

## بررسی تطبیقی عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت ایران

زینب باقی<sup>۱</sup>

\* نوع مقاله: پژوهشی / تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۶ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۵

### چکیده

در حقوق مدنی ضمانت به سقوط دین مدیون و انتقال آن به ذمه ضامن می انجامد یا موجب می شود ضامن و مدیون اصلی به ترتیب یا در کنار هم مسئول پرداخت دین شوند اما در حقوق تجارت طرفین می توانند ضمان را بر مبنای انتقال دین یا تضامن یا وثیقه دین منعقد سازند. ضمان عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص. ضمان عقدی، انتقال ذمه مضمون عنه (مدیون) به ذمه ضامن و از آن جهت ضمان عقدی گویند که انعقاد آن، نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از سوی ضامن و قبول از جانب مضمون له. در ضمان قهری بر خلاف ضمان عقدی قصد متعهد در ایجاد ضمان، موثر نیست و مبنای ضمان حکم قانون است. در ضمان عقدی اثر عقد تعهد به پرداخت است. ضمان معاوضی التزام به پرداخت عوض معین در مقابل عوض دریافتی است، در مقابل ضمان معاوضی، ضمان واقعی قرار دارد. ضمان تلف، تعهدی است که جایگزین تعهد اصلی می شود و اثر قهری فسخ شدن عقد است.

**واژگان کلیدی:** عقد ضمان، ضمان قهری، ضمان عقدی، ضمان معاوضی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میمه. (نویسنده مسئول)



## مقدمه

در جامعه کنونی با توجه به پیچیدگی‌های روابط معاملاتی مخصوصاً در سطح بین‌المللی، طلبکاران برای حفظ طلب خود در مقابل خطرات غیرقابل وصول شدن آن، از اخذ هیچ گونه ضمانتی (اعم از شخصی مثل عقد ضمان یا عینی مثل رهن) دریغ نمی‌ورزند. نکته‌ای که باید توجه کرد این است که غالباً وجود همین ضمانت‌ها به طرفین جرأت معاملات کلان می‌دهد و باعث رونق اقتصادی و توسعه امور بازرگانی می‌گردد. یکی از مسائلی که همواره مورد اختلاف فقها و حقوقدانان بوده و هست، مسئله ماهیت عقد ضمان می‌باشد. تعیین نوع ضمان، بر حسب این که ضمان مبتنی بر نقل ذمه به ذمه باشد یا ضم ذمه به ذمه، روابط فیما بین را متفاوت خواهد ساخت. بر همین اساس، تعیین نوع ضمان از اهمیت قابل توجهی در روابط تجاری برخوردار بوده است. در این مقاله سعی شده است نظرات مختلف پیرامون ماهیت عقد ضمان مورد بررسی قرار گیرد.

## ۱- کلیات

## ۱-۱- تعریف ضمان

ضمان در لغت به معنای التزام، تعهد و کفالت است و در ادبیات حقوقی، «تعهد شیئی برعهده دیگری» و «برعهده گرفتن» و «شیئی را در عهده قرار دادن» تعریف شده است. در تعریف ضمان می‌توان گفت که عبارت است از: «التزام اختیاری یا قهری کسی به پرداخت مالی به دیگری و یا التزام به پرداخت مالی به کسی، اعم از این که به اختیار باشد یا به موجب قانون». در نتیجه؛ التزام یا ناشی از قرارداد است و یا به حکم قانون. ضمان ناشی از قرارداد، اختیاری و ارادی است و به آن «ضمان عقدی» گویند، مانند ضمان ناشی از عقد ضمان. چنانچه قصد متعهد در ایجاد ضمان مؤثر نبوده و مبنای ضمان، حکم قانون باشد، آن را «ضمان قهری» نامند، همانند ضمان ناشی از اتلاف، تسبیب و ضمان ید. به اعتبار فوق، ضمان بر دو نوع است: ضمان عقدی و ضمان قهری. قسم دیگر ضمان، «ضمان معاوضی» است که آن هم ناشی از عقد می‌باشد؛ اما برخلاف ضمان عقدی، اثر مستقیم عقد نیست.

## ۱-۲- انواع ضمان

در این گفتار، طی سه مبحث، ضمان عقدی، ضمان قهری و ضمان معاوضی مورد بررسی قرار می‌گیرد.



## ۱-۲-۱- ضمان عقدی

این ضمان عبارت است از انتقال ذمه مضمون عنه (مدیون) به ذمه ضامن و از آن جهت ضمان عقدی گویند که انعقاد آن، نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از سوی ضامن و قبول از جانب مضمون له. مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست. (مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ قانون مدنی) در ضمان عقدی، تعهد به پرداخت مال، اختیاری است و متعهد به اختیار خود عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد، اثر مستقیم عقد است که یا به موجب عقد ضمان است (ماده ۶۸۴ قانون مدنی) و یا به موجب عقد حواله (ماده ۷۲۴ همان قانون). در عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه (مدیون) به طور معمول، بری است و به او مدیون نیست؛ اما در عقد حواله ذمه محال علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی، در حکم ضامن است. (ماده ۷۲۷ قانون مدنی) برخی حقوقدانان عقد کفالت را نیز که تعهد به احضار نفس است، از اقسام ضمان عقدی می‌دانند.

