

همایش ملی مطالعات و پژوهش های علمی علوم انسانی

نهاد برگزار کننده همایش: موسسه قانون یار با حمایت معنوی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه
سردبیر علمی و مسئول برگزاری همایش: دکتر بهنام اسدی شماره مجوز: ۴۸۵۳-۷۸۸۶۴
سال برگزاری همایش: ۱۳۹۷ شماره مقاله: ۸۲۵/۱۱۶ رده بندی کنگره: ج ۵۲۳/۲

بررسی حقوقی فاکتورهای ضمانت حسن انجام تعهد

الهام طاهانی نژاد

چکیده

تعهد به یک مجموعه برای انجام کاری با تعهد شخصی که معمولاً قول یا ضمانتی برای رشد شخصی است متفاوت می باشد. تعهد، اصطلاحی در فقه و حقوق اسلامی که ناظر به رابطه ای حقوقی است و براساس آن شخص ملتزم به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن یا ندادن کاری می شود؛ در این حال اسباب ایجاد چنین رابطه ای می تواند عقد، ایقاع یا الزامی قهری باشد. ضمانت حسن انجام تعهد برای تضمین انجام به موقع تعهدات مضمون عنه (ضمانت خواه) در مقابل مضمون له (ذینفع) صادر می گردد. (متداول ترین این نوع ضمانت نامه ها تضمین حسن انجام تعهدات ناشی از امضاء پیمان است.) تعهد، نماینده یک رابطه حقوقی بین دو طرف است، خواه بین این دو طرف، عقدی واقع شده باشد (مثل عقد بیع) خواه نه، خواه قصد و رضا دست کم از یک طرف، ابراز شده باشد، خواه نه. به نظر اینجانب، بررسی به شیوه فوق به درک بهتر این موضوع کمک شایانی می کند و موجب خلط مباحث تعهد و ضمانت نمی شود.

واژگان کلیدی: وفای به عهد، تعهد، حسن انجام تعهد، ضمانت اجرا

بخش اول: کلیات

برخی از حقوقدانان معتقدند که تعهد، خود رابطه حقوقی است که شخص در برابر دیگری مکلف به انتقال، تسلیم مال یا انجام کاری است، خواه سبب ایجاد آن عقد باشد، یا ایقاع یا الزام قهری و ...^۱ یعنی تعهد را، رابطه حقوقی دانسته اند نه نماینده و نشان دهنده ی وجود یک رابطه حقوقی. در بحث تعهدات، وجود رابطه حقوقی یکطرفه منتفی است و رابطه حقوقی حتما بین دو طرف برقرار می شود، اما لازم نیست که این رابطه ناشی از یک عقد فی ما بین طرفین باشد (که اگر اینگونه باشد، شرایط صحت عقود که در ماده ۱۹۰ ق.م ذکر گردیده باید وجود داشته باشد) بلکه رابطه حقوقی می تواند ناشی از عواملی غیر از عقد باشد، مثل اتلاف، که در آن رابطه حقوقی بین متلف و متضرر برقرار می شود، بدون اینکه بین آن دو عقدی منعقد شده باشد که این امر خود آثاری دارد، از جمله اینکه رعایت شرایط ماده ۱۹۰ ق.م در این رابطه حقوقی لازم نیست، (چون اصلا عقدی منعقد نشده است) در نتیجه یک صغیر نیز در صورت اتلاف مال دیگری، طرف تعهد در رابطه ی حقوقی با شخص متضرر قرار می گیرد و یا یک شخص صغیر مسئول پرداخت نفقه به اقارب خود (با رعایت شرایط خاص خود) می باشد. در موضوع تعهد، گاهی رابطه حقوقی فراتر از متعهد و متعهد له می رود بخصوص اگر تعهد، دین باشد، به این صورت که شخص ثالثی که در ایجاد تعهد، هیچگونه دخالتی نداشته و رابطه ای با متعهد له، نداشته، دین متعهد را به متعهد له (طلبکار) پرداخت می کند و به این ترتیب یک

^۱ - گندمکار، همان، ص ۱۱۲.

رابطه حقوقی بین متعهد له و شخص ثالث برقرار می شود، این امر بسیار مورد خوشایند طلبکار می باشد، زیرا در دنیای امروزی طلبکار کاری به شخصیت پرداخت کننده دین ندارد و تنها کسب درآمد و تجارت مد نظر قرار می گیرد. اما در خصوص تعهدات عینی، وضع کمی متفاوت است، مثلاً در موردی که یک رابطه حقوقی بین متعهد له و متعهد ایجاد شده است و موضوع تعهد نیز انجام کاری است، آنچه در ابتدا مسلم است ایجاد یک رابطه حقوقی بین متعهد و متعهد له می باشد، اما در این موارد اکثراً شخص متعهد له قبول نمی کند که تعهد را شخص دیگری غیر از متعهد انجام دهد و به طبع آن یک رابطه حقوقی بین او و شخصی که تعهد را انجام داده است ایجاد شود، حتی اگر موضوع تعهد قائم به شخص نباشد، زیرا در این گونه تعهدات آنچه باعث شده متعهد له در برابر آن عوضی پرداخت کند، انجام تعهد از سوی متعهد بوده است، مثلاً زمانی که شخصی اتومبیل خود را برای صافکاری نزد آقای الف می برد، احتمالاً از قبل اطلاعاتی در خصوص کار آن شخص بدست آورده است و در نتیجه تمایل ندارد که اتومبیل وی صافکار ناشناسی تعمیر کند.

ایجاد رابطه حقوقی بین متعهد له و شخص ثالث در جایی که موضوع تعهد انجام عملی قائم به شخص است عملاً منتفی است، زیرا در این موارد شخصی غیر از متعهد نمی تواند تعهد را انجام دهد، همانند نقاشی تابلویی توسط استاد فرشچیان. در مورد تعهدات، ایجاد رابطه حقوقی نیاز به استفاده از الفاظ خاصی بعنوان ایجاب و قبول نیست (کما اینکه در عقود هم الفاظ نقشی در ایجاد تعهد ندارند) البته این

مطلب در فقه اختلافی است^۱ قانون مدنی ما در ماده ۱۹۴؛ با دخالت الفاظ در تعهدات مخالفت کرده است، علاوه بر آن در فسخ که از ایقاعات و تعهدات یک طرفی است دخالت الفاظ را لازم ندانسته است (ماده ۴۵۱ ق.م).

بخش دوم: موضوع و شرایط تعهد

در این قسمت ما اقسام مختلف موضوع تعهد را بیان خواهیم کرد و پس از آن شرایط و خصوصیات تعهد را مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم.

بند اول: تعهد به تملیک یا انتقال مال

اولین امری که می‌تواند موضوع تعهد قرار گیرد، تملیک مال است، یعنی تعهد به انتقال مالی از ملک خود به ملک دیگری^۲

برخی از حقوقدانان معتقدند که تعهد به تملیک در حقوق ما نادر است و در دو فرض مطرح می‌شود:

فرض اول: در حقوق مدنی ما پذیرفته شده است که اثر پاره‌ای از عقود، مانند بیع و اجاره و صلح، تملیک مالی است که با تراضی انجام می‌شود و نیاز به تشریفات دیگری ندارد، به همین جهت، این گونه عقود را «تملیکی» می‌نامند، در عقود تملیکی نیز، گفته شده است که برخلاف ظاهر عقد، متعهد، انتقال مال را بر ذمه می‌گیرد، اما توافق دو طرف این توان را پیدا کرده است، که تعهد را در همان لحظه ایجاد و بی‌درنگ اجرا کند، یعنی تعهد به تملیک را خود به خود و بی‌درنگ اجرا

^۱ - جعفری لنگرودی، همان، صص ۶۴-۶۶، به نقل از سید محمد کاظم طباطبایی ص ۹۸

^۲ - در مقابل آن تملک است یعنی چیزی را داخل ملک خود کردن

کند، ولی باید انصاف داد که اثر عقد به طور مستقیم می‌تواند تملیک باشد و هیچ نیازی ندارد که به اجرای بی‌درنگ تعهد، تعبیر شود، از آنجائیکه ما قصد داریم محور اصلی بحث را بر روی آن قسم از تعهدات قرار دهیم که در آنها انجام کاری به عنوان موضوع تعهد است، از توضیحات دیگر این قسمت صرف‌نظر می‌کنیم.^۱

فرض دوم: در برابر اینگونه تعهدات، که خود به خود، یا در نتیجه وفای به عهد و بی‌آنکه نیاز به قرارداد دیگری داشته باشند، به تملیک مال می‌انجامد، پاره‌ای دیگر از تعهدات وجود دارند که به موجب آنها شخص مستلزم می‌شود مالی را با فراهم آوردن اسباب خاص آن به دیگری تملیک کند: مانند اینکه مالکی ضمن قولنامه تعهد می‌کند که خانه خود را به دیگری بفروشد، در این مورد، التزام به تملیک، در واقع تعهد به انجام دادن عمل حقوقی دیگری است که به موجب قانون سبب انتقال مال می‌شود و موضوع آن انجام دادن کار است نه مال: چنانچه در مثال یاد شده، موضوع التزام ناشی از قولنامه، تملیک نیست، انعقاد قراردادی است که اثر آن تملیک مال به خریدار است. موضوع اینگونه تعهدات نیز مانند سایر تعهدات ناظر به انجام دادن کار است و باید در زمره آن گروه قرار گیرد، در حالیکه اراده یا تعهد فروشنده در عقد بیع به طور مستقیم به تملیک می‌انجامد و اجرای تعهد بر فرض که وجود آن پذیرفته شود، بدون نیاز داشتن، به سبب خاص دیگری، باعث انتقال مال و ایجاد حق عینی می‌شود، به بیان دیگر، در عقد تملیکی، هرچند که موضوع آن کلی باشد، انتقال مال، نتیجه مستقیم عقد و اجرای تعهد ناشی از آن است، ولی در تعهد به

^۱ - برای مشاهده توضیحات بیشتر در این خصوص ر.ک کاتوزیان، همان، ص ۴۸

تملیک، انتقال نتیجه عقد دیگری است که مالک، انشاء آن را به عهده گرفته است و عقد نخستین که در آن تعهد به تملیک شده است به عنوان پیش قرارداد عقد اصلی (تملیکی) مورد توافق قرار می‌گیرد.^۱

بند دوم: تعهد به انجام کار (فعل)

آنچه که بیشتر مدنظر ما در این تحقیق می‌باشد، این قسم از تعهدات است، فلذا سعی می‌شود با نگاه دقیق‌تر و جامعی به این گونه تعهدات پردازیم. تعهد فعل، عبارت است از تعهدی که به موجب آن، متعهد باید پس از قبول تعهد، فعل معینی را انجام دهد مانند تعهد مقاطعه کار، که در آن مقاطعه کاری، تعهد می‌کند ساختمانی را در مدت معینی بسازد، یا مؤسسه کشتیرانی، رساندن کالایی را به مقصدی معین، عهده دار می‌شود هم چنین، کار موضوع تعهد ممکن است، انعقاد عمل حقوقی باشد: مانند اینکه، شخصی تعهد کند که خانه خود را در برابر مبلغ معین بفروشد یا به دیگری برای انجام امری وکالت دهد.^۲

