

## ضمان حسن اجرای قرارداد

چکیده: در هر قرارداد، متعهد در صورت عهدشکنی مکلف به جبران خسارت هم‌پیمان خود است و متعهدله، به منظور تقویت این طلب احتمالی، مایل است که همان ابتدا، شخص سومی ضامن مدیون باشد تا در فرض تخلف او، خسارت بدون جبران نماند.

از سوی دیگر، قانون مدنی، به پیروی از عقیده مرسوم فقیهان امامیه عقد ضمان را مفید انتقال دین می‌داند (ماده ۶۹۸) و وجود سبب دین مضمون به را هنگام عقد، کمترین شرط صحت آن محسوب می‌دارد (ماده ۶۹۱)؛ شرطی که ممکن است در مورد تعهد جبران خسارت ناشی از پیمان‌شکنی، هنگام انعقاد پیمان فراهم نباشد.

با وجود این، ضمان از این نوع تعهد، با نام «ضمان حسن اجرای قرارداد» در عرف شایع است و هدف این مقاله آزمودن سازگاری این قسم ضمان، با قواعد مربوط به «عقد ضمان» در قانون مدنی است.

### بخش نخست. تمهید

#### ۱. تعریف و ماهیت حقوقی ضمان

عقد ضمان به موجب قانون مدنی عبارت است از اینکه «شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده گیرد...» (ماده ۶۸۴) این تعریف همان‌گونه که از ظاهرش بر می‌آید، تمام نیست و واقعیت عمل حقوقی انجام شده را نشان نمی‌دهد: ضمان عقد است و به ایجاب ضامن محدود نمی‌شود و قبول متعهدله اصلی یا مضمون‌له نیز در تحقق عمل لازم است. از سوی دیگر، اثر ضمان منحصر در به عهده گرفتن دین دیگری

نیست، سقوط آن از عهده مضمون عنه یا مدیون اصلی را نیز به دنبال دارد. ماده ۶۹۸ ق.م. در این زمینه می‌گوید: «بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود». این دو اثر را در حقوق ما، نقل ذمه به ذمه، می‌نامند. (۱)

نکته دیگری که در تعریف ماده ۶۸۴ ق.م. وجود دارد آن است که اصطلاح «مال» در آن، به معنای عام خود به کار رفته است؛ بنابراین، هم شامل عین و منفعت می‌گردد و هم حقوق مالی. (۲) بدین سان حقوق غیرمالی از قلمرو تعریف بیرون می‌ماند.

منظور از حقوق غیرمالی، حقوقی است که بطور مستقیم ارزش مالی ندارد و قابل ارزیابی به پول نیست و در نتیجه خارج از دارایی قرار می‌گیرد و هدف از اعطای آن به شخص، حمایت از وجود مادی و معنوی و زندگی خانوادگی و حیات اجتماعی اوست. (۳) خروج این‌گونه حقوق از تعریف ضمان، منطقی است؛ زیرا حقی که جایگاهی در دارایی فرد ندارد، قابل انتقال نیست تا موضوع ضمان واقع شود.

اختصاص ضمان به اموال در معنای اعم کلمه را پیشینه قانون مدنی نیز تأیید می‌کند؛ زیرا در میان فقیهان امامیه عقیده مشهور، ضمان را بر عهده گرفتن مال یا تعهد مالی دیگری می‌داند. (۴)

با توجه به مجموع این نکات، در تعریف عقد ضمان گفته شده است: «عقدی است که به موجب آن شخصی در برابر طلبکار و با موافقت او، دین دیگری را به عهده می‌گیرد و انتقال آن را به ذمه خویش می‌پذیرد.» (۵) در قانون مدنی فرانسه، عقد ضمان قراردادی است که به موجب آن ضامن متعهد می‌شود تا اگر مضمون عنه به تعهد خود وفا نکرد، دین او را در برابر مضمون له ایفا کند. (۶)

به همین اعتبار، حقوقدانان فرانسوی ضمان را نوعی وثیقه شخصی می‌دانند که نتیجه آن ضمیمه شدن تعهد ضامن به تعهد مدیون اصلی و تقویت طلب است. (۷)

در حقوق انگلیس نیز عقد ضمان قراردادی فرعی و تبعی است که به موجب آن شخصی در برابر ثالث، پاسخگوی دین، تقصیر یا شکست طرف دیگر می‌گردد. بر این

مضمون‌عنه باشد. در حقوق تجارت بین‌الملل هم عقد ضمان مفهومی متفاوت از حقوق داخلی ندارد؛ در دستورالعملی که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۱</sup> به سال ۱۹۷۸ تحت عنوان «قواعد متحدالشکل راجع به عقد ضمان» منتشر گردیده، همین معنا مذکور افتاده است. (۹)

از این مقایسه کوتاه چنین بر می‌آید که ضمان در حقوق فرانسه و انگلیس و بازرگانی بین‌المللی، ماهیتاً موجب تعدد بدهکار و تضمین و توثیق طلب است. در حالی که قانون مدنی ما، آن را از اسباب سقوط دین مدیون و انتقال تعهد او (به شیوه‌ای خاص) می‌داند. تفصیل این مطلب را در قسمتهای بعدی خواهیم دید.

## ۲. شرایط و آثار

از آنجا که بررسی جامع شرایط انعقاد و آثار عقد ضمان مجالی بیش از حد این مقال می‌طلبد، این بخش از بحث خود را اختصاص به آن دسته از شرایط و آثار عقد می‌دهیم که در بررسی ضمان حسن اجرای قرارداد واجد اهمیت است.

### ۲-۱. موجود بودن دین شرط تحقق ضمان است

ضمان یک عقد تبعی است و وجود آن فرع بر رابطه پیشین میان مدیون اصلی و دائن اوست: ضامن، دین مضمون‌عنه را به عهده می‌گیرد. پس، شرط درستی و نفوذ ضمان آن است که این دین موجود و مشروع باشد.

دین موجود کدام دین است؟ در پاسخ باید گفت، دین کامل تعهدی است که بر ذمه مدیون آن به وجود آمده و قابل مطالبه باشد. بنابراین اگر خریدار مالی، بابت ثمن به فروشنده بدهکار باشد، ضامن می‌تواند این دین را به عهده گیرد و وجود خیار فسخ با وجود دین منافات ندارد: تعهد قابل فسخ موجودی است که تنها احتمال از بین رفتن آن می‌رود و استقرار ندارد، ماده ۶۹۶ ق.م. در این زمینه مقرر می‌دارد: «هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد.» دین مؤجل نیز موجود و

قابل مطالبه است و می‌تواند موضوع ضمان واقع شود. (مواد ۶۹۲ و ۷۰۵ ق.م.ا). تنها تفاوتی که با دین حال دارد این است که امکان استیفای آن بایستی مدتی به تأخیر افتد. (۱۰). ولی گاه دین اصلی قابل مطالبه نیست و از نظر ارکان تشکیل دهنده آن ناقص است (مانند دین طبیعی) و یا تحقق آن معلق به وجود شرطی در آینده است، و سرانجام گاه سبب ایجاد یا مقتضی وجود دین فراهم آمده، لیکن موانع رفع نشده یا شرایط جمع نیامده است. همه اشکال در این است که آیا این‌گونه دیون را نیز می‌توان موجود دانست یا کیفیت و نوع کاستی آن چنان است که به ماهیت دین صدمه می‌زند و مانع ایجاد رابطه دینی می‌گردد؟

فقیهان امامیه با اعتقاد به شرط ثبوت دین در ذمه، ضمان دینی را که هم اکنون موجود نیست، گرچه در آینده قدم در عرصه وجود نهد، «ضمان ما لم یجب» نامیده‌اند و در بطلان آن تردیدی ندارند (مانند ضمان نفقه آینده زوجه). از نظر اینان نقصی که مانع مطالبه دین یا تحقق آن باشد، منافی انتقال ذمه است. (۱۱)

