

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ



# ضمانت حسن انجام تعهد

تألیف

## امید دولاح

دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی و و کیل پایه یک دادگستری

با مقدمه  
دکتر بهنام اسدی

انتشارات قانون یار

۱۳۹۸

سرشناسه	: دولاج، امید - ۱۳۵۸
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام
	<i>Iran. Laws, etc</i>
عنوان و نام پدیدآور	: ضمانت حسن انجام تعهد/تألیف امید دولاج؛ با مقدمه بهنام اسدی.
مشخصات نشر	: تهران: انتشارات قانون یار، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۱۶۲ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۹-۰۶۱-۰
موضوع فهرست نویسی	: فیبا
پاداگاست	: کتابنامه.
موضوع	: تمہدات (حقوق) -- ایران
موضوع	: Obligations (Law) -- Iran
موضوع	: قراردادها -- ایران
موضوع	: Contracts -- Iran
شناسه افزوده	: اسدی، بهنام، ۱۳۶۵ -- مقدمه‌نویس
رده بندی کنگره	: ۸۱-KMH
رده بندی دیوبنی	: ۵۵۰.۲/۳۴۶
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۷۰۸۲۶۱

## انتشارات قانون یار

### ضمانت حسن انجام تعهد

تألیف: امید دولاج

با مقدمه: دکتر بهنام اسدی

ناشر: قانون یار

ناظرفنی: محسن فاضلی

نوبت چاپ: اول-۱۳۹۸

شمارگان: ۱۱۰۰ جلد

قیمت: ۴۵۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۹-۰۶۱-۰

مرکز پخش: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید، پلاک ۹۲

تلفن: ۶۶۹۷۹۵۲۶ مرکز پخش قانون یار

تندیم به هم سرم

به پاس قدردانی از قلبی آگنده از عشق و معرفت که محظی سرشار از سلامت و امنیت و آرامش و آسایش

برای من فرام آورده است



## **فهرست مطالب**

۹ .....	مقدمه (دکتر بهنام اسدی)
۱۵ .....	فصل اول
۱۵ .....	شناخت ضمانت حسن انجام تعهد
۸۷ .....	فصل دوم
۸۷ .....	ارکان و شرایط ضمانت حسن انجام تعهد
۱۲۱ .....	فصل سوم
۱۲۱ .....	آثار ضمانت حسن انجام تعهد
۱۵۵ .....	نتیجه‌گیری و پیشنهادات
۱۵۹ .....	منابع و مأخذ



## مقدمه (دکتر بهنام اسدی)

منظور از تعهدات قراردادی (فروشنده) آن دسته از شرایط مندرج در قرارداد هستند که در آنها از طرح، طرز کار، کیفیت و برتری ساخت محصول صحبت شده است. به طور کلی منظور از تعهدات قراردادی (فروشنده) در قبال کالای موضوع قرارداد، آن دسته از شرایط مندرج در قرارداد هستند که در آنها از طرح، طرز کار، کیفیت و برتری ساخت محصول صحبت شده است. این شرایط، می‌بایستی خیلی واضح و روشن در قرارداد تبیین شوند، به نحوی که حتی المقدور اختلافی درمورد محدوده مسؤولیت‌های فروشنده در قبال کالایی که از آن تعریف کرده و فروخته، بروز نکند. بدیهی است که هرگونه ابهام در این مساله، می‌تواند به روابط بعدی میان طرفین قرارداد لطمہ وارد سازد. به همین دلیل، تعهدات قراردادی همواره از موضوعات مهم مورد بحث در مذاکرات قراردادی بوده‌اند. نظام‌های حقوقی در توضیح لزوم انجام تعهدات، به قواعد متعددی تمسک نموده‌اند. مهمترین قاعده‌ای که در مبحث لزوم انجام تعهد مورد استناد فقهاء قرار گرفته قاعده اصله‌اللزوم است. به طور اجمال این قاعده چنین است که اصل در کلیه عقود، اعم از تملیکی و عهدي، لازم بودن آنهاست. البته نتایج دیگری نیز از این قاعده استخراج می‌شود که در جای خود خواهد آمد. دو مین قاعده‌ای که مطرح خواهد شد قاعده «المؤمنون عند شروطهم» است که بیشتر در مورد الزام و التزامهایی است که ضمن عقد مطرح می‌شود و خیار فسخ به عنوان ضمانت اجرای عقد در این قسمت نمود پیدا می‌کند. در ادامه پس از توضیح مختصری از اصل حسن نیت و ارتباط آن با لزوم انجام تعهدات به اصله‌اللزوم پرداخته می‌شود. توسعه روابط اجتماعی و به تبع آن قراردادی، پیدایش عوامل جدید تولید در مقیاسهای امروزی و مصرف انبوه از یک سو، ظهور تخصص‌های گوناگون در زمینه کالا و خدمات موجود در عرصه بازار و پیچیدگی روزافزون اطلاعات در مورد کالاهای مورد نیاز افراد جامعه از سوی دیگر، خطر برهم خوردن و اختلال در تعادل قراردادی را به دنبال دارد. استمرار قراردادی با بهره گیری از مفاهیم حقوقی، دغدغه نظامهای حقوقی درگیر با مسئله است. چراکه امروزه دیگر قرارداد صرفاً مسئله شخصی طرفین آن نیست.