تعهد فعل به دو صورت است:

اول: تعهد فعل ناشی از عقد

این نوع از تعهدات خود به دو صورت هستند:

الف: تعهد ناشی از خود عقد، مانند تعهد مقاطعه کار

^۱ - کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، ج ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۴۹

^۲ - همان

ب: تعهد ناشی از شرط ضمن عقد، که نام آن شرط فعل است، که در این باره ماده ۲۳۷ ق.م.مقرر می‌دارد: «هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد، اثباتا یا نفیا، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید.» اثر تخلف از شرط فعل در ماده ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م.آمده است که در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.» (ماده ۲۳۸ ق.م.) بعد از آن در ماده ۲۳۹ ق.م.آمده است که: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط، ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.» در عقود تملیکی (مانند بیع) تعهد به تسلیم مبیع از اقسام تعهد به انجام دادن کار است که در ماده ۳۶۲ ق.م. به عنوان یکی از آثار بیع درست، پذیرفته شده است، تعهد به حفاظت از مال مورد امانت در ودیعه و عاریه و وکالت از مصداقهای دیگر این گونه تعهدات است. در این قسم، تعهد است که درجه آن از حیث وصول به نتیجه مطلوب متعهد له می‌باشد، زیرا در پاره ای از تعهدات، موضوع مورد التزام، رسیدن به آن نتیجه است (مانند تعهد به تسلیم در مدت معین) و گاه به کوشش در این راه محدود می‌شود (مانند تعهد پزشک به درمان بیمار) به بیان دیگر موضوع تعهد به انجام دادن کار، گاه به

نتیجه است و گاه به وسیله و تلاش در این راه.^۱

دوم - تعهد فعل ناشی از ایقاع

مانند تعهد جاعل (در جعاله) به دادن اجرت به کسیکه عمل معینی را انجام دهد، در این باره ماده ۵۶۱ ق.م مقرر می دارد: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی...»

پس جعاله، التزام است و تعهد را بدنبال دارد و ماده ۵۶۵ ق.م تصریح به تعهد بودن جعاله کرده است:

پس جعاله از ایقاعات است و تعهد به دادن اجرت، تعهد فعل است.^۲

در این قسمت از تعهدات (تعهد به انجام کار)، ما قصد داریم محور و اساس کار را بر روی قرارداد پیمانکاری، که در آن پیمانکار، متعهد به آسفالت کردن مکان مشخصی است و کارفرما، متعهد له می باشد.

در مثال ذکر شده اگر پیمانکار (متعهد) حاضر نشود که تعهد خود را (آسفالت کردن) به میل خودش انجام دهد، اگر انجام تعهد به وسیله شخص دیگری ممکن باشد، دادگاه به تقاضای متعهد له می تواند، اجازه دهد که خود متعهد له، یا شخص دیگر به هزینه متعهد (پیمانکار) آن عمل را انجام دهد. (ماده ۲۲۲ قانون مدنی)

اما هرگاه انجام عمل به وسیله ی شخص دیگری ممکن نباشد، به عبارت دیگر،

^۱ - کاتوزیان، همان، ص ۶۲.

^۲ - جعفری لنگرودی، همان، ص ۵۰.

هرگاه تعهد، قائم به شخص متعهد باشد، برابر ماده ی ۷۲۹ قانون پیشین آئین دادرسی مدنی، دادگاه می‌توانست به درخواست متعهد له، در حکم راجع به اصل دعوی، یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید، که اگر محکوم علیه، مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم له بپردازد، چنانکه دادگاه مقرر می‌داشت که در ازای هر روز تأخیر، متعهد باید مبلغ ده هزار ریال به متعهد له بپردازد، این نوع اجبار دارای دو خصیصه بود:

اولاً: مبلغ تعیین شده برای جبران ضرر ناشی از تأخیر در انجام تعهد نبود، بدین جهت در صدور حکم به این نوع اجبار تحقق ضرر برای متعهد له، لازم نبود و در صورت تحقق ضرر ممکن بود، مبلغ تعیین شده به وسیله ی دادگاه متناسب با مقدار ضرر نباشد.

منظور از حکم مزبور، فقط وادار کردن متعهد، به اجرای تعهد بود و از این رو دادگاه در صدور حکم سرسختی می‌کرد و امکانات متعهد را در نظر می‌گرفت و مبلغی تعیین می‌کرد که پرداختش برای متعهد دشوار باشد و بیم از پرداخت مبلغ مزبور، وی را وادار به اجرای تعهد نماید.

ثانیاً: این نوع اجبار موقت بود و قطعیت نداشت، بنابراین دادگاه قبل یا بعد از اجرای حکم می‌توانست در مقدار مبلغی که قبلاً معین کرده بود تجدید نظر کند و مبلغ دیگری برای تأخیر در اجرای حکم در زمان گذشته یا آینده معین نماید (ماده ۷۳۰ قانون پیشین آئین دادرسی مدنی). این مقررات که ظاهراً از حقوق فرانسه، الهام گرفته بود و می‌توانست برای وادار کردن متعهد به اجرای تعهد شخصی سودمند

باشد، متأسفانه در قانون جدید آئین دادرسی مدنی دیده نمی‌شود و باید آن را منسوخ تلقی کرد.

بند سوم: تعهد به خودداری از انجام کار (ترک فعل)

تعهدی است که به موجب آن متعهد، باید از انجام دادن عمل یا اعمال معینی، خودداری کند، مانند تعهد مالک در برابر مستأجر به اینکه، دکان مجاور را به کسب معینی اختصاص ندهد، یا تعهد خریدار به اینکه در زمین مورد معامله، ساختمان بیش از دو طبقه نسازد، یا تعهد کارگری بر اینکه اجیر دیگران نشود و به انحصار در کارخانه معینی کار کند، تمیز اینگونه تعهدات منفی از سایر دیونی که موضوع آن انجام دادن کار معینی است در اثبات اجرای تعهد، مفید واقع می‌شود، زیرا، در موردی که موضوع تعهد، انجام کار معینی است، هرگاه بین متعهد و طلبکار درباره اجرای آن اختلاف شود، متعهد، مدعی محسوب می‌شود و باید ایفای تعهد را اثبات کند، ولی جایی که تعهد ناظر به خودداری از انجام دادن کاری است، متعهد نیازی به آوردن دلیل ندارد و طرف دعوی باید اثبات کند که متعهد با انجام کار ممنوع، تعهد را بجا نیاورده است و از آن تخلف کرده است.^۱

تعهد عدم انجام کار (ترک فعل) دو قسم است:

اول: ناشی از عقد

مثلاً، تعهد عدم بیع خانه مسکونی، که مدیون به نفع بستانکار تا مدت معین می‌کند.

^۱ - کاتوزیان، همان، ص ۵۰

دوم: ناشی از ایقاع

مثلاً، اگر کسی ایجاب را بگوید و برای اظهار قبول به طرف مقابل یک هفته مهلت بدهد، در این مدت، حق ندارد، نسبت به مورد ایجاب، تصرفی منافی حقوق طرف خود بکند (ماده ۳-۵ قانون تعهدات سوئیس)

ایجاب در این وضع، یک ایقاع است، زیرا با رضای یکجانبه ایجاد تعهد کرده است^۱

در این گونه تعهدات (که تعهد خودداری از انجام کاری است)، اگر متعهد، آن کار را انجام دهد، دادگاه به تقاضای متعهد له، می تواند به رفع آثار آن کار حکم کند و حکم مزبور به وسیله ی مأمورین اجرا به موقع اجرا گذارده خواهد شد، مثلاً: اگر طرف معامله، تعهد کرده باشد که دیوار خود را از حد معینی بالاتر نبرد، لیکن برخلاف تعهد عمل نماید، دادگاه به خراب کردن دیوار تا حد مجاز حکم خواهد کرد، یا اگر طرف معامله تعهد کرده باشد که مغازه ی مورد اجاره را برای کسب معینی، مورد استفاده قرار ندهد، ولی مغازه را به همان کسب اختصاص دهد، به حکم دادگاه بساط کسب وی برچیده و از ادامه ی کار او که برخلاف قرارداد است، جلوگیری خواهد شد.^۲

بند چهارم: طرفین تعهد

پس از مشخص شدن اقسام تعهد و ویژگی های آنها در این قسمت از تحقیق ما به

^۱ - جعفری لنگرودی، همان، ص ۵۰

^۲ - صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳، ص ۲۰۵

بررسی شرایط و ویژگی‌های طرفین تعهد، که متعهد و متعهد له می‌باشند می‌پردازیم، لازم به ذکر است که در این بخش از تحقیق ما صرفاً از نگاه رابطه‌ی تعهدی به طرفین تعهد نگاه می‌کنیم و فعلاً بحث ضمانت یا ضامن را در این بخش خلط نمی‌کنیم، مگر در یک قسمت، آنهم در جایی است که خود متعهد به نوعی ضامن، ایفای تعهدش به نحو احسن می‌باشد و به این منظور، علاوه بر رابطه‌ی تعهدی، یک رابطه‌ی ضمانتی نیز با متعهد له پیدا می‌کند که این امر موجب می‌شود تا شرایط خاصی برای متعهد، لازم شود، که در جای خود به آن خواهیم پرداخت. برای تصور تعهد، وجود شخصی به عنوان طلبکار یا صاحب حق (متعهد له) و شخص دیگری به عنوان متعهد یا مدیون ضروری است. این بحث که آیا تعهد را دو طرف آن باید با توافق به وجود آورند، یا شخص می‌تواند برای خود یا دیگران ایجاد تعهد کند، ارتباطی به دو طرفی بودن رابطه تعهد ندارد، زیرا بر فرض که ایجاد تعهد به اراده یک شخص نیز مورد قبول قرار گیرد، باز هم آنچه به وجود می‌آید ناچار رابطه بین دو شخص است، به بیان دیگر، وقتی گفته می‌شود که تعهد، رابطه حقوقی بین مدیون (متعهد) و طلبکار (متعهد له) است، مقصود بیان ارکان وجود تعهد است نه چگونگی ایجاد آن، اشتباه بین این دو مرحله، ناشی از اختلاط دو مفهوم عقد و تعهد در فقه است که باید از آن پرهیز کرد.^۱ به هر حال، لزوم وجود طلبکار و بدهکار (متعهد و متعهد له) برای تحقق دین (تعهد) به اندازه‌ای بدیهی است که هرگاه این دو صفت در یک شخص جمع شود، تعهد ساقط می‌شود، برای

^۱ - کاتوزیان، همان، ص ۷۰

مثال اگر کسی مدیون پدر خود باشد و مطالبات پدر را به میراث ببرد، در اثر جمع شدن دو عنوان طلبکار و بدهکار در او، تعهد از بین می رود (ماده ۳۰۰ ق.م)، از آنچه گفته شد، نباید چنین نتیجه گرفت که در هر تعهد، یک شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی)، در برابر شخص دیگر ملتزم می شود، زیرا ممکن است در تعهدی چند تن در برابر یک شخص مسئول شوند، مانند غاصبان متعدد که نسبت به رد عین مال یا پرداخت مثل و قیمت آن در برابر مالک مسوولیت پیدا می کنند یا تمام ظهرنویس و صادر کننده و محال علیه برات که در برابر دارنده آن مسوولیت دارند (ماده ۲۴۹ ق.ت) هم چنین ممکن است تعهد یک شخص در برابر چند نفر باشد: مانند اینکه نقاشی در برابر سه نفر مالکان مشاع ساختمانی متعهد به رنگ کردن اتاقها شود (ماده ۱۳۸ ق.م)^۱ در برخی از موارد، تعیین متعهد له لازم نیست و قابلیت تعیین متعهد له کفایت می کند، در مواردی از قبیل بیمه عمر یا جعاله خطاب به عموم معمولاً در زمان ایجاد تعهد، طلبکار معین نیست، ولی با این وصف به دلیل قابلیت تعیین آن در زمانی که تعهد در خارج محقق می شود، تردیدی در صحت آن باقی نمی ماند، بعضی به دلیل امکان ایجاد تعهد به اراده واحد و یک جانبه، منکر لزوم وجود دو طرف برای تعهد و رابطه دینی شده اند و آن را عنصری ضروری به شمار نیاورده اند، اما این دلیل موجه نیست، زیرا هرچند که ممکن است تعهد یا حق دینی در اثر اراده شخص ایجاد شود، ولی توسط این عمل یک جانبه نیز، شخص خود را به شخص دیگری که از آن حق برخوردار شده و می تواند مدیون را برای اجرای آن

^۱- همان

حق به نف خود مواخذه کند مرتبط می‌سازد.

