

## **The Nature and Principles of Maintenance Contract and its Role in Increasing Economic Efficiency**

**Mohammad Hosein Vakili Moghadam\***

*Assistant Professor, Faculty of literature and Humanities, Hazrat-e- Masumeh University, Qom Iran.*

(Received: July 25, 2022 ; Accepted: September 6, 2022 )

### **Abstract**

The purpose of maintenance contract is to create an obligation to monitor the good operation of the equipment and facilities, which their continuation of the activity or the shortening of their downtime will improve economic efficiency. Although in the law of Iran, like the laws of many countries, this contract is not mentioned explicitly; but its practical benefits have persuaded industry activists to take advantage of it widely, while the nature and principles governing it are ambiguous in some cases. This article, based on comparative study and the principles of Islamic jurisprudence and Iranian law tries to examine and explain the nature of this contract. In the following, its independence or overlapping effects and provisions are evaluated by comparing with the similar institutions, and finally, the reasons justifying its use are analyzed. As a result, it is safe to say that the maintenance contract is an independent contract that is created due to the lack of appropriate attention of the traditional mechanisms of contract law to the concept of economic efficiency. This contract is the primary protection tool in law to prevent the stoppage of the equipment whose continuous use is facing the risk of shutdown.

### **Keywords**

Commitment to Care, Economic Law, Industrial Contracts, Efficiency of Contract Law.

---

\* **Corresponding Author, Email:** mh\_vakilim@yahoo.com

## بررسی ماهیت و اصول حاکم بر عقد حفظ و مراقبت (صیانت) و جایگاه آن در افزایش بهره‌وری اقتصادی

محمدحسین وکیلی مقدم\*

استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۱۵)

### چکیده

استفاده از عقد حفظ و مراقبت با هدف ایجاد تعهد به نظارت بر حسن فعالیت تجهیزات و تأسیساتی است که تداوم فعالیت یا کوتاه کردن زمان توقف آن‌ها بهره‌وری اقتصادی را محقق می‌کند. اگرچه در قوانین ایران مانند قوانین بسیاری از کشورها از این عقد به صراحت نام برده نشده، مزایای عملی آن موجب شده فعالان صنایع به شکلی گسترده در نظام‌های حقوقی مختلف از آن بهره ببرند؛ در حالی که ماهیت و اصول حاکم بر آن در برخی موارد دارای ابهام است. در این مقاله تلاش شد بر پایه مطالعه تطبیقی و تجربیات سایر کشورها ابتدا ماهیت این عقد بررسی و تبیین شود و بر مبنای اصول حاکم بر فقه اسلامی و حقوق ایران انعقاد و استفاده از آن اعتبارسنجی شود. با مقایسه عقد با نهادهای مشابه، استقلال یا هم‌پوشانی آثار و احکام آن ارزیابی و در نهایت علل توجیهی به کار بردن آن تحلیل می‌شود. می‌توان گفت عقد حفظ و مراقبت عقدی مستقل و بی‌نام است که به واسطه عدم توجه متناسب سازوکارهای سنتی حقوق قراردادهای به مفهوم بهره‌وری اقتصادی ایجاد شده است. این عقد مهم‌ترین ابزار حمایتی در حقوق جهت پیشگیری از توقف فعالیت تجهیزاتی است که استفاده مداوم از آن‌ها با خطر تعطیلی مواجه است.

### کلیدواژگان

تعهد به مراقبت، حقوق اقتصادی، قراردادهای صنعتی، کارآمدی حقوق قراردادهای.

## مقدمه

نظر به اهمیت و جایگاه علم حقوق در تحقق اهداف اقتصادی و توسعه می‌توان پذیرفت بر خورداری از چشم‌انداز روشن و دقیق از اهداف اقتصادی و همگون‌سازی قوانین و ضوابط حقوقی مرتبط شرط تحقق توسعه متوازن و پایدار در جوامع است. در این نگاه توسعه اقتصادی یا صنعتی تنها منوط به پویایی و هم‌سو بودن نظام حقوقی با اهداف کلی و الگوهای اقتصادی جوامع نیست. اما بی‌تردید در شکل‌گیری اولویت‌ها و پیمودن مسیر طولانی و مستمر توسعه حقوق نیز سهمی انکارناپذیر دارد. وجود چنین نگرشی در چگونگی وضع قوانین و محتوای آن‌ها مؤثر است و با تقویت سویه‌های اقتصادی قوانین و مقررات در حمایت مؤثر از فعالیت‌های توسعه‌محور و فعالان عرصه اقتصاد و صنعت دارای اثر قاطع خواهد بود (نجفی‌خواه ۱۳۹۸: ۷۳). اما نباید پنداشت همه ابزارهای مبتنی بر وضع قانون و استفاده از قالب‌های مرسوم عقود معین برای پیش‌برد چنین هدفی کافی است. گسترش فعالیت‌های صنعتی و تحقق زمینه‌های تخصصی متعدد، به‌ویژه در عرصه صنایع فناورانه، به واسطه ارتباط وسیع با تکنولوژی، با تغییرات پرشتاب و اقتضائات خاصی مواجه است. اتکا به قراردادهای بانام و انتظار برای معرفی یا ابداع عقود جدید از سوی قانون‌گذار تعویق فرایند توسعه یا کند شدن آن را موجب خواهد شد. در چنین شرایطی در حقوق غرب بر پایه اصل آزادی اراده<sup>۱</sup> و در کشورهای تابع حقوق اسلام بر اساس اصل اباحه و اعتبار قراردادهای بی‌نام (ماده ۱۰ قانون مدنی ایران) زمینه استفاده و رسمیت یافتن قراردادهایی فراهم آمده است که به قصد افزایش بهره‌وری اقتصادی و ارتقای کارآمدی حقوق قراردادهای مورد استفاده قرار می‌گیرند. عقد حفظ و مراقبت<sup>۲</sup> را می‌توان از چنین عقود دانست که در کشورهای مسلمان با عنوان عقد صیانت شناخته می‌شود. با توجه به عدم تصریح قوانین و شکل‌گیری این عقد در روابط فعالان صنایع و تجارت، ابتدا باید ماهیت آن ارزیابی و تبیین شود. سپس، با توجه به قوانین و ضوابط حقوقی، اعتبار آن مورد تحلیل قرار گیرد. نوظهور بودن این عقد و رواج روزافزون استفاده از آن در کنار مزایای احتمالی آن در تحقق و افزایش بهره‌وری اقتصادی تحلیل جامع آن از نظر حقوقی را ضروری می‌سازد.

1. laisser-faire

2. maintenance contract

در این مقاله بر اساس مطالعات تطبیقی تلاش شده ماهیت حقوقی این عقد تبیین شود، ارتباط آن با عقود مشابه و بانام یا بی‌نام بودن آن تحلیل شود، و ضمن شرح آثار آن بر بهره‌وری اقتصادی اعتبار آن در فقه و حقوق ایران ارزیابی شود.

### تعریف عقد حفظ و مراقبت و انواع آن

عقد صیانت عقدی است که موضوع آن حفظ و نگهداری از تجهیزات، ساختمان، یا اموال مورد توافق است که دوام و بقای آن‌ها نیازمند حفاظت مستمر است. این عقد بین صاحب مال (مصون‌له) و متعهد به مراقبت (صائن) منعقد می‌شود؛ بی‌آنکه تصرف مالک در زمینه مال قطع شود. به دیگر سخن، این عقد در جایی مورد استفاده است که تصرف و بهره‌مندی مالک از مال توسط مالک تداوم می‌یابد. اما هم‌زمان طرف مقابل متعهد است در زمان مقرر و به شکل مستمر بر کیفیت استعمال نظارت کند و اقدامات لازم، مانند رفع عیب جهت حفظ کارآمدی یا ارتقای بهره‌وری آن، را انجام دهد. بر این اساس می‌توان گفت هدف اصلی این عقد جلوگیری از بروز وقفه در استفاده از تجهیزات و توقف فعالیت آن‌هاست (الجواهری ۲۰۱۲: ۳۹۲). افزون بر این، متعلق عقد مطلق است و علاوه بر هر نوع مال منقول یا غیرمنقول، زمین زراعی، و راه‌ها در مورد نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای نیز قابل اعمال است (Marchili 2000: 154). مهم‌ترین موضوعات این عقد شامل موارد زیر است:

۱. نظارت دوره‌ای که دربرگیرنده تمیز کردن تجهیزات، مراقبت از حسن عملکرد و فعالیت تجهیزات، روغن‌کاری مناسب دستگاه، تهیه فهرست قطعات یدکی مورد احتیاج، اعلام خرابی در دوره بازرسی که می‌تواند به توقف و معطل ماندن فعالیت در آینده بینجامد، و ارائه گزارش کامل از هر بازدید است.

۲. حضور در مکان مشخص شده در عقد در صورت بروز خلل یا توقف فعالیت تجهیزات یا

تأسیسات.