## ۱-۲-۲- ضمان قهری

در ضمان قهری، برخلاف ضمان عقدی، قصد متعهد در ایجاد ضمان، مؤثر نیست و مبنای ضمان، حکم قانون است. به عبارت دیگر؛ در ضمان قهری، تعهد به پرداخت مال، اختیاری نیست؛ چه مبنای ضمان قرارداد باشد و چه واقعه حقوقی. به عنوان نمونه، در عهدشکنی، ضمان، ناشی از قرارداد است و اگر دو طرف عقد در میزان خسارت توافق کرده باشند، مسئولیت متعهد مبنای قراردادی دارد. با وجود این به نظر می‌رسد دور از منطوق حقوقی نیست اگر گفته شود توافق طرفین قرارداد درباره میزان خسارت و نحوه پرداخت آن موجب نمی‌شود مسئولیت متعهد، قراردادی به شمار آید. در قراردادهایی که در آن، مسئولیت متعهد پیش‌بینی شده، برخلاف عقد ضمان و عقد معوض، ضمان نه اثر مستقیم عقد است و نه اثر غیرمستقیم آن؛ بلکه مسئولیت متعهد، صرفاً اثر عهدشکنی است و در نتیجه؛ تخلف از مفاد قرارداد بر عهدشکن تحمیل می‌شود. در این گونه قراردادهای، اثر عقد، انجام مفاد قرارداد است و ضمان پیش‌بینی شده در قرارداد - در صورت عدم ایفای تعهد - به حکم قانون برعهده متخلف قرار می‌گیرد و از این رو عهدشکن را نیز می‌توان در زمره وقایع ضمان‌آوری به شمار آورد که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود. توافق دو طرف درباره میزان خسارت - که اغلب به صورت شرط ضمنی می‌باشد - در صورتی قابل اجرا است که مورد حمایت قانونگذار باشد. بنابراین نیروی الزام‌آور تعهد ناشی از عهدشکنی را نیز قانون ایجاد می‌کند و نه قرارداد.



## ۱-۲-۳- ضمان معاوضی

همان گونه که گفته شد، ضمان عبارت است از: «التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص». در ضمان عقدی، اثر عقد، تعهد به پرداخت است. منشأ ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی، وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد، اثر مستقیم است، در حالیکه در عقود معوض تملیکی؛ همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم، اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می آید. در عقود معوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می یابد؛ اما تسلیم، تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن می باشد. در عقود معوض، تعهد هر یک از دو طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در فقه، به ضمان معاوضی - از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و خصوصیات معین است - «ضمان جعلی» یا «ضمان مسمی» نیز گفته اند. وجه تسمیه ضمان جعلی یا ضمان مسمی آن است که متعاقبین آن را تعیین کرده و عوض چیزی قرار می دهند که از جانب طرف دیگر معامله به او انتقال می یابد. مبیع، ضمان مسمی است برای ثمن و ثمن، ضمان مسمی است برای مبیع. در مقابل ضمان معاوضی، «ضمان واقعی» قرار دارد. در این نوع از ضمان، مضمون به، خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین برعهده متعهد است و اگر عین، تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن، عوض معین قرار می گیرد. به همین جهت به آن «ضمان مثل و قیمت» نیز گفته اند.

## ۱-۲-۳-۱- تعریف ضمان معاوضی

همان گونه که اشاره شد، عقد معوض تملیکی دارای دو اثر است؛ انتقال مالکیت که اثر مستقیم عقد و تعهد به تسلیم عوض معین در مقابل عین دریافتی که اثر غیرمستقیم آن است. در حقوق ما اگر مبیع عین معین باشد، انتقال مالکیت، فوری و بدون قید و شرط است. (بند یک ماده ۳۶۲ قانون مدنی) اما تسلیم مبیع و تأدیه ثمن، به مجرد وقوع بیع تحقق نمی یابد؛ بلکه تعهدی است که دو طرف ملتزم به ایفای آن هستند. این التزام که با انعقاد عقد، ایجاد و با ایفای آن خاتمه می یابد، تعهدی یک طرفه نیست؛ بلکه علت وجودی آن، تعهد طرف دیگر است و اگر یکی از آن دو ساقط شود، دیگری نیز از بین می رود. این التزام اگرچه به طور معمول در «تلف مبیع پیش از تسلیم» و



در «تلف مبیع در زمان خیار» مورد بحث قرار می‌گیرد؛ اما به نظر می‌رسد با تلف یکی از دو عوض به وجود نمی‌آید؛ بلکه منشأ ایجاد عقد است. به این التزام که در مقابل التزام طرف دیگر عقد به وجود می‌آید، «ضمان معاوضی» گفته می‌شود. از این رو در تعریف ضمان معاوضی می‌توان گفت که عبارت است از: «التزام به پرداخت عوض معین در مقابل عوض دریافتی». میرزای نایینی می‌گوید که معنای ضمان تفویض است؛ چراکه مشتری ثمن را به رایگان به بایع پرداخت نمی‌کند و بایع نیز مثن را مجانی به مشتری نمی‌دهد؛ بلکه هریک از آن دو، مال خود را عوض مال دیگر قرار می‌دهند. معنای ضمان در قاعده «الخراج بالضمن» و «کل مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» هم همین است. به عنوان مثال، در بیع، التزام مشتری به تأدیه ثمن در ازای دریافت مبیع و التزام بایع به تسلیم مبیع در مقابل دریافت ثمن، ضمان معاوضی است. در عقد اجاره نیز تعهد موجر به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت در ازای دریافت اجاره‌بها و تعهد مستأجر به تأدیه اجاره‌بها در قبال گرفتن عین مستأجره، ضمان معاوضی نامیده می‌شود.

