مستأجر است.

اما عدم‌النفع به معنی دقیق هم در صورت مسلم بودن قابل مطالبه است (ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری). دیوان کشور فرانسه در فرضی که شخصی در برابر مستأجر محل کسب و پیشه متعهد شده است که رضایت مالک به انتقال به غیر را

تحصیل می‌کند اما مالک از دادن اجازه امتناع کرده است، رای دادگاه پژوهش را که از اعطای خسارت به متعهد له (مستأجر) به این دلیل امتناع کرده است که به‌رغم عدم اجازه، وضع مستأجر نسبت به گذشته تغییری نکرده است، شکسته است چه ارزش سرقفلی ملکی که مستأجر آن حق انتقال به غیر را دارد نسبت به اجاره‌ای که مستأجر حق انتقال ندارد، متفاوت است و عدم تحصیل این منفعت (اضافه ارزش) ضرر محسوب می‌شود (شعبه اجتماعی، ۹ آوریل ۱۹۵۷، دالوز ۱۹۵۷، بخش رویه قضایی، ص ۳۳۵؛ همچنین رک. Angel, 1973, p. 296). این نتیجه در حقوق ما هم قابل حمایت است.

در فرضی که تعهدی به حساب ثالث منعقد گردیده و متعهد، قبول یا تنفیذ او را وعده داده است، در صورت رد ثالث آیا می‌توان متعهد را در مقام جبران خسارت به پرداخت منافی که از اجرای تعهد توسط ثالث عاید متعهدله می‌گشت، محکوم نمود؟ به نظر ما پاسخ منفی است (برخی پاسخ مثبت داده‌اند؛ اما برخی دیگر با چنین امکانی مخالفت ورزیده‌اند: Baudry – Lacantinerie et Barde, t. 12, n°.143; Ghestin et al, 1994, n°. 599). زیرا بر فرض که ثالث تعهد را قبول می‌کرد، احتمال عدم اجرای آن یا معافیت از اجرا به دلیل وجود قوه قاهره، وجود داشت. وانگهی، بنا به فرض، متعهد، قبول تعهد توسط ثالث را وعده داده بوده است و نه اجرای آن را. از سوی دیگر به نظر نمی‌رسد که رابطه سببیت کافی میان عدم انجام تعهد پورت فور و محرومیت از منافی که بر فرض قبول تعهد، عاید متعهدله می‌گشت وجود داشته باشد. به زبان دیگر، ضرر مورد ادعا یک ضرر دور و غیرمستقیم است.

با وجود این، نباید پنداشت که در چنین فرضی متعهد به فعل ثالث مسئولیت مدنی ندارد. بدون شک عدم انجام تعهد او باعث شده است شانس تحصیل منفعت از متعهدله سلب شود. نفس این شانس برای طرف قرارداد مطلوب بوده است. میان عدم انجام تعهد و از دست دادن این شانس رابطه سببیت کافی و مستقیم وجود دارد. باید توجه داشت که از دست دادن این شانس برخلاف عدم‌النفع مورد ادعا ضرر آینده نیست؛ یک ضرر فعلی است (بنابراین بر فرض که در وضع فعلی با توجه به تبصره ۲

ماده ۵۱۵ ق.آ.د.ع.ا. در امور مدنی عدم‌النفع غیرقابل جبران دانسته شود، نمی‌توان از دست دادن شانس را به طریق اولی غیرقابل جبران شناخت زیرا بنا به فرض نفس شانس صرفنظر از منافع احتمالی حاصل از آن، مطلوبیت داشته است (رک: ۱۳۸۰، ص ۱۹۴). منتها دادگاه در مرحله ارزیابی خسارت، به میزان منفعت احتمالی که در صورت قبولی تعهد عاید متعهدله می‌گشت توجه خواهد کرد (رک: کاتوزیان، مسئولیت مدنی، ش ۱۱۱).

ج- جایگزینی متعهد به جای ثالث

۱۱- در فرضی که ثالث از انجام فعل وعده داده شده امتناع می‌کند آیا متعهد می‌تواند به جای جبران خسارت، خود به انجام آن فعل اقدام کند؟ در سوی مقابل، آیا متعهدله می‌تواند الزام او را به انجام چنین فعلی تقاضا کند؟ در پاسخ به این دو پرسش باید میان فرضی که در قرارداد شرطی مبنی بر جایگزینی اختیاری یا اجباری وجود دارد و فرضی که قرارداد بدون چنین شرطی منعقد می‌شود، تفکیک کرد:

I- وجود شرط جایگزینی

۱۲- در فرضی که به موجب شرط، متعهد مکلف شده است در صورت عدم انجام فعل مشروط از طرف ثالث، خود آن را به جای آورد، بدون شک هم متعهد اختیار انجام فعل را دارد و هم آنکه متعهدله می‌تواند الزام او را به انجام این فعل تقاضا کند چه در واقع چنین شرطی به وجه التزام مانند می‌شود و تابع آثار و احکام آن است (مواد ۲۳۰ و ۷۴۱ ق.مدنی).