با وجود این، پاره‌ای از متأخران، ضمن تعدیل نظر پیشینیان، عقیده دارند که ضمان دینی که مقتضی وجود آن فراهم آمده نیز صحیح است. گرچه، احتمال دارد این مقتضی هیچ‌گاه به اثر مطلوب منتهی نشود. (۱۲)

باید افزود که، حتی در نوشته‌های فقیهانی که لازم می‌دانند دین ثابت در ذمه باشد، پاره‌ای از تعهدات زیر عنوان دیونی که لازم نیست ولی سرانجام منتهی به لزوم می‌شود (مانند مال جعاله و سبق و رمایه) از این حکم مستثنی شده‌اند. (۱۳)

این تعبیر نیز در واقع تمایل به پذیرش دیونی است که سبب آنها ایجاد شده و هنوز به صورت ثابت و قابل مطالبه در نیامده است. (۱۴) قانون مدنی ما نیز همین عقیده را برگزیده است. در ماده ۶۹۱ می‌خوانیم: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است.» مفهوم مخالف ماده این است که «ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده درست است.» در نظر نویسندگان حقوق مدنی، معنای سبب در ماده ۶۹۱ به توجه به پیشینه قانون مدنی، همانا «مقتضی» است نه علت به مفهوم فلسفی آن. (۱۵) بر این پایه، ضمان

تکلیف انفاق بر ذمه زوج، عقد نکاح است که با وجود آن، سبب پرداخت نفقه آینده به وجود آمده است.

در حقوق فرانسه، ضمان از دین آینده از دیرباز پذیرفته شده است. منتها در تحلیل این گونه ضمان عقاید گوناگونی ابراز گردیده است: گذشتگان آن را وعده ضمان یا ضمان معلق بر ایجاد دین می دانستند. (۱۶) اما نویسندگان جدیدتر گفته اند که عقد ضمان وثیقه شخصی طلب محسوب می شود که اثر اصلی آن تقویت طلب است و از این حیث تفاوتی میان تعهد موجود و تعهد آینده وجود ندارد. (۱۷) برخی از مؤلفان فرانسوی در دفع این ایراد مقدر که وجود عقد تبعی ضمان وابسته به وجود رابطه دینی پیشین است، گفته اند: قاعده ای که به موجب آن تابع در وجود خود وابسته متبوع است در تحقق ضمان از دین آینده تأثیری ندارد، زیرا اثر اصلی عقد آن است که ضامن در هنگام ایجاد تعهد مدیون اصلی، همزمان با او یا در صورت عدم پرداخت او، در برابر مضمون له متعهد و مکلف به ایفا دین گردد. (۱۸)

عده ای دیگر از اندیشمندان فرانسوی با تحلیلی دقیق، ضمان از دین آینده را به دو تعهد، تجزیه می کنند: تعهد وثیقه<sup>۱</sup> که همزمان با عقد به وجود می آید و مفاد آن جلب اطمینان طلبکار و تضمین او در برابر عدم پرداخت است، و تعهد پرداخت و تصفیه دین<sup>۲</sup> که به هنگام تحقق دین اصلی ایجاد می شود و مضمون آن پرداخت دین است. (۱۹)

رویه قضایی فرانسه نیز، فارغ از این بحثهای نظری، صحت ضمان از دین آینده را منوط به معین بودن دین یا قابل تعیین بودن آن در هنگام ضمان، کرده است. (۲۰)

در حقوق انگلیس نیز ضمان دینی که هنوز ایجاد نشده معتبر است. بویژه هنگامی که ضامن عهده دار تقصیر یا شکست مضمون عنه می گردد. ولی باید دانست که در این گونه موارد، ایجاد تعهد ضامن معلق بر تحقق دین اصلی است و مادام که مدیون اصلی، قصوری نورزیده یا عهدی نگسسته، ضامن تعهد قابل مطالبه ای ندارد. (۲۱)

اختلاف حقوق ایران با دیگر نظامهای حقوقی در این زمینه، ناشی از تفاوت مبانی در

شرط تحقق ضمان است: در حقوق ما وجود دین اصلی یا دست کم سبب آن، شرط انعقاد ضمان است. در حالی که، ضمان از دیون آینده را نظامهای خارجی نظیر حقوق فرانسه و انگلیس موافق قاعده می‌دانند. منتها، قابل تعیین بودن دین اصلی را شرط عملی آن قرار می‌دهند یا ایجاد تعهد قطعی ضامن را موقوف بر تحقق التزام مدیون اصلی می‌گردانند.

اختلاف مبانی در اثر ضمان نیز مشهود است: در نظامهای بیگانه ضمان را به عنوان وثیقه شخصی طلب به کار می‌گیرند و در حقوق ما آن را مفید نقل ذمه می‌دانند.

## ۲-۲. اثر ضمان نقل ذمه است

به موجب ماده ۶۹۸ ق.م.: «بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.» این ماده اثر اصلی عقد ضمان را بیان می‌دارد و سابقه آن را باید در حقوق اسلام جست: فقیهان امامیه معتقدند که در اثر ضمان و به پیروی از قصد مشترک طرفین، ذمه مدیون بری می‌شود و در ضمن تعهدهای ضامن قرار می‌گیرد. (۲۲)

در تحلیل این اثر و سعی در انطباق آن با دیگر نهادهای حقوقی، عقاید گوناگونی ابراز شده است؛ برخی از استادان بر مبنای نقل ذمه، اثر ضمان را «انتقال دین» دانسته و تمامی آثار آن را بر ضمان بار کرده‌اند. به عقیده ایشان، «ضمان مبتنی بر انتقال دین است. یعنی در نتیجه ضمان جنبه منفی تعهد از مدیون به ضامن منتقل می‌شود و مدیون اصلی بری می‌گردد. برائت ذمه مضمون‌عنه اثر مستقیم انتقال دین است که مبنای ضمان به معنی مطلق می‌باشد.» (۲۳) برعکس، پاره‌ای از نویسندگان، ضمان را از حیث آثار، نوعی «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون» می‌انگارند: «در عقد ضمان ما که موجب نقل ذمه می‌شود، طرفین عقد ضامن و مضمون‌له هستند. مضمون‌له، متعهدله سابق (بر عقد ضمان) است و ضامن، متعهد جدید است که با متعهدله سابق تراضی می‌کنند که تعهد سابق را انجام دهد. چون ضمان تبرعی و غیرتبرعی را قانونگذار صحیح دانسته است، لذا ضامن

ذمه در حقوق ایران و فقه امامیه مطابقت دارد.» (۲۴)

شایان ذکر است که این نظر را بند ۲ از ماده ۲۹۲ قانون مدنی نیز تأیید می‌کند. زیرا از ظاهر آن بر می‌آید که قانونگذار تعریف ضمان را زیر عنوان «تبدیل تعهد» و در شمار اقسام آن آورده است.

اما یکی دیگر از استادان این هر دو نظر را قابل ایراد و انتقاد دانسته و با دقتی فراوان در مبانی و آثار ضمان، عقیده‌ای دیگر برگزیده است: «در انتقاد از نظر نخست که ضمان را انتقال دین می‌داند، باید گفت که در انتقال مستقیم دین، عمل حقوقی بین مدیون (انتقال دهنده) و شخص ثالث (انتقال گیرنده) انجام می‌شود و طلبکار در این میان نقشی ندارد. ولی در ضمان، عقد بین شخص ثالث (ضامن) و طلبکار واقع می‌شود و مدیون دخالتی در عمل حقوقی ندارد. به اضافه، از مفاد مواد ۷۰۲، ۷۰۳ و ۷۰۴ قانون مدنی چنین بر می‌آید که دین ضامن در برابر طلبکار تابع قرارداد بین طرفین است؛ مثل دین مضمون‌عنه، ولی لزومی ندارد همان شرایط و اوصاف را داشته باشد. در انتقاد از نظر دوم (تبدیل تعهد) نیز باید گفت که، چون در حقوق اسلام «تعهد» وابسته به شخصیت طرفین آن نبوده و انتقال دین و طلب اشکالی را که رومیان با آن روبه‌رو بوده‌اند نداشته است، فقیهان نیازی به نهاد «تبدیل تعهد» نداشته‌اند و این مفهوم برای آنان ناشناخته مانده است... مفاد توافق ضامن و طلبکار این نیست که تعهد جدیدی را جانشین دین سابق کنند و این دو عمل حقوقی را در برابر یکدیگر قرار دهند. بلکه می‌خواهند دین مضمون‌عنه را بدین وسیله بر عهده ضامن قرار دهند. چنانکه در تعریف ماده ۶۸۴ ق.م. از ضمان می‌گوید: «... شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.» نیز به خوبی بر می‌آید که دین ضامن تعهد جدیدی نیست. بلکه عین تعهد مدیون یا مثل آن است. به اضافه، دلیل اینکه علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دین، شرط نیست (ماده ۶۹۴ ق.م.). قابلیت تعیین آن به وسیله بررسی شرایط دین اصلی است، در حالی که اگر تعهد جدیدی بود، باید از آن رفع ابهام می‌شد.

