

۱۰۲۶۵۲۸
۹۸۲۲۴

فقه ضمان قهری و حقوق خصوصی، جزایی و عمومی

www.ketab.ir

دکتر سید علی محمد یثربی
(دانشیار دانشگاه تهران)



شماره مسلسل ۹۸۵۱

شماره انتشار ۴۰۲۱

انتشارات دانشگاه تهران

سرشناسه	: یشربی قمی، علی محمد، ۱۳۳۰-
عنوان قراردادی	: ایران، قوانین و احکام Iran.Laws,etc
عنوان و نام پدیدآور	: فقه ضمان قهری و حقوق خصوصی، جزایی و عمومی / سیدعلی محمدیثربی.
ملاحظات نشر	: تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات، ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	: م، ۳۱۲ص.
فروست	: انتشارات دانشگاه تهران؛ شماره انتشار ۴۰۲۱.
شابک	: 978-964-03-7270-8
وضعیت فهرست‌ریسی	: فهرست شده
یادداشت	: کتابخانه.
موضوع	: عقد ضمان - ایران
موضوع	: عقد ضمان (فقه)
موضوع	: حقوق تعاقبی
شناسه افزوده	: دانشگاه تهران، رساله انتشارات
رده‌بندی کنگره	: ۱۳۹۸ / ۷۷ / ۳۴۶ / ۵۵۰۷۴
رده‌بندی دیویی	: ۳۴۶ / ۵۵۰۷۴
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۴۹۲۱۲۱

این کتاب مشمول قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان است. کثیر کتاب به هر روش اعم از فتوکپی، ریسوگرافی، تهیه فایل‌های pdf، لوح فشرده، بازنویسی در وبلاگ، سایت‌ها، مجله‌ها و کتاب، بدون اجازه کتبی ناشر مجاز نیست و موجب پیگرد قانونی می‌شود و تمامی حقوق ناشر محفوظ است.



عنوان: فقه ضمان قهری و حقوق خصوصی، جزایی و عمومی

تألیف: دکتر سید علی محمد یثربی

نوبت چاپ: اول

تاریخ انتشار: ۱۳۹۸

شمارگان: ۲۰۰ نسخه

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

چاپ و صحافی: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

«مسئولیت صحت مطالب کتاب با مؤلف است»

بها: ۵۰۰۰۰۰ ریال

خیابان کارگر شمالی - خیابان شهید فرش مقدم - مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

پست الکترونیک: press@ut.ac.ir - تارنما: <http://press.ut.ac.ir>

پخش و فروش: تلفکس ۸۸۳۳۸۷۱۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

ز	مقدمه
ص	تمهید
ص	۱- ضمان در لغت و اصطلاح:
ض	۲. اصطلاحات مشابه در فقه
ظ	۳- اصطلاحات معادله و مشابه ضمان در حقوق تطبیقی
ع	۴- عناصر سه * به شباهت بجرم
ف	۵- موجبات ضمان در فقه عام
ف	۶- موجبات ضمان (تعهد) در حقوق تطبیقی
ق	۷- تقسیم بندی جدید در حقوق تجاری
م	طرح مطلب
۱	بخش اول - «اسباب ثبوت ضمان در فقه اسلامی»
۴	۱- قاعده ضمان با غرور
۵	قاعده غرور و مذاهب
۵	۲- ضمان ناشی از قاعده لاضرر
۶	۳- ضمان با تعدی و تفریط
۱۲	۴- ضمان با تلف قبل از قبض
۱۸	۵- ضمان مقبوض به عقد فاسد
۲۲	۶- ضمان حاصل به اصل شرع - ضمان قانونی
۲۳	۷- ضمان معاوضی
۲۳	۸- مقبوض بالسوم
۲۴	۹- تورم و ضمان
۲۵	۱۰- عقد ضمان
۲۸	۱۱- ربا، راههای گریز از آن و ضمان

