



دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد در رشته‌ی حقوق خصوصی

ضمان حسن اجرای تعهد

به وسیله‌ی

مجتبی کرمی احمدآبادی

استاد راهنما

جناب آقای دکتر علی اصغر حاتمی

اساتید مشاور

جناب آقای دکتر امامی

جناب آقای دکتر عامری

پاییز 1390

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

به نام خدا

اظہار نامہ

اینجانب مجتبیٰ کرمی احمدآبادی (۸۷۰۱۶۸) دانشجوی ارشد رشته ی حقوق خصوصی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی اظہار می کنم کہ این پایان نامہ حاصل پژوهش خودم بودہ و در جاهایی کہ از منابع دیگران استفادہ کردہ ام ، نشانی دقیق و مشخصات کامل آن را نوشتہ ام . همچنین اظہار می کنم کہ تحقیق و موضوع پایان نامہ ام تکراری نیست و تعہد می نمایم کہ بدون مجوز دانشگاه دستاوردهای آن را منتشر ننمودہ و یا در اختیار غیر قرار ندهم . کلیہ حقوق این اثر مطابق با آیین نامہ مالکیت فکری و معنوی متعلق بہ دانشگاه شیراز است .

نام و نام خانوادگی : مجتبیٰ کرمی احمدآبادی

تاریخ و امضاء : ۱۳۹۰/۰۷/۱۴



به نام خدا
ضمان حسن اجرای تعهد
به کوشش
مجتبی کرمی احمدآبادی

پایان نامه
لرانه شده به تحصیلات تکمیلی دانشگاه شیراز به عنوان بخشی
از فعالیت های لازم جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته
حقوق خصوصی
از دانشگاه شیراز
شیراز
جمهوری اسلامی ایران

ارزیابی کمیته پایان نامه ، با درجه :

دکتر علی اصغر حاتمی ، دانشیار بخش حقوق خصوصی (رئیس کمیته)

دکتر محمد امامی ، دانشیار بخش حقوق عمومی و بین الملل

دکتر پرویز عامری ، استادیار بخش حقوق خصوصی

پاییز : ۱۳۹۰

سپاسگزاری

تقدیر و تشکر

من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق

با سپاس و ستایش از خداوند متعال، که این توفیق را نصیب من کرد تا این پایان نامه را به پایان رسانم .

در اینجا بر خود لازم دانسته که تقدیر و تشکر نمایم از استاد گرامی جناب آقای دکتر علی اصغر حاتمی که همواره اینجانب را مورد تفقد قرار داده و در تهیه و تدوین این پروژه مرا ارشاد و راهنمایی فرمودند و همچنین از محضر اساتید محترم جناب آقای دکتر محمد امامی و جناب آقای دکتر پرویز عامری که در طی نوشتن این پایان نامه از محضر ایشان استفاده کردم کمال تشکر و قدردانی را دارم.

از خداوند منان سلامتی و بهروزی و توفیق روزافزون ایشان را مسئلت دارم.

چکیده

ضمان حسن اجرای تعهد

بوسیله ی

مجتبی کرمی احمدآبادی

امروزه با پیشرفت و گسترش جوامع بر حجم معاملات و مبادلات نیز روز به روز افزوده می‌شود و بدین سبب سرعت در مبادلات، امروزه به یک اصل انکار ناپذیر تبدیل شده است. از طرفی دیگر امروزه در بیشتر معاملات، طرفین از یکدیگر شناخت کافی ندارند تا بتوانند بر پایه اعتماد به معامله با هم بپردازند و اصل سرعت در معاملات نیز اجازه چنین تحقیق و تفحصی را به آنان نمی‌دهد. بدین ترتیب ضرورت وجود تضمینات لازم برای انعقاد قرارداد کاملاً مشهود است تا طرفین بر اساس این تضمینات، هم به اطمینان نسبی برای انعقاد قرارداد برسند و هم سرعت در معاملات با خدشه ای روبه رو نشود. بدین صورت تضمینات متفاوتی در این راستا بوجود آمده اند که یکی از رایج ترین آنها ضمان حسن اجرای تعهد می‌باشد که بسته به موارد مختلف خود را در اشکال متفاوتی نشان می‌دهد. این نوع از ضمان بدلیل انعطاف و دامنه شمول زیادی که دارد کاربرد وسیعی در عرصه معاملات و حتی در غیر از معاملات پیدا کرده است. علی‌رغم رواج زیاد ضمان حسن اجرای تعهد تا بحال کسی پرده از ماهیت حقیقی این نوع از ضمان برداشته است و این مساله مشکلات عدیده ای را در عرصه مبادلات و معاملات به همراه داشته است. به تبع ناشناخته ماندن ماهیت، شرایط لازم برای انعقاد چنین ضمانی و همچنین آثار مترتب بر آن هم به درستی معلوم و مشخص نیست. بدین لحاظ با توجه به اهمیت و کاربرد روزافزون این نوع از ضمان از یک طرف و ناشناخته ماندن ماهیت حقیقی و آثار و شرایط آن از طرف دیگر، ما بر آن شدیم که به بررسی این نوع از ضمان بپردازیم تا قدمی در راه حل این مسائل برداشته باشیم.

