

## ضمان تخلف از تعهدات قرارداد از نظر حقوقدانان و فقهای مذاهب خمسّه

حسن ظهراپی،<sup>۱</sup> سید حسن حسینی،<sup>۲</sup> عبدالحمید فرزانه<sup>۳</sup>  
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۶/۱۰، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۳)

### چکیده

یکی از موضوعات چالشی در امور حقوقی، استنکاف متعهد از انجام تعهدات قرارداد است که ضمان ناشی از آن، نقش به‌سزایی در جلوگیری از تخلف از انجام تعهدات ایفاء می‌کند. هدف از پژوهش حاضر که با روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته، بررسی نظرات فقیهان و حقوقدانان مذاهب خمسّه راجع به استنکاف متعهد از انجام تعهدات خویش است. یافته‌های تحقیق نشان داد فقیهان امامیه ضمن پذیرش ضمان طرفهای قرارداد در صورت تخلف، با اجرای قاعده لاضرر در ضمان مالی مخالفند و ضمان متعهد قراردادی را مصداقی از قواعد اتلاف، تسبیب یا علی الید می‌دانند. بدین معنا که وقتی شخصی اجرای کار معینی را بر عهده می‌گیرد ضامن خسارات ناشی از عمل خویش است، هرچند خود مباشر در کار نباشد. فقهای اهل سنت نیز همانند امامیه بر این باورند که ضمان قراردادی و قهری دارای مبنای واحدی است و وجود رابطه قراردادی نمی‌تواند ماهیت آن را تغییر دهد. تمام مکاتب فقهی اهل سنت، به استثنای فقه حنفی، به استناد

- 
۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران / [hassanzohrabi@yahoo.com](mailto:hassanzohrabi@yahoo.com)
  ۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران (نویسنده مسئول) / [hoseyni1344@gmail.com](mailto:hoseyni1344@gmail.com)
  ۳. استادیار، گروه الهیات، دانشکده حقوق و علوم انسانی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران / [farzaneh2139@gmail.com](mailto:farzaneh2139@gmail.com)

قاعده فقهی «لا یحلُّ دَم امرءٍ مُسلم» رفع ضرر را محدود به عین اموال ندانسته و ضررهایی که شامل منافع نیز می‌شوند را موجب ضمان می‌دانند و برای مطالبه خسارات ناشی از آن باید به قواعد اتلاف و تسبیب متوسل شد. حقوقدانان کشورهای اسلامی هم، ضمان ناشی از تخلف از انجام تعهدات قراردادی را به عنوان یک اصل و اهرم بازدارنده در وقوع تخلفات قراردادی پذیرفته‌اند و معتقدند ضمان قراردادی بر مبنای اراده طرفین است، ولی ضمان قهری بر مبنای قانون و تابعی از حکم قانونگذار است.

**کلیدواژه‌ها:** ضمان، تعهد، تخلف از تعهدات، مذاهب خمس.

### طرح مسئله

قرارداد موجب استقرار حقوق و تکالیفی بر ذمه طرفین آن می‌گردد و آنها را ملزم به پایبندی به مفاد آن می‌کند. با این حال، در مرحله اجرای بسیاری از قراردادها، مشکلاتی پدید می‌آید که عملاً موجب می‌شود این قراردادها کأن لم یکن تلقی گردند.

می‌توان گفت که تخلف از اجرای تعهد، سابقه‌ای به اندازه عمر قراردادها دارد و صرفاً عوامل قهری نمی‌توانند مانع اجرای قراردادها گردند؛ بلکه عواملی نظیر مدنظر قراردادن شرایط آتی در حین عقد توسط متعهد، فراهم شدن معامله‌ای با سود بیشتر و موارد مشابه، می‌توانند سبب نقض قراردادها شوند. از سویی دیگر، گاهی متعهدله به دلیل اعتماد بر تعهد طرف مقابل، اقدام به تهیه مقدماتی می‌کند و در این راستا متحمل هزینه‌هایی نیز می‌گردد. بدیهی است که چنانچه متعهد از اجرای تعهد خویش استنکاف نماید، انتظاری که متعهدله از انعقاد قرارداد داشته، برآورده نخواهد شد و ممکن است هزینه‌های مزبور هدر رود. در این صورت، متعهدله مجبور می‌شود تا برای ممانعت از خسارتهای بیشتر، قرارداد را با شخص دیگری و هزینه بیشتر منعقد نماید. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا متعهدله قادر است خسارتهای وارده ناشی از تخلف متعهد از اجرای تعهد را مطالبه نماید یا خیر؟

تعیین و اعمال ضمان ناشی از اجرای تعهد، نقش مهمی در ممانعت از وقوع تخلف از اجرای قرارداد دارد و مسئولیت متعهد را در راستای اجرای بهتر و سریعتر مفاد قرارداد مضاعف می‌نماید. این امر سبب می‌شود تا امنیت و سرعت روابط قراردادی در جامعه تأمین گردد. ضمان حقوقی ناشی از تخلف از اجرای تعهد دارای ارکانی است که عبارتند

از: وجود تعهد ناشی از یک عمل حقوقی، تخلف از اجرای تعهد و ورود خسارت بر اثر تخلف.

تمام سخن در یافتن مبنای علمی برای عاملی بازدارنده است که از یک سو، منطبق با مبنای فقهی و نظرات پذیرفته شده از سوی فقیهان باشد و از سویی دیگر، مطابق با حقوق مدرن باشد. زیرا قانون زمانی مقبولیت عمومی پیدا می‌کند که اولاً دارای مبنای علمی باشد و ثانیاً با عرف و مذهب تناقض نداشته باشد.

نگاهی به پیشینه تحقیق نشان می‌دهد که تمامی فقیهان مسلمان اعم از اهل سنت و تشیع نسبت به این موضوع دغدغه مند بوده و در مورد این مطلب نظرات کارآمدی را ارائه کرده‌اند. آنان به ویژه در هنگام بحث از قواعد فقهی هم چون قاعده اتلاف، تسبیب، لاضرر و مانند آن یا به طور مستقیم به این مسئله پرداخته‌اند و یا اینکه در تمثیلات و نمونه‌هایی که برای مباحث خویش آورده‌اند به این مطلب اشاره داشته‌اند.