نکته دیگر در خصوص طرفین تعهد مربوط به متعهد است، که لازم نیست متعهد اهلیت لازم برای عقود را داشته باشد، یعنی برای اینکه شخصی در برابر دیگری متعهد شود، شرایط ماده ۱۹۰ ق.م لازم نیست که در او جمع باشد، به همین دلیل است که در برخی موارد یک کودک نیز در برابر دیگری متعهد می‌شود، مثلاً در جائیکه یک کودک شیشه منزل همسایه را می‌شکند، در اینجا وی متعهد به جبران خسارت وارده می‌باشد، با وجود اینکه صغیر است. هم چنین در متعهد، لازم نیست که وی قصد و رضا داشته باشد، در نتیجه در جائیکه شخصی به طور غیر عمدی ضرری به دیگری وارد می‌کند، در برابر زیان دیده متعهد به جبران ضرر می‌باشد و باید جبران ضرر بکند، مثال بارز این قضیه در مورد تصادفات رانندگی است که در آنها با وجود اینکه شخص مقصر بدون قصد و عمد به اتومبیل دیگری خسارت وارد می‌کند، متعهد است که ضرر وارده را جبران کند.

بند پنجم: اثر تعهدات نسبت به طرفین قرارداد و اشخاص ثالث

در خصوص آثار تعهدات، اصل بر این است که این آثار، فقط بین طرفین قرارداد و قائم مقام قانونی آنها لازم الاتباع است، در این خصوص ماده ۲۱۹ ق.م مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود»

هرچند که از این ماده اصل بی اثر بودن تعهدات قراردادی، نسبت به اشخاص ثالث نیز دریافت می‌شود، لیکن چون در این موضع، تکیه بر قدرت الزام آوری

تعهدات بوده است، تدوین کنندگان قانون مدنی خود را ناگزیر از بیان مجدد این امر دانسته و در ماده ۲۳۱ یادآور شده اند که: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها موثر است، مگر در مورد ماده ۱۹۶» مطابق ماده اخیر نیز: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود، مع ذلك ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.» آنچه از این موادفهمیده می‌شود این است که قرارداد نمی‌تواند موجب حق یا تعهدی له یا علیه ثالث باشد، اثرتعهد متوجه متعهد و متعهد له است، این اصل نتیجه مستقیم نظریه آزادی و استقلال اراده است، اراده هر شخص تنها قادر به تحدید آزادی خود او است، به محض قبول اینکه پایه تعهد قراردادی، اراده شخص است، باید پذیرفت تنها آنکه می‌خواهد، به تعهدات قراردادی پایبند است، پس اصل آن است که تعهدات قراردادی صرفاً ناظر به طرفین عقد است، با این حال نباید در این زمینه زیاده‌انگاری کرد، زیرا گرچه علی‌الاصول تعهد قراردادی متوجه آنانی است که بر این امر تراضی نموده اند، لیکن گاه گستره این اثر از هم پیمانان فراتر می‌رود. حقیقت آن است که برای تعیین اشخاص پایبند به تعهدات قراردادی، نمی‌توان تنها به این مختصر بسنده کرد که آنانی که بیان اراده نموده اند، اطراف قرارداد و دیگران، ثالث به شمار می‌آیند، در واقع هرچند در اغلب موارد چنین است، ولی گاهی هست که اراده انعقاد قرارداد موجود است، بی

آنکه به این لحاظ اعلام کننده اراده، طرف قرارداد تلقی شود، چنین است هنگامی | ۱۵

که شخص، برای اعتبار بخشیدن به قراردادی در فراهم آوردن آن همکاری می‌کند، ولی به هیچ روی تعهدی بر او بار نمی‌شود، همانند سردفتری که برابر وظیفه قانونی خویش سند را می‌نگارد و آن را مهر و امضاء می‌کند؛ گاه نیز اشخاص پس از انعقاد قرارداد عنوان طرف قرارداد را می‌یابند و این امر آنگاه رخ می‌دهد که اثر تعهدات قراردادی از طریق قائم مقامی به آنان منتقل می‌شود، قائم مقام یا جانشین قانونی، شخصی است که در انعقاد قرارداد شرکت نداشته ولی آثار تعهدات به نحوی از انحاء به او تسری می‌یابد، جانشین گاه عام است، مثل ورثه و گاه خاص، که جانشین خاص کسی است که جانشین شخص در مال یا حق عینی است و مالکیت عینی شیء معین یا حق را تحصیل می‌کند، مانند مشتری، که در مبيع جانشین فروشنده است یا صاحب حق انتفاعی که این حق را از ذی حق پیشین به دست آورده است.^۱

بخش سوم: ارکان و شرایط ضمانت برای حسن انجام تعهد

در این قسمت از تحقیق، ما تمامی ارکان و شرایط ضمانت برای حسن انجام تعهد را مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم، این ارکان عبارت‌اند از: عقد ضمان، طرفین عقد ضمان و موضوع عقد ضمان یا مضمون به، که هر کدام از این ارکان، شرایطی لازم دارند که در جای خودش این شرایط ذکر خواهد شد،

لازم به ذکر است که در این قسمت از بحث، از تجزیه و تحلیل برخی از اختلافات، به دلیل عدم کاربرد لازم خود داری می‌شود.

^۱ - صالحی راد، همان، ص ۲۶.

بند اول: عقد ضمان

اولین رکن از ارکان ضمانت حسن انجام تعهد، خود عقد ضمان است، که نیاز به یکسری شرایطی دارد که برای صحت هر عقدی لازم است، از جمله تنجیز و لزوم عقد، که اینها در همین قسمت مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرند و از آنجائیکه شرایط دیگر صحت عقد از جمله مشروعیت جهت یا اهلیت طرفین عقد در بخش بعدی توضیح داده خواهد شد، از ارایه این شرایط در این بخش، به جهت جلوگیری از تکراری شدن مباحث، خودداری می شود. از آن جائیکه ضمان جزو عقود است، شرط تنجیز در آن لازم است، عده ای مانند علامه (ره) در کتاب قواعد، این امر را اجماعی می دانند، به هر حال مسأله تنجیز در عقد ضمان، مانند سایر عقود، از مسلمات است در این خصوص ماده ۱۸۹ قانون مدنی مقرر میدارد: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.» هر عقدی اثر مخصوص خود را دارد که طرفین برای کسب آن اقدام به انعقاد آن عقد می کنند و آن را مقتضای عقد می گویند، هرگاه عقد بدون هیچ قیدی منعقد شود و مقتضای آن بلافاصله پس از عقد ایجاد گردد، طرفین می توانند به وسیله ی تعلیق، ایجاد اثر را منوط به وجود امر دیگری بنمایند، در این صورت عقد معلق می گردد. عقد ضمان (همانند سایر عقود) نیاز به انشاء دارد و انشاء هم باید منجز باشد، گروهی انشاء را در ضمان، اصل تعهد و مسئولیت می دانند و منشأ را وفا و ادا، تصور کرده اند، لذا تعلیق در انشاء را باطل و تعلیق در منشأ را صحیح می دانند و معتقدند، اگر ضامن بگوید در صورتیکه مدیون اصلی، ادای دین نمود من می پردازم، ضمان فعلی است و در واقع در منشأ تعلیق ایجاد شده است، از همین جا می توان نتیجه گرفت که در ضمانت از حسن ایفای تعهد، که ضامن تعهد می کند

که اگر متعهد به تعهد خود به نحو احسن وفا نکرد من ضامن هستم، حال اگر تعهد قایم به شخص نباشد خودش یا ثالث به خرج ضامن، تعهد را انجام دهد، یا اگر تعهد قایم به شخص باشد، ضامن از عهده خسارات وارده بر متعهد له برآید، تعلیق در منشأ است و این نوع از ضمانتها کاملاً صحیح هستند و امروزه گسترش فراوانی نیز یافته اند، هم چنین از آنجائیکه صحت اینگونه از ضمانتها کاملاً عقلایی است، مطابق قاعده ی کلما حکم به العقل حکم به الشرع و بالعکس، می توان صحت این نوع از ضمانتها را شرعی هم دانست. اما عده ای تعهد ضامن را به پرداخت دین (یا ایفای تعهد) در صورت عدم پرداخت، توسط مدیون، تعلیق در انشاء می دانند، عده ای نیز تعلیق در انشاء را محال دانسته اند، اما تعلیق در منشأ را بلا اشکال می دانند، عده ای دیگر نیز معتقدند منشأ و انشاء نمی توانند معلق بر امری باشند، زیرا در این صورت تفکیک بین انشاء و منشأ لازم می شود، بدین جهت تعلیق در منشأ نیز مبطل است، صاحب ریاض و سایرین عقیده دارند اگر کسی بگوید دین حال را ضامن هستم، منتهی دو ماه دیگر پرداخت می کنم، ضمان صحیح است و بعضی از این عبارت نتیجه گرفته اند که تعلیق درست است، در حالیکه این امر تعلیق نیست. به اعتقاد ما انشاء، ایجاد تعهد و منشأ وجود تعهد و مسئولیت است، حقیقت ضمان نیز نفس تعهد و مسئولیت است که در تمامی عرفها پذیرفته شده است، تمایز بین انشاء و منشأ اعتباری است نه واقعی، اگر ضامن بگوید «ان لم یفی المدیون فانا الضامن» یعنی من اکنون مسئول هستم، لیکن مسأله، ادای آن به شرط است و انشاء و منشأ فعلی هستند و تعلیق و شرطی در عالم انشاء و منشأ نشده است، ضامن، نفس مسئولیت را پذیرفته و مسئولیت مجزا واقع شده است و مرحله تفریق ذمه، معلق بر شرط است، در پاسخ به افرادی که معتقدند اثر عقد باید فعلی باشد، می گوییم اثر ضمان چگونه است؟