واژگان کلیدی:

ضمان، تعهد، ضمان حسن اجرای تعهد، عقد ضمان، تعهد به فعل ثالث.

فهرست مطالب

صفحه

عنوان

فصل اول

2.....	مقدمه
3.....	مبحث اول: مفهوم ضمان
6.....	مبحث دوم: مفهوم تعهد
8.....	مبحث سوم: مفهوم ضمان حسن اجرای تعهد
10.....	مبحث چهارم: تاریخچه

فصل دوم: ماهیت حقوقی ضمان حسن اجرای تعهد

17.....	مبحث اول: ضمان عقدی
18.....	گفتار اول: طرح نظریه
28.....	گفتار دوم: نقد و بررسی نظریه
28.....	1- نقل ذمه به ذمه
29.....	2_ یگانگی دین ضامن و مدیون اصلی
30.....	3_ مال بودن موضوع تعهد
32.....	4_ کلی بودن موضوع تعهد
32.....	5- قائم به شخص نبودن تعهد مورد ضمان
34.....	6- لزوم منجز بودن عقد ضمان
35.....	7- اهلیت مضمون له
35.....	8- وجود دین
41.....	مبحث دوم: ضمان تضامنی

45	مبحث سوم: ضمان وثیقه ای
49	مبحث چهارم: التزام معلق به تادیه دین
52	مبحث پنجم: تعهد به نفع ثالث
57	مبحث ششم: وجه التزام
60	مبحث هفتم: تعهد به فعل ثالث

فصل سوم: شرایط ضمان حسن اجرای تعهد

69	مبحث اول: شرایط شکلی انعقاد ضمان حسن اجرای تعهد
71	مبحث دوم: شرایط موضوع ضمان حسن اجرای تعهد
71	گفتار اول: انواع موضوع ضمان حسن اجرای تعهد
75	گفتار دوم: شرایط اعتبار موضوع ضمان حسن اجرای تعهد
75	الف: موضوع تعهد باید مقدور باشد
77	ب: موضوع تعهد باید مشروع باشد
77	ج: کار مورد تعهد باید منفعت عقلایی داشته باشد
78	د: معلوم و معین بودن موضوع تعهد
79	مبحث سوم: شرایط ضامن
82	مبحث چهارم: شرایط مضمون عنه
84	مبحث پنجم: شرایط مضمون له

فصل چهارم: آثار ضمان حسن اجرای تعهد

86	مبحث اول: اثر ضمان نسبت به ضامن
88	مبحث دوم: اثر ضمان نسبت به مضمون له
89	مبحث سوم: اثر ضمان نسبت به مضمون عنه
91	مبحث چهارم: ضمانت اجرا
91	گفتار اول: الزام نمودن ضامن به انجام موضوع تعهد

92	بند اول: قائم به شخص بودن موضوع تعهد
92	بند دوم: موضوع تعهد قائم به شخص متعهد نیست
95	گفتار دوم: جبران خسارت مضمون له
95	بند اول: شرایط مطالبه خسارت
97	بند دوم: توافق طرفین قرارداد راجع به مسئولیت جبران خسارت
97	الف. تعیین وجه التزام
98	ب. شرط عدم مسئولیت
99	ج. شرط تشدید مسئولیت
99	د. شرط تحدید مسئولیت
100	نتیجه گیری
102	فهرست منابع