۳۸	۱۲- مثلی یا قیمی
۳۸	گفتار اول: تعاریف
۴۴	گفتار دوم: تعیین قیمت
۵۳	گفتار سوم: انواع قیمت گذاری
۵۶	گفتار چهارم: تادیه، بقاء عین و تلف آن
۵۸	گفتار پنجم: مذاهب و وقت وجوب ضمان
۶۳	بخش دوم - «اسباب سقوط ضمان»
۶۵	طرح مسئله
۶۶	مبحث اول: «احسان»
۷۲	مبحث دوم: قاعده استئذان
۷۲	انواع امانت
۷۳	مستندات قاعده
۷۵	موارد نقض قاعده
۷۷	مبحث سوم: قاعده اقدام
۷۷	دلیل سقوط ضمان
۷۹	اقدام و عکس قاعده ما یضمن
۸۰	مبحث چهارم: قاعده جب
۸۰	مقدمه
۸۰	مدارک و مستندات قاعده
۸۱	مقام اول
۸۲	مقام دوم
۸۳	مبحث پنجم: قاعده اذن
۸۳	تعریف اذن
۸۳	اقسام اذن
۸۴	توضیح زبان حال
۸۴	تعریف اذن و حقوق تطبیقی
۸۵	ماهیت حقوقی اذن
۸۵	مختصات اذن

۸۷	تمیز اذن از مفاهیم و نهادهای مشابه
۹۲	تأثیر اذن
۹۳	صورت‌های متعارض
۹۸	اذن مقید به عدم ضمان
۹۸	اذن مقید به ضمان
۱۰۰	تتمه: اذن مطلق و امر مخالف اصل
۱۰۱	ضمیمه بحث اذن
۱۰۳	مبحث ششم: مبطلات استدامی عقود
۱۰۳	طرح مطالب
۱۰۳	۱. اقاله
۱۰۴	۲. فسخ
۱۰۵	۳. تعذر وفا
۱۰۶	مضمون وفاء به مدلول حد
۱۰۶	مفهوم عدم وفا به مدلول عقد
۱۰۷	مفهوم بطلان عقد
۱۰۷	تعذر وفا در حقوق موضوعه
۱۰۸	مصادیق قاعده
۱۱۰	موت و جنون و اغماء
۱۱۱	مبحث هفتم: سایر موجبات سقوط ضمان
۱۱۱	۱. وفای به عهد
۱۱۲	۲. ابراء
۱۱۲	ابراء و مذاهب
۱۱۳	۳. تقاص و تهاتر
۱۱۴	مطالعه تطبیقی
۱۱۴	۴. مالکیت ما فی الذمه
۱۱۵	۵. اسقاط
۱۱۵	اسقاط و ابراء
۱۱۶	اقسام اسقاط
۱۱۶	مذاهب و صلح بر اسقاط

- ۱۱۷ حق و تعریف آن
- ۱۱۸ انواع تعلق حق
- ۱۱۸ حق و نسبت
- ۱۱۹ اقسام حق و منشأ و آثار آن
- ۱۲۰ تعریف حکم
- ۱۲۰ ویژگی‌های حکم
- ۱۲۰ راه تمیز بین حق و حکم
- ۱۲۱ حکم مراد شک و تردید
- ۱۲۲ مصادیق ترک حق و حکم
- ۱۲۲ اسقاط شرط:
- ۱۲۴ فقه اسلامی و نظریه رومی تعهدات
- ۱۲۵ بخش سوم - چکیده
- ۱۲۷ چکیده مبحث ثبوت و سقوط ضمان
- ۱۲۹ چکیده اسباب ثبوت ضمان
- ۱۳۸ چکیده اسباب سقوط ضمان
- ۱۴۷ بخش چهارم - ضمان قهری در قانون مدنی
- ۱۵۳ گفتار اول: معنای «ید»
- ۱۶۰ گفتار دوم: معنای «ماموضوله»
- ۱۶۴ گفتار سوم: «اخذ»
- ۱۶۴ گفتار چهارم: علم و جهل در ضمان ید
- ۱۶۵ گفتار پنجم: قاعده و ضمان مثل یا قیمت
- ۱۷۵ مبحث اول: غصب
- ۱۷۹ بحث فقهی و تطبیقی غصب
- ۱۹۸ مبحث دوم: اتلاف
- ۱۹۹ بحث فقهی اتلاف
- ۲۰۳ مبحث سوم: تسبیب
- ۲۰۷ مبحث چهارم: استیفاء

