

نوشته: دکتر سید حسین صفائی

تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)

تفسیر رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۲۲/۱۲/۴۱

«بشرح مستند دعوی که طبق آن اجرائیه ثبتی صادر شده فرجامخوانده حسن انجام تعهد پیمانکار را عهده‌دار شده و ملتزم گردیده که هرگونه خسارات ناشی از پیمان را بسود اداره غله و نان متحمل شود. باین عنوان فرجامخوانده متعهد است که اعمالی را انجام دهد و تطبیق این تعهد با باب ضمان (بشرح مقررات قانون مدنی) بطوریکه درحکم فرجامخواسته بیان شده صحیح نیست ولو فرضاً فرجامخواه ضامن و پیمانکار مضمون‌عنه نامیده شده باشند و چنانکه درحکم شماره ۲۶۱۸ - ۲۴/۷/۴۰ شعبه ۶ دیوان عالی کشور توضیح داده شد داد و ستد گونی مورد بحث مفروغ عنه است و اختلاف درآنست که پیمانکار گونیهای دریافتی را پس داده یا نه دراین زمینه فرجامخوانده تقاضای رسیدگی و سراجعه بدفاتر متعهدله را نموده و دادگاه مکلف بوده بقضیه وفق مدارک و اسناد مورد استناد طرفین رسیدگی و معلوم دارد که چه مقدار گونی ازطرف اداره غله و نان دراختیار پیمانکار قرار داده شده و از گونیهای مزبور چقدر مستردشده و باقی دارد یا نه تا درنتیجه صحت صدور اجرائیه یا عدم صحت آن کلاً و یا جزئاً معلوم و آنگاه تصمیم شایسته اتخاذشود. بنابراین حکم فرجامخواسته مخدوش است...»

۱ - مجموعه رویه قضائی کیهان، آراء هیئت عمومی از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲،

قراردادی بین اداره غله گرگان و شخصی به نام حاج یوسف بموجب سند رسمی مورخ ۲۳/۷/۴ برای تحویل گندم و جو تنظیم میگردد و در قرارداد مزبور اداره غله متعهد میشود تعداد لازم کیسه گونی بمنظور حمل غله در اختیار حاج یوسف پیمانکار بگذارد و نامبرده تعهد میکند پس از تحویل گندم و جو کیسه ها را بازگرداند و در صورتی که کیسه گونی ها مفقود گردد بهای آنها را بقرار هر کیسه گونی ۳ ریال به اداره غله کارسازی دارد. ضمناً در همان سند شخص دیگری ضمانت پیمانکار را می نماید. پس از چندی اداره غله و نان باستناد قبوض انبار مدعی میگردد که تعداد ۴۴۷۷ تخته کیسه گونی تحویل شده به حاج یوسف مسترد نگردیده و برای دریافت بهای آن تقاضای صدور اجرائیه علیه ضامن مینماید و اجرائیه ثبتی در تاریخ ۱۴/۶/۳۴ صادر میگردد. ضامن به اجرائیه تمکین نکرده از دادگاه شهرستان گرگان ابطال اجرائیه و توقیف عملیات اجرائی را درخواست مینماید و ضمن دادخواست خود اظهار میدارد که «تحویل گردیدن کیسه ها به متوفی (حاج یوسف پیمانکار) برفرض اینکه ثابت تلقی شود چون بقای آن مورد تصدیق نیست برای رسیدگی به تحویل کیسه ها و عدم رد آن درخواست رجوع امر بکارشناس میشود و چون دعوی بر میت است طبق ماده ۳۳۳ قانون مدنی و ماده ۲۳ و سایر مواد آئین دادرسی مدنی درخواست اتیان سوگند میشود و مستندات و قبوضی که اداره غله و نان باستناد آنها مدعی عدم استرداد گونیها شده است هشت فقره آن امضاء حاجی یوسف را ندارد که ایجاد الزامی برایش بنماید...».