اجتمعاع نیز خود را ملزم به نظارت بر چگونگی برقرارری و استمرار روابط قراردادی می داندبا پیروی از نظریه اخلاقی نمودن قراردادها و به منظور برقراری تعادل ما بین طرفین، موضوع مهم لزوم تداوم روابط قراردادی بر مبنای حسن نیت میان طرفین میباشد. . حسن نیت به عنوان یک اصل حقوقی دائم مدار لزوم انجام تعهدات می باشد.شاید بتوان گفت که شناخت مفهوم «حسن انجام تعهد» مهم ترین بخش این کتاب می باشد، زیرا بیشترین اختلافاتی که در خصوص ضمانت حسن انجام تعهد وجود دارد ناشی از اختلافی است که طرفین عقد در خصوص مفهوم حسن انجام تعهد دارند، مثلاً متعهد می گوید که به تعهدش به نحو احسن عمل کرده است، اما متعهدله معتقد است که وی به تعهدش به نحو احسن عمل نکرده است، مثلاً در یک قرارداد آسفالت کاری متعهد (پیمانکار) وفق قرارداد ملزم است که هزار متر مشخص از خیابانی را آسفالت کند و برای حسن انجام تعهدش سند منزلی را نیز به عنوان ضمانت قرار می دهد، سپس شروع به آسفالت کردن زمین می کند و کار را به پایان می رساند، اما پس از اتمام کار متعهد له (کارفرما) به سراغ ضمانت می رود، به این دلیل که معتقد است که متعهد به تعهدش به نحو احسن عمل نکرده است و مثلاً عملیات زیرسازی را انجام نداده است، اما متعهد معتقد است که عملیات زیرسازی شامل تعهد وی نمی شده و فقط خود آسفالت کاری هزار متر شامل تعهد وی می شده است در نتیجه وی به تعهدش به نحو احسن عمل کرده است، حال با ارجاع این دعوی و اختلاف به دادگاه، این وظیفه قاضی است که تشخیص دهد، آیا متعهد به تعهدش به نحو احسن عمل کرده است یا خیر؟ یا بعبارت دیگر، آیا زیرسازی شامل قرارداد می شده است یا خیر؟ برای مشخص شدن این امر و حل اختلاف موجود باید گستره‌ی درونی تعهدات و قراردادها مشخص شود، بر این اساس قاضی ابتدا به سراغ قرارداد می رود، تا بینند به طور صریح یا ضمنی آیا گستره‌ی تعهدات مشخص شده است یا خیر؟ برای این کار به تفسیر قرارداد می پردازد و کلمات و نکات مهم قرارداد را تفسیر می کند.اگر قاضی نتواند از طریق قرارداد، اراده طرفین را بفهمد، باید به بررسی محتوای تعهد برود و هربار که شخص، قول اجرای موضوع معین با حدود قضایی و مادی مشخصی را بدهد، تعهد وی، تعهد به نتیجه است،