#### ۱-۲-۳-۲- ماهیت ضمان معاوضی

به موجب مفاد ماده ۳۸۷ قانون مدنی اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، بیع فسخ می‌شود و ثمن باید به مشتری برگردد؛ اما در آن به «ضمان بایع» و یا «معاوضی بودن ضمان» تصریح نشده است. اندیشمندان حقوقی ما ضمانی را که بنا بر مفاد این ماده برعهده بایع قرار گرفته، ضمان معاوضی نامیده‌اند؛ اما از آنجا که موضوع حکم ماده ۳۸۷، ضمان بایع در صورت تلف مبیع است، به آن «ضمان تلف» نیز گفته‌اند. در فقه نیز ضمان بایع در قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» و «تلف مبیع در زمان خیار» مورد بحث قرار گرفته؛ اما در بحث از این دو قاعده، کمتر توضیحی درباره معاوضی بودن ضمان بایع و ویژگی‌های آن داده شده است. شیخ انصاری در بحث از قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» می‌گوید: «یکی از احکام قبض، انتقال ضمان از انتقال‌دهنده مال به قابض است. این ضمان قبل از قبض برعهده بایع بوده و پس از قبض در مقابل عوض برعهده مشتری قرار می‌گیرد. به این ضمان، ضمان معاوضی گویند.» آنچه از گفته صاحب مکاسب برمی‌آید این است که ضمان مبیع پیش از قبض برعهده بایع است و پس از آن به مشتری منتقل می‌شود؛ ولی از آن نمی‌توان دریافت که ماهیت ضمان معاوضی چیست و از چه زمانی برعهده بایع قرار می‌گیرد. ضمان به معنای بودن مال بر ذمه است و معاوضی بودن آن از آنجا است که هریک از دو طرف عقد متعهد می‌شود در مقابل آنچه می‌گیرد، عوضش را بپردازد. پس بدین ترتیب ضمان معاوضی، محدود به مسئولیت تلف نیست؛ بلکه تعهدی است که طرفین برای دادن عوض معین در ازای عین دریافتی برعهده دارند. در بیع، تعهد به تسلیم مبیع، تعهد اصلی بایع است و استرداد ثمن در صورت تلف



مبیع از آثار آن به شمار می رود. مالی که پیش از تلف بر ذمه بایع قرار دارد، عین مورد تعهد است؛ اما اگر مبیع تلف شد، بایع باید ثمن را برگرداند. بدین ترتیب تعهد به دادن عوض معین، جای خود را به تعهد دیگری می دهد که عبارت است از پس دادن ثمن. به بیان دیگر؛ تعهد اصلی بایع، تسلیم مبیع است در مقابل دریافت ثمن. بایع با ایفای تعهد بری می شود و ضمان مبیع برعهده مشتری قرار می گیرد. اما اگر مبیع تلف شود و بایع نتواند به تعهد خود عمل کند، باید عوض دریافتی را برگرداند و این تعهد دیگری است؛ تعهدی که جایگزین تعهد اصلی می شود و اثر قهری فسخ شدن عقد است. این تعهد را می توان «ضمان تلف» نامید. این دو تعهد جدا از هم نیستند، هر دو ماهیتی واحد دارند و مکمل یکدیگرند. تعهد اصلی بایع؛ یعنی تسلیم مبیع و تعهدی که در صورت تلف مبیع جایگزین آن می شود، هر دو ضمان معاوضی هستند. به بیان دیگر؛ ضمان معاوضی، مفهومی است عام که شامل ضمان تلف هم می شود؛ اما ضمان تلف دارای مفهومی خاص تر از آن و تنها شامل تعهدی است که در صورت تلف مبیع برعهده بایع قرار می گیرد. آنچه به عنوان نتیجه می توان گفت این است که ضمان معاوضی با عقد به وجود می آید و با تسلیم پایان می یابد و هریک از دو طرف به موجب عقد متعهد می شود آنچه را که طرف دیگر مالک آن شده، به او تسلیم کند. در بیع، ضمان بایع با تسلیم مبیع خاتمه یافته و به مشتری منتقل می شود؛ اما اگر اجرای این تعهد به علت تلف مبیع غیرممکن شد، عقد فسخ شده و بایع باید ثمن را برگرداند. بنابراین همان گونه که در ضمان قهری، آنچه برعهده ضامن می باشد، دادن عین است و اگر عین تلف شود، او باید مثل یا قیمتش را بدهد، در ضمان معاوضی هم آنچه که بر ذمه متعهد (بایع) است، عین مورد تعهد (مبیع) می باشد و اگر مبیع تلف شد، باید ثمن را برگرداند. بنابراین تفاوت این دو صرفاً در عوضی است که باید به جای عین تلف پرداخت شود. این عوض در ضمان قهری مثل یا قیمت است؛ اما در ضمان معاوضی، عوض قراردادی (ثمن) می باشد.

## ۲- عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت

### ۲-۱- تعریف ضمان در حقوق ایران

در این گفتار، تعریف ضمان از دیدگاه علم لغت، حقوق مدنی و حقوق تجارت مورد بررسی قرار می گیرد.



## ۲-۱-۱- تعریف لغوی ضمان

ضمان در لغت عرب، به معنی «در بر گرفتن»، «در چیزی جای دادن»، «کفیل شدن»، «گرامت یا تاوان چیزی را بر عهده گرفتن» می باشد<sup>۱</sup> و در فرهنگ‌های فارسی، به معنی «قبول کردن»، «پذیرفتن»، «بر عهده گرفتن وام دیگری»، «ملتزم شدن به این که هر گاه کسی تعهد خود را وفا نکرد از عهده خسارت بر آید»<sup>۲</sup> و در اصطلاح فقها به معنی «تعهد» و «بر عهده گرفتن» است.<sup>۳</sup>

## ۲-۱-۲- تعریف ضمان در حقوق مدنی

معنای اصطلاحی نیز به معنای لغوی نزدیک است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی اعلام می دارد: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد».

## ۲-۱-۳- تعریف ضمان در حقوق تجارت

ماده ۴۰۲ قانون تجارت بیان می دارد: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا کند که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت نامه) این ترتیب مقرر شده باشد» و ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر می دارد: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید».

## ۲-۲- تعریف ضمان در حقوق تطبیقی

در این گفتار، ضمان در حقوق کشورهای آمریکا، انگلیس و فرانسه مورد بررسی قرار می گیرد.