حقیقت این است که «عقد ضمان» نهاد مستقلی است که در حقوق ما پیش‌بینی شده

کامل در ضمان اجرا کرد:.... در واقع، نوعی «انتقال دین خاص» است که در آن طلبکار نیز نقش عمده دارد و از بنیانگذاران عمل حقوقی به شمار می‌آید.» (۲۵)

بنابراین جوهر اصلی عقد ضمان، بنا به آنچه فقها و به تبع آنان، حقوقدانان ما می‌نامند، «نقل ذمه» است که اثر مستقیم آن برائت مدیون اصلی و انتقال دین به ذمه ضامن است. منتها، انتقال دین را نباید لازمه مفهوم یا مقتضای ذات ضمان شمرد یا از امور مربوط به نظم عمومی دانست. طرفین می‌توانند در عقد ضمان شرط کنند که ذمه ضامن وثیقه طلب مضمون‌له قرار گیرد یا ضامن و مدیون در برابر طلبکار مسؤولیت تضامنی پیدا کنند. سکوت در برابر عرف مسلم نیز به منزله ذکر در عقد است (ماده ۲۲۵ ق.م.همچنین، هرگاه از اوضاع و احوال و شرایط عقد معلوم شود که قصد طرفین ایجاد وثیقه شخصی برای تعهد بوده است، باید از این قصد پیروی شود، زیرا بنای طرفین نیز در حکم شرط است. (۲۶) (ماده ۱۱۲۸ ق.م.)

به بیان دیگر، لازمه اطلاق ضمان، بری شدن مدیون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین اوست. ولی شرایط خصوصی قرارداد یا قانون خاص ممکن است این اثر را تغییر دهد و به صورت وثیقه دین درآورد. چنانکه مواد ۴۰۲ به بعد قانون تجارت اصل را بر حکومت قاعده تضامن میان ضامن و بدهکار دانسته یا ماده ۲۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی، ذمه ضامن را وثیقه دین محکوم علیه می‌شمارد. حال با در نظر گرفتن این مقدمه کوتاه که مدخل بحث ماست، به موضوع اصلی خود می‌پردازیم.

### بخش دوم. ضمان حسن اجرای قرارداد

#### ۳. تعریف این گونه ضمان

در اقسام گوناگون پیمانها، ممکن است از طرف عقد خواسته شود که اجرا یا حسن اجرای تعهدهای قراردادی خود، یا جبران خسارتی که از عدم انجام تعهد به بار می‌آید، را تضمین کند. این گونه ضمانتها را ضمان حسن اجرای قرارداد می‌نامند؛ بطور مثال، برای اجرای طرحهای عمرانی نظیر سدسازی، راه سازی، تأسیس کارخانه‌ها، ساختن

کیفیت کار و چه از حیث قیمت و مدت اجرا، پیشنهاد کنند. سپس، به منظور آنکه شرکت‌کنندگان در مناقصه به پیشنهاد خود پایبند بمانند، از آنان خواسته می‌شود ضمانت‌نامه‌ای را که «ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه»<sup>۱</sup> نامیده می‌شود، ضمیمه درخواست خود کنند، تا هرگاه، پیشنهاد آنان در مناقصه مورد قبول کارفرما واقع شد ولی برنده مناقصه حاضر به انعقاد قرارداد نگردد، خسارات وارد به کارفرما از محل ضمانت‌نامه جبران شود.

همچنین ممکن است در هنگام انعقاد قرارداد اصلی از پیمانکار خواسته شود تا برای تضمین اجرای تعهدات خود به نحو مطلوب و منطبق با شرایط قرارداد و متعارف، ضامنی معتبر به کارفرما معرفی کند.

بانکها نیز معمولاً به هنگام پرداخت وام به مشتریان خود، از آنان ضامنی برای تضمین بازپرداخت وام، می‌خواهند، که این‌گونه ضمانت هم از گونه ضمان حسن انجام تعهد است.

استخدام در برخی مؤسسات دولتی یا خصوصی نیز ممکن است مستلزم معرفی ضامن یا ضامنهایی از سوی داوطلب استخدام برای اطمینان از جبران خسارات احتمالی ناشی از ترک کار یا عدم اجرای تعهدهای شغلی باشد. در این صورت، چنین ضمانتی هم در زمره ضمانتهای حسن انجام تعهد می‌گنجد.

باری، شیاع این‌گونه قراردادها در جامعه، خود نشان‌دهنده حسن اقبال عمومی و کارآمد بودن این ابزار در روابط حقوقی مردم است و حقوقدان را ناگزیر از تحقیق در ماهیت این نوع ضمان و تبیین ساختار حقوقی آن می‌سازد.

#### ۴. ماهیت حقوقی قرارداد - اندیشه‌های حقوقی و رویه قضایی

برای نشان دادن ماهیت این عمل حقوقی، نظریه‌هایی از سوی حقوقدانان ارائه گردیده و بر پایه آن، رویه قضایی داوریهی گوناگونی ابراز داشته است که در این بخش آنها را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

#### ۴-۱. ضمان حسن اجرای قرارداد - جلوه‌ای از آزادی قراردادی

در برخی آراء این تمایل مشاهده می‌شود که ضمان حسن اجرای قرارداد، ضمان واقعی مندرج در فصل چهاردهم قانون مدنی نیست، پیمانی است بی‌نام که در محدوده خود و در پرتو اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ ق.م.) الزام‌آور است. مطالعه مسیر یکی از تصمیم‌های دیوان کشور در این زمینه، مؤید نظر بالا است:

«قراردادی بین اداره غله گرگان و شخصی به نام حاج یوسف به موجب سند رسمی... برای تحویل گندم و جو تنظیم می‌گردد و در قرارداد مزبور اداره غله متعهد می‌شود تعداد لازم کیسه گونی به منظور حمل غله را در اختیار حاج یوسف پیمانکار بگذارد و نامبرده تعهد می‌کند پس از تحویل گندم و جو کیسه‌ها را بازگرداند و در صورتی که کیسه گونی‌ها مفقود گردد، بهای آن را به قرار هر کیسه گونی ۳۰ ریال، به اداره غله کارسازی کند. ضمناً در همان سند شخص دیگری ضمانت پیمانکار را می‌نماید. پس از چندی اداره غله زمان، به استناد قبوض انبار مدعی می‌گردد که تعداد ۴۴۷۷ تخته کیسه گونی تحویل شده به حاج یوسف، مسترد نگردیده و برای دریافت بهای آن تقاضای صدور اجرائیه علیه ضامن می‌نماید و اجرائیه ثبتی در تاریخ... صادر می‌گردد. ضامن به اجرائیه تمکین نکرده از دادگاه شهرستان گرگان ابطال اجرائیه و توقف عملیات اجرایی را درخواست می‌نماید و ضمن درخواست خود اظهار می‌دارد: «... تحویل گردیدن کیسه‌ها به متوفی (حاج یوسف) بر فرض اینکه ثابت تلقی شود، چون بقای آن مورد تصدیق نیست. برای رسیدگی به تحویل کیسه‌ها و عدم رد آن درخواست، رجوع امر به کارشناس می‌شود و چون دعوی بر میت است طبق ماده ۱۳۳۳ ق.م. و ماده ۴۲۳ و سایر مواد قانون آیین دادرسی مدنی، درخواست اتیان سوگند می‌شود و مستندات و قبوضی که اداره غله و نان به استناد آنها مدعی عدم استرداد گونیها شده، هشت فقره آن امضاء حاج یوسف را ندارد که ایجاد الزامی برایش بنماید...»