بر عکس اگر متعهد، بدون تضمین هدف مورد انتظار آزادی عمل کم و بیش زیادی را برای خویش محفوظ دارد، تعهد او از نوع تعهد به وسیله است. هم چنین قاضی دادگاه می‌تواند از معیار عدالت برای شناخت حدود شمول تعهد متعهد استفاده کند و با انتساب اندیشه دادگرانه‌ی خود به اراده‌ی مشترک طرفین، به تکمیل قرارداد پردازند و به این ترتیب، زمانی که عبارات قرارداد مبهم باشد، راه حل عادلانه، قابل انتساب به اراده طرفین خواهد بود و مشکل یاد شده از میان می‌رود. هم چنین قاضی باید برای تشخیص قصد مشترک طرفین و در نتیجه حدود شمول تعهد متعهد به قراردادها و موارد مشابه رجوع کند و راه دیگر نیز شاید مراجعته به کارشناسان خبره باشد، به هر حال آنچه در این کتاب مشکل و گره اصلی می‌باشد و اختلافات حاصله نیز ناشی از آن است، همین شناخت مفهوم حسن انجام تعهد یا به عبارتی دایره شمول تعهد است، مثلاً در مثال ذکر شده بحث این است که ایفای تعهد از سوی آسفالت کار، به نحو احسن، آیا شامل زیرسازی هم می‌شود یا خیر؟ به نظر اینجانب، قاضی محترم دادگستری در اینگونه موارد باید همه جوانب را بسنجد و سریع تصمیم گیری نکند، مثلاً در مثال ذکر شده، آسفالت کار قبل از شروع به عملیات اجرایی، حداقل باید کارفرما را آگاه سازد که زیرسازی شامل تعهداتش نمی‌شود حال آنکه زیرسازی نقش مهمی در آسفالت کاری دارد. در عرف و حقوق کشور ما آنچه که در ضمانتهای حسن انجام تعهد متداول می‌باشد، این است که اگر عقد ضمان مطلق بود، اولین شرطی که مضمون عنه برای رجوع به ضامن باید رعایت کند، این است که در ابتدا به متعهد رجوع کند و اگر از این طریق به نتیجه نرسید به سراغ ضامن برود. هم چنین در ضمانت حسن انجام تعهد، زمانی مضمون له حق دارد که به ضامن رجوع کند که متعهد به تعهدش به نحو احسن وفاء نکند، یعنی برخلاف عقد ضمان در حقوق تجارت که مضمون له از ابتدا و هم عرض مضمون عنه می‌تواند به ضامن رجوع کند، در ضمانت حسن انجام تعهد پس از سپری شدن مدتی که مضمون عنه باید تعهدش را انجام دهد و این کار را نکند، مضمون له حق دارد به ضامن رجوع کند. هم چنین یکی دیگر از شرایط رجوع مضمون له به ضامن این است که تعهد اصلی باید مشروع باشد و در جائیکه تعهدی نامشروع باشد و شخصی ضامن آن تعهد شود باز هم مضمون له حق رجوع به ضامن را ندارد زیرا تعهد



اصلی باطل بوده و در نتیجه عقد ضمان، مبنای خود را از دست می‌دهد. ممکن است به هنگام مطالبه خسارت از ضامن، بین ضامن و مضمون له اختلافاتی بوجود آید، که بروز این اختلافات همانند سایر عقود قابل پیش‌بینی و طبیعی است. اما از مهم ترین اختلافاتی که ممکن است بین ضامن و مضمون له بوجود آید، اول اختلاف در حدود مسئولیت ضامن است و آن در مواردی است که حدود مسئولیت ضامن در عقد ضمان بطور مشخص و دقیق معین نشده است مثلاً در عقد ضمان معین نشده است که در صورت تخلف متعهد (مضمون عنه) از موارد فرعی و ثانوی تعهد، آیا ضامن مسئول آن است یا خیر؟

فرض کنید که موضوع ضمان، تعهد یک آسفالت کار است و ضامن در صورتی مسئول است که آسفالت کار به نحو احسن به تعهدش وفاء نکند، اما در طول کار، متعهد (آسفالت کار) تخلفاتی فرع بر تعهد اصلی انجام می‌دهد، مثلاً برخی مقررات راهنمایی و رانندگی را رعایت نمی‌کند و باعث ایجاد درگیری با مأمور راهنمایی و رانندگی می‌گردد، حال بحث بر سر این است که در اینجا آیا مضمون له می‌تواند برای جبران خسارات واردہ به خود (در جائیکه از این تخلفات به وی خسارتی وارد شده باشد) به ضامن مراجعه کند یا خیر؟

