

ضمانت ثالث از تعهدات زوجین سرپرست

مجید اسماعیلی بیدگلی^۱

زهرا آقاجانی اشکهرانی^۲

چکیده:

سرپرستی، یک رابطه حقوقی بین سرپرست و کودک بی سرپرست و بد سرپرست ایجاد می کند. طبق قانون این اشخاص نسبت به یکدیگر دارای وظایف و تکالیفی هستند که مشابه وظایفی است که والدین واقعی و فرزندان ایشان نسبت به یکدیگر دارند. با توجه به اینکه این رابطه، یک رابطه طبیعی نیست، قانونگذار بحث تضمین ثالث را در قانون مطرح نمود. ما در این مقاله سعی داریم که برای توصیف این تضمین، تعهدات سرپرستان را بررسی نماییم. ظاهر این است که این تعهدات، غیرمالی و مباشرتی هستند و قابل تضمین نمی باشند. در ماده ۲۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲/۰۶/۳۱ (جدید) مقرر شده که در صورت تخلف سرپرستان، رابطه سرپرستی قطع می گردد و کودک به ثالث واگذار می شود. لذا، این تضمین بیشتر بار اخلاقی دارد زیرا تضمینات زمانی است که تخلف متعهد محرز شود و رابطه حقوقی برقرار باشد؛ در حالیکه در قانون مطرح شده، در صورت تخلف سرپرست از انجام تعهدات، رابطه او با کودک قطع می گردد. لذا، این تضمین با تصویب قانون جدید بی اثر و بیمه عمر جایگزین آن گردید. تضمین، می تواند به صورت یک تضمین مالی یا به صورت یک تضمین شخصی باشد (نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه شماره ۷-۳۰۰۲ مورخ ۱۳۶۵/۵/۱۶) با توجه به این نظریه و رویه عملی می توان گفت قانونگذار ایران تضمین مالی را مدنظر خود قرار داده است؛ ولی شاید با توجه به قسمت اخیر نظریه مذکور بتوان ضمانت ثالث از تعهدات زوجین متقاضی در برابر کودک بی سرپرست را نیز به عنوان یک نوع تضمین شخصی قبول نمود. هرچند در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲/۰۶/۳۱، قانونگذار به نهاد بیمه به عنوان تضمین تعهدات زوجین اشاره کرده است (ماده ۱۵) ولی در گذشته یعنی از سال ۱۳۵۳ تا ۱۳۹۲ حدود چهل سال کودکان بدون این شرط به سرپرست واگذار شده اند؛ لذا با توجه به وجود کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست، نهاد سرپرستی و فرزندخواندگی از اهمیت بسیاری برخوردار است. به خصوص اینکه این نهاد هم برای سرپرستان و هم برای کودک فواید بسیاری دارد؛ برای سرپرستان از این جهت که باعث استحکام بخشیدن اساس خانواده و از بین بردن غم محرومیت از داشتن فرزند می شود؛ و از طرفی باعث می شود که کودک نیز از محبت پدر و مادر برخوردار شود و در محیطی سالم رشد کند؛

^۱-رییس دادگاه عمومی بخش بن رود (دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی)

^۲-وکیل پایه یک دادگستری (کارشناس ارشد حقوق خصوصی)

بنابراین باید نهایت دقت را به عمل آورد تا کودک به اشخاص صالحی سپرده شود و باید به شکلی عمل کرد که تا حدودی آینده کودک تضمین شود تا در صورتی که سرپرستان، نتوانند یا نخواهند که به وظایف خود عمل کنند بتوان از ورود خسارت به کودک تا حد ممکن خودداری کرد و در صورت ورود خسارت و لطمه به او، بتوان آن را جبران نمود.

واژگان کلیدی: سرپرستی، کودک بی سرپرست و بد سرپرست، سرپرستان، تضمین ثالث، تعهد

الف : ماهیت حقوقی تضمین ثالث

در مورد ماهیت حقوقی ضمانت، نظریات مختلفی از جمله: عقد ضمان، کفالت و یا تعهد به فعل ثالث مطرح گردیده است که در تطبیق آنچه به عنوان ملاک مورد پذیرش از قوانین حمایتی کودکان برداشت می شود، به تفکیک بیان می شود:

الف.۱: در قالب عقود معین

عقد ضمان

برای محقق شدن هر عقدی، گذشته از ایجاب و قبول صحیح، باید شرایط تحقق عقد صحیح نیز موجود باشد. که ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط چهارگانه اساسی صحت معامله که در همه عقود لازم استرا بیان نموده است که عبارتند از: الف. قصد و رضای طرفین، ب. اهلیت طرفین، پ. موضوع معین که مورد معامله باشد، ت. مشروعیت جهت معامله. ولی بعضی از عقود، شرایط اختصاصی نیز دارند که در تعیین صحت و بطلان آن مؤثر است. از جمله این عقود، عقد ضمان است که گذشته از شرایط عمومی معاملات، شرایط اختصاصی نیز دارد.^۳ عقد ضمان از عقود است که در قانون مدنی آمده است و مواد ۶۸۴-۷۲۳ به بیان شرایط و ویژگی های این عقد پرداخته است.

وجود دین یا سبب دین یکی از شروطی است که باید برای عقد ضمان وجود داشته باشد. دین کامل تعهدی است که بر ذمه مدیون به وجود آمده است و قابل مطالبه باشد، هرچند که قابل فسخ یا مؤجل به شمار آید. پس اگر خریدار مالی بابت ثمن به فروشنده بدهکار باشد، این دین را ضامن می تواند بر عهده گیرد. وجود خیار فسخ برای

احمدی قوهکی، عبدالکریم. تحلیلی از ضمان عقدی به عنوان ماهیت حقوقی برخی از ضمانت های شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد، ص ۵^۳

خریدار یا فروشنده، دین خریدار را متزلزل می کند ولی با وجود آن منافات ندارد. چنانکه ماده ۶۹۶ بیان می کند که «هر دینیرامکناس تضمنا تنمودا اگر چه شرط فسخیدر آن موجود باشد». همچنین مؤجل بودن، با توجه به اینکه موجود و قابل مطالبه است و تنها استیفای از آن مدت دار است، مانعی ایجاد نمی کند.^۴

همچنین لازم نیست که دین مضمون به در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد. لذا، ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده است صحیح است؛ زیرا به موجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی: «ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده باطل است»، مفهوم مخالف ماده این است که ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده، درست است. البته باید سبب دین اصلی در حین عقد ضمان موجود باشد. گرچه خود دین اصلی هنوز تحقق پیدا نکرده باشد^۵

دین باید منجز باشد. ماده ۶۹۹ قانون مدنی مقرر می دارد که: «تعلیق در ضمان مثلاً این که ضمانت کند که اگر مدیون نداد منضمنا منباطلاستولی التزام به تأدیهمکناس متعلق باشد»؛ یعنی طرفین نمی توانند انتقال دین از ذمه مدیون را منوط به تحقق شرایطی، از جمله رجوع طلبکار به او کنند. ولی بر طبق قسمت اخیر ماده، ضمان می تواند به طور منجز عهده دار پرداخت دین شود و التزام به تأدیه دین انتقال یافته را معلق به شرایطی سازد؛ که قائل شدن تفاوت بین این دو تعلیق، صرفاً جهت احترام به عقیده فقهای است که نقل ذمه را مقتضای ذات ضمان و اثر جدایی ناپذیر آن می دانند.^۶

با توجه به اینکه عقد ضمان از عقود مسامحه ای است، ماده ۶۹۴ مقرر می دارد: «علمضا منبهمقدار و او صافو شرایطدینیکه ضمانت آنرا می نماید شرط نیست بنابراین اگر کسی ضماندینشخص بشود بدو ناین که بداند آن دین چه مقدار است ضمانت صحیح است...» و ماده ۶۰۵ نیز معرفت تفصیلی ضمانت به شخص مضمون نلهیا مضمون عنرها لازم می داند.

