

بررسی ضمان عهده و تعهد به فعل ثالث

حورا کاشانی^۱

دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران

رضا کاشانی

دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران

چکیده

تعهد به فعل ثالث به عنوان یک تأسیس سودمند حقوقی مبنای بسیاری از قراردادهای مدنی و تجاری است و از آنجا که این تأسیس حقوقی هیچ تعهدی برای شخص ثالث قبل از تنفیذ ایجاد نمی‌نماید، بر خلاف ظاهر آن، موجب انحراف از اصل نسبی بودن قراردادها نمی‌شود. به طور کلی وقتی شخصی متعهد گردد، شخص ثالثی را نسبت به انجام فعلی اعم از مادی یا حقوقی متقاعد نماید، به آن تعهد به فعل ثالث گفته می‌شود. این نهاد حقوقی در قوانین ایران مورد توجه کافی قرار نگرفته است و تعهد به فعل ثالث در قانون مدنی ما عنوان خاصی ندارد. هرچند در ماده ۲۳۴ قانون مدنی تعریف شرط فعل آمده است. اصل آزادی قراردادها به عنوان یک اصل در حقوق قراردادها شناخته شده و حاکم بر روابط طرفین قرارداد است. به موجب این اصل، قرارداد مخلوق اراده طرفین بوده و اراده طرفین، تعیین کننده قواعد مسئولیت قراردادی می‌باشد، بدین جهت طرفین همان گونه که در تعیین تعهدات خویش آزادی کامل دارند، به همین گونه نیز در تعیین و تعدیل قواعد مسئولیت قراردادی و ضمانت اجرای تعهدات خویش آزاد بوده و حق کاهش یا افزایش مسئولیت حاصله از نقض قرارداد را دارند. به عبارت دیگر در مسئولیت قراردادی، تعهد مربوط به جبران خسارت، از توافق طرفین قرارداد ناشی می‌شود. پس همان گونه که دو طرف عقد می‌توانند در روابط خود ایجاد تعهد نمایند، این حق را نیز دارند که نتیجه تخلف از آن را نیز آزادانه معین نمایند و ماده ۲۳۰ قانون مدنی گواه بر این مدعاست.

واژگان کلیدی: ضمان عهده، ضامن، آثار ضمان، تعهد به فعل ثالث

^۱ نویسنده مسئول: Kashanihanie@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۲/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱۴

مقدمه

در ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف عقد ضمان آمده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد». آنچه که از مفاد این ماده استنباط می‌شود گویای آن هست که ضمانت در خصوص دیون مورد پذیرش قرار گرفته یعنی آن قسمت از تعهدات که مبتنی بر پرداخت مال به غیر است قابل ضمانت می‌باشد و سایر تعهدات ضمانت پذیر نیست. لکن قانون‌گذار در ماده ۶۹۷ در بحث ضمان عهده ماده‌ای را وضع نموده است که به موجب آن «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در خصوص مستحق للغیر درآمدن آن جایز است». مطابق ماده ۳۶۲ قانون مدنی یکی از تعهداتی که بر بایع و مشتری قرار داده شده ضمان درک مبیع است. بایع متعهد است در صورت مستحق للغیر درآمدن مبیع، ثمن را به مشتری مسترد نماید. فقه و قانون مدنی ایران این تعهد را قابل ضمانت دانسته است. اکنون مسئله‌ی قابل طرح این است، آیا خصوصیتی در ضمان عهده وجود دارد که قانون‌گذار یا فقها به اعتبار همان خصوصیت ضمانت عهده را در این مورد پذیرفته‌اند و در سایر تعهدات به دلیل فقدان این خصوصیت ضمانت منتفی است، یا آنکه این حکم قابل تعمیم و تسری نسبت به همه‌ی تعهدات است (امیری قائم مقامی، ۱۳۵۶، ص ۴۹).

از مهم‌ترین بحث‌های حقوق و همچنین فقه اسلامی جلوگیری از تضییع حقوق افراد در معاملات می‌باشد. ضمان به عنوان یکی از مسائل مهم فقه و حقوق اسلامی به معنای التزام، تعهد و کفالت می‌باشد که در ادبیات حقوق التزام اختیاری یا قهری شخصی به پرداخت مال به دیگری است؛ بنابراین التزام یا به توسط قرارداد بین اشخاص انجام می‌گردد و شخص متعهد به پرداخت مالی به دیگری می‌شود که ضمان قراردادی است و یا بر اثر اموری که خارج از قصد شخص باشد به موجب قوانین فقه و حقوق ضمان بر عهده او می‌گردد که ضمان قهری می‌باشد. ضمان عهده زمانی تحقق می‌گیرد که شخص ثالث در معامله بیع بین دو شخص وارد و هنگامی که مبیع یا ثمن از آن دیگری درآید متعهد به پرداخت بدل یا مصداق دیگری از آن به زیان دیده می‌گردد و اگر عیب موجبات ارش و جبران خسارت ناشی از نقضان و نامرغوبی باشد نیز مسئول جبران خسارت می‌باشد. ضمان عهده وجه اطمینان برای کسانی است که با افراد ناآشنا و یا غیرمطمئن معامله می‌شود و احتمال آنکه با بیع فضولی و یا حتی غاصب باشد برای خریدار زیاد است که در صورت ورود صاحب اصلی مبیع، مال به صاحبش برگردانده شود و در این میان خریدار برای پس گرفتن ثمن از بایع فضولی یا غاصب و امثال آن دچار زحمت شده و به حق خود نرسد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۸۴).

به موجب ماده ۲۳۴ قانون مدنی «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط شود؛ بنابراین شرط فعل را از نظر اینکه تعهدی را به عهده‌یکی از طرفین قرارداد یا ثالث می‌گذارد به دو دسته تقسیم می‌گردد؛ شرط فعلی که تعهدی را به عهده‌یکی از طرفین عقد قرار می‌دهد و دیگری شرط فعلی که تعهدی را برای ثالث به وجود می‌آورد. شرط فعل بر ثالث در معنای عام و شرط فعل بر معنای خاص و تعهد به فعل ثالث به کار رفته است. شرط فعل بر ثالث در معنای خاص که در بند پایانی ماده ۲۳۴ قانون مدنی انشاء شده، با تأسیس حقوقی تعهد به فعل ثالث متفاوت می‌باشد.

با توجه به آنکه جامعه‌ی حقوقی ایران عمده مباحث حقوقی خود را ناظر بر بحث ضمانت اشخاص در قبال دیون معطوف نموده‌اند بررسی ضمانت در تعهدات با توجه به جنبه‌های مجهول آن ضروری است، خصوصاً آنکه با توجه به قراردادهای خصوصی منعقد فی ما بین اشخاص که در پاره‌ای از موارد حسن انجام کار مورد ضمانت قرار می‌گیرد ابتدا باید بررسی شود که آیا تعهد می‌تواند قابل ضمانت باشد تا صحت ضمانت اشخاص ثالث نسبت به عملکرد شخص پذیرفته یا رد گردد. به همین منظور تحقیق در این زمینه می‌تواند مفید و رافع اجمال‌های موجود باشد. خصوصاً آنکه بدو می‌بایست از منظر فقه این مهم بررسی شود.

۱- مفهوم ضمان

ضمان به معنی اخص عبارت است از تعهد به مال است که در ذمه دیگری قرار دارد. ضمان یا عقد ضمان به معنای بر عهده گرفتن مالی است که بر ذمه دیگری است. به تعبیر دیگر ضمان، التزام به پرداخت دین ثابت دیگری از طرف شخص غیر مدیون به آن شخص است. متعهد را ضامن، صاحب مال (طلبکار) را مضمون له و مدیون اصلی را مضمون عنه می‌گویند. ضمان در لغت به معنای اخص دارد که یکی از آنها به معنی تضمین چیزی یا شیء از سوی شخصی است و در تاج العروس اینگونه بیان شده: ضَمِنَ الشَّيْءَ وَ ضَمِنَ بِهِ كَعَلِمَ ضَمَاناً وَ ضَمِنْتُ، فَهُوَ ضَامِنٌ وَ ضَمِينٌ؛ كَفَلَةٌ وَ هَمَجْنِينَ به معنی پذیرفتن، پناه دادن و ملتزم شدن به چیزی یا امری می‌باشد.