۳. اقدام به اصلاح و تعمیر قطعات معیوب یا تعویض آن‌ها در صورت لزوم. با وجود امکان توافق خلاف، به شکل معمول قطعه معیوب از آن مالک است.<sup>۱</sup>

ویژگی مشترک مصادیق مختلف عقد حفظ و مراقبت را باید استفاده از نیروی متخصص جهت نظارت فنی و اقدامات تخصصی متناسب با مال دانست (Sejdi 2017: 10). در عین حال نباید ذکر موضوعاتی مانند مرمت و تجدید و اصلاح یا عمارت را معادل دقیق موضوع این عقد دانست. زیرا هر یک از موارد فوق در واقع اجزای سازنده این عقد محسوب می‌شوند. اما آنچه به عنوان عقد صیانت مورد استفاده است اوصافی فراتر دارد که بر اساس آن التزامی متقابل برای طرفین ایجاد می‌شود که نتیجه آن تعهد به انجام دادن اقداماتی است که مهم‌ترین هدف آن تداوم استفاده از تجهیزات و اموال در بالاترین سطح بهره‌وری و کارآمدی است؛ به نحوی که متناسب با شرایط دوران توقف فعالیت رخ ندهد یا در سریع‌ترین زمان ممکن پایان پذیرد (مهارمی و العیدی ۲۰۲۱: ۲۰۰). با توجه به اینکه هدف از این عقد حفظ کارآمدی تجهیزات است به شکل معمول دو موضوع از شمول تعهدات صائن خارج می‌شود: ۱. اصلاح و رفع عیوبی که به علت سوءاستعمال، نادیده گرفتن دستورالعمل‌ها، یا اهمال و تقصیر شخص مالک یا استفاده‌کننده از مال ایجاد می‌شوند؛ ۲. مسئولیت حاصل از تبعات استهلاک طبیعی وسایل و تجهیزات که به شکل معمول و بر اساس استفاده متعارف از مال نیز ایجاد شده و حتی با مراقبت و حفاظت صائن امکان جلوگیری از بروز آن‌ها وجود نداشته است.

اگرچه با توافق طرفین می‌توان خلاف چنین امری را شرط کرد، به شکل معمول، هدف از به‌کارگیری عقد صیانت تعهد به انجام دادن اقداماتی است که به شکل متعارف مانع از بروز توقف فعالیت یا طولانی شدن غیر معمول فرایند تعمیر خواهد شد. بر این اساس دو استثنای فوق را می‌توان توجیه‌پذیر دانست (البیرقدار ۲۰۰۲: ۵۹؛ الجواهری ۲۰۱۲: ۳۹۴).

۱. این موارد در اولین ماده توافق بعد از ذکر مشخصات طرفین یا در مقدمه آن مورد تصریح قرار می‌گیرد. برای دیدن نمونه قرارداد [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZUyDqQJD6PkJ:https://ppp.worldbank.org/public-privatepartnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/o\\_m\\_agreement\\_template\\_EN.doc&cd=13&hl=fa&ct=clnk&gl=ir.8/30/2022](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZUyDqQJD6PkJ:https://ppp.worldbank.org/public-privatepartnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/o_m_agreement_template_EN.doc&cd=13&hl=fa&ct=clnk&gl=ir.8/30/2022)

تقسیم‌بندی این عقد از دیدگاه‌های گوناگون صورت گرفته است؛ مانند سایر اعمال حقوقی، عقد صیانت نیز ممکن است به شکل مستقل یا به شکل شرط ضمن عقد (تعهد به صیانت) مورد تراضی طرفین قرار گیرد. از آنجا که موضوع عقد صیانت تعهد به مراقبت و رفع عیوب در یک بازه زمانی در ازای دریافت اجرت است، ممکن است به واسطه مجهول بودن موضوع و عدم امکان تعیین دقیق دامنه تعهدات چنین عقدی باطل قلمداد شود و در نتیجه عقد غرری به شمار رود. در پاسخ باید گفت نباید هر جهلی را مصداق غرر و موجب بطلان عقد دانست. زیرا منظور از غرر نهی شده جهلی است که زمینه‌ساز منازعه حقوقی<sup>۱</sup> و نشان از بی‌مبالاتی و اهمال حقوقی طرفین است.<sup>۲</sup> بنابراین استفاده از یک نهاد حقوقی عقلایی که در زمان انعقاد همراه با درجاتی از جهل قابل رفع است مصداق غرر نیست. تحلیل آنچه در عقد حفظ و مراقبت محقق می‌شود نیز نشان می‌دهد تفصیلی نبودن علم به بروز عیوب و نوع نواقص تجهیزات در آینده موجب ضرر طرفین نمی‌شود و این میزان احتمال در زمان انعقاد عقد سنجیده می‌شود و با اطلاع و آگاهی از آن عقد مورد توافق قرار می‌گیرد. در نتیجه با توجه به تحلیل عرفی به عنوان اصلی‌ترین معیار احراز غرر (رفیعی ۱۳۷۸: ۱۲۶؛ انصاری ۱۳۸۶: ۱۲۷؛ جعفری لنگرودی ۱۳۸۰: ۴۴۹؛ کاتوزیان ۱۳۸۴: ۱۴۱)، باید گفت آنچه در عقد صیانت رخ می‌دهد دارای پشتوانه عقلانی و مبتنی بر منطقی حقوقی است و از این نظر نمی‌توان آن را بی‌اعتبار قلمداد کرد.

نکته دیگر اینکه التزام صائن به مراقبت و تعمیر است که این التزام در هر دو جزء خود در زمان عقد منجزاً محقق شده و نباید آن را معلق به وقوع عیب دانست. بنابراین تعلیقی در التزام و نفس شکل‌گیری تعهد ایجاد نمی‌شود بلکه متعلق التزام، آن هم فقط در بخش تعمیر، معلق به ظهور عیب است. به همین علت به صرف بروز عیب التزام صائن فعلیت می‌یابد و بدون نیاز به اراده انشایی جدید تنها باید تعهد را منطبق با مفاد قرارداد اجرا کرد. این نوع تعلیق هم در قانون مدنی ایران هم در ضوابط فقهی صحیح قلمداد شده است<sup>۳</sup> (الجواهری ۲۰۱۲: ۴۲۹).

۱. فالأولی: أن هذا النهی من الشارع لصد باب المخاطرة المفضیة إلى التنازع فی المعاملات (انصاری ۱۳۸۶: ۱۲۷).

۲. بر همین اساس بیان شده است منظور از غرر خطری است که قرارداد را بی‌ضابطه و مقادیر کمی آن را غیر قابل محاسبه می‌کند (رفیعی ۱۳۷۸: ۲۳).

۳. از جمله احادیث مؤید صحت این نوع تعلیق می‌توان به صحیح سلیمان ابن خالد از امام صادق (ع) استناد کرد: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ كَانَ لَهُ أَبٌ مَمْلُوكٌ وَ كَانَتْ لِأَبِيهِ امْرَأَةٌ مُكَاتِبَةٌ فَذَا أَدَّتْ بَعْضَ مَا عَلَيْهَا فَقَالَ لَهَا ابْنُ الْعَبْدِ هَلْ لَكَ أَنْ أُعِينَكَ فِي مُكَاتِبَتِكَ حَتَّى تُؤَدِيَ مَا

اما در فرض دوم به شکل معمول در خرید محصولات فناورانه یا اجاره آن‌ها زمینه استفاده از شرط ضمن عقد مبنی بر مراقبت و صیانت فراهم است که به موجب آن فروشنده یا موجر به عنوان یک تعهد فرعی یا تکمیلی ملتزم به حفظ و مراقبت از مبیع یا عین مستأجره در مدت مقرر می‌شود. در این فرض نیز موضوع عقد در اختیار طرف عقد قرار می‌گیرد و مورد تصرف کامل او واقع می‌شود. اما طرف دیگر صرفاً متعهد است بر حسن استفاده و ارزیابی میزان کارآمدی و بهره‌وری تجهیزات نظارت کند (Marchili 2000: 15). استفاده از این روش در قالب شرط فعل است که در برخی موارد طرف دیگر مستقیماً خود اجرای مراقبت را عهده‌دار می‌شود و گاه او متعهد به یافتن شخص متناسب و واگذاری مراقبت به او می‌شود. مفاد این شرط با مقتضای اصلی عقد سازگار است و علتی بر بی‌اعتباری و بطلان آن وجود ندارد. پیرامون ارتباط این شرط و خیار عیب باید گفت زمینه اعمال خیار عیب وجود عیبی در زمان انعقاد قرارداد است که از دید منتقل‌الیه مخفی مانده است (ماده ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی ایران)؛ درحالی‌که زمینه تعهد به صیانت جلوگیری از بروز عیب در زمان استفاده از مال و به واسطه به‌کارگیری آن است. در نتیجه، قلمرو اعمال این دو چندان مشترک و دارای هم‌پوشانی نیست. اما در مواردی خاص، که تجهیزاتی معیوب به موجب عقدی دارای شرط صیانت منتقل می‌شود می‌توان بر مبنای تحلیل اراده طرفین گفت استناد به خیار عیب تنها در صورتی ممکن خواهد بود که عیب مورد نظر قابل رفع نباشد. در واقع استفاده و به‌کارگیری شرط صیانت به معنی امکان الزام مشروط‌علیه به رفع عیب است. تنها در فرضی که اجرای این تعهد در قالب شرط غیرممکن باشد می‌توان به استناد خیار عیب عقد را بر هم زد. گفتنی است به شکل مرسوم ضمانت اجرای خیار عیب صرفاً فسخ یا مطالبه ارجح است (ماده ۴۲۲ قانون مدنی ایران) و پذیرش الزام به رفع عیب به عنوان قاعده کلی در فقه و حقوق ایران محل تردید است و جزء آثار عیب ذکر نشده است<sup>۱</sup> (انصاری ۱۳۸۶: ۳۲۲؛ کاتوزیان ۱۳۸۷: ۲۳۰).