مهمترین پرسش این نوشتار آن است که دیدگاه فقیهان و حقوقدانان امامیه و اهل سنت در باب ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهدات قرارداد چیست و بر چه مبنایی استوار است؟ این تحقیق که با مطالعات کتابخانه‌ای و به روش توصیفی - تحلیلی انجام می‌شود، تلاش خواهد کرد نظرات فقیهان مذاهب خمسّه و حقوقدانان اسلامی را در خصوص ضمان ناشی از تخلف از انجام تعهدات بررسی نموده و سپس ضمن ارزیابی نظرات ایشان، نظریه صائب در این زمینه را مشخص کند.

## مفهوم‌شناسی

اصطلاحاتی که با نوشتار حاضر ارتباط بیشتری دارند عبارتند از: ضمان و تعهد که مفاد آنها به ترتیب زیر می‌آید:

### ۱. ضمان

واژه «ضمان» مصدر (سزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۱۳) یا اسم مصدر از ریشه «ضَمَنَ» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۳) و در لغت، در معانی مختلفی از قبیل «تعهد، التزام، شامل بودن و در بر گرفتن، کفیل شدن، رعایت، حفظ (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۴) پذیرفتن، بر عهده گرفتن، عهده دار شدن، وثیقه، سپرده، غرامت، تغریم، جبران زیان و پیمان» (معین،

ذیل واژه ضمان) به کار رفته و گاه به خسارت ناشی از تعهد و التزام قهری نیز اطلاق می‌گردد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۷). بنابراین از مجموع این معانی، نتیجه گرفته می‌شود که ضمان در معنی لغوی، دارای مفهوم «تعهد، التزام و قبول مسئولیت» است. ضمان در لغت عبارت است از التزام به اینکه هرگاه چیزی از میان رفت مثل یا قیمت آن را بدهند (همان، ص ۴۴). فقیهان امامیه و مالکیه بر این باورند که آنچه موجب انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن می‌گردد ضمان است ولی سایر فقیهان اهل سنت (شافعی، حنفی و حنبلی) معتقدند که پس از ضمان، دین هم‌چنان بر ذمه مدیون باقی است و اثر ضمان تضامن است که از آن به «ضَمَّ ذِمَّه» تعبیر می‌کنند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۳). زحیلی حقوقدان مسلمان، ضمان را به معنای «تعهد شخص به جبران خسارت ناشی از اتلاف مال یا تضییع منافع یا ایراد زیان بدنی به غیر» به کار برده است (زحیلی، ۱۴۰۲ق، ص ۱۶).

## ۲. تعهد

واژه تعهد، مصدر باب تَفَعَّل و ریشه‌اش «عهد» است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۰۳). این اصطلاح به معنای «حفظ و نگهداری از چیزی، به گردن گرفتن امری، بر عهده گرفتن، عهد و پیمان بستن» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۹۱) به کار رفته و به موضوعاتی اشاره دارد که حفظ و نگهداری آنها ضروری است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۰۳). واژه تعهد در معانی مصدری و اسم مصدری نیز به کار می‌رود. معنای مصدری تعهد عبارت است از: عهده‌دار شدن اجرا یا ترک عملی در برابر شخصی دیگر، خواه در برابر آن عوض باشد یا نباشد (شهیدی، ۱۳۷۷ش، ص ۱۶). معنای اسم مصدری تعهد نیز عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً بر عهده متعهد ثابت می‌گردد. تعهد به این معنا ممکن است به اراده شخصی بر عهده او قرار بگیرد یا بدون اراده او مستقیماً به حکم قانون ثابت گردد (همان، ص ۱۶).

## ضمان ناشی از تخلف از انجام تعهدات قراردادی از نظر فقهای امامیه

مشهور فقیهان امامیه، امکان خسارت ناشی از تخلف از انجام تعهد را در صورتی قابل پذیرش دانسته‌اند که ضمان منحصر به تلف مال باشد. در مقابل، برخی فقیهان بر خلاف

نظریه مشهور، گستره ضمان را به عدم‌النفع نیز سرایت داده‌اند. ضمان قراردادی غالباً محدود به عدم‌النفع، زیان معنوی و خسارت تأخیر تأدیه نیست، بلکه در مواردی شامل تلف مال نیز می‌شود.

به‌عنوان مثال، وقتی یک شرکت پیمانکار سد، به دلیل تخلف از مفاد تعهد، اقدام به احداث سدی خارج از استانداردهای معمول می‌نماید و پس از آب‌گیری، سد مذکور تخریب می‌شود و باعث از بین رفتن اموال مردم می‌گردد، در این صورت تلف مال صادق است و می‌توان بر اساس قاعده تسبیب خسارت وارده را مطالبه نمود. همچنین، در جایی که اجیر خاص متعهد گردیده تا در تاریخ معینی کار خاصی را انجام دهد و از اجرای تعهد خویش استنکاف نماید، عمل او به ملکیت مستأجر در آمده و تخلف وی موجب اتلاف مال مستأجر می‌گردد. بنابراین از آنجایی که ضمان قراردادی در مواردی محدود مورد پذیرش فقیهان امامیه واقع گردیده، انکار آن صحیح نیست.

در فقه امامیه موارد گوناگونی وجود دارد که به دلیل عدم تلف بالفعل مال، خسارت را غیرقابل مطالبه دانسته‌اند. به‌عنوان مثال، ابن‌ادریس حلی در مسئله‌ای بیان می‌کند که اگر کسی مانع فروش کالای شخصی شود و این عمل منجر به تنزل قیمت بازار گردد، خسارت وارده ناشی از کاهش قیمت غیرقابل مطالبه است (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۱۸۴).

نجفی در مقام استدلال می‌گوید: چون در این‌گونه موارد مالی از شخص متضرر به صورت تسبیبی یا مباشری تلف نشده، اجماع فقیهان امامیه بر این است که منافع انسان آزاد ضمان‌آور نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۱۵). وی در پاسخ به کسانی که برای اثبات ضمان در این‌گونه موارد به قاعده فقهی «لا ضَرَّ و لا ضِرَّار فی الإسلام» استناد می‌کنند، اظهار می‌دارد: «حدیث لا‌ضرر در اسلام، صرفاً در مقام نامشروع بودن عملی است که مستلزم ضرر و ضرار است و در واقع منهی‌عنه بودن چنین عملی را اعلام می‌دارد. و بر فرض که لا‌ضرر، دلالت بر ضمان مالی داشته باشد، استفاده‌ی ضمان در هر موردی مستلزم فتوای اصحاب در آن مورد است و با تکیه بر اطلاق آن نمی‌توان فتوا داد» (همان، ص ۱۶).