برای حل اینگونه اختلافات بایستی گستره درونی قرارداد ضمان را مشخص کنیم و مقصود مشترک دو طرف را دریابیم، تا بینیم آیا این خسارات جزو خسارات قابل جبران در عقد ضمان هست یا خیر؟ و قاضی محترم دادگاه می‌تواند برای مشخص شدن حدود ضمانت ضامن از، وسایلی چون تحقیق از طرفین، مراجعت به عرف خاص آسفالت کاران و قواعد عقد ضمان استفاده کند. یکی دیگر از اختلافاتی که بین ضامن و مضمون له ممکن است بوجود آید، در جایی است که وقتی مضمون له برای جبران خسارت، طبق عقد ضمان به ضامن رجوع می‌کند، ضامن جبران خسارات را نمی‌پذیرد، بدلیل ایراداتی که به اصل عقد ضمان وارد می‌داند، مثلاً ضامن می‌گوید، تعهدی که در واقع مضمون به بوده است، تعهدی باطل بوده در نتیجه عقد ضمان مبنای خودش را از دست داده است و عقد ضمان باطل است و ایراداتی مشابه این.



در همین راستا دوست عزیزم جناب دکتر امید دولاح که یکی از وکلای نامدار و برجسته استان بوشهر و از اساتید به نام کشور می باشد این اثر علمی را در قالب یک کتاب به جامعه حقوقی کشور تقدیم نمود و پاسخ سوالات و شباهات فوق را با قلم روان و ساده تالیف نموده اند. برای ایشان موققت روز افزون در تمامی عرصه های علمی کشور را خواهانم.

دکتر بهنام اسدی  
مدیر عامل بنیاد علمی قانون یار  
قابستان ۱۳۹۸



# فصل اول

## شناخت ضمانت حسن انجام تعهد

برای شناخت ضمانت حسن انجام تعهد، دو مبحث اختصاص یافته است که در مبحث اول، معانی و مفاهیم مربوط به ضمانت حسن انجام تعهد از جمله معانی و مفاهیم ضمانت و تعهد کاملاً روشن شده است هم چنین در این مبحث اقسام ضمانت و تعهد توضیح داده شده است. مبحث دوم این فصل نیز به کاربردهای ضمانت حسن انجام تعهد در قراردادها و فواید ضمانت حسن انجام تعهد پرداخته شده است. هم چنین در این مبحث ضمانت حسن انجام تعهد با عنوانی مشابه از جمله عقد رهن، ضمانت در قانون تجارت و عقد کفالت مقایسه شده است.

### ۱- معانی، مفاهیم و اقسام ضمانت و تعهد

این مبحث دارای دو گفتار مستقل می‌باشد که در گفتار اول آن معانی و مفاهیم ضمانت و تعهد توضیح داده شده است و در گفتار دوم اقسام ضمانت و تعهد روشن شده است.

#### ۱-۱-۱- معانی و مفاهیم

#### ۱-۱-۱-۱ ضمانت

واژه ضمان از ریشه «ضممن» مشتق شده است و به معانی مختلفی آمده است در اصطلاح فقهاء ضمان بمعنی تعهد و بر عهده گرفتن است<sup>۱</sup> و در حقوق کنونی گاه مترادف با مسئولیت نیز بکار می‌رود، اما به طور کلی برای ضمانت معانی مختلفی را بیان کرده اند و گاهی

<sup>۱</sup>- زین الدین بن علی (شهید ثانی)، لمعه، ج ۵، قم، چاپ انتشارات حقوق اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۱۱۳



ضمانت را به عنوان یک معنای عام در نظر گرفته اندو گاهی به عنوان یک معنای خاص، که ضمانت در معنای عام خود شامل عقد ضمان و کفالت نیز می شود و برخی ضمانت را در معنای عام خود شامل عقد ضمان و حواله و کفالت دانسته اند<sup>۱</sup>، اینگونه که هر گاه ضمان بدون هیچگونه قرینه ای به کار رود، مقصود از آن عقد ضمان است و اگر کلمه ضمان به همراه قرینه ای بکار رود که نشان دهد اراده طرفین عقد حواله یا کفالت بوده است، همان معنا برای ضمانت در نظر گرفته می شود، مطابق قاعده العقود تابعه للقصود، یعنی عقدها تابع قصدها هستند، نه الفاظ در نتیجه اگر شخصی بخواهد با بکار بردن لفظ ضمان عقد کفالت را بیان کند باید بگوید ضمان تن یا ضمان از نفس: ضمان در معنای خاص خود، ناظر به عقد ضمان است که در ماده ۶۸۴ قانون مدنی همین معنای ضمان آمده است و می گویید: 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 مدييون اصلی می گويند.