عَلَيْكَ بِشَرْطٍ أَنْ لَا يَكُونَ لَكَ الْخِيَارُ عَلَى أَبِي إِذَا أَنْتَ مَلَكَتِ نَفْسَكَ قَالَتْ نَعَمْ فَأَعْطَاهَا فِي مَكَاتِبِهَا عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ لَهَا الْخِيَارُ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ لَا يَكُونَ لَهَا الْخِيَارُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ. (حر عاملي ۱۳۶۷: ۱۵۵).

۱ - اگرچه در ماده ۴۷۸ قانون مدنی اقدام موجر به رفع عیب از عین مستأجره موجب از بین رفتن خیار عیب قلمداد شده است اما الزام او به این امر، بویژه بر اساس سیاق عبارات ماده و سابقه فقهی آن با تردید جدی همراه است.

۲۴۱؛ الزحیلی ۱۹۸۵: ۵۵۶؛ الجزیری ۲۰۱۰: ۵۱۴). از این نظر نیز می‌توان اثر شرط صیانت را مبنی بر ایجاد امکان و تمهیدی جدید برای طرف قرارداد و بر مبنای اصل ابقای عقود دارای مزیت دانست. آنچه رواج دارد استفاده از این عقد به شکل پیشگیرانه است<sup>۱</sup> که در دوره‌های زمانی مشخص و متناسب با نیاز به طرفیت متخصصان منعقد می‌شود تا با بررسی تجهیزات گزارشی در مورد وضعیت سلامت و کارآمدی قطعات ارائه دهند. در عین حال ممکن است عقد صیانت اصلاحی<sup>۲</sup> مورد استفاده قرار گیرد که هدف از آن صرفاً تعمیر عیوبی خاص و رفع اخلال و توقف حاصل از آن در فعالیت تجهیزات است. البته بیان شده است حفظ و ارتقای بهره‌وری مستلزم استفاده ترکیبی از هر دو شیوه است. در غیر این صورت، با گذشت زمان و افزایش استهلاک احتمال توقف فعالیت به شکل ناگهانی افزایش خواهد یافت که در نهایت به افزایش هزینه‌ها منجر خواهد شد (البیرقدار ۲۰۰۲: ۳۵). به همین علت استفاده از نوع اخیر تنها به صورت استثنایی و در شرایط اضطراری<sup>۳</sup> توصیه شده است (Marchili 2000: 154) که استفاده از عقد بدون برنامه‌ریزی قبلی است<sup>۴</sup> (زناد ۲۰۱۸: ۶). بر همین اساس ممکن است عقد حفظ و مراقبت در بازه زمانی طولانی منعقد شود یا در کوتاه مدت و صرفاً در مورد عیب یا نواقصی خاص استفاده شود. نوع اخیر به شکل معمول در مواردی اعمال می‌شود که جلوگیری از بروز عیوبی خاص برای مالک دارای ضرورت است و هدف از عقد صیانت جلوگیری یا کاهش احتمال بروز آن است.

### اوصاف عقد حفظ و مراقبت

بر اساس آنچه در رابطه طرفین عقد صیانت شکل می‌گیرد و بر اساس اهداف مورد نظر از به‌کارگیری آن می‌توان مهم‌ترین اوصاف حقوقی این عقد را بدین شرح دانست:

**رضایی بودن:** عقد صیانت به مجرد تراضی طرفین منعقد می‌شود و تعهدات طرفین از همان زمان تحقق می‌یابد. بنابراین، با قبول عقد، صائن متعهد به انجام دادن اقدامات لازم جهت حفظ و مراقبت از مال است. در مواردی که انجام دادن اقدامات نیازمند تحویل دادن مال به صائن

- 
1. Preventive Maintenance.
  2. Corrective Maintenance.
  3. emergency maintenance
  4. unplanned maintenance



است، مادامی که مالک اقدام به تسلیم نکرده، تعهد به مراقبت و انجام دادن اقدامات مرتبط اجرایی نمی‌شود. اما در این موارد نیز تعهد شکل گرفته و التزام صائن به انجام دادن مفاد قرارداد ایجاد شده است. در واقع تعهد او مبنی بر اینکه در صورت تحویل مال صیانت و حفاظت لازم را به انجام رساند با قبول ایجاب محقق شده است. بر همین اساس، بعد از تراضی، صائن قادر به امتناع از دریافت مال و انجام دادن اقدامات مراقبتی به شکل کامل نخواهد بود؛<sup>۱</sup> مگر اینکه با استناد به اختیارات قانونی اقدام به فسخ عقد کند (مهارمزی و العیدی ۲۰۲۱: ۲۰۴).

**معوض بودن:** صیانت از عقود معوض است. انجام دادن اقدامات صائن در برابر اجرت است و همه اقتضائات عقود معوض، مانند امکان اعمال حق حبس و لزوم معلوم بودن اجرت در این عقد، نیز اعمال می‌شود (زناد ۲۰۱۸: ۱۰). افزون بر این، عقد حفظ و مراقبت از عقود دو تعهدی است (صفایی ۱۳۸۲: ۳۱). به موجب این عقد برای هر دو طرف التزاماتی متقابل ایجاد می‌شود که بر اساس آن مالک متعهد به فراهم آوردن شرایط انجام دادن عقد و تعهدات قراردادی برای طرف مقابل و در نهایت پرداخت اجرت مقرر است و صائن نیز متعهد به اجرای مفاد قرارداد و رعایت جوانب رفتار متعارف در حفظ و صیانت از موضوع عقد است (البیرقادر ۲۰۰۲: ۴۲).

**زمان‌دار بودن:** عقد صیانت از عقود دائمی نیست؛ بلکه اجرای آن در یک بازه زمانی مشخص و به صورت موقت است.<sup>۲</sup> شبیه آنچه در اجاره ذکر شده است (ماده ۴۶۹ قانون مدنی) در این عقد نیز می‌توان زمان اجرای تعهدات را به تعویق انداخت. اما تعیین زمان از ارکان صحت این عقد است که نشان‌دهنده استمرار تعهدات صائن در زمان مشخص شده است. در واقع عنصر زمان در این عقد را نمی‌توان از عنصر منفعت تعیین شده از عمل صائن جدا کرد؛ یعنی منفعت او جز در

۱. نمونه این تحلیل در عقد ودیعه ذکر شده است. اگرچه قانون مدنی در ماده ۶۰۷ سپردن مال به دیگری را داخل در تعریف ودیعه کرده است، این قید به معنی عینی بودن عقد نیست. زیرا تعهد یا التزام به مراقبت از همان زمان تراضی محقق می‌شود و نیازمند تسلیم مال نیست (کاتوزیان ۱۳۸۲: ۱۸).

۲. معمولاً در قسمت تعاریفات قرارداد، جهت جلوگیری از بروز اختلاف، بازه‌های زمانی مورد نظر طرفین تعریف می‌شود؛ مثلاً منظور از روز کاری یا سال و ماه مورد تصریح قرار می‌گیرد.

[https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZUyDqQJD6PkJ:https://ppp.worldbank.org/public-privatepartnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/o\\_m\\_agreement\\_template\\_EN.doc&cd=13&hl=fa&ct=clnk&gl=ir.8/30/2022](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZUyDqQJD6PkJ:https://ppp.worldbank.org/public-privatepartnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/o_m_agreement_template_EN.doc&cd=13&hl=fa&ct=clnk&gl=ir.8/30/2022)

زمان امتداد نخواهد یافت و محاسبه اجرت نیز بر اساس همین مدت انتفاع محاسبه می‌شود (البیرق‌دار ۲۰۰۲: ۴۸). بر مبنای همین وصف، اگر در اثنای مدت عقد فسخ شود یا به واسطه عاملی، چون تلف موضوع، منفسخ شود صائن نسبت به اقدامات انجام‌شده و هزینه‌های صرف‌شده مستحق اجرت خواهد بود (مه‌ارمزی و العبیدی ۲۰۲۱: ۲۱۰).

**لازم بودن:** بنا بر متقابل بودن التزامات طرفین و اذنی نبودن می‌توان عقد صیانت را از عقود لازم دانست. در نتیجه بر هم زدن عقد جز بر پایه توافقی یا استناد به یکی از خيارات قانونی ممکن نیست (الجواهری ۲۰۱۲: ۳۹۸).