دادگاه شهرستان گرگان قرار توقیف عملیات اجرائی را صادر و پس از رسیدگی بموضوع بدلائل زیر خواهان را محکوم به بیحقی مینماید: ۱ - استناد خواهان باینکه چند قبض از قبوض گونی بامضای حاج یوسف نبوده تا مشارالیه الزام بانجام تعهد داشته باشد موجه نیست زیرا با توجه به دلائل موجود در پرونده / ۱۲۰۰۰ کیسه گونی به حاج یوسف تحویل شده و مورد مطالبه اداره غله بیش از ۴۴۷۷ گونی

نیست؛ ۲ - درخواست اتیان سوگند با توجه بماده ۳۳۵ قانون مدنی از لحاظ اینکه طرف دعوی دولت است بيمورد میباشد؛ ۳ - دلیلی بر استرداد گوئیها با اداره غله ابراز نشده است.

وکیل خواهان از این رأی پژوهش میخواهد و شعبه اول دادگاه استان مازندران بافسخ حکم بدوی رأی بر بطلان اجرائیه صادر و پژوهش خوانده را به پرداخت خسارت به پژوهش خواه محکوم میکند. از این رأی، پژوهش خوانده (اداره غله گرگان) فرجام میخواهد و شعبه هشتم دیوان عالی کشور در رأی فرجامی خود حکم با بطلان اجرائیه را ناصحیح و مخدوش تلقی کرده با تفاق آراء نقض مینماید و رسیدگی بموضوع را به شعبه سوم دادگاه استان مازندران واگذار میکند. و این شعبه پس از رسیدگی به موضوع مانند شعبه اول حکم پژوهش خوانده را فسخ و رأی بر بطلان اجرائیه صادر و اداره غله و نان را به پرداخت حق الوکاله مرحله بدوی و پژوهشی و هزینه دادرسی محکوم میکند.

از این رأی نیز فرجام خواهی میشود و این بار شعبه ۶ دیوان عالی کشور به پرونده رسیدگی و حکم فرجام خواهی را نقض و رسیدگی را به شعبه دوم دادگاه استان مازندران ارجاع میکند. در واقع شعبه ۶ دیوان عالی کشور نظر شعبه ۸ این دیوان را تأیید مینماید. شعبه دوم دادگاه استان مازندران باستناد اینکه ضمان مزبور ضمان مالیم یجب و مخالف مادتهای ۶۸۴ و ۶۹۱ و ۶۹۲ قانون مدنی است، حکم به بطلان اجرائیه که بزبان پژوهش خواه (ضامن) صادر شده میکند.

وکیل اداره غله و نان بار دیگر فرجام میخواهد و این بار مسأله در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح میشود و با صدور رأیی که در فوق ذکر شد حکم دادگاه تالی مبنی بر بطلان اجرائیه نقض میگردد.

مسأله مهمی که از نظر حقوق مدنی در این دعوی مطرح شده آن است که آیا

ضمانت از پیمانکار در برابر اداره غله و نان بشرحی که گفته شد صحیح بوده است یا نه اگر ضمانت صحیح باشد و نیز معلوم باشد که مضمون عنه تعدادی گونی دریافت کرده و مسترد نداشته است اشکالی در صدور اجرائیه نخواهد بود. آنچه سرنوشت مسأله را تعیین میکند آن است که آیا قرارداد مذکور که در سند عنوان ضمانت به آن داده شده است در واقع منطبق با ضمان مصطلح در قانون مدنی و مشمول مقررات مندرج در مواد ۶۸۴ بعد این قانون هست یا خیر. هرگاه این قرارداد ضمان عقدی اصطلاحی محسوب شود ضمان مالم یجب محسوب و طبق ماده ۶۹۱ باطل است و چنانچه ضمان عقدی اصطلاحی نباشد باید آنرا صحیح تلقی کرد. برای روشن شدن مطلب نخست ضمان مالم یجب را مورد بحث قرار میدهم سپس درباره عدم انطباق قرارداد مذکور با ضمان مالم یجب و مبنای آن سخن میگوئیم.