برخی از فقهاء در تعریف عقد ضمان گفته اند که «و المراد به الضمان بالمعنى الاخص قسم الحواله والكافله، لا الاعم الشامل لهما (و هو التعهد بالمال) اى الالتزام به (من البريء) من مال مما ثل لما ضمنه للمضمون عنه»<sup>۲</sup>.

يعنى الف- منظور از ضمان، ضمان به معنای اخص آن است که در مقابل حواله و کفالت فرار دارد و ضمان به معنای اعم (يعنى مطلق تعهد و الالتزام به چیزی خواه در مورد اموال و خواه در مورد انسان) منظور نمی باشد که شامل حواله و کفالت نیز می گردد.

ب- ضمان عبارت است از این که شخصی (يعنى ضامن) که ذمه اش از مالی که مثل آن را برای مضمون عنه ضامن شده است بری باشد نسبت به پرداخت آن مال متعهد یعنی ملتزم به پرداخت آن [از سوی بدھکار (مضمون عنه) گردد]؛ [در این حالت شخص متعهد را ضامن و طلبکار را مضمون له و بدھکار را مضمون عنه می گويند]

<sup>۱</sup>- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۴، ص ۴۲۰، به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد کفالت، ج ۱، تهران، چاپ احمدی، ۱۳۷۸، ص ۱۳

<sup>۲</sup>- شهید ثانی، شرح لمعه، کتاب الضمان، ترجمه حمید مسجد سرایی، ج ۵، تهران، چاپ معراج، ۱۳۸۷، ص ۱۱۱



در این تعریف با توجه به قید «المال»، کفالت خارج می‌شود زیرا کفالت عبارت است از تعهد نسبت به [حاضر کردن] شخصی [هرگاه که صاحب حق بخواهد] و با وجود قید «البری» حواله خارج می‌شود و خارج شدن حواله بر این مبنای است که مشغول الذمه بودن محل علیه [یعنی بدھکار بودن او] به محیل [حواله دهنده] را به ازای آن مبلغی به آن حواله داده است، شرط است.

ضمانت در حقوق بین الملل عمومی در دو معنا استعمال می‌شود:

الف- ضمانت دولت ثالث در اجراء عهد نامه ای که بین دو یا چند دولت منعقد شده و دولت خامن هم نفعی در ضمانت نداشته باشد و صرفاً اقدام به صلاح یکی از طرفین کرده باشد، این ضمان را ضمانت فرعی گویند.

ب- تضمین یک یا چند موضوع (مانند بیطری یک کشور معین یا حفظ صلح و امنیت یک منطقه یا جهان یا حفظ پاره ای از مؤسسات اجتماعی) از طرف یک یا چند دولت به منظور حفظ منافع خود و طرفین یک عهدنامه این ضمان را ضمانت اصلی نامند.<sup>۱</sup>

ضمانت در قانون تجارت به معنای ضمان تضامنی به کار می‌رود و منظور از آن عقد ضمانتی است که به موجب آن ذمه ای به ذمه دیگر ضمیمه می‌شود و ممکن است به حکم قانون بوده و ناشی از عقد نباشد (ماده ۴۰۳ قانون تجارت) در گفتار بعدی، در مقام مقایسه ضمانت حسن انجام تعهد با این نوع ضمانت توضیحات بیشتری در خصوص ضمانت تضامنی داده شده است.

#### معنی لغوی تضامن

علامه دھخدا می‌گوید: تضامن مصدر باب تفاعل و در اصطلاح فارسی، ضامن یکدیگر شدن معنا شده است، البته این لغت از کلمات معجول است و در کتب لغت به جای آن تضمین و تضمن را قید کرده اند. در فرهنگ اصطلاحات معاصر تضامن به معنای همبستگی، اتحاد، انسجام، یکپارچگی، هماهنگی، همیاری، تشریک مساعی، دست به دست هم دادن و متعدد شدن آمده است. در معجم مصطلحات الفقهیه ذیل واژه تضامن می‌خوانیم: «التضامن في الاصطلاح الاجتماعي هو التعاون المتبادل بين الأفراد وبين الأعضاء المجموعات ....»