**اجمالی بودن علم به موضوع:** اگرچه موضوع عقد حفظ و مراقبت به شکل مطلق مجهول نیست، به علت مشخص نبودن نوع و میزان نواقص در زمان انعقاد نوع اقدامات متناسب برای رفع آن‌ها نیز به تفصیل معلوم نیست. در نتیجه، نوعی جهل در مورد چگونگی انجام دادن تعهدات قراردادی از جانب صائن وجود دارد. اگرچه در عمل در متن قراردادی تصریح می‌شود صائن متعهد است متناسب با شرایط و به میزان لازم اقدامات مراقبتی و اصلاحی را انجام دهد، حقیقتاً، نمی‌توان آنچه در آینده رخ خواهد داد و شدت و میزان نقص تجهیزات را به تفصیل مشخص کرد. افزون بر این، به واسطه نوسان قیمت‌ها نیز هزینه‌های اجرای قرارداد به شکل کامل معلوم نیست. همین وصف موجب شده است در برخی موارد قرارداد به شکل ساعتی یا روزانه منعقد شود که ساعت یا روز مبنای محاسبه اجرت صائن قلمداد می‌شود. در این موارد نیز امکان تعیین تعداد کل ساعات یا روزهای لازم برای حفاظت یا رفع نواقص به طور دقیق معلوم نیست؛ مگر بعد از گذشت زمان و بروز نواقص و عیوب (الجواهری ۲۰۱۲: ۳۹۸؛ زناد ۲۰۱۸: ۲۰؛ مه‌ارمزی و العبیدی ۲۰۲۱: ۲۰۹).

**شخصی و غیر قابل واگذار بودن:** در انتخاب صائن به عنوان طرف قرارداد مراتب تخصص و تجربه بودن او برای مالک دارای اهمیت است و مبنای تصمیم در گزینش محسوب می‌شود. بنابراین، همانند سایر عقود شخص‌محور، متعهد در عقد امکان واگذاری اجرای تعهد یا انتقال عقد به ثالث را ندارد؛ جز در مواردی که به موجب توافق چنین اختیاری برای او ایجاد شده باشد. در همه مواردی که صائن قادر به استفاده از اجیر یا پیمانکاران فرعی برای اجرای عقد است،

در مورد خسارات حاصل از قصور یا تقصیر سایر افراد تحت نظارت، در مقابل مالک، دارای مسئولیت تضامنی است (Marchili 2000: 160).

**تجاری بودن:** درحالی که در قوانین برخی از کشورها، مانند بند ۶ ماده ۵ قانون تجارت عراق،<sup>۱</sup> به تجاری بودن این عقد تصریح شده است، در قوانین بسیاری از کشورها صراحتی درباره ماهیت عقد صیانت ملاحظه نمی شود. در چنین مواردی ناگزیر باید اقدام به تطبیق ماهیت این عقد با معیارهای اعمال تجاری کرد؛ مثلاً بند ۶ ماده ۱-L110-1<sup>۲</sup> قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۲۱) شامل عقد صیانت می شود. زیرا ایجاد تأسیسات برای ارائه خدمات<sup>۳</sup> در قالب این عقد نوعی تصدی گری برای ارائه خدمات واسطه‌ای محسوب می شود که ماهیتی تجاری خواهد داشت (عبدی‌پور ۱۳۹۳: ۹۰؛ اسکینی ۱۳۸۰: ۸۰). همچنین در جایی که تعهد به مراقبت به عنوان شرط ضمن عقد فروش تجهیزات مورد توافق قرار گیرد، با فرض تاجر قلمداد کردن فروشنده، چنین تعهدی در نتیجه رابطه تجاری و حاصل آن محسوب می شود و مشمول بند ۱ ماده ۱-L110-4<sup>۴</sup> خواهد بود. بر اساس همین تحلیل می توان گفت تصدی گری جهت اشتغال به ارائه خدمات مربوط به حفظ و مراقبت مستند به بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت ایران عمل تجاری محسوب می شود. افزون بر این، در ایران نیز تراضی به انجام دادن این عمل در قالب شرط ضمن عقد می تواند مصداق عمل تجاری تبعی و مشمول ماده ۳ قانون تجارت قلمداد شود. در نتیجه می توان همه اوصاف قراردادهای تجاری را برای چنین عقدی معتبر دانست (سماواتی ۱۳۹۴: ۷؛ مهارزی و العبدی ۲۰۲۱: ۲۰۷).

### استقلال ماهوی عقد حفظ و مراقبت از عقود مشابه

وجود برخی مشابهت‌ها از منظر ماهیت و آثار مقایسه عقد صیانت با عقود مشابه را ضروری می سازد. این مطالعه می تواند، علاوه بر تبیین دقیق تر ماهیت عقد صیانت، ویژگی‌های تمایز آن را

۱. «تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح و يفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ... سادسا:

مقاولات البناء و الترميم و الهدم و الصيانة ...»

2. “La loi répute actes de commerce... 6- Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ...”

3. Les Agences d' Affair

4. “I.-Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ...”

مشخص و در نتیجه بی‌نام بودن آن را اثبات کند. بر اساس خصایص مشترک می‌توان مهم‌ترین مصادیق عقود مشابه را بدین شرح دانست:

**ودیعه:** موضوع ودیعه نیز حفاظت از مالی است که در اختیار مستودع قرار می‌گیرد. از این منظر ودیعه را می‌توان شبیه عقد صیانت دانست. زیرا در هر دو عقد هدف اصلی مراقبت از مال تعیین شده است. با این همه نباید این دو عقد را یکسان دانست و تفاوت آن‌ها را نادیده گرفت. مبنای ودیعه، چنان که در تعریف فقهی آن نیز مطرح شده، استنباط است که در نتیجه آن مال در اختیار مستودع قرار می‌گیرد؛ به نحوی که تصرف مالک نسبت به مال در مدت اجرای ودیعه اعمال نمی‌شود و پایان می‌یابد (جعفری لنگرودی ۱۳۸۶: ۲۴۵، ۲۴۷). تردیدها و اختلاف‌نظراتی که در فقه اسلامی در مورد نقش قبض در تحقق ودیعه و عینی بودن آن مطرح شده بر مبنای همین واگذاری حق تصرف است (السنهوری ۱۹۶۴: ۶۷۶؛ الجزیری ۲۰۱۰: ۷۵۵). اما در عقد صیانت تجمع ایادی ایجاد می‌شود؛ یعنی حق تصرف مالک تداوم می‌یابد و به موازات آن وضع ید و تصرف صائن نیز ایجاد می‌شود.

تفاوت دیگر اینکه در ودیعه رفع عیب یا تعمیر از التزامات مستودع نیست. بر همین اساس، همان‌گونه که در برخی متون قانونی ذکر شده است،<sup>۱</sup> حفاظت از مال در وضع موجود تعهد اصلی در عقد ودیعه است؛<sup>۲</sup> در حالی که موضوع عقد صیانت چیزی افزون بر این است و صائن متعهد است در صورت بروز نقص یا خلل در کارکرد اقدام به رفع آن کند. همچنین، عقد ودیعه اگرچه موجب ایجاد امانت مالکانه برای مستودع است، در صیانت، علاوه بر امانت، اعتماد نیز محقق خواهد شد. وجود اعتماد که در برخی تألیفات مستند به آیه ۲۸۳ سوره بقره<sup>۳</sup> «ایتمان» نامیده شده است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۶: ۲۴۷) با شرط ضمان قابل جمع نیست. بنابراین می‌توان بر صائن شرط ضمان کرد؛ در حالی که چنین شرطی در ودیعه مبطل عقد قلمداد شده است (الجزیری ۲۰۱۰: ۷۵۶). تفاوت دیگر را می‌توان در موضوع دو عقد دانست؛ به شکل مرسوم ودیعه در مورد مال

۱. الودیعه عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر علی أن يتولى حفظ هذا الشيء و علی أن یرده عیناً (ماده ۷۱۸ قانون مدنی مصر).

۲. ماده ۶۲۰ قانون مدنی ایران.

۳. فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَالْيُؤَدُّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ.