<sup>۱</sup> مجد الدین فیروز آبادی، قاموس المحيط

<sup>۲</sup> محمد معین، فرهنگ فارسی

<sup>۳</sup> شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲ (ص ۱۱۳) - مسالک ج ۱ (ص ۲۵۱) مقدس اردبیلی شرح ارشاد علامه، کتاب ضمان



## ۲-۲-۱- ضمان در حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا ضمان رابطه ای است قراردادی و نتیجه توافقی است که به وسیله آن، شخصی که ضامن نامیده می شود نسبت به دین، تقصیر یا عدم موفقیت دیگری که مضمون عنه می باشد تعهدی بر عهده می گیرد. رابطه ضمان وقتی به وجود می آید که شخص تعهدی را که بر عهده دیگری است در برابر متعهدله بر عهده می گیرد و متعهدله مذکور فقط حق دارد که از تعهد مضمون عنه یا ضامن استفاده نماید یعنی چنانچه یکی از آن دو تعهد خود را ایفا کند، تعهد دیگری ساقط می شود.<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۲- ضمان در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس نیز ضمان را یک نوع تعهد تبعی دانسته و گفته‌اند: «تضمین، به تعهدی اطلاق می شود که تعهدی تبعی یا وثیقه برای دین تخلف یا عدم موفقیت شخصی دیگر باشد». در ماده ۴ قانون کلاهبرداری ها مصوب ۱۶۷۷ با عبارت زیر آمده که «در هیچ دعوایی نمی توان خواننده را نسبت به بدهی، تخلف یا عدم موفقیت شخص دیگر ملزم ساخت و او را مسؤول تعهدات آن شخص دانست مگر آنکه قراردادی ارائه گردد که به موجب آن، خواننده دعوی مذکور، خود را در قبال مسئولیتهای آن شخص، متعهد ساخته باشد».<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۳- ضمان در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، ساده‌ترین شکل تعهد، ضمانت مربوط به حقوق مدنی است. بانک به عنوان شخص ثالث (ضامن) پرداخت دین یکی از مشتریان را متعهد می شود. این تضمین به بستانکار، بدهکار دومی را اعطا می کند که بسیار مطمئن‌تر از بدهکار اول است. این بطور طبیعی یک ضمانت مشترک است حتی بدون قرار داد مخصوص؛ زیرا مسئولیت تضامنی در تعهدات تجاری در نظر گرفته می شود.<sup>۳</sup>

<sup>1</sup> IRWING.J.SCHIFFRES.J.D1974D. AMERICAN JURISPRUAENCE"SURETYSHIP"P:13

<sup>2</sup> PEPRE.F.E.1977 LAW AND PRACTICE RELATION RIVISED THIRD EDITION LONDON. P:225

<sup>3</sup> RODIERE.R. 1978 DROIT COMMERCIAL DALLOZ PARIS P:422





## ۲-۳- ماهیت ضمان

در این گفتار، ماهیت ضمان، از دو دیدگاه حقوق تجارت و حقوق مدنی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲-۳-۱- ماهیت ضمان در حقوق مدنی

عده‌ای - چون قانونگذاران قانون مدنی ایران - به تبعیت از فقه امامیه بر این عقیده‌اند که با ضمانت ضامن، مدیون در برابر طلبکار بری می‌شود و ضامن به جای او مدیون می‌گردد.<sup>۱</sup> اما مشهور در فقه عامه و نیز حقوق فرانسه و سایر کشورهای اروپایی از ضمانت نتیجه دیگری با این مضمون می‌گیرند: «ضمانت ضامن صرفاً وثیقه‌ای در برابر دین مدیون است چرا که هدف طلبکار هم همین بوده که در برابر اعسار مدیون بی‌پناه نماند». از سوی دیگر؛ ضامن نیز نمی‌خواهد که خود، بطور مستقیم، مدیون شود و بدهکار رها شود. مفاد عرفی ضمان و نیز تمایل ضامن بر این است که وثیقه دین قرار گیرد و رابطه حقوقی اصلی از بین نرود. البته؛ این دسته، خود به دو گروه تقسیم می‌شوند:

عده‌ای معتقدند که تعهد ضامن و مدیون، تضامنی است و طلبکار به هر کدام که بخواهد می‌تواند برای تمام یا بخشی از طلب خود رجوع کند. عده‌ای دیگر - چون قانونگذار فرانسه و بعضی از فقهای عامه نظیر امام مالک - معتقدند که در صورتی طلبکار می‌تواند به ضامن رجوع کند که نتواند طلب خود را از مدیون اصلی بگیرد. نتیجه طبیعی این تعبیر، لزوم رجوع طلبکار به مدیون اصلی، پیش از مطالبه از ضامن است.<sup>۲</sup> اما نتیجه‌ای که از نظرات سایر دکترین در حقوق مدنی برداشت می‌شود این است که در این که ضمانت به سقوط دین مدیون و انتقال آن به ذمه ضامن انجامد یا موجب شود که ضامن و مدیون اصلی، به ترتیب یا در کنار هم مسئول پرداخت دین شوند، ذات عقد هیچ اقتضای خاصی ندارد و تابع قصد مشترک طرفین است.

بی‌گمان هرگاه ضمان، بدون هیچ قیدی واقع شود باعث برائت مدیون اصلی و انتقال دین به ذمه ضامن خواهد شد و نمی‌توان ادعا کرد که انتقال دین، جنبه استثنایی دارد و بطور معمول، ذمه ضامن، وثیقه دین قرار می‌گیرد. به بیان دیگر؛ ضمانت مطلق در حقوق ما موجب بری شدن ذمه

<sup>۱</sup> با استناد به پاره ای از روایات که به نظر قابلیت استدلال ندارد. نقل شده که در زمان رسول خدا شخصی فوت نمود. وقتی پیامبر فهمیدند که این شخص دین دارد حاضر نشدند بر وی نماز بخوانند تا اینکه علی(ع) حاضر شدند از وی ضمانت کنند و دین او را بردارند. سپس پیامبر(ص)، علی(ع) را به خاطر ضمانت آن شخص دعا فرمودند.