با وجود این، چون ضمان تعهد است و موضوع تعهد حقوقی و اطراف آن می بایست معین شود، موضوع دین و طلبکار آن نباید به کلی مجهول یا مردد باشد. درست است که علم تفصیلی در مورد آن ها لازم نیست اما حداقل باید قابل تعیین باشد.^۷

عقد کفالت

عقدی است که مواد ۷۳۴-۷۵۱ از قانون مدنی به آن اختصاص داده شده است. کفالت یک عقد وثیقه است که صاحب حق با داشتن کفیل، دست به صیانت از حق خود می زند تا در موقع طرح دعوا در دادگاه به آسانی بتواند مکفول را احضار کند و دعوی را به طرفیت خود جریان دهد و موفق به گرفتن حکم و اجرای آن گردد.^۸

^۴ کاتوزیان، ناصر. عقود معین؛ عقود ادنی- وثیقه های دین، ج ۴، ص ۲۶۹
^۵ نجفی، محمد حسن. جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۶، ص ۱۳۷ و طاهری، حبیب الله. طاهری، حبیب الله. حقوق مدنی (۵)، ج ۴، ص ۴۷۸، ص ۴۳۹ و کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷۷

^۶ کاتوزیان، ناصر. پیشین، ص ۲۵۶

^۷ احمدی قوهکی، عبدالکریم. پیشین، ص ۶ و ذهنی تهرانی، محمد جواد. المباحث الفقهیه فی شرح الروضیه البهیمة، ج ۱۳، ص ۲۱

^۸ جعفری لنگرودی، محمد جعفر. عقد کفالت، ص ۲۶

در قانون و فقه امامیه تنها از کفالت به نفس شناسایی شده است.^۹ در حالی که در مذاهب اهل تسنن از اقسام دیگری از کفالت یاد شده مانند کفالت به نفس، کفالت از دیون ثابته، کفالت از محبوس، کفالت از دیوانه و محجور، کفالت ملاقات، کفالت از متهم و... که البته بین مذاهب مالکی، حنفی، شافعی و حنبلی در تعداد و نوع آن اختلافاتی وجود دارد.^{۱۰}

چیزی که از نوشته‌های اهل سنت برمی‌آید این است که آن‌ها کفالت را اعم از ضمان می‌دانند و ضمان را نیز جزئی از کفالت تحت عنوان کفالت به مال ذکر کرده‌اند؛ که این بحث در کتب فقهی امامیه به عنوان ضمان به معنای اخص در باب جداگانه‌ای آورده شده است.^{۱۱}

البته شایان ذکر است که اهل تسنن، سرپرستی را با کفالت توجیه کرده‌اند و در برخی کتب خود از واژه کفالت در کنار حضانت استفاده نموده‌اند. علت آن هم ریشه داشتن این امر در قرآن است. قرآن برای بیان مفهوم سرپرستی و حضانت، از مشتقات واژه کفالت بهره جسته است. در آیه‌ای در ارتباط با سرپرستی حضرت مریم (س)^{۱۲} و در مورد سرپرستی و نگهداری حضرت موسی (ع)^{۱۳} از واژه کفالت استفاده نموده است. کفالت در لغت به معنای گوناگونی همچون ضمانت، سرپرست و سرپرستی و تربیت یتیم را به عهده گرفتن، به کار رفته است. بر وزن «فاعل» (کافل)، اغلب به معنای سرپرستی و نگهداری از انسان و بر وزن «فعلیل» (کفیل) به معنای ضامن و ضمانت کردن استعمال می‌شود.^{۱۴}

قدمای فقه، مانند شیخ مفید و سلارو ابوصلاح حلبی که دور از زمان ما و نزدیک به عصر ائمه می‌زیسته‌اند، در کتاب‌های فقهی خود برای افاده این مفهوم، واژه (کفالت) را به کار برده‌اند. نخستین بار، برای بیان مفهوم سرپرستی و نگهداری از کودک، شیخ طوسی واژه حضانت را در کتب فقهی شیعه مطرح کرد و پس از آن در کتاب‌های دیگران نیز رواج یافت.^{۱۵}

برخی نیز کفالت را به دو قسم کفالت مالی و کفالت غیرمالی تقسیم کرده‌اند. به این معنا که اگر بر ذمه مکفول‌عنه، تعهد مالی وجود داشته باشد عقد کفالت، مالی است که (در این موارد کفیل از عهده آن حق برمی‌آید) و اگر حق غیرمالی وجود داشته باشد عقد کفالت، غیرمالی است مانند اینکه در دعوی زوجیت، کفیل گرفته باشند (که در این موارد کفیل، اگر مکفول‌عنه را حاضر نکنند معلوم نیست چگونه می‌تواند از عهده آن حق برآید) یا

^۹ مکی عاملی، محمد جمال‌الدین. جبعی عاملی، زین‌الدین. الروضة البهية فی شرح اللعنة الدمشقیه، ج ۳، ص ۱۵۱ و امامی، سید حسن. حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۸۴

^{۱۰} گل‌عنبری، صابر. بررسی آثار کفالت در مذاهب خمس، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، ص ۲۴

^{۱۱} همان، ص ۴۲

^{۱۲} اسوره آل عمران (۲)، آیه ۴۴

^{۱۳} اسوره قصص (۲۸)، آیه ۱۲

^{۱۴} ابن‌قدامة، عبدالله ابن احمد. المغنی، ج ۴، ص ۱۹۰

^{۱۵} طاهری‌نیا، احمد. پژوهشی در حضانت کودک، ص ۶۳-۶۴

کفالت از متهم که موضوع ضرر و زیان شاکی خصوصی در بین نباشد. ایشان معتقدند که قانون مدنی ما در ماده ۷۴۰ کفالت مالی را مطرح کرده است: «کفیل باید مکفول را در زمان امکان که تعهد کرده حاضر نماید و الا باید از عهد حقیق که بر عهد هم کفول ثابت می شود بر آید»؛ و ماده ۷۴۱ مقرر می دارد «اگر کفیل ملتزم شده باشد که مالیدر صورت تعدا حضار مکفول بدهد باید به نحوی که ملتزم شده است عمل کند»؛ که این ماده شعاع عمل بسیار دارد هم کفالت مالی را در برمی گیرد و هم کفالت غیر مالی را.^{۱۶}

عقد کفالت ممکن است مربوط به دعوی مدنی باشد یا کیفری برخلاف ضمان که قلمروی اهمیت آن ها فقط امور مدنی را شامل می شود و دامنه کفالت وسیع تر است و همه مسائل بازرگانی و مدنی و جزایی را در برمی گیرد و برای تحقق آن شرایطی لازم است: عقد کفالت از عقود مسامحه است و در آن، معرفت تفصیلی به شخصی که از او کفالت می شود لازم نیست، ولی باید به گونه ای معلوم شود که متعلق قصد طرفین قرار گیرد؛^{۱۷}

الف . ۲: در قالب عقود غیر معین

تعهد به فعل ثالث

این نهاد حقوقی که در نتیجه تحقیقات فقهی و حقوقی بسیار ارزشمند ساخته و پرداخته گردیده، می تواند در بسیاری از زمینه ها توجیه کننده بسیاری از اعمال حقوقی باشد.