فصل اول

مقدمه

یکی از مهمترین و رایج‌ترین نوع ضمانت‌ها، ضمان حسن اجرای تعهد می‌باشد که به دلیل قابلیت‌های خاص و بویژه انعطاف‌پذیری آن روز به روز بر دامنه استفاده از آن افزوده می‌شود. با توجه به دامنه وسیع کاربرد اینگونه از ضمانت‌ها، گاه بسته به مورد شرایط ویژه‌ای بر آن تحمیل می‌شود اما با این وجود در همه موارد دارای ماهیت یکسانی می‌باشد که علی‌رغم این استفاده زیاد از انواع این ضمانت‌نامه، هنوز ماهیت آن بدرستی روشن و تبیین نشده است که این عامل در عرصه معاملات باعث ایجاد مشکلات عدیده‌ای شده است. در همین راستا ما در این پایان‌نامه با توجه به اهمیت بحث، در پی کشف ماهیت حقیقی این نوع از ضمان و همچنین شرایط لازم برای انعقاد، آثار مترتب بر آن و ضمانت‌اجرایی که این نوع از ضمان برای ما به ارمغان می‌آورد، خواهیم بود. بدین منظور روند کار ما بدین نحو است که در فصل اول پس از تعریفی اجمالی از ضمان و تعهد، به تعریف ضمان حسن اجرای تعهد می‌پردازیم و در فصل دوم که اصلی‌ترین و مهمترین بخش پایان‌نامه را تشکیل می‌دهد، به بررسی ماهیت این نوع از ضمان می‌پردازیم که روال کار ما در این بخش بدین صورت است که پس از طرح نظریات ارائه شده در باب ماهیت ضمان حسن اجرای تعهد، به نقد و بررسی آن پرداخته و سرانجام به معرفی ماهیت مناسب برای این نوع از ضمان می‌پردازیم. در پایان به فصل سوم می‌رسیم که در آنجا به شرایط و آثار ضمان حسن اجرای تعهد و در نهایت به ضمانت‌اجرایی که این نوع از ضمان با خود به همراه خواهد داشت، خواهیم پرداخت.

مبحث اول: مفهوم ضمان

یکی از اصطلاحاتی که در نصوص اسلام و در کتب فقه و در قانون مدنی فراوان بکار رفته و معادل مفهوم تعهد به معنی وسیع آن است، ضمان می‌باشد.¹ واژه ضمان (به فتح ضاد) از ریشه ضمن مشتق شده است و در فرهنگ های مختلف به معنی قبول مسئولیت، تعهد، به عهده گرفتن دین دیگری و یا التزام به آن آمده است و گاهی تعهد در مقابل نفس به ضمان تعبیر گردیده است. مفهوم ضمان به عنوان اصطلاح متعارف در قلمرو فقه و حقوق، خصوصا در ابواب معاملات، حقیقتی واحد به معنای تعهد و مسئولیت و التزام است.² فقها کلمه ضمان را بیشتر در معنی «تعهد» و «به عهده گرفتن» بکار می‌برند³ و در حقوق کنونی به معنی مسئولیت نیز به کار رفته است.

ضمان در فقه به دو تعبیر مصطلح گردیده است:

یکی ضمان بالمعنی الاعم که عبارت است از عقد ضمان، عقد کفالت و عقد حواله و دیگری ضمان بالمعنی الاخص است که منحصرآ مربوط به عقد ضمان است. اما در حقوق کنونی بیشتر به دو معنی تعبیر می‌شود؛ یکی به عقد ضمان و یکی به مسئولیت مدنی.

در مجموع باید گفت که ضمان هم در فقه و هم در قانون مدنی در معانی گوناگونی بکار برده شده است. بنابراین دسته بندی معانی مشابه می‌تواند به روشن شدن مفهوم ضمان کمک شایانی نماید. یکی از نویسندگان حقوقی به دسته‌بندی کلی در این رابطه پرداخته است که ذکر آن در اینجا به روشن شدن بحث کمک می‌کند.

به اعتبار منبع ضمان، این رابطه حقوقی را به دو گروه اصلی می‌توان تقسیم کرد:

الف - ضمان قهری، یا تعهدات و مسئولیت‌هایی که، بدون رضای متعهد و به حکم قانون، بر کسی تحمیل می‌شود؛ مانند ضمان ناشی از غصب یا اتلاف. قدر مشترک این گروه، ناخواسته

¹ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد ضمان، چاپ اول، شرکت سهامی کتابهای جیبی، تهران، 1352، ص 116.

