

# بررسی حقوقی ضمانت انجام تعهد و تعهد به نتیجه

مؤلف  
میلاد دیباچ

انتشارات قانون یار  
۱۳۹۷

# فهرست مطالب

پیشگفتار

فصل اول

شناخت ضمانت حسن انجام تعهد

فصل دوم

ارکان و شرایط ضمانت حسن انجام تعهد

فصل سوم

آثار ضمانت حسن انجام تعهد

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

# منابع و مأخذ ۶۵

## پیشگفتار

موضوع این کتاب بررسی حقوقی ضمانت انجام تعهد و تعهد به نتیجه می‌باشد که یکی از جوانب حقوق تعهدات است و منظور از آن این است که در رابطه‌ی میان متعهد و متعهدله، یک توافق فرعی و ثانوی انجام می‌پذیرد، به این صورت که اگر متعهد به تعهدش به نحو احسن عمل نکرد، متعهد له بتواند به سراغ ضمانتی که مقرر کرده‌اند برود و از محل آن خسارات وارد شود.

به خود را جبران کند، این موضوع هر چند در ابتدا ساده به نظر می‌رسد، اما در عمل سوالات زیادی در مورد آن مطرح می‌گردد که یافتن پاسخی مناسب برای این سوالات می‌تواند از بسیاری اختلافات و تشکیل پرونده‌های دادگستری جلوگیری کند. در خصوص ضمانت حسن انجام تعهد، در حقوق داخلی تاکنون به طور خاص تحقیق و پژوهشی جامع که در بردارنده تمامی جوانب و مباحث موضوع باشد انجام نشده است و تنها بخش‌های خاصی از این

موضوع، مثل ضمانت یا تعهد مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته است، اما در بعد بین‌المللی، موضوع ضمانت حسن انجام تعهد، بیشتر و دقیق‌تر مورد تحقیق و پژوهش قرار گرفته است، چرا که اهمیت این موضوع در بعد بین‌المللی به مراتب بیشتر می‌باشد. از جمله اهدافی که در این کتاب دنبال می‌شود، این است که اولاً معنا و مفهوم ضمانت حسن انجام تعهد به طور دقیق، روشن شود، ثانیاً : انواع ضمانت‌هایی که برای حسن انجام تعهدات وجود دارند مشخص شوند.

ثالثاً: جنبه‌های تاریک و مبهم موضوع روشن شوند و دامنه دانش و اطلاعات در خصوص ضمانت حسن انجام تعهد گسترش یابد.

۴- سوال اصلی مطرحه در این اثر علمی

سوال اصلی مطرحه عبارت است از ضمانت حسن انجام تعهد و اقسام آن چیست؟

۵- سوالات فرعی این کتاب

از جمله سوالات فرعی که در خصوص ضمانت حسن انجام تعهد وجود دارد این است که :

اولاً: اساساً آیا ضمانت کردن برای حسن انجام تعهد صحیح است؟

ثانیاً: معنا و مفهوم «حسن انجام تعهد» در هر قراردادی چگونه مشخص می‌شود؟

ثالثاً: ضمانت حسن انجام تعهد چه فواید و آثاری دارد؟

رابعاً: ضمانت حسن انجام تعهد، چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی با عقود مشابه، چون عقد رهن دارد؟

## ۶- فرضیه اصلی مطروحة

امروزه در اکثر تعهدات، متعهد ضمانتی را برای حسن انجام تعهد خود قرار می‌دهد تا اگر وفق توافقی که با متعهده کرده است به تعهدش به نحو احسن وفا نکرد، متعهده به سراغ ضمانت تعیین شده برود و از محل آن خسارات واردہ به خود را جبران کند.

از جمله فرضیات فرعی بحث ضمانت حسن انجام تعهد این است که :

اولاً: در منابع حقوق مدنی، ضمانت در دیون وجود دارد، اما ضمانت در تعهدات نیز جاری و صحیح می‌باشد.

ثانیاً: برای مشخص شدن معنا و مفهوم حسن انجام تعهدات در هر قراردادی، علاوه بر مراجعه به خود قرارداد و تفسیر آن به عرف خاص نیز مراجعه و توجه می‌شود.

ثالثاً: ضمانت حسن انجام تعهد دارای فواید و کارکردهایی هم برای متعهد له و هم برای متعهد می‌باشد، مثلاً علاوه بر اینکه موجب اطمینان

خاطر بیشتر متعهده نسبت به اجرای مفاد تعهد می شود، در عین حال باعث می شود که در شرایط مساوی، متعهده با شخصی که دارای ضمانت می باشد قرارداد منعقد کند.

رابعاً: ضمانت حسن انجام تعهد در ظاهر شبیه عقد رهن می باشد، مثلاً هر دو تبعی هستند، اما با آن تفاوت هایی نیز دارد مثلاً ضمانت عقدی لازم است اما رهن نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جائز است.