<sup>۱</sup>- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، چاپ احمدی، ۱۳۸۷، ص ۴۱۹



## ۲- مفهوم ضمانت

ضمانت اجراء، عبارت است از وسیله مستقیم یا غیر مستقیم برای انجام دادن الزامات قانونی (اعم از امر و نهی) و یا جبران زیان. زیان دیده - منظور از ضمان در اصطلاح حقوقی مدنی آن است که به دلیل قرارداد یا غیرقرارداد، پرداخت مالی به عهده شخصی قرار گیرد. مثلاً شخصی طی قراردادی با دیگری تعهد نماید که بدھی شخص ثالثی را پردازد که این قرارداد از جمله عقود معین است که مواد ۶۸۴ تا ۷۲۳ قانون مدنی به تعریف و احکام این عقد اختصاص یافته است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی می‌گوید «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که به ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعدد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مديون اصلی می‌گویند» حال اختلاف شده است که آیا نتیجه ضمان حاصل از عقد ضمان، ضم ذمه ضامن بر ذمه بدهکار است و یا نقل ذمه بدهکار به ذمه ضامن به عبارت دیگر آیا پس از انعقاد عقد ضمان، ذمه بدهکار بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود و در واقع بدھی از ذمه ای به ذمه دیگر منتقل می‌شود یا ذمه ضامن نیز علاوه بر ذمه بدهکار مشغول می‌شود. این اختلاف نظر را که به اختلاف اشتقاد لغت منتبه کرده اند، در ادامه روشن تر خواهیم کرد.

آنچه از ضمانت در این کتاب مذکور است این است که اولاً شخصی در برابر دیگری تعهدی دارد (که ممکن است ناشی از عقد یا خارج از عقد باشد) و این تعهد ممکن است دین باشد یا انجام عملی باشد یا خودداری از انجام عملی باشد.

سپس شخص متعهد، جهت اطمینان خاطر دادن به متعهدله در ضمن رابطه اصلی یا در عقد جداگانه ای، ضمانتی را پیش بینی می‌کند که اگر به تعهد خود به نحو احسن عمل نکرد، متعهد له از محل آن ضمانت خسارات واردہ به خود را جبران کند.

همانگونه که مشاهده می‌شود این نهاد، شیوه عقد رهن است اما با آن تفاوت دارد که در گفتار بعدی به این تفاوتها خواهیم پرداخت. شخص متعهد معمولاً یک سند یا چکی را به عنوان ضمانت حسن انجام تعهد خود قرار می‌دهد، زیرا معمولاً متعهدله قبول نمی‌کند که شخص دیگری ضامن متعهد بشود و به سند یا چک بیشتر رقبت نشان داده می‌شود. در خصوص حسن انجام تعهد، ضمانتهای مختلفی وجود دارد از ضمانتهای اخلاقی و عرفی مثل ریش گرو گذاشتن تا معرفی



ضمانت و یا سپردن وثیقه‌ی معتبر، که این قسم دوم از ضمانتهایی که برای حسن انجام تعهدات وجود دارد مدنظر ما می‌باشد. تضمین، تکلیف به جبران خسارت وارد شده به غیر است ولو آنکه خسارت برآمده از حادثه‌ای پیش‌بینی ناپذیر و غلبه ناپذیر باشد. تضمینات به تناسب وسعت یا ضيق دامنه ضمانت از حوادث و اينکه ضامن، جبران همه حوادث غیر مترقبه را به عهده بگيرد یا برخی از آن حوادث را، با يكديگر متفاوتند. تضمین می‌تواند با توافق اراده طرفين قرارداد برقرار شود، در اين صورت ضامن با گنجاندن شرطی در قرارداد، جبران خسارات پدید آمده از عامل غیر قابل دفع را می‌پذيرد، اما برقراری تضمین در قراردادها تنها منوط به اراده متعاقدين نیست و گاه قانون نيز به رعایت مصلحت یا به اقتضای عدالت، تضمیناتی را بر يكی از متعاقدين و به نفع دیگری بار می‌کند. يكی از تضمینات پیش‌بینی شده در قانون مدنی ما، تضمین نبود عیب در مبيع است، به تجویز ماده ۴۲۲ قانون مدنی، چنانچه کالای خریداری شده معیوب باشد، خریدار محروم از تمنع، مختار در اخذ ارش یا فسخ معامله است، در اين صورت فروشنده نمی‌تواند با اثبات علت خارجی غيرقابل پیش‌بینی و غير قابل دفع، از الزام مقرر رهایی يابد. هم چنین قانون مدنی، بنا به بعضی مصالح، مستعير طلا و نقره را ضامن تلف و نقص آن دانسته و در ماده ۶۴۴ مقرر داشته است که: «در عاریه طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیر مسکوک، مستعير ضامن است هرچند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد». لذا در صورت تلف طلا یا نقره ماخوذ به عقد عاریه، مستعير نمی‌تواند با استناد به قوه قاهره از مسئليت برقرار شده معاف شود<sup>۱</sup>. اما به طور کلی در اينکه عقد ضمان برای رسیدن به کدام هدف تشرع شده و ضامن چه عمل حقوقی را انجام می‌دهد و موضوع تعهد او چیست، نويسندگان حقوقی اختلاف نظر دارند و اين اختلاف نظرها به قوانین هم سريافت کرده است و گروهی از نويسندگان اعتقاد دارند که هدف از عقد ضمان اين است که وسیله گشایشي برای بدھکار شود، که چنین تعبیری از ضمان با حقوق های مذهبی تناسب بيشتری دارد<sup>۲</sup>. جمع دیگر گفته‌اند، هدف طلبکار از پذيرفتن ضمان اين است که برای طلب