- ۲۱۰ مبحث الحاقی بخش چهارم
 ۲۱۰ موارد ضمان قهری در قوانین مرتبط با قانون مدنی
 ۲۱۰ ۱. قانون مسئولیت مدنی
 ۲. قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسائل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث
 ۲۱۳ - مصوب آذر ماه ۱۳۴۷

- ۲۱۵ بخش پنجم - ضمان قهری در قانون مجازات اسلامی
 ۲۱۸ دیدگاه اول - جبران خسارت بودن دیه
 ۲۱۹ دیدگاه دوم - مجازات بودن دیه
 ۲۱۹ دیدگاه سوم - ماهیت مستقل داشتن دیه

- ۲۶۷ بخش ششم - ضمان قهری در حقوق عمومی
 ۲۶۹ مدخل
 ۲۶۹ مبانی شرعی مسئولیت مدنی دولت
 ۲۷۱ مدیریت اسلامی و ضمان
 ۲۷۳ قاعده احسان و دولت
 ۲۷۴ بررسی تحلیلی ضمان خطا در مدیریت اسرم
 ۲۷۴ ماهیت قدرت کارمند اداری
 ۲۷۷ مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران

- ۲۸۱ بخش هفتم - «مبانی و شرایط مسئولیت مدنی»
 ۲۸۳ مبحث اول: مبانی مسئولیت مدنی
 ۲۸۳ ۱. نظریه تقصیر
 ۲۸۴ ۲. نظریه خطر (مسئولیت بدون تقصیر)
 ۲۸۶ ۳. نظریه‌های مختلط
 ۲۸۶ ۴. نظریه تضمین حق
 ۲۸۷ مبحث دوم: شرایط مسئولیت مدنی
 ۲۸۸ شرط اول: وجود ضرر
 ۲۹۰ شرط دوم: ارتکاب فعل زیانبار
 ۲۹۰ نوع اول: مسئولیت ناشی از فعل شخص

۲۹۶	نوع دوم: مسئولیت ناشی از فعل غیر
۲۹۷	نوع سوم: مسئولیت ناشی از مالکیت بر اشیاء (اعم از حیوان و اشیاء بی جان)
۲۹۸	شرط سوم: رابطه سببیت
۲۹۸	فروع رابطه سببیت
۳۰۱	منابع

مقدمه

و اوفو بعهدالله اذا عاهدتم (آیه ۹۱ سوره نحل).

« به عهد الهی هنگامی که با او عهد بستید وفادار باشید »

اهمیت بحث تبیین موضوع و روش تحقیق

عهد الهی منشأ الزامات برای همه انسانهایی است که گوهر گرانیهای فطرت وفا را سرمایه بی بدیل خویش می‌دانند که به فرموده امام علی (علیه السلام) «ان اشرف الخلاق الوفاء»، پیمان با رسول خدا و همه تکالیف تشریعی و تکالیف عقلی که به خاطر اعطای عقل و هوش و خرد و استعداد با چنین معاهده ضمنی توأم است همه در این پیمان وسیع و عهد الهی داخل خواهند بود. وفای به عهد و برآمدن از عهده ضمانات مهمترین پشتوانه برای ثبات هر جامعه است.

به همین دلیل در آیه بعد با لحن توأم نوبی سرزنش و ملامت آنرا تعقیب نموده و می‌فرماید: شما همانند آن زنی نباشید که پشم‌ها را تابیده‌اند و از آن همه را وا می‌تابد.