در فرضی که شرط حاکی از آن است که متعهد می‌تواند، در صورت عدم انجام فعل توسط ثالث، خود فعل مشروط را به جای آورد، الزام متعهد به انجام آن فعل، همانگونه که خواهیم دید (ش ۱۳)، ممکن نیست اما او می‌تواند به جای جبران خسارت، عمل معهود را انجام دهد. به این ترتیب تعهد او در زمینه جبران خسارت یک تعهد اختیاری (Obligation facultatif) است: جبران خسارت یا انجام کار. در حقوق فرانسه گفته شده

است که در صورتی که مؤسسين یک شرکت در شرف تأسیس مالی را به حساب شرکت خریداری کنند و تنفیذ شرکت را وعده دهند و شرط کرده باشند که در صورت عدم تنفیذ، خود آنها خریدار واقع خواهند شد، فروشنده موظف است در صورت عدم تنفیذ آن مال را به مؤسسين بفروشد (شعبه تجاری دیوان کشور فرانسه، ۳۰ مارس ۱۹۷۱، بولتن مدنی، ج ۴، ش ۱۰۲ (نقل از: Storck, 2003, No. 41)). اما این راه حل در حقوق ما قابل قبول به نظر نمی رسد: اولاً بنا به فرض، این تعهد به فعل ثالث و ضمانت اجرای آن، به نفع متعهد له (فروشنده) برقرار شده است و هدف، ایجاد التزام برای او نبوده است. ثانیاً، با رد معامله فضولی توسط غیر (خریدار) معامله باطل می شود و معامل فضولی در صورتی که ثمن را دریافت کرده باشد باید آن را مسترد دارد. منتها اثر چنین شرطی آن است که در صورتی که فروشنده بخواهد خسارت ناشی از تخلف از انجام تعهد (تعهد تحصیل تنفیذ) را مطالبه کند (همان گونه که گفته شد در فرض تعهد به تحصیل اجازه هر چند اصیل (خریدار) از فضولی بودن معامله آگاه است حق دارد، جبران خسارات خود را از معامل فضولی بر مبنای مسئولیت قراردادی مطالبه کند)، معامل فضولی می تواند به جای جبران خسارت، تقاضای فروش مال به خود را بکند.

II- فقدان شرط جایگزینی

۱۳- اما در فرضی که قرارداد یا شرط به فعل ثالث متضمن جایگزینی اجباری یا اختیاری متعهد به جای ثالث نباشد، برخلاف آنچه برخی نویسندگان گفته اند (رک. به منابع مذکور در یادداشت ۱ شماره ۱۴۲ از جلد ۱۲ دوره حقوق مدنی بودری لاکانتینوری و بارد؛ دموگ، تعهدات، ج ۷، ش ۹۰۳)، الزام متعهد به انجام فعل وعده داده شده ممکن نیست (در تأیید این معنی رک: De Page, 1964, t.2, No. 744; Planiol et Ripert, 1952, t.6, No.52; Fortis, 1994, n°. 32; Baudry – Lacantinerie et Barde, 1908, t.12, n°. 143). درست است که اجرای اجباری تعهد بر جبران خسارت مقدم است، اما باید توجه داشت که انجام فعل مورد نظر، موضوع تعهد متعهد به فعل ثالث نیست تا از اجرای اجباری آن سخن رود. بنابراین

متعهدله نمی‌تواند الزام متعهد به انجام آن فعل را تقاضا کند.

اما آیا دادرس می‌تواند در دعوای مسئولیت مدنی و در مقام جبران خسارت متعهد را به انجام فعل مورد نظر ملزم سازد؟ برخی به طور مطلق پاسخ مثبت داده‌اند. برخی به دلیل تعارض این اجبار با آزادی متعهد پاسخ منفی داده‌اند (رک. به منابع مذکور در: (Ghestin (et al), 1994, n°. 599, note. 45) عقیده اخیر با روح حقوق ما سازگار نیست و با توجه به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، باید امکان اجبار در مقام جبران خسارت را به رسمیت شناخت. منتها در فرضی که موضوع تعهد به فعل ثالث، تحصیل تنفیذ ثالث یا انعقاد یک قرارداد بوده است، دادگاه در مقام جبران خسارت تنها می‌تواند متعهد را به انعقاد چنین قراردادی با متعهدله ملزم سازد، و برخلاف آنچه برخی گفته‌اند (رک. به منابع مذکور در: Baudry – lacantinerie et Barde, Loc.cit, n°. 1) خود نویسنده از این عقیده انتقاد کرده است به این دلیل که موضوع تعهد متعهد به فعل ثالث، انعقاد یا تنفیذ عمل حقوقی بوده است و نه اجرای آن، نمی‌تواند او را مستقیماً به اجرای تعهد ناشی از آن قرارداد اجبار کند، از جمله به این دلیل که، همانگونه که سابقاً عنوان شد، خسارتی که از عدم تنفیذ یا عدم انعقاد قرارداد توسط ثالث به متعهد له وارد می‌شود، نسبت به نفع حاصل از اجرای تعهد، در حد از دست دادن یک شانس (بخت تحصیل منفعت) است و بنابراین میزان خسارات منطقیاً کمتر از نفع کاملی است که از اجرای تعهد عاید متعهد له می‌شد؛ در حالی که اگر دادرس در مقام جبران خسارت متعهد را به اجرای تعهدی که در صورت تنفیذ به عهده ثالث مستقر می‌گشت، ملزم سازد، در واقع متعهد را به جبران کامل عدم‌النفع ملزم ساخته است و بدین ترتیب، طرف قرارداد بیش از میزان واقعی خسارت دریافت خواهد کرد.