رشتی نیز به استناد اینکه در عبارت فقهی «مَنْ أَلْفَ مَالٍ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» سخن از اتلاف مال مطرح شده است، مجرای قواعد اتلاف و تسبیب را جایی می‌داند که مال موجود تلف شود، خواه عین باشد یا منفعت (رشتی، ۱۳۲۲ق، ص ۴).

فتوای حلی در مسئله زندانی کردن صنعتگر آزاد برای مدتی بدون بهره‌برداری از منافع او این است که توقیف‌کننده هیچ ضمانی در برابر اجرة المثل ندارد (حلی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۲۹). وی میان تفویت و فوات منفعت قایل به فرق است؛ به این بیان که در تفویت منفعت، شخص از منافع دیگری به نفع خویش بهره‌برداری می‌نماید، اما در فوات منفعت، منافع شخص معطل مانده و بدون استفاده باقی می‌ماند. در این صورت، منافع شخص هم‌چون لباسهای وی تابع اوست و همان‌طور که غصب شخص بی‌معناست، غصب منافع وی نیز غیر قابل تحقق است (همان).

نجفی در توضیح مسئله مذکور بیان می‌کند: «هر چند تسبیب از موجبات ضمان به شمار آمده، لیکن محل جریان قاعده مزبور جایی است که مال تلف شده باشد و از آن جایی که عمل صنعت‌گر فی‌نفسه مال موجود تلقی نمی‌شود، تسبیب تلف آن فاقد معناست» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۴۰). وی هم‌چنین تأکید می‌کند که اگر قرار باشد قاعده لاضرر در این مورد اجرا شود، مستلزم پدید آمدن فقهی جدید خواهد بود. به عبارت دیگر، لازمه این قاعده این است که اگر کسی بدون آنکه مال کسی را تصرف کند، صرفاً مانع استفاده مالک از مال خویش شود یا از رفتن وی بر سر کار ممانعت کند، باید او را ضامن تلقی کرد. این در حالی است که اهل سنت، که قائل به قیاس و استحسان هستند، چنین نظری را اتخاذ نکرده‌اند (همان).

علاوه بر نجفی، بسیاری از فقیهان امامیه نیز بر دلالت حدیث لاضرر بر ضمان مالی اعتراض کرده‌اند و هر کدام به نوبه خود ایراداتی به شرح زیر بر آن وارد نموده‌اند: از نظر نراقی، روایت لاضرر تنها دال بر نفی حکم است و در مواردی که عدم حکم مستلزم حادث شدن ضرر باشد، حدیث لاضرر نمی‌تواند مسئولیت اثبات حکم را بر عهده بگیرد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۵). مرحوم خوئی نیز بر این باور است در جایی که عدم حکم مستلزم حادث شدن ضرر است، دلالت حدیث لاضرر بر ثبوت حکم تنها در صورتی امکان‌پذیر است که راه جبران خسارت منحصر به ضمان مالی باشد. در حالی که جبران خسارت از طریق بیت‌المال و ثواب الهی نیز ممکن است و تنها راه جبران خسارت، ضمان

عامل زیان نیست تا بتوان عامل زیان را به عنوان ضامن خسارات وارده تلقی کرد (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۵۶۰). ایشان قاعده فقهی لاضرر را ناظر به نفی ضرر در عرصه تشریح دانسته و معتقد است که در باب ضمان مالی، عامل زیان است که با عمل خویش موجبات ضرر و زیان را فراهم می‌آورد، نه حکم شارع به عدم ضمان. لذا صحیح نیست که با استناد به قاعده لاضرر، حکم به ثبوت ضمان نماییم (همان). علاوه بر این، ایشان تصریح می‌کند: «حدیث لا ضرر در مقام امتنان و تسهیل بر امت اسلام وارد آمده است؛ در حالی که استفاده از ضمان عامل زیان، اگرچه از یک سو به نفع زیان‌دیده است، از سویی دیگر با اصل امتنان بر عامل زیان ناسازگار است» (همان، ص ۵۶۷).

در نتیجه، می‌توان گفت که فقیهان بزرگ امامیه به طور کلی مخالف جریان قاعده «لاضرر» در ضمان مالی هستند؛ به گونه‌ای که نجفی اجرای این قاعده را در چنین مواردی مستلزم ظهور فقهی جدید تلقی می‌کند.

### فقها و نقش تقصیر در ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد

با توجه به نوع استدلالهای فقیهان امامیه در برخی از مسائل و مصادیق فروع مرتبط با ضمان، دو دیدگاه متفاوت قابل اثبات است.

#### ۱. فقهای طرفدار نقش تقصیر در ضمان

در فقه امامیه، فروعی وجود دارد که به صراحت به نقش عنصر تقصیر در ضمان پرداخته شده است. در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود:

- اگر کشاورز پس از عقد مزارعه و تسلیم زمین به وی، از روی سهل‌انگاری و بدون عذر، تا زمان انقضای عقد از کشت امتناع ورزد، در برابر مالک زمین ضامن است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۷۸).

- اگر در عقد مضاربه شرط شود که مضارب فقط به شهر معینی سفر کند یا تجارت مربوط به مبیع خاصی باشد، یا معامله صرفاً با شخص معینی صورت پذیرد و عامل از اجرای تعهد خویش استنکاف کند، ضامن تلف شدن مال و خسارت وارده خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۵۳).

- اگر کسی بر حیوانی که برای حمل بار اجاره نموده، بیش از مقدار معین شده در عقد، بار حمل نماید، ضامن پرداخت مقدار اضافی به عنوان اجرة المثل خواهد بود (همان، ج ۲۷، ص ۳۰۳).

- در اجاره اعیان، چون عین مستأجره به صورت امانت در دست مستأجر قرار می‌گیرد، در صورت تعدی و تفریط، وی ضامن مثل یا قیمت آن خواهد بود (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۵۷).

- اگر وکیل نسبت به آنچه در عقد وکالت مقرر شده، تخلف ورزد، نسبت به مالی که در دست وی بوده و در نتیجه‌ی تخلف از تعهد تلف شده است، ضامن موکل خویش خواهد بود (طباطبایی، بی تا، ص ۱۲۶).

- در صورتی که مالی بر اثر کوتاهی یا تعدی مستودع تلف شود، ولو اینکه تلف مستند به فعل وی نباشد، مانند زمانی که از تغذیه حیوان امتناع ورزد یا لباس مورد ودیعه را در مکان نامناسبی قرار دهد، در این صورت مستودع ضامن است (حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۹، ص ۸۱).

- در عقد رهن نیز اگر مال مرهون بر اثر تعدی و تفریط مرتهن از بین برود، مرتهن ضامن عین و منافع گذشته آن خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص ۱۷۸).  
با دقت در این فروع، این نکته به ذهن می‌آید که از نظر فقیهان امامیه، لازمه‌ی ضمان ناشی از تخلف از انجام تعهد، مشابه ضمان قهری، وجود عنصر تقصیر است. این تأکید بر تقصیر نشان می‌دهد که مسئولیت در این موارد نه تنها به دلیل وجود رابطه قراردادی، بلکه به علت عدم رعایت اصول و قواعد مقرر نیز ناشی می‌شود.

## ۲. فقیهان قایل به عدم تأثیر تقصیر در ضمان

برخلاف گروهی که به تأثیر تقصیر در ضمان تأکید دارند، در برخی از استدلالهای فقهی علمای امامیه، فروعاتی وجود دارد که در آنها بحثی از عنصر تقصیر مطرح نشده است. در ادامه به برخی از این فروع اشاره می‌شود:

- فقیهان امامیه پزشک و دامپزشک را به طور مطلق ضامن دانسته و هیچ‌گونه شرطی برای اثبات تقصیر در ضمان آنها در نظر نگرفته‌اند (همان، ج ۲۵، ص ۳۲۲).

- در صورتی که صنعتگر آسیبی به مال وارد کند، وی ضامن است، خواه در عمل خویش مقصر باشد یا نباشد. فقیهان امامیه صراحتاً بیان کرده‌اند که حتی اگر صنعتگر ماهر نیز باشد، ضامن خسارت ناشی از عمل خویش خواهد بود (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۶۷).

- اگر پای باربر بلغزد و کالای محمول توسط او سقوط کند و آسیبی به آن وارد آید، باربر ضامن آسیب وارده بر کالا خواهد بود (طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۰۳).

- همچنین اگر باربر (ساریان) در جاسازی بار مسامحه نماید و بندها به دلیل عدم استحکام پاره شوند و به محموله آسیبی وارد آید، باربر در این حالت نیز ضامن است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۲۶۷).

این فروع نشان می‌دهند که ضمان متعهد قراردادی منوط به احراز تقصیر نیست. اما این سؤال مطرح می‌شود که آیا این بدین معناست که مبنای ضمان قراردادی در اندیشه فقیهان امامیه با ضمان قهری متفاوت است؟ یا اینکه هر دو دارای مبنای واحدی هستند و وجود رابطه قراردادی نمی‌تواند ماهیت آن را تغییر دهد؟ عبارات فقیهان امامیه نظریه دوم را تأیید می‌کند.

### حقوقدانان ایران و نقش تقصیر

با دقت در کلمات حقوقدانان ایرانی، این نکته به دست می‌آید که برخی از آنها در صورتی که متعهد در خسارات وارده مقصر باشد، به تبع از فقه امامیه، او را ضامن زیان قلمداد کرده‌اند. سید حسن امامی می‌گوید: «اگر بر اثر تقصیر متعهد، تعهد در زمان مقرر انجام نشود، متعهد ملزم به جبران تمام خسارتهای وارده می‌شود؛ زیرا عرفاً متعهد عامل پیدایش خسارتهای مزبور است، اما چنانچه عنصر تقصیر نقشی در خسارات وارده نداشته و متعهد تمام تلاش و احتیاط لازم را برای انجام تعهد به خرج داده و در عین حال انجام آن مقدور نشده باشد، ضامن خسارت وارده نیست. زیرا انتظار بیش از حد از یک انسان عادی و محتاط تکلیف مالایطاق است و مقتضای قاعده تسبیب نیز این است که شخص ضرررساننده به دیگری در صورتی ضامن است که در کار خود کوتاهی ورزیده و نتیجه‌ی عمل وی عموماً پیش‌بینی می‌شده است» (امامی، ۱۳۶۴ش، ج ۱، ص ۱۳۴). از عبارات مزبور می‌توان فهمید که از نظر ایشان اولاً ماهیت ضمان قراردادی و قهری یکسان است و

هر دو دارای مبنای واحدی هستند و ثانیاً در هر دو نوع ضمان، تقصیر عامل زیان شرط محسوب می‌شود و ثالثاً معیار تشخیص مسئولیت در این زمینه، رفتار یک انسان متعارف و عادی است.

کاتوزیان نقض تعهد را ضمان‌آور و خطایی نابخشودنی تلقی کرده است، به شرطی که نقض تعهد به عمد صورت پذیرد و عنصر تقصیر در نقض تعهد نقش داشته باشد. او بر این باور است که همان‌طور که مجروح ساختن دیگران و خیانت در امانت موجب ضمان می‌شود، بی‌احترامی به فرمان «احترام به قرارداد» نیز ضمان‌آور است. این دو نوع تقصیر با اینکه یکی تعدی مستقیم و دیگری تعدی باواسطه به حساب می‌آیند، در نهایت به عنوان نقض تعهد محسوب می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۶ش، ج ۴، ص ۱۴۷). از کلام کاتوزیان این نتیجه به دست می‌آید که ضمان قراردادی و قهری دارای ماهیت واحدی هستند و تقصیر در هر دو نوع ضمان شرط محسوب می‌شود.

جعفری لنگرودی نیز ضمن پذیرفتن تباین ماهوی میان ضمان قهری و قراردادی، بر این باور است که قدر مشترک بین دو نوع ضمان، نقض تعهد است. او اشاره می‌کند که نقض تعهد ناشی از عقد، علامت ضمان قراردادی است، در حالی که نقض تعهد ناشی از قانون، علامت ضمان خارج از قرارداد است. این تفاوت کافی است که نشان دهد این دو نوع ضمان از ماهیتی جداگانه برخوردارند، هرچند که در بسیاری از آثار قانونی وضع مشترکی دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۲ش، ص ۲۹).

این حقوقدان، نقش تقصیر در ضمان قراردادی را این‌گونه بیان می‌کند: خطای عقدی زمانی است که متعهد الزامی نسبت به تعهد ناشی از عقد نداشته باشد، خواه این عدم التزام عمدی باشد یا سهوی (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹ش، ج ۱، ص ۲۸۸). او همچنین می‌گوید که در حقوق ایران، با تأسی از ماده ۱۱۴۷ ق.م. فرانسه، فرض تقصیر ثابت است، مگر آنکه متعهد بتواند قوه قاهره را ثابت نماید. در این خصوص، فرقی بین عدم اجرای تعهد و تأخیر در اجرای آن وجود ندارد. ماده ۲۲۷ ق.م. نیز مؤید این عمومیت است و این ماده قائل به فرق بین تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله نیست (همان، ص ۲۸۹).

مصطفی عدل در دیدگاه خود به عنصر تقصیر در ضمان تأکید ندارد و بیان می‌کند: «همین که بتوان عدم اجرای تعهد را به متعهد نسبت داد، ضمان وی محرز می‌گردد، خواه تخلف از اجرای تعهد عمدی باشد یا سهوی. لذا نیازی نیست که شخص متعهد در انجام

تعهد خویش مقصر تلقی شود تا نسبت به متعهدله ضامن گردد» (عدل، ۱۳۷۳ش، ص ۱۳۴).

در مجموع می توان گفت حقوقدانان کشورهای اسلامی، ضمان ناشی از تخلف از انجام تعهدات قراردادی را به عنوان یک اصل و اهرم بازدارنده در وقوع تخلفات قراردادی پذیرفته‌اند و ضمان قهری را متمایز از ضمان قراردادی دانسته و معتقدند که ضمان قراردادی بر مبنای اراده طرفین و تابعی از خواست و اراده آنهاست، در حالی که ضمان قهری بر مبنای قانون و تابعی از حکم قانونگذار است.

### ضمان ناشی از تخلف از انجام تعهدات قرارداد در فقه و حقوق اهل سنت

سنهوری بار اثبات در ضمان قراردادی را بر دوش متعهد و اثبات وجود عقد را بر عهده متعهدله نهاده است. او خسارات قابل مطالبه در ضمان قراردادی را صرفاً شامل ضررهای مستقیم و قابل پیش‌بینی می‌داند (سنهوری، ۱۹۳۸م، ص ۳۱۴). از نظر وی، نوع تعهد پیشین سبب شده تا بار اثبات در ضمان قراردادی بر عهده‌ی متعهد قرار گیرد. به بیان دیگر، اگر موضوع تعهد یک امر ایجابی باشد، مانند موردی که قانونگذار پرداخت نفقه والدین را بر عهده پسر گذاشته و او نیز مدعی پرداخت نفقه است، در این صورت، مدعی موظف است تا پرداخت نفقه را اثبات نماید، زیرا اصل بر عدم ایفای تعهد است. اما در صورتی که موضوع تعهد یک امر سلبی باشد، مانند حالتی که شخص تعهد نموده تا پنجره‌ای را به خانه همسایه باز نکند، اثبات استنکاف متعهد از انجام تعهد بر عهده مدعی نقض تعهد (متعهدله) خواهد بود. لذا در ضمان عدوان و ناشی از تقصیر نیز گاهی بار اثبات بر عهده متعهد واقع می‌شود (همان، ص ۵۱۰).

سنهوری هم‌چنین معتقد است که ضمان پیش قراردادی (همان، ص ۳۰۰) از نظر حقوقی، نوعی ضمان قهری و خارج از قرارداد است. به طوری که در قرارداد حمل و نقل، بین حمل مسافر و کالا تفاوت قائل می‌شود. در حمل کالا، از یک سو مسئولیت کامل بار بر عهده متصدی حمل و نقل است و از سوی دیگر، بر اساس مقتضای عقد، متصدی حمل و نقل ضامن سالم رسیدن کالا به مقصد است و اما در حمل مسافر، چون مسافر به دلخواه خود حرکت می‌کند و تحت سیطره متصدی نیست، لذا در ضمان متصدی حمل نسبت به سلامت مسافر تردید وجود دارد (همان، ص ۳۱۷).

نقیب معتقد است: «اگر صاحب کارخانه به دلیل اعتمادی که به مهندس خود دارد، اسرار صنعتی را در اختیار وی بگذارد و مهندس پس از اتمام قرارداد و تسویه حساب با کارخانه، اسرار ذکر شده را در اختیار رقیب کارفرما قرار دهد، ضمان وی قهری است. اما اگر صاحب کارخانه طی یک قرارداد از مهندس تعهد بگیرد که برای کارفرمای دیگری کار نکند و او از تعهد خویش استنکاف نماید، ضمان ایشان قراردادی به حساب می‌آید» (نقیب، ۱۹۸۸م، ص ۴۵۶).

ماده ۲۵۴ قانون عقود و موجبات لبنان، متعهد قراردادی که نسبت به اجرای تعهد خویش تخلف ورزیده را ضامن می‌داند. همچنین، ماده ۲۵۵ اشاره می‌کند که در برخی از عقود به طور استثناء، ضمان آور بودن تخلف متعهد از انجام تعهد، مشروط به اثبات تقصیر او است. نقیب از مجموع دو ماده قانونی فوق نتیجه می‌گیرد که لازمه ضمان قراردادی، اثبات تقصیر است. او همچنین به تفاوت میان تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله اشاره می‌کند: در تعهد به نتیجه، لازمه پدید آمدن تقصیر، عدم حصول نتیجه است و تنها قوه قاهره می‌تواند از پدید آمدن آن ممانعت کند. اما در تعهد به وسیله، کوتاهی متعهد، سبب پدید آمدن تقصیر می‌گردد (همان، ص ۴۶۱).

قانونگذار در ماده ۲۶۲ قانون مذکور نیز تحقق ضمان قراردادی را منوط به احراز میزان خسارت می‌داند. در یک رأی دادگاه استیناف مدنی لبنان در سال ۱۹۹۵م، مقرر گردیده است: «اگر فروشنده‌ای در ضمن عقد متعهد گردد تا مکان تجاری را به نام مشتری ثبت نماید و از اجرای تعهد خود تخلف ورزد، در این صورت فروشنده موظف است تا علاوه بر استرداد ثمن، هرگونه خسارت دیگری اعم از بیکار ماندگی و هزینه‌های جانبی که مشتری متحمل آن گردیده را پرداخت نماید» (رأی قاضی عویضه، شماره ۳۳۶ مورخ ۱۹۹۵/۱۰/۲۳ به نقل از: بدوی، ۱۹۹۷م، ص ۱۹۱).