عهد و پیمان معنای وسیعی دارد که هم شامل عهدهای خصوصی در میان افراد در رابطه با مسائل اقتصادی و کسب و کار و زناشویی و هم شامل عهدهای اجتماعی است که در میان ملت‌ها و حکومت‌ها برقرار می‌گردد و از آن بالاتر شامل پیمانهای الهی و ره‌آورد انسانی نسبت به امت‌ها و امت‌ها نسبت به ایشان نیز می‌شود.^۱

این از یک طرف، از جهت دیگر در مکتب اسلام عدالت هم‌رنگ تعهد مبنای معاد هدف نبوت فلسفه امامت مقیاس سلامت اجتماع و معیار کمال فرد است.^۲ عدالت در نكوه اساس آفرینش و عدالت در تشریع مبنای قانونگذاری است. عدالت قضایی، عدالت اقتصادی و عدالت اجتماعی و عدالت خانوادگی و نیاز به امنیت و عدالت نیازی اساسی و بنیادی و در برگیرنده تمام ابعاد زندگی انسانها. چه نیکو فرموده‌اند حضرت صادق (علیه السلام) که: «تلاقه اشیاء یحتاج الناس طراً اليها الامن و العدل

۱. تفسیر نمونه (فارسی)، ناصر مکارم شیرازی، ج ۱۱، طهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۳۷۰ هـ.ش.

۲. این تعبیر از استاد شهید مطهری در کتاب گرانگسج عدل الهی است.

و الخصب»^۱ به سه جزء تمام مردم نیازمندند امنیت عدالت و فراوانی، در بعد آنچنان که هست انسان عدالت نهفته است.

هر کس باید به تعهدات خویش که ناشی از قرارداد یا زندگی اجتماعی است وفادار باشد. هیچ خسارت و ضرری جبران نشده باقی نماند.

حلاوت و شیرینی امنیت اجتماعی و اقتصادی با ناامنی و ترس، بدل به تلخی می‌شود. در زمینه‌های اجتماعی و اقتصادی آثار سوء ناامنی محسوس تر است، از مصادیق روشن ناامنی زیان‌ها و خسارتهایی است که به جان و مال و آبروی افراد وارد می‌شود، فروشنده‌ای از تسلیم کالای فروخته شده خودداری می‌کند، خریداری از دادن پول و عوض کالا سرباز می‌زند، نویسنده کتاب خویش را به موقع به نشر نمی‌دهد و ناشر به تعهدات خویش عمل نمی‌کند.

فردی مال خود را دیگری را با هم می‌فروشد و این مطلب را از خریدار پنهان می‌کند، خریداری به هنگام خرید و تماشای کالای سبب اتلاف آن می‌شود، کشاورزی در زمان کشت، مزرعه همسایه را نیز تصرف می‌کند، صاحب خانه و زمینی در محدوده حق و ملک خود تصرف غیر متعارف می‌کند و به همسایگان صدمه می‌زند امین، وکلاء، اجیر و مستعیر در حوزه امانت، وکالت، اجاره و عاریه بر اموال و اشیاء دیگران خسارت می‌زند در زندگی صنعتی مسئله خسارت و زیان انواع جدیدی را به وجود آورده است. کارخانه‌های عظیم صنعتی را موسسات بزرگ تولیدی چهره زندگی را دگرگون کرده اند. آلودگی محیط زیست، سلب آرامش روحی و روانی مردم، سرازیر شدن فاضلاب کارخانجات به مزارع و باغها از آن جمله اند.