## 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 عناوین مشابه از جمله عقد رهن، ضمانت در قانون تجارت و عقد کفالت مقایسه شده است.

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

این مبحث دارای دو گفتار مستقل می باشد 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 ضممان 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 می رود، اما به طور کلی برای

<sup>١</sup>- زین الدین بن علی (شهید ثانی)، لمعه، ج ٥، قم، چاپ انتشارات حقوق سلامی، ١٣٨٧، ص ١١٣

ضمانت معانی مختلفی را بیان کرده اند و گاهی  
ضمانت را به عنوان یک معنای عام در نظر  
گرفته اند و 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 هرگاه ضمانت

---

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

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 للقصدود، 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 گوید: عقد ضمان عبارت است

از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است

به عهده بگیرد، متعهد را ضامن، طرف دیگر را

مضمون له، و شخص ثالث را مضمون عنه یا

مدیون اصلی می گویند. برخی از فقهاء در

تعريف عقد ضمان گفته اند که «و المراد به

الضمان بالمعنى الاخص قسم الحاله و الكفاله،

لا الاعم الشامل لهما (و هو التعهد بالمال) اي

الالتزام به (من البريء) من مال مما ثل لما ضمنه

للمضمون عنه<sup>۱</sup>. يعني الف- منظور از ضمان، ضمان به معنای اخص آن است که در مقابل حواله و کفالت قرار دارد و ضمان به معنای اعم (يعنى مطلق تعهد و التزام 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

---

<sup>۱</sup>- شهید ثانی، شرح لمعه، کتاب الضمان، ترجمه حمید مسجد سرايی، ج ۵، تهران، چاپ معراج، ۱۳۸۷، ص ۱۱۱

برای مضمون عنه ضامن شده است بری باشد  
نسبت به پرداخت آن مال متعهد یعنی ملتزم به  
پرداخت آن [از سوی بدهکار (مضمون عنه)  
گردد]؛ [در این حالت شخص متعهد را ضامن و  
طلبکار را مضمون له و بدهکار را مضمون عنه  
می گویند]

در این تعریف با توجه به قید «المال»، کفالت  
خارج می شود زیرا کفالت عبارت است از تعهد  
نسبت به [حاضر کردن] شخصی [هرگاه که

## صاحب حق بخواهد [

و با وجود قید «البری» حواله خارج می شود و  
خارج شدن حواله بر این مبنای است که مشغول  
الذمه بودن محال عليه [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 می شود:

الف - ضمانت دولت ثالث در اجراء عهد نامه

ای که بین دو یا چند دولت منعقد شده و دولت  
ضامن 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 بیطرفی  
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

ضمانت را ضمانت اصلی نامند.<sup>۱</sup> ضمانت در قانون تجارت به معنای ضمانت تضامنی به کار می‌رود و منظور از آن عقد ضمانتی است که به موجب آن ذمه‌ای 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.

---

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

علامه دهخدا می گوید: تضامن مصدر باب تفاعل و در اصطلاح فارسی، ضامن یکدیگر شدن معنا شده است، البته این لغت از کلمات مجموع 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 می خوانیم: «التضامن فی

الاصطلاح الاجتماعي هو التعاون المتبادل بين الأفراد وبين الأعضاء المجموعات ....»

دکتر لنگرودی می فرماید: «واژه تضامن سابقه زیادی در فرهنگ ما ندارد و واژه‌ی معادل آن «ضم ذمه به ذمه است» در حقوق فرانسه برای تضامن، واژه **solidarite** را به کار می برد، استفاده از لغت **Solidavite** به قرن هجدهم بر می گردد و از کلمه لاتین **solidum** اخذ شده است. در حقوق انگلیس از واژه **Joint** و گاهی استفاده می کنند و به **Joint and several**

نظر می رسد، این دو کلمه در کنار هم آثاری دارد، که تضامن در اصطلاح حقوق فرانسه دارا می باشد.

## 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 حقوق 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 بپردازد 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. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مديون اصلی می‌گويند» 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 می شود و در واقع بدهی از ذمه ای به ذمه دیگر منتقل می شود یا ذمه ضامن نیز علاوه بر ذمه بدهکار مشغول می شود. این اختلاف نظر را که به اختلاف اشتقاء لغت منتب کرده اند، در ادامه روشن تر خواهیم کرد. آنچه از ضمانت در این کتاب مد نظر 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 متعهدلله در ضمن رابطه اصلی یا در عقد جداگانه‌ای، 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، شبیه 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 متعهد له 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 ضامن و یا سپردن