اکنون باید دید در فرضی که متعهد به فعل ثالث آماده است تا خود به انجام فعل وعده داده شده اقدام کند، آیا متعهدله می‌تواند از پذیرش این امر خودداری کند و جبران خسارت را خواسته خود قرار دهد یا خیر؟ برخی پاسخ مثبت (Planiol et Ripert, (De Page, 1964, n°. 41) و برخی دیگر پاسخ منفی (1952, t.6, n°. 50, 52; Storck 2003, n°. 41) داده‌اند.

n°. 743; Laurent, principes de droit civil francais, t,15, n°545 (cite par: De Page, loc.cit) رای دادگاه پژوهش گرونوبل، ۲۲ اکتبر ۱۹۴۵، دالوز ۱۹۴۷، بخش رویه قضایی، ص ۷۵ (که برای متعهد این اختیار را که خود طرف قرارداد واقع شود به رسمیت شناخته است)) داده‌اند. به نظر می‌رسد در فرضی که طبیعت فعل به‌گونه‌ای است که از سوی متعهد به فعل ثالث قابل اجرا است و مباشرت ثالث هم منظور نبوده باشد، متعهد بتواند خود به انجام فعل موعود اقدام کند. (Baudry – Lacantinerie et Barde, n°.144) چه به این ترتیب همه خسارات متعهدله جبران می‌شود و امتناع متعهدله از پذیرش انجام فعل توسط متعهد، سوءاستفاده از حق محسوب می‌شود (Demogue, 1933, t.7, n°.904؛ ماده ۳۹۱ قانون مدنی لهستان مقرر می‌دارد: «جز در مورد شرط مخالف یا قراردادهای مقید به شخص، متعهد به فعل ثالث می‌تواند در مقام جبران خسارت، فعل موجود را انجام دهد: Lasok, 1973, t. 12, p. 118

با وجود این در صورتی که فعل وعده داده شده تنفیذ یا انعقاد قرارداد بوده باشد، متعهد نمی‌تواند به‌رغم میل متعهدله طرف قرارداد واقع شود: فرض کنیم «الف» به طور فضولی مالی را برای «ب» خریداری کرده است و در برابر طرف قرارداد (ج) تنفیذ او را وعده داده است. در صورتی که «ب» از تنفیذ قرارداد امتناع کند، «الف» نمی‌تواند به جای پرداخت خسارت تقاضا کند که «ج» مبیع را با همان شرایط به او بفروشد. حتی از این هم باید پیشتر رفت و بر این عقیده بود که دادگاه نمی‌تواند به‌عنوان جبران خسارت متعهدله (ج) به انعقاد چنین قراردادی (به‌رغم میل متعهدله) حکم کند زیرا در غیر این صورت بار تخلف متعهد به فعل ثالث از انجام تعهد، بر عهده متعهدله قرار می‌گیرد؛ در حالی که روشن است که متعهدله نباید در نتیجه عدم انجام تعهد متعهد ملزم گردد. (Storck, 2003, n°. 41). به‌علاوه اجبار متعهدله به انعقاد قرارداد، او را از حق اساسی آزادی انتخاب طرف قرارداد محروم می‌سازد. دادگاه می‌تواند در مقام جبران خسارت، متعهد به فعل ثالث را ملزم به انعقاد قرارداد با متعهدله کند. این امر اگر چه مخالف آزادی انتخاب طرف قرارداد است، اما در مقام جبران خسارت ممکن است موجه باشد. ولی در فرض عکس، متعهدله را که بدهکار جبران خسارت نیست، نمی‌تواند به این امر ملزم سازد.

بند دوم- ثالث وارث

۱۴- از آنجا که شخص بر نزدیکان خود نفوذ بیشتری دارد تا بر بیگانگان، در عمل مواردی که شخص ثالث در تعهد به فعل ثالث وارث متعهد باشد، فراوان رخ می‌دهد (حتی برخی از فقها، اعتبار تعهد به فعل ثالث را به چنین فرضی محدود کرده‌اند و تعهد به فعل اشخاص بیگانه را به دلیل غیرمقدور بودن باطل دانسته‌اند: طباطبایی یزدی، ص ۱۰۷ و ۱۰۸). در این حالت اگر متعهد بمیرد باید دید آیا ثالث (وارث)، مکلف به انجام فعل معهود است یا خیر؟