اگر اثر ضمان نفس تعهد و مسئولیت است که آن ایجاد شده و قطعی است، اما اگر اثر ضمان را پرداخت (ایفاء) بدانیم، معمولاً این اثر بعد از عقد واقع می‌شود و وفا، ربطی به اصل تعهد ندارد و یکی از آثار مترتب بر عقد ضمان است، مسأله ادا، اعم از ادای حال، معلق یا مشروط با انشاء و منشأ ضمان، ارتباطی ندارد و داخل در حقیقت ضمان نیست، در این خصوص ماده ۶۹۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تعلیق در ضمان، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر، مدیون نداد، من ضامنم باطل است؛ ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.» با توجه به آنچه پیش از این بیان شد، در صورتی که ضامن بگوید من ضامنم و در صورتی می‌پردازم که مدیون اصلی (متعهد اصلی) نپردازد، از آنجا که شرطی خلاف کتاب و سنت واقع نشده و به واسطه آیه «المؤمنون عند شروطهم» لازم الوفاء است و تعلیق در ادای دین نافذ است، به نظر ما حتی بدون نیاز به ذکر آن در متن عقد، به واسطه آن که شرط ضمنی شده است، عقد بر مبنای آن واقع گردیده و صحیح است، مانند تساوی قیمت در بیع، که عقد بر این اساس واقع می‌شود و اگر در عقد ذکر شود، عقد به صورت صحیح واقع شده و این شرط نیز در آن معین شده است، یعنی پرداخت ضامن در صورت عدم پرداخت مدیون واقع می‌شود. عده‌ای از حقوق‌دانان در خصوص این ماده معتقدند، در این مثال، ضامن به صورت منجز ضمانت نکرده، بلکه ضمانت او بر فرض عدم پرداخت دین از طرف مدیون، می‌باشد و این امر تعلیق در عقد ضمان است، ولی در صورتیکه ضمانت به طور منجز واقع شود، چنانچه ضامن بگوید من ضامنم ولی وفاء و تأدیه دین را که مرحله بعد از ضمان است، معلق قرار دهد، اشکالی نخواهد داشت، چنانچه تأدیه آن را منوط به عدم پرداخت از طرف مدیون اصلی نماید، تعلیقی که موجب بطلان ضمان باشد، موجود نشده و در این فرض مانند ضمان در

اعیان مضمونه، غاصب، ملزم است عین مال را بدهد و چنانچه تلف شود، بدل آن را بدهد، آنان، تعلیقی را که به موجب ماده ۷۰۰ ق.م.موجب بطلان عقد می‌گردد، در صورتی می‌پذیرند که معلق علیه، خارج از شرایط صحت عقد باشد، اعم از آنکه شرایط صحت عقد که مورد تعلیق قرار می‌گیرد، از شرایط اساسی صحت معامله باشد یا از شرایط اختصاصی عقد ضمان.^۱ عده ای از حقوقدانان، برای توجیه بطلان تعلیق در عقد ضمان گفته‌اند: از آنجا که ضمان در قانون مدنی، موجب نقل ذمه به ذمه است و تعلیق با این امر منافات دارد، تعلیق در ضمان باطل شناخته شده است، لیکن اگر التزام به تأدیه معلق باشد، دین از مضمون عنه به ضامن انتقال می‌یابد، ولی تعهدی معلق برای او پدید می‌آید، که به موجب آن ممکن است، رجوع مضمون له به ضامن جهت تأدیه، منوط به مراجعه قبلی به بدهکار اصلی و عدم تأدیه دین از سوی او باشد، در حقیقت این گونه التزام معلق به تأدیه یک نوع ضمان تضامنی است که هم ضامن و هم مضمون عنه در برابر بستانکار ملتزم و متعهد هستند؛ منتهی التزام ضامن به تأدیه، معلق به عدم ایفاء دین از جانب مضمون عنه است.^۲

بند دوم: مشروع بودن جهت

یکی از شرایط اساسی صحت هر معامله یا عمل حقوقی، مشروع بودن جهت آن است، که در ماده ۱۹۰ ق.م.م، بند ۴ این موضوع آمده است جهت، هدف شخصی هرکس در عمل حقوقی است که واقع می‌سازد و این هدف به حسب اشخاص مختلف و به حسب اوضاع مختلف، نسبت به یک شخص نیز فرق می‌کند، چنانکه

^۱ - موسوی بجنوردی، همان، ص ۷۳ به بعد.

^۲ - صفایی، همان، ص ۲۹.

شخصی زمینی را می‌فروشد به منظور حاجت به پول آن و دیگری به منظور خرید خانه‌ای با پول آن و سومی به منظور خریدن زمین بهتری. در حقوق مدنی به وسیله این هدف می‌توان، مشروع بودن یا نامشروع بودن یک عمل حقوقی را معین کرد. در فقه، غرض و داعی در این معنی به کار رفته است و اصطلاح جهت در حقوق جدید ما به کار می‌رود.^۱ بعضی از علمای حقوق بین جهت معامله و جهت تعهد فرق گذاشته‌اند، جهت معامله، امری شخصی است، ولی جهت تعهد امری نوعی است و جدا از انگیزه‌های شخصی معامله‌کننده است، جهت تعهد امری است که در ازای آن معامله‌کننده تعهد کرده است، به عبارت دیگر، جهت تعهد، مقصود بلاواسطه و مستقیم و تعیین‌کننده‌ای است که به خاطر آن متعهد در برابر متعهد له، تعهدی را پذیرفته است. جهت تعهد در یک نوع قرارداد همیشه یکسان است و بر حسب مورد تفاوت نمی‌کند، مثلاً در بیع، فروشنده تعهد می‌کند مالی را به خریدار تسلیم کند، برای اینکه چیزی به عنوان ثمن دریافت دارد و خریدار تعهد می‌کند چیزی بپردازد، برای اینکه در ازای آن مبیع را به دست آورد. در قانون مدنی ایران، برخلاف قانون مدنی فرانسه، از جهت یا علت تعهد، سخنی به میان نیامده و آنچه مورد نظر واقع شده، جهت معامله است (ماده ۱۹۰ و ۲۱۷ ق.م).

در خصوص جهت معامله ماده ۲۱۷ ق.م مقرر میدارد: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد، باید مشروع باشد و الا معامله باطل خواهد بود.» بنابراین، ممکن است در یک عقد ضمانی، طرفین اشاره‌ای به

^۱ - جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، همان، ص ۲۰۲

جهت و انگیزه‌ی خود، از انجام آن عمل حقوقی نکنند، اما اگر در عقد ضمان، ضامن بگوید، من از مضمون عنه، ضمانت می‌کنم، به جهت اینکه بتوانم به او آسیب برسانم یا با او رابطه نامشروع برقرار کنم، این عقد ضمان باطل است، زیرا جهت در آن نامشروع است. اگرچه در ماده ۲۱۷ ق.م جهت نامشروع را هنگامی موجب بطلان معرفی کرده که صریحاً در قرارداد، ذکر شده باشد، لیکن می‌توان گفت: هرگاه بنای عقد بر جهت نامشروع بوده و بر آن توافقی ضمنی شده باشد، به عبارت دیگر، اگر اوضاع و احوال بر حسب عرف، حاکی از آن باشد که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق و اراده‌ی مشترک طرفین شده است، در این صورت نیز قرارداد باطل است، این امر را می‌توان از ماده ۲۲۵ و ۱۱۲۸ قانون مدنی فهمید؛ مثلاً اگر کسی در قمارخانه‌ای به شخصی که پول خود را باخته و برای ادامه‌ی بازی از او وام می‌خواهد، وام بدهد، نمی‌تواند صحت معامله را به علت عدم تصریح به جهت، ادعا کند، زیرا اوضاع و احوال عرفاً از وجود جهت نامشروع و توافق ضمنی بر آن حکایت می‌کند و به منزله‌ی تصریح در عقد است، در فقه امامیه نیز همین نظر پذیرفته شده است.^۱

بند سوم: طرفین عقد ضمان

شاید بتوان گفت که، طرفین عقد ضمان، مهم‌ترین رکن از ارکان ضمانت است، زیرا از یک طرف، ۳ نفر در آن نقش دارند (برخلاف اکثر عقود که دو طرف دارند) و از طرف دیگر میزان تأثیرگذاری و کارکرد، طرفین عقد، با هم متفاوت

^۱ - صفایی، همان، ص ۱۳۸

است مثلاً تأثیر و نقش ضامن در شکل گیری عقد ضمان بسیار با اهمیت تر از نقش مضمون له و مضمون عنه است، که در جای خود آن را کاملاً توضیح خواهیم داد. در این قسمت ما شرایط لازم برای طرفین عقد ضمان و کارکردهای آن را مورد تجزیه و تحلیل قرار می دهیم، همانند اهلیت طرفین و لزوم تراضی آنها.

بند چهارم: تراضی طرفین

از آنجائیکه عقد ضمان میان ضامن و مضمون له منعقد می شود، همانند سایر عقود نیاز به تراضی این دو دارد، نکته جالب در عقد ضمان این است که مضمون عنه نقشی در ایجاد این عقد ندارد و ضامن می تواند حتی بدون اذن متعهد، تعهد وی را ایفاء کند، مثلاً اگر دینی دارد، دین وی را اداء کند. انعقاد هر قرارداد همواره، پس از یک سلسله تصورات و اعمال روانی روی می دهد، شخصی که می خواهد عمل حقوقی را انجام دهد، نخست آن عمل را با تمام آثار، عناصر و ارکان خود، تجسم می کند، آنگاه تصمیم به انجام آن عمل حقوقی یا عدم انجام آن می گیرد، مرحله بعدی این است که باید این قصد خود را ابراز کند تا با توافق، با اراده‌ی دیگر عمل حقوقی انجام شود، معمولاً در عقود، یک طرف ایجاب را می گوید و طرف دیگر قبول می کند و اینگونه دو اراده موجب تشکیل یک عمل حقوقی مثل عقد می گردد. اما در خصوص عقد ضمان، همانگونه که قبلاً بیان شد، از آنجائیکه این عقد از عقود رضایی است و مبتنی بر تسامح است، انعقاد آن نیاز به هیچگونه تشریفات خاصی ندارد، بنابراین ضامن می تواند به طور صریح و با استعمال کلمه «ضامنم» دین را بر عهده بگیرد، یا به هر صورت دیگری که عرف آن را تعهد به پرداخت (اداء)

بداند، این عمل را انجام دهد و رضایت خود را از انعقاد عقد ضمان اعلام کند، چنانکه در روابط تجاری امضای برات، سفته و چک، به تنهایی در حکم ضمانت است، این ضمانت همیشه جنبه تضامنی دارد، ولی ضامن فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت کرده است (ماده ۲۴۹ ق.ت)، هم چنین قبول مضمون له نیز ممکن است به صورت ضمنی باشد و با فاصله طولانی انجام گیرد، چنانکه ضمانت از صادر کننده برات درواقع به سود دارنده برات است، که احتمال دارد چندین بار تغییر کند و مدتها بعد مورد مطالبه قرار گیرد.^۱ نکته ای که در خصوص تراضی و رضایت در عقدضمان وجود دارد، نقش رضایت مضمون عنه (متعهد)، در این عقد است، زیرا مضمون عنه در انعقاد عقد ضمان هیچگونه دخالتی ندارد. در این خصوص ماده ۶۸۵ قانون مدنی مقرر می دارد: «در ضمان، رضای مدیون اصلی شرط نیست.» تنها اثری که رضایت مضمون عنه (متعهد اصلی) دارد، در بحث آثار ضمان، بین ضامن و مضمون عنه، آشکار می شود، به این صورت که اگر ضامن دین (تعهد)، مدیون را با اذن و رضایت او اداء کرده باشد، حق رجوع به وی را برای پس گرفتن آنچه که اداء کرده دارد، اما اگر ضامن بدون رضایت مضمون عنه، دین وی را اداء کرده باشد، حق رجوع به وی را نخواهد داشت، که این مسئله را در بحث آثار ضمان به صورت دقیق تر، مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهیم داد.