الف - ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است یا ضمان مالم یجب

طبق ماده ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بعهده بگیرد». بنابراین مورد ضمان باید اولاً مال و ثانیاً ثابت در ذمه باشد.

عمل نیز میتواند مورد ضمان واقع شود، چنانکه شخصی تعهد کرده باشد خانه‌ای برای دیگری بسازد و یا نقشه‌ای برای او بکشد یا کالائی را از محلی به محل دیگر حمل کند و شخص دیگری انجام عمل متعهد را ضمانت نماید. این ضمان را میتوان مشمول ماده ۶۸۴ قانون مدنی دانست زیرا مورد تعهد در واقع مال ثابت در ذمه است هرچند که وجه نقد یا عین کلی دیگر نیست. لیکن ضمانت از عمل در صورتی صحیح است که مباشرت متعهد در آن شرط نباشد. مثلاً اگر خیاط یا خطاطی دوختن لباس یا خطی را تعهد کند و مباشرت او منظور و مشروط باشد، ضمانت از عمل صحیح نیست.^۱

۱- جواهر الکلام، متاجر، کتاب الضمان، بحث دوم در حق مضمون به؛ - عروة الوثقی
بقیه پاورقی در صفحه بعد

مورد ضمان ممکن است دین مستقر یا متزلزل باشد. بنابراین همانطور که ضمان دین ناشی از قرض و بیعی که خیار فسخ در آن نیست صحیح است، ضمان از مشتری نسبت به ثمن در مدت خیار نیز صحیح و معتبر است، چه در این مورد دینی در ذمه مضمون عنه وجود دارد هر چند که متزلزل است و ممکن است بر اثر اخذ بخیار و انحلال عقد ساقط گردد. ماده ۶۹۶ قانون مدنی میگوید: «هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد». همچنین ضمان مهر قبل از دخول صحیح است، اگر چه نصف آن متزلزل می باشد و ممکن است در نتیجه طلاق قبل از دخول از عهده شوهر ساقط گردد. همینطور است ضمان مال الاجاره قبل از انقضاء مدت^۱.

مسئله ای که مورد بحث فقهای اسلامی واقع شده اینست که اگر دین ثابت در ذمه نباشد لیکن به ثبوت در ذمه منتهی شود و بعبارت دیگر اگر سبب دین بوجود آمده ولی خود آن هنوز در ذمه ثابت نشده باشد آیا ضمان صحیح است. مثلاً بین فقها اختلاف است که آیا مال مورد جعاله قبل از انجام عمل و مال مورد سبق

بقیه پاورقی از صفحه قبل

کتاب الضمان، ص ۸۷؛ - وسیلة النجاة سید ابوالحسن اصفهانی، ج ۲ چاپ ۱۳۶۴ قمری، کتاب الضمان، ص ۱۴۲؛ - جزوه ضمان دکتر عمید، ص ۶۲. صاحب عروة الوثقی در تعریف ضمان میگوید «و هو التعهد بالمال عیناً او منفعة او عملاً».

۱ - برای مطالعه بیشتر درباره حق مضمون به و عقاید و نظرات مختلف در این باب به

کتاب زیر رجوع شود:

جواهر الکلام، متاجر، کتاب الضمان، بحث دوم در حق مضمون به؛ حدائق، ج ۶ ص ۲۹۷ بیعد؛ - مناہج المتقین مامقانی، ص ۲۷۵؛ - مسالک، کتاب الضمان، در حق مضمون به؛ - تذکره علامه، در حق مضمون به، ص ۱۰۲؛ - مفتاح الکرامه، کتاب الضمان، ص ۳۶۷ بیعد؛ - جامع الشتات، کتاب الضمان، ص ۲۱۱؛ - عروة الوثقی، کتاب الضمان، شرط هشتم، ص ۸۹ بیعد؛ - دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۵۸ بیعد؛ - دکتر عمید، جزوه ضمان، ص ۶۳ بیعد.