I- ارث تعهد

۱۵- پیش از پاسخ به پرسش فوق باید به پرسش کلی‌تری پاسخ داد: آیا تعهد متعهد به فعل ثالث به ارث می‌رسد یا با مرگ او پایان می‌پذیرد؟ در فرانسه تقریباً به اتفاق پذیرفته‌اند که چنین تعهدی به ارث می‌رسد. (Gross, 1964, No. 132; Ghestin et Billiau, 2005, n°. 453) با وجود این به اعتقاد «بولانژه»، که رساله دکتری او در همین زمینه بوده است، چنین تعهدی برای متعهد جنبه شخصی دارد و به ارث نمی‌رسد. (Cité par: Gross, op.cit loc.cit, add: Boulanger, 1953, n°.46) به نظر می‌رسد همین عقیده را باید تأیید کرد و تعهد به فعل ثالث را همچون برخی طلب‌ها (نظیر خسارت معنوی) وابسته به شخص (در فرض ما، شخص متعهد) دانست. به ویژه که در حقوق ما فرض ادامه شخصیت مورث توسط وراثت مورد پذیرش واقع نشده است («ادامه شخصیت متوفا توسط وراثت» (Continuation de personne du défunt par celle des heritiers) در حقوق فرانسه یک «فرض حقوقی» (Fiction juridique) محسوب می‌شود: ریموند گیلین و ژان ونسان، فرهنگ اصطلاحات حقوقی، دالوز ۱۹۹۰، ص ۲۳۵). چنین فرضی در حقوق ما وجود ندارد: کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ارث، ش ۷۷؛ دین مورث به ترکه او تعلق می‌گیرد و به شخص وارث به ارث نمی‌رسد. وارث هم بیش از میزان ترکه تعهدی ندارد).

وانگهی، در یکی از مصادیق بارز تعهد به فعل ثالث یعنی عقد کفالت هم همین راه حل پذیرفته شده است: اگر چه قانون مدنی فوت کفیل را در شمار موارد پایان کفالت نیاورده است، سابقه فقهی مساله بدون شک مؤید این امر است (سیستانی، منهاج‌الصالحین، ج

۲، ص ۳۲۵؛ بجنوردی، قواعد فقه، ج ۶، ص ۱۶۹ و منابع مذکور در: کاتوزیان، ۱۳۷۶ (پ)، ش ۳۱۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ش ۱۶۲ (یادداشت سوم)). نویسندگان حقوق مدنی هم در این زمینه اتفاق نظر دارند (کاتوزیان، همان؛ جعفری لنگرودی، همان؛ سیدحسین صفایی، ۱۳۵۱، جلد دوم، ص ۴۷۷؛ مصطفی عدل، ص ۴۷۲). و دلیل آن هم چنین بیان شده است: «تعهد به احضار به شخصیت کفیل ارتباط دارد و نفوذ معنوی و رابطه او با مکفول است که چنین اقدامی را میسر می‌کند. ایراد نشود که طلب مکفول له را از ترکه کفیل نیز می‌توان برداشت زیرا تعهد به احضار و حقی که مکفول له در این زمینه دارد ناظر به شخص مکفول است نه اموال او» (کاتوزیان، همان). این قاعده در سایر مصادیق تعهد به فعل ثالث هم اجرا می‌شود. منتها باید توجه داشت که در صورتی که متعهد به فعل ثالث به تعهد خود عمل نکند و مدیون جبران خسارت شود، فوت او سبب برائت وراثت از جبران خسارت نخواهد بود و وراثت ملزم هستند خسارت را از ترکه او پرداخت کنند. در این فرض در واقع قبل از فوت مورث، تعهد شخصی او تغییر ماهیت داده و متوجه دارایی او شده است (در مورد کفالت، رک. همان).

II- مسئولیت ثالث وارث

۱۶- با در نظر داشتن این مقدمه به فرض ویژه خود (فرضی که شخص ثالث، وارث متعهد به فعل ثالث است) باز می‌گردیم: اگر قبل از فوت متعهد، تعهد شخصی او به دلیل تخلف از انجام تعهد به تعهد جبران خسارت تبدیل شده باشد، وارث (که همان شخص ثالث است) ملزم به جبران خسارت متعهدله است. ایراد نشود که تعهد به فعل ثالث برای ثالث، الزامی ایجاد نمی‌کند چه در این فرض او به عنوان وارث چنین الزامی دارد؛ به همین دلیل هم در صورتی که ترکه را رد کند یا آنکه ترکه متوفا برای پرداخت خسارت کفایت نکند، از جبران خسارت معاف است.

اما اگر متعهد قبل از آنکه تعهد او به جبران خسارت تبدیل شود، فوت کند و ثالث وارث او باشد، یکی از این سه راه حل را می‌توان انتخاب کرد: الف- ثالث (وارث) در انجام یا عدم انجام فعل مورد نظر، مختار است و در صورتی که از انجام آن سرباز زند،

به عنوان وارث مکلف به جبران خسارت هم نیست زیرا تعهد شخصی مورث با مرگ او پایان یافته است؛ ب- وارث موظف به انجام فعل معهود است و متعهدله می تواند الزام او را به انجام این فعل از دادگاه بخواهد؛ ج- وارث می تواند به عنوان ثالث آزادی خود را در عدم انجام فعل مورد نظر حفظ کند، اما آنگاه باید به عنوان وارث خسارت طرف قرارداد را جبران کند (برخی وارث را ملزم به انجام فعل وعده داده شده دانسته اند: شعبه مدنی، ۲۸ ژوئن، دالوز دوره ای ۲۹۹ - I - ۱۹۵۹؛ شعبه عرایض، ۵ نوامبر ۱۸۷۷، دالوز دوره ای ۳۷۲ - I - ۱۸۷۸؛ شعبه مدنی ۲۸ دسامبر ۱۹۲۶، دالوز دوره ای ۷۳ - I - ۱۹۳۰؛ دادگاه پژوهش رن (Rennes)، ۲۰ مارس ۱۹۵۰، مجله سیری ۱۳۱ - ۲ - ۱۹۵۰ با یادداشت لاگارد (نقل از: Rieg, 1974, n°. 34). و از میان نویسندگان: Demogue, 1933, t.7, n°. 905; Flour et Aubert, n°. 459). برعکس، برخی دیگر وارث را تنها به جبران خسارت در صورت انجام عمل، متعهد دانسته اند: Baudry-lacantinerie et Barde, t.12, n°.138, Planiol et Ripert, t.6, 52; Reig, 1974, n°.33, Fortis, 1994, n°.38; Storck, 2003, n°. 287; Marty et Reynaud, 1988, t. 1, n°. 42; موضع فعلی دیوان کشور فرانسه همین است: (Storck, Loc.cit; Fortis, Loc.cit).