در قانون مدنی در ماده ۶۸۴ آن را چنین تعریف کرده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.. مطالبی که می‌توان در پیرامون تعریف ضمان، مطرح کرد عبارت‌اند از: یک: تعریف فوق در واقع تعریف عقد ضمان به یکی از آثار آن است؛ زیرا به عهده گرفتن دین از سوی ضامن، یکی از آثار عقد ضمان است نه خود عقد ضمان؛ چرا که عقد ضمان، تنها به ایجاب ضامن محدود نشده و باید از قبول مضمون له نیز در آن یاد شود؛ و اثر عقد ضمان نیز تنها به عهده گرفتن دین نیست بلکه در نتیجه تراضی، طلب مضمون له از مدیون نیز ساقط می‌گردد (ماده ۶۹۸ ق. م) و به خاطر همین دو اثر است که در حقوق شیعه ضمان به «نقل ذمه به ذمه» تعبیر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۰۷).

بنابراین برای شناساندن ماهیت ضمان مطلق، در تعریف آن باید گفت:

«عقدی است که به موجب آن، شخصی در برابر طلبکار و با موافقت او، دین دیگری را به عهده می‌گیرد و انتقال آن را به ذمه خویش می‌پذیرد» (محقق داماد، ۱۳۶۸، ص ۱۱۰).

دو: ذکر کلمه «مال» در تعریف عقد ضمان در قانون مدنی نقش مهمی را ایفا می‌کند، به این بیان که: «مال» هم شامل عین است و هم شامل دین، مثلاً مقروض تعهد به دادن پول دارد و کشاورز در بیع سلف، تعهد به دادن مقداری گندم یا جو و غاصب تعهد به دادن عین مال مورد غصب (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۹). مقنن با ذکر کلمه «مال» در تعریف ماده ۶۸۴ ق. م، همه نمونه‌های بالا را مورد توجه قرار داده است. مثال اول و دوم از نوع ضمان دین و مثال سوم از نوع ضمان عین است. دلیل بارز بر اینکه مقنن با ذکر کلمه «مال» در ماده ۶۸۴ ق. م توجه به عین و دین داشته است، مواد ۶۹۷ و ۷۰۸ ق. م می‌باشد که از ضمان عین صحبت کرده است.

سه: از مجموع آنچه درباره تعریف «عقد ضمان» گفته شد چنین برمی‌آید که:

اولاً: «ضمان» عقدی است عهدی و رکن اصلی آن را تعهد ضامن به پرداخت دین مضمون عنه تشکیل می‌دهد. بنابراین، در تقسیم عقود به عهدی و تملیکی عقد ضمان، در زمره عقود عهدی است. ثانیاً: «ضمان» عقدی است رضایی و در آن تنها توافق ضامن و طلبکار است که باعث انتقال مستقیم دین به ذمه ضامن می‌شود و نیازی به تشریفات دیگر ندارد.

ثالثاً: عقد ضمان و یا به تعبیر بهتر: «تعهد ضامن» امری تبعی است و مبنای آن دین مضمون عنه به طلبکار است؛ یعنی تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقا تابع دینی است که مضمون عنه به طلبکار داشته است.

رابعاً: «ضمان» از عقود مبنی بر مسامحه است نه معامله؛ زیرا عقد ضمان بر اساس سودجویی و معامله تشریح نشده است، بلکه هدف اصلی آن ارفاق به مدیون و گره‌گشایی از کار اوست؛ و در این نظام، ضامن نیز در زمره نیکوکاران بوده و قانون سختگیری بر او روا نمی‌دارد.

خامسا: ضمان در زمره عقود لازمه است؛ چنانکه در ماده ۷۰۱ ق. م چنین آمده است: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی‌توانند آن را فسخ کنند، مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ ق. م مقرر است، یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد».

گفتیم که ضمان عقدی است (امامی، ۱۳۸۵، ص ۴۴). عهدی که بین ضامن و مضمون له منعقد می‌گردد که در نتیجه آن ضامن، دین مضمون عنه (مدیون اصلی) را در مقابل مضمون له (طلبکار) به عهده می‌گیرد که بپردازد. مضمون عنه (مدیون اصلی) هیچ‌گونه نقشی در عقد ضمان بازی نمی‌نماید و عقد بدون مداخله او منعقد می‌گردد، این است که ماده «۶۸۵» قانون مدنی می‌گوید: «در ضمان رضای مدیون اصلی شرط نیست» زیرا طلبکار مالک ذمه مدیون است و طبق قاعده مذکور در ماده «۳۰» ق. م. هر مالکی نسبت بما یملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد؛ و بدین جهت بدون رضایت مدیون می‌تواند او را ابراء کند و ضمان تبرعی صحیح می‌باشد، همچنانی که در ایفاء دین از جانب غیر مدیون تبرعا، رضایت مدیون شرط نیست (ماده ۲۶۷ قانون مدنی) در عقد ضمان به دستور ماده «۱۹۱» قانون مدنی طرفین عقد باید دارای قصد انشاء باشند به شرط مقرون بودن آن به چیزی که دلالت بر قصد کند، بنابراین ایجاب از طرف ضامن و قبول از طرف مضمون له برای تحقق عقد ضمان لازم می‌باشد، این است که قانون مدنی در ماده «۶۸۹» می‌گوید: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند ضمانت هر کدام که مضمون له قبول کند صحیح است».

بعضی از فقهای امامیه رضایت باطنی مضمون له را خواه رضایت در حین عقد حاصل شده باشد و یا بعداً حاصل شود، برای انعقاد ضمان کافی دانسته‌اند، مستند اینان روایت ضمان علی امیرالمؤمنین است از مرده‌ای که پیغمبر از نماز خواندن بر او امتناع فرمود تا اینکه امیرالمؤمنین از دین او ضمانت کرد و حال آنکه طلبکار حضور نداشت. بنابراین نظریه، ضمان مانند عقود دیگر نمی‌باشد و بدون قبولی برضایت مضمون له منعقد می‌گردد. این امر آن را از عقد بودن خارج نمی‌نماید.

۲- مبنای حقوقی ضمان عهده

ضمان عهده از جمله تأسیسات حقوق اسلامی است که علاوه بر فقه امامیه در قانون مدنی نیز پذیرفته شده، فقهای حنفی آن را با عنوان کفالت درک تجویز نموده‌اند. ضمان عهده بر خلاف تعریف فقهای امامیه از ضمان، موجب بری الذمه شدن مضمون عنه نمی‌گردد. ضامن عهده در این تأسیس حقوقی متعهد می‌گردد در صورتی که مبیع یا ثمن مستحق للغير درآید در فرض مشخص بودن بدل و در فرض کلی بودن مصداق دیگری از آن، آن را به مضمون له تسلیم و استرداد نماید و عهده‌دار خسارات ناشی از امر گردد (باقری، ۱۳۸۸، ص ۲۵) خسارات ناشی از درک حادث در صورت تصریح قطعاً و در صورت اصلاح ظاهراً داخل در قلمرو مسئولیت ضامن عهده می‌باشد. همچنین اگر معامله به واسطه‌ی عیوب سابق بر عقد ضمان عهده دستخوش حدوث بطلان گردد ضامن عهده مسئول خواهد بود کما اینکه در مورد آرش و خسارات ناشی از نقصان یا نامرغوب بودن بنا به مورد عهده‌دار استرداد مورد معامله و جبران خسارت است. ضمان عهده لزوماً باید از سوی ثالث صورت بگیرد چرا که ضمانت از نفس باطل است. هرگاه عقد ضمان پس از انعقاد بیع منعقد شود، تقدم و تأخر قبض و تسلیم تأثیری در صحت و عدم صحت آن ندارد. در مواردی که بعض مبیع یا ثمن مستحق للغير درآید مسئولیت ضامن عهده به همان میزان غیر مستحق می‌باشد و اگر مبیع یا ثمن به واسطه‌ی اخذ به شفعه از سوی شفیع از کف مضمون له خارج شود ضامن عهده هیچ مسئولیت نخواهد داشت. (شهید اول، ۱۴۰۶، ص ۲۸۸)

فقهای حنفی کفالت درک را فقط ناظر به فرض غیر مستحق در آمدن مورد معامله دانسته در کل یا بعض آن را تجویز نموده‌اند. لیکن در سایر موارد یعنی حدوث بطلان، درک حادث، خسارات ناشی از نقصان، نامرغوب بودن، آرش، اخذ به شفعه و نیز ضمانت از نفس حکم به بطلان نموده‌اند.