و زمانه قبل از برنده شدن در اسب سواری یا تیراندازی آیا می‌تواند مورد ضمان قرار گیرد. عقاید فقها در این باب مختلف است. بعضی ضمان را در این مورد صحیح دانسته و بعضی دیگر آنرا ضمان مالیم یجب و باطل تلقی کرده‌اند. طرفداران صحت ضمان مال الجعالة قبل از عمل میگویند: جعالة اگرچه عقد جایز است و مال با پایان عمل در ذمه جاعل قرار میگیرد و تا هنگامی که عمل پایان نیافته حقی برای طرف قرارداد نیست، مع هذا عقد سبب^۱ دین است و مال الجعالة به ثبوت در ذمه منتهی میشود، پس مانند ثمن در مدت خیار است. پاسخی که باین استدلال داده شده آن است که در جعالة عقد سبب دین نیست بلکه عقد و عمل با هم سبب هستند و عقد به تنهایی جزء سبب است و فرق بین این مورد و ثمن در زمان خیار واضح است زیرا ثمن ثابت در ذمه است اگرچه متزلزل میباشد، لیکن مورد جعالة قبل از اتمام عمل اصلاً ثابت در ذمه نیست. بنابراین ضمان در این مورد ضمان مالیم یجب محسوب و باطل است.

طرفداران صحت به آیه «ولمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم»^۲ نیز استناد میکنند. این آیه مربوط به داستان یوسف است که بفرمانروائی مصر رسید و هنگامی که برادرانش که به او ستم کرده بودند نزد او رفتند آنان را گرامی داشت و به ایشان گندم داد ولی برای اینکه برادر تنی خود بنیامین را نزد خویش نگاهدارد، در موقع مراجعت برادران دستور داد پیمانۀ زرین را در بار بنیامین گذارند سپس سنادی ندادند

۱- «سبب چیزی است که بحسب اقتضاء ذاتش از وجودش وجود و هم از عدسش عدم لازم آید» (استاد محمود شهابی، قواعد فقه، چاپ ۱۳۳۳، ص ۳۳) مثلاً آتش سبب سوختن است و هرگاه شرایط سوختن مانند نزدیک بودن آتش به چوب و خشک بودن آن موجود و مانع (مانند رطوبت) مسقود باشد آتش اثر خود را می‌بخشد. بعضی بجای سبب کلمه مقتضی را بکار برده‌اند. صاحب عروة الوثقی در باب ضمان گفته است:

«و يمكن ان يقال بالصحة اذا حصل المقتضى للثبوت وان لم يثبت فعلا (عروة الوثقی

کتاب الضمان، شرط هشتم، ص ۹۸) بنابراین، سبب و مقتضی دو کلمه مترادف است.

۲- آیه ۷۲ از سوره یوسف.

پیمانۀ زرین شاه گم شده «و هر که آنرا بیاورد یک بار شتر غله خواهد گرفت و من ضامن اویم»^۱.

و نیز این عده به حدیث نبوی الزعیم غارم (ضامن مسئول است) استناد کرده اند و صاحب مختلف ضرورت و نیاز به این گونه ضمان را از دلائل صحت آن دانسته است. درباره سال سبق و مال الرمایه نیز همین بحث جاری است ولی در این خصوص بعضی از فقهاء قول به صحت را اقوی دانسته اند، بدلیل اینکه سبق و رمایه عقدی لازم است و با وقوع عقد دین لازم میشود پس ضمان آن صحیح و بی اشکال است.^۲ از آنچه گفته شد معلوم گردید که دینی میتواند مورد ضمان واقع شود که ثابت و موجود در ذمه باشد یا لااقل سبب آن ایجاد شده باشد و ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است و این ضمان اصطلاحاً ضمان مالیم یجب نامیده میشود.^۳ مثلاً اگر کسی بپذیری بگوید به فلانکس قرض بده یا نسبه بفروش و من ضامن اویم، این ضمان صحیح نیست. و نیز در مورد ودیعه و عاریه، هرگاه ودیعه و عاریه گیرنده ضمانت کند که در صورت تلف مال مورد ودیعه مثل یا قیمت آن را بدهد این ضمان، ضمان مالیم یجب و باطل است، زیرا عقد ودیعه و عاریه را نمیتوان سبب دین دانست مگر اینکه ضمان بعد از تحقق تعدی و تفریط از جانب ودیعه و عاریه گیرنده واقع شود که در این صورت چون تعدی و تفریط سبب اشتغال ذمه ودیعه یا عاریه گیرنده است