بند پنجم: اهلیت طرفین

از آنجائیکه ضمان جزو عقود است، فلذا مطابق ماده ۲۱۰ قانون مدنی، طرفین باید

^۱ - کاتوزیان، همان، ص ۲۵۵.

برای انجام آن اهلیت داشته باشند، اما در ماده ۶۸۶ قانون مدنی آمده است که: «ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد» در این ماده سخنی از لزوم اهلیت مضمون له نشده است، پس احتمال دارد چنین ادعا شود که، چون در عقد ضمان، تنها ضامن تعهد می کند و مضمون له، آن را به رایگان می پذیرد، سفیه و صغیر ممیز هم می توانند آن را در زمره تملکات بدون عوض قبول کنند، لیکن این ادعا باید رد شود، زیرا، در اثر عقد ضمان، طلب مضمون له نیز از بین می رود و به ذمه ضامن انتقال می یابد، بنابراین او نیز بدین وسیله در اموال خود تصرف می کند و برای این اقدام باید رشید باشد، با وجود این هرگاه ضامن بر مبنای وثیقه دین پذیرفته شود، یا اثر آن تضامن باشد، می توان قبول مضمون له سفیه و صغیر ممیز را برای انعقاد ضمان کافی دانست، زیرا قبول رایگان تعهد ضامن، در حکم تملک بلاعوض است (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ ق.م) زیرا هیچ تعهدی برای آنان به وجود نمی آورد و تنها باعث ایجاد وثیقه برای طلب است که به سود طلبکار تمام می شود. در مورد مضمون عنه، چون رضای او در انعقاد ضمان اثر ندارد، اهلیتش نیز از شرایط درستی عقد نیست؛ حتی می توان از مرده، به اعتبار مدیون ماندن او، ضمانت کرد، چنانکه ماده ۶۸۷ قانون مدنی در این باره اعلام می کند: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است».^۱

در خصوص اهلیت طرفین ماده ۲۱۱ قانون مدنی مقرر می دارد: «برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند، باید بالغ و عاقل و رشید باشند.» طبق این ماده ما در بحث اهلیت طرفین در عقد ضمان با ۳ عنوان روبرو هستیم، بلوغ، عقل و رشد

معاملین. لازم به ذکر است، همانگونه که قبلاً ذکر گردید، ضامن نقشی اساسی و مهم را در عقد ضمان بازی می‌کند، فلذا طبیعتاً، اهلیت و شرایط ضامن ملاک بحث قرار می‌گیرد و تنها اشاره‌ای به اهلیت مضمون عنه و مضمون له می‌شود.

بند ششم: بلوغ

در فقه اسلامی، بالغ کسی است که غرایز جنسی او به اندازه کافی رشد یافته و آماده تولید مثل باشد، در خصوص بلوغ تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، مصوب ۱۳۶۱ مقرر داشته است: «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.» کسی که به سن بلوغ نرسیده است، از نظر قانون، صغیر محسوب می‌شود و نمی‌تواند آزادانه و بدون دخالت دیگری امور خویش را اداره کند و اعمال حقوقی انجام دهد.

در بحث بلوغ ضامن، پرسشهایی مطرح است، از جمله اینکه آیا اگر کسی به سن بلوغ نرسیده باشد، می‌تواند طرف عقد واقع شود؟ آیا دلیل تعبدی مبنی بر شرط بودن بلوغ ضامن وجود دارد؟ آیا در بلوغ قائل به موضوعیت هستیم یا بلوغ به معنای جلوگیری از یکسری مفاسد است؟ بلوغی که مد نظر ماست، در حد تشخیص حسن و قبح عمل است و بالغ کسی است که معامله‌ای انجام دهد و به مصلحت و ضرر خویش در معامله علم داشته باشد، اگر در روایتی آمده باشد «یشترط فی الصحه المعاملات ان یکون المتعاقدين بالغین» در صورت وجود چنین روایتی، دلیل تعبدی برای شرط بلوغ وجود دارد؟ آیا اگر شخص صغیر با شعور و با تجربه، که مصلحت خودش را تشخیص می‌دهد، معامله عقلایی با تمام اجزاء و شرایط موجود، انجام

دهد و غبنی هم متوجه او نشود، شامل آیات «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» می شود؟ آیا اگر شخصی یک روز با سن بلوغ فاصله داشته باشد و معامله ای انجام دهد، معامله ی وی باطل است؟ ما معتقدیم اگر شخصی قبل از بلوغ حایز تمام شرایط، از جمله رشد معاملی باشد و حسن و قبح عمل را درک کند، معامله اش اشکالی ندارد.

در عقد ضمان نیز بلوغ ضامن شرط نیست، ابتدا باید توجه داشت که رشد معاملی برای انجام معاملات عمده و خرده یا کلان و جزئی، تفاوت دارد، به نظر می رسد که فقهای بزرگوار این تفاوت را در نظر نگرفته و بین احکام تکلیفی و وضعی خلط کرده اند؛ برخی از فقها^۱ در مقایسه با احکام تکلیفی همچون نماز، روزه و ... که در آنها بلوغ شرط است، احکام وضعی، از جمله معاملات، را نیز مشمول همین شرط دانسته اند؛ اگر معتقد شویم رشد معاملی با سن بلوغ، ملازمه دارد در این صورت سوالی پیش می آید که چطور دختر ۹ ساله رشد معاملی دارد، اما پسر ۱۴ ساله رشد معاملی ندارد؟! بنابراین همانگونه که اشاره شد، دلیلی بر شرط بلوغ سنی نداریم و «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» ضمان غیر بالغ را در صورت جمیع شرایط، در بر می گیرد.^۲

بند هفتم: رشد

رشد، عبارت است از اینکه، تصرفات شخص در اموالش عاقلانه باشد، کسی که

^۱ - محقق در کتاب شرایع، معتقد است که ضامن باید جایز التصرف باشد، لذا ضمانت طفل از نظر ایشان صحیح

نیست.

^۲ - موسوی بجنوردی، همان، ص ۶۳ و ۶۴

دارای رشد است، رشید نامیده می‌شود؛ در مقابل رشد، سفه و در مقابل رشید، سفیه به کار می‌رود، در این خصوص ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «غیر رشید، کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد». بنابراین، همانطور که فقهای اسلامی گفته‌اند، کسی که اموال خود را در راههای بی فایده خرج می‌کند، یا کسی که اموال خود را بیهوده نابود می‌کند یا به دریا می‌اندازد، غیر رشید یا سفیه محسوب می‌شود. سفیه را نباید با مجنون اشتباه کرد، زیرا مجنون فاقد قوه‌ی درک و تشخیص است، لیکن سفیه از نیروی عقل و درک تا حدی برخوردار است و حتی ممکن است دارای مدارج علمی و مقامات مهم اجتماعی هم باشد، با وجود این، به علت ضعفی که در قوای دماغی یا اراده او پدید می‌آید، نمی‌تواند امور مالی خود را عاقلانه اداره کند، به عبارت دیگر سفیه، کسی است که عقل معاش ندارد، هرچند که در امور دیگر از نیروی عقل و درک برخوردار است، چون تصرفات مالی سفیه، عادتاً غیر عقلایی است و آزادی او در این باب به زیان او می‌انجامد، از این رو قانونگذار او را محجور شناخته و تصرفات مالی او را محدود کرده است.^۱ اما در خصوص عقد ضمان، یکی از شرایط، عدم حجر است، مسأله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود این است که ضامن یا مضمون له سفیه یا مفلس نباشد و بتواند معاملات محاباتی را انجام دهد؛ علی‌الاصول، اگر سفاهت به حدی باشد که موجب زوال قصد نگردد، به واسطه‌ی عدم قصد، عقد صحیح نمی‌باشد، زیرا مهم‌ترین رکن عقد وجود ندارد.

^۱ - صفایی، همان، ص ۱۱۷ به بعد

بعضی گفته‌اند که محجور می‌تواند ضامن شود، اما از آنجا که با عقد ضامن، اشتغال ذمه ایجاد می‌شود، که درواقع اشتغال نفس است، لذا وی نباید در امور مالی مداخله کند، چون اشتغال ذمه به حساب وفا صورت می‌گیرد، پس جنبه‌ی مالی دارد و تعهد و مسئولیت ضامن، مالی است، بر خلاف عقد کفالت که باید شخص را حاضر کرد. در باب مفلس بودن، اکثر فقها افلاس را مانع ضمانت نمی‌دانند، چون مفلس در مسائل مالی ممنوع است و ضمانت را مانند کفالت تعهد نفس می‌دانند، عقیده ما بر این است که شخص مفلس هرچند در معاملات باهوش باشد، لیکن شارع قبل از تصفیه، وی را ممنوع التصرف دانسته است، وجود اعتباری مال با ضمانت بر ذمه انسان مستقر می‌شود و بالعینه با سفاهت، وحدت ملاک دارد. اگر در باب محجور بودن، اعم از افلاس و مفلس (سفاهت) حفظ حقوق را علت دانستیم با رضایت دیان، مفلس باز هم می‌تواند، معامله کند که از جمله تصرفات مالی، ضمانت است، اما اگر حفظ حقوق، عرفاً حکمت باشد، از آنجا که شارع مقدس وی را ممنوع التصرف کرده است، شاید اضافه بر حق دیان، علت دیگری هم موجود باشد و در نتیجه حتی با رضایت دیان، نتوان تصرفات مالی، انجام داد.^۱

سوال دیگر این است که اگر مضمون له، محجور باشد، آیا در صحت ضمان تأثیر می‌گذارد؟

اگر ضمان را نقل ذمه به ذمه بدانیم، چون تصرف در مال مضمون له است، عدم حجروی، شرط است و چنانچه ضمان را ضم ذمه به ذمه بدانیم، افلاس مضمون له

^۱ - موسوی بجنوردی، همان، ص ۶۶

مدخلیت ندارد، چون در مال وی تصرفی به عمل نیامده است، بلکه صرف سپردن وثیقه ای است که طلبکار، طلب خود را استیفاء نماید، لذا حجر مضمون له شرط و مانع نیست و بنابراین مبنا، رضایت وی نیز معتبر نمی باشد؛ لذا حجر وی در صحت عقد تأثیری ندارد و حجر مضمون عنه نیز اصلاً مدخلیت ندارد.^۱

در این قسمت لازم به نظر می رسد که اثر اعسار ضامن، ورشکستگی ضامن و ورشکستگی مضمون له را بررسی کنیم.

