

## Theory of Ownership and Theory of Obligation from the Perspective of Legal Scholars

Jalil Ghanoati <sup>1</sup>

1. Associate Professor, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, [ghanavaty@ut.ac.ir](mailto:ghanavaty@ut.ac.ir)

### Article Info

**Article type:**  
Research Article

**Received:**

2024/08/25

**Received in revised form:**

2024/09/04

**Accepted:**

2024/09/20

**Keywords:**

*Theory of Ownership, Theory of Obligations, Bilateral Contract, Ownership Contract, Normative Ruling, Theory of Commitments.*

### Abstract

Civil law scholars primarily focus their efforts on interpreting and analyzing the provisions of the Civil Code. The Iranian Civil Code is based on heterogeneous foundations. Some of its provisions are derived from the French Civil Code and influenced by Roman law concepts, while others are based on Imamiyyah jurisprudence, and some are inspired by Swiss law. Due to these varied foundations, legal scholars have provided different interpretations of the Civil Code. Some initially praised and favored the French general theory of obligations, believing that Imamiyyah jurisprudence and the Iranian Civil Code also supported this theory, and they interpreted the law accordingly. Another group admired the general theory of obligations from German and Swiss law, and, despite their unfamiliarity with Islamic jurisprudence, considered it less effective. Others, recognizing the differences in the foundations of the Civil Code and the theory of obligations, pointed out the varying outcomes of these two approaches, explaining the numerous contradictions in the Civil Code based on these differences. Some Islamic jurists, while acknowledging the acceptance of the theory of obligations in Islamic jurisprudence, simply identified certain advantages of the Islamic theory of obligations over its Western counterpart. It appears that Imamiyyah jurisprudence and the Iranian Civil Code fundamentally accept the discourse of ownership, or in other words, the theory of ownership, and have based various provisions on it. Within the scope of the theory of ownership, the source of commutative contracts is considered the transfer of ownership, and viewing them as obligations is fundamentally incompatible with Islamic legal principles. Additionally, sources of involuntary liability are analyzed based on ownership rather than obligation or responsibility. The improper borrowing of provisions from the French and Swiss Civil Codes and Islamic law, and the fundamental differences between them, have resulted in numerous contradictions. Given the intent of the drafters of the Civil Code to align it with Imamiyyah jurisprudence, the resolution to these conflicts lies in the correct and principled adoption of legal provisions from this rich jurisprudence through appropriate use of comparative studies.

### How To Site

Ghanoati, Jalil (2024). Theory of Ownership and Theory of Obligation from the Perspective of Legal Scholars. *Journal of Judgment*, 116(4), 1-17.  
<http://doi.org/10.22034/judg.2024.2039512.1322>

### DOI

10.22034/judg.2024.2039512.1322

### Publisher

University of Tehran Press



## نظریه تملیک و نظریه تعهد از دیدگاه حقوقدانان

جلیل قنواتی<sup>۱</sup>

۱. دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، رایانامه: [ghanavaty@ut.ac.ir](mailto:ghanavaty@ut.ac.ir)