تردد کشتی‌های بزرگ و غول پیکر با محموله‌های سنگین احتمال حادثه و ضرر و زیان به آبزیان و محیط زیست، عدم ترخیص کالا از گمرکها و ضرر ناشی از با صاحبان کالا، غیر فنی بودن کار مهندسان و تقلب و سودجویی پیمانکاران و عدم دقت در انجام پروژه‌هایی چون احداث پلها، تونلها، متروها، دکلهای مخابراتی، برجها، سدها و ضرر و زیان آن به دولت و ملت از بین رفتن هزاران هزار نفوس، تورم و تاثیر آن بر اقتصاد همه و همه از مسائلی هستند که در زندگی جدید مطرح اند. چگونه می‌توان حقوق را تضمین نمود؟ آیا باید تقصیر را در نظر گرفت یا جبران خسارت را به نحوی محور کار قرار داد؟

فرهنگ تعهد، ضمان و ضمانت چگونه باید تشریع و تشریح شود؟

موجبات ضمان چیست؟ مسقطات آن کدام است؟

فرد نیکوکار را باید در هر صورت مسئول دانست؟ اذن تا چه حد مسقط ضمان است؟ اقدام شخص نسبت به اموال خود چه تاثیری در رفع ضمان دیگری دارد؟

دولت در چه مواردی ضامن است آیا نقطه محوری تعهدات است؟ الزامات خارج از تعهدات چه نقشی دارد؟ و در نهایت اینکه ضمان قهری چه آثاری در حقوق جزا و حقوق عمومی دارد؟ این کتاب به سامان دادن علمی- فقهی این موضوعات پرداخته، اقوال فقها و حقوقدانان داخلی و خارجی را در حد وسع بررسی و نظریه مختار را متواضعانه تحریر نموده است. گستره بحث، دقت علمی را تحت الشعاع قرار نداده است چون از رساله‌های مجزا تشکیل شده است. باشد که قدمی در جهت فهم مبانی فقهی و مسائل متحول زمانی و جهت یابی و جهت گیری علمی- فقهی در برابر آنها باشد.....

آنچنان که اسلاف بزرگوار اعلیٰ... کلمتهم عمل کردند مقدمه را با تعلیمی مقدس از ابوجعفر محمدبن حسن طوسی (ره) که بعد از قریب ۱۰۰۰ سال همچنان می‌درخشد خاتمه می‌دهم، آنجا که فرمودند:

«کان ش رخصا- رحمهم...- المتقدمون منهم و المتأخرون بلغوا نهایه القصوى فی استقصاء ما اقتضت از منتهم من الأدلة... کلام علی المخالفین، فانه قد تجدد من شبهات القوم ما یحتاج معها الی ترتیبات آخر»^۱

علمای بزرگ ما- خداوند آنان را در رحمت بیکران خویش غرق سازد چه آنان که در قدیم بوده‌اند و چه آنان که سپس آمده‌اند- همه برابرند. لذا کردن دلیل‌های زمان پسند و آنچه طبیعت زمان اقتضا می‌کرده است تا نهایت درجه ممکن کور باشد و پیش تاخته‌اند و در برابر دیگران و مخالفان موضع آگاهانه داشته چون همواره شبهه‌ها و مسائل تازه‌ای القاء می‌شود که نیازمند بحث و استدلال‌های دیگری است.

آری جامعه با تحولات خود نیاز به تبیین‌های تازه پیدا می‌کند و باید بدون انحراف و جمود با پاسخگویی درست، مشعل فقاقت را فرا راه عصر و نسل و حال دار داد. مباحث مذکور که در حقیقت مبانی نظری سرفصل‌های مصوب درس ضمان قهری است و به استناد مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد را در بردارد با شرح مواد قانون مدنی، قانون مجازات اسلامی- سربلند به همین عنوان و ضمان قهری در حقوق عمومی تکمیل گشته و با طرح نظریات متداول مبانی مسئولیت مدنی و ارکان و شرایط آن و احیاناً نقد علمی آنها خاتمه یافته است. خداوند متعال را در همه حال شاکرم و از درگاه قدسی‌اش مسئلت دارم که پاداش این اثر را با علو کرمش به تربت معلمه قرآن والده مغفوره‌ام و پدر بزرگوارش آیه‌الله حاج شیخ ابراهیم مروت جبل عاملی (ره) عضو شورای استفتاء و همراه آیه‌الله العظمی حائری یزدی (ره) در تاسیس حوزه علمیه مبارکه قم نثار فرماید بمنه و کرمه.

در آخر از استاد پیشکسوت و متضلع جناب آقای دکتر صفایی که با مطالعه و ارائه نظرات ارزشمند اصلاحی خود بر غنای این اثر افزودند تشکر وافر می‌کنم. همچنین جا دارد از جناب آقای دکتر ارسطا، به جهت رهنمودهای ارزشمندشان برای قسمت حقوق عمومی و حجه الاسلام روضه‌سرای، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس فارابی و دکتر مسعود مصطفی‌پور برای همکاری‌شان در قسمت حقوق جزا قدردانی نمایم.

مؤلف

تمهید:

۱- ضمان در لغت و اصطلاح:

ضمان در لغت به معنای «ذیرفتن و بر عهده گرفتن و التزام به جبران خسارت»^۱ است ریشه لغوی آن ضمن بوده و با توبه به وارد است. اعمال آن در زبان عربی می‌توان آن را به «عهده» معنا کرد و به جای عنوان اسباب ثبوت و سقوط ضمان اسباب ثبوت و سقوط تعهدات را بکار برد.

برای معنای اصطلاحی، تعریف شیخ انصاری را برگزیده آنگاه کاربردهای مختلف آن را می‌آوریم. در مکاسب آمده است: «الضمان کون الشيء فی عهده الضامن و الخسارة علیه».^۲

ضمان امری است که بر عهده ضامن بوده و خسارت آن نیز باید توسط او جبران شود. ضمان ممکن است ناشی از تعهد و یا منشاء تعهد باشد. برخی از فقهاء هر دو ضمان با عنوان «ضمان عهده»^۳ یاد نموده‌اند. در هر حال با ۴ عنوان از ضمان بحث می‌شود.

الف- ضمان عقدی: ضمان عقدی ناشی از قرار داد است. مثلاً در عقد بیع با بیع متعهد و ملزم است که مبیع را به مشتری تسلیم کند و مشتری نیز متعهد به پرداخت ثمن به بیع است و در صورتی که مبیع یا ثمن مستحق غیر درآید ضامن درک آن می‌باشند.

۱. فرهنگ معین، ج ۲، ص ۲۱۹؛ مجمع البحرین طریحی، تهران: المکتبة المرتضویة، ج ۶، طبع حجرى، ۱۳۲۴، ص ۲۷۵؛

الانصاح فی اللغة، موسی حسین یوسف و عبدالفتاح صعدی، ج ۱۲، قم: مرکز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی، ص ۹۲؛

لسان العرب، جمال الدین محمد بن مکرم بن منظور المصری، ج ۱۳، قم: ادب الحوزة، ۱۴۰۵ هـ.ق، ص ۲۵۷.

۲. المكاسب، مرتضی بن محمد امین الانصاری (ت ۱۲۸۱ ق.)، اعداد: لجنة تحقیق تراث الشيخ الاعظم، قم: مؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثالثة لميلاد الشيخ الانصاری: الامانة العامة، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص ۱۴.

۳. تحرير المجله، محمد حسین آل کاشف الغطاء، قم: مکتبه الفيروز آبادی، بی‌تا، صص ۸۷-۸۶.

ب- عقد ضمان به معنای عام: که شامل عقد ضمان و حواله و كفاله می‌شود و در تعریف آن آمده است:

«الضمان عقد شرع للتعهد بمال أو نفس»^۱

ضمان عقدی است که برای تعهد به مال و نفس تشریع شده است.

ج- عقد ضمان به معنای خاص: قرارداد مستقل و معنونی است که بموجب آن ضامن مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می‌گیرد که به جای مدیون اصلی پرداخت نماید.

د- ضمان قهری: عبارت است از مسئولیت انجام امری یا جبران ضرری بدون وجود هر گونه قرارداد که بطور قهری و به حکم قانون حاصل می‌شود ولو مقدمات آن اختیاری باشد.

۲. اصطلاحات مشابه در فقه:

تعهد: این اصطلاح در بحث عقد ضمان و حواله و كفالت بکار می‌رود و معادل شرط و التزام و عهد و عهده و ضمان است.

عهد: در لغت بمعنای چیزی است که باید مراعات شود.

از عهده عهد اگر برون آمد مرد از هر چه گمان بری فزون آید مرد

عهد بمعنی التزام و عقد عبارت از الزام استوار است.

عهده: عهده شدن مصدر مرکب و بمعنی سر بردن است و برون آمدن از عهد یعنی انجام دادن تعهد.

معاهده: این اصطلاح هم بمعنی تعهد کردن است و در حال حاضر اختصاص به حقوق بین الملل عمومی پیدا کرده است، اهل ذمه را که در حمایت مسلمین بودند این عهد و معاهده می‌گفتند.

ذمه: این عنوان هم یک اصطلاح معروف تعهد در فقه است و نسبتاً در موردی بکار می‌رود که متعلق موضوع تعهد عین خارجی نباشد.

الزام و التزام: یک طرف رابطه‌ای که به متعهده بسته است الزام و سوی دیگر آن که به متعهد مربوط است التزام نامیده می‌شود.

واجب: واجب نیز بمعنای تعهد است که اگر جنبه مالی داشته باشد واجب مالی است.

تکلیف: یکی از کلمات قدیمی معادل تعهد. تکلیف است بالغ را در اسلام مکلف می‌نامند برای اینکه به محض بلوغ یک رشته تعهدات متوجه او می‌شود.

۱. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق حلی، ج ۲، تهران: منشورات الاعلمی، بی‌تا، ص ۱۰۷.

شرط و اشتراط: این هر دو در فقه در معنی تعهد بکار رفته است. خواه تعهد بصورت ضمن عقد باشد خواه نباشد چون خود عقد را هم شرط می‌گفتند: «المؤمنون عند شروطهم».

ضمان- ضمیمه- تضمین: فقه این اصطلاح را بیش از هر لغتی در تعهد بکار برده است مثل ضمان قهری، ضمان درک ضمان عقدی- ضمان عهده، چنانکه عقد بیع را در بعضی از نصوص تعهد دانسته‌اند مثل «الوضیعه بعد الضمیمه حرام».

یعنی تقاضای تخفیف پس از بیع روا نیست. مولفان فقه منابع تعهدات را تحت عنوان «ضمانات» ذکر کرده‌اند. تضمین در فقه به معنی تعهد کردن است و در فارسی زمان ما بمعنی تعهد است. می‌گویند باید تضمین بدهی! یعنی تعهد بدهید.

دب: بطر معمول هر مالی که بر ذمه باشد تعهد مالی است، تعهد انجام فعل هم دین است. تقبل. این اصطلاح هم معادل تعهد است، اراضی مفتوح عنوه بصورت تقبل به اشخاص داده می‌شود که از آن استفاد کنند بهره به خزانه عمومی بدهند، اصطلاح قبالة یک نوع تعهد مخصوص است که بین دو شریک میوه درخت یا باغ یا زراعت مقرر می‌شود. اسناد را به اعتبار دلالت تعهد قبالة گفته‌اند.

ورقه جلب هم تعهدی است که داده‌ای به مجلوب تحمیل می‌کند. ورقه جلب را قبالة دعوی هم می‌گفتند.

عقد و تعهد: عقد اخص از تعهد است، عقدی تعهد است اما هر تعهدی عقد نیست مثل تعهد به پرداخت نفقه، در حدیث آمده است که «العقد عهد، عقد، تعهد است. در حقوق امروز می‌گویند عقد از اسباب تعهد است. (حاشیه، آقای دکتر صفایی بر همین متن).