در توصیف این نهاد باید گفت که اصل نسبی بودن قراردادها اقتضا دارد که دو طرف قرارداد و قائم مقام آنان پایبند تعهدات ناشی از قرارداد باشند و تعهد ناشی از قرارداد به اشخاص ثالث سرایت پیدا نکند و نیز کسی نتواند با تشکیل قرارداد، مال دیگری را تملیک یا درباره آن به ضرر ثالثی تعهدی ایجاد کند.^{۱۸} ولی قانون گذار فقط در ماده ۱۹۶ قانون مدنی تعهد به نفع ثالث را استثناء بر اصل نسبی بودن قراردادها دانسته ولی در ماده ۲۳۴ در باب شرط به فعل ثالث، این به عنوان انحراف از اصل نسبی بودن تلقی نشده است.^{۱۹}

تعهد به ضرر شخص ثالث می تواند به صورت شرط ضمن عقد قرار گیرد، چنان که ذیل ماده ۲۳۴ قانون مدنی آمده است و گاه به صورت مستقل هم واقع می شود: چنان که تعهد کفیل بر احضار مکفول نزد دادگاه تعهد به فعل او

^{۱۶} جعفری لنگرودی، محمد جعفر. پیشین، ص ۳۹

^{۱۷} کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۴۵۳

^{۱۸} قاسم زاده اصل، سید مرتضی. حقوق مدنی مختصر حقوق قراردادها و تعهدات، ص ۱۶۰

^{۱۹} اکنعانی، محمد طاهر. تعهد به فعل ثالث، ص ۳۰۶

است. کفیل هیچ سلطه‌ای بر مکفول ندارد، هر چند که به اذن او کفالت کند. آنچه را که می‌تواند بر عهده بگیرد این است که مدیون یا متهم را راضی به حضور در دادگاه کند؛ کاری بر عهده می‌گیرد که بایستی از طرف مکفول انجام گیرد یا مثل تعهد فضولی علیه غیر و یا فروش یا اجاره مال غیر که با تنفیذ این شخص معتبر است.^{۲۰}

در قانون مدنی شخص ثالث تعریف نشده است؛ اما از مواردی که به آثار قراردادها یا اسناد نسبت به شخص ثالث اشاره کرده است چنین استنباط می‌شود که منظور کسی است که غیر از طرفین قرارداد و قائم مقام آنها می‌باشد و عقد از جانب او یا برای او واقع نمیشود و آثار الزام‌آور عقد بر او تحمیل نمی‌گردد؛ بنابراین، در قراردادی که وکیل از جانب موکل اقدام می‌کند نمی‌توان موکل را ثالث محسوب کرد.^{۲۱}

تعهد به فعل ثالث یا تضمین فعل ثالث در قانون مدنی ما عنوان خاصی ندارد. ولی در پایان ماده ۲۳۴ قانون مدنی به تعریف شرط فعل پرداخته است که مدلول این شرط این است که یکی از متعاقدین می‌تواند فعل ثالث را در مقابل طرف دیگر تضمین کند. قانون‌گذار تعهد فعل ثالث را در باب شروط آورده است. فقها در باب شرط غیرمقدور، شرط بر ثالث را مورد بحث قرار داده‌اند.^{۲۲}

در پاره‌ای از مواد قانون مدنی و در مقررات خاص دیگر، قانون‌گذار ایران تعهد به زیان ثالث را پذیرفته که از جمله این موارد می‌توان به مواد ۸۹، ۹۳، ۹۷، ۹۵، ۹۶، ۹۳، ۹۵، ۹۷، ۹۳، ۸۹ قانون دریایی ایران مصوب سال ۱۳۴۳ اشاره نمود.

برخی از حقوقدانان از تعهد به فعل ثالث تحت عنوان تعهد به ضرر شخص ثالث یاد کرده‌اند.^{۲۳} تعهد به ضرر شخص ثالث به این معناست که در قراردادی که بین دو نفر منعقد می‌شود یکی از طرفین تعهد می‌نماید که شخص ثالث مالی را به طرف قرارداد بدهد و یا عملی را برای او انجام بدهد و یا عملی را برای او انجام ندهد. این تعهد می‌تواند به صورت یکی از عوضین قرارداد باشد مثل اینکه فردی به موجب قراردادی در مقابل طرف خود تعهد نماید که شخص ثالث، مالی را به طرف قرارداد بدهد. همچنین به صورت شرط ضمن عقد.^{۲۴} البته برخی معتقدند که بکار بردن عبارت به ضرر شخص ثالث برای تعهد به فعل ثالث را غیرواقعی می‌شمارند، زیرا ممکن است تعهد مذکور به نفع شخص ثالث تمام شود.^{۲۵} برخی نیز آن را تعهد از طرف ثالث دانسته‌اند.^{۲۶}

برخی از حقوقدانان معتقدند که تعهد متعهد دارای سه چهره گوناگون است:

نخست: آنکه متعهد عهده‌دار می‌شود سعی و کوشش کند که شخص ثالث تعهد مزبور را که به ضرر او شده است بپذیرد. تکلیف متعهد اصلی مذاکره با شخص ثالث و سعی و کوشش در قبول تعهد است. در صورتی که

^{۲۰} کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۵۸

^{۲۱} سوکی، آذر. اصل نسبی بودن آثار قراردادها و تعهد به فعل ثالث در حقوق موضوعه ایران، نامه الهیات، ص ۵۸-۵۹

^{۲۲} همان، ص ۳۰۳

^{۲۳} امامی، سید حسن. حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۵۸

^{۲۴} همان، ص ۲۶۳ و بهرامی احمدی، حمید. حقوق تعهدات با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، ص ۴۰۰

^{۲۵} کنعانی، محمد طاهر. پیشین، ص ۳۰۲

^{۲۶} سنهوری، عبدالرزاق. پیشین، ص ۴۰۱

شخص ثالث آن را قبول نماید متعهد اصلی هیچ‌گونه مسئولیتی نخواهد داشت و شخص ثالث مستقیماً درمقابل متعهدله مسئول است. ولی اگر شخص ثالث تعهد را نپذیرفت و رد کرد متعهدله اصلی تکلیف خود را انجام داده است و خسارتی را در اثر رد ثالث نمی‌پردازد.^{۲۷}

دوم: آن‌که متعهد عهده‌دار شود که شخص ثالثی تعهدی که به ضرر او شده است بپذیرد. در صورتی که در اثر اقدام متعهد اصلی، شخص ثالث را پذیرفت ذمه متعهد اصلی بری می‌شود و هرگاه نپذیرفت متعهد مزبور مسئول خسارت وارده بر متعهدله می‌باشد.^{۲۸}

سوم: آن‌که متعهد نتیجه عمل شخص ثالث را در مقابل متعهدله بر عهده می‌گیرد. در این صورت قبول تعهد و یا سعی و کوشش به‌تنهایی مورد تعهد نمی‌باشد تا هرگاه متعهد سعی و کوشش خود را نمود و یا تعهد را شخص ثالث پذیرفت بری شود، بلکه انجام عمل و تحقق آن مورد تعهد است بنابراین هرگاه شخص ثالث تعهد را قبول نمود و ایفا کرد، مسئولیت متعهد رفع می‌گردد ولی هرگاه تعهد را قبول کرد ولی انجام نداد متعهدله می‌تواند مستقیماً به طرفیت متعهد و شخص ثالث اقامه دعوا بنماید و انجام مورد تعهد را خواستار شود. در این صورت هر دو متضامناً مسئول خسارت متعهدله خواهند بود، زیرا متعهد طبق تعهدی که در قرار اصلی نموده است ضامن است. شخص ثالث چون تعهد را پذیرفته و ایفای به آن نموده است ضامن می‌باشد. در صورتی که شخص ثالث تعهد را نپذیرد هرگاه بتوان مورد تعهد را به وسیله شخص دیگری انجام داد، متعهد ملزم به انجام آن می‌باشد و الا متعهد باید از عهده خسارت متعهد برآید.^{۲۹}