اول: اثر اعسار ضامن: بیگمان اعسار را نباید از موارد حجر به حساب آورد و درماندگی مالی، جز در مورد ورشکستگی تاجر، از صلاحیت اشخاص درباره تصرفات مالی آنان نمی کاهد، ولی از آنجائیکه هدف از معرفی ضامن این است که کسی بتواند دین را بپردازد، در هر موردی که شخصی ملتزم به دادن ضامن شده است، یا با معرفی ضامن می خواهد مال بازداشت شده را آزاد کند، باید ضامنی بدهد که اعتبار کافی برای پرداخت دین داشته باشد، چنانکه ماده ۲۴۳ قانون آئین دادرسی مدنی، در باب تأمین خواسته و در جایی که مدعی علیه یا محکوم علیه مایل است به عوض مالی که دادگاه توقیف کرده یا در صدد توقیف آن است، ضامن بدهد، مقرر می دارد که باید ضامن معتبر بدهد. ماده ۲۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی نیز، ضامن دهنده را مکلف می کند که در صورت درخواست طرف، اعتبار ضامن را در دادگاه ثابت کند.^۲ با وجود این نباید، چنین پنداشت که مالدار بودن ضامن از

^۱ - همان

^۲ - کاتوزیان، همان، ص ۲۵۸ به بعد

قواعد مربوط به نظم عمومی است، ضمان، تعهدی است به سود طلبکار و او می تواند ضمانت هرکس را که می خواهد بپذیرد، چنانکه در ماده ۲۴۷ قانون آئین دادرسی مدنی نیز، لزوم اثبات اعتبار ضامن منوط به درخواست مضمون له شده است. در سایر موارد نیز همین حکم اجرا می شود: بدین معنی که مضمون له می تواند، ضمانت هرکس را که می خواهد بپذیرد و نباید مالدار بودن ضامن را از شرایط درستی ضمان دانست، منتها چون مبنای تراضی طرفین به حکم ظاهر و عرف بر این است که ضامن توانایی مالی برای پرداخت دین را داشته باشد، این وصف در حکم شرایط ضمنی قرارداد محسوب می شود؛ پس هرگاه معلوم شود که ضامن هنگام انعقاد ضمان معتبر نبوده است، مضمون له، حق فسخ عقد را به استناد خيار تخلف از شرط دارد، ولی در موردی که ضامن هنگام عقد ملء باشد و پس از آن معسر شود، مضمون له حق برهم زدن عقد را ندارد و این احتمال خطر را، مانند سایر معامله کنندگان باید تحمل کند. ماده ۶۹۰ قانون مدنی در بیان همین احکام مقرر می دارد: «در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد، لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد، می تواند عقد ضمان را فسخ کند، ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملء شود، مضمون له خیاری نخواهد داشت.» دلیل اینکه، تنها در صورت جهل به اعسار ضامن، طلبکار می تواند عقد را فسخ کند، این است که فقط در این حالت می توان بنای طرفین و شرط ضمنی در عقد را مالدار بودن ضامن تعبیر کرد، وگرنه، در فرضی که مضمون له به اعسار ضامن، آگاه است و

نویسندگان (همچون صاحب جواهر) مبنای حق فسخ مضمون له، جلوگیری از ضرر او است و اگر مضمون له آگاهانه ضمان معسر را بپذیرد، خود به ضرر خویش اقدام کرده است و دیگر نمی‌تواند برای جبران نتایج آن به قاعده لاضرر استناد کند.^۱

بخش چهارم: اثر ورشکستگی ضامن

در این قسمت سوال این است که آیا شخص ورشکسته می‌تواند ضامن شود یا خیر؟ در فقه امامیه، مفلس بودن ضامن، را مانع درستی عقد ضمان نمی‌دانند، ضمانت را مانند وام گرفتن مباح می‌شمارند ولی مضمون له را داخل در غرما نمی‌آورند و در توجیه خود می‌گویند، افلاس، باعث محجور شدن بدهکار از تصرف در اموال است، نه ذمه خود و وام گرفتن، زیانی به طلبکاران نمی‌رساند و مانند تصرف راهن در سایر اموال خویش است. این نظر را در مورد ورشکستگی ضامن نیز می‌توان اجرا کرد، زیرا، تاجر ورشکسته بعد از صدور حکم توقف، از تصرف در اموال خویش ممنوع می‌شود و هر حقی که مؤثر در تأدیه دیون او باشد به هیأت طلبکاران تعلق می‌یابد، ولی دلیل قاطعی که تمام قراردادهای او را در زمان ورشکستگی باطل کند وجود ندارد؛ زیرا، ماده ۵۵۷ قانون تجارت، که کلیه قراردادهای تاجر را پس از تاریخ توقف باطل اعلام می‌کند، با مفاد ماده ۴۲۳ همان قانون که معاملات ویژه‌ای را باطل می‌داند تعارض دارد، ماده ۴۲۳ ق.ت با اصول حقوقی سازگارتر بنظر می‌رسد، زیرا ورشکستگی از موارد حجر عام بدهکار نیست و تنها در کارهایی ایجاد ممنوعیت می‌کند که مؤثر در تأدیه دیون بدهکار باشد و به وثیقه آنان صدمه بزنند،

^۱ - برای توضیحات بیشتر در خصوص صور مختلف اعسار ضامن، مراجعه کنید به: منبع قبلی، ص ۲۶۰

پس در رفع این تعارض، ناچار باید ماده ۵۵۷ ق.ت را ناظر به معاملات ورشکسته به تقصیر و تقلب کرد، که در همه آنان فرض تقلب و اضرار به طلبکاران وجود دارد، عنوان ماده ۵۵۷ ق.ت نیز این تعبیر را تأیید می کند؛ از سوی دیگر، ضامن شدن ورشکسته، نه مالی از دارایی او منتقل می سازد یا مقید می کند، نه از اعتبار ورشکسته می کاهد، پس، اقدام او مشمول مواد ۴۱۸ و ۴۲۳ قانون تجارت نمی شود، منع تاجر ورشکسته نیز برخلاف اصل است و باید آن را محدود به اعمالی کرد که به زیان طلبکاران تمام می شود؛ در نتیجه ضامن شدن و وام گرفتن و خرید به اعتبار را باید در زمره اعمال مباح آورد؛ منتها، تاجر ورشکسته نمی تواند، دیون ناشی از این معاملات را تا پایان کار ورشکستگی بپردازد (بند ۲ ماده ۴۲۳ ق.ت) طلبکار این گونه قراردادهای نیز، نباید در شمار سایر طلبکاران قرار گیرند و از سهم آنان بکاهد؛ مضمون له، اگر از ورشکستگی ضامن آگاه نباشد، حق دارد ضمان را فسخ و به مضمون عنه رجوع کند، ولی در درستی و نفوذ ضمان نباید تردید کرد (ماده ۶۹۰ ق.م).

بند اول: اثر ورشکستگی مضمون له

ورشکستگی مضمون له، مانع از انعقاد ضمان و نفوذ اراده او است، درست است که طلبکار تعهدی در عقد ضمان بعهدہ نمی گیرد ولی معنی «نقل ذمه» این است که طلب اواز مضمون عنه ساقط شود و ضامن بجای مدیون قرار گیرد و این امر تصرف در دارایی و تغییر در میزان و کیفیت وثیقه طلبکاران است، با وجود این اگر ضمان به عنوان وثیقه شخصی دین واقع شود، ورشکستگی مضمون له مانعی در راه انعقاد

آن ایجاد نمی‌کند، زیرا تحصیل وثیقه برای طلب به سود طلبکاران است و زیانی به مجموعه دارایی بدهکار نمی‌زند.^۱

بند دوم: عقل

منظور از عقل این است که قوای دماغی شخص، سالم باشد، کسی که فاقد قوه‌ی عقل و مبتلا به اختلال قوای دماغی باشد، مجنون نامیده می‌شود، تشخیص جنون که یک مفهوم عرفی و پزشکی است، همیشه کار آسانی نیست و قانون نمی‌تواند در این باره یک ضابطه‌ی قطعی ارائه دهد، تشخیص این امر در صورت وجود اختلاف، با دادرس است و او می‌تواند در این خصوص از کارشناس و روانپزشک نظر بخواهد، ولی پیروی از نظر کارشناس بر او لازم نیست و در هر حال اتخاذ تصمیم قطعی با دادرس است.^۲ در خصوص لزوم عاقل بودن طرفین عقد ضمان، وفق ماده ۶۸۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «ضامن برای معامله باید اهلیت داشته باشد.» می‌توان گفت که، لزوم عاقل بودن ضامن، امری حتمی و مشخص است و مسئله‌ای که در این خصوص وجود دارد، لزوم یا عدم لزوم عاقل بودن مضمون له و مضمون عنه است، زیرا در این باره قانون مدنی بصراحت مسئله را روشن نکرده است اما در خصوص مضمون له، از آنجائیکه مطابق نظریه نقل ذمه به ذمه در اثر عقد ضمان، طلب مضمون له از بین می‌رود و به ذمه ضامن منتقل می‌شود، می‌توان نتیجه گرفت که در عقد ضمان، لازم است که مضمون له نیز عاقل باشد. در

^۱ - همان، ص ۲۶۲

^۲ - صفایی، همان، ص ۱۱۶.

خصوص مضمون عنه وضعیت متفاوت است، زیرا وفق ماده ۶۸۷ ق.م که مقرر می دارد: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است.» می توان نتیجه گرفت که عاقل بودن مضمون عنه از شرایط صحت عقد ضمان نیست و هم چنین رضای او نیز لازم نیست.

بند سوم: مضمون به

در رابطه با اینکه چه چیزی می تواند، مورد عقد ضمان واقع شود، فقهاء در مبحث مربوط به شرایط حق ضمون به، به بحث پرداخته اند، در این خصوص فقهاء بر این نظرند که حق مورد ضمانت باید ثابت در ذمه باشد، ولی تزلزل حق اشکالی ندارد و باید مالیت داشته باشد. حقوقدانان در خصوص شرایط مضمون به گفته اند که، ضمان، تعهد تبعی است، یعنی ضامن دینی (تعهدی) را که مضمون عنه، داشته است بر عهده می گیرد، بنابراین شرط درستی و نفوذ ضمان، این است که دین (تعهد) اصلی موجود و مشروع باشد، هم چنین اگر قبول شود که اثر عقد ضمان، انتقال ذمه مدیون به ذمه ضامن است، دینی می تواند موضوع ضمان قرار گیرد که قابل انتقال باشد، مالیت داشته باشد و به اجمال معلوم و معین باشد. ما در این قسمت از تحقیق، با احترام و تبعیت از نظر حقوقدانان و فقهاء، مباحث ذیل را به عنوان شرایط مضمون به، مورد تجزیه و تحلیل قرار می دهیم.