² - موسوی بجنوردی، آیت الله سید محمد، عقد ضمان، چاپ اول، انتشارات مجد، 1385، ص 12.

³ - الجبلی العاملی، زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الافهام، قم، دارالهدی، بی تا، ج 1، ص 251 - شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، ج 4، چ 1، جامعه النجف الدینیة، 1386ق

بودن آنهاست. ضامن قصد ندارد خود را ملتزم به امری کند و قانون، در ایجاد تعهد، به نتیجه اجتماعی کار او توجه دارد نه بقصد ایجاد دین.⁴

ب- ضامن ناشی از عقد، که یا بطور مستقیم نتیجه توافق درباره ایجاد آن است یا نتیجه پیمان شکنی و تخلف از اجرای تعهدهای قراردادی. پس، این گروه از ضمان‌ها را، به اعتبار چگونگی ارتباطی که با عقد دارد، به سه بخش می‌توان تقسیم کرد:

1- ضمانی که در نتیجه محقق نشدن خواست طرفین و بر مبنای قصد معاوضی آنان ایجاد می‌شود: مانند «ضمان معاوضی» ناشی از تلف مورد معامله پیش از تسلیم (ماده 387 ق.م.) یا «ضمان درک» ناشی از تعلق مورد معامله به دیگری (ماده 390 ق.م.). معنی ضمان درک در این گونه اصطلاح‌ها، تعهدی است که یکی از دو طرف، به دلیل تلف یا درک معوض، در بازگرداندن عوض دارد. چنانکه فروشنده ملزم است، در صورت تلف مبیع پیش از عقد یا تعلق آن به دیگری، ثمنی را که گرفته است به خریدار برگرداند.⁵

2- ضمانی که در نتیجه انجام ندادن تعهد ناشی از عقد برای متعهد ایجاد می‌شود و بموجب آن باید خسارات عهد شکنی را جبران کند (م 221 ق.م.). این ضمان را پاره ای از نویسندگان ناشی از عقد و معادل تعهد انجام نشده می‌دانند و جمع دیگر آن را مسئولیت مستقلی می‌شمارند که در نتیجه تقصیر متعهد برای او ایجاد شده است. به تعبیر اخیر، مسئولیت عدم انجام تعهد قراردادی را نیز باید در زمره ضمان‌های قهری آورد.

3- ضمان عقدی، که بموجب قراردادی شخص ملتزم می‌شود که دین دیگری را بپردازد یا مدیونی را در دادگاه حاضر کند (مواد 681 ببعده ق.م.).⁶

غرض از بررسی مفهوم ضمان، روشن شدن معنی این کلمه در عبارت "ضمان حسن اجرای تعهد" بود که بدین ترتیب این کلمه در این عبارت مفهوم و معنای کلی ضمان که همان تعهد و مسئولیت و التزام است را می‌رساند.

بدین ترتیب می‌توان این عبارت را تا به اینجا اینگونه بیان نمود: تعهد به حسن اجرای تعهد. یعنی شخصی مسئولیت حسن اجرای تعهد دیگری را بر عهده می‌گیرد. اینجا به همین

⁴ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، تهران، دهخدا، 1362، ص 263.

⁵ - کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین (1) حقوق مدنی، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، 1385، ش 102 ببعده و ش 123 ببعده.

⁶ - کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین (4) حقوق مدنی، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، 1385، ش 132، ص 222.

مقدار بسنده کرده و در مبحث سوم، دقیقاً معنا و مفهوم ضمان حسن اجرای تعهد را باز می‌کنیم. اما کلمه دیگری که باید معنای آن روشن شود کلمه «تعهد» است که در مبحث بعدی به آن می‌پردازیم.

مبحث دوم: مفهوم تعهد

در عبارت ضمان حسن اجرای تعهد به کلمه تعهد بر می‌خوریم که برای ورود به بحث اصلی خودمان باید مفهوم آن هم بصورت دقیق روشن شود.