ولی برخی معتقدند که تعهد به فعل ثالث وقتی به معنای واقعی خود تحقق می‌یابد که موضوع آن انجام فعل خارجی به‌عنوان نتیجه باشد نه کوشش در راه تحصیل آن. به‌بیان‌دیگر، تعهدی که بدین نام خوانده می‌شود تعهد به نتیجه است نه تعهد به مواظبت و وسیله. اگر دلالتی در برابر خریدار ملکی تعهد کند که تمام کوشش خود را در راه تحصیل رضای مالک به کار برد، این التزام به فعل خویش است؛ نتیجه‌ای که مدیون خود به دست می‌آورد و تعهد به کاری که او انجام می‌دهد. ولی هرگاه همین واسطه، موافقت مالک را در برابر خریدار تضمین کند. آنگاه است که مطلوب مستقیم دو طرف کاری است که ثالث باید انجام دهد و متعهد آن را بر عهده می‌گیرد. البته در بیشتر موارد، فعلی که متعهد تضمین می‌کند اجازه معامله فضولی است که برای دیگری انجام شده است. باوجوداین، متعهد هم اجازه را تضمین می‌کند و هم اجرای تعهدهای ناشی از آن را.^{۳۰}

^{۲۷} امامی، سید حسن. پیشین، ص ۲۶۳

^{۲۸} امامی، سید حسن. پیشین، ص ۲۶۴

^{۲۹} همان، صص ۲۶۳-۲۶۴

^{۳۰} کاتوزیان، ناصر. پیشین، ص ۱۵۹

این شرط فعل بر شخص خارجی از نظر ماهیت خود شرطی صحیح است اما نفوذ و اعتبار آن به قبول شرط توسط ثالث است و بدون قبول ثالث هیچ تعهدی برای بیگانه ایجاد نمی‌کند؛ زیرا تعهد نسبت به متعهد از حقوق و اموال اوست و هیچ حق و مالی بدون اراده شخص، جز به وسیله ارث، داخل در اموال و حقوق مالی او نمی‌شود.^{۳۱}

در فرهنگ حقوقی قراردادهای و پروژها نیز چنین آمده است: «در تعهد به فعل ثالث فقط متعاقدين متعهد می‌شوند و شخص ثالث آزاد است که تعهد را قبول کند یا خیر. اگر شخص ثالث تأیید کند تعهد به روز قرارداد عطف به ماسبق می‌شود. لیکن اگر تأیید نکند، تنها دعوای مسئولیت قراردادی برای متعهدله باقی می‌ماند.»^{۳۲}

در صورتی که ثالث تعهدی را که برای او شده اجازه کند، متعهد بری می‌شود، چرا که با تحصیل اجازه مطلوب به عهد خود وفا کرده است. اجرای تعهد با اجازه کننده است و رابطه آن دو مانند این است که از آغاز بدون واسطه پیمان می‌بستند مگر اینکه اجرای تعهد را نیز تضمین کرده باشد که در این صورت ضامن اجرای تعهد اصلی هم است؛ و در صورتی که ثالث اجازه ندهد، معلوم می‌شود که متعهد به التزام اصلی خود وفا نکرده است، هر چند کوشش را در راه تحصیل اجازه کرده باشد و تقصیری نتوان به او نسبت داد؛ زیرا تعهد او تعهد به نتیجه است و به دست نیامدن نتیجه مطلوب (اجازه) در چنین قراردادی خود تقصیر محسوب می‌شود و بر طبق قواعد عمومی، بایستی خسارات ناشی از عهدشکنی را جبران کند.^{۳۳}

گفته شد که در تعهد به فعل ثالث، موضوع تعهد فعل است. این فعل می‌تواند عدم انجام کار باشد یا تسلیم یا رد عین معین باشد؛ و گاهی هم تعهد می‌تواند به صورت تعهد به انجام کار باشد به این شکل که متعهد (شخص تضمین کننده) باید تمام توان خود را به کار برد تا ثالث را به انجام تعهد خود وادار کند.^{۳۴}

می‌توان گفت که در سرپرستی و فرزندخواندگی نیز متعهد به فعل ثالث، در نزد بهزیستی تعهد می‌نماید که سرپرستان، تعهدات خود را در قبال کودکی که تحت سرپرستی قرار می‌گیرد، اجرا نمایند. تعهدات مزبور عبارت است از نگهداری و تربیت طفل و دادن نفقه طفل و همین‌طور در مواقعی که سرپرست به‌عنوان قیم طفل انتخاب می‌شود سرپرست وظایف خود را به‌عنوان قیم انجام دهد. این‌گونه تعهدات جنبه حق و تکلیف دارند و ضمانت از این‌گونه تعهدات را باید تعهد به فعل ثالث قلمداد کرد.

ولی در رد این مطلب باید گفت که تعهد به فعل ثالث جایی است که فعل، حالت تعهد مالی داشته باشد و بنابراین تعهد غیرمالی را در قالب تعهد به فعل ثالث قرار نمی‌گیرد و مضاف بر این تعهد به فعل ثالث تعهدات به نتیجه را شامل می‌شود. ولی تعهدات سرپرستان در قبال کودک تحت سرپرستی تعهدات مباشرتی و قائم به شخص

^{۳۱} شهیدی، مهدی. حقوق مدنی شروط ضمن قرارداد، ج ۴، ص ۸۵ و کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، ص ۱۶۶

^{۳۲} کنعانی، محمد طاهر. پیشین، ص ۳۰۱

^{۳۳} کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، پیشین، ص ۱۶۰

^{۳۴} ایزانلو، محسن. پیشین، ص ۱۵

است و همچنین سرپرستان وظیفه دارند در این راه کوشش نمایند که تکالیف خود را در قبال کودک انجام دهند. لذا همان گونه که قبلاً گفته شد، تعهدات ایشان در زمره تعهدات به وسیله است نه تعهد به نتیجه. علاوه بر این موارد باید گفت در تعهد به فعل ثالث حضور ثالث ضروری است در حالی که در این نوع تضمین، قراردادی در مورد سرپرستی از کودک بین بهزیستی و سرپرستان منعقد می‌گردد و سرپرستان جزء طرفین عقد و متعهد محسوب می‌گردند. لذا، در اینجا ثالثی وجود ندارد. ضمن اینکه در این قرارداد تعهد اضافی ایجاد نمی‌شود؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که این نوع تضمین با نهاد تعهد به فعل ثالث نیز مطابقت ندارد.

ضمانت به حسن اجرای تعهد

وقتی یک قرارداد منعقد می‌شود، برای اینکه آثار مورد نظر به‌طور هرچه بهتر و کامل‌تر شود، در مواردی یک طرف یا طرفین قرارداد از طرف مقابل ضمانت شخص ثالث را در مورد آن قرارداد و برای آثار مختلف آن طلب می‌کند. این ضمانت ممکن است در اجرای تعهدهای مستقیم ناشی از قرارداد باشد که ممکن است مورد ضمانت قرار گیرد، یا ممکن است تعهد ضامن به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد باشد. این گونه ضمانت‌ها به‌طور معمول در قراردادهای تجاری و به وسیله بانک‌ها یا اشخاص معتبر انجام می‌شود. امروزه ضمانت دولت از شرکت‌های داخلی طرف قرارداد با شرکت‌های خارجی به هدف جذب بیشتر سرمایه‌های خارجی معمول است.^{۳۵} که از مصادیق بارز تضمین به حسن اجرا می‌باشد.

در ضمانت به حسن اجرای تعهد، در واقع ضامن به نفع طرفین وارد عمل می‌شود به گونه‌ای که شخص ثالث به نفع یک طرف قرارداد، اجرای تعهد مورد نظر را تضمین می‌کند.^{۳۶} در خصوص ماهیت این عمل حقوقی، نظریه‌هایی از سوی حقوقدانان ارائه گردیده و بر پایه آن، رویه قضایی، داوری‌های گوناگونی ابراز داشته است.