۱ - سید صدرالدین بلاغی، قصص قرآن، چاپ سوم، ص ۹۷.

۲ - مسالک، ج ۱، کتاب الضمان، در حق مضمون به.

۳ - بعضی از فقهاء در عین حال که ضمان دینی را که سبب آن ایجاد شده ولی خود آن هنوز فعلیت نیافته است ضمان مالیم یجب نامیده اند اعلام داشته اند که ضمان مالیم یجب همه جا باطل نیست و نص یا اجماعی بر بطلان آن در همه موارد وجود ندارد، هر چند که بطلان درالسنه شهرت یافته است؛ بلکه درباره ای موارد حکم بصحت آن کرده اند و درباره ای دیگر از موارد مسأله مورد اختلاف است (عروة الوثقی، مسأله ۳۸).

ضمان صحیح است ، هرچند که هنوز تلف محقق و دین در ذمه مضمون عنه ثابت نشده باشد^۱ .

ماده ۶۹۱ قانون مدنی در این زمینه از قول مشهور فقهاء پیروی کرده مقرر میدارد «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است» . شعبه ۶ دیوان عالی کشور نیز در یک رأی مورخ ۲۷/۷/۱ میگوید : «اگر در سق تنظیم قرارداد هنوز سبب دین (یعنی تخلف مضمون عنه از انجام اموری که بر عهده او مقرر شده و در صورت تخلف موجب اشتغال ذمه مشارالیه بوجه مذکور در قرارداد مقرر گردیده) وجود نداشته باشد ضمانت از این دین بموجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل است»^۲ .

بنابراین ، ضمان اصطلاحی مطابق قانون مدنی هنگامی صحیح است که یا دین در ذمه مضمون عنه بطور مستقر یا متزلزل ثابت باشد یا لاقلاً سبب آن ایجاد شده باشد . لیکن ممکن است قراردادی با عنوان ضمان منعقد شده باشد یا لاقلاً سبب آن ایجاد شده باشد و در واقع منطبق با ضمان اصطلاحی نباشد . بدیهی است که شرایط خاص ضمان در این مورد جاری نخواهد بود

ب - عدم انطباق قرارداد مورد بحث با ضمان مالم یجب و مینای صحت آن

در مورد دعوای ضامن حاج یوسف پیمانکار علیه اداره غله گرگان ، شعبه دوم دادگاه استان مازندران ، چنانکه گفتیم ، ضمان را ضمان مالم یجب دانسته و باستناد ماده ۶۹۱ قانون مدنی آنرا باطل اعلام کرده است . دادگاه مزبور در این مورد میگوید : «از مجموع معاهده طرفین در زمینه کیسه گونی و قبوض استنادی اداره غله گرگان مستفاد است که در تاریخ تنظیم قرارداد که همان تاریخ ضمان است هیچگونه

۱- حدائق ، ج ۶ ، ص ۳۰۰ - مناہج المتقین ، کتاب الضمان ، ص ۲۷۶ ؛ - عروة الوثقی
مسأله ۳۸ ، ص ۹۷ . در کتاب اخیر در این باب چنین آمده است : «و اما ضمان الاعیان الغیر -
المضمونه کمال المضاربة و الرهن والودیعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعدا و تفریط فلاحلاف
بیتم فی عدم صحته و الاقوی بمقتضی العمومات صحته ایضاً» .