با بررسی در کتب لغت در می‌یابیم که تعهد واژه‌ای عربی است و از ریشه عهد و پیمان، وصیت و به گردن گرفتن امری است.⁷ البته در زبان فارسی هم کلمه "عهد" در همین معانی بکار برده شده است.⁸ اما با بررسی واژه تعهد در فقه و حقوق به این نتیجه می‌رسیم که این واژه در دو معنی عام و خاص استعمال شده است. در معنای عام خود در معانی عهد، عهده، التزام، شرط، تکلیف، و شامل تمام تکالیف و حقوق دینی است؛ خواه از نوع الزامات قهری و قانونی ناشی از اسباب قهری، خواه از التزامات ارادی و قراردادی بشمار رود و منشا قراردادی داشته باشد.⁹ این احتمال می‌رود که بر همین اساس فقها، عهد را عبارت از مطلق جعل و قرار دانسته‌اند، خواه آن جعل و قرار معاملی یا قلبی باشد و خواه تشریعی یا وضعی.¹⁰ قانون مدنی ما هم در بعضی از موارد از لفظ تعهد معنای عام آن را اراده کرده است. بعنوان نمونه فصل ششم از باب اول، قسمت دوم کتاب دوم جلد اول قانون مدنی به سقوط تعهدات اختصاص یافته است که معنی عام تعهد را می‌رساند، زیرا شامل همه تعهدات اعم از قراردادی و غیر قراردادی می‌گردد. نمونه دیگر ماده 1199 قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد یعنی بتواند نفقه بدهد بدون اینکه از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. برای تشخیص تمکین باید تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در

⁷ - ابن منظور، امام العامه، لسان العربی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چ اول، 1408 ه.ق. ج.9، ص 448.

⁸ - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، دوره جدید 14 جلدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، جلد دهم، ص 14510.

⁹ - کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دوم، نشر میزان، 1382، ص 17 و 19 - لنگرودی، محمد جعفر، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، 1363، ج 1، ص 27 - صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادهای، تهران، انتشارات موسسه عالی حسابداری، 1351، ج 2، ص 6 و 5.

¹⁰ - غروی اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه بر مکاسب، دارالمصطفی لاحیاء التراث، 1423 ق، ص 138 و 139.

جامعه در نظر گرفته شود». با دقت در واژه تعهدات که در این ماده آمده است مشاهده می‌کنیم که در مفهومی عام بکار رفته است و نه مفهومی خاص اعمال حقوقی¹¹.

در تعریف خاص تعهد آمده است که: «رابطه حقوقی میان دو شخص که بموجب آن متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغی پول یا اقباض و انتقال چیزی و یا انجام فعلی و یا ترک کار معینی بکند¹²» و همچنین گفته شده: «تعهد رابطه ای است حقوقی که نتیجه آن انتقال مال یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی باشد¹³. بعضی نیز در راستای تعریف تعهد، از ضمانت اجرای آن در تعریف آن سود برده اند و گفته اند: «تعهد عبارتست از رابطه حقوقی که به مقتضای آن شخص معینی که مدیون نامیده می‌شود، ملتزم می‌گردد به اداء مال یا انجام کاری برای شخص معین یا قابل تعیینی که طلبکار نام دارد و به موجب آن طلبکار می‌تواند اجرای آن تعهد را از بدهکار بخواهد و اگر حاضر به انجام آن نشود او را بر خلاف میل به اجرای آن وادار کند¹⁴.

هر چند از تعاریف مذکور چنین مستفاد می‌شود که تعهد در حقیقت التزامی است که متعهد به اراده خود بدان پای بند می‌شود و به این اعتبار در مقابل الزام که به معنی تحمیل تعهد بر شخص توسط قانون یا در اثر واقعه حقوقی است قرار می‌گیرد، لیکن در قانون مدنی، مطلق الزام و التزام، یعنی هم تعهدات ناشی از تراضی و قرارداد و هم تعهدات خارج از قرارداد که بصورت قهری و غیر ارادی بر شخص تحمیل می‌شود و هر دو ملحوظ نظر قرار گرفته است¹⁵.

¹¹ - کاتوزیان، حقوق مدنی، کلیات قراردادها، انتشارات دانشکده اداری و مدیریت بازرگانی دانشگاه تهران، 1354، ج 1، ص 23 - درودیان، حسنعلی، تقریرات درس حقوق مدنی 3 (قواعد عمومی قراردادها)، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، 1357، ص 3 و 4.

¹² - احمدی، محمدرضا، تاملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال یازدهم، ش 26، 1388، ص 10.