بند چهارم: لزوم ثابت بودن بر ذمه

حق یا تعهدی که موضوع ضمان است، باید در ذمه مستقر شده باشد و چیز نا موجود و غیر مستقر را نمی توان انتقال داد یا ضمانت کرد. صاحب جواهر در قواعد،

شرط حق مضمون را، مالیت و ثبوت در ذمه دانسته، گرچه متزلزل باشد، مثل ثمن در مدت خیار و مهر قبل از دخول، سپس اضافه می‌کند که در خصوص این که عمل در ذمه داخل در مفهوم مال می‌شود یا نه، تصریحی نکرده‌اند. در کتاب لمعه آمده است: ضابطه حق مضمون، این است که بتوان برای آن رهن گرفت، از این سخن شاید بتوان نتیجه گرفت که عمل در ذمه داخل مفهوم مال است، اما در تذکره شرط آن را این گونه معرفی کرده که «ان یکون مال یصح تملک و بیعه» و این تصریح در عدم ادخال عمل در معنی مال است». در مورد مالی که در حین عقد در ذمه مستقر نباشد، اما منجز به ثبوت شود، مثل مال الجعالة قبل از انجام عمل اختلاف نظر وجود دارد، یک عده آن را صحیح می‌دانند، به دلیل اینکه منجر به لزوم و ثبوت مال در ذمه خواهد شد و دلیل دیگری که ذکر می‌نمایند، آیه ۷۲ سوره یوسف است که می‌فرماید: «لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم» و نیز روایتی از پیامبر اسلام (ص) که فرمود: «الزعیم غارم»

بعضی دیگر از فقهاء قایل به عدم جواز چنین ضمانتی هستند، از قول علامه در تذکره نقل شده است که ضمان از مال الجعالة قبل از شروع عمل صحیح نیست، چون ضمان مالم یحب است و اگر بعد از فراغ از عمل ضمانت کند، قطعاً صحیح است و قبل از اتمام عمل اقرب جواز ضمان است، چون سبب وجوب، وجود دارد و موجب لزوم و ثبوت خواهد شد، سپس اضافه می‌کند، آنچه موجه است، عدم جواز ضمانت قبل از فعل است.^۱

^۱ - الکرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد، ج ۵، قم، انتشارات دانشگاه، ۱۳۷۵، ص ۳۱۹

بنابر آنچه گذشت، ضمان از حقی صحیح است که جدای از مالیت داشتنش ثابت در ذمه باشد یا منجر به ثبوت بشود و در مورد تعهد به انجام عمل، که موضوع اصلی بحث ما می باشد، اگر عمل جنبه مالی داشته باشد و مال تلقی شود، می تواند مورد ضمان واقع شود، ضمان از اموری که در حال عقد لازم و ثابت نشده است یا سبب لزوم و ثبوت آن ایجاد نشده است، صحیح نیست، مثلاً اگر کسی بگوید به فلانی بفروش، به صورت نسیه و من ضامنم صحیح نیست، چون هنوز بیعی واقع نشده و ذمه ای مشغول نگردیده و سبب اشتغال ذمه هم فراهم نشده است، اما به نظر می رسد که ضمان از تعهدات به طور عام در آن جایی که تعهد منحصر به فرد یعنی قایم به شخص نباشد، صحیح است، زیرا همان طور که قبلاً گفته شد، هر عقدی که دارای جنبه ی عقلایی باشد، صحیح است، مگر آن که صراحتاً دلیل بر نهی از این نوع عقود داشته باشیم. هم چنین این ضوابطی که در خصوص حق مضمون بیان شد، اختصاص به عقد ضمان اصطلاحی دارد، هر چند اتفاق نظر بین فقهاء وجود ندارد، لیکن بر فرض آنکه بپذیریم شرایط حق مضمون باید آن باشد که فرموده اند: این دلیل نمی شود که اگر توافقی مبنی بر ضمانت از تعهد شخص دیگری صورت گرفت، باطل باشد، زیرا قواعد عمومی معاملات را دارد و اگر ضمان مصطلح نباشد، دلیل بر بطلان آن محسوب نمی شود، از اینها گذشته بعضی از فقها در برخی از فروعات فقهی نظریاتی ابراز داشته اند که می تواند مثبت ادعا باشد، یعنی ولو آنکه حق مضمون، دین و مستقر در ذمه نباشد یا حتی موجب ثبوت دین در ذمه نشود،

است و در اعتبارات اصولاً بطلان عمل به لغو بودن آن بر می گردد و اگر وجهی برای عقلایی بودن آن وجود داشته باشد، بعید است که این عمل را باطل تلقی نمود.^۱

ماده ۶۹۱ ق.م مقرر می دارد: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نگردیده، باطل است.» این ماده ترجمه عبارت فقهی «يمكن ان يقال بالصحه اذا حصل المقتضى للثبوت و ان يثبت فعلا.» می باشد، یعنی اگر فعلاً دینی موجود نباشد، لیکن سببی برای آن پیدا شود، دلیل صحیح بودن ضمان است.

قانون مدنی امر عدمی آن را اخذ نموده «مقتضی ثبوت» که اگر سبب موجود نشد، ضمان باطل است.

مفهوم مخالف ماده، این است که ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده صحیح است، این امر بیانگر آن است که نویسندگان قانون مدنی تحت تأثیر اقوال مشهور فقها و اجماع فقها، نتوانسته اند، نظر خود را صریح بیان کنند و با عبارت «باطل است» ظاهر قضیه، پوشانده شده است. به اعتقاد ما ضمان ربطی به مقتضی و سبب ندارد و اینها از عوارض ضمان هستند، ضمان یک تعهد است که به چیزی وابسته نیست و چون حقیقت عقد را موجب، ایجاد می کند و با قبول طرف مقابل، اثر آن نمایان می گردد، لذا هیچ اشکالی ندارد که قبل از ایجاد دین، این مسئولیت را بپذیریم، چنانکه جامعه امروزی این امر را ضمان می داند. مطابق قانون مدنی ایران و فرانسه و فقه اهل تسنن، مدیون بودن مضمون عنه شرط است و ضمان از دین احتمالی باطل است،

^۱ - گندمکار، همان، ص ۱۱۵ به بعد.

مشهور فقهای امامیه، معتقدند وقتی دین وجود ندارد، ذمه ای مشغول نمی شود که به ضامن منتقل گردد و مطابق فقه عامه نیز، اول باید ذمه ای مشغول گردد تا ذمه ضامن نیز در کنار ذمه مضمون عنه قرار گیرد، اما مطابق قانون مدنی فرانسه عدم اشتغال ذمه تأثیری در اعتبار ضمان ندارد، زیرا ضمان به این صورت که اگر مضمون عنه نداد، من ضامنم اعم از این است که ذمه فی الحال مشغول باشد و مضمون عنه نپردازد یا ذمه بعدا مشغول شود، به اعتقاد ما چون نفس ضمان، تعهد است نقل ذمه به ذمه یا ضم ذمه به ذمه در آن شرط نیست، لذا مدیون بودن فعلی مضمون عنه یا مدیون بودن آتی وی، تأثیری ندارد.^۱ به هر حال آنچه مسلم است، این است که دین آینده را نمی توان ضمانت کرد، در اثبات لزوم ثبوت دین بر ذمه مضمون عنه می توان گفت: ضمان تعهد تبعی است و سبب می شود که دین به ذمه ضامن منتقل شود یا ذمه ضامن وثیقه آن قرار گیرد، پس چگونه ممکن است دینی که بوجود نیامده منتقل گردد یا وثیقه برای آن داده شود؟ ولی این استدلال قاطع به نظر نمی رسد، زیرا، از نظر عقلی اشکال ندارد که تعهد ضامن برای بعد از ثبوت دین و معلق به آن باشد بیگمان دین ضامن پیش از ایجاد دین اصلی تحقق نمی یابد، ولی اثر آن التزامی است که برای اوبوجود می آید و پیش از تحقق دین اصلی نمی توند وعده ای را که داده است برهم بزنند. در بررسی و تطبیق شرط لزوم ثبوت دین بر ذمه مضمون عنه با ضمانت حسن انجام تعهد، که موضوع بحث ما می باشد، می توان گفت که ضمانت حسن انجام تعهد، ضمان به معنی الاخص نمی باشد و ضمانت در معنای اصطلاحی آن است و بر این اساس لازم نیست که تمامی شرایط صحت عقد ضمان (در معنای خاص خود) را دارا باشد و با توجه به عقلایی بودن این نوع ضمان و همچنین ماده

^۱ - موسوی بجنوردی، سید محمد، همان، ص ۸۸ و ۸۹

۱۰ قانون مدنی شکی در صحت این گونه عقود نمی باشد. شعبه دوم دادگاه استان مازندران، التزام را ضمان دانسته و قرارداد را بدین علت که مضمون عنه در زمان تحقق ضمان مدیون نبوده است، «ضمان مالم یجب» اعلام کرده و باطل دانسته است، ولی هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۳۸۹۱-۴۱/۱۲/۲۲ اعلام کرده است: «..... فرجام خوانده (ضامن)، حسن انجام تعهد پیمانکار را عهده دار شده است و ملتزم گردیده که هرگونه خسارات ناشی از پیمان را به سود اداره غله و نان متحمل شود، به این عنوان فرجام خوانده، متعهد است که اعمالی را انجام دهد و تطبیق این تعهد با باب ضمان (به شرح قانون مدنی) بطوریکه در حکم فرجام خواسته بیان شده صحیح نیست، ولو فرضاً فرجام خوانده، ضامن و پیمانکار، مضمون عنه نامیده شده باشند...»^۱

ولی احتمال قوی تر این است که گفته شود، چون سبب دین پیمانکار، در باز گرداندن گونی‌ها یا بهای آنها عقدی است که بین او و اداره غله، منعقد شده است، اگر شخصی ضامن اجرای این تعهد شود، در واقع ضامن دینی شده که سبب آن ایجاد گردیده است، قانون چنین دینی را در حکم موجود می داند (ماده ۶۹۱ ق.م)، پس ضمان از این حیث صحیح است، آنچه مسلم است این است که تعهد را نباید باطل دانست، اگر سبب دین ایجاد شده باشد، ضمان است و هرگاه دین آینده به حساب آید، التزامی است معلق که تابع قواعد عمومی قراردادها و ماده ۱۰ ق.م است.^۲

^۱- آرشو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، ج ۲ ص ۴۵۶ به بعد

^۲- کاتوزیان، همان، ص ۲۷۲.

بند پنجم: لزوم مشروع بودن تعهد

تعهد یا دینی که موضوع ضمان قرار می گیرد، باید مشروع باشد، پس اگر کسی دین ناشی از زنا یا قمار را بر عهده بگیرد، ضمان باطل است، زیرا، دین ضامن، تعهد مستقل و جدیدی نیست که جانشین تعهد مدیون شود، بلکه همان دین است که تغییر محل می یابد و بدیهی است که این جابجایی نمی تواند آن را مشروع سازد.