فار، حقوقدان اردنی بر این باور است که خسارات ناشی از تخلف از اجرای تعهد، قابل مطالبه است به شرطی که یک انسان عادی در حین عقد قادر به پیش‌بینی آن باشد (فار، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص ۱۴۸). علاوه بر این، از رأی دیوان تمیز اردن نیز نتیجه‌گیری می‌شود که شرط تحقق ضمان، تقصیر متعهد است. همچنین، از رأی دیگری از همین مرجع قضایی استنباط می‌شود که خسارات معنوی و عدم‌النفع در ضمان قراردادی، در صورتی قابل مطالبه است که ثابت شود متعهد قراردادی مرتکب تقصیر سنگین شده است.

با تتبع در کتب فقهی اهل سنت مشاهده می‌شود که برخی از آنان بر این باورند که ضمان قراردادی به‌طور مستقل و بر مبنای اراده طرفین مورد پذیرش فقیهان اهل سنت واقع گردیده است. بزدوی در کتاب «الاصول» سبب تحقق ضمان ناشی از عقد را رضایت طرفین دانسته و سبب ضمان خارج از قرارداد و ناشی از تقصیر را به اوصاف عین مرتبط می‌کند (ر.ک: سراج، ۱۴۱۰ق، ص ۶۰).

این نظر بزدوی که سرخسی نیز آن را پذیرفته است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۸۰)، به این معناست که ضمان عقدی بر اساس اراده طرفین تحقق می‌پذیرد و میزان آن تابع قراردادی است که بین آنها منعقد گردیده است. به‌گونه‌ای که هرگونه کاهش و افزایش نیز در آن ممکن است و با رضایت طرفین، می‌توان ضمان را به‌طور کلی ساقط کرد. در مقابل، در ضمان قهری، سبب ضمان ناشی از عین تلف است و به هیچ‌وجه رضایت قبلی طرفین شرط نیست.

برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد به معنایی که در حقوق غرب آمده، توسط فقه اهل سنت پذیرفته نشده است. در حقوق غرب، جبران هر نوع خسارتی، اعم از مادی، معنوی و عدم‌النفع، به شرط مستقیم و مسلم بودن ضرر لازم و ضروری است. اما فقه اهل سنت ضمان را مشروط به این می‌داند که اولاً مال تلف‌شده دارای وجود خارجی باشد و ثانیاً مال تلف‌شده و بدل آن همسان باشند (سنهوری، ۱۹۹۸م، ج ۶، ص ۱۳۸). بنابراین، چنین نیست که هر خسارتی که به دلیل تخلف از اجرای تعهد بر متعهدله وارد آید موجب ضمان متعهد شود، ولو به دلیل از دست دادن نفع (همان، ص ۱۸۶).

چنان‌که ملاحظه می‌شود اینان پذیرفته‌اند همان‌طور که فقیهان اسلامی و حقوقدانان غربی در اختلاف مفهوم تقصیر نسبت به تعهدات به وسیله و تعهدات به نتیجه وفاق نظر دارند، ارکان ضمان قراردادی و مفهوم تقصیر نیز در نزد ایشان همسان است.

خفیف می‌گوید: «مورد معامله می‌تواند یا مال باشد یا عمل. اگر مورد معامله مال باشد، قاضی پس از مراجعه متعهدله، از اموال متعهد برداشته و حق او را به صورت عین معین یا مال کلی ادا می‌کند. در صورتی که متعهد معسر باشد، قاضی بدون آنکه خسارت ناشی از تأخیر در اجرای تعهد متوجه او باشد، به وی مهلت می‌دهد. دلیلش این است که ضمان و

تضمین در صورتی محقق می‌شود که ضرر مالی به دلیل تلف مال یا نقصان قیمت باشد، اما در مواردی که ضرر به نقصان در دارایی مربوط نمی‌شود، از نظر فقیهان، ضمانی وجود نخواهد داشت» (خفیف، ۲۰۰۰م، ج ۱، ص ۱۷). فتحی درینی نیز بیان می‌کند که ضمان قراردادی در حقوق با آنچه در فقه به عنوان ضمان عقدی تلقی می‌شود، متفاوت است (فتحی درینی، ۱۹۹۷م، ص ۲۲۶). سراج به شدت به برداشت عالمان مزبور از سخنان فقیهان اهل سنت انتقاد کرده و به دلایل زیر معتقد است که فقه اهل سنت ضمان قراردادی را به معنای امروزی آن پذیرفته است:

۱- اسلام به استناد عموم حدیث «لا ضَرَر و لا ضِرار فی الاسلام» رفع ضرر را واجب می‌داند. این اصل، مبنای اخلاقی و قانونی برای جلوگیری از آسیب به افراد و جامعه محسوب می‌شود.

۲- تمام مکاتب فقهی اهل سنت، به استثناء فقه حنفی، به استناد قاعده فقهی «لا یحلُّ دَم امرئِ مُسلم»، رفع ضرر را محدود به عین اموال ندانسته و ضررهایی که شامل منافع نیز می‌شوند را موجب ضمان می‌دانند. این دیدگاه نشان‌دهنده گستره وسیعتر مفهوم ضمان در فقه اهل سنت است.

۳- آیه شریف «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر لزوم وفای به عقد تأکید دارد و تخلف از اجرای تعهد را نوعی «تعدی» تلقی کرده و موجب ضمان می‌داند.

۴- اجبار متعهد به انجام عین تعهد تنها راه رفع ضرر از زیان‌دیده محسوب نمی‌شود. به عنوان مثال، زمانی که درختان باغی به دلیل تخلف اجیر از تعهد خود در آبیاری آنها خشک می‌شوند، اجبار متعهد به انجام تعهد، خسارتی را جبران نمی‌کند. در این مورد، تنها راه از بین بردن ضرر، پرداخت خسارت است. از این رو ضرر دارای مفهوم وسیعی است که هر آنچه در عرف به عنوان زیان شناخته می‌شود را در بر می‌گیرد، خواه این زیان مربوط به عین منافع، عین مال، بدن انسان، یا سایر حقوق مالی باشد.

استعمال مکرر عبارت «الضَّرَرُ الْمُلتَزِمُ بِالْعَقْدِ» در مورد خودداری از انجام تعهد توسط کاسانی (کاسانی، بی تا، ج ۵، ص ۲۰۰) دلیل مبرهنی بر ادعای مذکور است. این عبارت به معنای خسارتی است که طرفین در زمان انعقاد عقد، پدید آمدن آن را به طور عادی پیش‌بینی می‌کنند.