¹³ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، انتشارات بنیاد استاد، 1357، ج 1، ص 909.

¹⁴ - السوار، محمد وحید الدین، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، سوریه، دمشق، منشورات جامعه دمشق، ج 1، ص 62 و 70.

¹⁵ - درودیان، حسنعلی، پیشین، ص 4.

مبحث سوم: مفهوم ضمان حسن اجرای تعهد

در هر قرارداد و معامله‌ای علاوه بر تبیین مسئولیت و اختیارات هر یک از متعاملین ضرورت تضمینات لازم برای حسن اجرای آن قرارداد لازم به نظر می‌رسد. زیرا در بسیاری از موارد، اجرای قرارداد با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو شده و طرف قرارداد ممکن است بدلائل مختلف از جمله با قصد قبلی یا بدلیل دخالت عوامل ثالث، برخی از مسئولیتهای قراردادی اش را انجام ندهد. یکی از این تضمینات که کاربرد وسیع و روزافزونی در عرصه مبادلات پیدا کرده است ضمان حسن اجرای تعهد می‌باشد. از این نوع تضمین در قانون ما نامی برده نشده است و در کتب حقوقی ما هم تعریف مشخصی از آن بمیان نیامده است و تنها عده بسیار محدودی از نویسندگان در خلال مباحث خودشان هر کدام به نحوی به برخی از مصادیق این نوع از ضمان اشاره‌ای داشته و احیانا تعریفی از آن ارائه کرده‌اند.

یکی از نویسندگان در تعریف این نوع از ضمان اینگونه مینویسد: «در اقسام گوناگون پیمانها، ممکن است از طرف عقد خواسته شود که اجرا یا حسن اجرای تعهدهای قراردادی خود یا جبران خسارتی که از عدم انجام تعهد به بار می‌آید را تضمین کند»¹⁶. یا مثلا در تعریف ضمانتنامه حسن انجام کار که توسط بانک صادر می‌شود آمده است که: «تعهدی است از سوی بانک که به پرداخت مبلغ وجه نقد به کارفرما یا ذینفع بطور کلی، در صورت کوتاهی پیمانکار یا متعهد از انجام درست تعهدات قراردادی»¹⁷. همچنین در جایی دیگر چنین آمده است: «ضمانت حسن انجام کار این اطمینان را ایجاد می‌کند که اگر پیمانکار اصلی مفاد قرارداد را بنحو شایسته اجرا نکند، یک طرف معتبر از لحاظ مالی پشتوانه اوست»¹⁸. همانطور که مشاهده می‌کنیم در بالا تعاریفی از برخی مصادیق ضمان حسن اجرای تعهد آمده و کسی تا بحال به صورت مستقل به خود موضوع ضمان حسن اجرای تعهد نپرداخته است. بنابراین ضرورت تعریف جامعی از این نوع ضمانت احساس می‌شود.

¹⁶ - غمامی، مجید، ضمان حسن اجرای قرارداد، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره 43، 1378، ص 84.

¹⁷ - ابادری فومشی، منصور، نحوه عملی تنظیم و نگارش انواع قراردادهای پیمانکاری، انتشارات خط سوم، چاپ اول، 1385، ص 169.

¹⁸ - جیمی، هیزی، قراردادهای ساختمانی، ترجمه محمد تقی بانکی، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، 1377، ص 157.

با بررسی های صورت گرفته و با تحقیقاتی که ما حول محور این بحث داشته ایم و با توجه به درک ماهیت واقعی اینگونه ضمانت ها، تعریفی که ما از ضمان حسن اجرای تعهد ارائه داده ایم، بدین صورت است: "قراردادی است که در آن شخصی (اعم از حقیقی یا حقوقی) اجرای صحیح تعهدات توسط متعهد را در برابر متعهد له تضمین می نماید".

نکات مهمی که از این تعریف برداشت می شود و آن را از تعاریف دیگر متمایز می کند بدین قرار است که: هر کجا تعهدی باشد اعم از قراردادی یا غیر قراردادی و اعم از اینکه آن تعهد مالی یا غیر مالی و یا عملی مادی یا حقوقی، مثبت و یا منفی باشد، این نوع از ضمانت کاربرد دارد. دیگر اینکه در این نوع از ضمان، ضامن علاوه بر اینکه انجام تعهد از طرف متعهد را ضمانت می کند، ضامن حسن اجرای آن نیز می باشد. بدین معنی که ضامن در برابر مضمون له تعهد می نماید که مضمون عنه (متعهد) به تعهد خود به درستی و بر طبق مفاد قرارداد عمل خواهد کرد.

