

تحلیلی از ضمان عقدی

به عنوان ماهیت حقوقی برخی از
«ضمانت‌های شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد»

نویسنده: عبدالکریم احمدی قوهکی
کارشناس ارشد حقوق خصوصی

Email: Ghuhaki@isu.ac.ir



چکیده:

ضمان عقدی قانون مدنی از آنجا که همانند بسیاری دیگر از نهادهای حقوقی این قانون، مطابق قول مشهور فقهای امامیه تدوین شده است، دارای ویژگی‌های خاصی از جمله وجود دین یا حداقل وجود سبب دین در موقع انعقاد عقد ضمان و همچنین منجز منعقد شدن این عقد می‌باشد. از طرف دیگر گنجاندن اعمال حقوقی جدید در قالب‌های حقوقی عقود معین قانون مدنی، بدون تعصب بی جا در این کار، گذشته از آنکه علم حقوق را از ایجاد نهادهای حقوقی اضافی و بی مورد، مصون نگه می‌دارد، طرفین این گونه اعمال حقوقی را از مشقت دقت زیاد در پیش بینی و تدوین ویژگی‌ها و آثار و پیامدهای اعمال حقوقی جدید می‌رهاند و نیز قضات را در تحلیل روابط حقوقی در موضع اختلافات یاری می‌رساند. در این مقاله سعی بر آن است که با تحلیل ویژگیهای خاص عقد ضمان بر مبنای آنچه قانون مدنی و نظرات پرقوم فقهای امامیه اجازه می‌دهد، ضمان عقدی به عنوان ماهیت حقوقی برخی از انواع «ضمانت شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد» که در روابط حقوقی کنونی و در روابط تجاری بازرگانان امروز به وفور یافت می‌شود، معرفی شود.

کلید واژه: ضمان عقدی، ضمانت شخص ثالث، حسن اجرای قرارداد

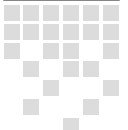
مقدمه

بی شک در جهان معاصر نقش معاملات تجاری خصوصاً در عرصه بین المللی یکی از ویژگی‌های بارز و وجوه تمایز این دوران است. تجار در روابط تجاری خود بیش از هر چیز به سرعت و امنیت توجه دارند. به نحوی که می‌توان گفت اگر نظام اقتصادی یک کشور با وضع قوانین مناسب و ایجاد ابزارهای لازم این دو هدف (سرعت و امنیت) را تأمین کند، این نظام از نظام‌های موفق اقتصادی بین المللی خواهد بود. به عبارت بهتر هر چه در این دو زمینه ابزار و قانون مناسب بیشتر باشد، مناسبات تجاری هم بهتر خواهد بود.

برای اینکه یک قرارداد که بسته می‌شود، آثار مورد نظر طرفین را به طور هر چه بهتر و کامل تر در پی داشته باشد، در مواردی یک طرف یا طرفین قرارداد از طرف مقابل ضمانت شخص ثالث در مورد آن قرارداد و برای آثار مختلف آن قرارداد را طلب می‌کنند. این ضمانت ممکن است در اجرای تعهدهای مستقیم ناشی از قرارداد باشد، که از جمله تعهدهای مستقیم ناشی از قرارداد وجه التزام می‌باشد، که ممکن است مورد ضمانت قرار گیرد. یا ممکن است تعهد ضامن به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد باشد.

این گونه ضمانت‌ها به طور معمول در قراردادهای تجاری و به وسیله بانک‌ها یا اشخاص معتبر انجام می‌شود. امروزه ضمانت دولت از شرکت‌های داخلی طرف قرارداد با شرکت‌های خارجی به هدف جذب بیشتر سرمایه‌های خارجی معمول است.

تنها یکی از انواع ضمانت شخص ثالث تحت عنوان «ضمان عقدی» در قانون مدنی مطرح شده است و این نوع عقد معین تنها ضمانت از مال



(اعم از عین یا دین) را از سوی شخص ثالث مطرح می‌کند و ماده ۶۸۴ ق.م. در این خصوص مقرر می‌دارد که: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.

برای تحلیل ویژگیهای خاص عقد ضمان بر مبنای آنچه قانون مدنی و نظرات پرقوم فقهای امامیه اجازه می‌دهد، به هدف معرفی ضمان عقدی به عنوان ماهیت حقوقی برخی از انواع «ضمانت شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد» که در روابط حقوقی کنونی و در روابط تجاری بازرگانان امروز به وفور یافت می‌شود، مراحل ذیل را در این مقاله طی می‌کنیم:

در بخش نخست ابتدا مفهوم کلی ضمان حسن اجرای قرارداد را بیان می‌کنیم و سپس برای آشنایی بیشتر با عقد ضمان که یکی از عقود معین مورد نظر قانونگذار ایران در قانون مدنی با عنوان «ضمان عقدی» می‌باشد، شرایط اختصاصی این عقد را مرور می‌نماییم، از آن جهت که بتوانیم بررسی کنیم که «ضمان حسن اجرای قرارداد»، حداقل در برخی موارد آن، مشمول ضمان عقدی قانون مدنی می‌باشد یا خیر و اینکه چه شباهتها و چه تفاوت‌هایی با آن دارد.

در ادامه به بررسی چند مصداق مورد اختلاف ضمان عقدی در فقه امامیه می‌پردازیم و چگونگی آنها و صحت و بطلان آنها و اینکه آیا عقد ضمان اصطلاحی می‌باشند یا خیر، را مورد بررسی قرار می‌دهیم. این مبنای فقهی در بخش دوم بررسی می‌شوند کلاً به این هدف که آیا «ضمان حسن اجرای قرارداد» از نظر فقهاء و با توجه به ملاک‌های آنها صحیح است؟

در بخش سوم در دو مبحث جداگانه سعی می‌شود تا با ارائه تحلیلی از ویژگیهای مشکل ساز عقد ضمان، مانند وجود دین اصلی و یا حداقل وجود سبب آن، در موقع انعقاد عقد ضمان و ویژگی منجز واقع شدن این عقد، ضمان عقدی قانون مدنی را به عنوان قالب مناسبی برای برخی از انواع «ضمانت شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد» معرفی نماییم. در پایان خاطر نشان می‌کنیم که در این مقاله، به تبعیت از برخی نویسندگان، «ضمان عقدی» قانون مدنی که یکی از عقود معین است، «ضمان اصطلاحی» نامیده شده است.

بخش نخست: مفاهیم و کلیات

مبحث نخست: مفهوم کلی ضمانت حسن اجرای قرارداد

ضمانت حسن اجرای قرارداد که در اینجا مطرح است، در واقع دخالت شخص ثالث در قرارداد منعقد شده میان دو یا چند نفر است، به گونه‌ای که شخص ثالث به نفع یک طرف قرارداد، اجرای قرارداد مورد نظر را تضمین می‌کند.

در قانون مدنی ضمانت ثالث به عنوان ضمانت از مال (اعم از دین یا عین) و در قالب «ضمان عقدی» که یکی از عقود معین مورد نظر قانونگذار ایران بوده است، مطرح شده است. مشهور است که «ضمان عقدی» مورد نظر قانونگذار ایران به تبع از مشهور فقه امامیه، نقل ذمه به ذمه را مد نظر دارد.

در این مورد، حسن اجرای قرارداد، در واقع رسیدن اطمینان بخش مضمون له (متعهد له - دائن) به مالی است که به نفع او بر ذمه مضمون عنه (متعهد - مدیون) می‌باشد. اما در اینجا با توجه به این که در این نوع ضمانت، ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود و از لحظه وقوع عقد ضمان مدیون بری الذمه شمرده می‌شود، حسن اجرای قرارداد، به این

دلیل، با دخالت شخص ثالث تضمین می‌شود که اعتبار شخص ضامن برای دائن بیشتر از شخص مضمون عنه، است و مضمون له، اطمینان قابل قبولی برای وصول به طلب خود می‌یابد.

هر چند که انواع مختلف ضمانت شخص ثالث، با مسامحه در دو قالب کلی «نقل ذمه به ذمه» و «ضم ذمه به ذمه» که همان تضامن و جمع تعهدهای دو یا چند نفر برای انجام یک تعهد است، می‌گنجد، اما هر کدام از انواع مختلف ضمانت شخص ثالث که اکثراً در قالب تضامن در می‌آید، هم از لحاظ اینکه «نقل ذمه» یا «ضم ذمه» می‌باشد قابل بررسی است و هم از لحاظ قالب حقوقی آن ها، و به عبارت دیگر ماهیت حقوقی آن ها.