<sup>۲</sup> کاتوزیان، ناصر، عقود معین ج ۴ ص ۲۲۸ ش ۱۳۵



مدیون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین او است. ولی شرایط خصوصی قرارداد یا قانون خاصی ممکن است این اثر را تغییر دهد و به صورت وثیقه دین درآورد.<sup>۱</sup>

### ۲-۳-۲- ماهیت ضمان در حقوق تجارت

قانون تجارت، آزادی قراردادهای را در چگونگی آثار عقد ضمان می پذیرد. طرفین می توانند ضمان را بر مبنای «انتقال دین» یا «تضامن» یا «وثیقه دین» منعقد سازند و در هر حال آثار عقد، تابع اراده آنها است. طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت، اصل، تضامن بین مدیون و ضامن است و از لحن مجموع مادتهای ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون فوق الذکر، به خوبی بر می آید که به دشواری می توان احکام آن را ویژه اعمال تجاری دانست مگر آنکه ثابت شود مانع قانونی یا عقلی برای مسئولیت مشترک ضامن و مدیون وجود دارد.<sup>۲</sup> نظیر ماده ۶۸۷ قانون مدنی که مقرر می دارد: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است». اگر فرض کنیم که میت هیچ ماترکی ندارد در اینجا ضمانت از دین او را نمی توان به صورت تضامنی فرض کرد. (مانع عقلی) نتیجه اینکه نه تنها مثالهای گوناگونی که از مسئولیت تضامنی در حقوق ما وجود دارد امکان عقلی و شرعی ضمیمه شدن چند ذمه را برای دین واحد نشان می دهد، اگر تصور دو مدیون در زمان واحد برای یک دین دشوار باشد، بی گمان چند نفر می توانند «مسئول» پرداخت یک دین شوند. یعنی مدیون، یک نفر و مسئولان متعدد باشند.<sup>۳</sup> اکنون؛ نتایج حاصل از مطالب فوق، به شرح ذیل ارائه می شود:

۱- ضمان عقد عهدی است و رکن اصلی آن را تعهد ضامن به پرداخت دین مضمون عنه تشکیل می دهد. (ماده ۴۰۳ قانون تجارت)

۲- ضمان عقد رضایی است و توافق ضامن و طلبکار باعث می شود ضامن و مدیون متضامناً در برابر طلبکار مسؤول پرداخت دین یا اجرای تعهد قرار گیرند. (ماده ۴۰۳ قانون تجارت)

۳- عقد ضمان، عقد تبعی است و مبنای آن دین مضمون عنه به طلبکار است.

۴- ضمان از عقود مبنی بر مسامحه است نه معامله.

۵- ضمان، عقدی است لازم.

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ص ۲۳۳ ش ۱۳۸

<sup>۲</sup> کاتوزیان، ناصر، عقود معین ص ۲۳۲ ش ۱۳۷

<sup>۳</sup> کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴، ص ۲۲۹، شماره ۱۳۹



## ۲-۴- رابطه ضمان در حقوق مدنی و تجارت

دو موضع مخالف از حیث «اصل دانستن نقل ذمه در حقوق تجارت با اصل دانستن ضم ذمه» وجود دارد:

۱- طبق نظر دسته اول، در حقوق ایران، اصل، نقل ذمه به ذمه است و این مطلب در ماده ۶۹۸ قانون مدنی آمده است که این ماده، حاکم بر موارد سکوت قوانین خاص مثل قانون تجارت است و باید در حقوق تجارت نیز به این ماده رجوع کرد. اما در مواردی که قوانین خاصی، تضامن یا ضم ذمه به ذمه را پذیرفته‌اند، استثناء محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

۲- براساس نظر دسته دوم، در حقوق تجارت، اصل بر ضم ذمه به ذمه یا تضامنی بودن مسئولیت است و دو سیستم مجزا در حقوق تجارت و حقوق مدنی حاکم است. (با استناد به ماده ۴۰۳ قانون تجارت)<sup>۲</sup>. نتیجه این شد که در امور تجاری، یک نظریه، اصل را «نقل ذمه» و نظریه دیگر، اصل را «ضم ذمه» می‌داند.

## ۳- ضمان در آینه قانون تجارت و مطالعات نوین

در قانون تجارت فعلی ۱۰ ماده به ضمانت تخصیص داده شده است. اما این مواد به هیچ وجه، پاسخگوی نیازهای تجارتی امروزه خصوصاً در مورد قراردادهای دولتی و بانک‌ها - اعم از ضمانت‌نامه‌های پیش پرداخت، حسن انجام کار یا ضمانت‌نامه‌های بانکی و غیره - نیست.

برخی از اشکالات این باب به شرح زیر است:

### ۳-۱- نقش بارزتر اصل آزادی اراده در روابط تجاری

هر چند که اصل آزادی اراده و حاکمیت آن بر روابط مالی افراد در حقوق مدنی مورد قبول است لیکن باید اذعان کرد که مقبولیت و محبوبیت و دامنه این اصل در حقوق تجارت بارزتر است. عقد ضمان در حقوق مدنی بر اساس مسامحه و برای احسان به بدهکار وضع شده، اما در عالم تجارت، صحبت از مغایرت و سودآوری است و حتی مدیون نیز مرادش از معامله، کسب سود بوده است. ضامنی هم که در عالم تجارت ضمانت دیگری را می‌کند، اراده او بر این است که یا همپای مدیون