اطلاعات مقاله	چکیده
<b>نوع مقاله:</b> علمی - تخصصی	حقوقدانان مدنی عمده تلاش خود را صرف تفسیر و تحلیل مقررات قانون مدنی می‌کنند. قانون مدنی ایران بر پایه‌های غیرمتجانسی استوار است. برخی مقررات آن از قانون مدنی فرانسه و مبتنی بر دیدگاه‌های رومانستی تدوین شده، بعضی نیز بر مبنای فقه امامیه تنظیم و پاره‌ای بر اساس قانون سوئیس نگاشته شده است. حقوقدانان نیز در تفسیر و تحلیل مقررات قانون مدنی به دلیل مبانی متفاوت، آرای متفاوتی ارائه داده‌اند. برخی در تحلیل‌های اولیه خود نظریه کلی تعهدات فرانسوی را بسیار تمجید کرده و ترجیح داده‌اند و فقه امامیه و قانون مدنی ایران را طرفدار این نظریه دانسته‌اند و بر همین مبنای تفسیر می‌کنند. گروهی نیز به ستایش نظریه عمومی تعهدات آلمانی و سوئسی پرداخته‌اند و علی‌رغم ناآشنایی با فقه اسلامی، آن را در تعابیری، ناکارآمد تلقی کرده‌اند. برخی نیز با تظنن در موضوع و درک اختلاف مبانی قانون مدنی و نظریه تعهدات، نتایج متفاوت دو مبنا را گوشزد کرده و تعارضات گوناگون مقررات قانون مدنی را در موارد زیادی، بر همین اساس تبیین کرده‌اند. بعضی حقوقدانان اسلامی نیز با اعتقاد به پذیرش نظریه تعهدات در فقه اسلامی، صرفاً امتیازاتی برای نظریه تعهدات در فقه اسلامی نسبت به نظریه تعهدات غربی شمارش کرده‌اند. به نظر می‌رسد که فقه امامیه و قانون مدنی ایران در مباحث عقود و قراردادها و ضمان قهری، اصولاً گفتمان تملیک و به تعبیری، نظریه تملیک را پذیرفته و آن را مبنای مقررات مختلف خود قرار داده‌اند. در قلمرو نظریه تملیک، منشأ عقود معاوضی انتقال ملکیت دانسته می‌شود و تعهدی دانستن آنها با مبانی فقهی اصولاً ناسازگار است. همچنین منابع ضمان قهری بر محور ملکیت - و نه تعهد و مسئولیت - تحلیل می‌شوند. اقتباس نادرست قانون مدنی ایران از مقررات قانون مدنی فرانسه و سوئیس و حقوق اسلام و تفاوت‌های مبانی آنها موجب تعارضات متعددی شده است. با توجه به هدف قانون‌نویسان مدنی مبنی بر انطباق این قانون با فقه امامیه، راه‌حل تعارض، اقتباس مقررات قانونی از این فقه غنی با استفاده صحیح و اصولی از مطالعات تطبیقی است.
<b>تاریخ دریافت:</b> ۱۴۰۳/۰۶/۰۴	
<b>تاریخ بازنگری:</b> ۱۴۰۳/۰۶/۱۴	
<b>تاریخ پذیرش:</b> ۱۴۰۳/۰۶/۳۰	
<b>کلیدواژه:</b> نظریه تملیک، نظریه تعهدات، نظریه التزامات، عقد عهده، عقد تملیکی، حکم وضعی.	
<b>استناد</b>	قنواتی، جلیل (۱۴۰۳). نظریه تملیک و نظریه تعهد از دیدگاه حقوقدانان، فصلنامه قضاوت، ۱۶(۴)، ۱-۱۷. <a href="http://doi.org/10.22034/judg.2024.2039512.1322">http://doi.org/10.22034/judg.2024.2039512.1322</a>
<b>DOI</b>	10.22034/judg.2024.2039512.1322
<b>ناشر</b>	انتشارات دادگستری کل استان تهران



## مقدمه

پیش از این در دو مقاله «نظریه تملیک یا نظریه تعهد» (قنواتی، ۱۴۰۰) و «نظریه تعهد و تملیک از دیدگاه فقیهان» (قنواتی، ۱۳۹۹)، شاخصه‌های دو نظریه تملیک و تعهد و دیدگاه فقیهان بررسی شده است. ادعا شده است که مقررات قانون مدنی ایران با فقه اسلامی انطباق دارد، اما به نظر می‌رسد تفاوت اساسی بین دو نظریه تملیک در فقه اسلامی و نظریه تعهدات در حقوق رومی و حقوق فرانسه این ادعا را تأیید نمی‌کند. در آنجا گفته شد که تعارض‌های موجود در قانون مدنی ایران در نتیجه اقتباس مقررات این قانون از دو اندیشه حقوقی رومی ژرمنی و حقوق اسلامی است. به‌طور خاص ابتدای برخی مقررات بر نظریه تعهدات و مبتنی بودن بسیاری از مقررات بر نظریه تملیک در فقه اسلامی سبب این تعارض‌ها شده است.

نظریه تملیک را در عقود به‌ویژه عقود معاوضی که اساس حقوق قراردادها را شکل می‌دهند، چه به‌صورت عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه می‌توان ملاحظه نمود. بر همین مبنا تقسیم عقود به تملیکی و عهدی در هر دو نظام حقوقی تقسیم حقیقی و اصیل نیست؛<sup>۱</sup> هر چند در مواردی مانند وصیت، تقسیم به تملیکی و عهدی مطرح شده است. (خیمینی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۰؛ نجفی ۱۳۶۸، ص ۳۲۴؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ص ۵۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۷، ص ۱۷۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۲۹۳؛ یزدی طباطبایی، ۱۴۲۰، ص ۶۴۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۳۶).<sup>۲</sup> این تقسیم نمی‌تواند به‌ویژه در عقود معاوضی و ناقله تقسیمی مبتنی بر قاعده تلقی شود.

باید توجه داشت که تمایز (عهدی بودن عقود در نظام حقوقی فرانسه و تملیکی بودن در حقوق اسلامی) ریشه در ویژگی‌های متمایز دو نظریه تعهدات و تملیک دارد. تقسیم حق به شخصی و عینی (سنهوری، ۱۴۱۷، ص ۱۰۹؛ سنهوری، ۱۹۵۸، ص ۱۰۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۱؛ سلطان انوار، ص ۵؛ بیگدلی، ۱۳۹۲، ص ۳۶؛ صفایی، ۱۳۹۱، ص ۱۴؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۸۳) با اصالت حق شخصی، تلقی تعهد به مثابه رابطه حقوقی و نه وضعیت حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳)، طرح منابع تعهد نه منابع عقد و مالکیت، سخن از مسئولیت به‌جای ضمان قهری و ابتدای مسئولیت مدنی بر تقصیر (بابایی، ۱۳۹۶، ص ۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۳۳۹؛ مراغی، ۱۴۱۷، ص ۴۴۹؛ نجفی، ۱۳۶۸، ص ۱۲۸)، از ویژگی‌ها و شاخصه‌های نظریه تعهدات فرانسوی است؛ هر چند تطوراتی در این شاخصه‌ها ملاحظه می‌شود. همچنانکه شاخصه‌های نظریه تملیک در فقه اسلامی از جمله عبارت است از گفتمان حکم وضعی و تکلیفی (شهید صدر، ۱۴۰۶، ص ۲۵۷؛ شهید صدر، ۱۳۹۵، ص ۱۰۰؛ حکیم، ۱۹۷۹، ص ۶۵؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۹۰، ص ۳۳۰)، منابع عقود و مالکیت و نه منابع تعهد، تملیک و

<sup>۱</sup> به همین دلیل یکی از حقوقدانان محقق در فقه اسلامی می‌گوید: «در فقه اسلامی تقسیم عقد به عقد تملیکی و عقد عهدی معنی ندارد، زیرا همه عقود، تعهدات هستند و هر عقدی عقد عهدی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۳۶). این ادعا هر چند نادرست است و نویسنده مزبور سال‌ها بعد، از آن عدول کرده، اما اصل استدلال قابل قبول است به این معنا که اگر نظریه تعهدات مبنای حقوق قراردادها باشد، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی قابل پذیرش نیست. همین حکم در مورد پذیرش نظریه تملیک مطرح می‌شود.

<sup>۲</sup> در تعبیری قابل انتقاد گفته شده است که در فقه اهل سنت تملیک به معنی انتقال عین خارجی، سابقه استعمال قدیمی دارد. آنها می‌توانند عقود را به تملیکی و عهدی قسمت کنند، زیرا نظریه کلی تعهدات جز در آثار این تیمه، در فقه اهل سنت دیده نمی‌شود. تقسیم وصیت به وصیت عهدی و تملیکی هم از فقه اهل سنت به فقه امامیه و قانون مدنی راه یافته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۳۶). به نظر می‌رسد در فقه اهل سنت تملیک منفعه مورد پذیرش اکثریت قرار گرفته است. در تعبیری گفته شده است: «و یری فقهاء القانون ان محل حق الملكية انما هو الاعيان المالیة المعینة بذواتها مما لم تحرم القانون حيازتها و امتلاكها مع مراعاة معنی المالیة فی اصطلاحهم ... ثم إن هذا الحق لا يتجاوز عندهم إلى المنافع و الحقوق بانواعها فلیس یصلح شی منها ان تكون محلا لحق الملكية فی نظر القانون و ان تناولها اسم المال ینما نجد ان الملك فی نظر الفقه الاسلامی يتجاوز هذا النطاق فیثبت فی المنافع علی العموم سواء اعتبرت مالا کما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء أم لم تعتبر مالا کما ذهب الی ذلك فقهاء الحنفیه ... و هذا کما یتحقق فی الاموال یتحقق فی غیرها و کما یتحقق فی الاعیان یتحقق فی غیرها من المنافع و الحقوق» (الخفیف، الملكية، ص ۴۱). در ماده ۱۲۵ مجله الاحکام نیز مالکیت منفعه پذیرفته شده است: الملك ما ملکه الانسان سواء کان اعیانا او منافع. همچنین ر.ک به: قدری باشا، محمد، مرشد الحیران الی معرفه احوال الانسان، چاپ دوم، مصر، مطبعة الکبری الامیریة، ۱۳۰۸.