برخی ضمان حسن اجرای قرارداد را جلوه‌ای از آزادی قراردادی شمرده‌اند و معتقدند که ضمان حسن اجرای قرارداد پیمانی است بی‌نام که در محدوده خود و در پرتو اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) الزام‌آور است.^{۳۷}

^{۳۵} احمدی قوهکی، عبدالکریم. تحلیلی از ضمان عقده به‌عنوان ماهیت حقوقی برخی از ضمانت‌های شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد، ص ۳

^{۳۶} کنعانی، محمد طاهر. تعهد به فعل ثالث، ص ۳۰۳

^{۳۷} غمامی، مجید. ضمان حسن اجرای قرارداد، ص ۸۶

در برخی از آراء، این نظر تأیید شده است که نمونه آن رأی شماره ۲۶۱۸-۴۰/۷/۲۴ دیوان عالی کشور است که این نوع ضمان را منطبق با ماهیت ضمان؛ به شرح مقررات قانون مدنی؛ ندانسته است و ضمانتی این چنین تنها نامی از ضمان را با خود دارد و در واقع توافقی است که بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی الزام آور است.^{۳۸}

برخی حقوقدانان نیز در حوزه حقوق تجارت، راجع به ضمانت نامه بانکی این نظر را تأیید کرده اند و معتقدند که در زمینه ضمانت نامه های حسن اجرای تعهد قراردادی نباید ملتزم را ضامن طرف قرارداد پنداشت و رابطه او و طلبکار را بر مبنای قواعد ضمان مطالبه کرد زیرا دینی که او بر عهده گرفته است در زمان عقد وجود نداشته است و قرارداد اصلی را نباید سبب دین دانست. این سبب مجموعه ای از عقد و تقصیر طرف متخلف است.^{۳۹}

برخی نیز ضمان حسن اجرای قرارداد را نوعی التزام به دین معلق می دانند که در ماده ۷۲۳ قانون مدنی شناسایی و مقرر شده است: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام، مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید».^{۴۰}

به موجب این تفسیر؛ با اینکه به حکم قانون مدنی ضمان از دین آینده و پیش از تحقق اسباب آن باطل است، (ماده ۶۹۱ قانون مدنی) به نظر می رسد که التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به گونه ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، از نظر حقوقی درست است؛ زیرا اگر پذیرفته شود تعلیق در التزام مانعی ندارد، چه تفاوت می کند که شرط تعلیق «عدم تأدیه» مدیون باشد یا تحقق دین؟ به ویژه که در این صورت تعلیق به یکی از شرایط صحت التزام است و ملتزم برای تحقق دین آن را بر عهده می گیرد. لذا اگر کسی ضامن حسن اجرای قراردادی شود تا اگر خسارتی از عدم انجام تعهد به بار آید از عهده برآید، نباید ملتزم را ضامن به معنای ماده ۶۸۴ قانون مدنی به حساب آورد زیرا دینی که او بر عهده بر گرفته است در زمان عقد وجود نداشته و سبب دین نیز تنها عقد نیست، بلکه مجموعه ای از عقد و تقصیر طرف متخلف است.^{۴۱}

رویه قضایی نیز در برخی از آراء خود این نظر را تأیید می کند. نمونه آن رأی شماره ۷۱-۴۶/۹/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور است.^{۴۲}

گرچه این نظر و عقیده نخست به یک نتیجه می انجامد و آن حکومت ماده ۱۰ قانون مدنی (قصد مشترک) بر ضمان حسن اجرای قرارداد است، لیکن میتوان عقیده دوم را گامی به سوی نزدیک ساختن چنین ضمانتی، به ضمان مرسوم دانست؛ زیرا به موجب آن تعهد حسن اجرای قرارداد، با آنچه در ماده ۷۲۳ قانون مدنی پیش بینی شده قابل انطباق است وجود این ماده در باب ضمان عقدی، قرینه ای است بر این امر که نویسندگان قانون مدنی، آن را گونه-

^{۳۸} صفایی، سید حسین. تعهد به حسن اجرای قرارداد (ضمانت)، ص ۵۱

^{۳۹} کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، پیشین، ص ۲۷۱

^{۴۰} غمامی، مجید. پیشین، ص ۸۹

^{۴۱} کاتوزیان، ناصر. پیشین

^{۴۲} همان، ص ۳۷۱

ای از ضمان به معنای عام تلقی کرده و حکم آن را به اجمال بیان داشته‌اند. این نظر پاسخی است برای کسانی که ضمان از دین آینده را به‌طور اعم و ضمان حسن اجرای قرارداد را به‌طور اخص باطل می‌پندارند و آن را ضمان مال می‌نامند.^{۴۳}

برخی نیز، بر اساس آراء بعضی از فقیهان در خصوص شرط ثبوت دین در ذمه، عقیده دارند؛ از آنجا که در هر عقد ضمان، کافی است مقتضی وجود تعهد مضمون‌عنه قبل از عقد پدید آمده باشد؛ و از آنجا که در عقد بیع، ضمان عهده بایع به‌طور مطلق، حتی پیش از قبض ثمن، صحیح است. پس در این فرض بیع را به‌عنوان مقتضی ایجاد دین، می‌توان پذیرفت. بر این پایه، ضمان حسن اجرای قرارداد نیز ضمانی به معنای واقعی و مرسوم است؛ زیرا در هنگام انعقاد آن، سبب تعهد مضمون‌عنه که همانا قرارداد اصلی باشد به وجود آمده است.^{۴۴}

ضمان حسن اجرای قرارداد، در واقع رسیدن اطمینان‌بخش مضمون‌له (متعهدله - دائن) به مالی است که به نفع او بر ذمه مضمون‌عنه (متعهد - مدیون) می‌باشد؛ اما در اینجا با توجه به این که در این نوع ضمانت، ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود و از لحظه وقوع عقد ضمان، مدیون بری الذمه شمرده می‌شود، حسن اجرای قرارداد، با دخالت شخص ثالث تضمین می‌شود که اعتبار شخص ضامن برای دائن بیشتر از شخص مضمون‌عنه است و مضمون‌له، اطمینان قابل قبولی برای وصول به‌طلب خود می‌یابد.^{۴۵}

با وجود آنکه تعهد به جبران خسارت، بدل و دنباله تعهد اصلی نیست و خود التزام جدیدی است که به اعتبار منبع آن قراردادی نامیده شده است، ولی از نظر عرف، همین ممکن است مقتضی وجود به جبران خسارت قرار گیرد و ضمان از آن را امکان‌پذیر گرداند. قانون مدنی در یکی از مثال‌های ضمان، یعنی ضمان عهده‌ی، تلویحاً این نظر را پذیرفته است و می‌توان با اتخاذ ملاک از آن ضمان، حسن اجرای قرارداد را نیز به اعتبار وجود سبب دین (قرارداد اصلی) ضمان به معنای مرسوم دانست و در چارچوب قواعد عمومی ضمان عقدی، بررسی کرد؛ ماده ۲۴۱ قانون مدنی در تأیید این نظر مقرر می‌دارد: «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه به واسطه معامله مشغول‌الذمه می‌شود رهن یا ضمان دهد». بر طبق این ماده بر متعهد شرط می‌شود که برای اجرای تعهدهای خود، ضامن معرفی کند و چنین ضمانتی بیگمان صحیح و نافذ است. ضمان از دینی که بر ذمه مدیون ثابت شده یا دست کم سبب آن ایجاد شده است و تحقق آن به صورت مطلق موجب انتقال تعهد مدیون قراردادی به ضامن می‌گردد.^{۴۶}

^{۴۳} غمامی، مجید. پیشین، ص ۸۹۲-۹۳

^{۴۴} جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ضمان عقدی، پیشین، ص ۱۷۵

^{۴۵} احمدی قوهکی، عبدالکریم. پیشین، ص ۴

^{۴۶} کاتوزیان، ناصر. پیشین، ص ۳۰۷

لیکن معنای ماده ۲۴۱ فراتر از این ظاهر است و التزام به معرفی ضامن، شامل تمامی تعهدهایی می‌گردد که به واسطه عقد بر ذمه مدیون قرار می‌گیرند؛ پس تعهد به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد که مبنای آن حکم قانون و واسطه تعلق آن به ذمه مدیون، وجود پیمان است، نیز می‌تواند پایه شرط معرفی ضامن باشد.^{۴۷}