در فقه اسلامی، علیرغم آنکه ضمان عهده و نفوذ آن اجمالاً به اتفاق آراء پذیرفته شده ولی در شقوق و قلمرو آن و نیز تحلیل حقوقی مزبور نظریات گوناگونی ارائه شده که به نحو اختصار اشاره می‌گردد.

مقدمتاً بایستی متذکر شد که همراه پذیرفتن ضمان عهده چند مشکل حقوقی وجود دارد که به خاطر همین مشکلات و یافتن راه حل برای آنها فقیهان آراء مختلفی اتخاذ نموده‌اند و بعضی نیز به خاطر نیافتن راه حل مناسب در بعضی از شقوق طبعاً ضمان عهده را به طور مطلق نپذیرفته و آن را به موارد خاصی اختصاص داده‌اند.

مشکل نخست مشکل اصلی است که رکن اصلی در ضمان وجود دین سابق است در حالی که در ضمان مورد بحث چنین دینی در رتبه سابقه وجود ندارد. تا ضامن آن را ضمانت نماید به عبارت دیگر مالی می‌تواند مورد ضمان قرار گیرد که در ذمه مدیون باشد و بدیهی است که عین مبیع و یا عین ثمن نماید. با توجه به مراتب فوق به تحلیل صور مختلف مسئله می‌پردازیم: می‌دانیم که فروشنده ضامن درک مبیع است، یعنی چنانچه پس از انجام معامله مبیع از آن دیگری درآید و یا معامله به جهتی باطل باشد، بر عهده اوست که ثمن را به خریدار بازگرداند. حال اگر شخصی در برابر خریدار از فروشنده ضمانت کند مبنی بر اینکه خریدار خواهد بود، این ضمان را ضمان بر عهده می‌نامند به این اعتبار که ضامن متعهد به انجام امری شده که بر عهده فروشنده بوده است و به عبارت دیگر شخص مزبور ضامن عهده بایع شده است و همچنین در بیع، خریدار ضامن درک ثمن است یعنی چنانچه پس از انجام معامله خللی در معامله و یا در مالکیت ثمن پدیدار گردد، بر عهده خریدار است که مبیع را به فروشنده بازگرداند (علوی قزوینی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۸) حال اگر شخص در برابر فروشنده ضمانت کند که اگر معامله فاسد باشد او عهده‌دار بازگرداندن مبیع به فروشنده خواهد بود، شخص مزبور ضامن عهده خریدار شده است.

۲-۱- قلمرو ضمان عهده

هرگاه ضامن عهده بایع را برای بازگرداندن ثمن به مشتری پس از قبض ثمن ضمانت نماید، میان فقها در صحت و نفوذ مزبور اختلافی وجود ندارد. با این تحلیل که در فرض آنکه مبیع مال بایع نباشد ثمن را بدون حق تحویل گرفته است و بر عهده‌ی اوست که آن را به مشتری رد کند و بنابراین ضامن همین عهده را ضمانت می‌نماید ولی علیرغم اتفاق نظر در این فرض، باید اعتراف کرده که مشکلات حقوقی در پیش راه تحقق ضمان مرتفع نمی‌باشد چراکه: (محقق داماد، ۱۳۶۸، ص ۱۰) اولاً: ضمان در این فرض احتمالی است نه یقینی به خاطر آنکه در فرض آنکه مبیع صاحب دیگری نداشته و مال بایع باشد طبعاً بیع صحیح و ثمن ملک بایع خواهد بود و بنابراین ضمان معنی ندارد. ضمان وقتی معنی دارد که مبیع صاحب دیگری داشته و بیع باطل باشد.

ثانیاً: در فرض اخیر هم یعنی آنگاه که مبیع مالک دیگری غیر از بایع داشته باشد، ضمانت ثمن به نفع مشتری چه معنی دارد؟ تردیدی نیست (در صورتی که ثمن عین معین باشد) تا زمان بقاء عین ثمن، بایع ضامن آن است زیرا که مال او نیست بنابراین مالی را بدون حق قبض کرده و در جمع موارد مقبوض به عقد فاسد به استناد قاعده ید (علی الید ما اخذت حتی تودیه) مکلف به رد آن است. روی این حساب اگر شخصی در چنین حالتی از سوی بایع به نفع مشتری ضامن ثمن می‌گردد. بدین معنی است که همین عهده بایع را متعهد شده است ولی ناگفته پیداست که این گونه ضمان از قبیل ضمان عین است نه دین و لذا به نظر بسیاری از فقیهان این ضمان از قبیل ضمان اعیان مضمونه است نه از مصادیق ضمان عقدی.

ضمان عهده پیش از قبض ثمن: ضمان عهده در این فرض یعنی آنکه مشتری قبل از پرداخت ثمن به جهت آنکه هراس دارد که مبدا مبیع مال بایع نباشد و اگر ثمن پرداخت شود دیگر نتواند استرداد نماید برای ثمن ضامن می‌گیرد و سپس ثمن را پرداخت می‌کند.

گروه زیادی از فقها پیمان عهده بایع پیش از قبض ثمن را به خاطر همان مشکلاتی که ذکر شد باطل می‌دانند و ناگفته پیداست که اشکالات مزبور در این فرض مشهودتر است زیرا قبل از تسلیم ثمن هیچ‌گونه تعهدی برای بایع ایجاد نشده تا ضامن،

ضمانت عهده وی را بنماید و ید بایع بر ثمن نیز تعلق نگرفته است تا از مصادیق ضمان اعیان مضمونه باشد و لذا راهی برای تصحیح چنین ضمانتی به نظر این دسته از فقیهان نرسیده است.

ولی گروهی از فقها ضمان عهده را مطلقاً صحیح می‌دانند هرچند که از مصادیق ضمان عقدی مصطلح محسوب ندانسته و آن را مستثنیات ضمان اعیان غیر مضمونه به حساب آورده‌اند و در توجیه نظریه خود نیاز عمومی را مطرح ساخته‌اند مبنی بر اینکه در معاملات بسیار چنین پیش می‌آید که خریدار فروشنده را نمی‌شناسد و به مالکیت او مطمئن نمی‌باشد و برای حصول اطمینان به امکان استرداد ثمن ضامن می‌گیرد.

قانون مدنی از نظریه دوم پیروی کرده و به طور مطلق ضمان عهده را پذیرفته است.

باید توجه داشت که مشکلات پیش راه پذیرش ضمان عهده عمدتاً معلول تفکر نقل ذمه است و بر حسب نظریه ضم ذمه چندان مشکلی در پیش نیست ضمان مالیم مالم یجب نیز که مشکل دیگر بعضی از فروض ضمان عهده می‌باشد، علیرغم آنکه مشهور فقها به بطلان آن نظر داده‌اند دلیل مقتضی بر مبنای نظر خویش ارائه نکرده‌اند.

با توضیحاتی که درباره ضمان عهده داده شد پاسخ سؤال مطروحه مشعر بر اینکه آیا ضمان عهده تنها در مورد درک مبیع یا ثمن جایز است یا در سایر عهده‌ها نیز این حکم جاری است آسان‌تر به نظر می‌رسد. چون به طوری که ملاحظه شد عهده درک مبیع یا ثمن هیچ خصوصیتی ندارد که تنها ضمانت از آنجایز دانسته شود بلکه به اعتبار اینکه گاه ضمانت این عهده قانون‌گذار خواسته با تصریح به جایز بودن این نوع عهده جواز ضمانت را در سایر عهده‌ها که قابل اقتباس با ضمانت عین معین نیست تلویحاً اعلام کند و به مصداق چون‌که صد آید نودهم پیش ماست ضمانت سایر عهده‌ها را به طریق اولی جایز بداند.