مالکیت به عنوان محور در ضمانات قهری، تقسیم مال به عین و دین که خود موضوع رابطه حقوقی هستند، پذیرش تقسیم حق و ملک به جای تقسیم حق عینی و حق شخصی و پذیرش ذمه به منظور تبیین تملیک و تملک در غیر اعیان موجود (منتظری، ۱۳۸۶، ص ۱۰۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۵۴؛ شهید صدر، ۱۳۷۹، صص ۴-۳؛ علی الخفیف، ۱۴۱۳، ص ۸۳).

در این نوشتار به منظور تبیین نظرات و استدلال‌های حقوقدانان در پذیرش یا عدم پذیرش هریک از دو نظریه تملیک و تعهد، دیدگاه آنان را در این خصوص تحلیل خواهیم کرد.

### ۱. تفکیک اندیشه تملیک و تعهد

در آثار حقوقدانان ایرانی تفکیک دو اندیشه تملیک و تعهد و اختلاف آثار ناشی از این تفکیک کمتر مورد مذاقه و تحلیل قرار گرفته است. یکی از حقوقدانان در بحث از اسباب تملک در تبیین ماده ۱۴۰ قانون مدنی به عنوان مقدمه، حق را تعریف می‌کند و با طرح تقسیمات حق به نحوی که در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی مطرح می‌شود، حق را به مالی و غیرمالی و حق مالی را به حق عینی و حق دینی تقسیم می‌کند و در تشریح ماده ۱۴۰ قانون مدنی می‌گوید: حق به وسیله یکی از اسباب پنج‌گانه به وجود می‌آید: عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون (امامی، ۱۳۴۰، ص ۲۰۸). این در حالی است که ماده ۱۴۰ قانون مدنی در صدد بیان اسباب تملک است نه اسباب ایجاد حق یا تعهد. در واقع خلط بین مبانی ماده ۱۴۰ قانون مدنی و مبانی مطرح در نظریه عمومی تعهدات که منابع تعهد را موارد پنج‌گانه یاد شده می‌داند، سبب چنین تحلیلی شده است.

#### ۱-۱. تفسیر حقوقدانان از ماده ۲۹ قانون مدنی

همچنین تمایز دو دیدگاه را می‌توان از مقایسه ماده ۲۹ قانون مدنی ایران - که مبتنی بر فقه اسلامی تنظیم شده - و ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه به خوبی ملاحظه کرد. در ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه مقرر شده است که «شخص می‌تواند نسبت به مالی حق مالکیت یا حق انتفاع یا حق ارتفاق داشته باشد». در ماده ۲۹ قانون مدنی ایران نیز چنین آمده: «ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت) ۲- حق انتفاع ۳- حق ارتفاق به ملک غیر.»

حقوقدانان ایرانی در تفسیری قابل انتقاد از ماده ۲۹ قانون مدنی، از تقسیم رومی ژرمنی حق مالی به حق عینی و دینی سخن گفته و ماده ۲۹ را بر مبنای این تقسیم تحلیل کرده‌اند. آنها بر این باورند که ماده ۲۹ باید همانند منشأ اقتباسش، یعنی ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه، مبتنی بر تقسیم حق مالی به حق عینی و حق دینی تفسیر شود. حتی از این تفسیر استفاده کرده و تقسیم عقد به تملیکی و عهدی را نیز بر این اساس استنباط کرده‌اند (عدل، ۱۳۷۸، ص ۴۳؛ امامی، ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۹۷؛ شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۸۵). این در حالی است که دو ماده مذکور از بنیاد متفاوتند؛ یکی بر مبنای تقسیم حق مالی به حق عینی و شخصی تنظیم شده (ماده ۵۴۳ ق.م.ف) و دیگری بر مبنای تقسیم امر مالی به حق و ملک (ماده ۲۹ ق.م.ا). در نظام حقوق رومی و حقوق فرانسوی، متعلق مالکیت عین معین است نه عین کلی و منفعت؛ در حالی که در نظام حقوق اسلامی، متعلق مالکیت اعم از عین معین، عین کلی و منفعت است. واژه مالکیت - و نه حق مالکیت - و نیز واژه‌های عین و منفعت در ماده ۲۹، برخلاف ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه، بر این اساس مورد توجه قانون‌نویسان ایرانی واقع شده‌اند.