به عنوان نمونه، ماده ۱۰۱۳ قانون مدنی، نوعی ضمانت را مطرح می‌کند که مسلماً در قالب «ضمان عقدی» به عنوان عقد معین نمی‌گنجد. این ماده مقرر می‌دارد که: «محکمه می‌تواند از امینی که معین می‌کند، تقاضای ضامن یا تضمینات دیگر نماید». در واقع این ماده به دادگاه اختیار می‌دهد که از امینی که برای اموال غائب مفقود الاثر در راستای ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی تعیین می‌کند، تقاضای ضامن کند.

ماده ۱۰۲۶ قانون مدنی نیز وراثت غائب مفقود الاثر را که به موجب ماده ۱۰۲۵ ق.م. از دادگاه تقاضا کرده‌اند که قبل از صدور حکم موت فرضی غائب، دارایی او را به تصرف آن‌ها بدهد، ملزم به دادن ضامن می‌کند و مقرر می‌دارد: «در مورد ماده قبل وراثت باید ضامن و یا تضمینات کافی دیگر بدهند تا در صورتی که اشخاص ثالث حقی بر اموال او داشته باشند از عهده اموال و یا حق اشخاص ثالث بر آیند. تضمینات مزبور تا صدور حکم موت فرضی غائب باقی خواهد ماند.»

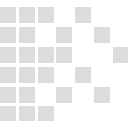
در اینجا نیز مسلماً منظور قانونگذار «نقل ذمه به ذمه» نیست، بلکه مسئولیت تضامنی وراثت مذکور و ضامن یا ضامنین را مد نظر داشته است. این ماده موضوع ضمانت را برای تضمین اموال یا حقوق اشخاص ثالث در اموال متوفی لازم دانسته است.

مثال‌های متعدد دیگری از این دست در قوانین ما به چشم می‌خورد که از سیاق عبارات آنها بر می‌آید که منظور قانونگذار از تدوین آنها مسئولیت تضامنی است. مانند ماده ۳۴۷ قانون تجارت در مورد مسئولیت تضامنی دلال و آمر او در مورد اجرای تعهد در فرض مذکور در این ماده که حالت سهیم بودن دلال در معامله است و همچنین ماده ۲۴۹ قانون تجارت در خصوص مسئولیت تضامنی عرضی و در مواردی مسئولیت تضامنی طولی امضاءکنندگان برات (اسناد تجاری). دقت در این مثال‌های قانونی که نمونه‌هایی از ضمانت به منظور حسن اجرای تعهد در آنها مطرح شده است، گذشته از آنکه برخی از این ضمانت‌ها بصورت الزامات قانونی است، گستردگی ضمانت حسن اجرای تعهد در روابط حقوقی را نشان می‌دهد.

از انواع ضمانت متعارف، ضمانت از کسی است که می‌خواهد وام بگیرد، که با ضمانت شخص ثالث، وام دهنده اطمینان می‌کند و وام را در اختیار وام گیرنده قرار می‌دهد و وام گیرنده شخصاً مدیون خواهد بود. البته در صورت تعذر به ضامن مراجعه می‌شود و هرگز با انعقاد عقد

۱- ماده ۱۰۱۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر غائب مفقود الاثر برای اداره اموال خود تکلیفی معین نکرده باشد و کسی هم نباشد که قانوناً حق تصدی امور او را داشته باشد محکمه برای اداره اموال او یک نفر امین معین می‌کند و تقاضای تعیین امین فقط از طرف مدعی العموم و اشخاص ذینفع در این امر قبول می‌شود.»

۲- ماده ۱۰۲۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «وراثت غایب مفقود الاثر می‌تواند قبل از صدور حکم فرضی او نیز از محکمه تقاضا نمایند که دارایی او را به تصرف آن‌ها بدهد، مشروط بر اینکه اولاً غایب مذکور کسی را برای اداره اموال خود معین نکرده باشد ثانیاً دو سال تمام از آخرین خبر غایب گذشته باشد، بدون اینکه حیات یا ممات او معلوم باشد. در مورد این ماده رعایت ماده ۱۰۲۳ راجع به اعلان مدت یک سال حتمی است.»



طرفی سبب آن که عقد اجاره است ایجاد شده است. باید توجه داشت، دینی که فقط سبب آن ایجاد شده است با دین متزلزل فرق دارد. دین متزلزل دینی است که ثابت در ذمه هست ولی امکان اینکه به علتی ذمه مورد نظر بدون اداء، بری شود، وجود دارد. از جمله دین ناشی از قرض بیعی که خیار فسخ در آن وجود دارد. فقهاء ضمان از دینی را که نه خود آن و نه سبب آن ایجاد نشده است را باطل می‌دانند و چنین ضمانتهایی را اصطلاحاً «ضمان ما لم یجب» می‌نامند. قانون مدنی نیز از این نظر مشهور فقهاء پیروی کرده است و در ماده ۶۹۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.» مفهوم مخالف این ماده، این است که ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده است از نظر قانون مدنی صحیح است.

از بررسی آراء و نظریات مختلف می‌توان نتیجه گرفت که شرط ثبوت دین در ذمه به اعتبار اقلیت و این که غالباً در ضمان، دین بر ذمه مضمون عنه ثابت است و در حقیقت مصداق قطعی ضمان می‌باشد، مورد ملاحظه قرار گرفته است نه اینکه این قید، شرط صحت ضمان باشد.^۴

گفتار دوم: منجز بودن

قانونگذار در ماده ۶۹۹ قانون مدنی تصریح می‌نماید: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.»

به بیان روشن تر قانونگذار متعاقدين عقد ضمان را منع نموده است از اینکه انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن را معلق و منوط به شرایطی نظیر مراجعه ی ابتدایی طلبکار به مدیون اصلی و در فرض عدم پرداخت از سوی او، رجوع به ضامن و ... نماید.

با این وجود قانونگذار در عبارت اخیر ماده فوق متذکر می‌گردد که ضامن در فرضی که منجزاً پرداخت دین را به عهده بگیرد مجاز است که تأدیه دین را معلق به شرایطی نماید. یعنی در این فرض انتقال دین به طور منجز از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن صورت گرفته است و معلق به هیچ امری نیست، اما ضامن در توافق خود با مضمون له، به شرطی وارد عقد ضمان شده است که تأدیه دین از جانب او معلق به مراجعه اولیه مضمون له به مضمون عنه باشد.

به این ترتیب قانونگذار اصل انتقال دین به ذمه ضامن را تنها در صورت منجز بودن مورد قبول قرار داده است. این تمهید به منظور احترام به عقیده گروهی از فقهاء است که نقل ذمه را مقتضای ذات ضمان و اثر جدا ناپذیر آن می‌دانند.

پس برای اینکه عقد ضمان، ضمان اصطلاحی محسوب شود، نباید حتی معلق به عدم تأدیه از سوی مدیون اصلی باشد.

گفتار سوم: از عقود مسامحه بودن

در فقه و حقوق بعضی عقود را در زمره عقود مسامحه به حساب می‌آورند. این ویژگی به این معنی است که شارع یا قانونگذار در کیفیات عقد و اموری که عموماً در عقود با دقت تعیین می‌شوند، سخت‌گیری نکرده و به طرفین این عقود اجازه مسامحه کاری داده است. این ویژگی اینگونه عقود، از آنجا نشأت می‌گیرد که از منظر فقهی برخی عقود صرفاً برای تعیین تکلیف وضعیت حقوقی افراد جامعه مسلمان، تعیین نشده

ضمانت، عهده مدیون منتقل نمی‌گردد. این گونه ضمانت، صرفاً جنبه وثیقه را دارد، مانند رهن که وثیقه دین است. طبق برداشت برخی فقهاء، ضمانت‌های بانکی برای وام و مانند آن جنبه شرعی دارد و مشخص ثالث که ضمانت می‌کند، ضمانت وی شرعی است و در صورت تعذر امکان وصول دین از طرف، بانک می‌تواند به شخص ضامن مراجعه کند، البته در درجه اول، شخص مدیون (وام گیرنده) مورد مطالبه قرار خواهد گرفت. این نوع ضمانت جنبه عقلایی دارد و در بازار و عرف امری معقول به شمار می‌رود و از آنجا که مشمول «اوفوا بالعقود» قرار می‌گیرد از نظر شرع مقدس نیز بلا اشکال می‌باشد.^۳

مبحث دوم: شرایط اختصاصی صحت ضمان

برای محقق شدن هر عقدی، گذشته از ایجاب و قبول صحیح، باید شرایط تحقق عقد صحیح نیز موجود باشد. ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط چهارگانه اساسی صحت معامله را که در مورد همه عقود، لازم است، بر شمرده است: الف) قصد طرفین و رضای آنها، ب) اهلیت طرفین، پ) موضوع معین که مورد معامله باشد، ت) مشروعیت جهت معامله.