عقیده ای که ثالث را به صرف وارث بودن، مکلف به انجام فعل موعود می داند و آزادی عدم انجام فعل را از او سلب می کند، قابل انتقاد است. روشن است که تعهد به فعل ثالث برای ثالث الزامی ایجاد نمی کند و جمع دو عنوان وارث و ثالث هم در شخص واحد ممکن است. از سوی دیگر بدیهی است که وارث الزامی بیش از مورث خود به عهده ندارد و مورث او نیز خود را به انجام فعل مورد نظر متعهد نکرده بوده است (Fortis, 1994, No.37; Planiol et Ripert, 1952, t.6, No.52). پس بر فرض که او را به عنوان وارث متعهد به راضی کردن ثالث بدانیم، هنوز هم در مقام ثالث می تواند از انجام آنچه وعده داده شده است امتناع کند.

اکنون باید دید آیا چنین ثالثی در صورت عدم انجام فعل موعود باید، به عنوان وارث، خسارت وارد به متعهدله را جبران کند یا همانند هر ثالث دیگری، از جبران خسارت معاف است؟ کسانی که از پیش پذیرفته اند که تعهد متعهد به فعل ثالث، همانند هر تعهد دیگری به ارث می رسد، بدون شک به الزام وارث به جبران خسارت

نظر خواهند داد. اما اگر تعهد متعهد به فعل ثالث را یک تعهد قائم به شخص به شمار آوریم و منکر به ارث رسیدن آن شویم، آیا نباید چنین ثالثی را، همانند دیگر اشخاص ثالث، از تکلیف جبران خسارت معاف داریم؟ پاسخ مثبت می‌تواند مورد حمایت قرار گیرد. اما جالب است بدانیم که حتی آن دسته از نویسندگانی که معتقد هستند تعهد به فعل ثالث جنبه شخصی دارد و با مرگ متعهد پایان می‌پذیرد، در این فرض ویژه (که ثالث، وارث متعهد شده است) براین باورند که اگر چه ثالث آزادی خود را در انجام فعل موردنظر حفظ می‌کند، باید به عنوان وارث، خسارت طرف قرارداد را جبران کند (در حقوق فرانسه: Boulangier, 1953, No. 46, 47؛ در حقوق ایران: کاتوزیان، ۱۳۷۶ (الف)، ج ۲، ش ۳۷۹). شاید بتوان این عقیده را چنین توجیه کرد: در سایر موارد، از آنجا که وارث برخلاف مورث نفوذی بر روی ثالث ندارد، می‌توان تعهد مورث را یک تعهد قائم به شخص دانست، اما در فرضی که ثالث، همان وارث است، مرگ مورث نه فقط از این نفوذ نمی‌کاهد، بلکه آن را تقویت می‌کند؛ پس استدلال مبتنی بر وابستگی تعهد به شخصیت مورث، ارزش خود را از دست می‌دهد. به هر حال، بر فرض پذیرش الزام ثالث به جبران خسارت، باید توجه داشت که اگر وارث ترکه را رد کند هیچ تعهدی ندارد و در صورت قبول ترکه نیز، اگر به عنوان ثالث از انجام آنچه وعده داده شده امتناع کند، خسارت متعهدله باید از ترکه متوفی پرداخت شود. در صورتی که ترکه کافی نباشد، وارث الزامی به جبران خسارت از مال خود ندارد.

آیا دادگاه می‌تواند در مقام جبران خسارت، وارث را به انجام آنچه مورث او وعده کرده است، ملزم سازد؟ در حقوق فرانسه پاسخ مثبت داده شده است. (Ripert et Boulangier, 1957, t.2, No. 627; Marty et Raynaud 1988, t.2, No. 278; Boulangier, 1953, No. 46) اما در حقوق ایران این پاسخ را به طور مشروط می‌توان قبول کرد: از آنجا که خسارت متعهدله باید از ترکه متوفی تأدیه شود، بنابراین دادگاه در صورتی می‌تواند در مقام جبران خسارت، وارث را به انجام فعل معهود وادار سازد که اولاً، وارث ترکه را قبول کرده باشد؛ ثانیاً، میزان ترکه برای پرداخت خسارت کافی باشد؛