از طرفی به نظر می‌رسد که قبول ضمان عهده بایع یا مشتری نسبت به درک مبیع راه گشای قبول ضمان مفید ذمه به ذمه است بدین توضیح که اگر ضمانت از مال ثابت در ذمه صورت گیرد ضمانت افزوده نقل ذمه به ذمه می‌کند ولی اگر ضمانت از سایر عهده‌ها باشد ضامن و متعهد هر دو مسئول انجام تعهد خواهند بود.

البته باید توجه داشت که تعهدات بر دو گونه است تعهداتی که انجام عملی توسط شخص متعهد و با مباشرت او مورد نظر است مثل تعهدی که نقاش برای کشیدن تصویر تعهد قابل ضمانت نیست. ولی در سایر تعهدات که انجام امور مورد نظر است نه شخص متعهد همان‌طور که بیان گردید ضمانت از عهده متعهد جایز است و ضامن و مضمون عهده هر دو مسئول انجام تعهدند.

جالب است اضافه کنیم که فقهای پای بندیه نظریه نقل ذمه در خصوص مسئولیت هر دو نفر ضامن و مضمون عهده در ضمان عهده درک مبیع و ثمن به خصوص در فرض بقاء عین درید مضمون عهده کاملاً مواجه با اشکال شده و برای آن به توجیهاتی متمسک گشته‌اند و نهایتاً دست از مبنای خویش برداشته‌اند. توضیح اینکه:

مسئله چنین مطرح است که در صورت مستحق للغیر درآمدن مبیع چنانچه عین ثمن هنوز درید بایع باقی باشد چه کسی درمقابل مضمون له مسئولیت دارد؟ آیا فقط بایع مسئول است؟ یا هم بایع و هم ضامن؟

از یک سو مقتضای عقد ضمان حسب نظریه نقل انتقال مسئولیت است بنابراین مضمون له فقط باید به ضامن رجوع کند و از سوی دیگر پس از مستحق للغیر درآمدن مبیع بقاء باید بر ثمن فاقد مجوز قانونی و در حکم غضب است و بایع به موجب ضمانت ید مسئول است و بنابراین مشتری که مالک ثمن است حق رجوع به بایع و استرداد ثمن خویش را دارد. البته باید دانست که این مشکل در اعیان مضمونه نیز وجود دارد.

گروهی از فقها به تبع علامه حلی در این مورد نیز در کلیه موارد ضمان اعیان مضمونه معتقدند که مضمون له می‌تواند هم به ضامن و هم به کسی که عین مالش در دست او موجود است (بایع و مشتری) مراجعه کند. از کلام علامه چنین استفاده میشود که فرقی میان حالت بقاء عین با تلف آن وجود ندارد، بلکه در هر دو حالت هر دو مسئولند.

علامه حلی گوید: وفی ضمان الاعیان المضمونه العهده اشکال اقربه عندی جواز مطالبه کل من الضامن و المضمون عنه بالعین المضمونه اما الضامن للضامن و اما المضمون عنه لوجود العین فی یده او تلفها فیہ و فیالعهدہ ان شاء مشتری طالب البایع و ان شاء طالب الضامن یعنی:

در ضمان اعیان مضمونه و ضمان عهده (حسب نظریه نقل ذمه) مشکل وجود دارد. به نظر من هم به ضامن و هم به مضمون عنه جهت استرداد عین مضمونه میتوان مراجعه نمود. به ضامن به خاطر آنکه ضمانت نموده است و به مضمون عنه چون عین در دست اوست و یا نزد او تلف شده است در ضمان عهده نیز مضمون له میتواند اگر خواست از بایع و اگر خواست از ضامن مطالبه نماید (محقق داماد، ۱۳۶۸، ص ۲۶)

همان‌طور که ملاحظه شد فقها در مورد ضمان عهده مجبور شده اند که از مبنای خود در سایر موارد؛ یعنی نقل ذمه به ذمه دست بردارند؛ و بگونه ای ضم ذمه به ذمه را بپذیرند غرض ما این است حال معلوم میشود پذیرفتن ضم ذمه در اینگونه موارد، مسئول دانستن بیش از یک نفر، هیچ اشکال عقلی و یا نقلی بوجود نمی‌آورد بنابراین لزومی ندارد که ما خود را در چهارچوب عهده ضمان درک مبیع و ثمن محدود سازیم بلکه می‌توانیم آن را در تمامی ضمان تعهدات جاری نمائیم.

۲-۲- انواع ضمان

ضمان سه نوع است که فقیهان شیعه دو نوع آن را مطرح کرده‌اند و نوع سوم نیز میان فقیهان اهل سنت معروف است. نوع اول: نقل مال از ذمه مضمون عنه (بدهکار) به ذمه ضامن که این همان ضمان اصطلاحی نزد فقیهان شیعه است. این گونه ضمان- انتقال مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن- موجب براءة ذمه مضمون عنه می‌شود؛ زیرا ضمان موجب انتقال بدهی از ذمه بدهکار به ذمه ضامن می‌شود. بنابراین به مجرد ضمانت ضامن و قبل از آن که ضامن چیزی بپردازد ذمه بدهکار ابراء می‌شود.

نوع دوم: تعهد ضامن نسبت به پرداخت مالی که در ذمه مضمون عنه است؛ این ضمان باعث انتقال مال از ذمه بدهکار به ذمه ضامن و براءة ذمه بدهکار نمی‌شود. همچنین این ضمان از نوع ضمیمه کردن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه نیست، بلکه می‌توان گفت این گونه ضمان از نوع ضمیمه کردن عهده ضامن به ذمه بدهکار است و اثرش این است که ضامن باید طلب طلبکار را فراهم کند، یا این که بدهکار را مجبور کند تا بدهی‌اش را بپردازد و یا آن که خودش آن را بدهد. این نوع از ضمان را سیدمحمد کاظم یزدی (ره) در عروۃ الوثقی مطرح کرده و شهید صدر در حاشیه خود بر منهای الصالحین فرق دقیق و روشنی بین این دو نوع از ضمان را بیان کرده‌اند.

نوع سوم: ضمیمه کردن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه؛ این نوع از ضمان بین فقیهان اهل سنت معروف است. بر این اساس هم در ذمه ضامن و هم در ذمه مضمون عنه بدهی وجود دارد و مالک می‌تواند حقش را از هر یک از آنان بگیرد.

۲-۲-۱- ضمان عقدی

ضمان مصدر می‌باشد و بمعنای در برداشتن است، زیرا در ضمان آنچه در ذمه مدیون است در ذمه دیگری قرار می‌گیرد و ذمه ضامن آنچه را که در ذمه مضمون عنه بوده در برخواهد گرفت، بسیاری از علماء عامه بر آنند که نون ضمان زائد می‌باشد و کلمه ضمان مشتق از ضم است و ذمه مدیون بدمه دیگری ضمیمه و پیوست می‌شود، بنابراین ضمان عقدی افاده اشتراک دو ذمه را نسبت به یک دین می‌نماید و ضامن و مضمون عنه در مقابل مضمون له، مدیون می‌شوند. امام مالک بر آنست که طلبکار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مضمون عنه در اثر غائب بودن او یا افلاس و یا

انکارش متعذر شود. امام شافعی و بقیه فقهای عامه می گویند طلبکار می تواند از هر یک از ضامن و مضمون له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ص ۸۶).

ضامن ناشی از عقد همان ضامن قراردادی است که مثلاً در عقد بیع، فروشنده و خریدار در مقابل یکدیگر ضامن هستند؛ یعنی بایع متعهد و ضامن است که مبیع را به مشتری تسلیم نماید؛ چنانکه مشتری نیز متعهد و ضامن است که ثمن را به بایع پردازد و در صورت مستحق للغير درآمدن هر یک از مبیع و ثمن بایع و مشتری ضامن درک آن می باشند. ضامن عقدی همان است که در اصطلاح حقوق کنونی از آن به مسئولیت قراردادی یاد می کنند (امامی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۲).