ولی بعضی عقود، شرایط اختصاصی نیز دارند که در تعیین صحت و بطلان آن عقد موثرند. از جمله عقد ضمان که از جمله عقود معین نیز می‌باشد، گذشته از شرایط عمومی صحت معاملات، شرایط اختصاصی نیز دارد که در این بخش به هدف بررسی ویژگی‌های عقد ضمان به آنها پرداخته می‌شود. این شرایط عبارتند از:

الف) وجود دین یا حداقل وجود سبب آن، ب) منجز بودن، پ) از عقود مسامحه بودن، ت) کافی بودن علم اجمالی.

گفتار نخست: وجود دین یا حداقل وجود سبب آن بند نخست: ضمان از دین موجود

ضمان عقدی اصطلاحی یک گفتار فقهی می‌باشد، به طوری که حقوقدانان نیز در آثار خود در چارچوب فقهی آن بحث و بررسی و تحلیل می‌کنند.

طبق نظر فقهای امامیه، ضمانت می‌تواند، از دین موجود صورت گیرد و ضمانت از دینی که در آینده به وجود می‌آید و سبب آن هم هنوز ایجاد نشده است، باطل است. یعنی از آنجا که ضمان یک عقد تبعی می‌باشد و وابستگی‌هایی به رابطه حقوقی اصلی (عمل یا واقعه حقوقی) دارد، می‌بایست ابتدا رابطه حقوقی (که مصداق بارز آن عقد می‌باشد) تحقق پیدا کند و دینی ایجاد کند یا حداقل سبب دینی را ایجاد کند تا در پی آن ضمانت از این دین امکان پذیر باشد.

قانون مدنی نیز از این نظر فقهای امامیه پیروی کرده است و در ماده ۶۸۴ مقرر داشته است که: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد.» که طبق این ماده، موضوع ضمانت باید مال مستقر شده بر ذمه باشد.

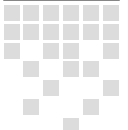
بند دوم: ضمان از دین با سبب موجود

فقهای امامیه، علاوه بر ضمان از دین موجود، ضمانت از دینی که سبب آن ایجاد شده است ولی خود آن دین هنوز بر ذمه مستقر نشده است را نیز می‌پذیرند. یعنی در این موارد دین ثابت در ذمه نیست ولی به ثبوت در ذمه منتهی می‌شود. مانند ضمانت از مال الاجاره قبل از انقضای مدت، که مال الاجاره قبل از انقضای مدت بر ذمه ثابت نمی‌شود ولی از

۴- باقری، احمد، بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی: ضمان، حواله، کفالت، چ اول، تهران: انتشارات آن، ۱۳۸۲، ص ۸۲.

۵- موسوی نیا، سید حامد، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی: ضمان عهده در حقوق ایران، فقه امامیه و مطالعه تطبیقی با فقه حنفی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ص ۳۳.

۳- معرفت، آیت الله محمد هادی، ضمانت، گسترش یا انتقال محل پرداخت؟، ماهنامه دادرسی، سال دوم، شماره دهم، مهر و آبان ماه ۱۳۷۷، ص ۱۴.



اند، بلکه همراه آن به نقش فرهنگ سازی و تعالی جامعه مسلمان نیز توجه شده است. عقد ضمان نیز از اینگونه عقود است که به منظور سودجویی تشریح نشده است. در این عقد ضامن، محسن محسوب می‌شود و برای گره گشایی از کار مدیون و بدون چشم داشت منفعت وارد عمل می‌شود.

این جنبه اخلاقی به احکام حقوقی این عقد نیز سرایت می‌کند. از همین جهت است که ماده ۶۹۴ قانون مدنی مقرر کرده است: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست، بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود، بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضامن صحیح است...». یعنی مسامحه در مقدار و اوصاف و شرایط دین موضوع عقد را اجازه داده است.

گفتار چهارم: کافی بودن علم اجمالی

در راستای ویژگی مسامحه‌ای بودن عقد ضمان، ماده ۶۹۵ قانون مدنی، با عبارت «معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست»، تنها شناخت اجمالی مضمون له یا مضمون عنه را کافی دانسته است. از همین رو برخی فقهاء گفته‌اند که بنابراین ممکن است، شخصی از درمنازه‌های ناشناس ضمانت کند، بدون اینکه بداند چه میزان بدهکار است و طلبکار چه شخصیتی دارد. در مورد مقدار و اوصاف و شرایط دین موضوع ضمان نیز، علم ضامن به موجب ماده ۶۹۴ ق.م. شرط نیست.

با وجود این، چون ضمان تعهد است و موضوع تعهد حقوقی و اطراف آن، می‌بایست معین شود، موضوع دین و طلبکار آن نباید بکلی مجهول یا مردد باشد. درست است که علم تفصیلی در مورد آنها لازم نیست، اما حداقل بایستی قابل تعیین باشند. از همین روست که فقهاء و حقوقدانان عموماً ابراز داشته‌اند که هر چند به علت تسامحی بودن عقد ضمان شارع و قانونگذار سخت گیری چندانی در مورد شناخت مضمون عنه، مقدار مضمون به و شناخت مضمون له ننموده، علم تفصیلی را در این موارد لازم ندانسته است و بدون وجود علم تفصیلی، عقد ضمان واقع شده را صحیح دانسته است، لیکن مضمون به، مضمون له و مضمون عنه، باید نزد ضامن به گونه‌ای مشخص باشد که بداند اجمالاً کدام دین را به نفع چه کسی و از جانب چه کسی بر ذمه گرفته و عهده دار تأدیه‌ی آن شده است. هر چند که علم دقیق و تفصیلی به اوصاف و شرایط و مقدار تعهد موضوع ضمان یا شناخت تفصیلی راجع به اسم و نسب و ... در مورد مضمون عنه و مضمون له نداشته باشد.

در همین راستا، قسمت دوم ماده ۶۹۴ مذکور، در مورد دین موضوع ضمان، استثناء کرده است که: «... لیکن ضمانت از چند دین به نحو تردید باطل است.» و در مورد شناخت شخصیت دیگر طرفهای عقد نیز همانطور که بیان شد، مفهوم مخالف ماده ۶۹۵ مذکور، حداقل شناخت اجمالی آنها را لازم می‌داند.

بخش دوم: ضمان در فقه امامیه

مبحث نخست: ضمان از دین مستقر و متزلزل

موضوع عقد ضمان ممکن است دین مستقر و یا متزلزل باشد. منظور از دین مستقر، دینی است که در حین عقد ضمان بر ذمه مدیون ثابت و غیر متزلزل باشد. مانند دین ناشی از قرض و یا عوضین در بیع کلی مطلق، مثل اینکه کسی مال کلی بفروشد و دیگری نزد مشتری ضامن بیع گردد و یا اینکه کسی مالی را به ثمن کلی بخرد و دیگری نزد بایع

ضامن ثمن شود، فرد کامل دین، دینی است که مستقر و ثابت در حین عقد باشد.

منظور از دین متزلزل دینی است که بر ذمه مدیون ثابت می‌باشد، ولی در اثر وجود خیار و یا جهتی از جهات دیگر قابل سقوط است. مانند عوضین در بیع خیار، وقتی که کسی ضامن بایع یا مشتری در بیع کلی خیار می‌شود. علت صحت ضمان دین متزلزل، این است که صرفاً به سبب عقد اصلی، این دین بر ذمه مضمون عنه می‌آید، هر چند که متزلزل است و ممکن است بر اثر اخذ به خیار و انحلال عقد ساقط گردد. برخی فقهاء ضمانت از بایع در مورد ثمن در زمان خیار را در صورتی که بعد از قبض ثمن توسط بایع باشد، صحیح می‌دانند و در صورتی که قبل از قبض باشد، صحیح نمی‌دانند. علت نیز این است که قبل از قبض، چیزی تحت ید بایع نیامده است که ضمانت عهده آن یا ضمانت از عین آن صحیح باشد.^۷

مثال دیگر آن، ضمانت از مهر قبل از دخول است. اینگونه که کسی ضامن زوج در مقابل زوجه نسبت به مهری که در ذمه شوهر به سبب عقد نکاح می‌آید، بشود. این ضمانت نیز صحیح است، هر چند نصف مهر متزلزل می‌باشد و ممکن است در نتیجه طلاق قبل از دخول از عهده شوهر ساقط شود. پس طبق قول مشهور فقهاء، ضمانت از دین متزلزل صحیح است.