اثر این شرط و تحقق ضامن حسن اجرای قرارداد، با شرط تنجیز در ضامن (ماده ۶۹۸ قانون مدنی) و اثر مستقیم و مطلق آن، یعنی نقل ذمه (ماده ۶۹۸) منافاتی ندارد. در ضامن حسن اجرای قراردادی، عقد به صورت منجز انشاء می‌گردد اما کیفیت انشاء به گونه‌ای است که انتقال ذمه منوط به کامل‌مقتضی می‌شود؛ طرفین سببی بر می‌انگیزند که به موجب آن، مقتضی وجود دین، بر ذمه ضامن قرار می‌گیرد و در صورت فراهم آمدن شرایط، تعهد بر عهده او ایجاد می‌گردد مگر اینکه ذمه ضامن وثیقه طلب مضمون‌عنه باشد. بدین ترتیب، از میان نظرهای ارائه شده در تحلیل ضامن حسن اجرای قرارداد، می‌توان عقیده ضمانت حسن اجرای قرارداد را برگزید و خوبی این تعبیر در آن است که چنین تعهدی در قلمرو ضامن عقدی و ماده ۶۸۴ قانون مدنی قرار می‌گیرد و نتیجه آن، لزوم اثبات این تخلف یا تقصیر قراردادی مضمون‌عنه در دعوی بر ضامن است. در واقع، اثبات این تخلف مقدمه دعوا است؛ زیرا مضمون‌له باید حصول شرط و کامل شدن سبب و سرانجام تحقق دین را ثابت کند.^{۴۸}

با دقت در این نهاد، می‌توان گفت که بهترین نهادی که قادر است تضمین ثالث را توجیه و توصیف نماید نهاد تضمین حسن انجام کار است. به این صورت که در قراردادی که بین بهزیستی و سرپرستان منعقد می‌شود، برای اینکه آثار قرارداد به طور هرچه بهتر و کامل‌تر توسط سرپرستان صورت گیرد، بهزیستی از سرپرستان، ضمانت شخص ثالث را در مورد آن قرارداد و برای آثار مختلف آن طلب می‌کند و با توجه به اینکه تعهدات سرپرستان در مورد نگاهداری و تربیت و پرداخت نفقه تعهداتی هستند که قابل واگذاری به غیر نمی‌باشند این نوع ضمانت برای جبران خسارت‌های ناشی از عهدشکنی سرپرستان می‌باشد نه اجرای مستقیم تعهدات ناشی از قرارداد.

البته باید این مسأله را نیز در نظر داشت که با توجه به اینکه تعهدات سرپرستان، تعهداتی غیرمالی و از نوع تعهد به وسیله می‌باشد و این نهاد برای تعهدات مالی و به نتیجه مورد استفاده قرار می‌گیرد، تضمین ثالث تطابق کاملی با نهاد تضمین حسن انجام کار ندارد.

ب. ضمانت اجرای تضمین ثالث

والدین واقعی کودک در قبال فرزندان خود تعهداتی دارند که در صورت کوتاهی در انجام آنها ضمانت اجرایی روبرو خواهند شد؛ لذا به طریق اولی اشخاصی هم که سرپرستی کودکان را بر عهده می‌گیرند

^{۴۷} غمامی، مجید. پیشین، ص ۹۸

^{۴۸} کاتوزیان، ناصر. پیشین

در صورتی که در انجام وظایف خود کوتاهی نمایند، مشمول ضمانت اجراهایی که در مورد والدین متخلف می باشد، خواهند شد؛ که البته تخلف سرپرستان پای ضامن را نیز به میان خواهد کشید و مسئولیت‌هایی را برای او به‌عنوان ضامن ایجاد خواهد کرد.

از آنجا که تعهد ضامن برگرفته از تعهدات سرپرستان است، علت عدم انجام وظایف ایشان در قبال کودک تحت سرپرستی در میزان و نوع مسئولیت ضامن مؤثر خواهد بود. که عدم انجام وظایف ممکن است ناشی از دلایل مختلفی مانند کوتاهی و تخطی از اجرای وظایف یا فوت آن‌ها باشد.

در صورت فوت سرپرست

با مرگ انسان، حقوق و تعهدات وی به وارث منتقل می‌شود و آن‌ها ذی‌حق در استیفای حقوق و مسئول اجرای تعهدات مورث خود می‌باشند، مگر تعهداتی که قائم به شخص متوفی بوده و غیر قابل انتقال بوده است.^{۴۹} مطابق قانون مدنی؛ حضانت، حق و تکلیف ابوبین است و بر طبق ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی: «در صورت فوت تکیه‌آب‌بویحضانتتظفلبا آنکهزندهاستخواهدبودهرچندمتوفی پدرتظفلبودهوبرایاوقیممعینکردهباشد.» که قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدون سرپرست در ماده ۲۰ تکلیف کودک تحت سرپرستی را مشخص نموده است. بدین صورت که ممکن است کودک به زوجی که زنده است یا شخص ثالث سپرده شود. در مورد انفاق قبلاً گفته شد که دادن هزینه حضانت بر عهده پدر و مادر است و در راستای انفاق به اقارب این وظیفه بر عهده اجداد پدری و مادری قرار می‌گیرد. ولی چون فرزندخواندگی عرفی نهاد حقوقی است که به واسطه آن رابطه خاصی بین زن و مرد سرپرست یا احد از آن‌ها از یک سو و فرزند وی که شرعاً یا طبعاً (از نظر ژنتیک) متعلق به آن‌ها نیست، از سوی دیگر ایجاد می‌شود؛ کودک به سرپرستی و فرزندخواندگی پذیرفته می‌شود که با اجداد و فرزندان و نواده‌های سرپرست خود هیچ نسبتی ندارد.^{۵۰} بنابراین تکلیف به پرداخت نفقه با فوت سرپرستان ساقط می‌گردد.

قیمومت سمتی است که به میراث نمی‌رسد و با فوت قیم پایان می‌پذیرد. وانگهی قیمومت نوعی نمایندگی است و قواعد و کالت درباره انحلال آن رعایت می‌شود و می‌دانیم که وکالت با فوت وکیل منحل می‌گردد (بند ۳ ماده ۶۷۸ قانون مدنی). حجر قیم نیز مانند فوت او باعث پایان یافتن قیمومت شود. قیم، بدون اینکه نیاز به حکم دادگاه باشد، از سمت خود منزل می‌شود و دادگاه تنها می‌تواند این انزال را اعلام کند. ماده ۱۲۴۹ قانون مدنی در این زمینه اعلام می‌کند که: «اگر قیم مجنون یا فاقد رشد گردد منزل می‌شود».^{۵۱}

^{۴۹} میر داماد، سید مصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۱۹۱

^{۵۰} کاتوزیان، ناصر. پیشین، ص ۳۹۵

^{۵۱} همان، ص ۳۰۴ و صفایی، سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی پیشین، ص ۳۰۱ و محمد نبی، انتقال یا عدم انتقال حقوق به ارث، ص ۱۸۴

بنابراین، با توجه به اینکه امر حضانت (تربیت و نگهداری)، انفاق به اولاد و حق قیمومت از حقوقی است که قائم به شخص هست و قابل وارث و انتقال نمی‌باشد. لذا این تعهدات به شخص ضمانت کننده منتقل نمی‌گردد و از طرفی نیز نهاد سرپرستی با فوت سرپرستان منحل می‌گردد و رابطه‌ای دیگر وجود نخواهد داشت که بتوانیم ضمان را مسئول بدانیم. در نتیجه باید قائل به عدم مسئولیت ضامن شویم.