ثالثاً، وارث منحصر باشد؛ مگر آنکه عمل دارای اجزای متعدد باشد که در این صورت هر یک از وراث را می‌توان به قدر سهم‌الارث خود به انجام فعل ملزم ساخت (در حقوق ایران، کاتوزیان در شماره ۳۷۹ از جلد دوم قواعد عمومی قراردادها اظهار داشته‌اند که دادگاه می‌تواند وارث را در مقام جبران خسارت به انجام عمل وعده داده شده ملزم سازد و همچنین در صورتی که مورث، متعهد شده باشد در صورت عدم انجام فعل از سوی ثالث، شخصاً فعل مورد نظر را انجام خواهد داد، وارث هم به عنوان قائم‌مقام مورث ملزم به این امر است. به نظر نگارنده با توجه به نظریه ابتکاری ایشان در مورد ترکه متوفا و نقد نظریه ادامه شخصیت متوفا توسط وارث در موارد مختلف توسط ایشان و نظر به مواد ۲۲۶ و ۲۴۸ و ۲۵۴ قانون امور حسبی، امکان اجبار وارث در موارد مذکور از نظر ایشان مشروط به فراهم بودن شرایط مذکور در متن است؛ اما چون در مقام بیان نبوده‌اند، به این شروط اشاره‌ای نکرده‌اند و آنچه در متن مذکور افتاد، تفسیر منطقی عبارات ایشان است).

بند سوم- وثیقه شخصی و مسئولیت متعهد

۱۷- در فرضی که تعهد به فعل ثالث نقش یک وثیقه شخصی را ایفا می‌کند، آنچه درباره مسئولیت متعهد به فعل ثالث مذکور افتاد تا جایی که با طبیعت این فرض خاص تعارضی نداشته باشد، اجرا می‌شود. اما علاوه بر آنچه گفته شد باید به‌ویژه به دو مسأله دیگر پاسخ گفت. مسأله اول ارتباط پرداخت خسارت از طرف متعهد به فعل ثالث با دین شخص ثالث است. مسأله دوم، امکان رجوع متعهد است به شخص ثالث؛ و البته هر دو مسأله با یکدیگر ارتباط کامل دارند.

در فرضی که طبیعت تعهد ثالث به گونه‌ای است که با پرداخت خسارت از طرف متعهد به فعل ثالث، ثالث از تعهد خود بری نمی‌شود، متعهدله می‌تواند همانند گذشته، اجبار ثالث به انجام تعهد خود را درخواست کند. مثال‌های زیر را در نظر بگیریم:

الف- پس از صدور قرار کفالت، آقای الف پیشنهاد کفالت از متهم را داده است و این پیشنهاد از طرف مقام دادرسی مورد قبول قرار گرفته، قرار قبولی کفالت صادر شده است. در صورتی که کفیل موفق نشود در موعد مقرر به تعهد خود عمل کند، وجه‌الکفاله به عنوان خسارت عدم انجام تعهد به نفع دولت وصول خواهد شد (ماده

۱۴۰ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری). اما تعهد متهم به قوت خود باقی است.

ب- در صورتی که عین مغضوبه باقی باشد و مالک به غاصبی که عین در دست او نیست رجوع کند، اگر غاصب نتواند کسی را که عین در دست او است به رد عین وادارد، ظاهراً باید مالک بتواند بدل مال مغضوب را به عنوان جبران خسارت از غاصب مورد خطاب مطالبه کند. زیرا حکم ماده ۳۱۷ مبنی بر التزام غاصبی که عین در دست او نیست، باید ضمانت اجرایی داشته باشد و مناسب‌ترین ضمانت اجرا، الزام غاصب به پرداخت بدل است و همچنان که خواهیم دید این معنی از بند آخر ماده ۳۱۱ ق.مدنی هم استفاده می‌شود. با وجود این، شک نیست که تعهد غاصبی که عین در دست او است، به قوت خود باقی است.

ج- آقای «الف» در مقابل دولت تعهد کرده است که فرزند او که برای ادامه تحصیل به هزینه دولت به خارج از ایران سفر کرده است، در موعد مقرر به کشور باز خواهد گشت و تعهد قانونی خود را انجام خواهد داد. در صورتی که فرزند در موعد مقرر به تعهد خود عمل نکند، وجه‌الضمان یا وثیقه‌ای که «الف» داده است به عنوان جبران خسارت حاصل از عدم انجام تعهد به نفع دولت ضبط خواهد شد. اما با این پرداخت ثالث از تعهد خود در مقابل دولت معاف نمی‌شود.

در همه این مصادیق، تعهد شخص ثالث، حتی پس از پرداخت خسارت از جانب متعهد به فعل ثالث به قوت خود باقی است. متنها به اعتقاد ما در هر زمان که ثالث به تعهد خود عمل کند، آنچه متعهد به فعل ثالث به عنوان جبران خسارت پرداخت کرده است، باید به او مسترد شود. در نتیجه، این پرداخت، بیش از آنکه به خسارت عدم انجام تعهد شباهت داشته باشد، به خسارت تأخیر در انجام تعهد مانند می‌گردد. بنابراین، در مثال اول، برخلاف رویه قضایی ایرانی باید بر این اعتقاد بود که در هر زمان که متهم حاضر شود وجه‌الکفاله باید مسترد گردد. در واقع پرداخت وجه‌الکفاله یا ضبط وثیقه همواره با یک شرط فاسخ همراه است: در صورت حضور متهم مالکیت

دولت بر وجه‌الکفاله یا وثیقه، منفسخ خواهد شد.