مبحث دوم: ضمان از دین با جزء سبب موجود

در شرایط اختصاصی عقد ضمان بیان شد که نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که ضمان دینی که هنوز سبب آن هم ایجاد نشده است باطل است و ضمان اصطلاحی نیست ولی ضمانت از دینی که هنوز بر ذمه مستقر نشده است، ولی سبب آن ایجاد شده است صحیح می‌باشد. اما در مواردی در اینکه آیا سبب ایجاد شده است یا خیر، بحث پیش می‌آید و نیز در مواردی مطرح می‌شود که آیا اگر جزء سبب به وجود آمده باشد برای ضمانت، کافی نیست. نظرات مختلفی در این باب بین فقهاء مطرح شده است. مثالهای مورد بحث فقهاء در این مورد ضمانت از مال الجعالة و مال السبق و مال الرمايه و نفقه آینده زن است که مثلاً آیا قبل از انجام عمل که دینی بر ذمه جاعل مستقر نشده است، آیا ضمانت کردن از جاعل صحیح می‌باشد یا خیر؟

ضمانت از هر کدام از این موارد سه گانه، طی سه بند متوالی می‌آید.

گفتار نخست: ضمان از مال جعالة

جعالة یک عقد جایز است و جاعل می‌تواند قبل از انجام کار مورد نظر عقد را فسخ کند و خود را از تعهدی که بر ذمه دارد برهاند (ماده ۵۶۵ ق.م.). تعهدی که عامل بر دوش دارد تعهد به نتیجه است و به همین جهت نیز تا زمانی که به نتیجه مطلوب نرسد، حقی بر مال جعالة (جُعَل) ندارد (ماده ۵۶۷ ق.م.).

به این ترتیب، برای اینکه دین جاعل بر ذمه او ثابت شود، دو عامل باید محقق شود:

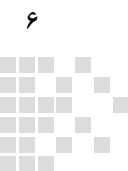
الف) عقد جعالة بین جاعل و عامل که منشاء تعهد بر دادن پاداش، به فرض انجام کار مطلوب، است.

ب) انجام کار.

بنابراین پس از پایان کار، ضمانت از جاعل بی تردید درست است. ولی بعد از عقد و قبل از انجام کار، این بحث مطرح می‌شود که سبب وجود دین کدامیک از آن دو عامل است؟ عقد جعالة یا عقد جعالة و

۷- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلی)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نجف: مطبعة الادب فی النجف الاشرف، ج ۲، ۱۳۸۹ ه. ق، ص ۱۰۹.

۶- فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرائع، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۰۱ ه. ق، ج ۳، ص ۱۴۳، ش ۱۰۲۶.



کامل هم ایجاد نشده باشد، کافی است.

گفتار دوم: ضمان از مال سبق و رمایه

به موجب ماده ۶۵۵ قانون مدنی، در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی گروندی جایز است. یعنی دو نفر می‌توانند پیمانی ببندند که بر مبنای آن به برنده یکی از این مسابقه‌ها جایزه‌های داده شود. در مورد التزام به دادن جایزه این گروندی‌ها، مسأله شباهت زیادی به مال جعاله دارد: تعهد به پرداخت جایزه در نتیجه عقد به وجود می‌آید و تحقق دین هر یک از اطراف عقد نیز منوط به باختن در مسابقه و برنده شدن دیگری است. پس در این مورد نیز ضمانت از متعهد نیز امکان دارد و تابع حکم مربوط به مال جعاله است.

در اینجا نیز نظر عمده فقهاء بر صحت این عقد ضمان است و فقها در اینجا قول بر صحت را قوی تر دانسته‌اند، چون این عقود بر خلاف عقد جعاله، لازم می‌باشند. بنابراین با انعقاد عقد اصلی چون التزام به عقد واجب است، مال السبق و مال الرمایه نیز لازم می‌شود.^{۱۶}

گفتار سوم: ضمان از نفقه آینده زن

در حقوق ما، تأمین معاش خانواده به عهده شوهر است (ماده ۱۱۰۶ ق.م.ا). تعهد شوهر به انفاق همچون دین بر عهده او باقی می‌ماند (ماده ۱۲۰۶ ق.م.ا). پس در درستی ضمان نسبت به نفقه گذشته تردیدی وجود ندارد.^{۱۷} ولی در مورد نفقه آینده، این اشکال به ذهن می‌رسد که هرگاه زن از تمکین امتناع کند، حتی بر نفقه ندارد (ماده ۱۱۰۸ ق.م.ا). برای ثبوت دین نفقه بر ذمه شوهر دو عامل لازم است: رابطه زن و شوهری، که به موجب عقد ایجاد شده است، و تمکین زن از شوهر که باید در آینده صورت پذیرد و فرض این است که هنگام ضمان تحقق نیافته است. بنابراین این پرسش مطرح می‌شود که کدامیک از این دو عامل سبب دین است؟ آیا تمکین شرط استحقاق زن است یا نشوز مانع از آن، یا بایستی تمکین را نیز جزء سبب شمرد؟

نظر مشهور فقهای امامیه بطلان این ضمان است.^{۱۸} ولی، برخی حقوق دانان ابراز کرده‌اند که، با مفهومی که نکاح در حقوق کنونی دارد، باید نظر معدودی که ضمان از نفقه آینده را درست دانسته‌اند تأیید کرد. اینان دلایل این ادعا را موارد ذیل آورده اند:^{۱۹}

الف) به موجب ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، حقوق و تکالیف زوجین در برابر یکدیگر با نکاح به وجود می‌آید و یکی از این تکالیف تعهد شوهر به دادن نفقه است. زن می‌تواند برای تعیین مقدار نفقه و الزام شوهر به آن، به دادگاه رجوع کند (ماده ۱۱۱۱ ق.م.ا). لحن این مواد به خوبی می‌رساند که تعهد به انفاق با عقد به وجود می‌آید و مقتضی آن نکاح است و نشوز مانع از تأثیر مقتضی و ایجاد دین است.

ب) نظر به اینکه هیچ ارتباط و تناسبی بین تمکین و استحقاق نفقه وجود ندارد، و از سوی دیگر، این ارتباط بین نکاح و نفقه آشکارا به چشم می‌خورد، سبب دین مربوط به نفقه را باید نکاح شمرد و تمکین در زمره موانع یا شرایط تأثیر سبب است.

پ) تعهد به انفاق در اثر نکاح به وجود می‌آید و همین تعهد است که با تمام اوصاف خود موضوع ضمان قرار می‌گیرد و به ذمه ضامن انتقال می‌یابد.

۱۶- الجبعی العاملی، زین الدین بن علی (الشهیدالثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج اول، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۴، ص ۱۹۳.
۱۷- محقق ثانی، شیخ علی حسین (محقق کرکی)، منبع پیشین، ص ۳۲۰.
۱۸- نجفی، شیخ محمد حسن، منبع پیشین، ص ۱۳۹ و ۱۴۰.
۱۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین؛ عقود ادنی و وثیقه‌های دین، چاپ چهارم، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۲۸۸.

انجام کار، هر دو؟

برخی فقهاء سبب دین را عقد جعاله می‌دانند و استدلال می‌کنند که تعهد جاعل ناشی از عقد است که در آغاز تعهدی جایز است و در اثر انجام عمل لازم می‌شود.^{۲۰} فقها دلیل این نظر را آیه ۷۲ در سوره یوسف (ع): «ولمن جاء به حمل بعیر وانا به زعیم»^{۲۱} در ماجرای اینکه یوسف (ع) با قرار دادن پیمان در بار برادر ناتنی خود، بنیامین توانست طبق احکام و آداب عزیز مصر، برادرش را نزد خود نگهدارد، می‌دانند. این گروه، به نیاز مردم به این ضمان نیز استناد می‌کنند. مدرک دیگر فقها روایت حضرت رسول الله (ص) است که می‌فرماید: «الزعیم غارم»^{۲۲} یعنی زعیم باید غرامت را متحمل شود.

همچنین گفته شده است که آنچه بعد از عقد جعاله، لازم نمی‌شود و انجام آن در اختیار عامل باقی می‌ماند «عمل» مورد تراضی است، وگرنه تعهد به مال به وجود می‌آید و در صورت انجام عمل باید به جای آورده شود. ضمان نیز نسبت به همین تعهد اخیر است و ارتباطی به عمل ندارد.^{۱۱}

در این مورد یکی از فقهاء می‌نویسد که، عقد جعاله سبب تام ثبوت دین بر ذمه جاعل است، ولی این دین در معرض بطلان قرار دارد و انجام نشدن عمل یکی از عواملی است که دین موجود را از بین می‌برد. ایشان اضافه می‌کنند که می‌توان گفت که انجام عمل کاشف از صحت یا بطلان ضمان است، بدین تعبیر که عدم انجام عمل کشف می‌کند که ضمان از آغاز درست نبوده است.^{۱۲}