در صورت تخلف سرپرست

زوجین می‌بایستی به تعهدات خود در قبال کودک عمل نمایند و در نگهداری و تربیت وی همت گمارند و نفقه وی را پرداخت نمایند. در گفتار دوم بیان شد که ضمانت اجرای تخلف زوجین از انجام وظایف و تعهدات خود می‌تواند بصورت حقوقی یا کیفری باشد.

اگر سرپرستان به تعهدات خود عمل کنند، تعهد ثالث پایان می‌پذیرد چه به این ترتیب او به عهد خود وفا کرده است. ولی بحث، جایی است که سرپرستان به وظایف خود عمل نکرده باشند.

در بحث تعیین ماهیت ضمانت ثالث از تعهدات زوجین گفته شد که ماهیت این نوع تعهد با نهاد ضمان حسن اجرای کار مطابقت دارد. در ضمان حسن اجرای کار گفته شد این ضمانت ممکن است در اجرای تعهدهای مستقیم ناشی از قرارداد باشد که ممکن است مورد ضمانت قرار گیرد. یا ممکن است تعهد ضامن به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد باشد.

همان‌طور که بارها به این مسأله اشاره شد، اصل تعهدات سرپرستان در امر نگهداری و تربیت کودک تحت سرپرستی، غیرمالی و مباشرتی است که قابل انتقال به دیگری نیست و در مورد پرداخت نفقه نیز گفته شد که جزء نفقه اقارب محسوب می‌شود و قابل ضمان نیست؛ بنابراین، نمی‌توان شخص ثالث را ضامن و مسئول نگهداری، تربیت طفل، دادن هزینه حضانت و نفقه او دانست. ولی می‌توان از وی به علت عدم ایفای تعهد مطالبه خسارت نمود و اگر در قرارداد بین سازمان بهزیستی و شخص تضمین کننده وجه التزامی نیز قرار داده شده باشد ثالث صرف نظر از میزان خسارت، می‌بایستی وجه التزام را پرداخت نماید.

در خصوص محکومیت‌های کیفری نیز باید گفت که این نوع محکومیت‌ها با توجه به اصل شخصی بودن مجازات‌ها متوجه دیگری نمی‌گردد و نمی‌توان مسئولیت کیفری این تعهدات را در مورد ضامن اجرا نمود.

نتیجه‌گیری

همان‌گونه که در مقدمه گذشت، این تحقیق در پی پاسخ دادن به این پرسش است که ماهیت ضمان از تعهدات زوجین توسط ثالث (تضمین کننده) چیست؟ و با تعیین ماهیت این نوع تعهد، در صورت تخلف، آیا این تعهدات به شخص تضمین کننده منتقل می‌گردد؟

پذیرش کودکان بی سرپرست و یتیمان به فرزند، خواه به منظور کمک به آنان و خواه در جهت رفع نیازهای معنوی پدران و مادرائی که به هر دلیل فاقد فرزند هستند، از دیرباز در جوامع بشری معمول و مرسوم بوده است. از این رو، پذیرفتن فردی که فرزند واقعی و طبیعی زوجین محسوب نمی گردد، تحت عنوان سرپرستی در جوامع گوناگون از سابقه ای طولانی برخوردار است. امروزه فرزندخواندگی در کشورهای گوناگون جهان امری معمول و متداول و رایج هست و در حقوق کشورهای مختلف راهکارهایی برای حمایت از فرزندخوانده ها و خانواده های جدید و قدیم ایشان راهکارهایی پیشنهاد شده است.

بین فرزند واقعی و فرزند حکمی یا ظاهری تفاوت هایی وجود دارد و آن این است که پیوند موجود بین فرزند حقیقی و پدر و مادر وی پیوندی طبیعی و ناگسستنی است و رابطه حقوقی بین آنها هرگز از بین نخواهد رفت، ولی پیوند بین فرزند و پدر و مادر خوانده عرفی به آن محکمی نیست و عواملی نظیر انحلال خانواده و غیره بسته به سیاست قانون گذار، ممکن است رابطه حقوقی موجود را زایل کند. حتی ممکن است که والدین مجازی کودک پس از مدتی از انجام وظایف خود در قبال کودک سرباز بزنند و حتی ممکن است حیات خود را از دست دهند. لذا، قانون گذار سعی نموده که احتمالات مذکور را در نظر گرفته و تا حد ممکن از ورود صدمه به کودک ممانعت به عمل بیاورد.

بنابراین متقاضیان سرپرستی مکلف بودند که برای حمایت از کودک و ایجاد یک اطمینان خاطر جهت اینکه آنها به وظایف و تکالیف خود در قبال کودک عمل می کنند؛ تضمینی بدهند. که این تضمین، یک تضمین شخصی باشد.

تضمین ثالث تضمین محکم و مطمئنی نبود و کارکرد مؤثری نداشت زیرا، همان طور که گفتیم این ضمانت شباهت زیادی به نهاد ضمان به حسن اجرای کار داشت و با توجه به اینکه تعهدات والدین، تعهداتی بود که قائم به شخص خود آنهاست و قابل انتقال به غیر نیست؛ ثالث به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد محکوم می شد. و از طرفی این احتمال نیز می رفت که ثالث به علت عدم ملاتت کافی قادر به جبران خسارت مالی نباشد. بنابراین، این تضمین نمی توانست کل خسارت خصوصاً خسارت معنوی که از این راه به کودک وارد می شد را جبران نماید. بنابراین، جایگاه حقوقی درستی برای نهاد تضمین ثالث وجود نداشت که این باعث شد، قانون گذار با تصویب قانون جدید این تضمین، حذف و بحث بیمه عمر را مطرح نماید که به موجب این قانون سرپرست موظف به بیمه ساختن خویش به نفع کودک تحت سرپرستی می باشد که با این اقدام گامی روبه جلو برداشت.

با این حال بر این قانون نیز باید انتقاداتی وارد ساخت و آن این است که این قانون برای سرپرستی کودک، تضمینات مالی زیادی در نظر گرفته است و مواد زیادی از این قانون به این امر اختصاص داده شده است. در حالی که در خانواده های طبیعی نیز همیشه همه چیز ایده آل نیست و خانواده ممکن است با مشکلات مالی زیادی

روبرو باشند اما خانواده باوجود این مشکلات به بقای خود ادامه می‌دهد و قانون‌گذار بهتر بود حد تعارف را رعایت می‌کرد. چون اشخاص زیادی هستند که خواهان کودکی از بهزیستی هستند ولی امکان فراهم نمودن تمامی تضمینات مذکور در قانون نیستند.

با توجه به قانون حمایت از کودکان مصوب ۱۳۵۳ یکی از مباحث بحث‌برانگیز این بود که اگر طفل فاقد پدر یا جد پدری بود یا در صورت وجود، امکان ولایت منتفی باشد مانند اینکه شناسایی نشده یا ولایت آن‌ها ساقط شده؛ آیا ولایت بر طفل به پدرخوانده منتقل می‌گردد یا خیر؟ در این مورد برخی قائل به عدم تسری ولایت هستند برای توجیه سخن خود به وضعیت مادر و قیم و وصی اشاره می‌کنند که هیچ‌کدام حائز سمت ولایت نمی‌شوند. دکتر شریعتی نسب در این باره بیان می‌دارد که: «این قیاس درست نیست زیرا هیچ‌کدام از این افراد قرار نیست سمت پدری را بر عهده بگیرند تا صحبتی پیرامون حقوق پدران در رابطه با آن‌ها شکل بگیرد و کارکرد قیمومت و وصایت مشخص است و در حدود آن نیز دارای اختیار می‌باشند».^{۵۲}

در حالی که قانون‌گذار با تصویب قانون جدید، این سمت را قابل تسری به سرپرستان ندانسته است و به جای سمت ولایت، نهاد قیمومت را جایگزین این نهاد نموده است؛ که سپردن اموال و دارایی کودک به سرپرست به عنوان قیم نیز نیازمند وجود شرایطی است و ضمن اینکه قیم دارای اختیارات محدودتری نسبت به ولی قهری است و می‌بایستی تحت نظارت دادستان به بسیاری از امور مربوط به اداره اموال و دارایی کودک اقدام نماید.