در مثال دوم هم اگر مالک موفق شود عین مغضوب را از غاصبی که عین در دست او قرار دارد وصول کند، باید بدلی را که از غاصب قبلی دریافت کرده است، مسترد دارد. در واقع آنچه غاصب پیشین پرداخت کرده است، در حکم بدل حیلولة، بلکه عین آن است: از سویی ماده ۳۱۷ قانون مدنی غاصبی را که عین در دست او نیست در برابر مالک متعهد دانسته است و از سوی دیگر بند آخر ماده ۳۱۱ مقرر داشته است که «اگر به علت دیگری [غیر از تلف عین] رد عین ممکن نباشد» غاصب باید بدل عین مغضوبه را به مالک پرداخت کند. عبارت قانون درباره موارد پرداخت بدل حیلولة وسیع است و نه فقط شامل مواردی می‌گردد که پرداخت عین نوعاً متعذر است، شامل موردی هم که پرداخت آن برای غاصب مورد خطاب مالک متعذر است، می‌گردد (اطلاق عبارات برخی فقها مؤید این امر است: مقدس اردبیلی، ج ۱۰، ص ۵۱۹: «والظاهر ان للمالك مطالبه من ترتبت يده على يد الغاصب، مع عدم التلف بتسليم العين أو البدل، للحيلولة»). پس، همانند سایر موارد، اگر مالک، عین مغضوبه را وصول کند باید بدل حیلولة را مسترد دارد. به همین ترتیب، در مثال سوم پس از بازگشت ثالث، آنچه دولت از «الف» دریافت کرده است باید به او مسترد شود.

اما در مواردی که تعهد اولیه ثالث یک تعهد پولی بوده است (همانند آنچه در حمایت‌نامه می‌گذرد) یا (همانند ضمان حسن انجام کار) به دلیل تخلف از انجام تعهد به تعهد جبران خسارت تبدیل شده است، با پرداخت خسارت از طرف متعهد به فعل ثالث، ثالث هم - دست کم تا حد این پرداخت - از تعهد خود در مقابل متعهدله بری می‌شود. ممکن است گفته شود که آنچه متعهد به فعل ثالث به متعهدله پرداخت کرده است، خسارت ناشی از عدم انجام تعهد شخص او و بنابراین دین شخصی او بوده است. به عبارت دیگر، متعهد این مبلغ را به عنوان دین واقعی پرداخت کرده است و نه صرفاً به عنوان مسئول پرداخت. بنابراین تعهد ثالث باید به قوت خود باقی باشد (این وضعیت در موارد دیگری نظیر بیمه خسارت و ضمانت‌های مستقل (از جمله ضمانت‌نامه بانکی)، بیمه اعتباری، پرداخت مزایای تامین اجتماعی و... هم وجود دارد و بررسی آن نیازمند بحث تفصیلی است که خارج از حوصله

این مقاله است). این ایراد، صحیح است؛ اما باید توجه داشت که هدف هردو دین (دین متعهد به فعل ثالث و دین شخص ثالث) یکی است و آن هدف، جبران خسارت متعهدله است و از آنجا که پرداخت خسارت از سوی متعهد به فعل ثالث این هدف را برآورده می‌سازد و متعهد له نیز حق ندارد بیش از میزان واقعی ضرر، مبلغی دریافت کند - چه از شرایط ضرر قابل جبران آن است که قبلاً جبران نشده باشد- بنابراین متعهدله با دریافت خسارت از متعهد به فعل ثالث، تا همان حد از دریافت خسارت از ثالث محروم می‌شود بدون اینکه ثالث از تعهد خود برائت یافته باشد: تعهد او در مقابل متعهد به فعل ثالث ادامه دارد. به این ترتیب، متعهد به فعل ثالث نه فقط حسب مورد از امکان اقامه یک دعوا شخصی علیه ثالث برخوردار است، پیشنهاد می‌گردد که در تمام مواردی از این دست، بتواند به عنوان قائم مقام متعهدله به ثالث رجوع کند.

راه حل دیگری هم می‌توان انتخاب کرد: همانند فرض پیش می‌توان بر این عقیده بود که پرداخت خسارت از جانب متعهد به فعل ثالث، ثالث (مدیون اصلی) را از تعهد خود معاف نمی‌سازد و او باید تعهد خود را در مقابل طلبکار انجام دهد. منتها به محض اینکه ثالث تعهد خود را انجام دهد، طلبکار باید آنچه را از متعهد به فعل ثالث دریافت کرده است به او مسترد دارد زیرا از این لحظه به بعد خسارتی متوجه او نیست و آنچه متعهد به فعل ثالث پرداخته است، در واقع بابت جبران خسارت تأخیر در انجام تعهد بوده است.

اما آیا ساده‌تر آن نیست که به جای جلوگیری از این تکرار، با ادغام این دو مرحله مستقیماً به متعهد به فعل ثالث اجازه دهیم که تا حد پرداختی که انجام داده و دینی که بر عهده ثالث بوده است، به این ثالث مراجعه کند؟ به این ترتیب، قائم‌مقامی متعهد به فعل ثالث از طلبکار، بر فرض که از جهت نظری هم با ایراد موجه باشد از لحاظ عملی، مطلوب‌تر است.