تملیک و تعهد: تملیک تنها به معنی انتقال عین خارجی نیست یعنی تملیک با انتقال عین خارجی تفاوت دارد مثلاً در بیع سلم موضوع تعهد بایع تعهد فعل است نه انتقال مال، فعل مذکور عبارت است از دادن مورد تعهد در راس موعد، انتقال مال، موقعی است که به محض ایجاب و قبول و بدون دخالت عمل دیگر، انتقال محقق شود.

در تملیک ضرورت ندارد که تملیک کننده در حین تملیک مسلط بر مورد تسلیط باشد مانند کارگر در موقع بستن قرارداد کار که تسلط بر کاری که بعداً باید انجام بدهد ندارد اما می‌تواند خود را متعهد به انجام کار کند و برای طرف اختیار سلطه بوجود آورد بنابراین هم عقود، تعهدات هستند و هر عقدی عقد عهده است.

به نظر یکی از صاحب نظران^۱، تقسیم عقد به تملیکی و عهده‌ای در فقه امامیه معنی ندارد.

ایقاع و تعهد: هر ايقاع یک تعهد است و از این جهت فرقی با عقد ندارد چنانکه صاحب عناوین می‌فرماید:

«ان العقد و الايقاع من العهد و اللتي يعهد الانسان لنفسه»^۱
«عقد و ايقاع، تعهداتی هستند که انسان بر خود هموار می‌کند»
این بود اصطلاحات مشابه ضمان در فقه اسلامی.

۳- اصطلاحات معادل و مشابه ضمان در حقوق تطبیقی:

1. Guaranty^۲

در زبان انگلیسی:

تعهد تضمینی و وثیقه‌ای در رابطه با پرداخت دین یا انجام وظیفه دیگری، مسئولیت، التزام و تکلیف در فرض مسئولیت یک ضامن، ضمانت کردن.^۳

2. Liability

اصطلاح معادل آن در زبان فرانسوی «Garantie» می‌باشد.

یک اصطلاح حقوقی رایج با یک مفهوم بسیار فراگیر و جامع است. این اصطلاح در معانی زیر استعمال می‌شود: همه موقعیت‌های حقوقی، الزامات، آنچه که از نظر حقوق و عدالت باید انجام شود، وظیفه‌ای که ممکن است تا حد یک دین برسد، هر نوع دین یا مسئولیت و ضمان مطلق و قطعی یا احتمالی، تصریحی باشد یا تعریضی، سرمد واقعی باشد یا موضوع استعدادی بالقوه، یک الزام، شرط وجود ضمان برای یک امر ممکن یا غیر واقعی ضرری، مفت یا پرهزینه، وضعیتی که موجب الزام انجام یک عمل فوری فعلی یا استقبالی است حالتی که در حقیقت با عدالت برای انجام آن الزام شود، پرداخت یا ساخت کالایی، آن وضعیتی که در حقوق و عدالت انجام آن مورد تأکید واقع شده است.^۴

3. responsibility

این اصطلاح به معنی مسئولیت، عهده، عهده داری، ذمه - نسبت تعهد التزام، جوابگویی و تصدی آمده است.^۵ در کتاب لغت بلاک بدون ترجمه اصل لغات به اشتباهات نوی برداشته است به نظر می‌رسد که معمولاً با یک لغت دیگر همراه می‌شود تا معنای حقوقی ویژه داشته باشد.

Responsibility bidder

۱. همان، ص ۳۷.

2. Black's Law Dictionary Henry Campbell Black- West Publishing co 1938, p. 36.

۳. معجم المصطلحات القانونية عربی - فرانسه - انگلیسی، عبد الواحد کرم، بیروت: مکتبه النهضة العربیه، ۱۴۰۷، ص ۳۱۰؛ فرهنگ حقوقی فرانسه - فارسی، دکتر حسینی کاتبی، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۳.

4. Black's law dictionary, op.cit, p. 13.

۵. فرهنگ دانشگاهی، امیر اشرف آریان پور، کتاب فرس.