ضامن عقدی چنانکه ماده «۶۸۴» قانون مدنی می گوید: «عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد». ودکتر حسن امامی آنرا نوعی از انتقال دین می داند. همان گونه که گفته شد، ضامن عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص. در ضامن عقدی اثر عقد، تعهد به پرداخت است. منشأ ایجاد ضامن معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضامن عقدی وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضامن، تعهد اثر مستقیم است، در حالی که در عقود معاوض تملیکی همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می آید (امامی، ۱۳۷۶، ص ۱۸۴).

در عقود معاوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می یابد؛ اما تسلیم تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفای منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن می باشد.

در عقود معاوض، تعهد هریک از ۲ طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضامن معاوضی» گویند. در فقه به ضامن معاوضی از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و خصوصیات معین است، «ضامن جعلی» یا «ضامن مسمی» نیز گفته اند. وجه تسمیه ضامن جعلی یا ضامن مسمی آن است که متعاقدان آن را تعیین کرده و عوض چیزی قرار می دهند که از جانب طرف دیگر معامله به او انتقال می یابد. مبیع، ضامن مسمی است برای ثمن و ثمن، ضامن مسمی است برای مبیع، در مقابل ضامن معاوضی، ضامن واقعی قرار دارد. در این نوع از ضامن، مضمون به خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین بر عهده متعهد است و اگر عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن عوض معین قرار می گیرد.

۲-۲-۲- ضامن قهری

ضامن قهری عبارت است از: مسئولیت بانجام امری و یا جبران زیانی که کسی در اثر عمل خود بدیگری وارد آورده. چون مسئولیت مزبور در اثر عمل قضائی و بدون قرارداد و عقد حاصل میشود آن را قهری می گویند (امامی، ۱۳۷۶، ص ۱۸۴).

قانون مدنی در ماده «۳۰۷» امور ذیل را موجب ضامن قهری می داند.

۱- غصب و آنچه که در حکم غصب است.

۲- اتلاف.

۳- تسبیب.

۴- استیفاء.

و در تعریفی که آقای طاهری در کتاب حقوق مدنی بیان می دارد چنین می گوید:

(ضمان قهری عبارت است از مسئولیت انجام امری یا جبران ضرری که بدون وجود هرگونه قرارداد و عقدی بین اشخاص به طور قهری و به حکم قانون حاصل می‌شود و چون مسئولیت مزبور در اثر عمل قضایی و بدون قرارداد و عقد حاصل می‌شود، آن را قهری می‌گویند) (طاهری، ۱۴۱۸، ص ۴۴). در قانون مدنی در «ماده ۳۰۷» امور ذیل موجب ضمان قهری دانسته شده است: «۱- غصب و آنچه که در حکم غصب است ۲- اتلاف ۳- تسبیب ۴- استیفا».

به هر حال، ضمان قهری مرادف با مسئولیت مدنی در اصطلاح جدید و الزامات خارج از قرارداد است.

۲-۲-۳- ضمان معاوضی

ضمان معاوضی همان‌گونه که گفته شد، ضمان عبارت است از التزام به پرداخت اختیاری یا قهری مالی به یک شخص. در ضمان عقدی اثر عقد، تعهد به پرداخت است. منشأ ایجاد ضمان معاوضی نیز عقد است و از این جهت با ضمان عقدی وجه مشترک دارد؛ اما باید توجه داشت که در عقد ضمان، تعهد اثر مستقیم است، در حالی که در عقود معوض تملیکی همچون عقد بیع، تعهد به تسلیم اثر غیرمستقیم و تبعی عقد به شمار می‌آید.

در عقود معوض تملیکی، انتقال مالکیت، اثر مستقیم عقد است که با وقوع عقد و بدون واسطه تحقق می‌یابد؛ اما تسلیم تعهدی است که باید ایفا شود. به عنوان مثال، تملیک عین در عقد بیع و تملیک منافع در عقد اجاره، اثر مستقیم عقد است و تعهد به تسلیم مبیع از سوی بایع و نیز تعهد به تسلیم عین مستأجره برای استیفاء منفعت از جانب موجر، اثر تبعی و غیرمستقیم آن می‌باشد.

در عقود معوض، تعهد هریک از ۲ طرف عقد در مقابل عین دریافتی، تعهد به دادن عوض معین است و به این تعهد «ضمان معاوضی» گویند. در فقه به ضمان معاوضی از این جهت که مضمون به از لحاظ جنس، مقدار و خصوصیات معین است، «ضمان جعلی» یا «ضمان مسمی» نیز گفته‌اند. وجه تسمیه ضمان جعلی یا ضمان مسمی آن است که متعاقدان آن را تعیین کرده و عوض چیزی قرار می‌دهند که از جانب طرف دیگر معامله به او انتقال می‌یابد. مبیع، ضمان مسمی است برای ثمن و ثمن، ضمان مسمی است برای مبیع در مقابل ضمان معاوضی، ضمان واقعی قرار دارد. در این نوع از ضمان، مضمون به خود عین است و نه عوض معین؛ زیرا در صورت موجود بودن عین، خود عین بر عهده متعهد است و اگر عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن عوض معین قرار می‌گیرد و به همین جهت مثل یا قیمت گفته‌اند (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۲۸).

و ماده «۳۶۶» ق. م. می‌گوید: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را بصاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود» ماده مزبور اگر چه در مورد بیع است ولی از نظر بطلان معامله معاوضی می‌باشد و الا خصوصیتی در بیع نیست که این امر را ایجاب کند.

دکتر سید حسن امامی می‌گوید: فرقی نمی‌نماید که بطلان معامله در اثر غیر مشروع و یا بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی بودن مورد معامله باشد، یا آنکه یکی از شرائط اساسی دیگر صحت معامله را فاقد باشد، همچنانی که فرقی نمی‌نماید مورد معامله که عمل نامشروع و بر خلاف اخلاق حسنه بوده انجام شده یا نشده باشد، زیرا انجام عملی که قانوناً ممنوع است و در نظر قانون ارزشی ندارد تا در مقابل آن فاعل، مستحق عوض گردد. همچنین فرقی نخواهد داشت که طرفین یا یکی از آنها عالم و یا جاهل بطلان معامله باشد، زیرا موجب عدم استحقاق گیرنده مال، عدم تحقق معامله است که در نتیجه آن ملتزم برد مال مزبور می‌گردد که در اصطلاح فقهی آن را ضمان مقبوض بعقد معاوضی فاسد گویند، بر خلاف مقبوض بعقد فاسد غیر معاوضی، مانند آنکه متهم مالی را بعقد فاسد قبض نماید و نزد او تلف شود ضامن عوض او نمی‌باشد، ولی چنانچه عین موجود است باید بمالکش رد نماید، زیرا انتقال حاصل نشده است. در صورتی که کسی مالی را بگیرد تا ملاحظه نماید و یا بقصد آنکه آن را بخرد و تلف شود ضامن می‌باشد (امامی، ۱۳۷۶، ص ۳۵۸).

و این طور می‌شود بیان کرد که ضمان ناشی از عقد همان ضمان قراردادی است که مثلاً در عقد بیع، فروشنده و خریدار در مقابل یکدیگر ضامن هستند؛ یعنی بایع متعهد و ضامن است که مبیع را به مشتری تسلیم نماید؛ چنانکه مشتری نیز متعهد و

ضامن است که ثمن را به بایع بپردازد و در صورت مستحق للغير درآمدن هر یک از مبیع و ثمن بایع و مشتری ضامن درک آن می‌باشند.