وثيقه‌ی معتبر، که اين قسم دوم از ضمانتهايی که برای حسن انجام تعهدات وجود دارد مدنظر ما می باشد. تضمین، تکلیف به جبران خسارت وارد شده به غير است ولو آنکه خسارت برآمده از حادثه‌ای پیش بینی ناپذیر و غلبه ناپذیر باشد. تضمینات به تناسب وسعت یا ضيق دامنه ضمانت از حوادث و اينکه ضامن، جبران همه حوادث غير مترقبه را به عهده بگيرد یا برحی از آن حوادث را، با يكديگر متفاوتند. تضمین می تواند با توافق اراده طرفين قرارداد برقرار شود، در

این صورت ضامن با گنجاندن شرطی در قرارداد،  
جبران خسارات پدید آمده از عامل غیر قابل دفع  
را می پذیرد، اما برقراری تضمین در قراردادها  
تنها منوط به اراده متعاقدين نیست و گاه قانون نیز  
به رعایت مصلحت یا به اقتضای عدالت،  
تضميناتی را بر یکی از متعاقدين و به نفع دیگری  
بار می کند. یکی از تضمینات پیش بینی شده در  
قانون مدنی ما، تضمین نبود عیب در مبیع است،  
به تجویز ماده ۴۲۲ قانون مدنی، چنانچه کالای  
خریداری شده معیوب باشد، خریدار محروم از

تمتع، مختار در اخذ ارش یا فسخ معامله است، در این صورت فروشنده نمی تواند با اثبات علت خارجی غیرقابل پیش بینی و غیر قابل دفع، از الزام مقرر رهایی یابد. هم چنین قانون مدنی، بنا به بعضی مصالح، مستعیر 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، مستعیر ضامن است هر چند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد.» لذا در صورت تلف طلا یا نقره

ماخوذ به عقد عاریه، مستعیر نمی تواند با استناد به قوه قاهره از مسئولیت برقرار شده معاف شود<sup>۱</sup>. اما به طور کلی در اینکه عقد ضمان برای رسیدن به کدام هدف تشریع شده و ضامن چه عمل حقوقی را انجام می دهد و موضوع تعهد او چیست، نویسندهان حقوقی اختلاف نظر دارند و این اختلاف نظرها به قوانین هم سرايت کرده است و گروهی از نویسندهان اعتقاد دارند که

---

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

هدف از عقد ضمان این است که وسیله گشایشی برای بدھکار شود، که چنین تعبیری از ضمان با حقوق های مذهبی تناسب بیشتری دارد<sup>۱</sup>. جمع دیگر گفته اند، هدف طلبکار از پذیرفتن ضمان این است که برای طلب خود وثیقه ای بدهست آورد و در برابر اعسار مديون بی پناه نماند. عرف کنونی ضمان را وثیقه اعتباری می داند و تعهد ضامن را فرعی و تبعی می بیند. بموجب ماده ۶۹۸ ق.م «بعد از اينکه ضمان بطور صحيح واقع شد

---

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

ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود» پس نویسنده‌گان قانون مدنی به پیروی از فقیهان امامیه، مفهومی از ضمان را پذیرفته اند که به موجب آن ذمه مدييون به ضامن منتقل می شود: ذمه ضامن وثیقه طلب نیست و جنبه فرعی ندارد و جابجاگایی دین جوهر ضمان را تشکیل می دهد، با وجود این، نباید پنداشت که توافق اشخاص در این زمینه اثر ندارد و طرفین عقد نمی توانند ترتیبی دهند 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 تعلیق ضمان موجب بطلان عقد است یعنی ضامن نمی‌تواند انتقال دین به ذمه خود را متعلق به امور احتمالی، از جمله نپرداختن دین از سوی مدييون، سازد. اثر عقد ضمان، تعهد ضامن به پرداخت دین است و اين اثر را نمی‌توان از عقد گرفت یا متعلق کرد، ولی در پایان ماده آمده است: «التزام به تأديه ممکن است متعلق باشد» پس در عقد ضمان می‌توان شرط کرد که طلبکار در صورتی می‌تواند برای وفای به عهد به

ضامن رجوع کند که پیش از آن به مديون مراجعه و مأیوس شده باشد. هم چنین، در ماده ۷۲۳ قانون مدنی آمده است که «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود، در این صورت تعليق به التزام مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه دین مديون معلق به عدم تأدیه او نماید» در این فرض، چون دین همچنان بر ذمه مديون اصلی باقی می ماند و به متuhed منتقل نمی شود، قانونگذار آن را ضمان نمی داند بلکه التزامي

است که شخص درباره پرداختن دین مديون پیدا می کند و اين التزام می تواند متعلق به عدم تأديه مديون اصلی شود. در اين فرض ملتزم به عنوان مسئول پرداخت دين، طرف مطالبه قرار می گيرد نه مديون، 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 پرسشی که باقی می ماند اين است که در فرض ماده ۶۹۹ آيا معنى ضمان، انتقال دين و بری شدن مديون اصلی است یا در اين حالت علاوه بر

ضامن، مدييون اصلی نيز پايبند است؟ به بيان  
ديگر اگر طلبکار در اثر شرط تعليق ناچار شود  
كه به مدييون اصلی رجوع کند و طلب خود را  
بگيرد، آيا مدييون دين خويش را پرداخته يا به  
منزله کسی است که دين ديگري را می پردازد؟

پاره اي از مؤلفان، امكان رجوع طلبکار به  
مدييون را دليل بر اشتغال ذمه او دانسته اند و نتيجه  
گرفته اند که در اين فرض مضمون عنه و ضامن  
هر دو مدييون هستند و نوعی تضامن بين آنان

برقرار است.<sup>۱</sup> ولی پذیرفتن این نظر دشوار است

زیرا ماده ۶۹۸ اثر ضماین را برعی شدن مضمون عنه

از دین اعلام کرده است و بخش نخست ماده

۶۹۹ نیز، برای جلوگیری از تعلیق انتقال دین به

ضا من، عقدی را که مدیون همچنان ملتزم باقی

می ماند باطل می داند. پس، چگونه ممکن است

امری را که بخش نخست ماده ممنوع ساخته

است، بخش دوم مباح شناسد؟

دلیل ابا حه در بخش دوم این است که انتقال

---

<sup>۱</sup>- همان، همانجا

دین معلق نیست و مديون، در اثر نتيجه طبیعی عقد ضمان، بری شده است و مديون جدید (ضامن) اجرای تعهد را معلق به امری می کند.

درست است که بطور معمول برای گرفتن طلب به مديون باید رجوع شود، ولی باید توجه داشت که مضمون عنه، حتی پس از انتقال ذمه او به ضامن، نسبت به رابطه حقوقی میان ضامن و طلبکار بیگانه نیست زیرا دین اوست که بواسیله ضامن پرداخت می شود و به همین جهت نیز

هرگاه ضمان به اذن او باشد، ضامن می‌تواند برای گرفتن آنچه غرامت کشیده به مدیون رجوع کند. پس اگر در عقد ضمان شرط شود که التزام به تأديه از سوی ضامن منوط به مطالبه از مدیون پيشين باشد، نباید تعجب کرد. در قانون آئين دادرسي مدنی که ابتدا در سال ۱۳۱۸ مورد تصويب قرار گرفت و بارها مورد تجديد نظر واقع شده است، ضمان به عنوان وسيله دادن وثيقه مورد توجه است، در اين قانون، دادن ضامن يكى از راه هاي تأمین خواسته است و «مدعى عليه» يا

محکوم علیه می تواند به عوض مالی که دادگاه  
می خواهد توقيف کند و یا توقيف کرده است  
با دادن ضامن معتبر درخواست رفع توقيف  
کند...» (ماده ۲۴۳)

در ماده ۲۵۱ همان قانون آمده است «پس از  
قطعیت حکم و صدور برگ اجرایی، برگ  
نامبرده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین  
خواسته یا محکوم به ضمانت کرده ابلاغ میشود و  
هرگاه محکوم علیه در ظرف ده روز پس از ابلاغ

برگ اجرایی مفاد حکم را اجرا نمود، محکوم به از ضامن به ترتیبی که برای اجرای احکام مقرر است وصول می شود»

بدین ترتیب، ذمه ضامن وثیقه دین قرار می گیرد و جنبه فرعی و تبعی دارد و با پرداخت دین از جانب مدييون از بين می رود و پيش از رجوع به مدييون از آن نمی توان استفاده کرد.

از اين مواد چنین بر می آيد که «نقل ذمه» تنها اثر «عقد ضمان» نيست و در موردی که بنای طرفين بردادن تأمین باشد، عقد از قصد مشترک

آنان پیروی می کند و بقای دین بر ذمه مدیون اصلی مانع از آن نیست که آنچه واقع شده است «ضمان» نامیده شود.

قانون تجارت نیز آزادی قراردادها را در چگونگی آثار «عقد ضمان» می پذیرد: طرفین قرارداد می توانند ضمان را بر مبنای «انتقال دین» یا «تضامن» یا «وثیقه دین» منعقد سازند و در هر حال آثار عقد تابع اراده آنان است. ماده ۴۰۲ ق.ت در این باره می گوید: «ضامن وقتی حق

دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدوا به مديون 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) اين ترتيب مقرر شده باشد» يعني در اين قانون اصل، تضامن بين مديون و ضامن است و ماده ۴۰۳ ق.ت می افزايد: «در كلیه ی مواردی که بموجب قوانین یا موافق قرارداد خصوصی ضمانت، تضامنی باشد، طلبکار می تواند به ضامن و مديون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس

از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب خود به دیگری رجوع نماید»

به اجمال می توان گفت: نه تنها مثال های گوناگونی که از مسئولیت تضامنی در حقوق ما وجود دارد، امکان عقلی و شرعی ضمیمه شدن ذمه ها را برای دین واحد نشان می دهد، اگر تصور دو مدیون در زمان واحد برای یک دین دشوار باشد، بیگمان چند نفر می توانند مسئول

پرداخت یک دین شوند: یعنی، مدييون یک تن و مسئولان متعدد باشند. از آنچه تاکنون گفته شد، اين نتیجه بدست می آيد که در حقوق ما مفهوم ضمان با تعهد ضامن ارتباط نزدیک دارد. ضامن باید پرداخت دین مضمون عنه را بر عهده گیرد، هرچند که اجرای تعهد را منوط بر امر دیگری کند. عقدی را که در آن ضامن هیچ تعهدی پیدا نکند، نمی تواند نافذ شمرد ولی، در اينکه ضمانت به سقوط دین مدييون و انتقال آن به ذمه ضامن انجام شود یا موجب شود که ضامن و

مديون اصلی به ترتیب يا در کنار هم، مسئول پرداخت دین شوند، ذات عقد هیچ اقتضای خاصی ندارد و تابع قصد مشترک طرفین است. بی گمان هرگاه ضمان بدون هیچ قیدی واقع شود، باعث برایت مديون اصلی و انتقال دین به ذمه ضامن خواهد شد و نمی توان ادعا کرد که انتقال دین جنبه استثنایی دارد و بطور معمول ذمه ضامن وثیقه دین قرار می گیرد.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup>- منبع قبلی، شماره‌های ۲۸۷ و ۲۸۸ و ۲۹۷ که نقل ذمه را در ضمان خلاف قاعده می داند.

قاعده این است که ضمان باعث سقوط دین مضمون عنه شود و ضامن را به تنها یی ملزتم سازد، مگر اینکه قانون خاصی به بقای دین حکم کند، منتها، انتقال دین را نباید لازمه مفهوم ضمان یا از امور مربوط به نظم عمومی دانست. طرفین می توانند در عقد ضمان شرط کنند که ذمه ضامن و ثیقه طلب قرار گیرد یا ضامن و مديون در برابر طلبکار مسئولیت تضامنی پیدا کنند، سکوت در برابر عرف مسلم نیز به منزله ذکر در عقد و در حکم شرط است. (ماده ۲۲۵ ق.م)

هم چنین هرگاه از اوضاع و احوال و شرایط عقد مسلم شود که قصد طرفین ایجاد وثیقه برای دین بوده است، باید از این قصد پیروی شود، زیرا بنای طرفین نیز در حکم شرط است.

به بیان دیگر، ضمانت مطلق در حقوق ما موجب بری شدن مدييون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین او است، ولی شرایط خصوصی قرارداد یا قانون خاص ممکن است این اثر را

تغییر دهد و به صورت وثیقه دین در آورد.<sup>۱</sup> به لحاظ فقهی، ضمان یکی از اعمال حقوقی و الزامات قراردادی است که ماهیت فقهی و نوع رابطه حقوقی آن، در آراء و نظریات علمای متعدد بیان شده است. البته علما در مورد اینکه ضمان از دایره الزامات خارج از قرارداد نیست اختلاف نظری ندارند و به اتفاق این تعهد را از جمله مصادیق الزامات قراردادی می شمرند، اما در مورد اینکه آیا این قرارداد در قالب عقد می

---

<sup>۱</sup>- کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین ج ۴، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۲۵.

گنجد یا ایقاع، اختلاف نظر دارند، به هر حال،  
ضمان نیز همانند دیگر الزامات قراردادی بنام  
باید تحت یکی از این دو عنوان قرار گیرد.

ضابطه کلی در تمیز عقد و ایقاع این است که  
عقد، تعهدی دو طرفه و ایقاع تعهدی یک طرفه  
است که صرفا با رضایت متعهد، ایجاد می  
گردد. فقهای عظام به منظور دستیابی به علت  
اتخاذ مبنای عقد، شروطی را تحت عنوان «لزوم  
رضایت مضمون له و یا اشتراط قبولی وی» بیان

نموده اند که در جای خود مورد بررسی قرار خواهد گرفت. طرفداران نظریه عقد بودن ضمان، در رابطه با کیفیت و نحوه ایجاد این تعهد دو جانبی و ارکان تشکیل دهنده آن اتفاق نظر ندارند و در این خصوص دو نظریه مطرح گردیده است.

## نظریه اول: نظریه عقد تشریفاتی

پیروان این نظریه، نه تنها رضایت مضمون له را در تحقق ماهیت ضمان لازم شمرده اند، بلکه معتقدند این رضایت باید در قالب مخصوص

عقد و با کیفیت و صیغه مخصوص ابراز گردد تا  
مؤثر واقع شود و صرف وجود رضایت مضمون  
له به هر کیفیتی و در هر زمانی حاصل شود  
موجد عقد ضمان نخواهد بود و در این جهت  
کفايت نخواهد کرد<sup>۱</sup>.

نظریه دوم: نظریه عقد  
غیر تشریفاتی  
اکثربت قریب به اتفاق فقهای امامیه با وجود  
اینکه ضمان را عقد شمرده اند، اما پیروی از

---

<sup>۱</sup>- موسوی بجنوردی، سید محمد،

قواعد و مقررات شکلی و تشریفاتی عقد از جمله ایجاب و قبول با الفاظ ویژه، توالی آنها و غیره را در آن ضروری ندانسته اند. این بزرگواران با ابراز این نظریه در حقیقت، در مقام بیان دو مطلب هستند: اول اینکه، رضایت مضمون له به منظور صحت، لزوم یا تأثیر عقد ضمان، حسب نظریات مختلف ضروری است. دوم اینکه، رعایت شرایط و مقررات حاکم بر شکل و نحوه ابراز عقود (ایجاب و قبول) در عقد ضمان لازم نیست. آنان استدلالهایی در جهت اثبات ادعاهای خود، ارایه

کرده اند که گاهی لزوم صرف احراز رضایت مضمون له و گاهی عدم لزوم صیغه و نفی کیفیت خاص قبولی مقرر در سایر عقود، محور قرار گرفته و در عین حال هدف واحدی دنبال شده است. پیروان نظریه عقد غیر تشریفاتی در نقش رضایت مضمون له اتفاق نظر ندارند، گروهی رضایت مضمون له را شرط صحت عقد ضمان شمرده اند و برخی عقد ضمان را با ایجاب ضامن صحیح دانسته و در مرحله لزوم عقد ضمان، رضایت مضمون له را ضروری در نظر گرفته اند،

گروه سوم عقد ضمان را مادامی که طرف مقابل نپذیرفته مؤثر و نافذ ندانسته و معتقدند رضایت مضمون له موجب تأثیر و نفوذ عقد ضمان خواهد شد.

## نظریه ایقاع

برخی از فقهاء و حقوقدانان اسلامی ضمان را به عنوان تعهدی یک جانبی و در اصطلاح فقهی به ایقاع تعبیر نموده و معتقدند در هیچ یک از مراحل تشکیل یک تعهد مؤثر به عنوان ضمان، اعم از صحت، لزوم و تأثیر، قبول تشریفاتی و

رضایت به هیچ وجه دخالت و تأثیری ندارد.

## ادله نظریه ایقاع

اطلاقات و عمومات در آیات و روایات آیه شریفه «اوفوا بالعقود» که شامل عهود موثقه از جمله نذر، عهد و یمین می شود به طور مسلم ضمان را که در آن حقوق مردم دخیل است، در بر می گیرد. از روایت «المؤمنون عند شروطهم» و ظاهر این روایت، چنین استنباط می شود که هم شامل شرایط ضمنی در عقد و هم شامل مطلق

التزام می شود که یکی از مصادیق این التزام، تعهد ضامن حتی بدون قبول و رضایت بستانکار است.<sup>۱</sup>

برای شناخت ماهیت ضمانت لازم است که تعریف جامعی از عقد ضمان و اوصاف عقد ضمانت ارایه گردد.

## تعریف عقد ضمان

عقد ضمان از آنجا که جزء وثیقه های دین می

---

<sup>۱</sup>- موسوی بجنوردی، سید محمد، عقد ضمان، ج ۱، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ص ۲۲

باشد، عمری طولانی دارد و شاید بتوان گفت: از زمانی که داد و ستد و معاملات پولی، بین مردم رایج شده است، یا حتی قبل از آن از زمانی که تعهدات در بین مردم رایج شده است، وجود داشته است. آیه ۷۲ سوره یوسف می فرماید: «قالوا نفقدوا صواع الملک و لمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم» یعنی گفتند: پیمانه پادشاه گمشده است و هر کس آنرا بیاورد یک بار شتر به او (طعام) می دهیم و من ضامن آن هستم. این آیه گوشه ای از داستان حضرت یوسف با برادرانش

می باشد، برادران یوسف از مملکت خود به قصد  
دیدار یوسف که پادشاه مصر شده بود رفتند و در  
برگشت حضرت یوسف از آنان خواسته بود که  
برادر کوچکتر را نزد خود نگاهداری کند، ولی  
آنها رضایت ندادند پس چاره ای اندیشید و  
پیمانه زرین ملک را در بار و بنه برادر کوچکتر  
گذاشت و کسی از این مطلب آگاه نبود، به  
هنگام عزیمت گفتند که پیمانه ملک گم شده  
است و هر کس آن را بیاورد یک بار شتر به او  
پاداش می دهیم و من (گوینده) ضامن آن

هستم.