دادگاه شهرستان گرگان قرار توقیف عملیات اجرایی را صادر و پس از رسیدگی به موضوع خواهان را محکوم به بیحقی می‌کند. وکیل خواهان از این رأی پژوهش

رأی، پژوهشخوانده (اداره غله) فرجام می‌خواهد و شعبه هشتم دیوان عالی کشور در رأی فرجامی خود به استناد اینکه حکم به ابطال اجراییه بدون محاسبه گونیهایی که ذمه مضمون‌عنه نسبت به آنها مشغول بوده، صحیح نیست و مخدوش می‌باشد،<sup>۱</sup> حکم فرجام‌خواسته را به اتفاق آراء نقض می‌نماید و رسیدگی به موضوع را به شعبه سوم دادگاه استان مازندران واگذار می‌کند. این شعبه، پس از رسیدگی به موضوع با این استدلال که؛ «... از جمله اعتراضات پژوهشخواه این است که ضامن باید دینی را بپردازد که طبق مادتين ۷۰۹ و ۷۱۴ ق.م.، بتواند از مدیون، یعنی مضمون‌عنه، مطالبه نماید و به عبارت دیگر موضوع ضمانت باید مشخص و ثابت باشد. این اعتراض وارد به نظر می‌رسد، زیرا وقتی صدور اجراییه علیه ضامن امکان‌پذیر است که مندرجات سند ضمانت‌نامه حکایت از وجود دین ثابت و روشن می‌نماید و در مواردی که ضامن، ضمانت دینی را به شرط تحقق و ثبوت آن می‌نماید و موضوع دین ثابت نیست، قبل از اثبات آن در مرجع صلاحیتدار و به صرف ادعای مضمون‌له قانوناً موجبی برای صدور اجراییه نیست...» (۲۷) مانند شعبه اول، حکم پژوهشخواسته را فسخ و رأی بر بطلان اجراییه صادر و اداره غله و نان را به پرداخت حق‌الوکاله مرحله بدوی و پژوهشی و هزینه دادرسی محکوم می‌کند. از این رأی نیز فرجام‌خواهی می‌شود و این بار شعبه ۶ دیوان عالی کشور با تأیید نظر شعبه ۸ این دیوان، حکم فرجام‌خواسته را نقض و رسیدگی را به شعبه دوم دادگاه استان مازندران ارجاع می‌کند. شعبه دوم دادگاه استان مازندران به استناد اینکه ضمان مزبور، «ضمان مال‌م‌یجب» و مخالف مادتين ۶۸۴ و ۶۹۱ قانون مدنی است، حکم به بطلان اجراییه که به زیان پژوهشخواه (ضامن) صادر شده، می‌کند. در قسمتی از این رأی چنین می‌خوانیم: «... از مجموع معاهده طرفین در زمینه کیسه گونی و قبوض استنادی اداره غله گرگان، مستفاد است که در تاریخ تنظیم قرارداد که همان تاریخ ضمان است هیچ‌گونه کیسه گونی به یوسف پیمانکار داده نشده و مقرر بوده بعداً داده شود. لذا در تاریخ قرارداد ذمه پیمانکار نسبت به کیسه گونی مشغول نبوده است. عقد ضمان وقتی واقع و تحقق پیدا می‌کند که ذمه مدیون اصلی مشغول باشد و شرط تحقق ضمان چه آن

را ضم ذمه به ذمه یا نقل ذمه به ذمه، بدانیم اشتغال ذمه مدیون و مضمون‌عنه است در تاریخ وقوع پیمان که همان تاریخ ضمان است، ذمه یوسف مشغول نبوده تا بر اثر ضمان ذمه پژوهشخوانده مشغول گردد. بنابراین، چنین ضمانتی نمی‌تواند مجوز مطالبه ... از ضامن کذابی گردد... زیرا چنین ضمانتی، ضمان ما لم یجب است و ضمان ما لم یجب نیز باطل می‌باشد. براساس همین دو اصل فقهی است که قانون مدنی در ماده ۶۸۴ می‌گوید: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد و ماده ۶۹۱ همان قانون صراحت دارد؛ ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده، باطل است...» وکیل اداره غله و نان بار دیگر از این رأی فرجام می‌خواهد و این بار مسأله در هیأت عمومی دیوان کشور مطرح می‌شود و این هیأت با صدور حکمی به شرح ذیل، حکم دادگاه تالی را نقض می‌کند.

«به شرح مستند دعوی که طبق آن، اجراییه ثبتی صادر شده، فرجامخوانده حسن انجام تعهد پیمانکار را عهده دار شده و ملتزم گردیده که هرگونه خسارت ناشی از پیمان را به سود اداره غله و نان متحمل شود به این عنوان فرجام خوانده متعهد است که اعمالی انجام دهد و تطبیق این تعهد با باب ضمان (به شرح مقررات قانون مدنی) بطوری که در حکم فرجامخواسته بیان شده صحیح نیست، ولو فرضاً فرجامخوانده ضامن و پیمانکار مضمون‌عنه نامیده شده باشند...» (۲۸)

بنابر آنچه گذشت، از دیدگاه هیأت عمومی دیوان کشور، ضمان حسن اجرای تعهدات قراردادی را نباید با عقد ضمانتی که قانون مدنی از آن سخن رانده، مقایسه کرد، بر این پایه، ضمانتی اینچنین تنها نامی از ضمان را با خود دارد و در واقع توافقی است که بر مبنای ماده ۱۰ ق.م.، می‌توان آن را الزام‌آور شناخت و طرفین را به مفاد آن پایبند دانست. (۲۹)

برخی از حقوقدانان، در عرصه حقوق تجارت، راجع به ضمانت‌نامه‌های بانکی این نظر را تأیید کرده‌اند، به عقیده آنان، در خصوص ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای تعهد

نداشته و قرارداد اصلی را نباید سبب دین دانست. این سبب، مجموعی از عقد و تقصیر طرف متخلف است. این‌گونه تعهدها را باید در چارچوب ماده ۱۰ ق.م. بررسی کرد. لیکن، در مواردی که مضمون‌عنه، خود ضمانت‌نامه‌ای معتبر از بانک تحصیل می‌کند تا در اختیار طرف قرارداد خویش نهد، توجیه ضمانت تنها در قالب قرارداد به نفع ثالث امکان‌پذیر است.

به موجب این نظر، فرض بر این است که قراردادی که ضمانت‌نامه بر مبنای آن صادر می‌شود، به جای آنکه میان ضامن و مضمون‌له باشد، بین مضمون‌عنه و ضامن (بانک) منعقد می‌گردد و ذینفع آن ثالث یا مضمون‌له است (ماده ۱۹۶ ق.م.). چنین قراردادی هیچ‌گونه رابطه مستقیم با قرارداد پایه اصلی ندارد. بلکه خود پیمانی است مستقل که تحقق آن به هیچ امر پیشینی نظیر دین ثابت در ذمه، وابسته نیست. (۳۰)

این‌گونه ضمانت‌نامه‌ها در قلمرو حقوق تجارت در واقع، نوعی اعتبارنامه تلقی می‌شود که تعهد بی‌قید و شرط بانک مبنی بر پرداخت مبلغ مندرج در آن، منوط به اولین مطالبه ذینفع است. از همین‌رو، آن را با اعتبار اسنادی تأیید شده و برگشت‌ناپذیر، یکسان دانسته‌اند. (۳۱)

#### ۴-۲. ضمان حسن اجرای قرارداد - التزام به تأدیه دین معلق

عقیده دیگری که در تحلیل ضمان حسن اجرای قرارداد بیان گردیده، آن را نوعی «التزام معلق به تأدیه دین دیگری» دانسته است. ماده ۷۲۳ ق.م. مقرر می‌دارد: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود، در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست. مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید.»