۳- تعهد ناظر به شخص ثالث

قاعده این است که شخص ثالث درباره خود تصمیم بگیرد و نسبت به منافع خویش عهد ببندد؛ زیرا قطع نظر از حکم قانون، شخص تنها از این راه ملتزم می‌شود. هیچ کس نمی‌تواند برای دیگری ایجاد دین کند، مگر اینکه بر او ولایت داشته باشد که این خود خلاف اصل است. پیمانی که بر عهده بیگانه دینی می‌نهد، در صورتی نافذ است که آن را اجازه دهد. ولی این اجازه پیمان فضولی را از آغاز نافذ می‌کند و در گذشته نیز مؤثر است؛ یعنی، آنکه در پیمان دخالتی نداشته است از آثار متأثر می‌شود و می‌تواند بدین وسیله تاریخ ایجاد تعهد را به عقب برگرداند. در ماده ۲۳۴ قانون مدنی اجازه داده شده است که ضمن قرارداد اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر شخص خارجی شرط شود. نفوذ این شرط درباره شخص خارجی منوط به اجازه اوست. ولی این شرط در رابطه دو طرف قرارداد ممکن است ایراد شود که چون ۲۳۲ قانون مدنی فقط مقدر بودن و فایده داشتن و مشروع بودن را شرط درستی این گونه تعهدها دانسته است، فقدان سایر شرایط نمی‌تواند مستند بطلان ضرر ثالث قرار گیرد. به حکم ماده ۱۰ قانون مدنی، باید در صورت مالیت نداشتن یا مجهول بودن و نامشروع بودن جهت تعهد، عقد اصلی و تعهد بر فعل ثالث را درست شمرد. ولی همان‌طور که قبلاً ذکر شد، شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ناظر به تمام قراردادهاست و تعهد به ضرر ثالث هیچ امتیازی که مجوز این استثناء باشد ندارد. وانگهی از مفاد مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی مربوط به شرط ضمن عقد نیز می‌توان شرایط عام صحت تعهد به ضرر ثالث که یک تعهد تبعی است را استنباط کرد:

الف. گفته شد که برای درستی تعهد کافی است که موضوع آن در رابطه دو طرف مالیت داشته باشد، یعنی طلبکار آن را دارای ارزش مالی بداند. همین ترتیب از لزوم مفید بودن تعهد نیز بر می‌آید، زیرا هرچه برای مشروط له فایده عقلایی نداشته باشد، مالیت نیز ندارد.

ب. بر طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط باید مشروع باشد و به موجب ماده ۱۹۰ قانون مدنی از لحاظ تأثیر در عقد امتیازی بین مشروع بودن موضوع و جهت معامله وجود ندارد؛ بنابراین تعهدی را که انگیزه انشاء آن رسیدن به هدف نامشروع باشد، بی‌تردید باید نامشروع دانست.

ج. مطابق بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی شرط مجهولی که جهل بر آن موجب جهل به دو عوض شود باطل و موجب بطلان عقد است. عبارت ماده برای حکم به بطلان شرط مجهول نارساست. ولی چون قانون‌گذار در مقام بیان مواردی است که بطلان شرط به عقد اصلی سرایت می‌کند و اجرای تعهدی هم که موضوع آن به کلی مجهول است امکان ندارد، می‌توان گفت که شرط مجهول اگر قابل تعیین نباشد باطل است، ولی وقتی عقد را باطل می‌کند که سبب مجهول شدن دو عوض نیز بشود (کاتوزیان، ۱۳۷۲؛ ص ۳۶۲).

چهره دیگری هم وجود دارد، یکی از دو طرف در برابر دیگری ملتزم می‌شود که رضای بیگانه را به دست آورد چرا که به نفوذ خود در او امیدوار است؛ یعنی اگر متعهد نتواند این اجازه را تحصیل کند، بایستی خسارات ناشی از انجام ندادن تعهد را جبران سازد. اصطلاح تعهد به ضرر ثالث یا تضمین فعل ثالث را نبایستی نابجا بکار برد. طرف قرارداد اجرای فعلی را که بر ثالث شرط شده تضمین نمی‌کند. پذیرفتن مفاد شرط را به عهده می‌گیرد و آن را با ضمان دین نباید اشتباه کرد.

۳-۱- معین بودن شخص ثالث

شخص ثالث که تعهد برای او می‌شود بایست در هنگام تحقق طلب موجود باشد. ماده ۸۵۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «موصی له باید موجود باشد و بتواند مالک چیزی بشود که برای او وصیت شده است». قید «تواند مالک چیزی بشود که برای او

وصیت شده است» قید توضیحی است؛ زیرا هر انسانی که موجود باشد طبق ماده ۹۸۵ قانون مدنی متمم از حقوق مدنی خواهد بود (عاملی، ۱۴۱۳، ص ۸۹).

در وقف هم موقوف علیه باید در حین عقد موجود باشد. لزوم این شرط در وقف خاص مانند وقف بر اولاد مورد اتفاق فقهای امامیه است؛ بنابراین هرگاه کسی ملکی را وقف بر زید نمود، بعد معلوم شد که در حین عقد زید مرده بود، وقف باطل است و همچنین است هرگاه هنوز موقوف علیه وجود پیدا ننموده باشد، مانند آنکه کسی ملکی را برای اولاد خود وقف نماید و حال آنکه هنوز اولادی ندارد. در اینجا باید گفت لازم نیست حتماً شخص ثالث در هنگام تحقق طلب معین باشد. ماده ۷۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وقف بر مجهول صحیح نیست» یعنی موقوف علیه باید معین باشد و مبهم نباشد. مثلاً در صورتی که اسم و وصف و خصوصیات موقوف علیه در عقد ذکر نشده باشد که بتوان او را تشخیص داد و یا آنکه کسی مالی بر یکی از دو نفر بدون تعیین وقف نماید یا به یکی از دو مسجد وقف کند وقف مزبور باطل است، زیرا وقف در حکم تملیک منفعت به موقوف علیه است و به شخص معین و معلوم می‌توان تملیک نمود و به شخص مجهول و یا به یکی از دو نفر نمی‌توان تملیک کرد.

البته در حقوق ایران حکم صریحی در این مورد وجود ندارد. لکن با توجه به مواد ۴۵ و ۶۹ و ۷۰ قانون مدنی در مورد حق انتفاع و وقف که اعلام می‌دارند انشاء حق انتفاع و وقف بر معدوم باطل است، می‌توان گفت در مورد تعهد به ضرر ثالث نیز چون تعهد در اثر قرارداد اصلی و بلافاصله بر ثالث ایجاد می‌شود، لذا ثالث بایستی در زمان وقوع عقد مشخص بوده و نمی‌توان تعهد بر ثالثی نمود به طوری که معین نبوده و یا متولد نشده باشد. لکن این قیاس صحیح نیست زیرا مواد فوق‌الذکر ناظر به مواردی است که یکی از طرفین عقد در حق انتفاع و وقف معین نباشند. در صورتی که در تعهد به ضرر ثالث، طرف قرارداد شخص او نبوده بلکه قرارداد صحیحاً بین طرفین منعقد گردیده و ضمن آن تعهدی به ضرر ثالث برقرار می‌شود، لذا ضرورتی ندارد که شخص ثالث در زمان انعقاد قرارداد معین باشد بلکه کافی است در زمانی که حق و طلب او محقق می‌شود موجود و قابل تعیین باشد.

۳-۲- نهادهای مشابه تعهد به ضرر ثالث

بدیهی است که نهاد تعهد به ضرر ثالث با سایر نهادهای حقوقی از حیث شرایط و آثار و احکام تفاوت‌ها و شباهت‌هایی دارد که ما ذیل این قسمت آنها را با یکدیگر مقایسه خواهیم کرد.

ضمان از عیان (رد عین) در واقع تعهد بر کاری است که متصرف بایستی انجام دهد و ضامن آن را در برابر مالک به عهده گیرد. ماده ۳۱۱ قانون مدنی، در این زمینه می‌گوید: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد...». در اینجا اگر ضامنی رد عین مال مغضوب را در مقابل مالک تضمین و تعهد نماید، به این مفهوم که مال مغضوب را از غاصب اخذ و به مالک تحویل نماید، نمونه بارز تعهد به ضرر ثالث است، زیرا در صورتی که ضامن بر اساس تعهد قانونی موفق به رد عین یا اعیان معین به مالک آن نشود و به این واسطه مال تلف شود، می‌بایست قیمت آن را به مالک تأدیه نماید.

برخی می‌گویند این تعهد در شمار احکام تکلیفی است و قابل انتقال به ذمه ضامن نیست. این تعهد ضمان اصطلاحی نیست چون ضمان عقد مربوط به فی الذمه است و در نتیجه قابلیت انتقال به ذمه را ندارد؛ و عده‌ای نیز برای صحت این عقد به عموم ادله از جمله المومنون عند الشروطهما استناد می‌جویند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۲۵۶)..