با وجود این، پاره‌ای از محققان گفته‌اند که هرگاه ستمگری انسانی را به زندان افکند و چنانکه عادت حکام است، به زور مالی از او به عنوان غرامت طلب کند و انسان گرفتار از دیگری بخواهد که برای رهایی او از زندان، ستمگر ضامنش بشود، ضمان درست است و ضامن می تواند به آنچه از این بابت داده است به مضمون عنه رجوع کند. این گفته از نظر نتیجه درست است، زیرا اگر کسی به خواهش دیگری مالی را به طلبکار ادعایی بپردازد، حق رجوع به او را دارد، هر چند که معلوم شود دینی نداشته است ولی از نظر درستی ضمان قابل انتقال به نظر می رسد، زیرا ضمان ایجاد دین نمی کند و نامشروع را مشروع نمی سازد، باید از پیروان درستی ضمان پرسید، اگر نیروی قاهر ستمگر از بین برود، آیا می توان از راه اقامه دعوی، ضامن را اجبار به وفای عهد کند؟ و هرگاه نمی تواند چگونه ممکن است درستی ضمان را پذیرفت.^۱

بند ششم: موضوع تعد باید مال کلی و قابل تعیین باشد

برای تحقق ضمان، باید دین (تعهد) قابل ایفاء بوسیله دیگری باشد، در موردی که تعهد مربوط به تسلیم عین معین باشد، ایفای این تعهد تنها از جانب متصرف امکان

دارد، این تعهد نه قابل انتقال به ذمه ضامن است و نه از دارایی ضامن می‌توان به عنوان وثیقه برای ایفای آن استفاده کرد و به همین جهت نیز نمی‌تواند موضوع ضمان قرار گیرد، از تجویز ضمان عهده در ماده ۶۹۷ ق.م نیز نمی‌توان دلیل محکمی بر نقض اصلی که گفته شد استخراج کرد، زیرا ضمان از عین نیز زیر عنوان «تعهد به فعل ثالث» نافذ است و همه بحث‌ها در این است که آیا قواعد ضمان را باید درباره آن اجرا کرد یا قواعد عمومی قراردادها را؟ و دیدیم که فقهای امامیه، برای رفع نیازهای عمومی و مشروع ساختن این تعهد، ناچار شده‌اند که بر مبنای شباهت با ضمان، قواعد این عقد را درباره آن بکار ببرند. وانگهی، کلمه‌ی «دین» و «ذمه» که در مواد گوناگون قانون مدنی و متون حقوقی بکار رفته است، خود دلیل کافی برای اثبات لزوم «کلی بودن تعهد» است و وجود حق عینی صاحب مال بر آن مانع از این است که بین «دین» و «وجوب رد عین» یا «دین مربوط به احترام حق عینی» اختلاط ایجاد شود.^۱ هم چنین همانگونه که ذکر گردید، ضمان از عقود مسامحه‌ای است، بنابراین لزومی ندارد که ضامن به میزان و شرایط و اوصاف دین (تعهد) آگاهی داشته باشد (ماده ۶۹۴ ق.م) ولی علم اجمالی، به گونه‌ای که بتواند موضوع قصد او قرار بگیرد لازم است (ماده ۲۱۶ ق.م) هم چنین برای اجرای تعهد ضامن و امکان مطالبه از او باید قابلیت تعیین در دین باشد و گرنه، دین مجهول یا دینی که متعهد موضوع و مقدار آن را معین سازد از نظر حقوقی، دین نیست و اثری ندارد. بر مبنای قاعده‌ای که بدست دادیم، ضامن می‌تواند همین که به اجمال،

^۱ - کاتوزیان، همان، ص ۳۱۷

مدیون را تمیز دهد از دین او ضمانت کند، هرچند که نداند چیست یا حادثه ای در آینده آن را معلوم سازد (مانند تعمدی که شخص به برنده مسابقه اسب دوانی می دهد و میزان آن را متناسب با مدت طی مسافت معین می سازد) هم چنین می تواند تمام دیون شخصی را بر عهده گیرد یا ضامن طلب کسی شود که هنوز مدیون واقعی آن روشن نشده است یا او نمی داند، ولی ضمان یکی از چند دین، به گونه ای تردید آمیز که نتوان در آینده نیز آن را تعیین کرد، باطل است، چنانکه در ماده ۶۹۴ ق.م، پس از اعلام درستی ضمان از دین مجهول، آمده است: «... لیکن ضمانت یکی از چند دین بنحو تردید باطل است».^۱

نتیجه گیری و پیشنهادات

۱- ضمانت حسن انجام تعهد، امروزه یکی از عقود ضروری برای تضمین روابط اقتصادی و تجاری بین افراد است و عقد ضمان، با ویژگی های موجود در قانون مدنی پاسخگوی نیازهای اقتصادی و تجاری امروز نمی باشد، لذا در این رابطه نیاز به یک بازنگری در خصوص آثار این نوع قرارداد احساس می شود.

۲- در حقوق ما که از فقه اسلامی گرفته شده است، ضمانت مربوط به دیون است، اما ضمانت از تعهدات نیز با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و آیهی «اوفوا بالعقود» صحیح و الزام آور می باشد، که این دسته از ضمانت ها، امروزه هم در روابط داخلی و هم در روابط بین المللی گسترش چشم گیری داشته است.

۳- باید توجه داشت که هم در بحث ضمانت و هم در بحث تعهد، ما اقساطی

^۱ - همان، ص ۳۲۲.

داریم و برای هر تعهدی نمی‌توان، هرگونه ضمانتی را برقرار ساخت، مثلاً برای تعهدات اخلاقی، چون ایفاء وظایف زوجیت، نمی‌توان ضمانتی چون، ضمان شخصی قرارداد، در نتیجه برای هر تعهدی باید ضمانت متناسب با آن مقرر شود.

۴- ضمانت حسن انجام تعهد، یک عقد مستقل می‌باشد، که باید شرایط صحت عقود (ماده ۱۹۰ ق.م) در آن رعایت شود، با این وجود این عقد، از عقود تبعی است، زیرا قبل از آن باید تعهدی موجود باشد تا بتوان برای آن ضمانت کرد.

۵- در ضمانت حُسن انجام تعهد ۳ شخص وجود دارند، بر خلاف اکثر عقود دیگر که در آنها معمولاً دو شخص نقش بازی می‌کنند، در نتیجه آثار خاصی در روابط میان طرفین عقد ضمان و همچنین میان ضامنان وجود دارد، مثلاً هر ضامنی باید به ضامن قبلی خود رجوع کند تا نهایتاً غرامت را تعهد اصلی متحمل شود.

۶- قانون مدنی به تأثیر از فقه اسلامی، اثر ضمانت را نقل ذمه به ذمه دانسته است، اما امروزه عملاً اثر ضمانت چه در بحث تعهدات و چه در بحث دیون، ضم ذمه به ذمه است و هدف از انعقاد عقد ضمان این نیست که مدیون یا متعهد اصلی از مسئولیتی که بر ذمه دارد مبری شود.

۷- ضامن در صورتی حق رجوع به مضمون عنه را دارد که اولاً عقد ضمان را با اذن مضمون عنه انجام داده باشد و ثانیاً: تعهد را ایفا کرده باشد و در صورتی که مضمون له، ضامن را ابراء کرده باشد وی حق رجوع به مضمون عنه را ندارد.

۸- اگر ضامن، به دلیل مالکیت مافی الذمه از تعهد مبرا شود، حق رجوع به

مضمون عنه را دارد، زیرا از دارایی او چیزی کم شده است و این به منزله‌ی ایفاء تعهد می‌باشد.

۹- در ضمانت حُسن انجام تعهد، ممکن است چند ضامن وجود داشته باشند و به طور تضامنی تعهد مضمون عنه را بر عهده گیرند، در این صورت مضمون له، حق دارد برای اخذ حق خود به هر کدام از ضامنان که می‌خواهد یا مضمون عنه رجوع کند.

۱۰- در عقد ضمان ممکن است خود مضمون عنه از ضامن ضمانت کند، که در صحت این نوع از ضمانت‌ها، اختلاف وجود دارد و برخی معتقدند که این ضمان دور می‌باشد و باطل است، اما در نهایت می‌توان به صحت اینگونه ضمانتها نیز حکم کرد.

در پایان به قانونگذار پیشنهاد می‌گردد که بحث ضمانت حسن ایفاء تعهد را از سایر عقود مشابه، چون، ضمانت از دیون، یا ضمان تجاری و... جدا سازد و قوانین خاصی را در این خصوص تدوین کند، تا از بروز اختلافات و صدور آراء متناقض در این باره جلوگیری کند.

منابع و مأخذ

- ۱- قرآن کریم و بعد
- ۲- احمدی، محمدرضا، ۱۳۸۳، تأملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد، تهران، انتشارات مجد
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۷، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش ج ۲
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، سال ۱۳۸۶، عقد ضمان، تهران، انتشارات گنج دانش
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، سال ۱۳۸۲، تأثیر اراده در حقوق مدنی (رساله دکتری)
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۵، دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، انتشارات گنج دانش
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۸، عقد کفالت، تهران، انتشارات گنج دانش
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۸، عقد حواله، تهران، انتشارات گنج دانش، ج ۳
- ۹- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۹، حقوق تعهدات، انتشارات گنج دانش

۱۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۰، فلسفه حقوق مدنی، تهران، انتشارات

گنج دانش، ج ۱ و ۲

۱۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۸، رهن و صلح، تهران، انتشارات گنج

دانش

۱۲- زراعت، عباس، ۱۳۸۳، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران،

انتشارات آینده، ج ۱

۱۳- ژوردن، پاتریس، ۱۳۸۲، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، تهران،

انتشارات میزان، ج ۲

۱۴- شهید ثانی، ۱۳۷۵، شرح لمعه، قم، انتشارات حقوق اسلامی

۱۵- صالحی راد، محمد، ۱۳۸۷، گستره و آثار تعهدات قراردادی، تهران،

انتشارات مجد

۱۶- صفایی، سیدحسین، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات میزان،

ج ۳

۱۷- عدل، مصطفی، ۱۳۸۷، حقوق مدنی، تهران، انتشارات مجد

۱۸- غروی اصفهانی، محمدحسین، ۱۳۸۵، حاشیه مکاسب، قم، انتشارات دانشگاه

۱۹- فتحی پور، علی، ۱۳۶۹، ضمانت در معاملات بین‌المللی، تهران، انتشارات

مجله حقوقی بین‌المللی ایران

۲۰- قرائی، محسن، دمرچیلی، محمد وحاتمی، علی، ۱۳۸۷، قانون تجارت در نظم

حقوقی کنونی، تهران، انتشارات میثاق عدالت، ج ۲

۲۱- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، درس‌هایی از عقود معین، تهران، انتشارات گنج

دانش

۲۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، دوره‌ی عقود معین، تهران، انتشارات شرکت سهامی

انتشارات

۲۳- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، تعهدات، تهران، انتشارات گنج دانش

۲۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات گنج

دانش، ج ۳

۲۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش