

# Feasibility of Guaranteeing Performance Obligations in Islamic Jurisprudence and Iranian Law: A Comparative Perspective

Ali Bitarafan<sup>1\*</sup>, Rabia Eskini<sup>2</sup>, Abdolmotaleb Ahmadzadeh Bazaz<sup>3</sup>

1. PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran.

\*Corresponding Author: Email: abbasimohammadmasood@gmail.com

2. Professor, Department of Law, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran.

Email: reskini@mofidu.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran.

Email: a\_ahmadzadeh@mofidu.ac.ir



S.D.I.L.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study



**Publisher:**  
Shahr-e Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/jlr.2024.428781.2509

**Received:**  
4 December 2023

**Accepted:**  
6 March 2024

**Published:**  
6 July 2025



## ABSTRACT

A critical legal requirement for economic actors is the ability to secure performance obligations. This study examines two potential guarantee mechanisms: (1) conventional guarantee (*ḍimān iṣṭilāḥī*) and (2) guarantee under Article 10 of the Iranian Civil Code, which invokes general contractual principles. Through descriptive-analytical methodology, the research assesses the feasibility of enforcing such guarantees. For an obligation to be legally guaranteed (*maḍmūn bih*), it must meet three conditions: (a) constitute recognized property (*māl*), (b) be performable by a third party, and (c) have its legal cause (*sabab*) established in the debtor's liability (*dhimma*). The analysis reveals that most contractual obligations satisfy these requirements, and since the Civil Code recognizes cause-based liability, their guarantee appears legally viable. However,

### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



uncertainties surrounding conventional guarantee structures and the expansive nature of obligational guarantees suggest that Article 10 provides a more robust foundation. Comparatively, advanced legal systems often implement guarantee mechanisms through unions or principal contractors acting on behalf of subcontractors, offering a potential model for development. This research concludes that while both guarantee methods are theoretically feasible, the flexibility of Article 10 makes it preferable for securing performance obligations in practice.

**Keywords:** Guarantee (Dīmān), Performance Obligation, Legal Cause (Sabab), Guaranteed Obligation (Maḍmūn Bih), Islamic Jurisprudence and Law.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "Guarantee of the commitment to do the work", Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran.

**Funding:**

The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Ali Bitarafan: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal Analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project Administration.

Rabia Eskini: Conceptualization, Methodology, Validation, Formal Analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project Administration.

Abdolmoteleb Ahmadzadeh Bazaz: Conceptualization, Methodology, Validation, Formal Analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project Administration.

**Competing interests:** The authors declare that they have no competing interests.

**Citation:**

Bitarafan, Ali, Rabia Eskini & Abdolmoteleb Ahmadzadeh Bazaz. "Feasibility of Guaranteeing Performance Obligations in Islamic Jurisprudence and Iranian Law: A Comparative Perspective". *Journal of Legal Research*, 24, no. 62 (July 6, 2025), 399-426.

### Extended Abstract

The ability to guarantee performance obligations constitutes one of the most essential legal needs of economic actors, especially in contractual relations involving service delivery or task execution. This study adopts a descriptive-analytical approach to examine the possibility of guaranteeing an obligation to perform an act within the framework of Iranian civil law and Imami jurisprudence. Two primary legal mechanisms are considered: (1) the conventional concept of guarantee (*ḍimān iṣṭilāḥī*), and (2) guarantee established under general contractual principles based on Article 10 of the Iranian Civil Code.

The nature of *ḍimān iṣṭilāḥī* has long been debated among Islamic jurists. Most Sunni scholars conceptualize it as *ḍamm al-dhimma ilā al-dhimma* (the addition of a liability to an existing obligation), whereas most Imami jurists interpret it as *naql al-dhimma ilā al-dhimma* (the transfer of liability from one party to another). The Iranian Civil Code aligns with the Imami position and treats guarantees as a transfer of liability. However, Article 723 of the Civil Code suggests that guarantees involving the addition of liability may be permissible when contractually agreed upon, raising the question of whether the Civil Code absolutely precludes additive guarantees or allows for contractual flexibility.

For an obligation to be guaranteed under the transfer-based model, it must meet three essential conditions: (1) the subject matter must be property (*māl*); (2) the act in question must be capable of being performed by someone other than the original obligor; and (3) the legal cause of the obligation must be established in the obligor's liability (*dhimma*). The first condition - whether the act can constitute property - remains contested. While Article 214 of the Civil Code distinguishes between "property" and "acts," a review of Islamic jurisprudence reveals that many jurists consider acts to fall within the conceptual scope of property.

The second condition addresses the executability of the obligation by a third party. In principle, most acts are performable by others unless specific exceptions apply, such as personal performance clauses or the unique incapacity of third parties to perform due to legal or physical constraints. Both legal and physical limitations - including lack of legal competence, bodily impairment, or psychological incapacity - may restrict substitution.

The third condition concerns the nature of the obligation itself: under prevailing jurisprudence, only generic obligations (*māl kullī*) can exist within the *dhimma*. However, this analysis suggests that what is transferred in a performance-based guarantee is not the act itself but the commitment to perform it - an inherently generic and transferable obligation.

Even if the traditional guarantee structure fails to accommodate performance

guarantees, Article 10 of the Civil Code provides an alternative contractual foundation. Critics argue that this article applies only to unnamed contracts and therefore cannot govern guarantees, which are named contracts. However, this interpretation is overly narrow. Article 10, by its generality, encompasses both named and unnamed contracts. Moreover, in cases where the essential elements of conventional guarantee are lacking, the resulting agreement is better characterized under Article 10 rather than invalidated outright.

There are compelling reasons to prefer using Article 10 as the legal foundation for performance guarantees. First, it avoids the doctrinal ambiguities associated with conventional guarantee mechanisms. Second, it allows for greater contractual autonomy, enabling parties to tailor the agreement to the specific demands of performance obligations without relying solely on supplementary laws.

Comparative legal analysis further supports this view. In more developed legal systems, performance guarantees are widely recognized and implemented through structures such as union guarantees or hierarchical contractor assurances. In such cases, higher-tier contractors or organizations guarantee the performance of lower-tier subcontractors. If the original obligor fails to fulfill their obligation satisfactorily and within the agreed timeline, the guarantor must ensure performance completion in accordance with contractual standards.

In conclusion, while conventional guarantee remains a valid legal mechanism under Iranian law, Article 10 of the Civil Code offers a more adaptable and comprehensive framework for addressing performance-based guarantees. Given the complexity and diversity of contemporary economic relationships, adopting Article 10-based guarantees ensures legal certainty and contractual flexibility aligned with both domestic needs and international best practices.

# امکان سنجی ضمانت از تعهد به انجام عمل در فقه و حقوق ایران با نگاهی به حقوق برخی از کشورهای دیگر

علی بی طرفان<sup>۱</sup>، ربیعا اسکینی<sup>۲</sup>، عبدالمطلب احمدزاده بزاز<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

\*نویسنده مسئول: abbasimohammadmasood@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

reskini@mofidu.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

a\_ahmadzadeh@mofidu.ac.ir

## چکیده:

یکی از مهم‌ترین نیازهای حقوقی فعالان اقتصادی، امکان ضمانت از تعهد به انجام فعل است. ضمانت از تعهد به انجام فعل به دو روش محتمل است. الف- ضمان اصطلاح؛ ب- ضمانت بر اساس قواعد عمومی و به استناد ماده (۱۰) قانون مدنی. در این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است، امکان ضمانت از تعهد به انجام فعل مورد مطالعه قرار می‌گیرد. برای اینکه عمل بتواند «مضمون‌به» قرار گیرد، باید شرایط ذیل را داشته باشد: الف- مال باشد؛ ب- انجام «عمل» مذکور توسط دیگری ممکن باشد و ج- سبب آن در ذمه ایجاد شده باشد. به نظر می‌رسد که شرایط مذکور در بسیاری از کارها موجود بوده و لذا با توجه به اینکه قانون مدنی ایجاد سبب را برای ضمان کافی دانسته است، ضمانت از بسیاری از آنها امکان‌پذیر است. با وجود این به دلیل تردیدهایی که نسبت به تحقق عناصر تشکیل‌دهنده ضمان مصطلح است و به خاطر گستره وسیع کارهایی که ممکن است از آنها ضمانت شود، بهتر است ضمانت‌های



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/ijr.2024.428781.2509

تاریخ دریافت:

۱۳ آذر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۴ اسفند ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱۵ تیر ۱۴۰۴

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



مذکور مبتنی بر ماده (۱۰) قانون مدنی باشد. در نظام حقوقی کشورهای پیشرو، اتحادیه‌ها و یا پیمانکارانی با رتبه بالاتر از پیمانکاران با رتبه پایین‌تر ضمانت می‌کنند.

## کلیدواژه‌ها:

ضمانت، تعهد به انجام عمل، سبب، مضمون‌به، فقه و حقوق.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «ضمانت از تعهد به انجام کار»، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

علی بی طرفان: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه. ربیعا اسکینی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه. عبدالمطلب احمدزاده بزاز: روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

### تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استناددهی:

بی طرفان، علی، ربیعا اسکینی و عبدالمطلب احمدزاده بزاز. «امکان‌سنجی ضمانت از تعهد به انجام عمل در فقه و حقوق ایران با نگاهی به حقوق برخی از کشورهای دیگر». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۴، ش. ۶۲ (۱۵ تیر ۱۴۰۴)، ۳۹۹-۴۲۶.

## مقدمه

اهمیت تعهد به انجام دادن کار بر کسی پوشیده نیست. در حقیقت اقتصاد عصر حاضر منوط به انجام یافتن کارهای مهمی است که تحت عنوان پیمانکاری صورت می‌پذیرد. اموری مانند انتقال فناوری از یک کشور به کشور دیگر، ساخت و تجهیز بیمارستان، کارخانه، فرودگاه، خط لوله، احداث ساختمان‌ها و صدها کار دیگر که رکن اقتصادی جامعه را تشکیل می‌دهد. با وجود اهمیت اقتصادی، اجتماعی و بین‌المللی تعهدات مذکور، گاهی پیمانکاران به تعهدات خود عمل نمی‌کنند و معضلاتی برای طرف مقابل ایجاد می‌کند. در نظام حقوقی ایران احتمال پیمان‌شکنی پیمانکارهای عمومی و دولتی بیش‌بینی شده و لذا قانونگذار در راستای جلوگیری از عهدشکنی آنها، راهکارهایی را اندیشیده است.

ماده (۳۴) شرایط عمومی پیمان این تضمین را پیش‌بینی نموده و بیان داشته است پیمانکار باید ضمانت‌نامه‌ای معادل ۵ درصد مبلغ اولیه پیمان، تسلیم کارفرما نماید؛ اما آیا این راه‌حل می‌تواند ضمانت اجرای مناسب برای اجرای پیمان‌های مهم باشد؟ آیا این ضمانت اجرا، متناسب با خواست و میل متعهدله است؟ احتیاج و نیاز متعهدله، دستیابی به نتیجه کاری است که متعهد نسبت به آن تعهد نموده است. به نظر می‌رسد که در شرایط خاص، به‌ویژه در تالاطم تورمی، دریافت مبلغ ضمانت‌نامه از بانک راه‌حل مناسبی نباشد؛ بنابراین باید با توجه به اصول و مبانی حقوقی راهکار مناسبی اندیشیده شود. بدیهی است راهکاری مناسب است که انجام یافتن کار را تضمین کند؛ بنابراین سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا شخصی دیگر می‌تواند تعهد یک شخص را نسبت به انجام دادن کاری ضمانت کند؟ اگر امکان ضمانت از انجام تعهد موجود باشد، آیا ضمانت مذکور تحت عنوان عقد ضمان امکان‌پذیر است یا خیر ضمانت مذکور بر اساس ماده (۱۰) قانون مدنی است؟ در کشورهای پیشرو چه راهکاری در این باره اندیشیده شده است. در این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی به سؤالات فوق پاسخ داده می‌شود.

### ۱- ضمانت عقدی (ضمان اصطلاحی) از تعهد به انجام عمل

اینکه آیا شخص ثالث می‌تواند تعهد به انجام عمل دیگری را تحت عنوان عقد ضمان، تضمین کند یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال باید امکان‌سنجی عمل به‌عنوان مضمون به مورد بررسی قرار گیرد.

#### ۱-۱- بایستگی‌های عمل به‌عنوان مضمون به

برای اینکه امری مضمون به قرار گیرد، باید دارای شرایط ذیل باشد: الف- اینکه مضمون به باید مال

باشد؛ ب- قابلیت در ذمه قرار گرفتن را داشته باشد؛ ج- در مورد عمل، عمل باید به گونه‌ای باشد که شخص دیگری بتواند آن را انجام دهد.

### ۱-۱-۱- مال بودن عمل

قانون مدنی در ماده (۶۸۶) بیان داشته است: عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد؛ بنابراین به نظر می‌رسد در عقد ضمان، موضوع ضمان باید مال باشد؛ لذا سؤالاتی که در این مورد مطرح می‌شود این است که آیا کار یا عمل، مال است تا بتواند مورد ضمان قرار گیرد یا خیر؟ اگر بر فرض مال باشد، آیا در زمره اموالی است که قابلیت ضمان را دارد یا خیر؟ سؤال اول از این جهت مطرح می‌شود که ماده ۲۱۴ قانون مدنی مورد معامله را به دو گروه «مال» و «عمل» تقسیم می‌کند. از ظاهر ماده مذکور این گونه استنباط می‌شود که «عمل» از مصادیق مال نبوده بلکه قسیم آن است. بر این اساس، «عمل» را نمی‌توان مال تلقی نمود و به همین ترتیب ضمانت از آن امکان ندارد. در پاسخ به ایراد فوق باید فقه را که مهم‌ترین منبع حقوق مدنی ایران بوده، بررسی نمود. در متون فقهی، پاره‌ای از فقها<sup>۱</sup> عمل را در زمره اموال قرار داده‌اند، البته بین عمل حر و عمل عبد قائل به تفاوت شده‌اند؛ عمل عبد را قبل از معاوضه در ملک مولای آن دانسته‌اند، برخی از فقها نیز تصریح کرده‌اند که عمل حر، چه عمل کاسب و چه غیرکاسب مال هست، چراکه به ازای آن پول داده می‌شود. مبنای مال بودن نیز اشتیاق عقلا و درخواست آنها و پرداخت پول به ازای آن است.<sup>۲</sup> در فقه بحثی مطرح است که اگر کسی را در جایی توقیف و یا بازداشت کنند، آیا موجب ضمان می‌شود یا خیر؟ برخی از فقها در این باره گفته‌اند اینکه بین عمل کاسب و غیرکاسب تفاوت قائل بشویم و عمل کاسب را مال بشماریم و دیگری را مال ندانیم صحیح نیست، بلکه تفاوت در این است که بر مبنای عقلا حبس

۱. «قوله (ره): (و اما عمل الحر، فان قلنا انه قبل المعاوضه- الخ-) لا اشكال انه من الاموال، بداهه ان حاله حال عمل العبد، فی كونه مما یرغب فیه و یدبل بازائه المال و ان كان قبل المعاوضه، لا يكون ملكاً، بخلاف عمل العبد، لانه ملك لسیده بتبعه و لا شبهه فی عدم اعتبار الملكيه قبلها، لوضوح جعل الكلى، عوضاً فی البیع، مع عدم كونه ملكاً قبله». نک: محمد کاظم بن حسین آخوند خراسانی، حاشیه المکاسب (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶)، ۳.

۲. «ثم أن عمل الحر مال سواء كان كسوباً أم لا، ضرورة أن خياطه الثوب أو حفر النهر مال یدبل بازائه الثمن، وليس المال إلا ما يكون مورداً لرغبة العقلاء وتقاضاهم، ومعه یدبلون بازائه الثمن. نعم مالیه باعتبار توقع حصوله ووجوده، لكن لا بمعنی أنه قید له، بل بمعنی كونه مالا بلحاظه، فيكون ذلك كجهه تعليليه لذلك، فالفرق بين عمل الكسوب وغيره من جهه صدق المال فی الاول دون الثاني، - كما التزم به الطباطبائي (قده) فی تعليقه - ليس على ما ينبغي». روح الله الخميني، كتاب البیع، جلد ۱ (قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا)، ۲۰.

کاسب ضمان آور است.<sup>۲</sup> برخی از فقها حتی عمل حر را قبل از معاوضه نیز مال شمرده‌اند.<sup>۳</sup> برخی از نویسندگان حقوقی به تبعیت از فقه امامیه درباره امکان مهر قرار گرفتن منفعت انسان نوشته‌اند؛ منفعت انسان اگرچه در ابتدا مال نیست، همان‌گونه که مورد اجاره واقع می‌شود، می‌تواند مهر قرار گیرد؛ لذا یک نقاش می‌تواند منفعت شش ماه خود را از نقاشی مهر زن خود قرار دهد، زیرا منفعت پس از تملیک به دیگری «مال» می‌گردد چنانکه در اجاره اشخاص است.<sup>۴</sup> همچنین در فرق اجاره اشیا و حیوانات با اجاره انسان، بیان می‌کنند که در اجاره اشیا و حیوانات، منفعت قبل از اجاره مال بوده و از ملکیت موجد به ملکیت مستأجر منتقل می‌شود، ولی در اجاره انسان، منفعت قبلاً مال نبوده و در اثر عقد اجاره در ملکیت مستأجر به صورت مال درمی‌آید.<sup>۵</sup> نویسنده‌ای اموال را به چهار گروه تقسیم می‌کند.

۱- اعیان؛ ۲- منافع؛ ۳- دیون و مطالبات؛ ۴- کار کارگر.<sup>۶</sup>

با توجه به متون فقهی و حقوقی به نظر می‌رسد که در نوشتن ماده (۲۱۴) قانون مدنی، مسامحه صورت گرفته باشد و این مسامحه به تبعیت از نظام حقوقی فرانسه بوده است، چراکه در نظام حقوقی فرانسه بر خلاف فقه اسلامی، عمل در زمره اموال قرار نمی‌گیرد.<sup>۷</sup> قانون مدنی در مواد ۲۹، ۲۱۵، ۴۶۶ و ۴۶۷ مسامحه مذکور را جبران نموده و عمل را در زمره اموال قرار داده است؛ در ماده ۲۹ منفعت را در زمره اموال قرار داده و در ماده ۴۶۶ مستأجر را مالک منافع عین مستأجر اعلام داشته و در ماده ۴۶۷ نیز بیان داشته است، عین مستأجره ممکن است انسان باشد.<sup>۸</sup> لذا به نظر می‌رسد که از این جهت نمی‌توان به «ضمانت از تعهد به انجام عمل» ایراد گرفت.

با وجود این فقها درباره «مضمون به» شدن عمل اتفاق نظر ندارند و برخی از آنها درباره حق مضمون بیان فرموده‌اند: «مضمون هر مالی است که در ذمه قرار می‌گیرد، مبنای مضمون قرار گرفتن بر اساس

۳. «الفرق بین عمل الكسوب و غيره من جهة صدق المال في الأول دون الثاني ليس على ما ينبغي، نعم فرق بينهما في تحقق الضمان بحسبه، فان الظاهر ان حبس الحر الكسوب موجب للضمان لدى العقلاء». شيخ نجم الدين طبسی، موارد السجن في النصوص و الفتاوى، جلد ۱ (تهران: کتابخانه فقهات، بی‌تا)، ۴۹۰.

۴. «و من المعلوم ان عمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه من مهمات الأموال العرفيه و ان لم يكن مملوكا لأحد بالملکيه الاعتباريه بل هو مملوك لصاحبه بالملکيه الذاتيه الأوليه». ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، جلد ۲ (قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۳۸۶)، ۲۶ و ۳۴.

۵. حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۴ (تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۷)، ۳۸۰.

۶. حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۲ (تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۷)، ۱۳۸.

۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰)، ۴۳-۴۴.

۸. محمدمهدی الشریف، «قواعد حاکم بر ایفای تعهد به انجام کار یا تسلیم عمل»، حقوق خصوصی، ۱۷ (۱۳۸۹)، ۷۹-۱۰۴.

۹. همانجا

کتاب قواعد مالیت و ثبوت در ذمه دانسته‌اند، اگرچه متزلزل باشد مانند «ثمن» در مدت خیار و مهر قبل از دخول... لکن در اینکه عمل در ذمه داخل در مفهوم مال است یا خیر، به‌طور صریح از علما چیزی پیدا نکردم. در کتاب لمعه ضابطه‌ای که برای آن بیان شده، قابلیت رهن گرفتن برای آن است. بر این اساس شاید بتوان عمل در ذمه را داخل مفهوم مال دانست. در تذکره مبنای مضمون قرار گرفتن مال را صحیح بودن تملک و بیع آن دانسته‌اند و این گفته مانند تصریح به عدم امکان مضمون قرار گرفتن عمل است. عموماً دال بر این است که عمل در ذمه داخل در مفهوم مال است، بلکه به‌طور قطع داخل در مفهوم مال است. مثلاً در باره منفعت کلی حیوان یا برده باشد بلکه می‌توانیم جمیع آن را مال تلقی کنیم، به دلیل اینکه می‌توان آن در بیع، نکاح و خلع آن را عوض قرار داد.<sup>۱۰</sup> بنابراین به نظر می‌رسد که عمل نه‌تنها مال است، بلکه در زمره اموالی است که در عقد ضمان، مضمون به قرار گیرد.

#### ۱-۱-۲- امکان انجام عمل توسط شخصی دیگر

منظور از ضمانت از تعهد به انجام عمل این است که اگر متعهد به انجام عمل به تعهد خود عمل نکند، شخصی دیگر عمل مذکور را انجام دهد؛ بنابراین لازم است عمل مذکور به‌گونه‌ای باشد که ضامن یا همان شخص ثالث، عمل مذکور را انجام دهد. اگر ماهیت عمل به‌صورتی باشد که دیگری نتواند آن را انجام دهد، ضمان تحقق پیدا نمی‌کند. لذا سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در چه صورتی کاری که شخصی به عهده گرفته، دیگری نمی‌تواند آن را انجام دهد؟ در دو حالت، دیگری نمی‌تواند کار یک شخص را انجام دهد: الف- اگر عملی مبتنی بر مباشرت متعهد باشد، دیگری نمی‌تواند آن را انجام دهد؛ ب- وضعیتی که مربوط به توانایی و قابلیت افراد است. اگر شخص ثالث توانایی انجام عمل را نداشته باشد، نمی‌تواند از عمل دیگری ضمانت کند.

#### ۱-۱-۲-۱- عمل مبتنی بر مباشرت

یکی از مواردی که امکان ضمانت از عمل موجود نیست، موردی است که عمل مبتنی بر مباشرت باشد. البته این نوع اعمال خود به دو قسم تقسیم می‌شود: الف- عمل به شرط مباشرت: اینکه شرط می‌شود که خود اجیر کاری را انجام دهد. اگر اجبار مشروط‌علیه ممکن نباشد، با توجه به اینکه شرط مباشرت شده است، ضمانت اجرای عدم تحقق شرط، اعمال حق فسخ است، البته متعهدله می‌تواند علی‌رغم شرط مذکور و به استناد ماده ۲۶۸ شرط خود را ساقط کرده و اجازه دهد که کار وی به‌وسیله کسی دیگر

۱۰. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد ۲۶ (قم: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲)، ۱۳۵.

انجام شود؛<sup>۱۱</sup> ب- عمل به قید مباشرت: مطلبی که بیان شد، مربوط به «شرط مباشرت» است، اگر در قرارداد «قید مباشرت» اجیر شده باشد، امکان اسقاط آن موجود نیست، زیرا قید موضوع معامله تلقی می‌شود و با آن پیوستگی جدایی‌ناپذیر دارد.<sup>۱۲</sup> برخی از فقها تصریح و تأکید کرده‌اند که اگر مباشرت در عمل اجیر اعتبار شده باشد، ضمان آن صحیح نیست.<sup>۱۳</sup> همچنان که بیان شد، دلیل اینکه نمی‌توان از این نوع کارها ضمانت نمود، این است که شخصی دیگر از لحاظ حقوقی نمی‌تواند آن را انجام دهد. فقهای دیگر نیز تأکید کرده‌اند که اگر عملی بر ذمه اجیری باشد، در صورتی که مباشرت اجیر شرط نشده باشد و شخصی دیگر عمل مذکور را انجام دهد، ذمه اجیر فراغ پیدا می‌کند و اجیر مستحق اجرت خواهد بود؛<sup>۱۴</sup> بنابراین یکی از مواردی که نمی‌توان تعهد به انجام عمل را ضمانت نمود، موردی است که قید مباشرت متعهد در آن شده باشد.

#### ۱-۲-۱-۲- مقذور بودن انجام عمل توسط ثالث

اگر انجام عمل به وسیله شخصی دیگر مقذور نباشد (ماده ۲۳۸ قانون مدنی) امکان ضمانت شخص ثالث نیز منتفی خواهد بود. به عنوان مثال اگر نقاشی توانمند، کشیدن تصویری را تعهد کرده باشد به طوری که کسی دیگر از عهده انجام آن بر نیاید، به دلیل غیرمقذور بودن انجام آن توسط دیگری، امکان ضمانت از آن نیز موجود نیست.<sup>۱۵</sup> همچنین اگر عملی باشد که فقط در تخصص یک متخصص ویژه‌ای بوده و کسی دیگر از عهده آن بر نیاید، دیگران نمی‌توانند انجام آن را ضمانت کنند.

#### ۱-۱-۳- ایجاد نشدن سبب دین در ذمه

به دو دلیل ممکن است اعمال و کارهای موصوف در ذمه قرار نگیرد: الف- ماهیت عمل به گونه‌ای باشد که امکان قرار گرفتن در ذمه نباشد. مالی می‌تواند در ذمه قرار گیرد که کلی باشد؛ ب- سبب دین ایجاد نشده باشد.

#### ۱-۱-۳-۱- کلی بودن عمل

۱۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی، جلد ۳ (تهران: مجد، ۱۳۹۸)، ۱۲۷.

۱۲. امامی، پیشین، جلد ۲، ۷۴.

۱۳. روح‌الله الخمینی، تحریرالوسیله (مجلد واحد) (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی‌تا)، ۵۳۳.

۱۴. السید محسن الحکیم، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۲ (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۲)، ۹۸. الیاس شریفی

اشکوری، فقرات فقهیه، جلد ۵ (قم: بیت آیت‌الله اشکوری، ۱۳۸۵)، ۳۲۱.

۱۵. امامی، پیشین، جلد ۲، ۲۱۸.

یکی از محدودیت‌ها و موانعی که ممکن است موجب شود تا عمل مورد ضمانت قرار نگیرد، عدم قابلیت در ذمه بودن آن است. بر اساس ماده (۶۸۴) عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می‌گیرد. اعمالی که موضوع عقد قرار می‌گیرد، به دو گروه تقسیم می‌شود:

۱- منفعت خارجی: این اعمال در ذمه اجیر قرار نمی‌گیرد. در این نوع قراردادها، شخص در مدت معین، تمام یا منفعت خاصی از منافع خود را به دیگری تملیک می‌کند. این نوع اجاره شبیه به اجاره عین معین در مدت معین است و در حقیقت ذمه اجاره‌دهنده به چیزی مشغول نمی‌شود؛ ۲- گاهی موضوع اجاره، تملیک منافع نیست، بلکه تحقق یک عمل است. در این موارد اجیر منافع خود را تملیک نمی‌کند، بلکه تحقق عملی را به ذمه می‌گیرد؛ بنابراین گفته‌اند اگر کسی را برای یک عمل خاص اجیر کنند، کسی دیگر عمل مذکور را انجام دهد به‌گونه‌ای که موضوع عمل باقی نماند، مثلاً اگر خیاطی را اجاره کند تا لباسی را خیاطی کند، یا پزشکی را بگیرد تا مریضی را مداوا کند، اگر اجاره مبتنی بر مباشرت اجیر بوده باشد، اجاره باطل است و اگر مبتنی بر مباشرت اجیر نباشد، بلکه اجاره مبتنی بر اشتغال ذمه اجیر باشد، با امکان اجرای آن به‌وسیله کسی دیگر و اگر شخص ثالث عمل را به جای اجیر انجام داده باشد، اجاره صحیح بوده و اجیر مستحق اجرت خواهد بود.<sup>۱۶</sup>

با توجه به مطالب فوق گرچه نسبت به انجام برخی کارها می‌توان ضمانت نمود. با وجود این آیا می‌توان کارهای مهمی مانند احداث ساختمان و غیره را مشمول ذمه دانست؟ اکثر نویسندگان، بنا بر پروژه‌هایی که قرار است در آینده با نقشه معینی در مکان معینی احداث شود، عین معین می‌دانند؛ به این دلیل گفته‌اند نمی‌توان از آنها ضمانت نمود. استدلال آنها این است که مثلاً آپارتمانی که مورد پیش‌فروش قرار می‌گیرد، معمولاً موقعیت، ابعاد، طرح کلی، مساحت و مشخصه‌های دیگر ساختمان در نقشه معین است و متعهد تعهد می‌کند که آن را در مدت مشخص ساخته و تحویل خریدار دهد.<sup>۱۷</sup> با دقت در مفهوم عین معین و عین کلی، این نتیجه حاصل می‌شود که مفهوم عین معین و کلی در ذمه، کمی مبهم می‌باشد و لازم است این عبارات بر اساس مفهوم دقیق و منطبق با خاستگاه اولیه آن مورد بررسی

۱۶. إذا استأجر أجيراً لعمل خاص فقام به غيره بنحو لا يبقی موضوع لعمله، كما لو استأجره علی أن یخیط ثوبه، أو یداوی مریضه، فإن ابتنت الإجاره علی مباشره الأجير العمل بنفسه، بطلت الإجاره، وإن لم تبتن علی ذلك بل علی انشغال ذمته بالعمل مع إمكان قیام غيره مقام فيه، فإن كان عمل الغير بدلا عن الأجير - تبرعاً أو بأجره - صحت الإجاره واستحق الأجير الأجره، وإلا بطلت أيضاً ولم يستحق الأجير شيئاً، ولا العامل. نک: الحکیم، پیشین، ۱۳۷؛ سید محمد سعید طباطبایی الحکیم، منهاج الصالحین، جلد ۲ (بیروت: دار الصفوه، ۱۹۹۶)، ۱۴۴.

۱۷. حسین کاویار و علی اکبر ایزدی فرد، «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان»، حقوق اسلامی، ۵، ۱۸(۱۳۸۷)، ۸۷-۱۱۴.

قرار گیرد. نویسندگان حقوقی در توصیف مال کلی در ذمه، تعابیر ذیل را استفاده نموده‌اند: «صفات آن در ذهن معین باشد»؛ «در عالم خارج صادق بر افراد عدیده باشد»؛<sup>۱۸</sup> «اشیائی که تشخص خارجی آنها در نظر گرفته نمی‌شود».<sup>۱۹</sup> قانون مدنی نیز در ماده ۳۵۱ آن را «صادق بر افراد عدیده» دانسته است. در بررسی سیر تاریخی انواع میبع باید گفت که تقسیم‌بندی که متقدمین از انواع میبع داشتند، کمی متفاوت از تقسیم‌بندی فعلی است. شیخ طوسی بعد از ارائه تعریفی از بیع، می‌فرماید بیع بر سه قسم است: ۱- بیع عین مرئی؛ ۲- بیع موصوف فی الذمه؛ ۳- بیع خیار الروبه. بیع مرئی، بیعی است که میبع حاضر بوده و خریدار و فروشنده آن را می‌بینند. بیع خیار الروبه، بیعی است که با توصیف خرید و فروش می‌شود و بین طرفین حاضر نیست، در این صورت اگر مطابق توصیف نباشد، می‌تواند فسخ کند. در بیع «موصوف فی الذمه» طرفین قرار می‌گذارند که شیء موصوف را با صفات مشخص در زمان معین تسلیم کنند. بیان فرموده‌اند که خلافی در صحیح بودن این نوع بیع نیست.<sup>۲۰</sup> برخی علمای متقدم، این نوع معاملات را با عنوان «البیع المضمون» خوانده و بیان فرموده‌اند: اگر کسی مالی را به توصیف معامله کند و در زمان معامله موجود نباشد، صحیح بوده و میبع در ضمان فروشنده خواهد بود.<sup>۲۱</sup> پاره‌ای از صاحب‌نظران با ژرف‌نگری در تاریخچه کاربرد تعابیر «بیع کلی» و «بیع فی الذمه» بیان داشته‌اند که ملاک تقسیم‌بندی متقدمان، موجود بودن یا نبودن میبع در زمان عقد است. متقدمین «کلی در ذمه» را «عین» تلقی نمی‌کردند و «بیع عین» را در مقابل «بیع ذمه» قرار می‌دادند. تعبیر «کلی ثابت در ذمه» از زمان علامه حلی مورد استفاده فقها قرار گرفته است و ظاهراً منظور این علما از «کلی در ذمه» مفهوم فلسفی و منطقی آن بوده که همان «کلی» و «جزئی» است.<sup>۲۲</sup> در تعریف کلی بیان داشته‌اند «المفهوم الذی لایمتنع صدقه علی اکثر من واحد» و منظور از آن بر خلاف تصور عمومی در حال حاضر، مفهومی است که می‌تواند بیش از یک مصداق داشته باشد؛ بنابراین الزاماً تعداد آن متعدد نیست. لازم نیست افراد

۱۸. ناصر کاتوزیان، عقود معین: معاملات معوض - عقود تملیکی، جلد ۱، چاپ دهم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ۳۷.

۱۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: گلشن، ۱۳۷۰)، ۴۸۳.

۲۰. محمدبن حسن شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲ (تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الاتار الجعفریه، ۱۳۸۷)، ۷۶.

۲۱. محمد بن محمدبن نعمان الشیخ المفید، المقنعه، جلد ۱ (تهران: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق)، ۵۹۳.  
 ۲۲. علی دیلمی معزی و مهدی نوروزی، «بازی‌پوهی عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان»، نشریه فقه، ۲۸، ۱۰۸ (۱۴۰۰)، ۳۹-۶۷.

کلی فعلاً موجود باشد.<sup>۳۳</sup> به تعبیر دیگر مفهوم کلی از یک موجود خارجی گرفته نشده است بر خلاف مفهوم جزئی؛ بنابراین گفته‌اند که عین معین، چیزی است که هم‌اکنون موجود بوده و عقلاً نمی‌تواند بیش از یک مصداق خارجی داشته باشد ولی عین کلی مصداق خارجی نداشته ولی اوصاف آن معین بوده و چون منطبق با اوصاف است، لذا می‌تواند مصداق متعدد داشته باشد.<sup>۳۴</sup> لذا می‌توان نتیجه گرفت که اموری مانند احداث ساختمان آینده نیز کلی فی الذمه بوده و لذا می‌توان از آن ضمانت نمود.

#### ۱-۱-۳-۲- ایجاد شدن سبب دین

بر اساس ماده ۶۹۱ قانون مدنی برای تحقق ضمان، لازم است سبب دین ایجاد شده باشد. یکی دیگر از مناقشاتی که ممکن است درباره اینکه آیا «عمل» می‌تواند «مضمون‌به» قرار گیرد یا خیر، ایجاد شدن سبب آن است. علاوه بر آن، در مفهوم سبب نیز اختلاف نظر وجود دارد، برخی از نویسندگان و قضات، سبب را به معنی فلسفی آن در نظر گرفته‌اند.<sup>۳۵</sup>

در دعوای شخصی ضمانت می‌کند که پیمانکار بعد از تحویل گرفتن گندم و جو از اداره غله گرگان، کیسه‌های مربوط به گندم و جو را تحویل داده و اگر به هر دلیلی کیسه‌ها را نتواند تحویل دهد، بهای آن را پرداخت کند. شعبه دوم دادگاه استان مازندران ضمان مذکور را به این علت که در زمان تحقق ضمان، مدیون نبوده است، «ضمان ما لم یجب» اعلام نموده و آن را باطل دانسته است.<sup>۳۶</sup> ولی بیشتر نویسندگان حقوقی سبب را در معنای مقتضی دانسته‌اند.<sup>۳۷</sup> در تبیین مفهوم سبب در حقوق نیز گفته‌اند هرگاه قانونگذار وضع خاصی را منشأ آثاری قرار دهد، آن وضع را سبب آن آثار می‌نامند.<sup>۳۸</sup> فقهای امامیه در صحت ضمان از دینی که سبب آن ایجاد نشده، اختلاف نظر دارند. عده‌ای آن را باطل و در زمره ضمان ما لم یجب می‌دانند و گروهی نیز آن را صحیح می‌دانند. دلایل طرفداران امکان ضمانت از دینی که سبب آن ایجاد نشد، به ترتیب ذیل است: الف- آیه شریفه «و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم» نشان‌دهنده صحت ضمان‌های مذکور است؛<sup>۳۹</sup> ب- دلایلی که ضمان ما لم یجب مطلقاً باطل باشد،

۳۳. الشیخ محمد رضا المظفر، المنطق، جلد ۱ (تهران: مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا)، ۶۹.

۳۴. دیلمی معزی و نوروزی، پیشین، ۵۴.

۳۵. مصطفی عدل، حقوق مدنی (قزوین: بحر العلوم، ۱۳۷۳)، ۳۷۵.

۳۶. مقدمه رأی ۱۷۷-۲۶/۱/۲۹ شعبه ۸ دیوان عالی کشور

۳۷. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۴ (تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۶)، ۲۷۹؛ امامی، پیشین، جلد ۲، ۳۴۰.

۳۸. همانجا

۳۹. همان، ۱۳۷.

موجود نیست؛<sup>۳۰</sup> ج- عنوان ضمان بر این نوع تعهدات صدق می‌کند؛ د- فقیهی در این باره ضمن بیان قول مشهور و ادعای اجماع بر آن، ضمان از قراردادهایی که ضمان آن ایجاد نشده را صحیح شمرده و دلیل آن را عمومات عامه دانسته است.<sup>۳۱</sup> به نظر می‌رسد که منظور این فقیه از «حصول مقتضی» همان وجود سبب دین است که بر اساس ماده (۶۹۱) قانون مدنی، وجود آن برای تحقق ضمان کافی است. سؤالی که باقی می‌ماند این است که آیا در تعهد به انجام عمل، سبب وجود دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد که باید اراده طرفین قرارداد مورد توجه قرار گیرد، اینکه طرفین ضمانت اجرای تعهدهای مستقیم ناشی از قرارداد را در نظر داشته‌اند، یا نه ضامن، جبران خسارت ناشی از عهده‌شکنی را تعهد نموده است. اگر ضمانت اجرای تعهدهای مستقیم ناشی از قرارداد، مدنظر طرفین بوده باشد، به نظر می‌رسد که سبب ضمان حاصل شده است. ولی اگر تعهد ضامن به جبران خسارت ناشی از عهده‌شکنی باشد، باید به این امر توجه شود که تعهد به جبران خسارت عدم انجام قرارداد، دنباله و بدل تعهد اصلی است یا تعهد دیگری است که در اثر تقصیر طرف قرارداد به وجود می‌آید. تقصیر مذکور عبارت است از عدم انجام تعهد. در صورت اخیر، سبب دین ایجاد نشده است چراکه سبب عقد مذکور عبارت است از مجموع عقد و تقصیر و تا زمانی که تقصیر صورت نگیرد، سبب ایجاد نمی‌شود و لذا نمی‌توان آن را ضمان اصطلاحی تلقی نمود.<sup>۳۲</sup>

به نظر می‌رسد که قانون مدنی به تبعیت از فقهایی که تحقق مقتضی را برای ضمان کافی دانسته‌اند، درصد گسترش دامنه ضمانت بوده است، بر این اساس ضمانت از بسیاری از کارها ممکن است.

## ۲- ضمانت بر اساس قواعد عمومی و مصادیقی از آن در فقه

در مبحث پیشین، ضوابط و شرایطی برای تحقق عقد ضمان بیان شد. تأکید می‌شود ضمانتی که در مبحث فوق بیان شد، ضمان اصطلاحی است. گرچه بر اساس مبانی که بیان شد، به نظر می‌رسد که ضمانت از تعهد به انجام عمل تحت عنوان «ضمان اصطلاحی» نیز صحیح است با وجود این همچنان

۳۰. سید محمد موسوی بجنوردی، عقد ضمان (تهران: مجد، ۱۳۸۵)، ۸۷.

۳۱. ایشان بیان داشته است: «اقرض فلان كذا و انا ضامن او بعه نسبتاً و انا ضامن لم یصح علی المشهور بل عن التذکره الاجماع قال لو قال لغیره مهما اعطیت فلاناً فهو علی لم یصح اجماعاً و لكن ما ذكره من الشروط و يمكن ان يقال بالصحة اذا حصل المقتضى للثبوت و ان لم یثبت فعلاً بل مطلقاً، لصدق الضمان و شمول العمومات العامه». سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروه الوثقی، جلد ۵ (تهران، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق)، ۴۰۲.

۳۲. کاتوزیان، حقوق مدنی، جلد ۴، ۳۰۷.

که بیان شد، درباره امکان ضمانت از تعهد به انجام عمل، اختلاف نظر وجود دارد و در رابطه با ضوابط مختلف و متعدد، فقها اتفاق نظر ندارند. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که بر فرض امکان ضمانت از تعهد به انجام عمل به وسیله ضمانت اصطلاحی موجود نباشد، آیا ضمانت از تعهد به انجام عمل باطل بوده و یا نه بر اساس مبانی دیگر می‌توان از تعهد به انجام عمل ضمانت نمود؟

## ۲-۱- قواعد عمومی

طی دو قسمت، قواعد مربوط به نظام حقوقی و فقهی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### ۲-۱-۱- ماده ۱۰ قانون مدنی

شاید به جرئت بتوان گفت که یکی از مهم‌ترین اهداف نظم اجتماعی، خدمت به افراد جامعه است، یکی از مهم‌ترین مجاری خدمت به آنها، احترام به اراده و خواست آنهاست. در پرتو آزادی اراده، افراد جامعه می‌توانند کمالات خود را ظاهر سازند. لذا برای نیل به این هدف ارزشمند لازم است که به اراده آدمی احترام نهاد و بر اساس قاعده، تقنین باید در این راستا صورت پذیرد.<sup>۳۳</sup> خالق عقود و قراردادهای، اراده آدمی است و این آفرینشگر حقوقی توانایی تکوین و خلق هر نوع مخلوق حقوقی را دارد، البته در اینجا یک استثنا وجود دارد و آن مواردی است که مخالف صریح قانون است. قانون مدنی برای احترام به اراده، نهادی تحت عنوان ماده (۱۰) قانون مدنی را بنیان نهاده است. این ماده گستره اراده در ایجاد قرارداد را فراخی بخشیده است. در اینکه ماده ده قانون مدنی ناظر به مشروعیت بخشی به قراردادهای نامعین بوده بین حقوق دانان اختلافی موجود نیست، به نظر اکثر حقوق دانان حداقل مهم‌ترین وظیفه ماده (۱۰)، به رسمیت شناختن قراردادهای خصوصی است. به موجب این ماده اشخاص می‌توانند قرارداد را به هر صورت که می‌خواهند منعقد نموده و آثار و نتایج و محتویاتی که می‌خواهند برای آن تعیین می‌کنند. بر اساس این ماده قرارداد فقط تابع تراضی طرفین بوده به شرط آنکه مخالف با قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد.<sup>۳۴</sup> یکی از قراردادهایی که می‌توان به موجب ماده (۱۰) قانون مدنی ایجاد نمود، ضمانت از تعهد به انجام عمل به مفهوم غیر مصطلح است.

### ۲-۱-۲- مبانی فقهی صحت قراردادهای غیر معین

بند سه- عموماً آیات و روایات

۳۳. غلامرضا ذاکر صالحی، مبانی قراردادهای نامعین (تهران: میزان، ۱۳۸۸)، ۵۶.

۳۴. همان، ۴۱.

در فقه امامیه، اراده در حیثه عقود و ایقاعات مؤثر است. در حقیقت عقد به‌وسیله ایجاب و قبول تکوین پیدا کرده و آثار خود را بین طرفین ایجاد می‌نماید. در فقه سنتی افراد می‌توانند توافقات خود را تحت عنوان «صلح» به منصفه ظهور برسانند؛ در حقیقت در فقه اسلامی، آنها مجبور به استفاده از قالب‌های خاص نیستند و در حقیقت «صلح» به‌عنوان سید العقود می‌تواند خواسته‌های مختلف افراد جامعه را برآورده سازد. لازم است در اینجا مبانی مختلف اصل آزادی قراردادی در فقه امامیه و جایگاه اراده مورد مطالعه قرار گیرد.

### الف) آیات قرآن

۱- آیه شریفه «تجارت عن تراض»: در آیه ۲۹ از سوره مبارکه نساء، شارع مقدس ضمن رد روش‌های تجاوزکارانه و نامشروع، تحصیل اموال از دیگران به روش تجارت که مبتنی بر رضایت طرفینی بوده، مشروع دانسته است. فقها از این آیه دو استفاده می‌کنند: رضایت و تراضی در قرارداد ضروری است، البته کافی نیست و باید طرفین قصد نیز داشته باشند.<sup>۳۵</sup>

واژه تجارت در آیه فوق، مفهوم عرفی داشته و شامل تمامی انواع معاملات می‌شود و در حقیقت مبنای آن نیز عقلا هستند. بر این اساس بسیاری از فقیهان به استناد آیه مذکور، هر معامله و قراردادی را که از نظر عرف «تجارت عن تراض» تلقی شود، صحیح و معتبر می‌دانند.<sup>۳۶</sup>

۲- آیه شریفه «اوفوا بالعقود»: استفاده از آیه مذکور مبتنی بر استفاده از دو واژه «اوفوا» و «العقود» است. بر اساس قواعد دستور زبان عربی، جمع همراه با «ال» افاده عمومی می‌کند و لذا حکم «اوفوا بالعقود» عام استغراقی و یا افرادی بوده و شامل تمامی عقود است، اعم از اینکه عقود مذکور در زمان شارع متداول و معین بوده و یا قرارداد بی‌نام و نوپیدا بوده باشد.<sup>۳۷</sup>

این دیدگاه مبتنی بر این امر است که عقود و معاملات توقیفی نبوده، بلکه عرفی هستند. بیشتر فقهای معاصر<sup>۳۸</sup> معتقد هستند که شارع مقدس جز در موارد خاص و از طریق ارائه بعضی قواعد کلی، نوعاً مقررات عقلایی و عرفی معاملات را امضا و تأیید کرده است. بر این اساس در شناخت قرارداد باید عرف را ملاک قرار داد و هر عمل حقوقی را که در عرف و لغت عقد محسوب شود، مصداقی از حکم مورد بحث دانست.

۳۵. علی طباطبایی، ریاض المسائل، جلد ۸ (تهران: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۹ ق)، ۲۱۳.

۳۶. خویی، پیشین، ۱۰۳.

۳۷. مقداد بن عبدالله فاضل مقداد، کنز العرفان، جلد ۱ (قم: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، ۱۳۶۵)، ۵۴.

۳۸. مصطفی محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱ (تهران: سمت، ۱۳۹۵)، ۲۴۴.

## ب) احادیث

۱- الناس مسلطون علی اموالهم: در اینکه قلمرو حدیث چیست، اختلاف نظر وجود دارد، برخی از فقها بیان داشته‌اند این حدیث درباره میزان سلطنت و کمیت آن حکم دارد ولی درباره کیفیت تسلط بحثی به میان نیاورده است.<sup>۳۹</sup> برخی نیز بیان داشته‌اند که حدیث مذکور صرفاً اصل اختیار و سلطه مالک بر اموال خود را بازگو می‌کند، اما از لحاظ نوع تصرف و شیوه آن حکمی ندارد.<sup>۴۰</sup>

اما برخی دیگر به تفصیل به این روایت ورود پیدا کرده و بیان داشته‌اند از عموم این روایت فهمیده می‌شود که عقودی که مردم نسبت به اموال خود منعقد می‌کنند فی الجمله صحیح است، هر چند بر صحت تک تک قراردادهای دلالت ندارد. ایشان مثالی را می‌زند و می‌فرماید: اگر مولی، مقداری کالا به بندهای خود بدهد و بگوید «هر یک از شما نسبت به مالی که به شما داده‌ام اختیار دارید» و اختیار آنها را نیز محدود به مورد خاصی نکند و صرفاً جمله مذکور را بیان کند، از عمل مولی استنباط می‌شود که اگر هر یک از بندها، مال خود را بفروشند و یا آن را اجاره دهند و یا به دیگری هبه کنند یا کارهایی از این قبیل انجام دهند، این کارها مورد قبول مولا هست. لذا معنای عام عبارت «الناس مسلطون علی اموالهم» این است که چنانچه هر تصرفی را به هر شکلی که می‌خواهند در اموال خود انجام دهند، مورد قبول شارع است، یعنی شارع چنین اختیاراتی را به مردم داده و اعمال ایشان را تأیید نموده است. ممکن است گفته شود که منظور از سلطه و اختیار، کارهایی مانند خوردن، نوشیدن و نظایر آنهاست، این ادعا با اطلاق روایت سازگار نیست زیرا تردیدی موجود نیست که موجب انصراف روایت به این اعمال شود و قرینه‌ای هم در راستای انصراف روایت به تصرفات خاص نیست و لذا شکی نیست که اعمالی همچون فروش نیز تصرف در مال و انتفاع از مال محسوب می‌شود و شارع، مردم را به طور مطلق بر اموال خود مسلط نموده است؛ همچنین این ادعا که مردم زمانی تسلط بر اموال خود دارند که مال کماکان در مالیت خود برای متصرف، باقی باشد، بر خلاف ظاهر روایت است و صحیح نیست.<sup>۴۱</sup>

نتیجه اینکه اصولاً و بر اساس قواعد مختلف از جمله «الناس مسلطون علی اموالهم» افراد در اجرای عقود مطابق اراده خود و در چهارچوب احکام عمومی شرع آزاد هستند. بر این اساس افراد در التزاماتی که بر خود می‌پذیرند آزاد هستند، لذا می‌توانند اجزای مقتضای عقود را کم و زیاد کنند، به

۳۹. مرتضی شیخ انصاری، المکاسب، جلد ۳ (قم: چاپ کنگره، ۱۴۱۵)، ۴۱.

۴۰. خمینی، کتاب البیع، پیشین، ۷۹.

۴۱. السیدمیر عبدالفتاح الحسینی مراغه‌ای، العناوین الفقہیة، جلد ۲ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه

المدرسین، ۱۴۱۷ ق)، ۷۵۸.

شرط آنکه نخست، این کار در حدود احکام شرعی باشد و دوم، با جوهر معامله در تناقض نباشد.<sup>۴۲</sup> بر این اساس بیان داشته‌اند «افعال مسلمین محمول بر صحت است و عقدی که قابل صحت و فساد، هر دو باشد، محمول بر صحت است تا بطلان معلوم شود.»<sup>۴۳</sup>

۲- المومنون عند شروطهم: روایت مذکور به صور مختلف نقل شده است؛ از جمله در صحیح عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز».<sup>۴۴</sup> اساس استدلال به این حدیث، مفهوم واژه شرط است. درباره مفهوم شرط دو دیدگاه وجود دارد. برخی شرط را به معنای «مطلق التزام» بیان داشته‌اند. به نظر این گروه از فقهای امامیه، شرط خواه ابتدایی و خواه ضمن عقد، مؤمنان باید به آن پایبند باشند. با این تبیین حدیث مذکور، شامل حکم کلی بوده که در بردارنده التزامات ضمن عقد و قرارداد جدا است. لذا می‌توان نتیجه گرفت که بر اساس حدیث مذکور هرگونه عقد و قراردادی که شرایط اساسی قرارداد را دارا هستند، صحیح است. لذا می‌توان گفت که حدیث مذکور مبنای اصل آزادی قراردادها در حقوق اسلامی است.<sup>۴۵</sup> با وجود این بیشتر فقها، شرط را به معنای «التزام فرعی در ضمن التزام اصلی» تعریف نموده‌اند و شمول آن را به مطلق التزامات قبول ندارند. گرچه بیشتر فقها نظر اخیر را تأیید می‌کنند ولی برخی از فقها بیان داشته‌اند که مراد خبر «ابن سنان از ابی‌عبدالله (ع)» درباره مردی که به همسرش گفته باشد اگر من تو را نکاح کرده باشم پس مطلقه هستی، حضرت فرمود، این گفته صحیح نیست، چراکه حضرت رسول فرموده است هرکسی شرطی بر خلاف کتاب خدا ببندد، جایز نیست. از این گفته معلوم است که حضرت رسول (ص) عبارت شرط را برای شرط ابتدایی نیز به کار برده است.<sup>۴۶</sup>

## ۲-۲- استقرار در فروعات فقهی

فقها در برخی فروعات فقهی نظریاتی ابراز داشته‌اند که نشان‌دهنده صحت ضمانت از تعهد به انجام عمل است. به تعبیر دیگر ولو آنکه حق مضمون دین و مستقر در ذمه نباشد یا حتی موجب ثبوت دین در ذمه نشود، قبول کرده‌اند که می‌تواند مورد ضمانت واقع شود. در ذیل برخی از این موارد بررسی می‌گردد.

۴۲. سید محمدتقی مدرسی، الفقه الاسلامی قسم المعاملات (بیروت: مؤسسه فقه شیعه، ۱۴۱۰ ق)، ۱۹۳-۱۹۴.

۴۳. میرزا ابوالقاسم قمی، جامع الشتات، جلد ۳ (تهران: کتابخانه فقهات، بی‌تا)، ۱۰۹.

۴۴. علامه حلی، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۵ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق)، ۳۰۳.

۴۵. محقق داماد و همکاران. پیشین، ۲۴۴.

۴۶. محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۷۰)، ۱۰۶.

## ۲-۲-۱- ضمانت عهده

اگر کسی از فروشنده در برابر خریدار ضمانت کند که هرگاه مبیع از آن دیگری درآید، او عهده‌دار بازگرداندن ثمن به خریدار است. ضمانت مذکور می‌تواند پیش از قبض ثمن و یا پس از قبض آن صورت گیرد. در صورت اخیر به نظر می‌رسد که سبب دین ایجاد شده است چراکه ثمن پرداخت شده ولی مبیع از آن دیگری درمی‌آید ولی در شق اول، یعنی ضمانت پیش از قبض ثمن، به نظر می‌رسد که سبب دین ایجاد نشده باشد. به همین دلیل گروهی از فقیهان ضمانت عهده پیش از قبض ثمن را باطل دانسته‌اند.<sup>۴۷</sup> با وجود این گروهی دیگر از بزرگان فقها ضمانت مذکور را صحیح دانسته‌اند.<sup>۴۸</sup> قانون مدنی به تبعیت از این دیدگاه در ماده ۶۹۷ ضمانت عهده از مشتری یا بایع را بدون هیچ قیدی جایز دانسته است.

اینکه آیا ضمانت مذکور ضمانت اصطلاحی است یا خیر؟ مسئله محل تأمل است و فقها مبنای این نوع ضمانت را نیاز عمومی دانسته‌اند؛ در حقیقت در این نوع ضمانت، نقل ذمه صورت نمی‌پذیرد و بلکه تعهد ضامن به عنوان توثیق بر تعهد متصرف افزوده می‌شود و ضمیمه آن می‌گردد. از گفته‌های علامه حلی این‌گونه فهمیده می‌شود که به نظر ایشان در ضمانت درک، فعل مضمون عنه، تضمین شده بدون اینکه از آن نام ببرند.<sup>۴۹</sup> نویسندگان حقوقی نیز تأکید کرده‌اند که این نوع ضمانت، ضمانت به معنی اصطلاحی نیست.<sup>۵۰</sup>

## ۲-۲-۲- ضمانت اعیان مضمونه

منظور از اعیان مضمونه، اعیانی است که در تصرف غیر مالک است و متصرف ضامن رد است، مانند عین معاره در عاریه مضمونه و عین مغصوبه. اگر ید متصرف، امانی باشد، عین مضمونه صادق نیست

۴۷. و قوله «و لو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع» أي لا يصح ضمان الثمن عن البائع قبل قبضه له، علی تقدیر ظهور المبیع مستحقاً و قد قبض البائع الثمن، فإنه ضمان ما لم يجب، لأنه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهده، فيكون كما لو ضمن ما يستدينه ونحوه و هو أيضا ضمان عهده. نک: شهید ثانی، مسالک، جلد ۴ (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، بی‌تا)، ۱۹۱.

۴۸. و فرموده‌اند: «إذا ضمن عهده الثمن، لزمه درکه فی کل موضع ینبث بطلان البیع من رأس». محقق حلی، شرایع الاسلام، جلد ۲ (تهران: استقلال، ۱۴۰۹ ق)، ۳۵۸.

۴۹. «الضمان المال عندنا ناقل و فی ضمان الاعیان المضمونه و العهده اشکال، اقواه عندی جواز مطالبه کل من الضامن والمضمون عنه. اما الضامن فللضامن؛ و اما المضمون عنه فلو جود العین فی یده او تلفها فیها؛ و فی العهده ان شاء المشتري طالب البائع، وان شاء طالب الضامن. لان القصد هنا بالضامن، التوثيق لا غیر». علامه حلی، تذکره، جلد ۲ (قم: منشورات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا)، ۹۱.

۵۰. ناصر کاتوزیان، عقود اذنی و وثیقه‌های دینی (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸)، ۲۹۶.

مانند ید ودیعه گیر، مگر اینکه شرع، حکم به ضمان کرده باشد، مانند اموال عاریه در عاریه مضمونه.<sup>۵۱</sup> منظور از ضمان از اعیان مذکور این است که ضامن تعهد می‌کند که اعیان را به صاحب آنها رد کند و اگر تلف شده باشد، قیمت آنها را به مضمون‌له پرداخت کند.<sup>۵۲</sup> به نظر می‌رسد که مراد فقیهیان از ضمان در این نوع از ضمان که مورد قبول بزرگانی از آنان قرار گرفته است، ضمان اصطلاحی نیست، چرا که در ضمان اصطلاحی آنچه به عهده گرفته می‌شود، مال است در حالی که در ضمان اعیان مضمونه، رد مال به عهده گرفته می‌شود.<sup>۵۳</sup> وانگهی از ویژگی‌های ضمان، بری شدن مضمون‌عنه بعد از تحقق ضمان است، در حالی که در این مورد، مضمون‌عنه بری نمی‌شود؛<sup>۵۴</sup> در حقیقت اینجا انجام فعلی به عهده گرفته می‌شود.

برخی از فقها با وجود اینکه ضمان اصطلاحی را در مورد ضمان اعیان مضمونه، صحیح نمی‌دانند ولی صحت آن را احتمال داده‌اند، به این دلیل که عرفاً و شرعاً عنوان ضمان برای آن صدق می‌کند.<sup>۵۵</sup> ایشان بعد از احتمال به صحت ضمان اعیان مضمونه، فرموده‌اند که آنچه از لوازم و شرایط ضمان گفته شده، معلوم نیست، گرچه غالباً شرط و لوازم مذکور موجود است. علمایی مانند علامه، در تذکره ضمان مذکور را صحیح دانسته‌ان؛ همچنین در کتاب‌های تحریر و ارشاد و مبسوط نیز ضمان مذکور صحیح شمرده شده است.<sup>۵۶</sup>

## ۲-۲-۳- ضمان از مال الجعالة

بین فقها و حقوق‌دانان در ماهیت جعالة اختلاف نظر وجود دارد. بر اساس ماده (۵۶۵) قانون مدنی، مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین معامله می‌توانند از آن رجوع کنند. بر اساس ماده (۵۶۷) تعهدی که عامل بر دوش دارد، تعهد به نتیجه است لذا تا زمانی که به نتیجه مطلوب نرسد، وی حقی بر جعل ندارد. بر این اساس برای اینکه تحقق دین بر ذمه جاعل ثابت شود باید دو شرط تحقق پیدا کند: الف- جاعل بر اساس ماده (۵۶۱) ملتزم به ادای اجرت شده باشد؛ ب- عامل کار را انجام داده باشد.

۵۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹)، ۱۲۱.

۵۲. قمی، پیشین، ۸۱.

۵۳. همان، ۸۲.

۵۴. الشهید الثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائح الاسلام، جلد ۴ (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۳۹۲)، ۲۶.

۵۵. مقدس اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد ۹ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۹۵)، ۲۹۴.

۵۶. قمی، پیشین، ۸۱.