برخی دیگر از فقهاء اعتقاد دارند که پیش از پایان کار سبب دین کامل نمی‌شود و ضمان از جاعل در این مرحله از مصداقهای «ضمان ما لم یجب» است.^{۱۳} چون پس از عقد، که تنها جزء سبب است، نه دینی بر ذمه جاعل قرار گرفته و نه لازم شده است. اینان آیه ۷۲ از سوره یوسف را که ذکر شد، ناظر به ضمان عرفی می‌دانند نه حقوقی. اجمالاً در مورد مال الجعاله، نظر عمده فقها و حقوقدانان بر این است که حتی ضمان از آن قبل از انجام عمل نیز صحیح است. به عقیده برخی از فقهاء همین اندازه که مقتضی ایجاد دین در آینده، موجود باشد کافی است، هر چند دین بالفعل در ذمه نیامده باشد.^{۱۴}

بعضی از حقوقدانان در بحث ضمان مال الجعاله چنین بیان کرده‌اند که جعاله از ایقاعات است. به هنگام واقع ساختن جعاله و پیش از شروع عمل به عمل می‌توان از تعهد جاعل، ضامن شد، زیرا سبب تعهد که جعاله است حادث گردیده است و همین مقدار برای انعقاد عقد ضمان کافی است.^{۱۵}

پس نظر عمده فقها و حقوقدانان این است که برای اینکه یک عقد ضمان، ضمان اصطلاحی محسوب شود، می‌بایست در موقع عقد ضمان، حداقل مقتضی وجود دین ایجاد شده باشد. بنابراین حتی اگر سبب بطور

۸- محقق حلی، منبع پیشین، ج ۲، ص ۳۵۷ و همچنین؛ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، ج دوم، بیروت: منشورات مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۲، صص ۷۷۶ و ۷۷۵.

۹- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج هفتم، لبنان: بیروت؛ دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱، ج ۲۶، ص ۱۳۷.

۱۰- همان
۱۱- بجنوردی، سید میرزا محمد حسن، القواعد الفقهیه، ج اول، قم: الهادی، ۱۳۷۷، ج ۶، صص ۹۷ بعد.

۱۲- نجفی، شیخ محمد حسن، منبع پیشین، ص ۱۲۷.

۱۳- محقق ثانی، شیخ علی حسین (محقق کرکی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج اول، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ه.ق، ج ۵، ص ۳۱۹.

۱۴- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، منبع پیشین، ص ۷۶۲.

۱۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸، عبارت با شماره ۹۰۱۷.

مبحث نخست: ضمان عقدی اصطلاحی منجز

در مورد نهادهای «ضمانت حسن اجرای تعهد» در فقه که مثال بارز و وسیع آن ضمان عهده و شقوق مختلف آن است، در آثار فقهاء و حقوق دانان سعی شده است که در حد امکان انواع آنها در قالب ضمان عقدی اصطلاحی مورد بررسی قرار گیرد و در آن قالب گنجانده شود. این امر از این روای کلی نشأت می‌گیرد که فقهاء و حقوق دانان سعی می‌کنند قراردادهای را در حد امکان، در قالب عقود معین توجیه کنند تا از قالب‌های مشخص و ویژگی‌های خاص آن عقود برخوردار شوند و توجیه کیفیات و آثار آنها آسان شود، تا وقتی در روابط حقوقی افراد آن قرارداد منعقد می‌شود، آثار و نتایج آن، حتی بدون تصریح در قرارداد، روشن و در نتیجه دور از انکار باشد.

فقهاء نیز ضمان عهده را در ذیل ضمان عقدی بحث کرده اند، هر چند در بیشتر موارد ضمان عهده، مشمول ضمان عقدی نیست و فقط در برخی موارد مشمول ضمان عقدی قرار می‌گیرد. می‌خواهیم چنین نتیجه بگیریم که در تمام انواع ضمانت حسن اجرای قرارداد، می‌بایست در وهله اول آن مورد بررسی شود و اگر شرایط آن با شرایط ضمان عقدی اصطلاحی مطابقت دارد، ماهیت حقوقی آن قرارداد را طبق روای موجه فقهاء و حقوقدانان، ضمان عقدی اصطلاحی که یکی از عقود معین است، بدانیم تا آن قرارداد از ویژگی‌های خاص و آثار عقد ضمان اصطلاحی برخوردار گردد.

از سوی دیگر منظور از عقد ضمان اصطلاحی در اینجا، عقد ضمان منجز و بدون هیچ قیدی و از جمله بدون تعلیق در ایفاء می‌باشد. بنابراین اولین و مناسب ترین ماهیت حقوقی قابل تصور برای «ضمانت حسن اجرای قرارداد»، ضمان عقدی منجز است.

همان طور که در مطالب گذشته ذکر شد، بر اساس آراء بعضی از فقیهان در خصوص شرط ثبوت دین در ذمه در تحقق ضمان عقدی اصطلاحی، از آنجا که در هر عقد ضمان کافی است مقتضی وجود تعهد مضمون عنه قبل از عقد پدید آمده باشد و نیز از آنجا که در عقد بیع ضمان عهده با بیع ۲۰ به طور مطلق، حتی پیش از قبض ثمن صحیح است (ماده ۶۹۷ ق.م.ا)، 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 مضمون عنه که همانا قرارداد اصلی باشد به وجود آمده است. ۲۱. جالب توجه است که برخی از فقهاء متأخر، گذشته از این مباحث، هیچ دلیلی بر بطلان «ضمان ما لم یجب» موجود ندانسته و آن را صرفاً عبارتی می‌خوانند 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 دانسته است. ۲۲.

۲۰- اگر کسی از فروشنده در برابر خریدار، ضمانت کند که هرگاه مبیع از آن دیگری در آید، او عهده دار باز گردانیدن ثمن شود، عمل حقوقی را «ضمان عهده با بیع» نامند.

۲۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دوره حقوق مدنی: عقد ضمان، ج اول، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین، ۱۳۵۲، شماره‌های ۳۳۷، 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.

۲۲- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، منبع پیشین، ص ۷۷۶. این اندیشمند در مبحث ضمان اعیان مضمونه، در خصوص «ضمان ما لم یجب» چنین آورده است: «غایه الامر انه لیس من الضمان المصطلح و کونه من ضمان ما لم یجب لا یضر بعد ثبوت المقتضی و لادلیل علی عدم صحه ضمان مالم یجب من نص او اجماع و ان اشتهر فی الالسن، بل فی جمله من الموارد حکموا بصحته و فی جمله منها اختلفوا فیه، فلا اجماع.»

برای آن که بتوان ماهیت ضمان حسن اجرای قرارداد را، ضمان عقدی اصطلاحی تحلیل کرد، ابتدا باید چند مقدمه را در نظر گرفت و سپس پایه‌های استدلال را بر این مقدمات بنا نهاد:

الف) عقد ضمان، همان گونه که دیدیم، یک قرارداد تبعی و فرعی است که تحقق آن موکول به وجود دین قبلی مضمون عنه 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 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، چنان که بیع سبب انتقال مبیع است و تقصیر مقتضی مسئولیت مدنی. ۲۴. سبب در ماده ۶۹۱ ق.م.ا نیز به همین معنا به کار رفته است و نباید آن را بر مفهوم فلسفی خود حمل کرد. در فلسفه، میان سبب ۲۵ 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. حقوقدانان، به رغم فیلسوف، هیچ ملازمه عقلی و ذاتی میان سبب و مسبب نمی‌بینند. آنچه که 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 گفته اند: «سبب چیزی است که به سبب اقتضاء ذاتش، از وجودش وجود مسبب و از عدمش، عدم آن لازم می‌آید.» ۲۶ این معیار را به ویژه در جایی که مجموع چند عامل یک اثر حقوقی را به بار می‌آورد، می‌توان برای تعیین مقتضی به کار بست؛ مقتضی مهم ترین بخش علت و زمینه تحقق اثر حقوقی است. به گونه‌ای که وجودش لازمه ایجاد اثر معهود و عدمش عدم وقوع مطلوب است. لیکن ممکن است به تنهایی در به وجود آوردن آن اثر کافی نباشد و عوامل دیگری نیز در این اثر بخشی، 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 ارتقاء 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. ۲۷ فقدان «موانع» اثر بخشی، نیز در زمره شرایط تأثیر مقتضی است و در مجموعه عوامل تحقق سبب، در خور توجه است.

با مثالی ساده، نقش هر یک از این عوامل را بررسی می‌کنیم: اگر

۲۳- متن ماده ۶۹۱ چنین است: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است.»

۲۴- کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ج ۳، ش ۱۶۳، ص ۲۷۹ و همچنین؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ش ۱۷۳، و نیز؛ دانشنامه حقوقی، منبع پیشین، ج ۲، شماره‌های ۳۹ و ۴۳.

۲۵- معنای سبب در معنای فلسفی خود، علت تامه است.

۲۶- شهابی، محمود، قواعد فقه، منبع پیشین، چاپ ۱۳۳۳، ص ۳۳.

۲۷- کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ش ۱۶۳، ص ۲۸۱.