<sup>۱</sup> عبادی، حقوق تجارت ص ۳۱۴

<sup>۲</sup> جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات ش ۱۵۷



اصلی مسئول باشد و یا این که محدودتر فکر کرده و خود را زمانی مسئول قلمداد می کند که به مدیون اصلی رجوع شود و نامبرده متمکن نباشد، نه این که ضامن رأساً مدیون شود. حال آنکه ماده ۴۰۲ قانون تجارت، برخلاف اراده طرفین در عقد ضمان، اصل را بر ناقلیت ذمه گذارده و با تحقق ضمان فقط ضامن را مدیون می داند، مگر آنکه تصریح به تضامن شود. بهتر بود قانونگذار اصل را مطابق خواست اغلب ضمانتها در امور تجاری بر ضم ذمه بگذارد. البته؛ با کمی غور در تاریخ حقوق، علت این ضعف قانونگذاری را می توان یافت. چرا که بخش ضمانت قانون تجارت ایران در اصل تکمله‌ای است بر مقررات ضمانت مدون در قانون مدنی و مراد قانونگذار آن است که توافق بر تضامن را در حقوق ایران صحیح بداند و به سکوت قانون مدنی و جدال در مباحث سنتی پایان دهد و نظر خاصی به ضمانهای تجاری نداشته است.

### ۳-۲- تضامن قانونی و قراردادی

ماده ۴۰۳ قانون تجارت به این امر اشاره کرده که ضمان تضامنی در دو صورت (وجود قرارداد خاص و قانون خاص) صحیح است که این اطلاق، در مواردی، ایجاد اشکال می کند. هر چند قانونگذار فرض وجود قانون برای تضامن را ایجاد کرده است، اما بیان نکرده است که:

اولاً؛ این قانون، چه نوع قانونی است؟

ثانیاً؛ آیا مراد قانونگذار، قوانین تجاری است یا مدنی یا عمومی؟

ثالثاً؛ قانون را صرفاً موسس تضامن معرفی کرده است و نه مبین آن.

ایراد دوم آنجاست که قانونگذار تضامن را در قالب قرارداد غیر معین پذیرفته است و این امر مشکل آفرین است. زیرا در صورتی که قانونگذار شرایط و آثار و احکام تضامن را تعریف می کرد، در موارد نزاع و اختلاف، تکلیف طرفین با رجوع به قانون مدون روشن بود و تمام احتمالات تجاری را می توانستند پیش از ایجاد نزاع و در زمان انعقاد قرارداد پیش بینی کنند و براساس توازن احتمالات، قرارداد تجاری خود را منعقد کنند. حال آنکه در حال حاضر، تاجری که به نحو تضامن، قرارداد ضمانت را منعقد می کند، آینده روشنی پیش روی خود ندارد تا براساس آن، سایر اعمال تجاری خود را تنظیم کند و این ابهام و تردید نسبت به آینده در عالم تجارت، خطری بزرگ محسوب می شود. بهتر بود قانونگذار ایران در مورد شرایط تضامن هم مقرراتی وضع می کرد.



### ۳-۳- عدم توجه به ضمانت های مستقل

مواد ۴۰۵ تا ۴۰۸ قانون تجارت ایران، بطور غیرمستقیم، اشاره به اهمیت دین و مبنای آن و همچنین وابستگی کامل ضمانت به وجود دین اصلی و صحت قرارداد اصلی کرده‌اند. حال آنکه در حقوق تجارت عملی، امروزه، نوعی از ضمانت به نام «ضمانت مستقل» وجود دارد که هیچ توجهی به دین منشأ ضمانت ندارد و تعهد ضامن را هر چند بر مبنای دین واقع می‌کند اما این ضمانت پس از وقوع کاملاً مستقل از آن می‌شود. اغلب ضمانت‌های تجاری امروز، علی‌الخصوص ضمانت‌های بین‌المللی، التفات به اصل عدم توجه ایرادات دارد، حال آنکه قانون تجارت ایران در این موارد، با رجوع به قواعد مدنی، تأکیدی دوباره بر وابستگی ضمان کرده است.

### ۳-۴- اشکالات وارده بر قانون نویسی

در باب ضمان، لغزش‌هایی در قانون نویسی دیده می‌شود که در ذیل به برخی از موارد آن اشاره می‌گردد:

۱- ماده ۴۰۲ قانون تجارت مقرر می‌دارد که: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا کند که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت نامه) این ترتیب مقرر شده باشد».

اکنون؛ ایرادات ماده فوق، به شرح ذیل است:

۱-۱: به نظر می‌رسد در این ماده با توجه به تصریح مادتهین ۱۰ و ۲۳۴ قانون مدنی، نیازی به ذکر عبارت داخل پرانتز نیست.

۱-۲: عبارت «ضمن قرارداد مخصوص» به این جهت بیان شده که اشاره‌ای به ماده ۱۰ قانون مدنی بکند و بگوید نیازی نیست که این شرط حتماً ضمن قرارداد مخصوص باشد تا اعتبار یابد. بلکه ضمن قراردادهای معتبر غیر معین یا معین نیز می‌توان این شرط را قید کرد. حال آنکه لفظ «قرارداد مخصوص» ذهن خواننده را منحرف کرده و برای او تردید ایجاد می‌کند که آیا حتماً قرارداد مخصوصی لازم است؟!

۱-۳: استفاده از عبارت «ضمانت نامه» درست نیست. زیرا هدف قانونگذار از ذکر آن، بیان این مطلب بوده که شرط مندرج در ماده فوق، ضمن عقد ضمان درج شود در حالیکه «ضمانت‌نامه» به



سندی گویند که آن عقد ضمان را به صورت نوشته درآورده و مراد قانونگذار هم به هیچ وجه تشریفاتی کردن این شرط و این نوع ضمان نبوده که ما بخواهیم لفظ «ضمانت‌نامه» را به معنای واقعی آن برداشت کنیم.

و لذا بهتر بود اگر هم لزومی به بیان عبارات داخل پرانتز می بیند بگوید:

«ضمن خود عقد ضمان یا قرارداد خصوصی دیگر» و...