به موجب این عقیده؛ با اینکه به حکم قانون مدنی ضمان از دین آینده و پیش از ایجاد اسباب آن باطل است، (ماده ۶۹۱) به نظر می‌رسد که التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به‌گونه‌ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، از نظر حقوقی درست

یکی از شرایط صحت التزام است و ملتزم برای زمان تحقق دین، پرداخت آن را به عهده می‌گیرد. بر این پایه، اگر شخص ضامن حسن اجرای قراردادی شود تا اگر خسارتی از عدم انجام تعهد به بار آید، عهده‌دار جبران آن گردد. نباید او را ضامن به معنای ماده ۶۸۴ ق.م. شمرد و رابطه او و طلبکار را بر مبنای قواعد ضمان ناقل ذمه، بررسی کرد: زیرا در هنگام تحقق عقد، دین اصلی به وجود نیامده و سبب آن نیز تنها قرارداد پایه نیست، بلکه مجموعی از عقد و تقصیر طرف متخلف، مقتضی ایجاد تعهد است. (۳۲) چنین التزامی تنها در قالب ماده ۷۲۳ ق.م. می‌گنجد و باید آن را در چارچوب اراده مشترک طرفین، تفسیر کرد. رویه قضایی نیز در برخی از آراء خود، این نظر را تأیید کرده است. بطور مثال:

«در قراردادی که بین آقای داود و شرکت پخش‌کنندگان فیلم بسته می‌شود، بانک تهران ضامن حسن اجرای تعهدات شرکت می‌گردد، بدین شرح که «هر مبلغی را تا میزان هشتصد هزار ریال تمام به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت یا سقم آن باشد در وجه آقای داود پردازد.» مبلغی که بانک تهران به عهده می‌گیرد، وجه التزام تخلف شرکت از اجرای تعهدهای خویش است که تعیین میزان آن، به عهده طرف قرارداد نهاده شده است.

پس از آن، داود (متعهدله) مطالبه وجه‌الضمان را به بانک ایران و خاورمیانه واگذار می‌کند تا به نمایندگی او در موعد مقرر اقدام نماید و چون پرداخته نمی‌شود، به طرفیت بانک تهران در دادگاه شهرستان اقامه دعوی می‌کند.

شعبه ۴ دادگاه شهرستان تهران نیز ضمانت‌نامه طرفین را مستند خود قرار داده و بانک ضامن را به پرداخت هشتصد هزار ریال محکوم می‌کند. این حکم در شعبه ۱۰ دادگاه استان مرکز گسیخته می‌شود، ولی شعبه ۶ دیوان عالی کشور آن را نقض و رسیدگی را به شعبه دیگر دادگاه استان ارجاع می‌کند و این بار شعبه ۸ دادگاه استان در رد اعتراض وکیل پژوهشخواه بر دادنامه بدوی می‌نویسد: «... ۱. ضمانت نامه... که به منظور حسن اجرای تعهدات شرکت پخش‌کنندگان فیلم تنظیم گردیده، ضمانت به معنی

متعهد و متلزم شده که اگر شرکت پخش‌کنندگان فیلم با مسؤولیت محدود از اجرای تعهدات خود تخلف نماید، بانک تهران تا مبلغ هشتصد هزار ریال بپردازد و التزام به تأدیه، به صراحت ذیل ماده ۶۹۹ ق.م. ممکن است معلق باشد. ۲. صرف تنظیم تعهدنامه مزبور دلیل مدیون بودن بانک تهران در مقابل پژوهشخوانده نمی‌باشد و حتی فرض اینکه مدت تعهدنامه مزبور پایان یابد و وجه التزام قابل مطالبه نباشد، متصور است. به عبارت دیگر، مطالبه وجه التزام مزبور از بانک تهران مشروط به تخلف شرکت پخش‌کنندگان فیلم بوده نه انقضاء مدت تعهدنامه موصوف...»

در این حکم، دادگاه استان، از این نظر که تخلف شرکت متعهد به وسیله مشروط له اعلام نشده است و پیش از آن نمی‌توان وجه التزام را مطالبه کرد، دادنامه بدوی را گسیخته است. دیوان کشور نیز بر این مبنا که «... نفس مراجعه کافی است و دال تخلف است و بانک ضامن حق رسیدگی به موضوع تخلف را نداشته است.» حکم دادگاه استان را نقض می‌کند. این بار پرونده به شعبه سوم دادگاه استان ارجاع می‌شود و این دادگاه درباره «لزوم اعلام تخلف به بانک تهران» اصرار می‌ورزد و حکم دادگاه شهرستان را می‌شکند. در نتیجه، مراتب در هیأت عمومی دیوان عالی مطرح می‌شود و دادستان کل درباره آن چنین اظهار نظر می‌کند: «ضمانت‌نامه منعقد شده بین داود و بانک تهران، از لحاظ موازین ضمان، طبق ماده ۶۹۱ ق.م. ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده، باطل است. و چون در موقع تنظیم ضمانت‌نامه بانکی هنوز تخلفی به منصفه ظهور نرسیده، ضمانت بدون داشتن سبب منعقد شده و بنابراین باطل است. از حیث قواعد مربوط به تعهد نیز، با درج جمله ذیل ضمانت‌نامه بانکی، (تعهد می‌شود، در صورت تخلف شرکت پخش‌کنندگان فیلم، هر مبلغی تا میزان هشتصد هزار ریال به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت یا سقم آن باشد، در وجه آقای داود... پرداخت شود) تعهد مزبور باطل است...» و در توجیه بطلان تعهد آمده است که مفاد شرط از نظر پذیرفته شدن ادعای متعهدله بدون اقامه دلیل، با مقتضای ذات عقد (که مفاد آن اقتضای اثبات خسارت می‌کند) منافات دارد، سرانجام هیأت عمومی دیوان

به پرداخت مبلغی (تا حدود هشتصد ریال) به فرجامخواه مطلق نبوده و مقید به اعلام تخلف شرکت پخش‌کنندگان فیلم از ناحیه فرجامخواه بانک تهران، در اجرای مواد قراردادی که بین شرکت مزبور و نامبرده منعقد گردیده، بوده است و نظر به اینکه هیچ یک از نامه‌های فرجامخواه بایگانی در پرونده خطاب به بانک ایران و خاورمیانه و بانک تهران اشعاری بر اعلام تخلف شرکت پخش فیلم ندارد و اعتراض وکیل فرجامخواه به اینکه نفس مراجعه موکل به بانک به دلالت التزام دال بر تخلف شرکت است، موجه نمی‌باشد، علیهذا دادنامه فرجامخواسته به اکثریت آراء ابرام می‌شود.» (۳۳)

از مطالعه این رأی چنین بر می‌آید که هیأت عمومی دیوان کشور، به رغم نظر دادستان کل، تصمیم دادگاه استان را پسندیده و بطور ضمنی، با تأیید رأی فرجامخواسته، قرارداد منعقد شده بین داود و بانک تهران را التزام به تأدیه دین دیگری، موضوع ماده ۷۲۳ قانون مدنی، دانسته و از این جهت ضمانت‌نامه را معتبر تلقی کرده است. زیرا، تعهد مقید به اعلام تخلف، چیزی جز التزام به تأدیه که معلق به تحقق دین و عدم پرداخت مدیون باشد، نیست. استنباط چنین تعلیقی در التزام بانک ضامن، خود بیانگر سهم عدالت در صدور حکم است: شرطی را که به موجب آن کسی بتواند قاضی کار خویش شود و بدون آوردن دلیل، به هر میزان که می‌خواهد مطالبه خسارت کند، اخلاق نمی‌پسندد و عرف زشت می‌شمارد. به همین جهت، دیوان کشور، تعهد بانک را التزام مقید و معلق دانسته و تأثیر آن را منوط به جست‌وجو از حصول معلق علیه (تحقق دین یعنی تخلف شرکت، و عدم پرداخت مدیون) کرده است و این در واقع پذیرش ضمانت از دین آینده در قالب ماده ۷۲۳ ق.م.ا.ست.