منقول منعقد می‌شود و انعقاد آن درباره مال غیرمنقول نیز ممکن است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۶: ۲۵۴؛ السنهوری ۱۹۶۴: ۶۹۵). اما از نظر عرفی امکان استفاده از آن در مورد نرم‌افزارها و پایگاه‌های اینترنتی و اموال غیرملموس محل تردید است؛ درحالی‌که تحقق عقد صیانت در این موارد معتبر و بدون اشکال است. زیرا چنان که مطرح شد هدف از این عقد چیزی فراتر از محافظت و حفظ وضع موجود است و مواردی چون به‌روزرسانی و برطرف کردن اشکالات و خلأهای فنی را نیز شامل می‌شود. گفتنی است عقد ودیعه رایگان (ماده ۶۰۷ قانون مدنی ایران) و جایز است (ماده ۶۱۱ قانون مدنی ایران)؛ درحالی‌که عقد صیانت معوض و لازم است. همچنان که عقد صیانت مستلزم برخورداری متعهد از تخصصی خاص است؛ درحالی‌که مستودع نوعاً فاقد چنین وصفی است. در عین حال در عقد صیانت شرط محرمانگی درج می‌شود؛ درحالی‌که در ودیعه درج چنین شرطی فاقد منطق و غیرضروری است.<sup>۱</sup>

**اجاره عمل (شخص):** ممکن است بیان شود آنچه در عقد صیانت تحقق می‌یابد اجاره شخص است که بر اساس آن مضمون‌له در مدت معلوم صائن را به اجاره خود درمی‌آورد تا از منفعت اقدامات او برای حفظ مال بهره‌برداری شود. لزوم ذکر مدت، تعهد به انجام دادن اقدامات مشخص شده، و مستمر بودن نیز می‌تواند از مؤیدات یکی بودن ماهیت این دو عقد باشد. اما با دقت نظر می‌توان تفاوت‌های عمده بین این دو عقد را احراز کرد. در برخی نظرات فقهای اسلامی، به متابعت از قاعده کلی اجاره، اجاره عمل نیز از مصادیق عقود تملیکی قلمداد شده است که بر اساس آن اجیر منفعت خود، که همان اقدامات و افعال اوست، را به مستأجر تملیک می‌کند (اصفهان‌ی ۱۳۷۰: ۴۰۹؛ الزحیلی ۱۹۸۵: ۷۶۶؛ الجزیری ۲۰۱۰: ۶۷۰). اگرچه تردیدها و اشکالاتی در این زمینه مطرح شده است (کاتوزیان ۱۳۸۴: ۵۶۸)، عهدی قلمداد کردن عقد صیانت و عدم تردید مؤثر در این زمینه نشان‌دهنده تفاوت ماهوی این دو عقد است. همچنین به موجب تفکیک مرسوم اجیر در اجاره عمل به دو نوع خاص و عام (مشترک) تقسیم می‌شود. اما صائن در عقد صیانت ویژگی هر دو نوع اجیر را برخوردار است. زیرا، به واسطه تخصصی بودن موضوع عقد، عقد صیانت قابل

1. [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZUyDqQJD6PkJ:https://ppp.worldbank.org/public-privatepartnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/o\\_m\\_agreement\\_template\\_EN.doc&cd=13&hl=fa&ct=clnk&gl=ir.8/30/2022](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZUyDqQJD6PkJ:https://ppp.worldbank.org/public-privatepartnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/o_m_agreement_template_EN.doc&cd=13&hl=fa&ct=clnk&gl=ir.8/30/2022)

واگذاری نیست و صائن از این نظر شبیه اجیر خاص است و در عین حال، به‌ویژه در شکل تصدی‌گری تجاری و انجام دادن عقد از سوی شرکت‌های تجاری و به عنوان اشتغال، اختصاص فعالیت صائن به مضمون‌له و عدم امکان انعقاد قرارداد مشابه با سایرین ناممکن است. در نتیجه صائن همانند اجیر عام توانایی انعقاد عقود صیانت دیگر با سایرین را خواهد داشت. این تحلیل نشان می‌دهد ماهیت فعالیت متعهد در عقد صیانت و نوع رابطه حقوقی او با مالک چیزی متفاوت از رابطه اجیر و مستأجر است. بر اساس همین تفکیک بیان شده است در صورتی که در اجاره عمل صرف انجام دادن عملی خاص مقصود اصلی باشد و تحقق آن از سوی شخص اجیر فاقد موضوعیت باشد، عقد قابل واگذاری است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۶ الف: ۱۰۲)؛ درحالی‌که عقد حفظ و مراقبت جز با رضایت مالک قابل واگذاری و انتقال نیست. اجاره از عقود تغابنی است که باید موضوع آن به تفصیل معلوم باشد؛ والا عقد باطل است (ماده ۵۱۴ قانون مدنی ایران). اما در عقد صیانت موضوع تعهد عنوان کلی «حفظ و مراقبت» است که با توجه به معلوم نبودن نوع نواقص و عیوبی که در آینده قابل تحقق است و مشخص نبودن اقدامات و تجهیزات لازم برای رفع آن‌ها، علم تفصیلی به موضوع در زمان انعقاد قرارداد ناممکن است. تفاوت دیگر اینکه در اجاره عمل هزینه‌های انجام دادن تعهدات با مستأجر است. زیرا التزام اجیر صرفاً به‌کارگیری نیرو و توان خود برای انجام دادن موضوع عقد و فراهم آوردن زمینه تحقق آن با مستأجر است؛ درحالی‌که به شکل مرسوم در عقد صیانت هزینه‌های تغییر و جایگزین کردن قطعات معیوب و تعمیر با صائن است و تعیین اجرت کلی او با محاسبه احتمال همه هزینه‌هاست (البیرقدار ۲۰۰۲: ۷۹). شاید بتوان گفت مهم‌ترین تفاوت در نوع مسئولیت حاصل از عقد است؛ هم در فقه مذاهب اربعه (الزحیلی ۱۹۸۵: ۷۷۵؛ الجزیری ۲۰۱۰: ۶۸۶) هم در فقه امامیه ید اجیر عام ضمانی قلمداد شده است<sup>۱</sup> (حلی ۱۳۶۴: ۳۱۹؛ جعفری لنگرودی ۱۳۸۶ الف: ۱۰۷). بنابراین، جز در جایی که اثبات شود تلف

۱. از روایات متعدد توجیه‌گر این تحلیل مواردی قابل اشاره است: «قد روی من طریق الخاصة عن الصادق علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین<sup>(ع)</sup> الاجیر المشارک هو ضامن الا من سبع او غرق او حرق او لص مکابر.» (حر عاملی ۱۳۶۷: ۱۴۹)؛ «عن السکونی عن الصادق علیه السلام قال: کان امیر المؤمنین<sup>(ع)</sup> یضمن الصباغ و القصار و الصابغ احتیاطاً علی امتعه الناس و کان لا یضمن من الغرق و الحرق و الشئ الغالب و لانه قبض المعین لنفعه نفسه من غیر استحقاق فضمنها

و نقص به واسطه قوه قاهره است یا اجیر عدم تعدی و تفریط خود را اثبات کند، مسئولیت جبران خسارات مالک با او خواهد بود. درحالی که در عقد صیانت در همه فروض ید صائن امانی است و فقط در صورت اثبات تقصیر از سوی مصون له مسئول قلمداد خواهد شد.

بر مبنای تحلیل های فوق ماهیت عقد صیانت را با عقد اجاره عمل نیز نمی توان یکی دانست. گو اینکه آنچه در این عقد تحقق می یابد با هیچ یک از مصادیق عمده اجاره اشخاص مندرج در ماده ۵۱۳ قانون مدنی ایران نیز منطبق نیست. استقلال رفتاری و عدم متابعت صائن از مصون له نیز اطلاق عنوان «اجیر» را به او از نظر عرفی با تردید جدی مواجه می سازد.

**جعاله:** جعاله نیز از دیگر اعمال حقوقی شبیه عقد صیانت است. ادای اجرت در برابر انجام دادن عملی خاص (ماده ۵۶۱ قانون مدنی ایران)، کفایت علم اجمالی در میزان اجرت (ماده ۵۶۳ قانون مدنی ایران)، کیفیت عمل (ماده ۵۶۴ قانون مدنی)، و تحقق امانت مالکانه عامل از مهم ترین ویژگی های مشترکی است که می تواند یکسان بودن ماهیت این دو را توجیه کند. اما باید دانست با وجود برخی نظرات درباره ایقاع بودن جعاله (حلی ۱۳۶۴: ۱۲۸؛ جعفری لنگرودی ۱۳۸۰: ۲۶۴)، که منجر به عدم تصریح به عقد بودن و اطلاق عنوان «التزام» به آن در ماده ۵۶۱ قانون مدنی ایران شده، تردیدی در عقد بودن صیانت نیست. افزون بر این، جعاله از عقود مستمر نیست؛ درحالی که، نظر به تعهد صائن به مراقبت مستمر، موضوع عقد صیانت جز با سپری شدن زمان و تحقق مراقبت در هر لحظه اجرای عقد تعیین نمی یابد. همچنین به شکل کلی عقد جعاله از اعمال حقوقی نتیجه محور است که بر اساس آن استحقاق عامل به جعل تنها بعد از اتمام عمل به صورت کامل است. مگر مواردی که متعلق تعهد قابل تجزیه به اجزای مستقل باشد به نحوی که هر جزء جعل در برابر اجزای عمل قرار گیرد. درحالی که، برعکس، در عقد صیانت قاعده اصلی تجزیه موضوع تعهد در هر واحد زمانی است. بنابراین، بر اساس وصف استمرار، اگر در اثنا انجام دادن عقد و قبل از انقضای مدت عقد دچار انحلال شود، صائن نسبت به اقدامات انجام شده و هزینه های صرف شده مستحق نسبتی از اجرت خواهد بود (البیرقدار ۲۰۰۲: ۶۹).