سؤال‌ی که در اینجا مطرح می‌شود این است که ضمانت از جاعل، صحیح است یا خیر؟ پس از پایان کار، ضمانت از جاعل بی‌تردید صحیح است ولی قبل از انجام کار و بعد از التزام جاعل، این سؤال مطرح است که آیا ضمانت صحیح است یا خیر؟ ایرادی که نسبت به ضمانت از جعاله وارد می‌شود، مربوط به سبب دین است و اینکه آیا قبل از انجام کار سبب دین تحقق پیدا می‌کند یا خیر؟ درباره صحت ضمانت از جعاله سه نظر وجود دارد:

الف) بر اساس یک دیدگاه در ضمانت از جعاله، سبب دین، التزام جاعل و شروع عامل به انجام کار است. هر یک از آنها جزئی از سبب را تشکیل می‌دهد؛ بنابراین بر اساس این دیدگاه ضمانت پس از شروع به کار صحیح بوده و قبل از آن نادرست است. علامه حلی ضمن بیان این دیدگاه آن را به پاره‌ای از شافعی‌ها نسبت می‌دهند.<sup>۵۷</sup>

ب) بیشتر حقوق‌دانان و برخی از فقها معتقد هستند که سبب ضمان با التزام و یا عقد جعاله تحقق پیدا می‌کند.<sup>۵۸</sup> این گروه معتقد هستند که آنچه بعد از عقد لازم نمی‌شود و انجام آن در اختیار عامل باقی می‌ماند، عمل مورد تراضی است، وگرنه تعهد به مال به وجود می‌آید و در صورت انجام عمل باید به جای آورده شود، ضمان نیز از همین تعهد اخیر است و ارتباطی به عمل ندارد.<sup>۵۹</sup> عده‌ای از فقها عقد جعاله را سبب تام برای ثبوت در ذمه دانسته‌اند و لذا عقد ضمان را در این صورت صحیح تلقی نموده‌اند.<sup>۶۰</sup>

ج) برخی نیز معتقد هستند که سبب در جعاله پیش از انجام و اتمام کار تحقق پیدا نمی‌کند، چرا که سبب دین، عقد جعاله و تسلیم کار است. با وجود این به استناد آیه شریفه «و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم»، ضمان را صحیح می‌دانند منتهی آن را ضمان عرفی می‌دانند نه ضمان مصطلح. برخی از این نویسندگان بیان داشته‌اند؛ آنچه در زمان انبیای گذشته صحیح بوده، در شرع ما نیز ثابت است، مگر آنکه نسخ شده باشد. برخی نیز ضرورت و نیاز جامعه را مبنای صحت آن می‌دانند.<sup>۶۱</sup> با توجه به مبانی ذکرشده به نظر می‌رسد که بر اساس عموماً کتاب و سنت و به استناد ماده (۱۰)

۵۷. علامه حلی، تذکره، پیشین، ۸۲.

۵۸. کاتوزیان، عقود اذنی و وثیقه‌های دینی، پیشین، ۲۸۴.

۵۹. همانجا

۶۰. «نعم قلنا ان عقد الجعاله سبب تام فی الثبوت فی الذمه و ان عرض له البطلان». محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، جلد

۲۸ (قم: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲)، ۱۳۷.

۶۱. میرزای قمی، پیشین، جلد ۳، ۸۸.

قانون مدنی می‌توان از عمل ضمانت نمود. به‌ویژه اینکه بسیاری از فقهای بزرگ علت امکان ضمان در تعهداتی مانند جعاله را نیاز جامعه به آن دانسته‌اند. حال که امروز به ضمانت از کارهای دیگران، نیاز هست، بنابراین باید ضمانت مذکور را صحیح دانست.

### ۳- مطالعه تطبیقی

در نظام حقوقی کشورهای پیشرو، پیمانکارها برای انجام کارشان تضمین‌های مختلفی را می‌دهند. در این کشورها علاوه بر ضمانت‌نامه‌های بانکی گاهی نیز پیمانکارها و یا اشخاصی با رتبه بالاتر از پیمانکارهای با رتبه پایین‌تر را ضمانت می‌کنند. ضمانت آنها صرفاً پرداخت خسارت نبوده بلکه گاهی تضمین می‌کنند که کار را به نحو مطلوب به پایان برسانند.

#### ۳-۱- ضمانت از تعهدات پیمانکار در ایالات متحده

در حقوق آمریکا برای اطمینان از به اتمام رسیدن رضایت‌بخش کارهای پیمانکاری و ساختمانی، از پیمانکاران ضمانت اخذ می‌کنند. در این کشور انجمنی به نام «انجمن تضمین و وثیقه آمریکا»<sup>۶۲</sup> وجود دارد<sup>۶۳</sup> که ظاهراً مرکز آن در کلمبیا هست. این انجمن یا اتحادیه در کارهای پیمانکاری، ضامن اعضای خود هست. انجمن تضمین و وفاداری آمریکا به‌عنوان یک سازمان رتبه‌بندی یا مشاوره در همه ایالت‌ها مجوز داشته و توسط دپارتمان‌های بیمه ایالتی به‌عنوان عامل آماری برای گزارش تجربه وفاداری و تضمین تعیین شده است. البته این اتحادیه، مؤسسه بیمه‌ای نبوده بلکه بر کار پیمانکار نظارت می‌کند. مؤسسه مذکور ضمن اینکه ذی‌نفع بوده و اگر خطری ایجاد شود، متوجه وی نیز خواهد شد، در برابر کارفرما نیز به نفع او تعهد می‌کند که اگر پیمانکار تقصیری داشته باشد، یا رأساً کار موضوع قرارداد را بر اساس مفاد قرارداد به اتمام برساند و یا باقی‌مانده کار را طبق شرایط و مفاد قرارداد به مناقصه بگذارد.<sup>۶۴</sup> بدیهی است که این نوع قرارداد با ضمانت‌نامه بانکی متفاوت است. در ضمانت‌نامه بانکی ضامن تعهد می‌کند که در صورت قصور پیمانکار، خسارت را پرداخت کند ولی در اینجا ضامن تعهد می‌کند که کار مربوط به پیمانکار را انجام دهد.<sup>۶۵</sup> البته در نظام حقوقی آمریکا ضمانت‌نامه انجام تعهد نیز رایج

62. The Surety Association of America

۶۳. علی فتحی‌پور، «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، حقوقی بین‌المللی، ۱۳(۱۳۶۹)، ۱۳۱-۱۸۲.

64. Rosco Pound, *The development of constitutional guarantees of Liberty* (New Haven: Yale University press, 2008), 48.

۶۵. فتحی‌پور، پیشین، ۱۳۱-۱۸۲.

است، این نوع ضمانت‌نامه‌ها برای انجام تعهدات موضوع قرارداد یک فقره ضمانت‌نامه ارائه می‌دهند. بیش از نیمی از ضمانت‌نامه‌هایی که در آمریکا صادر شده، مربوط به بیمانکاری و قراردادهای ساخت بوده است.<sup>۶۶</sup>

### ۳-۲- نظام حقوقی انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان دو نوع ضمان وجود دارد: الف- مدیون اصلی بری شده و ذمه ضامن عهده‌دار دین مدیون اصلی می‌شود. این نوع ضمانت شبیه به ضمانت اصطلاحی نظام حقوقی ایران است. البته در نظام حقوقی انگلستان تعلیق در ضمان صحیح است؛ ب- مدیون اصلی مسئول پرداخت دین باقی می‌ماند و مسئولیت ضامن وقتی تحقق پیدا می‌کند که مدیون اصلی نتواند و یا نخواهد دین وی را پرداخت کند. این نوع ضمانت‌نامه‌ها باید کتبی بوده و به امضای ضامن برسد.<sup>۶۷</sup>

نظام حقوقی انگلستان از اصل آزادی اراده‌ها در تنظیم قرارداد پیروی می‌کند، لذا متعهدله با رضایت متعهد می‌تواند تضمین‌های مناسبی را برای اطمینان از انجام قرارداد از متعهد اخذ کند. در تعریف ضمانت در این نظام حقوقی بیان شده است: قرارداد ضمان، تعهدی است که یک طرف قرارداد به طرف دیگر برای پرداخت بدهی متعهد اصلی یا انجام تعهدات مندرج در قرارداد اصلی می‌دهد. به تعبیر دیگر در این نظام حقوقی، ضمانت صرفاً برای پرداخت بدهی نبوده و بلکه برای انجام تعهدات دیگر نیز است. در نظام حقوقی انگلیس ضمانت یک تعهد ثانویه در قبال ذی‌نفع بوده و بنابراین ضامن معمولاً فقط در مواردی که نقض قرارداد اساسی انجام می‌شود، موظف به عمل است. در این نظام ضمانت‌ها ممکن است در راستای دلایل ذیل انجام شود: الف- تشویق و وادار نمودن متعهد اولیه برای انجام تعهدات قراردادی خود؛ ب- به متعهدله اطمینان می‌دهد در صورت نقض قرارداد توسط متعهد، ضامن می‌تواند خواسته‌های قراردادی او را به‌طور کامل اجرا کند؛ ج- نظارت بر متعهد اولیه در انجام تعهداتش.<sup>۶۸</sup> به‌عنوان مثال در مورد قرارداد ساخت و اجاره کشتی، تعهدات اجاره‌دهنده و سازنده توسط شرکت مادر تضمین می‌شود، همچنین ممکن است یک ضمانت شخصی برای تعهدات یک کشتی‌ساز یا اجاره‌دهنده ارائه شود.

66. Boris Kozolchyk, "The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees", *Arizona Law Review*, (1982), 325.

۶۷. محمدرضا مفاضی، «قرارداد ضمانت در حقوق انگلستان»، کانون وکلا، ۱۳۹-۱۴۰ (۱۳۷۶)، ۷۶-۸۰.