گرچه این نظر و عقیده نخست به یک نتیجه می‌انجامد، و آن حکومت ماده ۱۰ ق.م. (قصد مشترک) بر ضمان حسن اجرای قرارداد است، لیکن می‌توان عقیده دوم را گامی به سوی نزدیک ساختن چنین ضمانتی، به ضمان مرسوم دانست. زیرا به موجب آن تعهد حسن اجرای قرارداد، با آنچه در ماده ۷۲۳ ق.م. پیش‌بینی شده قابل انطباق است و

داشته‌اند.

این نظر بویژه پاسخ کسانی است که ضمان از دین آینده را بطور اعم و ضمان حسن اجرای قرارداد را بطور اخص باطل می‌پندارند و آن را ضمان ما لم یجب می‌نامند.

### ۴-۳. ضمان حسن اجرای قرارداد - ضمان مرسوم

برخی از نویسندگان، براساس آراء بعضی از فقیهان در خصوص شرط ثبوت دین در ذمه، عقیده دارند؛ از آنجا که در هر عقد ضمان کافی است مقتضی وجود تعهد مضمون‌عنه قبل از عقد، پدید آمده باشد. و از آنجا که در عقد بیع ضمان عهده بایع<sup>۱</sup> بطور مطلق، حتی پیش از قبض ثمن، صحیح است. (ماده ۶۹۷ ق.م.پس، در این فرض بیع را به عنوان مقتضی ایجاد دین، می‌توان پذیرفت. بر این پایه، ضمان حسن اجرای قرارداد نیز ضمانی به معنای واقعی و مرسوم است. زیرا، در هنگام انعقاد آن، سبب تعهد مضمون‌عنه که همانا قرارداد اصلی باشد به وجود آمده است. (۳۴)

### ۵. داوری و نتیجه

برای آنکه بتوان ماهیت ضمان حسن اجرای قرارداد را تحلیل کرد، ابتدا باید چند مقدمه را در نظر گرفت و سپس پایه‌های استدلال را بر این مقدمات بنا نهاد.

**الف.** عقد ضمان، همان‌گونه که دیدیم، یک قرارداد تبعی و فرعی است که تحقق آن موکول به وجود دین قبلی مضمون‌عنه است. با وجود این، قانون مدنی ضمان دینی را که سبب آن ایجاد شده، ولی هنوز بر عهده متعهد مستقر نگردیده، جایز می‌شمارد (مفهوم مخالف ماده ۶۹۱) و بدین سان، برای چنین تعهدی، وجودی اعتباری قائل شده است. برای تشخیص این موجود اعتباری، باید دید معنای حقوقی سبب چیست؟ درباره سبب تعریفهای گوناگونی شده است. ولی، در علم حقوق، هرگاه قانونگذار وضع خاصی را منشأ آثاری قرار دهد، آن وضع را سبب آن آثار می‌نامند، خواه ایجاد آن وضع، ارادی

باشد یا قهری، چنانکه بیع سبب انتقال مبیع است و تقصیر مقتضی مسؤلیت مدنی. (۳۵)

سبب در ماده ۶۹۱ ق.م. نیز به همین معنا بکار رفته است و نباید آن را بر مفهوم فلسفی خود حمل کرد. در فلسفه، میان سبب<sup>۱</sup> و مسبب یا علت و معلول تقدم و تأخر ذاتی، و نه زمانی، وجود دارد و به عبارت بهتر وجود سبب عین وجود مسبب است. ولی در حقوق چنین معنایی از سبب مورد نظر نیست. حقوقدان، به رغم فیلسوف، هیچ ملازمه عقلی و ذاتی میان سبب و مسبب نمی‌بیند. آنچه از دیدگاه او، این دو را به یکدیگر پیوند می‌دهد، حکم قانون یا داوری عرف است، به گونه‌ای که می‌توان گفت؛ به حکم قانون یا بر حسب معمول و جریان متعارف امور فلان سبب منتهی به فلان مسبب می‌گردد. با وجود این، ممکن است که سبب به دلیل فراهم نیامدن شرایط یا وجود موانع، کارگزار نیفتد و آثار خویش را به بار نیاورد. سبب را در این معنا مقتضی نامیده و آن را از «شرط» و «عدم مانع» متمایز ساخته و در تعریف آن گفته‌اند: «سبب چیزی است که به حسب اقتضاء ذاتش، از وجودش وجود مسبب و از عدمش، عدم آن لازم آید.» (۳۶) این معیار را بویژه در جایی که مجموع چند عامل یک اثر حقوقی را به بار می‌آورد، می‌توان برای تعیین مقتضی به کار بست؛ مقتضی مهمترین بخش علت و زمینه تحقق اثر حقوقی است. به گونه‌ای که وجودش لازمه ایجاد اثر معهود و عدمش باعث عدم وقوع مطلوب است. لیکن ممکن است به تنهایی در به وجود آوردن آن اثر کافی نباشد و عوامل دیگری نیز در این اثربخشی، مورد نیاز باشند. یکی از این عوامل «شرط» است. شرط نیز در ایجاد اثر حقوقی مؤثر است و مقتضی را از مرحله امکان و قوه به مرحله وجود و فعل می‌رساند و علت ناقصه را به علت تامه ارتقا می‌دهد؛ از وجودش به تنهایی وجودی لازم نمی‌آید، ولی عدمش مقتضی را عقیم می‌نهد. به بیان دیگر، اثر شرط و سبب از جهت منفی یکسان است، یعنی هر کدام نباشد وضع حقوقی نیز به وجود نمی‌آید. اما، از جهت مثبت، هیچ ارتباط و ملازمه‌ای بین شرط و آن وضع دیده نمی‌شود، در حالی که تأثیر سبب در ایجاد و تناسب میان آن و وضع حقوقی، آشکارا احساس می‌شود. (۳۷) فقدان «موانع» اثر بخشی نیز در زمره شرایط تأثیر مقتضی است و در مجموعه عوامل تحقق

سبب، سهمی در خور توجه دارد.

با مثالی ساده، نقش هر یک از این عوامل را بررسی می‌کنیم: اگر رویش گیاهان یک مزرعه را مسبب فرض کنیم، در این واقعه، وجود زمین مستعد و آماده برای کشت و کار «مقتضی»، آبیاری و مراقبت به موقع «شرط» و فقدان مواد معدنی مضر به حال گیاهان، نظیر گچ و آهک در خاک «عدم مانع» است. در عالم حقوق نیز مثال فراوان است، می‌دانیم که در رابطه میان زوجین، انفاق تکلیف شوهر است. مقتضی ایجاد این التزام «عقد نکاح» و شرط تأثیر مقتضی «تمکین زوجه» است. نشوز و نقار نیز «مانع» اثر بخشی مقتضی است.