به موجب مواد ۳۹۰ به بعد قانون مدنی بایع ضامن درک مبیع و مشتری ضمان درک ثمن است. به این معنی که در صورت مستحق للغير درآمدن ثمن، حسب مورد خریدار یا فروشنده ملزم به پس دادن عوض دریافتی است، یعنی فروشنده متعهد به عودت ثمن معامله و خریدار متعهد به عودت مبیع، در صورت مستحق للغير درآمدن ثمن معین است. حال در مورد این

پرسش که در قبال این تعهد می‌توان ضمانت کرد یا خیر بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و چند حالت در این رابطه متصور است:

۱. در موردی که مبیع یا ثمن کلی فی الذمه باشد و به طرف مقابل تسلیم شده باشد، ضمان عهده دارای کلیه ارکان عقد ضمان بوده و بین فقها طبعاً در این رابطه هیچ‌گونه اختلاف نظری وجود ندارد. چرا که دریافت‌کننده با فرض اینکه عقد صحیح واقع شده مال دریافتی را ممکن است به مصرف رساند و در نتیجه این وضعیت، شرایط یک دین ثابت در ذمه را برای مشتری یا بایع ایجاد نموده است.

۲. در مواردی که مبیع یا ثمن عین معین بوده یا اینکه عین آن موجود باشد، در صورتی که ضمان عهده پس از قبض باشد، در این صورت این اشکال مطرح شده است که:

اولاً: ضمان در این فرض احتمالی است نه یقینی به خاطر آنکه در فرض آنکه مبیع صاحب دیگری نداشته باشد و مال بایع باشد طبعاً بیع صحیح بوده و ضمانت از آن معنا ندارد.

ثانیاً: در فرض اخیر که مبیع مالک دیگری غیر از بایع داشته باشد تا زمان بقاء عین بایع ضامن آن است و مالی را که بدون حق قبض کرده و در جمع موارد مقبوض به عقد فاسد به استناد قاعده علی الید، ملزم به رد آن است و این ضمان عین است و همان اشکال مربوط به ضمان از اعیان مضمونه در این جا مطرح است.

۳. ضمان عهده پیش از قبض ثمن در حالتی که مشتری قبل از قبض ثمن برای آن ضامن می‌گیرد. گروه زیادی از فقیهان آن را باطل می‌دانند؛ زیرا هنوز تعهدی برای بایع ایجاد نشده است تا ضامن ضمانت آن تعهد را بر عهده بگیرد. بد بایع بر ثمن هم تعلق نگرفته که متعهد قانونی ضمان ید برای وی ایجاد شده باشد. لیکن گروهی از فقها ضمان عهده را مطلقاً صحیح می‌دانند و آن را در شمار مستثنیات ضمان از اعیان مضمونه دانسته و در توجیه نظریه خود نیاز عمومی را مطرح ساخته‌اند، مبنی بر اینکه در معاملات بسیار چنین پیش می‌آید که خریدار فروشنده را نمی‌شناسد و به مالکیت او مطمئن نیست و برای حصول اطمینان از استرداد ثمن ضامن می‌گیرد.

در پاسخ به این سؤال که در فرض مستحق للغير بودن مبیع چه کسی ضامن است گروهی از فقها به تبع علامه حلی، در این مورد و کلیه موارد ضمان اعیان مضمونه، معتقدند که مضمون له می‌تواند هم به ضامن و هم به کسی که عین مال در دست او موجود است مراجعه کند. قانون مدنی طبق مواد ۳۷۹ و ۶۹۷ از نظر دوم پیروی نموده زیرا در ماده ۶۹۷ آمده است: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير درآمدن آن جایز است» و هیچ قیدی ندارد که این ضمانت پس از قبض انجام شود. در توجیه این ماده قانونی، همان طور که می‌دانیم، ضمان درک نمی‌تواند از آثار بیع صحیح باشد، زیرا مستحق للغير در آمدن مبیع یا ثمن و تحقق ضمان درک و عدم تنفیذ مالک آن از آثار بطلان بیع است؛ بنابراین نمی‌توان گفت ضمان درک شرط ضمن عقد بیع صحیح است. بلکه همان طور که در معامله فضولی هم استدلال شده است، شرط اگر در ضمن عقد بیع صحیح باشد که دیگر ضمان عهده معنی ندارد، اما اگر در ضمن عقد بیع باطل باشد، باید گفت این توافق یک عقد مستقل است که به موجب آن ضامن انجام کاری را بر عهده می‌گیرد که تنها متصرف مال توانائی آن را دارد. چنین تعهدی قابل انتقال به ذمه ضامن نیست. پس باید این‌طور تحلیل کنیم که ضامن در برابر مالک بر عهده می‌گیرد که متصرف را راضی به رد مال کند و اگر موفق نشود خسارت عدم انجام تعهد خود را بپردازد، موضوع تعهد با تعهد اصلی ثالث متفاوت است و در واقع از طریق تئوری تضمین فعل ثالث به راحتی قابل توجیه است و هیچ‌گونه وجه تشابهی با عقد ضمان اصطلاحی نمی‌تواند داشته باشد.

۴- آثارضمان عهده در رابطه خریدار و مالک

در اجرای ضمان عهده در رابطه خریدار و مالک هنگامی مطرح می شود که در اثر کار خریدار، قیمت مورد معامله افزوده شده باشد و مالک با رجوع بخواهد آن را بگیرد. پس این پرسشها را باید پاسخ گفت: ((آیا این کار ارزش حقوقی ندارد و چون بر مال دیگری انجام شده محترم نیست؟ آیا باید میان کسی که مال غیر را با حسن نیت و بدین گمان که فروشنده مالک واقعی است، خریده، با آنکه در تصرف نامشروع با فروشنده تبانی کرده است، تفاوت گذارد یا به دیده قانون هر دو یکسانند و هیچ حسن نیتی نمی تواند به حق مالکیت زیان برساند.))

ماده (۳۹۳) قانون مدنی به همه این پرسشها پاسخ گفته و مقرر داشته:

((راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبيع حاصل شده باشد مقررات ماده (۳۱۴) مجری خواهد بود)) بدین ترتیب خریدار در هر حال غاصب است و از بابت کاری که انجام داده نمی تواند اجرت بخواهد و نه اضافه قیمتی که در این راه ایجاد شده به او می رسد؛ اما اگر افزوده‌های که در نتیجه کار خریدار به دست آمده، خود به خودی وجودی مستقل یافته باشد و عینی جدای از مبيع به شمار آید؛ مانند میوه درخت و محصول زمین یا مجسم های که در باغ نصب شده، به او تعلق دارد و گرنه هر تغییری که قیمت مبيع را بالا ببرد و متصل با آن باشد، بی هیچ پاداشی از خریدار گرفته می شود و در اختیار مالک قرار می گیرد. البته در صورتی که در این مورد مشتری از فساد بیع آگاه نبوده باشد، می تواند به استناد ماده (۳۹۱) قانون مدنی، برای غرامات وارده به بایع رجوع کند.

پس به طور مختصر می شود گفت که اگر به واسطه عمل خریدار، قیمت مورد معامله افزایش یافته باشد و مالک بخواهد مبيع را پس بگیرد، در این مورد مطابق ماده ۳۹۳ قانون مدنی اگر افزایش قیمت ناشی از نمائات منفصل باشد (مثل میوه درختان) مال خریدار خواهد بود ولی اگر متصل باشد، مثل چاقی گوسفند، عمل خریدار، مثل عمل غاصب می باشد و هیچ اجرتی به آن تعلق نمی گیرد در پاسخ به این پرسش ها و جوهری متصور است که دربخش های دیگر به آنها اشاره می شود.