<sup>۱</sup>- صالحی راد، محمد، تعهدات قراردادی، ج ۱، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۲.

<sup>۲</sup>- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد ضمان، ج ۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ش ۲۹۵، ص ۳۱۱



خود وثیقه‌ای بdstت آورد و در برابر اعسار مدييون بي پناه نماند. عرف کنونی ضمان را وثيقه اعتباری می داند و تعهد ضامن را فرعی و تبعی می بیند.

#### مفهوم ضمانت در قانون مدنی

بموجب ماده ۶۹۸ ق.م «بعد از اينکه ضمان بطور صحيح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود» پس نويسندگان قانون مدنی به پيروري از فقيهان اماميه، مفهومي از ضمان را پذيرفته اند که به موجب آن ذمه مدييون به ضامن منتقل می شود: ذمه ضامن وثيقه طلب نیست و جنبه فرعی ندارد و جابجايی دین جوهر ضمان را تشکيل می دهد، با وجود اين، نباید پنداشت که توافق اشخاص در اين زمينه اثر ندارد و طرفين عقد نمي توانند ترتيبی دهنند که طلبکار ناچار باشد، ابتدا به مدييون اصلی رجوع کند و پس از آن طلب خود را از ضامن بخواهد. در ماده ۶۹۹ قانون مدنی تعليق ضمان موجب بطلان عقد است يعني ضامن نمي تواند انتقال دين به ذمه خود را متعلق به امور احتمالي، از جمله نپرداختن دين از سوي مدييون، سازد. اثر عقد ضمان، تعهد ضامن به پرداخت دين است و اين اثر را نمي توان از عقد گرفت يا متعلق كرد، ولی در پيان ماده آمده است: «الالتزام به تأديه ممكن است متعلق باشد» پس در عقد ضمان مي توان شرط كرد که طلبکار در صورتی می تواند برای وفای به عهد به ضامن رجوع کند که پيش از آن به مدييون مراجعة و مأيوس شده باشد. هم چنين، در ماده ۷۲۳ قانون مدنی آمده است که «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأديه دين دیگری ملتزم شود، در این صورت تعليق به التزام مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأديه دين مدييون متعلق به عدم تأديه او نماید» در اين فرض، چون دين همچنان بر ذمه مدييون اصلی باقی می ماند و به معهود منتقل نمي شود، قانونگذار آن را ضمان نمي داند بلکه التزامي است که شخص درباره پرداختن دين مدييون پيدا می کند و اين التزام می تواند متعلق به عدم تأديه مدييون اصلی شود. در اين فرض ملتزم به عنوان مسئول پرداخت دين، طرف مطالبه قرار می گيرد نه مدييون، در حاليكه فرض ماده ۶۹۹، ناظر به موردي است که دين به ذمه ضامن منتقل شده و او پرداخت دين خويش را متعلق می سازد. تنها پرسشي که باقی می ماند اين است که در فرض ماده ۶۹۹ آيا معنى ضمان، انتقال دين و بری شدن مدييون اصلی است یا در اين حالت علاوه بر ضامن، مدييون اصلی نيز پابيند است؟ به بيان دیگر اگر طلبکار در اثر شرط