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. ۳۱. تخلف از این شرط ضمنی است که مسئولیت بازگرداندن عوض یا مثل و یا قیمت آن را بر عهده متخلف می‌نهد؛ التزامی که نتیجه تقصیر قراردادی اوست و پس از عهده شکنی کامل می‌شود. این تعهد را ماده ۶۹۷ ق.م. قابل تضمین شمرده و بدین سان نوعی ضمان حسن اجرای قرارداد را پیش بینی کرده است. ۳۲.

ممکن است که 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 مسئولیتی ناشی از حکم قانون است. این الزام، در هر مورد که کسی بدون مجوز قانونی بر مال دیگری سلطه پیدا کند، ایجاد می‌شود و نوعی ضمان قهری است. ۳۳. این ایراد منطقی، گرچه با ظاهر قانون مدنی که ضمان درک را از آثار بیع صحیح بر شمرده، منافات دارد، اگر بر نحوه انشاء قانون وارد باشد، در تعبیری که 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، مسئولیتی است که در نتیجه تقصیر طرف متخلف ایجاد می‌شود و منبع آن قرارداد است و قانونگذار همین منبع را مقتضای ایجاد دین دانسته و ضمان آن را صحیح و نافذ تلقی کرده است. (ماده ۶۹۷ ق.م.) اما اگر ضمان درک را گونه‌ای از مسئولیت قهری بدانیم که منبع مستقیم آن قانون است، ضمانت از این مسئولیت، 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 مال 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. ۳۴.

اما حل این مسأله در پذیرفتن تحلیل نخست و انتساب ضمان درک به شرط ضمنی متعاقبین 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. ۳۵. حتی عده‌ای از نویسندگان یقین کرده‌اند که نفوذ ضمان عهده به دلیل وجود مقتضای ایجاد دین (قرارداد اصلی) است. ۳۶.

۳۱- کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ش ۱۷۳، ص ۲۹۴.

۳۲- غلامی، مجید، مقاله: ضمان حسن اجرای قرارداد، تهران؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۳، بهار ۱۳۷۸، ص ۹۶.

۳۳- کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ج ۱، ش ۱۵۹.

۳۴- محقق ثانی، منبع پیشین، ص ۳۲۲ (پاورقی) و همچنین؛ محقق حلی، منبع پیشین، ص ۹۱.

۳۵- نجفی، شیخ محمد حسن، منبع پیشین، ص ۱۴۷.

۳۶- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، منبع پیشین، باب ضمان، مسأله ۳۹، ص ۶۱۳.

رویش گیاهان یک مزرعه را یک 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 موانع» است. در عالم حقوق نیز مثال فراوان است، می‌دانیم که در رابطه میان زوجین، انفاق تکلیف شوهر است. مقتضای ایجاد این التزام «عقد نکاح» و شرط تأثیر مقتضی «تمکین زوجه» است. نشوز و نفاق نیز «مانع» اثر بخشی مقتضی است.

ب) در ضمان حسن اجرای قرارداد، تمیز سبب از الزام پیمان شکن به جبران خسارت، نکته مهم و کلیدی تحلیل ضمان است؛ زیرا تشخیص این سبب است که مقدمه احراز وجود تعهد مضمون عنه، 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 مسئول خسارت طرف مقابل است...». حکم این ماده ناظر به مسئولیت قراردادی است. این مسئولیت 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 با قرارداد او به زیان دیده بدین اعتبار است که مبنای تقصیر مسئول، نقض قرارداد او با زیان دیده است، نه تکلیف عمومی مربوط به خودداری از اضرار به دیگری. ۲۸. به بیان دیگر عدم اجرای عقد، اگر منسوب به متعهد باشد، در نظر قانونگذار خود تقصیری است که مبنای مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد. به همین جهت هم، متعهد در صورتی از دادن خسارت معاف می‌شود که ثابت کند که مانع اجرای عقد حادثه‌ای خارجی و احتراز ناپذیر است و پیمان شکنی را نباید به او نسبت داد (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.). بر این پایه، اگر ضامن، جبران خسارت ناشی از عهد شکنی متعهد را بر عهده گیرد، ضمان او از دین آینده است. زیرا تعهد به جبران خسارت التزام جدیدی است که در نتیجه تقصیر طرف قرارداد برای او ایجاد می‌شود و عقد تنها جزئی از سبب 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. ۳۰.

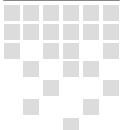
با وجود این، در قانون مدنی نشانه‌هایی از پذیرش قرارداد، به عنوان سبب ایجاد تعهد جبران خسارت ناشی از پیمان شکنی، دیده می‌شود. در ماده ۶۹۷ این قانون می‌خوانیم: «ضمان از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است.» به این معنا که مشتری می‌تواند از بیم آن که مبیع متعلق به دیگری درآید، برای بازگرداندن ثمن ضمان 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

۲۸- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شماره‌های ۲۶۰ و ۲۷۲، و همچنین؛ دوردیان، حسن علی، تقریرات درس حقوق مدنی، کلیات قرارداد ها، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۲۹- همان

۳۰- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، منبع پیشین، ج ۳، قرائت و تمرین ۸.



بنابراین به عنوان نتیجه این بحث باید گفت: با وجود آن که تعهد به جبران خسارت، بدل و دنباله تعهد اصلی نیست و خود التزام جدیدی است که به اعتبار منبع آن، قراردادی نامیده شده است، ولی در نظر عرف، همین منبع ممکن است مقتضی وجود تعهد به جبران خسارت قرار گیرد و ضمان از آن را امکان پذیر 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 مشغول الذمه می‌شود رهن یا ضمان دهد.» ظاهراً 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 است یا دست کم سبب آن ایجاد شده 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.^{۳۷}

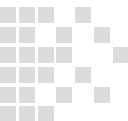
لیکن معنای ماده ۲۴۱ فراتر از این ظاهر است و التزام به معرفی ضامن، شامل تمامی تعهدهایی می‌گردد که به واسطه عقد بر ذمه مدیون قرار می‌گیرند. پس، تعهد به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد که مبنای آن حکم قانون است و واسطه تعلق آن به ذمه مدیون، وجود پیمان است نیز می‌تواند پایه شرط معرفی ضامن باشد.^{۳۸} 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 برمی‌انگیزند 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 مضمون له باشد و وی امکان رجوع به هر یک از ضامن و مضمون عنه را برای خود محفوظ بدارد. بدین ترتیب، از میان نظرهای ارائه شده در تجلیل ضمان حسن اجرای قرارداد، می‌توان عقیده ضمان عقدی اصطلاحی را برگزید و به شرحی که گفته 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 مضمون عنه در دعوی بر ضامن است. در واقع، اثبات این تخلف مقدمه دعوی است زیرا مضمون له باید حصول شرط و کامل شدن سبب و سرانجام، تحقق دین را ثابت کند.

مبحث دوم: ضمان عقدی اصطلاحی با تعلق در ایفا

یکی از اشکالاتی که در تبیین ضمان عقدی به عنوان ماهیت حقوقی ضمانت حسن اجرای قرارداد با آن مواجه هستیم، این است که ضمانت ثالث از حسن اجرای قرارداد در برخی موارد آن، معلق بر نقض قرارداد یا عدم اجرای قرارداد طبق شرایط مورد توافق و یا ایراد خسارت می‌باشد.

^{۳۷} - کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ج ۳، قرائت و تمرین ۸، ص ۳۰۷.

^{۳۸} - غمائی، مجید، منبع پیشین، ص ۹۸.



از طرف دیگر تعلق در عقد ضمان، موجب بطلان آن می‌شود.

قول مشهور فقهای امامیه بر بطلان عقد معلق است و تنجیز را از جمله شرایط عقد شمرده اند.^{۳۹} تعلق در عقد ضمان به موجب ماده ۶۹۹ ق.م. باطل است، از لحاظ تحلیلی و نظری نیز چون عقدضمان، تبعی و وابسته است، باید منجز انشاء شود و تعلق با نهاد تبعی و توثیقی منافات دارد.^{۴۰} اما تعلق هر عقدی به شرایط صحت آن، خللی به صحت آن عقد نمی‌زند، زیرا در واقع گویی شرایط صحت عقد که لازمه وقوع عقد به طور صحیح است بر شمرده می‌شود و در واقع تحقق عقد را منوط به وجود شرایط صحت آن می‌کند و این بدیهی است که تنها اگر شرایط صحت موجود باشند، آن عقد محقق می‌شود و بدون وجود آن‌ها، عقد محقق نمی‌شود. تعلق عقد ضمان به شرایط صحت آن نیز مثل اینکه ضامن در عقد ضمان به مضمون له بگوید: «اگر علی به تو بدهی داشته باشد، من ضامنم.» خللی به صحت عقد ضمان وارد نمی‌کند و بدیهی است که وجود تعهد مضمون عنه، شرط صحت عقد ضمان است.