۵- نتیجه گیری

ضمان عهده برخلاف تعریف فقهای امامیه از ضمان موجب بری الذمه شدن مضمون عنی نمی گردد. ضامن عهده در این تأسیس حقوقی متعهد می گردد در صوتی که مبيع یا ثمن مستحق لغیر درآید. در فرض مشخص بودن بدل و در فرض کمی بودن مصداق دیگری از آن را به مضمون له تسلیم و مسترد نماید و عهده دار خسارات ناشی آن می گردد. متعهد و متعهدله ممکن است حین انعقاد قرارداد تعهد به فعل ثالث، در مورد جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، توافقاتی نمایند. این توافقات گاه به صورت شرط ضمن عقد تعهد به فعل ثالث بوده و یا در قرارداد جداگانه‌ای که ممکن است بعد از ورود خسارت منعقد گردد ایجاد می شوند. نتیجه این شروط می تواند الزام به انجام اصل تعهد و یا باعث تشدید مسئولیت یا تحدید مسئولیت جبران خسارت شود. اساساً علت نامگذاری به استحقاق همین توسعه و تعمیم مفهومی آن بوده است و تضییق دایره آن از باب تغلیب است نه تعیین انحصار آن بر ملکیت غیر مبيع، ناگفته پیداست که احتمال استحقاق در تحقق زمان کافی نیست بلکه فعلیت آن مورد اعتبار است. شرط دیگر تحقق ضمان درک آن است که استحقاق پیش از بیع و مقدم بر آن باشد به این معنا که اگر دعوی استحقاق پس از بیع باشد ضمان درک متوجه بایع نخواهد بود.

توضیح آنکه ادعای حق باید حجتی در برابر مشتری و علیه او باشد. بنابراین چنانچه پس از عقد، بیع را به رهن دیگری گذارد مرتهن نمیتواند به استناد حق الرهانه ادعای استحقاق نماید، زیرا مستحق شدن او پس از عقد بیع و توسط مالک تنفیذ شده است. اگر شخص ثالث یا همان مالک مال موضوع بیع را به رهن دیگری گذارد مرتهن نمی تواند به استناد حق الرهانه ادعای استحقاق نماید، زیرا مستحق شدن او پس از بیع و لاحق بر آن است و صرفاً نمی تواند علیه طرف دیگر عقد رهن یعنی رهن طرح دعوی نماید. تعرض مالک به مشتری و رد معامله توسط او سومین شرط برای تحقق ضمان درک است یعنی اگر مالک

با فعل یا قول خود بیع را اجازه نماید، نه مشتری حق دارد معامله را باطل کند و نه ضمانی متوجه بایع خواهد بود. بنابراین چنانچه مالک در ثمن معامله ای که واقع شده است تصرف کند، به معنی رضایت بیع معامله است. مطلبی که در مورد مقررات ضمان درک نسبت به مضمن است در صورت مستحق لغیر درآمدن نیز جاری است و ثمن میتواند علاوه بر ثمن کلی فی الذمه عین معین است در صورتی که مقررات ضمان درک مستحق لغیر باشد و اگر شخصی مالی را بفروشد و دیگران حق انتفاع داشته باشند بایع باید خسارات مشتری را پرداخت نماید و چنانچه مالی را که فروخته شده و مالک آنرا تنفیذ نکند در صورت جهل مشتری نسبت به ثمن حق رجوع دارد و در صورت عالم بودن در صورت بقاء حق رجوع دارد و در مورد خسارات هم حق رجوع دارد و می تواند برای دریافت خسارات به بایع مراجعه نماید.

نباید پنداشت که ضمان درک ناشی از عقد صحیح و از آثار آن به شمار می رود، بلکه تحقق آن در فرضی است که مالک مبیع را تنفیذ نکند و در نتیجه آن عقد بیع باطل گردد. در این صورت که بایع ضامن خواهد بود؛ بنابراین بازنگری درم اده ۳۶۲ ق.م که ضمان درک را از آثار صحیح بیع قلمداد کرده است ضروری می نماید، به ویژه آنکه قانون گذار در ماده ۲۶۳ همین قانون با وجود وحدت موضوع، رد ثمن و جبران تمامی خسارات را بر بایع فضولی لازم دانسته و در ماده ۲۹۳ نیز زیادتی حاصل از عمل مشتری در مبیع را مشمول مقررات ماده ۳۱۴ نموده است که از احکام غصب و ضمان قهری است. به هر حال با تحقق این شرایط سه گانه ضمان درک متوجه بایع خواهد بود و در صورت فقدان یکی از شرایط بایع در برابر مشتری مسولیتی نخواهد داشت.

سرانجام آنکه تعبیر شایع فقیهان، نویسندگان قانون مدنی و اندیشمندان حوزه حقوق در مورد ضمان عهده مبیع، نباید این توهم را بوجود آورد که این نوع ضمان صرفا متوجه بایع و از ناحیه مستحق للغیر در آمدن مبیع است، بلکه همه مقررات و شرایط آن عینا درباره ثمن و تعلق حق غیر به آن نیز جاری است و مشتری در برابر بایع ضامن درک خواهد بود. پندار نادرست دیگر که ممکن است از این تعبیر شایع و معمول به وجود آید، توهم اختصاص ضمان عهده به بیع است که با ملاحظه ادله و اصول و قواعدی که در متن به تفصیل از آنها سخن رفته است می توان دریافت که ضمان عهده در هر عقد ناقل ملکیت، بلکه هر عقد معارض دیگر مانند اجاره و صلح به عوض و حتی هبه معوضه، قابل تعمیم و تسری است، اما از آنجا که این نوع ضمان غالبا در عقد بیع بوجود می آید، بیع به عنوان شایع ترین معامله معوض، در حقیقت الگو و شاخص سایر معاملات مشابه است. تعبیرات فقیهان در چهارچوب بیع شکل گرفته است، نه اینکه به معنای انحصار باشد، درست مانند بحث از خیارات که در متون فقهی در ضمن کتاب بیع مورد بحث قرار می گیرند در حالی که بجز خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تاخیر ثمن و صرف نظرا از اختلافات جزئی، سایر خیارات در هر معاملات مشابه جریان دارد.

منابع

قرآن کریم

قانون مدنی

قانون آیین دادرسی مدنی

قانون تجارت

ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرّم ۱۴۱۴ ه. ق، لسان العرب، دار الفکر للطباعة والنشر

ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرّم ۱۴۱۴ ه. ق، لسان العرب، دار الفکر للطباعة والنشر

اصفهانى، سید ابوالحسن، ۱۴۲۲ ه. ق، وسیله النجاه، ج ۲، ناشر: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)

امامی، سید حسن، ۱۳۷۶ حقوق مدنی، ج ۴، کتاب فروشی اسلامیة

- امامی، سیدحسین، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، ج ۳، کتاب فروشی اسلامیة
- امامی، سیدحسین، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، ج ۲، کتاب فروشی اسلامیة
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۵۶)، حقوق تعهدات، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
- ایزنلو، محسن (۱۳۸۶)، تعهد به نفع ثالث، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۷.
- حکیم سید محسن طباطبائی نهج الفقاهه، ناشر: انتشارات ۲۲ بهمن
- خادمی، علی؛ غفوری، اکبر و شقایق، علیرضا (۱۳۹۲)، مطالعه تطبیقی اصل نسبی بودن قراردادهای در حقوق ایران و انگلیس، ماهنامه کانون، ش ۳۶.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی آثار قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، تهران.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۰)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، نشر میزان، تهران.
- طالقانی، محمد علی (۱۳۶۶)، فرهنگ اصطلاحات حقوقی-لاتینی، دفتر انتشارات و تأمین منابع درسی دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
- طاهری، حبیب‌الله، ۱۴۱۸هـ ق حبیب‌الله، ج ۴، دفتر انتشارات اسلامیة وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه
- عاملی، زیدالدین جبعی عاملی شهیدثانی، ۱۴۱۳هـ ق، مسالک الافهام، موسسه معارف اسلامی
- عاملی، زین الدین جبعی، ۱۳۸۲، شهید ثانی شرح لمعه (الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة) ج ۱ قم دار التفسیر
- کاشانی، محمود (۱۳۷۵)، ضمانتنامه بانکی، مندرج در مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۷.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۰)، نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۳.
- محقق داماد، سید مصطفی و صادقی، محمود (۱۳۷۹)، مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه، نشریه مدرس علوم انسانی، ش ۱۷.