بر مبنای همین تحلیل در فقه مالکی و شافعی بیان شده است شرط تعجیل جعل در جعاله صحیح نیست و حتی چنین شرطی مبنی بر لزوم پرداخت جعل در زمان انعقاد یا قبل از انجام دادن عمل به علت تنافی با مقتضای ذات عقد مبطل قلمداد شده است (الزحیلی ۱۹۸۵: ۷۸۶). اما در عقد صیانت هر نوع شرط تعجیل عوض یا پرداخت آن در اقساط و دفعات متعدد یا شرط پرداخت آن در انتهای مدت همگی صحیح و معتبر است. در واقع، با تحقق مراقبت در هر جزء زمان، صائن تعهد قراردادی خود را انجام داده است و مالک جزء متناسب از اجرت خواهد بود (الجزیری ۲۰۱۰: ۷۶۰). تجزیه موضوع تعهد صیانت در طول زمان ابهام و اختلافی در مورد امکان فسخ آن در هیچ‌یک از مراحل قبل یا بعد از انجام دادن عمل به وجود نمی‌آورد؛ درحالی‌که درباره امکان فسخ جعاله پیش از انجام دادن عمل و اثر آن در جعل استحقاقی اختلاف نظر فراوانی در فقه اسلامی طرح شده است (الزحیلی ۱۹۸۵: ۷۸۹). در نهایت باید دانست جعاله برخلاف صیانت عقدی جایز محسوب شده (ماده ۵۶۵ قانون مدنی ایران) و به واسطه فقدان وصف معاوضی بودن اعمال حق حبس نیز در آن ناممکن است.

**پیمانکاری (مقاله):** پیمانکاری عقدی است که به موجب آن شخصی به عنوان پیمانکار در برابر کارفرما متعهد به ساخت یا انجام دادن عملی خاص می‌شود و در ازای این تعهد اجرت دریافت می‌کند؛<sup>۱</sup> بی‌آنکه در انجام دادن موضوع عقد از کارفرما متابعت کند یا نایب او قلمداد شود.<sup>۲</sup> به شکل معمول این قرارداد در موضوعات ساخت ساختمان و پل و تأسیسات، حل و نقل، فروش، یا تهیه و تدارک کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد. اهمیت این نوع از عقود موجب شده است در زمینه روابط دولتی با تصویب شرایط عمومی با عنوان «شرایط عمومی پیمان» قانون‌گذار به تنظیم رابطه حقوقی طرفین اقدام کند و از محدوده قلمرو آزادی اراده بکاهد. بر همین اساس، علاوه بر تشریفات خاص انعقاد، تعهدات هر یک از پیمانکار (فصل دوم) و کارفرما (فصل سوم) و

۱. «المقاوله عقد یتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن یصنع شیئاً أو أن یؤدی عملاً لقاء أجر یتعهد به المتعاقد الآخر.» (ماده ۶۴۶ قانون مدنی مصر)؛ و با همین تعبیر در ماده ۸۶۴ قانون مدنی عراق.

۲. «المقاوله عقد یتلزم بمقتضاه أحد الطرفين أن یؤدی عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن یكون تابعا له أو نائبا عنه.» (ماده ۶۶۱ قانون مدنی کویت).



مصادیق اعمال فسخ (ماده ۴۶) و شرایط عمومی پیمان به تفصیل مشخص شده و به واسطه وصف آمره عدول از آن‌ها ممکن نیست (اندی ۱۳۹۹: ۱۳۸؛ البیرقदार ۲۰۰۲: ۴۷).

اگرچه پیمانکاری نیز از عقود با موضوع عمل است، نمی‌توان ماهیت آن را با عقد صیانت یکی دانست. پیمانکاری نیز، برخلاف صیانت، از عقود نتیجه‌محور است که موضوع اصلی تعهد حاصل از آن تحقق نتیجه مورد توافق طرفین است. بر همین اساس، درحالی‌که عنصر زمان و توقیت در تعیین اجرت صائن دارای نقش عمده و اساسی است، در پیمانکاری مبنای محاسبه و تعیین اجرت تحقق نتیجه مطلوب مورد نظر است (Mc Nair & Linke 2020: 15). بر مبنای همین تحلیل تعهد پیمانکار در اجزای زمان تفکیک نمی‌شود و برخلاف صیانت نمی‌توان آن را عقدی مستمر قلمداد کرد. آنچه مد نظر است صرفاً تحقق نتیجه مورد نظر در بازه زمانی تعیین شده است، افزون بر اینکه موضوع آن اصالتاً برای ایجاد و ساخت است، به نحوی که می‌توان گفت بروز تغییر و اقدامات ایجابی از ضروریات و لازمه اجرای عقد است (السنهوری ۱۹۶۴: ۷)؛ درحالی‌که در صیانت هدف اصلی مراقبت و حفظ وضع موجود و جلوگیری از تعطیلی فعالیت تجهیزات است. بنابراین، ماهیت پیشگیرانه عقد صیانت جهت ممانعت از بروز عیب و تعهد به مراقبت در این عقد متفاوت از ماهیت عرفی پیمانکاری است. همین تفاوت در موضوع اختلاف در احکام این دو عقد را موجب شده است. به‌رغم کفایت علم اجمالی در عقد صیانت، موضوع عمل و اجرت در پیمانکاری ضرورتاً باید به تفصیل مشخص شود (الجواهری ۲۰۱۲: ۴۳۴)؛ همچنان که بطلان شرط عدم مسئولیت پیمانکار<sup>۱</sup> در کنار لزوم رعایت تشریفاتی که در مواردی مانند شرایط عمومی پیمان ذکر شده است از تفاوت‌های مهم بین این دو عقد است. افزون بر این به نظر می‌رسد قلمرو موضوعی عقد صیانت دارای گستره‌ای وسیع‌تر از پیمانکاری است. بر این اساس، اگرچه عقد صیانت با موضوع نظارت و مراقبت از حسن فعالیت نرم‌افزارها و تجهیزات رایانه‌ای قابل تحقق است، از نظر عرفی استفاده از عقد پیمانکاری در چنین موضوعاتی محل تردید و اشکال است (مه‌ارمی و العبیدی ۲۰۲۱: ۲۰۰).

۱. ماده ۶۹۷ قانون مدنی کویت و ماده ۶۵۳ قانون مدنی مصر.

### اثر عقد حفظ و مراقبت در ارتقای بهره‌وری و کارآمدی

در این نوشتار، بهره‌وری<sup>۱</sup> ترکیبی از کارایی<sup>۲</sup> و اثربخشی<sup>۳</sup> است که به معنای انجام دادن صحیح کار است به نحوی که با کمترین میزان استفاده از منابع بیشترین میزان بهره‌مندی با بالاترین سطح رضایتمندی مصرف‌کننده فراهم آید (مقدم و ولی‌زاده ۱۳۸۷: ۱۷). با پذیرش این معنا استفاده از عقد صیانت را می‌توان در دو زمینه در ارتقای بهره‌وری مؤثر دانست:

**متناسب‌سازی نیروی انسانی مراقبت از تجهیزات:** در تعیین تعداد اشخاص متناسب برای مراقبت از هر بخش باید اولویت فعالیت آن بخش و هزینه به‌کارگیری نیروهای مورد نظر را به عنوان مؤلفه‌های اصلی مد نظر قرار داد. تعیین دقیق این تعداد منوط به برخورداری از اطلاعات دسته‌بندی‌شده و حفظ سوابق مربوط به فعالیت و هزینه‌های هر بخش است. در تعیین هزینه مراقبت با توجه به تعداد کارگران بیان شده است (زناد ۲۰۱۸: ۳۳). با فرض اینکه  $Q$  میانگین تعداد تجهیزات در حال تعمیر،  $F$  میانگین تعداد از کارافتادگی و تعطیلی و توقف استفاده از تجهیزات، و  $R$  تعداد درخواست‌های تعمیر باشد، آن‌گاه:

$$Q = \frac{F}{R - F} \quad (1)$$

مثلاً اگر میانگین خرابی تجهیزات در یک شرکت ۳ مورد در هر ماه باشد و تعمیر آن‌ها ۱۵۰ دلار در ساعت هزینه داشته باشد، با فرض اینکه یک کارگر قادر به تعمیر ۵ دستگاه در ساعت و ۲ کارگر توان تعمیر ۶ دستگاه و ۳ کارگر توان تعمیر ۸ دستگاه را داشته باشند و اگر دستمزد هر کارگر ۲۰ دلار در هر ساعت باشد، میزان بهینه نیروی کار بر اساس رابطه ۱ چنین محاسبه می‌شود:

در فرض وجود یک کارگر

$$1/5 = \frac{3}{5 - 3}$$

$$\text{هزینه تعمیر} = 1/5 * 150 = 225$$

$$20 * 1 + 225 = 245 = \text{مجموع هزینه حاصل برای تعمیر}$$

- 
1. Productivity
  2. Efficiency
  3. Effectiveness

در فرض وجود دو کارگر

$$1 = \frac{3}{6-3} \text{ تعداد تجهیزات}$$

$$150 = 1 * 150 \text{ هزینه تعمیر}$$

$$190 = 150 + (20 * 2) \text{ مجموع هزینه حاصل برای تعمیر}$$

در فرض وجود سه کارگر

$$6 = \frac{3}{8-3} \text{ تعداد تجهیزات}$$

$$90 = 6 * 150 \text{ هزینه تعمیر}$$

$$150 = 90 + (20 * 3) \text{ مجموع هزینه حاصل برای تعمیر}$$

بدون بررسی فوق نمی‌توان صرفاً بر اساس میزان و تعداد کارگران بهترین وضعیت را مشخص کرد. استفاده از عقد صیانت زمینه این مطالعه و بررسی را فراهم می‌آورد (زناد ۲۰۱۸: ۳۳). زیرا بدون به‌کارگیری این عقد یا اصولاً فرض تعطیلی و عدم امکان استفاده از تجهیزات مورد توجه قرار نمی‌گیرد و راهکاری متناسب برای جلوگیری یا رفع آن پیش‌بینی نمی‌شود یا بدون تحلیل دقیق این تصمیم گرفته می‌شود که مجموع کارگران هر بخش در کنار انجام دادن تعهدات اصلی خود وظیفه نظارت بر حسن فعالیت تجهیزات یا تعمیر آن را نیز بر عهده گیرند. در هر دو فرض محاسبه هزینه - فایده تصمیمات و تبعات حاصل از آن مبهم باقی می‌ماند که در نتیجه منطبق با معیارهای تحقق بهره‌وری نخواهد بود (Marchili 2000: 159; CAA 2013: 120).

**جلوگیری از بروز یا کاهش زمان وقفه فعالیت:** ممکن است بیان شود ابزارهای مرسوم

در حقوق قراردادهای سازوکارهای حمایت از طرفین برای تحقق اهداف حاصل از عقد صیانت کفایت می‌کند و ضرورتی به استفاده از این عقد نیست. در پاسخ باید گفت اگر تجهیزات به شکل معیوب خریداری شود، اگرچه خریدار به استناد خیار عیب قادر به برهم زدن عقد و خسارات حاصل از معیوب بودن تجهیزات است، دامنه خسارات قابل مطالبه در حقوق ایران به گونه‌ای تعیین شده است که همه خسارات حاصل از توقف فعالیت را پوشش نمی‌دهد. مثلاً اگر با خرید تجهیزات معیوب فعالیت یک کارگاه صنعتی دچار توقف شود مطالبه خسارات حاصل از

جایگزینی محصولات رقیب و هزینه‌های به دست آوردن سهم مجدد محصولات تولیدی در بازار در قالب خسارات حاصل از عیب با تردید جدی همراه است (الجواهری ۲۰۱۲: ۴۲۰). همچنین توقف فعالیت می‌تواند به واسطه عدم امکان اجرای تعهدات قراردادی صاحب تجهیزات تبعات متعدد مالی و مدیریتی داشته باشد؛ ولو اینکه از نظر حقوقی تقصیری را نتوان به او منتسب کرد. مانند اینکه جهت جبران عقب‌افتادگی در اجرای تعهدات افزایش ساعات کار یا میزان فعالیت ضرورتی ناگزیر باشد که خود به افزایش استهلاک یا کاهش کیفیت محصول یا خدمات منجر خواهد شد.

بنابراین، ملاحظه می‌شود هر دو اثر حاصل از خیار عیب، یعنی فسخ و مطالبه ارض، مصلحت قطعی تداوم حضور فعالان اقتصادی در بازار را محقق نمی‌کند. پذیرش امکان مطالبه خسارات حاصل از عیب نیز تنها محدود به خسارات مالی مستقیم حاصل از عیب می‌شود و با هدف رفع عیب یا جایگزین کردن کالایی سالم است. بنابراین شامل نمونه‌های دیگر خسارات نخواهد شد. افزون بر این، خیار عیب ابزاری پیش‌دستانه ندارد، بلکه اعمال و استفاده از آن منوط به بروز عیب است. اما عقد صیانت کارکردی پیشگیرانه و پیشینی دارد که با عنوان تأمینی بودن ماهیت<sup>۱</sup> از آن یاد یاد شده است (الجواهری ۲۰۱۲: ۴۲۰). این عقد با هدف جلوگیری از بروز وقفه یا تعطیلی در استفاده از ابزار و تجهیزات یا کاهش آثار نامطلوب آن به کار می‌رود و مزایای اقدامات پیش‌دستانه در مورد آن نیز وجود دارد (رجبی ۱۳۹۹: ۶۹۱). مزیت استفاده از عقد صیانت به صورت مستقل از خرید تجهیزات نیز قطعی است. زیرا در مورد تأسیساتی که مدت زمان طولانی از زمان خرید و آغاز فعالیت آن‌ها گذشته است بروز عیب از موجبات استناد به خیار عیب نخواهد بود. بنابراین در

۱. تأمینی بودن ماهیت عقد صیانت نباید موجب همانندنگاری آن با عقد بیمه شود. زیرا مفاد عقد بیمه به شکل مرسوم تعهد بیمه‌گر به پرداخت خسارات در صورت بروز عیب یا حوادث معین در عقد است. بنابراین فعلیت یافتن تعهد بیمه‌گر منوط به بروز خساراتی است که درباره آن توافق شده است. در نتیجه هدف از بیمه جلوگیری از بدون جبران ماندن خسارات است؛ درحالی‌که هدف از عقد صیانت جلوگیری از بروز خسارات و عیوب است. بر همین اساس می‌توان گفت عقد صیانت مبادله بین مال (اجرت) و عمل (تعهد به مراقبت) است؛ درحالی‌که در بیمه تعهدی مبنی بر مراقبت و حفظ برای بیمه‌گر ایجاد نمی‌شود.

چنین مواردی، جز استفاده از عقد صیانت، ابزاری مؤثر جهت کاهش چشمگیر احتمال تعطیلی فعالیت یا کاستن از زمان آن وجود ندارد.

از منظر کلان و فراتر از روابط شخصی فعالان نیز مزایای حاصل از عقد صیانت امری قطعی و توجیه پذیر است. توقف فعالیت صنعتی یا تجاری به کاهش عرضه محصولات یا خدمات منجر می شود که حتی به شکل موقت به افزایش تقاضا می انجامد. نتیجه این فرایند بر هم خوردن توازن عرضه متناسب با تقاضاست که افزون بر محدودیت دسترسی به کالا یا خدمات مورد نظر می تواند افزایش قیمت آن ها را نیز در بازار در پی داشته باشد. بر این اساس می توان گفت مصلحت مشتریان و اقتصاد در منظر کلان نیز جلوگیری از بروز وقفه در فعالیت و حضور فعالان در عرصه تولید و ارائه خدمات است که می تواند از طریق به کارگیری عقد صیانت محقق شود (زناد ۲۰۱۸: ۲۰).

### نتیجه

عقد حفظ و مراقبت از نمونه عقود ابداعی در روابط فعالان صنعتی یا تجاری است که با هدف افزایش کارآمدی و با توجه به لزوم اهمیت حفظ و افزایش بهره‌وری اقتصادی ایجاد شده است. ماهیت این عقد و رابطه حقوقی طرفین در آن با هیچ یک از عقود بانام انطباق تام ندارد. بر این اساس باید این عقد را مصداقی از عقود بی نام قلمداد کرد که با توجه به برخورداری از شرایط اساسی صحت عقود در فقه و نظام حقوقی ایران معتبر و صحیح محسوب می شود.

در تفسیر احکام و تبیین ضوابط این عقد باید در نظر داشت مهم ترین مزیت آن حفظ تداوم فعالیت تجهیزات و به حداقل رساندن زمان تعمیر و رفع عیوب آنهاست. افزون بر این، همین وصف امکانی جدید را در روابط قراردادی ایجاد می کند که فراتر از رویکردهای مرسوم مبتنی بر فسخ یا دریافت خسارت مادی منافع بیشتری از زیان دیده را تحت پوشش قرار می دهد و از بروز زیان های حاصل از تعطیلی فعالیت یا توقف آن جلوگیری می کند. مبنای توجیهی استفاده از این عقد تدبیری پیشگیرانه برای جلوگیری از بروز زیان های مالی است. بنابراین ماهیت این عقد مالی است که هم منافع اقتصادی متافع هم منافع بلندمدت جامعه مبنی بر حفظ فعالان صنعتی و تجاری و ممانعت از کاهش منابع عرضه یا تولید را محقق می کند. بر اساس مزایای فوق می توان پیشنهادهایی را مطرح کرد:

الف) نظام قضایی ایران در مواجهه با چنین عقودی باید علاوه بر اعتبار و رسمیت دادن به آن، بر مبنای ماهیت تراضی و قالب مورد استفاده، طرفین قرارداد را به گونه‌ای تفسیر کند که مزیت تداوم حضور به عنوان غایت اصلی عقد مخدوش نشود و به واسطه اعمال راهکارهای مرسوم حقوق قراردادهای، مانند اعمال فسخ به علت عیب، نادیده انگاشته نشود.