این مطلب خود گواهی است، بر قدمت عقد ضمان، از طرفی با وجود وثیقه های عینی، مثل: رهن از لحاظ تاریخی در جوامع ابتدایی وثیقه های شخصی، مثل: عقد ضمان قبل از وثائق عینی وجود داشته اند.<sup>۱</sup>

ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف «عقد ضمان» می گوید: «... عبارت است از اینکه شخصی مالی

---

<sup>۱</sup>- گندمکار، رضا حسین، مسئولیت تضامنی قراردادی، ج ۱، قم، انتشارات دانشگاه، ۱۳۸۴، ص ۴۸.

را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد...» و بدین ترتیب یکی از آثار عقد ضمان (به عهده گرفتن دین از سوی ضامن) را بجای تعریف عقد آورده است، در حالی که نه تنها عقد ضمان به ایجاب ضامن محدود نمی شود و باید از قبول مضمون له نیز در آن یاد شود، اثر اصلی عقد نیز فقط به عهده گرفتن دین نیست و در نتیجه تراضی، طلب مضمون له از مديون نیز ساقط می گردد (ماده ۶۹۸ ق.م) و همین دو اثر است که در حقوق ما به «نقل ذمه به ذمه» تعبیر می شود. به

عهده گرفتن دین دیگری با «انتقال دین» و برایت مدیون ملازمه ندارد، زیرا ممکن است دین همچنان بر ذمه مدیون باقی بماند و عهده ضامن نیز ضمیمه آن شود. بنابراین، برای شناساندن ماهیت ضمان مطلق، در تعریف آن باید گفت: «عقدی است که بمحض آن شخصی، در برابر طلبکار و با موافقت او، دین دیگری را به عهده می‌گیرد و انتقال آن را بر ذمه خویش می‌پذیرد» قید «در برابر طلبکار» برای دوری از صورتی است که عقد بین مدیون اصلی و ضامن

واقع شود و طلبکار نیز با انتقال دین موافقت کند، عقد ضمان بین ضامن و طلبکار واقع می شود و اراده طلبکار یکی از ارکان آن است، «نقل ذمه» نیز برای این است که ماهیت عمل حقوقی انجام شده و اثر عقد در برائت مدیون معلوم شود.<sup>۱</sup>

## اوصاف عقد ضمان

برای شناخت بهتر ما هیت عقد ضمان لازم است که اوصاف این عقد را تجزیه و تحلیل کنیم.

---

<sup>۱</sup>- کاتوزیان، همان منبع، ص ۲۴۱

## ضمان عقد عهدي است

رکن اصلی ضمان، تعهدی است که ضامن در برابر طلبکار می کند تا دین مضمون عنه را پردازد، پس در تقسیم عقود به تملیکی و عهدي، بیگمان ضمان را باید در شمار عقود عهدي آورد، ولی آنچه ممکن است مورد تردید قرار گیرد، این است که آیا این تعهد تنها از جانب ضامن ایجاد می شود و طلبکار آن را می پذیرد یا از سوی او نیز امری به عهده گرفته می شود؟

به بیان دیگر، آیا عقد ضمان یک طرفی است  
یا در آن تعهد های متقابل انجام می گیرد؟

پاسخ این پرسش، بر حسب ماهیت عمل  
حقوقی که در ضمان انجام می شود، متفاوت  
است: در جایی که ضمان بر مبنای توافق طرفین،  
وثیقه دین است و باعث «نقل ذمه» نمی شود، باید  
آن را عقد یک طرفی خواند، زیرا تنها از سوی  
ضامن تعهد می شود که دین مدیون در عرض او  
یا در صورت امتناع او از تأدیه پرداخت  
شود. سهم طلبکار در این عمل حقوقی تنها

پذیرفتن وثیقه است و در برابر آن چیزی بر عهده نمی گیرد. ولی در مورد ضمان مطلق، که اثر عقد انتقال دین به عهده ضامن است، طلب مضمون له از بدھکار ساقط می شود و او باید این سقوط را انشاء کند، ضامن و طلبکار درباره «انتقال دین» با هم توافق می کنند و آنچه انجام می شود محصول مشترک آن دو اراده است انتقال دین را می توان به دو عمل حقوقی تحلیل کرد:

- ۱ - تعهد ضامن به قبول دین مضمون

## - ۲ سقوط طلب مضمون له از

### مديون

نخستین عمل سهم ضامن و دیگری سهم  
مضمون له در اين توافق است که از آميزه آنها  
«انتقال دين» نتیجه می شود، پس نمی توان دعا  
کرد که عقد ضمان يك طرفی است و هیچ چيز  
را طلبکار بر عهده نمی گيرد. درست است که  
پس از تحقق عقد تنها ضامن، مديون می شود،  
ولی اين دين با سقوط طلب مضمون له همزمان و

با هم انجام شده است. از سوی دیگر، سقوط طلب نتیجه تعهد منفی طلبکار است که از مديون چیزی نگیرد و اجرای فوری این تعهد چنین می‌نماید که طلبکار در نتیجه عقد هیچ امری را به عهده نگرفته است. بنابراین، عقد ضمان به اعتبار آثار آن دو طرفی است که از سوی ضامن منتهی به ایجاد دین و از سوی طلبکار منجر به «سقوط طلب و ابراء مديون» می‌گردد.