68. Roberto Peroni & Gemma Adams, "Guarantees", 2021. Available at: <https://www.mondaq.com/uk/contracts-and-commercial-law/1040184/guarantees-2021>

مفهوم نهاد ضمانت<sup>۶۹</sup> در نظام حقوقی انگلستان روشن بوده، با وجود این گاهی سایر نهادهای حقوقی مانند غرامت<sup>۷۰</sup> نیز با این عنوان مورد استفاده قرار می‌گیرد. هر دو نهاد مذکور در زیرمجموعه «تعهد به تضمین»<sup>۷۱</sup> قرار دارد. در نهاد «guarantee» ضامن، یک تعهد ثانویه نسبت به ذی‌نفع دارد که بر اساس قراردادی بین متعهد اصلی و متعهدله است. متعهد ملتزم بوده که مراقبت کند که تعهدات متعهد اصلی در قرارداد به‌طور صحیح انجام شود. در حالی که در نهاد «indemnity» متعهد، یک تعهد اولیه مستقل در قبال ذی‌نفع دارد. به تعبیر دیگر تعهد وی وابسته به تعهد متعهدله و طرف مقابل نیست. حقوق و تعهدات طرفین با توجه به ترتیبی که طرفین منعقد نموده‌اند، متفاوت است. در نظام حقوقی انگلیس بطلان قرارداد پایه ممکن است بر ضمان نیز مؤثر باشد و حتی ممکن است برخی از رفتارهای متعهد و یا متعهدله اصلی بر قرارداد ضمان نیز تأثیر منفی بگذارد. این در حالی است که تعهد غرامت «indemnity»، تعهد مستقلی بوده و تحت تأثیر قرارداد اصلی قرار نمی‌گیرد. البته طرفین می‌توانند قرارداد خود را به‌گونه‌ای منعقد کنند که هم ضمانت و هم غرامت را شامل شود.<sup>۷۲</sup>

## نتیجه‌گیری

در اینکه آیا می‌توان از تعهد به انجام عمل، ضمانت نمود یا خیر؟ از جهاتی مسئله محل بحث است؛

- ۱- اینکه اگر کسی عملی را به عهده گرفته است، آیا از لحاظ حقوقی دیگری می‌تواند آن را انجام دهد یا خیر؟ اگر قید مباشرت متعهد اصلی در آن نشده باشد و عمل نیز به‌گونه‌ای باشد که دیگری نیز بتواند آن را انجام دهد، انجام عمل توسط دیگری اشکال ندارد؛
- ۲- مال بودن عمل؛ گرچه مباحثی در این باره مطرح است، به نظر می‌رسد که عمل مال بوده و از این جهت نیز امکان ضمانت از آن موجود است؛
- ۳- در ذمه قرار گرفتن عمل؛ چیزی می‌تواند در ذمه قرار گیرد که کلی باشد. درباره کلی بودن برخی از کارها، مانند ساختن ساختمان در یک زمین مشخص، مسئله محل تردید است، به نظر می‌رسد که منظور از کلی در حقوق همان مفهوم منطقی آن در مقابل جزئی بوده و لذا می‌تواند در ذمه قرار گیرد. البته اگر شخصی در مدت معین تمام یا منفعت خاصی از منافع خود را به دیگری تملیک کند، قابل ضمانت به مفهوم اصطلاحی ضمان، نیست؛

69. Guarantee

70. Indemnity

71. Suretyship

72. Richard Millett, *Law of guarantees* (London: Sweet and Maxwell, 2005), 48.

۴- سبب دین باید ایجاد شده باشد؛ در اینجا سبب به معنای مقتضی بوده و به نظر می‌رسد که در بسیاری از کارها، سبب مذکور ایجاد شده باشد.

بنابراین گرچه نسبت به صحت ضمانت (به مفهوم مصطلح) از تعهد به انجام عمل، سؤالات و انتقاداتی وارد است، ولی به نظر می‌رسد که ضمانت‌های مذکور صحیح باشد. با وجود این بنا به دلایل ذیل بهتر است که ضمانت‌های مذکور مبتنی بر ضمان به مفهوم غیر مصطلح شود؛

الف- با وجود ایراداتی که به صحت قراردادهای ضمانت به مفهوم مصطلح وارد بوده، در صحت قراردادهای مذکور بر اساس عمومات کتاب و سنت و به استناد ماده (۱۰) قانون مدنی، تردید چندانی نیست. به‌ویژه اینکه بسیاری از فقهای بزرگ علت امکان ضمان در تعهداتی مانند جعاله را نیاز جامعه به آن دانسته‌اند. حال که امروز به ضمانت از کارهای دیگران نیاز هست؛ بنابراین باید ضمانت مذکور را صحیح دانست.

ب- اصولاً قراردادهای معین برای منضبط نمودن قراردادهای هم‌شکل و هم‌نوع پدید آمده است تا با پیش‌بینی احکام خاص آن به طرفین قرارداد کمک کند. به نظر می‌رسد که به دلیل گستره وسیع انواع کارهایی که بتوان از آنها ضمانت نمود، بهتر باشد که احکام ضمانت‌های مذکور را در خارج از ضمانت‌های مصطلح جستجو نمود.

### پیشنهادهای

یکی از نهادهای حقوقی که امروزه مورد نیاز فعالان اقتصادی به‌ویژه در گستره پیمانکاری است، ضمانت یک پیمانکار با رتبه بالاتر از پیمانکاران پایین‌تر است، امری که در بسیاری از کشورهای پیشرو اتفاق می‌افتد؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود هیئت دولت ضمن اصلاح شرایط عمومی پیمان، موادی به این امر اختصاص داده شود. برای این امر لازم است پیمانکاران رتبه‌بندی شده، پیمانکار با رتبه بالاتر بتواند پیمانکاران رتبه پایین را ضمانت نمایند.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### کتاب‌ها

- امامی، حسن. حقوق مدنی. جلد ۲. کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۷.
- امامی، حسن. حقوق مدنی. جلد ۴. کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران: گلشن، ۱۳۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. حقوق اموال. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. وسیط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
- ذاکر صالحی، غلامرضا. مبانی قراردادهای نامعین. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی. حقوق مدنی. جلد ۳. تهران: مجد، ۱۳۹۸.
- عدل، مصطفی. حقوق مدنی. قزوین: بحر العلوم، ۱۳۷۳.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی، عقود معین. جلد ۴. تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر. عقود اذنی و وثیقه‌های دینی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر. عقود معین: معاملات معوض - عقود تملیکی، جلد ۱، چاپ دهم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.

#### مقاله‌ها

- دیلمی معزی، علی و مهدی نوروزی. «بازپژوهی عین معین و کلی و کارکرد آن در تصحیح قراردادهای پیش‌فروش ساختمان». نشریه فقه، ۲۸، ۱۰۸ (۱۴۰۰)، ۶۷-۳۹.
- الشریف، محمدمهدی. «قواعد حاکم بر ایفای تعهد به انجام کار یا تسلیم عمل». حقوق خصوصی، ۱۷ (۱۳۸۹)، ۷۹-۱۰۴.
- فتحی‌پور، علی. «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، حقوقی بین‌المللی، ۱۳ (۱۳۶۹)، ۱۳۱-۱۸۲.
- کاویار، حسین و علی‌اکبر ایزدی فرد. «بررسی فقهی - حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان». حقوق اسلامی، ۵ (۱۳۸۷)، ۸۷-۱۱۴.

#### ب- منابع عربی

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین خراسانی. حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- الحسینی مراغه‌ای، السیدمیر عبدالفتاح. العناوین الفقهیه. جلد ۲. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۷ ق.
- الحکیم، السید محسن. مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۲. بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۲.
- الحکیم، السید محسن. منهاج الصالحین. جلد ۲. بیروت: دارالصفوه، ۱۴۱۰.
- الخمینی، روح‌الله. تحریر الوسیله (مجلد واحد). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، بی‌تا.
- الخمینی، روح‌الله. کتاب البیع. جلد ۱. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی‌تا.
- خوبی، ابوالقاسم. مصباح الفقاهه. جلد ۲. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۳۸۶.
- شریفی اشکوری، الیاس. فقرات فقهیه. جلد ۵. قم: بیت آیت‌الله اشکوری، ۱۳۸۵.
- الشهید الثانی. مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. جلد ۴. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۳۹۲.
- الشیخ المفید، محمد بن محمد بن نعمان. المقنعه. جلد ۱. تهران: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- شیخ انصاری، مرتضی. مکاسب. جلد ۳. چاپ کنگره، ۱۴۱۵ ق.

- شیخ طوسی، محمد بن حسن. *المبسوط فی فقه الامامیه*. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. *عروه الوثقی*. جلد ۵. تهران: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. *حاشیه المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۰.
- طباطبایی، علی. *ریاض المسائل*. جلد ۸. تهران: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۹ ق.
- طبسی، شیخ نجم الدین. *موارد السجن فی النصوص و الفتاوی*. جلد ۱. تهران: کتابخانه فقاقت، بی تا.
- علامه حلی. *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. جلد ۵. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی. *تذکره*. جلد ۲. قم: منشورات المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، بی تا.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. *کنز العرفان*. جلد ۱. قم: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، ۱۳۶۵.
- قمی، میرزا ابوالقاسم. *جامع الشتات*. جلد ۳. تهران: کتابخانه فقاقت، بی تا.
- محقق حلی. *شرایع الاسلام*. جلد ۲. تهران: استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی و همکاران. *حقوق قراردادها در فقه امامیه*. جلد اول. تهران: سمت، ۱۳۹۱.
- مدرسی، سید محمد تقی. *الفقه الاسلامی قسم المعاملات*. بیروت: مؤسسه فقه شیعه، ۱۴۱۰ ق.
- المظفر، الشیخ محمد رضا. *المنطق*. جلد ۱. تهران: مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- مفاضی، محمد رضا. «قرارداد ضمانت در حقوق انگلستان». *کانون وکلا*، ۱۳۹-۱۴۰ (۱۳۷۶)، ۷۶-۸۰.
- مقدس اردبیلی. *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان*. جلد ۹. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۹۵.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. *عقد ضمان*. تهران: مجد، ۱۳۸۵.
- نجفی، محمد حسن. *جواهر الکلام*. جلد ۲۶. قم: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.
- نجفی، محمد حسن. *جواهر الکلام*. جلد ۲۸. قم: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.

(ج) منابع خارجی

- Kozolchyk, Boris. "The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees". *Arizona Law Review*, (1982), 287-343. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/139/cnt/cnt11.pdf>
- Millett, Richard. *Law of guarantees*. London: Sweet and Maxwell, 2005.
- Peroni, Roberto & Gemma Adams. "Guarantees". 2021. Available at: <https://www.mondaq.com/uk/contracts-and-commercial-law/1040184/guarantees-2021>
- Pound, Rosco. *The development of constitutional guarantees of Liberty*. New Haven: Yale University Press, 2008.