در حالی که در نهاد سرپرستی گفته شد که پدرخوانده عرفی در حکم پدر کودک محسوب می‌شود و اینکه با توجه به قابلیت سقوط حقوق ولی که خود دال بر غیر انحصاری بودن و نگاهی کارکردگرا به سمت ولایت است باید قائل به تسری این سمت بود. به فرض هم که این سمت قابل تسری به سرپرستان نباشد. باز در این حالت نیز، از قاعده انحصاری بودن ولایت به پدر تخطی صورت نگرفته است زیرا همان‌طور که قبلاً هم گفته شد سرپرستان در حکم والدین کودک محسوب می‌شوند. و آن‌ها موظف‌اند همانند کودک واقعی خود با فرزندخوانده برخورد نمایند و خانواده‌ای مشابه با خانواده واقعی ایجاد کنند؛ بنابراین بهتر بود قانون‌گذار به این مسأله توجه بیشتری مینمود و این سمت را برای سرپرستان نیز می‌شناخت؛ و همانند والدین واقعی کودک با آن‌ها برخورد می‌کرد تا باعث دلگرمی بیشتر سرپرستان شود.

صادقی مقدم، محمدحسن و شریعتی نسب، صادق. انفاق در فرزندخواندگی در حقوق ایران و فرانسه، ص ۱۱۷^{۵۲}

از مباحثی که در سرپرستی و فرزندخواندگی ممکن است مطرح شود بحث ضمانت اجرای تخلف سرپرستان از تعهدات خود در قبال کودک است که تا قبل از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مطرح نبود؛ زیرا سرپرستان در حکم والدین کودک تلقی می‌شدند و همان ضمانت‌اجراهایی که مشمول والدین حقیقی طفل در صورت استتکاف از وظایفشان در قبال فرزند می‌شد در خصوص سرپرستان صدق می‌کرد. ولی با تصویب قانون جدید حمایت از خانواده، قانون‌گذار در تبصره ماده ۵۳ به صراحت، ضمانت اجرای کیفری که در صورت استتکاف از دادن نفقه طفل مشمول والدین می‌شود را مشمول سرپرستان کودک نیز قرار داده است. در باب حضانت گرچه این صراحت وجود ندارد ولی با توجه به استفاده از عنوان «مسئول حضانت» در ماده ۵۴ و ماده قبلی می‌توان گفت سرپرستان را نیز شامل خواهد شد؛ که این خود یکی از نکات قوت این قانون است.

البته اگر قانون‌گذار با توجه به اینکه قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست را جدیداً به تصویب رسانده، سعی می‌نمود مسائل مربوط به سرپرستی و فرزندخواندگی را در همین قانون به صورت یکجا بیان می‌نمود مناسب‌تر بود؛ زیرا تا حدود زیادی از سردرگمی، جلوگیری و باعث تسهیل دسترسی به مسائل مربوط سرپرستی می‌شد و سرپرستان با مطالعه قانون جامع پیرامون سرپرستی و فرزندخواندگی با آگاهی و آشنایی کامل نسبت به شرایط و ضوابط و ضمانت‌اجراهای ناشی از استتکاف از وظایف خود در قبال کودک اقدام به فرزندخواندگی عرفی نمایند؛ زیرا همان‌طور که می‌دانیم اشخاص عادی که در جامعه ما زندگی می‌کنند تسلط کاملی بر قوانین و محتوای آن‌ها ندارند و این باعث می‌شود که سرپرستان با آگاهی کاملی از این نهاد و ضمانت‌اجراهایی که در خصوص این نهاد وجود دارد کودک را به سرپرستی بگیرند ...

فهرست منابع

کتاب‌ها :

۱. ابن قدامه، عبدالله ابن احمد. المغنی، ج ۴، بیروت، انتشارات دارالفکر، بی‌تا، ص ۳۵۲
۲. اردبیلی، محمدعلی. حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ چهاردهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵
۳. افتخاری، جواد. حقوق مدنی (۳) کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۲۱۷
۴. بهرامی احمدی، حمید. حقوق تعهدات با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص ۴۰۰
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ضمان عقدی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶
۶. جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۶، چاپ هفتم، قم، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۷۹ م

۷. حائری (شاهباغ)، سید علی. شرح قانون مدنی، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶
۸. ذهنی تهرانی، محمدجواد. المباحث الفقیه فی شرح الروضیة البهیمة، ج ۱۳، چاپ سوم، قم، وجدانی، ۱۳۷۷
۹. سنهوری، عبدالرزاق. دوره حقوق تعهدات ترجمه الوسیط فی شرح القانون مدنی، ترجمه دانش کیا، محمد محسن. دادمرزی، سید مهدی. چاپ اول، قم، انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲
۱۰. شریعتی نسب، صادق. فرزندخواندگی، چاپ اول، تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰
۱۱. شهیدی، مهدی. حقوق مدنی شروط ضمن قرارداد، ج ۴، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶
۱۲. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله. حقوق خانواده قرابت و نسب و آثار آن، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰
۱۳. صفایی، سید حسین، قاسم زاده، سید مرتضی. حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱
۱۴. طاهری، حبیب الله. حقوق مدنی (۵)، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا ص ۴۷۸
۱۵. عبادی، شیرین. حقوق کودک، چاپ هفتم، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۷
۱۶. کاتوزیان، ناصر. حقوق خانواده، ج ۱، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳
۱۷. کاتوزیان، ناصر. حقوق خانواده، ج ۲، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲
۱۸. کاتوزیان، ناصر. حقوق خانواده، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۵۷
۱۹. قاسم زاده اصل، سید مرتضی. حقوق مدنی مختصر حقوق قراردادها و تعهدات، چاپ هشتم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۱، ص ۱۶۰
۲۰. میرداماد، سید مصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده، چاپ نهم، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۳۸۱

مقالات:

۱. احمدی قوهکی، عبدالکریم. تحلیلی از ضمان عقدی به عنوان ماهیت حقوقی برخی از ضمانت های شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد، گواه، شماره ۱۳، ۱۳۸۷
۲. ایزانلو، محسن. تعهد به فعل ثالث، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و هفت، شماره ۱، ۱۳۸۶

۳. سوکی، آذر. اصل نسبی بودن آثار قراردادها و تعهد به فعل ثالث در حقوق موضوعه ایران، نامه الهیات، شماره ۷، ۱۳۸۸، ص ۵۸-۵۹
۴. صادقی مقدم، محمدحسن و شریعتی نسب، صادق. انفاق در فرزندخواندگی در حقوق ایران و فرانسه، نامه مفید، شماره ۹۴، ۱۳۹۱
۵. صفایی، سید حسین. تعهد به حسن اجرای قرارداد (ضمانت)، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، ۱۳۴۹
۶. طاهری‌نیا، احمد. پژوهشی در حضانت کودک، نشریه فقه، سال یازدهم، شماره ۴۱، ۱۳۸۳، ص ۶۳-۶۴
۷. غمامی، مجید. ضمان حسن اجرای قرارداد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۳، ۱۳۷۸
۸. کنعانی، محمد طاهر. تعهد به فعل ثالث، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره بیست و شش، شماره ۳، ۱۳۸۸
۹. گل‌عنبری، صابر. بررسی آثار کفالت در مذاهب خمس، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، ص ۳۴
۱۰. محمد نبی، حسین. انتقال یا عدم انتقال حقوق به ارث، فصلنامه حق «مطالعات حقوق و قضایی»، شماره ۸، ۱۳۶۵

قوانین و مقررات

۱. آرای دیوان عالی کشور
۲. قانون مدنی
۳. قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست
۴. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست
۵. قانون حمایت خانواده
۶. قانون مجازات اسلامی