۲ - مجموعه رویه قضائی احمد ستین ، قسمت حقوقی ص ۲۷۱ .

کیسه گونی به یوسف پیمانکار داده نشده و مقرر بوده بعداً داده شود لذا در تاریخ قرارداد ذمه پیمانکار نسبت به کیسه گونی مشغول نبوده است. عقد ضمان وقتی واقع و تحقق پیدا میکند که ذمه مدیون اصلی مشغول باشد و شرط تحقق ضمان چه آنرا ضم ذمه بذمه و یا نقل ذمه بدانیم اشتغال ذمه مدیون و مضمون عنه است. ذمه یوسف مشغول نبوده تا برائت ضمان ذمه پژوهشخواه مشغول گردد. بنابراین چنین ضمانتی نمیتواند مجوز مطالبه کیسه گونی از ضامن کذائی گردد و توهم اینکه یوسف متعهد شده پس از گرفتن کیسه گونی از اداره غله آنرا پس از حمل گندم وجو تحویل دهد و در صورتی که مفقود شده باشد بهای آنرا هر کیسه سی ریال کارسازی دارد و بعداً طبق رونوشت قبوض ابرازی اداره غله گونیهارا به پیمانکار داده و اشتغال ذمه مضمون عنه بعد از گرفتن کیسه ها حاصل گردیده نیز مصحح عقد ضمان نیست زیرا چنین ضمانتی ضمان مالم یجب است و ضمان مالم یجب نیز باطل میباشد...»^۱.

ممکن است بنظر شعبه دوم دادگاه استان مازندران ایراد شود که ضمان مزبور ضمان مالم یجب نیست زیرا سبب دین که عقد میباشد وجود داشته است: همانطور که در مورد جعاله عقد را سبب دین و عمل را شرط آن دانسته اند، در دعوی مذکور نیز عقد سبب ایجاد دین و تحویل کیسه گونی شرط آن است چه بموجب عقد پیمانکار تعهد کرده است پس از دریافت کیسه گونی و تحویل گندم وجو، کیسه ها را بازگرداند و در صورت فقدان، بهای آنرا کارسازی دارد. بنابراین قرارداد در اینجا سبب ایجاد تعهد است و تعهد چیزی جز دین نیست. البته این دین هنگامی در ذمه متعهد ثابت میشود که کیسه گونی از طرف اداره غله به پیمانکار تحویل گردد.

این ایراد در صورتی وارد است که تعهد حاج یوسف پیمانکار قبل از تعهد ضامن تحقق یافته باشد لیکن در دعوی مورد بحث تعهد اصلی و ضمان بموجب یک قرارداد و در یک زمان واقع شده و بنابراین نمیتوان گفت که در زمان وقوع

ضمان، سبب دین که قرارداد بین اداره غله و حاج یوسف پیمانکار باشد وجود داشته است، مگر اینکه فرض کنیم که ضامن سند را بعد از مضمون عنه امضاء کرده و بدین ترتیب قبل از وقوع عقد ضمان، قرارداد اصلی که سبب ایجاد دین است بسته شده است.