چنانچه عقدی معلق به شرایط صحت خود شود، تعلق اصطلاحی نیست، بنابراین آثار تعلق را ندارد به همین علت با آنکه به موجب ماده ۶۹۹ ق.م. تعلق در عقد ضمان موجب بطلان است، ماده ۷۰۰ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «تعلق ضمان به شرایط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد، من ضامنم موجب بطلان آن نخواهد بود.» ولی این ماده ناظر بر شروطی است که علم اجمالی طرفین به وجود آن کافی است. مثال بارز این شرط، وجود دین در عقد ضمان است، لیکن در مورد سایر شرایط صحت قرارداد، که طرفین باید علم تفصیلی به وجود آن داشته باشند، نمی‌توان قرارداد معلق را بر وجود این گونه شروط انشاء نمود، بلکه قبل از انشاء قرارداد باید این شروط احراز گردد.^{۴۱}

ولی ماده ۶۹۹ ق.م. که تعلق در ضمان را باطل می‌داند و اشعار داشته است که «تعلق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداند من ضامنم، باطل است...» در قسمت اخیر خود التزام به تأدیه به صورت معلق را از سوی ضامن تجویز کرده است و مقرر داشته است که «... ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.» یعنی تعلق در ادا صحیح است. مثل اینکه بگوید: من به موجب عقد ضمان، ضامن بدهی حسین هستم، ولی پرداخت دین، موقوف به این است که تو اول به مدیون اصلی مراجعه کنی و اگر او نداد، من پرداخت می‌کنم.

در این نظریه در واقع بین عقد ضمان و اثر آن درباره ضامن، فرق نهاده‌اند و گفته‌اند تعلق در عقد نیست و تعلق در اثر آن است. به عبارتی در اینجا تعلق در منشأ تحقق یافته است نه تعلق در انشاء که باطل است.

برخی حقوقدانان در مورد این تعلق اظهار نظر کرده‌اند که در این فرض، تعلقی که موجب بطلان ضمان باشد، موجود نشده است، و ضمان همراه با تعلق در ایفاء مانند ضمان در اعیان مضمونه است. که به ضمان ید تعبیر می‌شود، چنان که در غصب است که غاصب، در نتیجه استیلاء بر اموال غیر ملزم می‌باشد عین مال را به صاحبش رد نماید و چنانچه تلف شود، بدل آن را بدهد. پس ضمان غاصب به بدل، معلق بر تلف عین است.^{۴۲}

^{۳۹} - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج چهاردهم، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۱۶۷.

^{۴۰} - باریکلو، علیرضا، مقاله «قرارداد ضمان معلق»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره دهم، ص ۵۴.

^{۴۱} - بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها؛ حقوق مدنی (۳)، ج اول، تهران: میزان، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۸.

^{۴۲} - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج نوزدهم، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۶، ج ۲،

قرارداد معلوم شود که طرف دیگر بخش عمده تعهدات خود را در نتیجه موارد زیر انجام نخواهد داد:

الف) نقصان جدی در توانایی وی به اجرا یا در قدرت اعتباری او؛ یا ب) رفتار وی در تدارک اجرا یا در اجرای قرارداد. ۴۵

اگر پس از یکی از حالات مذکور در بند اول ماده ۷۱ مذکور، یکی از طرفین قصد توقف اجرای تعهدات خویش و اعمال حق تعلیق را بنماید ولی طرف مقابل بپذیرد که تضمین و تعهد لازم را برای اجرای تعهداتش بدهد، به طوری که نگرانی طرف مقابل را رفع کند، طرف اول موظف است نسبت به اجرای تعهداتش اقدام نماید. البته این تضمین باید به صورتی باشد، که موجب اطمینان و رضایت طرف قرارداد را فراهم آورد. مثلاً اقدامات عملی مانند تضمین پرداخت قیمت کالا توسط بانک، برای این کار صورت گیرد. ۴۶ این عمل در واقع تضمین اجرای تعهد است.

در این فرض ماهیت حقوقی و عقد، منجز است، اما اجرا و ایفای تعهد، معلق است و بین این دو فرق بسیار است.

بعضی دیگر از حقوقدانان اختلاف این ماهیت را ظاهری و ساختگی دانسته و معتقدند: «قانونگذار در ماده ۶۹۹ بین دین و التزام به تأدیه تفاوت نهاده و مقرر داشته است که ایجاد اصل دین برای ضامن باید منجز انجام گیرد و انتقال آن از مدیون در هوا باقی نماند، ولی ضامن نیز مانند هر مدیون دیگر، می تواند التزام به تأدیه را معلق به شرایطی کند، این تمهید به منظور احترام به عقیده گروهی از فقها است که نقل ذمه را مقتضای ذات ضامن و اثر جدایی ناپذیر آن می دانند و گرچه از نظر رجوع ضامن تفاوتی بین این دو تعلیق وجود ندارد و اگر شرط تعلیق، رجوع طلبکار به مضمون عنه باشد، ضامن در صورتی طرف دعوی قرار می گیرد که طلبکار از وصول دین به وسیله مضمون عنه مأیوس شده باشد.» ۴۷

این تحلیل نیز با احکام ماده ۶۹۹ سازگاری ندارد، زیرا همان گونه که گذشت امروزه عقد معلق و ایفا معلق با هم تفاوت دارد و این دو از یکدیگر جدا و متمایز می باشد.

در تعهدات، نهادی به عنوان تعلیق اجرای عهد بوجود آمده است و اینکه از لحاظ آثار این دو یکسان می باشد، صرف وحدت اثر، موجب حکم به وحدت ماهیت نمی گردد. همان طوری که بیع، معاوضه عین و صلح بر عین، دارای اثر یکسان و مشترک می باشند، اما از لحاظ ماهیت هر یک دارای ماهیتی مستقل و تابع شرایط خاص خود می باشند. بنابراین، به نظر می رسد که این دو از لحاظ ماهیت، تفاوتشان، منجز و معلق بودن است.

در عقد ضامن معلق، تعلیق به خود عقد، تعلق گرفته است و تا زمانی که معلق علیه، محقق نشود ضامن احتمالی، متعهد نمی شود، اما در عقد ضامن با ایفاء تعلیقی، عقد ضامن منجز است و متعهد شدن ضامن، احتمالی نیست، بلکه قطعی است، اما اجرا و پرداخت، معلق بر عدم تأدیه مدیون اصلی است و از لحاظ سازگاری با وثیقه و تأمین بودن

اما این تحلیل قابل تأمل است چون قیاس این مورد با ضمان ناشی از غصب، قیاس مع الفارق است زیرا علت ضمان غاصب، استیلاء بر مال غیر و علت تعهد ضامن، عقد ضمان است، در نتیجه مبنای مسئولیت غاصب، غصب و مبنای مسئولیت ضامن، قرارداد است و اختلاف مبنا موجب اختلاف تعهد می شود. تعهد غاصب مطلق است ولی تعهد ضامن، مطلق نیست.

از طرف دیگر آنچه که غاصب متعهد است، تعهد واحد است که عبارت است از برگرداندن عین به مالک آن، و در صورتی که عین تلف شود، چون انجام خود تعهد (برگرداندن عین) امکان ندارد و غیرمقدور است، غاصب بدل تعهد خود را انجام می دهد نه اینکه ضمان غاصب به بدل معلق بر تلف عین باشد.

بعضی دیگر از حقوقدانان این ماهیت تعلیقی را، با ماهیت عقد ضمان معلق یکسان دانسته و معتقدند: مفهوم التزام به تأدیه چیزی جز ضمان نیست، زیرا ضمان نیز به عهده گرفتن دین مدیون و التزام به تأدیه آن است. بنابراین، این سؤال مطرح می شود که چگونه قانون مدنی تعلیق در التزام را تجویز کرده است. می توان گفت عبارت ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی اجمال دارد، ولی قانون مدنی در ماده ۷۲۳ این اجمال را برطرف کرده و به بیان ماهیت التزام به تأدیه اقدام کرده است. بر طبق این ماده، ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود که در این صورت تعلیق به التزام، مبطل عقد نیست، مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید. ۴۸

این نظریه نیز قابل تأمل است، چون اولاً، ماده ۶۹۹ اجمال ندارد و ظهور آن غیر قابل انکار است. ثانیاً ماده ۷۲۳ قانون مدنی در مقام بیان شرط توثیق ضمن عقد لازم است که جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد نه اینکه در مقام بیان و توضیح حکم ماده ۶۹۹ قانون مدنی باشد. بنابراین موضوع ماده ۷۲۳، شرط ضمن عقد و موضوع ماده ۶۹۹، عقد ضمان است. قانون مدنی و علم حقوق بین شرط و عقد تفاوت قائل است و این دو از لحاظ ماهیت و موضوع یکسان نمی باشند، تا اینکه گفته شود ماده ۷۲۳ در مقام رفع اجمال از ماده ۶۹۹ قانون مدنی است؛ پس این دو ماده، هر یک در باره یک ماهیت حقوقی خاص حکم می کند و درباره ماهیت واحد حکم نمی کند که یکی بیانگر دیگری باشد.