با تأمل در فتاوی فقیهان اهل سنت، مشخص می‌شود که از نظر ایشان، ضرر دارای مفهوم وسیعی است که خسارت ناشی از تخلف قراردادی را نیز شامل می‌شود. بر این اساس، ذکر موارد مطروحه زیر ضروری می‌نماید:

۱- در مواردی که شخص یک تعهد مالی بر ذمه گرفته و با وجود تمکن مالی از پرداخت آن خودداری می‌کند و متعهدله نیز مجبور می‌شود برای وصول طلب خود شکایت کند و هزینه‌هایی را متحمل شود. حال چنانچه هزینه‌های خرج‌شده در حد متعارف باشد، پرداخت آن بر عهده متعهد خواهد بود (بعلی، ۱۹۸۵م، ص ۳۴۶).

۲- نویسنده کتاب «مرشد الحیران»، بر این باور است که اگر مزارع به دلیل تأخیر غیرمتعارف در آبیاری، خسارتی به درختان وارد کند، ضامن است. دلیل ایشان نیز تخلف از اجرای تعهدی است که بر اثر عقد صحیح بر دوش او نهاده شده است (رک: قدری باشا، ۱۳۰۸ق، مواد ۶۱۳ و ۶۱۴).

۳- نظر فقیهان مذاهب چهارگانه اهل سنت این است که: اگر کفیل تعهد کند که مکفول را در موعد مقرر حاضر کند، در صورت تخلف کفیل از این تعهد، او به زندان نمی‌رود، بلکه ملزم می‌شود تا وجه الکفالة را به عنوان غرامت پرداخت نماید (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۱۲).

۴- فقیهان حنفی بیان می‌کنند که اگر کسی زمینی را کرایه کند تا در آن گندم بکارد و بر خلاف تعهد خود در زمین مذکور پنبه بکارد، ضامن خواهد بود. به هر میزان که به زمین نقص وارد کرده باشد، ملزم به پرداخت قیمت آن زمین به اندازه نقص وارده خواهد بود.

نظر فقیهان شافعی در این مسئله این است که مستأجر باید اجرة المثل را به صاحب زمین پرداخت کند، زیرا بر خلاف تعهد خود عمل کرده است. اگر مستأجر بیش از مقدار شرط‌شده در قرارداد کشت کند، ملزم به پرداخت خسارت نسبت به آن میزان اضافی خواهد بود. برخی از فقیهان شافعی نیز گفته‌اند که در صورت تخلف، نیازی به پرداخت «اجرة المثل» نیست و «اجرة المسمی» کفایت می‌کند (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۱۱۷).

۵- اگر در عقد اجاره، مستأجر بر خلاف شرط عمل کند و عمل انجام‌شده توسط وی بیش از آنچه در عقد اجاره شرط شده باشد، در این صورت مستأجر ضامن خواهد بود (همان).

علاوه بر موارد مذکور، مسئولیت پزشک و قاعده غرور در معاوضات نیز از جمله موارد دیگری است که اعتقاد فقیهان اهل سنت به ضمان قراردادی را اثبات می‌کند. به عنوان مثال، اگر دندان‌پزشک برای کشیدن دندانی اجیر شود و دندان نادرستی را بکشد، بیمار می‌تواند ادعا کند که منظورش دندان دیگری بوده است. در این صورت، قول بیمار پذیرفته می‌شود و دندان‌پزشک ضامن تلقی می‌شود؛ زیرا بین طرفین رابطه قراردادی برقرار است و بیمار مدعی عدم رعایت شرایط قراردادی از سوی پزشک است. در حالی که مقتضای قاعده این است که بیمار باید برای اثبات تقصیر اقامه بینه کند، ولی به دلیل عدم آگاهی کامل بیماران از اصول فنی و پزشکی، فقیهان به لحاظ رعایت مصلحت بیماران، بار اثبات را بر عهده پزشک گذاشته‌اند (سراج، ۱۴۱۰ق، ص ۸۰).

هم‌چنین اگر شخصی یک قطعه زمین خریداری کند و اقدام به ساخت بنایی در آن نماید و سپس کشف شود که زمین قبلاً به شخص دیگری فروخته شده است، در این صورت فروشنده باید ثمن زمین را به همراه قیمت ساختمان به مشتری پرداخت نماید (ر.ک: مازن، ۱۴۲۸ق، ماده ۶۵۸).

سراج برای اثبات پذیرش ضمان عقدی از سوی فقیهان اهل سنت، به بیان موارد دیگری نیز پرداخته است که عبارتند از:

۱- از بین رفتن مورد معامله بر اثر عیبهایی که موجب ایجاد خلل در قصد طرفین عقد می‌شوند.

۲- استفاده از حق خیار در موارد تدلیس و غبن.

۳- مخیر بودن شخص زیان‌دیده بین فسخ یا تخفیف ثمن به میزان واردشده (سراج، ۱۴۱۰ق، ص ۸۲).

سراج نتیجه می‌گیرد که ضمان قراردادی تقریباً به همان شکلی که در حقوق امروز مطرح می‌شود، مورد تأیید فقه و شریعت اسلامی قرار گرفته است. او هم‌چون کاسانی، ریشه ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد را اراده طرفین قرارداد می‌داند. وی در ادامه می‌گوید: «اگر تخلف قراردادی سبب ورود خسارت مادی گردد، جبران آن از نظر فقهی لازم و ضروری است، ولی اگر منجر به خسارت معنوی شود، حاکم می‌تواند برای جلوگیری از تکرار خسارت معنوی و جبران خسارت زیان‌دیده، مبلغی غرامت مالی به عنوان تعزیر مقرر نماید و این عمل قاضی مطابق با قواعد شریعت است» (همان، ص ۸۳).

در ارزیابی این سخنان، باید متذکر شویم که اگرچه علت استعمال واژه «ضمان عقدی» در عبارات فقیهان اهل سنت، اراده طرفین بیان شده، اما با تأمل در کلمات ایشان درمی‌یابیم که منظور آنها از ضمان عقدی با آنچه در حقوق امروز به عنوان ضمان قراردادی نامیده می‌شود، کاملاً متفاوت است.