ب. در ضمان حسن اجرای قرارداد، تمیز سبب الزام پیمان‌شکن به جبران خسارت، نکته مهم و کلیدی تحلیل ضمان است؛ زیرا تشخیص این سبب است که مقدمه احراز وجود تعهد مضمون‌عنه، در هنگام انعقاد ضمان قرار می‌گیرد. مطابق با ماده ۲۲۱ ق.م. «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسؤول خسارت طرف مقابل است...». حکم این ماده ناظر به مسؤولیت قراردادی است. این مسؤولیت حسب تعریف عبارت است از التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف او وارد می‌شود. به عقیده استادان حقوق مدنی، التزام به جبران خسارت طلبکار قراردادی دنباله و بدل تعهد اصلی نیست، ضمان عارضی است که در اثر تقصیر متعهد و کوتاهی او در وفای به عهد به وجود می‌آید و انتساب آن به قرارداد او با زیان‌دیده بدین اعتبار است که مبنای تقصیر مسؤول نقض قرارداد او با زیان‌دیده است نه تکلیف عمومی مربوط به خودداری از اضرار به دیگری. (۳۸) به بیان دیگر، عدم اجرای عقد، اگر منسوب به متعهد باشد، در نظر قانونگذار خود تقصیری است که مبنای مسؤولیت مدنی قرار می‌گیرد. به همین جهت هم، متعهد در صورتی از دادن خسارت معاف می‌شود که ثابت کند مانع اجرای عقد حادثه‌ای خارجی و احترازناپذیر است و پیمان‌شکنی را نباید به او نسبت داد (۳۹) (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.) بر این پایه، اگر ضامن، جبران خسارات ناشی از عهدشکنی متعهد را

ایجاد این تعهد به شمار می‌آید. تقصیر متعهد نیز برای ایجاد دین ضروری است و با آن رابطه عرفی و تناسب لازم را دارد و نمی‌توان این عامل اساسی را شرط تأثیر سبب دانست. (۴۰)

با وجود این، در قانون مدنی نشانه‌هایی از پذیرش قرارداد، به عنوان سبب ایجاد تعهد جبران خسارت ناشی از پیمان‌شکنی، دیده می‌شود. در ماده ۶۹۷ این قانون می‌خوانیم: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق‌لغیر در آمدن آن جایز است.» به این معنا که مشتری می‌تواند از بیم آنکه مبیع متعلق به دیگر درآید، برای بازگرداندن ثمن ضامن بخواهد. همچنین، بایع می‌تواند از مشتری درخواست کند که بازگرداندن مبیع را در صورتی که ثمن معین از آن دیگری باشد، تضمین کند.

در چنین مواردی تعهد بازگرداندن مبیع یا ثمن هنوز بر عهده مشتری یا بایع قرار نگرفته و دین آینده است. به این بیان که چون عقد بیع به منظور مبادله دو مال انجام می‌شود و تملیک مبیع و ثمن در اثر قصد مشترک طرفین به یکدیگر پیوسته و موجود اعتباری یگانه‌ای را می‌سازد، به گونه‌ای که هر یک از این دو جزء، بدون دیگری توان ادامه زندگی حقوقی و نفوذ در جهان حقوق را ندارد، پس، به اقتضای این معاوضه، این شرط ضمنی در هر عقد بیعی وجود دارد که اگر یکی از دو عوض از آن دیگری درآید یا به دلیل دیگری تملیک آن ممکن نشود، مبادله بر هم می‌خورد و تملک عوض مقابل نیز امکان ندارد. (۴۱) تخلف از این شرط ضمنی است که ضمان بازگرداندن عوض یا مثل و قیمت آن را بر عهده متخلف می‌نهد؛ التزامی که نتیجه تقصیر قراردادی اوست و پس از عهدشکنی کامل می‌شود. این تعهد را ماده ۶۹۷ ق.م. قابل تضمین شمرده و بدین‌سان نوعی ضمان حسن اجرای قرارداد را پیش‌بینی کرده است.

ممکن است ایراد شود که انتساب ضمان درک به شرط ضمنی، تحلیل نادرستی است و الزام بایع به بازگرداندن ثمن، در صورتی که مبیع از آن دیگری باشد، نتیجه بیع درست نیست و مسؤولیتی ناشی از حکم قانون است.

این الزام، در هر مورد که کسی بدون مجوز قانونی بر مال دیگری سلطه پیدا کند،

قانون وارد باشد، در تعبیری که ما از ضمان حسن اجرای قرارداد در ضمان عهده ارائه کردیم تأثیری نداشته و حتی آن را تقویت می‌کند؛ در تحلیل پیشین دیدیم که، اگر ضمان درک را نتیجه تخلف از شرط ضمنی بدانیم، مسؤولیتی است که در نتیجه تقصیر طرف متخلف ایجاد می‌شود و منبع آن قرارداد است و قانونگذار همین منبع را مقتضی ایجاد این دانسته و ضمان آن را صحیح و نافذ تلقی کرده است. (ماده ۶۹۷ ق.م) اما، اگر ضمان درک را گونه‌ای از مسؤولیت قهری بدانیم که منبع مستقیم آن قانون است، ضمانت از این مسؤولیت، آشکارا ضمان از دین آینده است. زیرا، تعهدی که ناشی از قانون است و ارتباطی با قرارداد ندارد، در زمان بستن قرارداد هنوز به وجود نیامده و سبب آن را نیز نمی‌توان موجود انگاشت. چه، در هنگام عقد معلوم نیست که بایع مشتری را بر مال دیگری مستولی ساخته یا نه. پس، التزام به این عقیده، به آن معناست که بگوییم قانون مدنی، در حالی که ضمان از دین آینده یا دینی که سبب آن فراهم نیامده را باطل می‌داند، در ماده ۶۹۷ یکی از مصادیق آن را تجویز کرده است.

در فقه نیز برخی از بزرگان متوجه این اشکال شده و بر این اساس، ضمان عهده را اصولاً ضمان ما لم یجب خوانده‌اند که به دلیل رواج آن در عرف، از سوی شارع امضاء شده و لذا نوعی ضمان به معنای اعم است. اینان، ضمان عهده را در جایی که تعهد اصلی ناظر بر بازگرداندن عین مال است، به دلیل عدم امکان نقل ذمه و شخصی بودن تعهد باطل شمرده‌اند. (۴۳)

اما حل این مسأله در پذیرفتن تحلیل نخست و انتساب ضمان درک به شرط ضمنی متعاقدین و سبب انگاشتن این شرط برای دین آینده، نهفته است. نکته‌ای که بعضی از فقیهان، به فراست دریافته و احتمال داده‌اند که دلیل صحت ضمان عهده در جایی که تعهد اصلی دایر بر پرداخت قیمت یا دادن مثل است، مبتنی بر آن باشد که عقد را سبب لازم برای ثبوت حق در ذمه، بدانیم. (۴۴) حتی عده‌ای از نویسندگان یقین کرده‌اند که نفوذ ضمان عهده به دلیل وجود مقتضی ایجاد دین یا قرارداد اصلی است. (۴۵)

بنابراین به عنوان نتیجه باید گفت: با وجود آنکه تعهد به جبران خسارت، بدل و دنباله

خسارت قرار گیرد و ضمان از آن را امکان‌پذیر گرداند. قانون مدنی در یکی از مثالهای ضمان، یعنی ضمان عهده، تلویحاً این نظر را پذیرفته است و می‌توان با اتخاذ ملاک از آن، ضمان حسن اجرای قرارداد را نیز به اعتبار وجود سبب دین (قرارداد اصلی) ضمان به معنای مرسوم دانست و در چارچوب قواعد عمومی ضمان عقدی، بررسی کرد. در تأیید این نظر شاید بتوان از ماده ۲۴۱ قانون مدنی نیز بهره جست: «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله مشغول‌الذمه می‌شود رهن یا ضامن دهد.» ظاهر ماده ناظر بر تعهدهای مستقیم ناشی از قرارداد است. یعنی بر متعهد شرط می‌شود که برای اجرای تعهدهای خود، ضامن معرفی کند و چنین ضمانتی بیگمان صحیح و نافذ است: ضمان از دینی که بر ذمه مدیون ثابت شده یا دست‌کم سبب آن ایجاد شده است و تحقق آن به صورت مطلق موجب انتقال تعهد مدیون قراردادی به ضامن می‌گردد. مگر اینکه مفاد تعهد ناظر بر رد عین یا انجام کاری باشد که تنها مدیون می‌تواند انجام دهد. در این صورت ضمان حسن اجرای قرارداد در واقع تعهد به فعل ثالث است. (۴۶)

لیکن معنای ماده ۲۴۱ فراتر از این ظاهر است و التزام به معرفی ضامن، شامل تمامی تعهدهایی می‌گردد که به واسطه عقد بر ذمه مدیون قرار می‌گیرند. پس، تعهد به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد که مبنای آن حکم قانون و واسطه تعلق آن به ذمه مدیون، وجود پیمان است نیز می‌تواند پایه شرط معرفی ضامن باشد.