منابع و مأخذ:

الف - فارسی:

- ۱- امامی، سیدحسن، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، ج ۱، کتابفروشی اسلامیة.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۲)، عقد ضمان، تهران.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)، عقداکفالت، گنج دانش.
- ۴- صفایی، سیدحسین، (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج: ۲ تعهدات و قراردادهای، موسسه عالی حسابداری.
- ۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶الف)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، شرکت سهامی انتشار.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶ب)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، شرکت سهامی انتشار.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶پ)، عقود معین، ج ۴ عقود اذنی - وثیقه‌های دین، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار.
- ۸- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، الزام‌های خارج از قرارداد، ج ۱ و ۲، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۹- کاظمی، محمود، (۱۳۸۰)، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۳، پاییز.

ب - عربی:

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، انتشارات دهاقانی، ج ۲، بی تا.
- ۲- بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۱، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
- ۳- بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۵، قم، بی تا.
- ۴- روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، ج ۱۹، قم، بی تا.
- ۵- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، چاپ سنگی در یک مجلد.
- ۶- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۰ ه.ق.)، العروة الوثقی، ج ۲، چاپ اول، قم.
- ۷- عاملی، زین الدین بن علی، (شهبیدثانی)، (۱۴۱۴ ه.ق.)، مسالک الافهام، ج ۴، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، قم.
- ۸- قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۱)، جامع الشتات، چاپ دوم، انتشارات کیهان.
- ۹- مقدس اردبیلی، احمد، (۱۴۱۶ ه.ق.)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۹ و ۱۰، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- ۱۰- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهه، چاپ اول، قم.
- ۱۱- نجفی، شیخ محمدحسین، (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۶، ۲۳ و ۳۷، چاپ اول، دارالکتب الاسلامیه، تهران.

ج - لاتين:

- 1- Angel (Pierre), (1973), Traité des obligations en droit suisse.
- 2- Baudry-Lacantinerie(G.) et Barde(L.), (1908), Traité théorique et pratique de droit civil, 3e éd., t.12.
- 3- Boulanger (Jean), (1953), Porte-Fort, in Dalloz, Rép. dr. civ., publié sous la direction de E.Vergé et G.Ripert, t.3.
- 4- De Page(Henri), (1964), Traité élémentaire de droit civil belge, t.2,3e éd., Bruxelles.
- 5- Dekkers, (1955), Précis de droit civil belge, t.2, Bruxelles.
- 6- Demogue (René) , (1933), Traité des obligations en général, t.7, Paris.
- 7-Flour (Jaques) et Aubert (Jean - Luc), (1991), Les obligations, t.1: L'acte Juridique, 5eéd..
- 8-Fortis (Elizabeth), (1994), Porte- Fort, *in* Encycl. Dalloz, Rép. dr. civ. .
- 9- Ghestin (Jacques), Jamin (Christophe) et Billiau (Marc), (1994), Traité de droit civil, Les effets du contrat, LGDJ.
- 10- Ghestin (Jacques), Billiau (Marc) et Loiseau (Grégoire), (2005), Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, LGDJ.
- 11-Gross, (1964), La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats.
- 12- Lasok (Dominic) , (1973), Polish Civil Law, Leiden A. W. Sijtheff.
- 13-Marcadé (Victor-Napléon), (1892), Explication théorique et pratique du code civil, t.4, Paris.
- 14-Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre), (1988), Les obligations, t.1: Les sources, 2e éd., Dalloz.
- 15- Mazeaud (Henri et Léon), Chabas (François) et Picod (Yves), (1999), Leçons de droit civil, t.3, 1ère vol., Les suretés-La publicité foncière, 7eéd., Montchristien.
- 16- Nicholas Gill (Jonathan), (2001), Does the Law Adequetely Recognise Letters of Comfort? , University of Auckland Business Review, Vol.3,No.2, 2001.
- 17- O'Donovan, (James) & Phillips (John), (2003), The Modern contract of Guarantee, Sweet & Maxwell.
- 18- Planiol (Marcel) et Ripert (Georges), (1952), Traité pratique de droit civil, t.6,2e

éd. .

- 19- Ripert (Georges) et Boulanger (Jean), (1957), Traité de droit civil, t.2, LGDJ.
- 20- Rieg (Alfréd) , (1974), Porte - Fort, *in* Encyl. Dalloz, Rép dr. civ.
- 21- Simler (Philippe) (1990) , Les solutions de substitution au cautionnement, J.C.P., éd. G.,I,3427.
- 22- Simler (Philippe), (1997), De la substitution de la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie, Actes pratiques - Sociétés, Editions du Juris- Classeur.
- 23- Simler (Philippe) et Delebeque (Philippe), (1995), Droit civil, Les suretés- La publicité foncière, 2e éd., Dalloz.
- 24- Starck (Boris), (1972), Droit civil, Obligations, Librairies techniques.
- 25-Starck (Boris), Roland (Henri) et Boyer (Laurent), (1993), Obligations, t.2: Contrat, 4e éd..
- 26- Storck (Michel), (2003), Promesse de porte-fort, Juris – Classeur civil, Contrats et obligations, Fasc. 7-2.
- 27- Thai (Lang), (2000), "Letter of Comfort: A Comparative Evaluation of Australian, United States and English Jurisdictions", *Current Commercial Law*, Vol. 7 , No.1.
- 28-Terré (François), Simler (Phillippe) et Lequette (Yves), (1996), Droit civil, Les Obligations, 6e éd., Dalloz.

کتاب بزرگ‌ترین اختراع بشر است

(ویلیام شکسپیر)