شایان ذکر است گرچه فقیهان اهل سنت در ابواب گوناگون معاملات، به بیان نتیجه تخلف از اجرای تعهد پرداخته‌اند، اما در هیچ جا ضمانی که امروزه در سطح گسترده برای متعهد نسبت به ضررهای وارد به متعهدله قائل شده‌اند، در نظر نگرفته‌اند. به عنوان مثال، فقیهان اهل سنت بیان کرده‌اند که اگر در عقد مزارعه، مزرعه‌ای به دلیل خودداری زارع از آبیاری خشک شود، زارع ضامن است، اما دامنه این ضمان، قیمت زرع در زمان رویش گیاه است و نسبت به محصولی که در آینده برداشت خواهد شد، ضمانی وجود نخواهد داشت. هم‌چنین صراحتاً گفته‌اند که اگر فردی متعهد شده تا دیواری که رو به خرابی است ترمیم کند و بر اثر تخلف وی از انجام تعهد، دیوار فرو ریزد و منجر به آسیب شود، یا اگر متعهد شده تا در راستای جلوگیری از نفوذ آب به مزرعه، در هنگام طغیان رودخانه، دیواری را احداث کند، باید قیمت آنچه تلف شده را پرداخت نماید. در این مثالها ضمان نسبت به دیوار یا مزرعه از آثار اتلاف مال است که اجیر سبب آن بوده است و نه از آثار اجاره؛ در حالی که دامنه ضمان قراردادی که امروزه مورد بحث است، بسیار فراتر از «تلف مال» است و مبتنی بر وجود قراردادی است که به نحو صحیح بین طرفین منعقد گردیده است (خفیف، ۲۰۰۰م، ج ۱، ص ۱۸).

### نتیجه

از دیدگاه فقیهان و حقوقدانان اهل سنت و نیز مشهور فقیهان امامیه، مبنای ضمان قراردادی قواعد فقهی اتلاف و تسبیب است به طوری که محدودیت مذکور مانع از این نیست که طرفین بتوانند با استناد به عموم ادله شروط، گستره ضمان قراردادی را به بیش از تلف مال توسعه دهند. البته فقه اهل سنت ضمان قراردادی را با قلمروی امروزی آن به رسمیت نمی‌شناسد و برای مطالبه خسارت ناشی از استنکاف از اجرای تعهدات، به قواعد عمومی اتلاف و تسبیب ارجاع می‌دهند.

از نظر فقیهان امامیه، نظام ضمان قراردادی و ضمان قهری یکی است و وجود رابطه قراردادی هیچ خللی به ماهیت ضمان وارد نمی‌کند؛ یعنی همان‌گونه که در ضمان قهری، اتلاف مباشری موجب ضمان عامل زیان به حساب می‌آید و تقصیر وی شرط ضمان نیست. در موارد مزبور نیز متعهد از باب اتلاف ضامن شناخته می‌شود، به طوری که عموم فقیهان امامیه نیز درباره ضمان اجیر، قاعده اتلاف را دلیل ضمان وی دانسته‌اند.

حقوقدانان کشورهای اسلامی، ضمان ناشی از تخلف از انجام تعهدات قراردادی را به عنوان یک اصل و اهرم بازدارنده در وقوع تخلفات قراردادی پذیرفته‌اند و ضمان قهری را متمایز از ضمان قراردادی دانسته و معتقدند که ضمان قراردادی بر مبنای اراده طرفین و تابعی از خواست و اراده آنهاست، در حالی که ضمان قهری بر مبنای قانون و تابعی از حکم قانونگذار است.

## فهرست منابع

- قرآن کریم.

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۸ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- امامی، سید حسن (۱۳۶۴ش). *حقوق مدنی*. تهران: کتابفروشی اسلامیّه.

- بدوی، ندوی (۱۹۹۷م). *احکام المسئولية*. طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب.

- بعلی، محمد بن علی (۱۹۸۵م). *مختصر الفتاوی المصرية لابن تیمیة*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹ش). *حقوق تعهدات*. تهران: دانشگاه تهران.

- همو (۱۳۴۲ش). *مسئولیت قراردادی*. مجله حقوقی دادگستری، ۳(۱)، ۲۹.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ق). *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

- حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق). *مستمسک العروة الوثقی*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۶ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- خفیف، علی (۲۰۰۰م). *الضمان فی الفقه الإسلامی*. قاهره: دارالفکر العربی.

- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). *مصباح الأصول*. قم: کتابفروشی داوری.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *المفردات فی غریب القرآن*. دمشق: دارالعلم؛ بیروت: الدار الشامیة.

- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۳۲۲ق). *الغصب*. تهران: چاپ سنگی.

- زحیلی، وهبه (۱۴۱۸ق). *موسوعة الفقه الإسلامی و القضاء المعاصرة*. دمشق: دارالفکر.

- همو (۱۴۰۲ق). *نظریة الضمان*. دمشق: دارالفکر.

- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحکام*. قم: مؤسسه المنار.

- سراج، محمدمین (۱۴۱۰ق). *ضمان العدوان فی الفقه الإسلامی*. قاهره: دارالثقافة.

- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق). *المبسوط*. بیروت: دارالمعرفة.

- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م). *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

- همو (۱۹۳۸م). *الموجز فی النظرية العامة للالتزامات فی القانون المدنی المصری*. قاهره: مطبعة لجنة.

- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر (۱۴۱۱ق). *الأشباه و النظائر*. بیروت: دارالکتب العلمیة.

- شهیدی، مهدی (١٣٧٧ش). تشکیل قراردادهای و تعهدات. تهران: نشر حقوقدان.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (١٤٠٩ق). العروة الوثقی. بیروت: مؤسسة الأعلمی.
- همو (بی تا). ملحقات العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
- عدل، مصطفی (١٣٧٣ش). حقوق مدنی. قزوین: بحر العلوم.
- عمید زنجانی، عباسعلی (١٣٨٩ش). موجبات ضمان، درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی. تهران: نشر میزان.
- فار، عبدالقادر (١٩٩٨م). مصادر الالتزام. امان: دارالتقافة.
- فتیحی درینی، محمد (١٩٩٧م). النظریات الفقهیة. دمشق: جامعة دمشق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (١٤٠٩ق). کتاب العین. قم: دارالهجرة.
- فیومی، احمد بن محمد (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير. قم: منشورات دارالرضی.
- قدری باشا، محمد (١٣٠٨ق). مرشد الحیران الی معرفة احوال الإنسان فی المعاملات الشرعیة. قاهره: المطبعة الكبرى الأميریة.
- کاتوزیان، ناصر (١٣٧٦ش). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود (بی تا). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- مازن، سامر (١٤٢٨ق). مجلة الأحكام العدلیة. امان: دارالفتح.
- محقق کرکی، علی بن حسین (١٤١٤ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت .
- نجفی، محمدحسن (١٤٠٤ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دارإحياء التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (١٤١٧ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- نقیب، عاطف (١٩٩٨م). نظریة العقد. بیروت: منشورات مؤیدات.