اثر این شرط و تحقق ضمان حسن اجرای قرارداد، با شرط تنجیز در ضمان (ماده ۶۹۹ ق.م.) و اثر مستقیم و مطلق آن، یعنی نقل ذمه (ماده ۶۹۸ ق.م.)، منافاتی ندارد. در ضمان حسن انجام تعهدهای قراردادی، عقد به صورت منجز انشاء می‌گردد. منتها کیفیت انشاء به گونه‌ای است که انتقال ذمه، منوط به کامل شدن مقتضی می‌شود: طرفین سببی بر می‌انگیزند که به موجب آن، مقتضی وجود دین، بر ذمه ضامن قرار می‌گیرد و در صورت فراهم آمدن شرایط، تعهد بر عهده او ایجاد می‌گردد. مگر آنکه در نتیجه تراضی آنان، ذمه ضامن وثیقه طلب مضمون‌له باشد و امکان رجوع به هر یک از ضامن و

شد، آن را تقویت کرد. حسن این تعبیر در آن است که چنین تعهدی در قلمرو ضمان عقدی و ماده ۶۸۴ ق.م. قرار می‌گیرد و نتیجه آن، لزوم اثبات تخلف یا تقصیر قراردادی مضمون‌عنه در دعوی بر ضامن است. در واقع، اثبات این تخلف مقدمه دعوی است زیرا مضمون‌له باید حصول شرط و کامل شدن سبب و سرانجام تحقق دین را ثابت کند. در پایان باید بر این نکته تأکید ورزیم که پذیرفتن چنین تعبیری از ضمان حسن اجرای قرارداد، جز از طریق توسعه مفهوم «سبب» و اشمال آن بر قرارداد اصلی، به عنوان مقتضی تکلیف جبران خسارت عدم انجام تعهد، امکان‌پذیر نیست. زیرا، ما در چارچوب قانون مدنی، اختیار اجتهاد تازه و اعلام صحت ضمان از دین آینده را بطور مطلق، چنانکه برخی از فقیهان متأخر اعلام کرده‌اند، (۴۷) نداریم. ولی دست‌کم می‌توانیم با تعبیر سبب، به صورتی که گفته شد، راه را برای گسترش مفهوم ضمان و انطباق آن با فهم عرفی و همسویی با نظامهای حقوقی دیگر، هموار سازیم.

## یادداشتها

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین ۳، ش ۱۳۹.
  ۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۱۴۰ و ۱۴۱.
  ۳. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، ش ۴ - درودیان: تعزیرات درس حقوق مدنی: اموال و مالکیت، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
  ۴. محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج ۲، صص ۸۸ و ۹۰. محمدکاظم یزدی طباطبایی: عروة الوثقی، ص ۶۰۴.
  ۵. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، ش ۱۲۹.
6. Article 2011 du Code Civil: "Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui - meme".
۷. کولن و کاپیتان: دوره مقدماتی حقوق مدنی فرانسه، ج ۲، ش ۹۶۶، فیلیپ ژستاز، ضمان: دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ج ۲، ش ۱ و ۲ (رپرتوار حقوق مدنی).
  ۸. چارلز ورث، حقوق تجارت، به وسیله دابسون و اشمیتوف، ص ۵۴، دیوید واکر، فرهنگ حقوقی

۱۰. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، ش ۱۵۸ و ۱۵۹.
۱۱. علامه حلی، تذکره الفقها، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۸۸، محقق حلی، شرایع اسلام، ج ۲، ص ۹۰ - محقق ثانی، جامع المقاصد چاپ سری، ج ۵، ص ۳۱۹ - شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۳۵.
۱۲. سیدمحمد کاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ص ۶۰۵.
۱۳. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۹۰ - محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۱۹ - شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۳۹.
۱۴. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، ش ۱۶۳.
۱۵. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، صص ۲۶۰ و ۲۶۱، ناصر کاتوزیان، همان، محمدجعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۱۷۳ به بعد.
۱۶. نقل از مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، به وسیله ورونیک رانوی و فرانسوا شاباس، ش ۲۲.
۱۷. کولن و کاپیتان، ج ۲، ش ۹۷۰.
۱۸. پلنیول و ریپر و ساواتیه، رساله عملی حقوق مدنی فرانسه، ج ۱۱، ش ۱۵۱۶.
۱۹. مولی "Mouly"، اسباب سقوط تعهد در ضمان، ش ۲۵۴ به بعد (نقل از مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۲۲)
۲۰. مازو، همان، ژستاز، دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ج ۲، (حقوق مدنی)، ضمان، ش ۶۷.
۲۱. دیوید واکر، فرهنگ حقوقی آکسفورد کامپنئون، ص ۵۴۲.
۲۲. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۱۶.
۲۳. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۷۱ و ۲۵۳ و ۲۵۲.
۲۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۱۲ و ۱۱.
۲۵. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، قرائت و تمرین ۶، ش ۱، ص ۲۳۴ به بعد.
۲۶. ناصر کاتوزیان، همان، ش ۱۳۸.
۲۷. مفاد رأی حاکی از آن است که در نظر دادگاه استان، ضمان از دینی که هنوز ایجاد نشده، به شرط تحقق دین در آینده و اثبات آن در دادگاه، صحیح است؛ عقیده‌ای که با ظاهر قانون مدنی وفق نمی‌دهد و بیشتر متمایل به نظر فرانسویان است. (ر.ش به شماره ۴-۱)
۲۸. رأی شماره ۳۸۹۱-۳۸۹۲/۱۲/۴۱ هیأت عمومی دیوان کشور، آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، ج ۲، ش ۱۸۴، ص ۴۶۲ به بعد.
۲۹. سیدحسین صفایی، تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

- از نظر این اندیشمند، چنین تعهدی گرچه ضمان نیست، ولی از آنجا که عنوان عقد حقیقی بر آن صدق می‌کند، مشمول ادله وفای به عقد قرار می‌گیرد.
۳۰. بهروز اخلاقی، جزوهٔ درسی حقوق تجارت، دورهٔ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، نیمسال دوم تحصیلی ۷۲-۷۱.
۳۱. اشمیتوف، تجارت خارجی، قانون و عرف در بازرگانی بین‌المللی، ص ۴۵۱.
۳۲. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، ش ۱۶۰.
۳۳. رأی شمارهٔ ۷۱-۲۲/۹/۴۶ هیأت عمومی، آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی سال ۴۶، ص ۲۱۵ به بعد. (نقل از ناصر کاتوزیان: عقود معین ۳، قرائت و تمرین ش ۸، ص ۳۰۸ تا ۳۱۰)
۳۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۲۳۷، ۱۸۹ و ۱۷۹ - باید دانست که این عقیده تنها در موردی صادق است که ضمان حسن اجرای قرارداد، پس از انعقاد قرارداد اصلی، واقع شده باشد.
۳۵. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، ش ۱۶۳، ص ۲۷۹ - جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۱۷۳، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ش ۳۹ و ۴۳.
۳۶. محمود شهابی، قواعد فقه، چاپ ۱۳۳۳، ص ۳۳.
۳۷. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، ش ۱۶۳، ص ۲۸۱.
۳۸. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۲۶۰ و ۲۷۲، حسنعلی درودیان، تقریرات درس حقوق مدنی، کلیات قراردادها، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۳۹. همان منبع.
۴۰. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، قرائت و تمرین ۸.
۴۱. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، ش ۱۷۳، ص ۲۹۴.
۴۲. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۱، ش ۱۵۹.
۴۳. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۲۲ (پاورقی) - محقق حلی: شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۹۱.
۴۴. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۴۷.
۴۵. سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، باب ضمان، مسأله ۳۹، ص ۶۱۳.
۴۶. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۳، قرائت و تمرین ۸، ص ۳۰۷.
۴۷. سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی، این اندیشمند دلیلی بر بطلان ضمان ما لم یجب نیافته و آن را صرفاً عبارتی می‌داند که در آثار فقیهان، از فرط تکرار، مشهور شده است. به همین دلیل، ضمان از دین آینده را مشمول عموماً وفای به عقد و نصوص راجع به صحت ضمان مانند آیه شریفه