اینگونه از تضمین ها امروزه شیوع بسیار زیادی پیدا کرده است. بگونه ای که در اکثر معاملات، قراردادهای و فعالیت های اقتصادی مرسوم گشته است که شخصی (اعم از حقیقی و حقوقی) تعهد شخص دیگر را تضمین می کند. به عنوان مثال در اکثر قراردادهای پیمانکاری، کارفرما از پیمانکار درخواست ضامن می کند تا اجرای تعهد او را تضمین کند یا مثلاً بانک ها برای تضمین باز پرداخت وام، از مشتریان خود درخواست ضامن می کند یا خصوصاً در قراردادهای بین المللی که عوامل مختلفی بر اجرای قرارداد تاثیر گذار هستند و امکان تخلف قراردادی بسیار زیاد و محتمل است، بندی را به تضمین اجرای قرارداد اختصاص می دهند.¹⁹ بنابراین با توجه به اهمیت زیاد این نوع از ضمانت نامه ها و کاربرد وسیع آن و مشخص نبودن ماهیت آن، در فصل دوم به صورت مفصل به بررسی ماهیت اینگونه از ضمانت نامه ها می پردازیم.

¹⁹ - پاکدامن، رضا، مدیریت قراردادهای بین المللی، شرکت چاپ و نشر بازرگانی وابسته به موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، چاپ اول، تیرماه 1384، ص 199.

مبحث چهارم: تاریخچه

ضمان حسن اجرای تعهد از انواع ضمانت هایی است که عمر زیادی از آن نمی گذرد اما با این وجود روز به روز عرصه وسیع تری را به خود اختصاص داده و جایگزین انواع دیگر ضمانت نامه ها می شود. در مورد سابقه فقهی ضمان حسن اجرای تعهد باید متذکر شد که در فقه ما بحثی با چنین عنوانی یافت نمی شود که فقها پیرامون آن به بحث و بررسی پرداخته باشند. اما با دقت در کتب فقهی در می یابیم که هر چند چنین عنوانی یا عنوان مشابهی از ضمان حسن اجرای تعهد در این کتب به کار نرفته است اما ما به مواردی بر می خوریم که از نظر ماهیت شبیه ضمان حسن اجرای تعهد هستند. یکی از این موارد ضمان از اعیان است که در حقیقت ضمان عقدی به معنای اصطلاحی نمی باشد، چون در ضمان عقدی می باید دینی وجود داشته باشد که قابل انتقال باشد و دیگری بتواند آن را تادیه نماید که در ضمان از اعیان هیچکدام از این موارد صدق نمی کند. در حقیقت در ضمان از اعیان، ضامن ضمانت می کند که کسی که عین در دست اوست را راضی کند یا وادارد تا عین را به صاحب اصلی اش مسترد نماید. یعنی در واقع فعل و عمل او را در برابر مالک تضمین می نماید که وضعیت در ضمان حسن اجرای تعهد نیز بدین صورت است.

همچنین در متون فقهی به نوع دیگری از ضمان بر می خوریم به نام ضمان عهده که بحث و اختلاف بر سر ماهیت آن زیاد است و هر چند بعضی از فقها به ناچار و از سر مصالح عمومی آن را همان عقد ضمان دانسته اند اما بعضی از فقها در این ماهیت تشکیک کرده اند که البته این تشکیک هم به حق بوده است. زیرا در ضمان عهده حتی اگر سبب دین را هم که یکی از موارد بحث برانگیز آن است را در همه مصادیقش موجود بدانیم باز نمی توان آن را ضمان عقدی به معنای اصطلاحی دانست. بدین دلیل که همانطور که گفته شد در عقد ضمان باید دین قابلیت انتقال به ذمه ضامن را داشته باشد اما در ضمان عهده ضامن تعهد برگرداندن عین مبیع یا ثمن را می کند که این کار جز از عهده متصرف بر نمی آید. بنابراین این ضمان نیز به ضمان حسن اجرای تعهد شباهت پیدا می کند که در مورد جزئیات امر این موارد در فصل دوم به تفصیل بحث خواهد شد.