۲- ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر می دارد که: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید».

اکنون؛ ایرادات ماده فوق، به شرح ذیل است:

۲-۱: وقتی در یک متن (خصوصاً متون تخصصی) در چند جا به یک معنی نیاز داریم، باید از کلمه‌ای واحد که آن معنی را می دهد در همه جای متن استفاده کنیم نه کلمات مترادف آن.

۲-۲: وقتی قانونگذار قصد دارد راجع به نهادی جدید که قبلاً به آن اشاره نکرده مطلبی را مطرح نماید، شایسته است برای پیشگیری از ایجاد اختلافات احتمالی، نخست، راجع به آن تعریفی جامع و مانع ارائه دهد، سپس وارد بیان آثار و احکام آن تأسیس حقوقی شود.

قانونگذار، در ماده ۴۰۳ قانون تجارت، به هیچ یک از این دو نکته توجه نکرده است و بدون توجه به این نکته که تا به حال - نه قانون مدنی و نه خود قانون تجارت - تعریفی از تضامن ارائه نداده است و به یکباره بحث تضامن و قبول تضامن قانونی و قراردادی را مطرح نموده است.

به علاوه؛ کلیه مواد آتی قانون تجارت در باب ضمانت، از بحث ضمان تضامنی و آثار و احکام آن صحبت می کند.

لذا بهتر بود قانونگذار بدو تعریفی مقبول از ضمان تضامنی ارائه می داد و سپس تضامن را می پذیرفت و آثار و احکام آن را بیان می کرد.



۲-۳: قانونگذار، در این مقررات، به شخص واحدی، گاه طلبکار و گاه مضمون له، اطلاق کرده و بهتر بود در همه جا از یک اصطلاح استفاده می کرد.

همین ایراد در مورد کلمه «ضمانت» و «ضمان» نیز در مواد ۴۰۳ و ۴۰۶ و ۴۰۹ و قانون تجارت مشاهده می شود.

۳- ماده ۴۰۵ قانون تجارت مقرر می دارد که: «قبل از رسیدن اجل دین اصل ضامن ملزم به تأدیه نیست ولو اینکه به واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین موجد او حال شده باشد».

اکنون؛ ایرادات ماده فوق، به شرح ذیل است:

۳-۱: قانونگذار از این ماده به بعد در صدد بیان آثار واحکام تضامن است (برخلاف تصور برخی) و به عقد ضمان از دید تضامنی بودن آن نگاه می کند؛ زیرا:

اولاً؛ در موارد متعددی (مواد ۴۰۵، ۴۰۷، ۴۰۸، ۴۱۱) قانون تجارت) به دین اصلی و مؤثر بودن نقش آن در عقد ضمان و روابط اطراف آن اشاره می کند. حال آنکه در نقل ذمه، دین اولیه منتقل شده و نقشی در رابطه ضامن و مضمون له ندارد تا بتوان اثری بر آن بار کرد.

ثانیاً؛ مادتين ۴۰۷ و ۴۰۸ قانون تجارت، با بیان لزوم اخطار به ضامن علاوه بر مضمون عنه و همچنین تاثیر اسقاط یا سقوط دین اصلی در برائت ضامن، به خوبی، به این نکته تصریح نموده است؛ زیرا که دین را منتسب به مضمون عنه کرده است و ضامن را مسئول آن دانسته نه مدیون را.

۳-۲: بهتر بود قانونگذار از کلمه «اجل» استفاده نمی کرد و می گفت «قبل از رسیدن زمان تأدیه».



## نتیجه گیری

در خصوص ماهیت عقد ضمان، عده‌ای معتقدند که ماهیت و ذات عقد اقتضای نقل ذمه به ذمه را دارد. برعکس عده‌ای بر این عقیده‌اند که مقتضای عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است نه نقل ذمه به ذمه. اما آنچه از مجموع بررسی‌ها به دست می‌آید این است که ماهیت و ذات عقد نه اقتضای «نقل ذمه به ذمه» را دارد و نه مقتضی «ضم ذمه به ذمه» است بلکه تابع «قصد مشترک طرفین» است. بی‌شک هرگاه عقد ضمان به طور مطلق منعقد گردد و هیچ قیدی نداشته باشد، در حقوق ما «اطلاق» نشانگر نقل ذمه به ذمه است؛ اما این انتقال دین، مقتضای ذات عقد نیست. بنابر این طرفین می‌توانند در خود قرارداد خصوصی شرط کنند که مضمون‌له جهت وصول دین خود بدو به مضمون‌عنه مراجعه کند و اگر طلب او پرداخت نشد به ضامن رجوع نماید (ضمان طولی) یا اینکه شرط کنند ضامن و مضمون‌عنه در کنار هم متضامناً مسئول پرداخت دین به مضمون‌له گردند؛ به گونه‌ای که مضمون‌له بتواند برای تمام یا بخشی از طلب خود، به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند (ضمان عرضی) و چنین قراردادهایی را می‌توان با توجه به مواد ۱۰، ۶۹، ۷۲۳ قانون مدنی و ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، نافذ و دارای آثار حقوقی دانست. در مورد این که مقنن از کدام نظریه پیروی کرده است، باید گفت: «قانونگذار در مجموعه قوانین، نظریه یکسانی را ارائه نکرده است اما آنجا که از نظریه فقهای امامیه (نقل ذمه) تأثیر پذیرفته و با تأسی از این نظریه، مقرراتی را وضع کرده است، نه تنها چندان گامی به سوی پیشرفت اقتصادی برداشته است بلکه سبب متروک ماندن این مواد قانونی گردیده است؛ زیرا این مواد، نه تنها پاسخگوی نیازهای روبه رشد زندگی اجتماعی نیست بلکه غالباً با عرف و عادات مسلم جامعه و اهداف و اغراض طرفین عقد مخالف بوده است چراکه آنچه که عرف و عادت از عقد ضمان فهمیده، وثیقه بودن ضمان و عرفی بودن تعهد ضامن است و اینکه بعد از ضمان، ذمه مضمون‌عنه، بری و ذمه ضامن در مقابل مضمون‌له مشغول می‌گردد، برخلاف عرف و عادت است. از طرف دیگر؛ انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، بعد از عقد ضمان غالباً با اهداف و منظور ضامن و مضمون‌له نیز مغایرت دارد؛ زیرا مضمون‌له در صدد آن است که تضمینی را بر طلب خود بیافزاید و در واقع، وثیقه جدیدی به غیر از اعتبارات و دارایی‌های شخصی مدیون اصلی، تحصیل کند و اگر عقد ضمان، ذمه مدیون اصلی را بری کند و فقط اثر ضمان، نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن باشد، این امر؛ نقض غرض و مخالف مطلوب و میل مضمون‌له می‌باشد. از سوی دیگر؛ غالباً منظور ضامن این نبوده است که خود مستقیماً مدیون مضمون‌له شود و ذمه مدیون اصلی، بری گردد بلکه قصد او این بوده است که برای مدیون ایجاد اعتبار و تحصیل تضمین نماید و در واقع؛ در کنار مضمون‌عنه قرار گیرد و در صورت عدم پرداخت