ثالثاً ماهیت عقد ضامن معلق با ماهیت عقد ضمان با پرداخت و ایفای معلق متفاوت است، چون در ضمان معلق، در صورتی ضامن احتمالی، ضامن قطعی و متعهد حتمی می شود که معلق علیه تحقق یابد. بنابراین تا زمان تحقق معلق علیه، تعهد و ضمان ضامن، احتمالی است. اما در ضمان با ایفای معلق، ضامن متعهد است، ولی اجرای تعهد معلق بر تحقق معلق علیه است.

امروزه این گونه تعلیق در قراردادهای بین المللی رایج است و کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ در ماده ۷۱ خود، نیز این ماهیت را مورد پذیرش قرار داده است. بر طبق این ماده، اگر بعد از انعقاد قرارداد ثابت شود که یک طرف قرارداد، یک قسمت عمده تعهد خود را اجرا نمی نماید، طرف دیگر قرارداد می تواند اجرای تعهد خود را معلق کند. ۴۹ ماده مذکور در بند اول خود مقرر کرده است: «یکی از طرفین قرارداد می تواند اجرای تعهدات خود را معلق سازد، در صورتی که پس از انعقاد

ص ۲۳۶.

۴۳- کاشانی، محمود، جزوه درسی حقوق مدنی، ۷، قسمت دوم (وثیقه های بدهی)، تهران؛ دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸، ص ۱۰ مکرر.

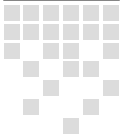
۴۴- گردآوری اتاق بین المللی بازرگانی و مرکز تجارت بین المللی (انکتاد- گات)، جنبه های حقوقی تجارت خارجی، ترجمه منوچهر فرهنگ، چ اول، تهران؛ انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۶۸، ص ۲۶۲.

45- Un convention on contracts for the international sale of goods (1980); Article 71:

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes afferent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of: a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness, or b) his conduct in preferring to perform or in performing the contract.

۴۶- صفایی، سیدحسین / مرتضی، عادل / کاظمی، محمود / میرزا نژاد، اکبر / زیر نظر دکتر سید حسین صفایی، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، چ اول، تهران؛ انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، شماره ۲۴۶، ص ۳۳۷.

۴۷- کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ج ۴، ص ۲۵۷.



نهاد عقد ضمان، عقد ضمان معلق با نهاد تأمین و توثیق منافات دارد، چون تا وقتی معلق علیه محقق نشده، اثری بر عقد مترتب نیست، اما عقد ضمان با ایفاء تعلیقی با نهاد تأمین و توثیق منطبق و سازگار است، چون عقد مؤثر واقع شده است و ضامن متعهد است، اما اجرای تعهد معلق است. بنابراین، این دو از لحاظ اثر نیز متفاوت اند. این اظهارنظرها بر مبنای عقد ضمان ناقل دین است، اما در عقد ضمان توثیقی عرفی، معلق بودن اجرای تعهد ضامن به عدم پرداخت مدیون اصلی، از اقتضائات عقد ضمان عرفی است. مضمون له بر مبنای ضمان عرفی، تا زمانی که به مضمون عنه مراجعه ننماید، حق رجوع به ضامن را ندارد زیرا عرفاً اجرای تعهد ضامن، منوط به عدم پرداخت مدیون است و این اثر اقتضایی عقد ضمان توثیقی رایج در عرف است. بنا بر این در عقد ضمان رایج در عرف، این تعلیق، مقتضای اثر ذات عقد ضمان است.

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

نتیجه گیری

گنجاندن اعمال حقوقی جدید در قالب‌های حقوقی عقود معین قانون مدنی، البته بدون تعصب بی جا در این کار، گذشته از آنکه علم حقوق را از ایجاد نهادهای حقوقی اضافی و بی مورد، مصون نگه می‌دارد، طرفین این گونه اعمال حقوقی را از مشقت دقت زیاد در پیش بینی و تدوین ویژگی‌ها و آثار و پیامدهای اعمال حقوقی جدید می‌رهاند و نیز قضات را در تحلیل روابط حقوقی در موضع اختلافات یاری می‌رساند. بنابراین تبیین ضمان عقدی به عنوان ماهیت حقوقی برخی از انواع «ضمانت شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد» که در روابط حقوقی کنونی و در روابط تجاری بازرگانان امروز به وفور یافت می‌شود، پرفایده می‌باشد. 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، امکان پذیر نیست. زیرا ما در چارچوب قانون مدنی، اختیار اجتهاد تازه و اعلام صحت ضمان از دین آینده را به طور مطلق نداریم. ولی دست کم می‌توانیم با تعبیر سبب، به صورتی که گفته شد، راه را برای گسترش مفهوم ضمان و انطباق آن با فهم عرفی و هم سویی با نظام‌های حقوقی دیگر، هموار سازیم.

استفاده از قالب حقوقی «ضمان عقدی با تعلیق در ایفاء» نیز مشکل حقوقی بطلان ضمان معلق را در مواردی از «ضمانت حسن اجرای قرارداد» که در آنها ضمانت معلق بر اموری از قبیل نقض قرارداد یا عدم اجرای قرارداد طبق شرایط مورد توافق و یا ایراد خسارت می‌باشد، رفع می‌نماید.

منابع

۱. الجبعی العاملی، زین الدین بن علی (الشهیدالثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج اول، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۴
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چ چهاردهم، تهران؛ کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۳، ج ۱
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، چ نوزدهم، تهران؛ کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۸۶، ج ۲
۴. باریکلو، علیرضا، مقاله «قرارداد ضمان معلق»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره دهم

۵. باقری، احمد، بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی: ضمان، حواله، کفالت، چ اول، تهران؛ انتشارات آن، ۱۳۸۲
۶. بجنوردی، سید میرزا محمدحسن، الفوائد الفقهیه، چ اول، قم؛ الهادی، ۱۳۷۷، ج ۶
۷. بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها؛ حقوق مدنی (۳)، چ اول، تهران؛ میزان، پاییز ۱۳۸۱
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چ اول، تهران؛ گنج دانش، ۱۳۷۸
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی؛ عقد ضمان، چ اول، تهران؛ شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین، ۱۳۵۲، شماره‌های ۲۳۷، ۱۸۹ و ۱۷۹
۱۰. حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفرین الحسن (محقق حلی)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نجف؛ مطبوعه الاداب فی النجف الاشرف، ج ۲، ۱۳۸۹ هـ ق
۱۱. صفایی، سیدحسین / مرتضی، عادل / کاظمی، محمود / میرزا نژاد، اکبر / زیر نظر دکتر سید حسین صفایی، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، چ اول، تهران؛ انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، شماره ۲۴۶
۱۲. غمامی، مجید، مقاله؛ ضمان حسن اجرای قرارداد، تهران؛ مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۳، بهار ۱۳۷۸
۱۳. فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرائع، قم؛ مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۰۱ هـ.ق، ج ۳
۱۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ عقودمعین؛ (عقود اذنی و وثیقه‌های دین)، چاپ چهارم، تهران؛ سهامی انتشار، ۱۳۸۲، ج ۴
۱۵. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شماره‌های ۲۶۰ و ۲۷۲، و همچنین؛ دوردیان، حسن علی، تقریرات درس حقوق مدنی، کلیات قراردادها، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۶. کاشانی، محمود، جزوه درسی حقوق مدنی، ۷ قسمت دوم (وثیقه‌های بدهی)، تهران؛ دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸
۱۷. گردآوری اتاق بین المللی بازرگانی و مرکز تجارت بین المللی (انکتاد-گات)، جنبه‌های حقوقی تجارت خارجی، ترجمه منوچهر فرهنگ، چ اول، تهران؛ انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۶۸
۱۸. محقق ثانی، شیخ علی حسین (محقق کرکی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چ اول، قم؛ مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ ق، ج ۵
۱۹. معرفت، آیت الله محمد هادی، ضمانت، گسترش یا انتقال محل پرداخت؟، ماهنامه دادرسی، سال دوم، شماره دهم، مهر و آبان ماه ۱۳۷۷
۲۰. موسوی نیا، سید حامد، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی: ضمان عهده در حقوق ایران، فقه امامیه و مطالعه تطبیقی با فقه حنفی، تهران؛ دانشگاه امام صادق (ع)
۲۱. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، چ هفتم، لبنان؛ بیروت؛ داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱، ج ۲۶

22. Un convention on contracts for the international sale of goods (1980); Article 71