گذشته از این ایراد، اساساً تطبیق قرارداد مذکور با ضمان اصطلاحی، همانطور که هیئت عمومی دیوان عالی کشور نظر داده است، درست بنظر نمی‌رسد. هیئت عمومی در رأی مورخ ۲۲/۱۲/۴۱ که همه متن آن در آغاز بحث آورده شد اعلام داشته است: «تطبیق این تعهد با باب ضمان (بشرح مقررات قانون مدنی) بطوری که در حکم فرجامخواسته بیان شده صحیح نیست ولو فرجامخوانده ضامن و پیمانکار مضمون عنه نامیده شده باشند». در واقع هیئت عمومی دیوان عالی کشور بطور ضمنی قرارداد مذکور را صحیح شناخته و نظر دادگاه استان را در مورد بطلان آن رد کرده، هرچند که آنرا منطبق با ضمان اصطلاحی قانون مدنی ندانسته است. ممکن است سؤال شود که اگر قرارداد مذکور منطبق با ضمان اصطلاحی نیست پس چه قراردادی است و مبنای صحت آن چیست. پاسخ باین سؤال آسان است: قراردادی که منطبق با یکی از عقود معین نباشد در صورتی که واجد شرایط اساسی صحت معامله باشد و مخالف قواعد امری نباشد، طبق ماده ۱ قانون مدنی، صحیح و نافذ است. این ماده که ظاهراً از ماده ۱۳۴ قانون مدنی فرانسه^۱ گرفته شده است یک ماده اساسی است که معاملات و روابط قراردادی مردم را تسهیل میکند و از مقید شدن قراردادها به قالبهای عقود معین و تشریفاتی شدن عقود جلوگیری مینماید. طبق این ماد قراردادهای خصوصی هر نام و عنوان که داشته باشند در صورتی که مخالف صریح قانون، یعنی قواعد امری که مربوط به نظم عمومی است، نباشند، نافذ هستند

۱ - طبق بند اول این ماده «قراردادهائی که برابر قانون منعقد شده است نسبت به کسانی

که آنرا منعقد کرده اند در حکم قانون است».

عنوان در قرارداد مهم نیست؛ ممکن است قراردادی عنوان خرید و فروش یا ضمان داشته باشد ولی بیع یا ضمان اصطلاحی و تابع شرایط خاص این عقود نباشد. مثلاً اصطلاح معمول خرید خدمت که در واقع نوعی قرارداد کار و باصطلاح قانون مدنی اجاره شخص است یا فروش سرقتی در واقع خرید و فروش اصطلاحی و مشمول مقررات خاص بیع نیست بلکه قراردادی است که اصولاً مطابق ماده ۱ قانون مدنی صحیح و نافذ است.

بنابراین، نظر دیوان کشور در صحت قرارداد مورد بحث و عدم انطباق آن با ضمان اصطلاحی صحیح و مورد تأیید است هر چند که استدلال آن کامل نیست. اینگونه ضمانت که گاهی تعهد حسن انجام قرارداد نامیده میشود در بین مردم و مخصوصاً در معاملات مؤسسات دولتی رایج است و نمیتوان آنرا باطل تلقی کرد. در فقه اسلامی نیز بعضی از فقهاء ضمان دینی را که سبب آن ایجاد نشده صحیح دانسته و اعلام داشته اند که عمومات (مانند اوفوا بالعقود) آنها را شامل و صحت آنها را مقتضی است اگرچه این گونه قرارداد ضمان مصطلح نباشد.^۱

بدینسان ملاحظه میشود که هیئت عمومی دیوان کشور نظر شعبه دوم دادگاه استان مازندران را در مورد بطلان قرارداد مذکور نپذیرفته است. باید اضافه کرد که هیئت عمومی مانند شعبه ۶ دیوان عالی کشور به دادگاه مزبور ایراد گرفته که چرا مسأله بطلان قرارداد ضمانت را که مفروض غنیه بوده مطرح کرده است و بالاخره هیئت عمومی مانند شعب ۶ و ۸ دیوان حکم فرجامخواسته را بدلیل اینکه «دادگاه مکلف بوده بقضیه وفق مدارک و اسناد مورد استناد طرفین رسیدگی و معلوم دارد که چه مقدار گونی از طرف اداره غله و نان در اختیار پیمانکار قرارداده شده و از گونیهای مزبور چه قدر مسترد شده و باقی دارد یا نه تا در نتیجه صحت صدور اجرائیه یا عدم صحت آن کلاً یا جزئاً معلوم و آنگاه تصمیم شایسته اتخاذ شود» و این تکلیف را انجام نداده، نقض کرده است.