دین توسط مضمون‌عنه، اقدام به تأدیه دین او نماید. (البته این سخن ضمان طولی را تقویت می‌کند.) و اگر جز این باشد چه بسا افراد، حاضر به ضمانت از اشخاص نخواهند شد و البته قانونگذار با اتخاذ روش‌های تصنعی در وضع قوانین مذکور خواسته است سرپوشی به نقص مواد مزبور گزارده، نتیجه ضم ذمه به ذمه را اخذ نماید. چنانکه قانونگذار ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی، تعلیق در التزام به تأدیه و نیز ماده ۷۲۳ همان قانون، التزام به تأدیه را که در ضمن عقد لازمی شرط شده، پذیرفته است.

نتیجه این که قانونگذار با این روش، راه را برای مردم باز گذارده تا بتوانند به راحتی به نتایج ضم ذمه به ذمه دست یابند، اما باید توجه داشت که وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، خود راهنما و بهترین وسیله جهت رسیدن به این نتیجه بود و هیچ نیازی به توسل به این روش نبوده است؛ زیرا مقررات مربوط به ضمان، از قواعد امری و مربوط به نظم عمومی نیست تا نتوان برخلاف آن شرط کرد و چنین شرطی برخلاف ذات عقد هم نمی‌باشد تا معتقد به بطلان آن گردید و شاید به خاطر وجود همین نقیصه‌ها بوده که مقنن در مادتين ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، به ضم ذمه گرایش پیدا کرده است. در ماده ۴۰۲ قانون تجارت، به ضم ذمه به ذمه طولی و در ماده ۴۰۳ همان قانون، به ضم ذمه به ذمه عرضی یا ضمانت‌نمائی اشاره نموده است.<sup>۱</sup>

حقوق و مطالعات نوین

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> ستوده، علیرضا، ضمانت در حقوق ایران، ص ۱۰۰



## منابع

- ۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۹)، حقوق تعهدات، جلد ۱، گنج دانش، ۵.
- ۲- ستوده، علیرضا، (۱۳۹۹)، ضمانت در حقوق ایران، جلد ۱، بهنامی، ۱.
- ۳- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۳۸۲)، ضمان شرح لمعه، جلد ۱، دارالعلم، ۱.
- ۴- عبادی، محمد علی، (۱۳۸۹)، حقوق تجارت، جلد ۱، گنج دانش، ۳۷.
- ۵- فیروز آبادی، مجد الدین ابو طاهر محمد بن یعقوب، قاموس المحيط، جلد ۱، موسسه الرساله للطباعه و النشر و توزیع بیروت لبنان، ۱۴۲۶هـ، لبنان.
- ۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷) عقود معین، جلد ۴، گنج دانش، ۱۰.
- ۷- معین، محمد، (۱۳۸۵)، فرهنگ معین، جلد ۱، زرین، ۲.

8-IRWING.J.SCHIFFRES.J.D1974D.AMERICAN JURISPRUAENCE "SURETYSHIP" P:13.

9- PEPRE.F.E.1977 LAW AND PRACTICE RELATION RIVISED THIRD EDITION LONDON. P:225.

10- RODIERE.R. 1978 DROIT COMMERCIAL DALLOZ PARIS P:422.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



## Adaptive review of the guarantee contract in civil rights whit the guarantee contract in trade rights of iran

Zeinab Baghi<sup>1</sup>

### Abstract

In civil law ,a guarantee guarantees the collapse of a debtor religion and its transfer to the guarantor or cause the guarantor and the principal deptor to be liable for the payment of the religion respectively or together,but in trade law,the parties can guarantee the guarantee on the basis of the transfer of religion or solidarity or the bond of religion is complicated. Securing contract,transferring the responsibility of the subject (debtor)to the responsibility of the guarantor ,and for that purpose ,the guarantee of the contract is said that its holding needs to be accepted and accepted.acceptance by the guarantor and acceptance by the subject. In the guarantee of a contractual guarantee,contrary to the contractual guarantee,the intention of the committed person is not effective and it is the basis of guaranteeing the law.the guarantee of a contract is the effect of the contract of a commitment to pay. Exchange guarantee is a commitment to pay a certain change for a receipt.againtsan exchange guarantee,there is a real guarantee.

**keywords:** Guarantee contract, contractual guarantee, contract guarantee, exchange guarantee.

<sup>1</sup> Master's degree in private law, Faculty of Law, Islamic Azad University, Meymeh branch. (corresponding author)  
zeinab\_baghi@yahoo.com