ب) استفاده از عقد صیانت توسط فعالان عرصه تجارت و صنعت با استفاده از مشاوران حقوقی هم در زمان خرید تجهیزات هم در مورد آنچه از قبل خریداری شده و مورد استفاده مداوم آنهاست دارای مزیت قطعی و توجیه‌پذیر است. ابزارهای مرسوم جبران خسارات در حقوق قراردادهای صرفاً در صورت پیمان‌شکنی طرف قرارداد و با هدف جبران خسارات مالی مستقیم قابل استفاده است؛ در حالی که توقف فعالیت تجهیزات و حذف موقت از بازار اصولاً نتیجه نقض قراردادی نیست (مگر در فرض وجود عیب در زمان عقد) و در عین حال در فرض امکان جبران خسارات نمی‌توان زیان حاصل از جایگزین شدن رقبا را قابل مطالبه دانست. در چنین شرایطی استفاده از عقد صیانت می‌تواند همه‌جانبه‌های حقوق قراردادهای را در این زمینه رفع کند. زیرا هدف از ایجاد و به‌کارگیری این عقد افزایش بهره‌وری است که در رویکردهای سنتی حقوق قراردادهای چندان مورد توجه نیست و به جای آن تمرکز بر رفع زیان‌های مالی مستقیم یا کوتاه‌مدت است. بر همین اساس استفاده از عقد صیانت زمینه بررسی‌ها و مطالعاتی را فراهم می‌آورد (مانند محاسبه بهره‌وری تعداد نیروی انسانی به‌کارگرفته‌شده در مراقبت از هر بخش) که در شرایط معمول یا مورد توجه قرار نمی‌گیرند یا اهمیت و حساسیت لازم را بر نمی‌انگیزند.

## منابع

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۰). حقوق تجارت، تهران، سمت، ج ۱.
- اصفهانى، محمدحسین (۱۳۷۰). الاجاره، قم، میراث اسلامی.
- اندی، فاطمه (۱۳۹۹). «نگاهی حقوقی به شرایط فسخ پیمانکاری در قوانین کنونی»، رهیافت‌های نوین در مطالعات اسلامی، ش ۱، ص ۱۳۷ - ۱۸۶.
- انصاری، مرتضی (۱۳۸۶). المكاسب، قم، اسماعیلیان، ج ۲.
- البیرقدار، محمدیونس (۲۰۰۲). عقد الصیانه فی الفقه الاسلامی، بیروت، دارالفکر.
- الجزیری، عبدالرحمن (۲۰۱۰). کتاب الفقه، بیروت، دار ابن حزم.
- الجواهری، حسن (۲۰۱۲). الفقه المعاصر، بیروت، العارف للمطبوعات، ج ۱.
- الزحیلی، وهبه (۱۹۸۵). الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت، دارالفکر، ج ۴.
- السنهوری، عبدالرزاق (۱۹۶۴). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، احیاء التراث.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ج ۱.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲). فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶ الف). الفارق، تهران، گنج دانش، ج ۱.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶ ب). الفارق، تهران، گنج دانش، ج ۵.
- حراعلمی، محمد (۱۳۶۷). وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه، قم، آل‌البتیت، ج ۱۹.
- حلی، حسن (۱۳۶۴). تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البتیت، ج ۷.
- رجبی، عبدالله (۱۳۹۹). «شرایط و آثار اقدامات پیشدستانه در حقوق ایران»، مطالعات حقوق خصوصی، د ۵۰، ش ۴، ص ۶۸۷ - ۷۰۶.
- رفیعی، محمدتقی (۱۳۷۸). مطالعه تطبیقی غرر در معامله، قم، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی.
- زناد، جاسم (۲۰۱۸). محاضرات ماده اداره الصیانه، بغداد، الاداره الصناعیه.
- سجدی، حسین (۲۰۱۷). تحدیث التشیغیل و الصیانه للمبانی و الطرق التابعه للبلدیات، بیروت، مرکز الانتشارات المهندسیه.
- سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۹۴). قراردادهای تجاری، تهران، جنگل.
- صفایی، حسین (۱۳۸۲). قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان.

- عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۳). حقوق تجارت، تهران، مجد، ج ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق مدنی، عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۴.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴). حقوق مدنی، عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۵.
- مقدم، ناهید؛ پروین ولی‌زاده (۱۳۸۷). «بررسی بهره‌وری در اقتصاد ایران»، روند، ش ۴۹، ص ۱۵ - ۴۱.
- مه‌ارمزی، محمدعلی؛ یونس العبییدی (۲۰۲۱). «التزامات الصائن فی عقد الصیانه»، الرافدین للحقوق، لسنه ۲۳، ص ۱۸۹ - ۲۳۹.
- نجفی‌خواه، محسن (۱۳۹۸). نظام حقوقی مناسب برای رشد اقتصادی، تهران، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش.

## References

- Abdipour, A. (2012). *Commercial law*, Tehran, Majd Publishing, Vol. 1. (in Persian).
- Al-Beiraghdar, M. (2002). "Facilities Maintenance in Islamic Law", *Law and Islam Journal*, Vol. 20, pp. 13-42. (in Arabic)
- Al-Javaheri, H. (2012). *The Modern Jurisprudence*, Beirut, Al-Aref, Vol. 1. (in Arabic)
- Al-Jaziri, A. (2010). *Islamic Jurisprudence in comparative Study*, Beirut, Ibne Hazim. (in Arabic)
- Al-Sanhouri, A. (1964). *Al-Vasit*, Second Edition, Beirut, Ehyao-Al Torath, Vol. 7. (in Arabic)
- Al-Zahili, V. (1985). *Islamic Jurisprudence and its Reasons*, Second Edition, Damascus, Dar-o-al Fekr. (in Arabic)
- Andi, F. (2019). "A legal look at the terms of contract termination in current laws", *New approaches in Islamic studies*, Vol. 1, pp. 137-186. (in Persian)
- Ansari, M. (2004). *Al-Makaseb*, Third Edition, Qom, Ismailian, Vol. 2. (in Arabic)
- CAA (2013). Civil Authority of Botswana, Development of a Maintenance Contract, Work paper, No. 251.
- Esfahani, M. (1990). *Al-Ejare*, Second Edition, Qom, Islamic Seminary of Qom. (in Arabic)
- Eskini, R. (2000). *Commercial law*, Second Edition, Tehran, Samt, Vol. 1. (in Persian)
- Helli, N. (1980). *Sharaye- Al Eslam*, Second Edition, Qom, Ismailian, Vol. 3. (in Arabic)
- Hore Ameli, M. (1988). *Vasaal-Alshia*, Second Edition, Qom, Al-Albeit, Vol. 19. (in Arabic)
- Jafari Langroudi, M. (2001). *Philosophy of Civil Law*, Tehran, Ganje Danesh Vol. 1. (in Persian)
- \_\_\_\_\_ (2003). *Contemporary Encyclopedia of Legal Elements*, Tehran, Ganje Danesh. (in Persian)
- \_\_\_\_\_ (2007b). *Al Faregh*, Tehran, Ganje Danesh, Vol. 5. (in Persian)



- (2007a). *Al Faregh*, Tehran, Ganje Danesh, Vol. 1. (in Persian)
- Katouzian, N. (2003). *Specific Contracts*, Fourth Edition, Tehran, Enteshar Publishing, Vol. 4. (in Persian)
- (2005). *Specific Contracts*, Fourth Edition, Tehran, Enteshar Publishing, Vol. 1. (in Persian)
- (2008). *General Principles of Contracts*, Tehran, Enteshar Publishing, Vol. 5. (in Persian)
- Marchili, A. (2000). "The Maintenance Contract", *Journal of Media Law and Practice*, Vol. 25, pp. 151-162.
- MC Nair, D. & Linke, B. (2020). Operating & Maintenance Agreements, DLA Piper Work paper, No. 103.
- Meharmezy, M. & Al-Abidi, Y. (2021). "Obligations of maintenance in maintenance contract a comparative study", *Alrafidain of Law*, Vol. 23, Issue 76, pp. 189-239. (in Arabic)
- Moghadam, N. & Valizade, P. (2008). "Economic Efficiency in Iran", *Ravand Journal*, Vol. 23, pp. 15-41. (in Persian)
- Najafi Khah, M. (2019). *Law and Economic Development*, Tehran, Management and Policy Publication. (in Persian)
- Rafi'i, M. (1999). *Fraud in Contracts*, Qom, Islamic Seminary of Qom. (in Persian)
- Rajabi, A. (2018). "Requirements of Anticipatory Actions in Tort Law", *Private Law Studies*, Vol. 5, pp. 687-706. (in Persian)
- Safai, S. (2003). *General Principles of Contracts*, Tehran, Mizan. (in Persian)
- Sejdi, A. (2017). Maintenance Contract in Roads and Industry, Center of Architects, Work Paper, No. 30. (in Arabic)
- Smavati, H. (2015). *Commercial Contracts*, Tehran, Jungle. (in Persian)
- Zenad, J. (2018). "Arguments about Maintenance Contract", *Baghdad University Law Journal*, Vol. 13, pp. 5-45. (in Arabic)