ضمان عقد رضایی و سبب انتقال دین

است

عقد ضمان در نتیجه تراضی بین ضامن و طلبکار واقع می شود و بدون اینکه نیاز به تشریفات دیگر داشته باشد، باعث نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن می گردد.

در حقوق پاره ای از کشورها، مانند فرانسه، برای اراده و تراضی توانایی انتقال جنبه منفی تعهد را قابل نیستند و ناچار این جابجایی را بوسیله «تبديل تعهد» انجام می دهند ولی در قانون مدنی، با تغییر شیوه و شرایط انتقال دین،

اثر تراضی (متعهد جدید و طلبکار) در اجرای آن پذیرفته شده است. در واقع، حقوق ما برای «تعهد» قطع نظر از شخصیت طرفین آن اصالت و وجود قابل شده است و آن را با تراضی قابل انتقال می داند.

## ضمان عقدی معوض است

از اینکه طلبکار در برابر ضامن تعهد به امری نمی کند، نباید چنین نتیجه گرفت که ضمان عقدی مجاني است، ضامن به رایگان در برابر

طلبکار متعهد به تأديه دين می شود و در مقابل آن چيزی نمی گيرد. آنچه در اين عقد در برابر تعهد ضامن قرار می گيرد به سود مدييون اصلی است که برایت می یابد. در عقد معوض ضرورتی ندارد که عوض عايد کسی شود که معوض را می دهد، چنانکه در بیمه عمر، نتیجه تعهد بیمه گر به شخص ديگری می رسد و هیچکس نیز آن را عقد مجاني نمی داند، بنابراین نباید چنین پنداشت که در ضمان تعهد تنها به سود طلبکار ایجاد می شود و اهلیت او تابع حالتی است که

شخص «تملک بدون عوض» می کند.

## ضمان عقد تبعی است

ضمان درست است که عقد تبعی است ولی نه به این معنا که شرایط و آثار آن تابع عقد دیگری باشد، بلکه از این نظر که تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقاء تابع دینی است که مضمون عنہ به طلبکار داشته است. از تبعی بودن ضمان نتایج مهمی بدست می آید که باید مورد توجه قرار گیرد.

۱- ضمان در صورتی درست است که دین مبنای آن موجود و مشروع باشد، دین زمانی موجود است که بر ذمه مدیون قرار گرفته باشد هر چند که احتمال زوال آن برود.

قانون مدنی، درباره شرط «وجود دین» سختگیری پاره ای از فقیهان را روانمی دارد و دینی را که سبب آن ایجاد شده است در حکم موجود می داند، هر چند که شرایط ثبوت آن بر ذمه مدیون فراهم نیامده باشد. ماده ۶۹۱ قانون مدنی در بیان این حکم مقرر می دارد: «ضمان

دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» پس می توان از دینی که سبب قانونی یا قراردادی آن ایجاد شده است، ولی هنوز به دلیل فراهم نیامدن شرایط ثبوت بر ذمه قابل مطالبه نیست، خصمانت کرد: مانند دین شوهر نسبت به نفقة آینده زن، که پس از نکاح ایجاد می شود، ولی ثبوت آن بر ذمه شوهر منوط به تمکین است.

۲- دین ضامن، از حیث مقدار و جنس و

شرايط تأديه، همان دين مضمون عنه است،

اگر ضمان بدون هيچ شرطی منعقد شود، ضامن دين مضمون عنه را، با همه اوصاف و خصوصيات های آن، بر عهده می گيرد. با وجود اين، چون عقد ضمان می تواند آثار ویژه خود را داشته باشد، ممکن است برای تأديه دين حال، اجلی معین شود يا ضامن تعهد پرداخت فوري دين موجل را بكند يا وثيقه به مضمون له بسپارد.

۳- در صورتی که بطلان دين اصلی به دليلی اثبات شود، ضمان نيز باطل است ولی، هرگاه

قراردادی که مبنای آن دین بوده است فسخ شود، ضمان باطل نیست، چون فسخ ناظر به آینده است و هنگام ضمان دین بر ذمه مضمون عنه بوده است.

۴- ضامن قائم مقام مديون اصلی است، پس اثبات دین به طرفیت مديون اصلی، هرگاه پیش از ضمان باشد، برای احراز درستی عقد کافی است و ضامن نمی تواند به حکمی که در این باره صادر شده است، به عنوان ثالث اعتراض