### ۱-۲. توجه به آثار متفاوت نظریه تملیک و نظریه تعهد

با وجود چنین تحلیل‌هایی در آثار حقوق مدنی ایران، برخی حقوق‌دانان با توجه به آثار متفاوت نظریه تملیک و نظریه تعهد، در تعبیری گفته‌اند: استخراج نظریه عمومی تعهد فکری بیگانه است که به تازگی در حقوق ما نفوذ پیدا کرده است. در حقوق اسلام عقد یا معامله و ضمان قهری عنوان‌های اصلی مطالعه در روابط اشخاص است و از احکام تعهد (به معنی دین، نه پیمان) به طور پراکنده و فرعی گفت‌وگو می‌شود. قانون مدنی نیز کم‌وبیش همین شیوه را ادامه می‌دهد، با این تفاوت که در اثر تقلید از روش قانون مدنی فرانسه، اصطلاح تعهد و عقد را با هم مخلوط می‌کنند. تکیه بر عنوان تعهد و قرار دادن آن در مرکز مطالعات مربوط به روابط اشخاص، از لحاظ نظری پسندیده و جالب است... نوعی پیشرفت در بخش فنی حقوق است، ولی پیروی از این شیوه اجتناب‌ناپذیر نیست و افراط در این راه زیان‌هایی نیز به بار می‌آورد. از لحاظ عملی آنچه در عالم خارج واقع می‌شود یا در دعاوی با آن روبه‌رو هستیم، اسباب و جهاتی است که در روابط اشخاص ایجاد دین می‌کند و بحث از تعهد مجرد قطع نظر از سبب ایجاد و قالب خارجی، بیشتر جنبه نظری دارد. در حقوق انگلستان و آمریکا هم تنها به عناوین روابط اشخاص توجه می‌کنند؛ کتاب‌ها درباره قراردادها و مسئولیت و شبه جرم نوشته می‌شود و بحث مستقلی درباره تعهد کمتر به چشم می‌خورد. شاید اگر حقوق‌دانان ما با این نظام آشنایی بیشتر داشتند، نظام سنتی فقه را ادامه می‌دادند، محور اصلی بحث را عناوین شناخته شده عقد و ضمان می‌ساختند و هیچ‌گاه نیازی به تأیید نظریه تعهدات احساس نمی‌کردند. در تعقیب همین فکر و برای جمع فواید شیوه فقهی و اروپایی در این دوره حقوق مدنی، سبک بومی و سنتی را رها نکردیم و قواعد عمومی قراردادها و ضمان قهری را جداگانه و با عنوان‌های خاص خود مطرح ساختیم نه منابع تعهد و این مجلد را ویژه نظریه عمومی تعهدات قرار دادیم و به آن افزوده‌ایم. بدین ترتیب عقد در قالب محصور «منبع تعهد» نمی‌ماند و با همه آثار خود مطرح می‌شود. غصب، اتلاف، تسبیب و استیفا جای شایسته خود را می‌یابد و نظریه عمومی تعهدات نیز این مجموعه را کامل می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۶).

### ۱-۳. تفسیر ماده ۱۴۰ قانون مدنی با توجه به تمایز نظریه تملیک و تعهد

حقوق‌دان مزبور در تبیین ماده ۱۴۰ قانون مدنی با عنوان «طرح نادرست این نظریه در قانون مدنی» می‌گوید: در ماده ۱۴۰، تعهدات در کنار عقود در زمره اسباب تملک قرار داده شده است و نظریه مستقلی محسوب نشده است، در حالی که بجا بود تعهد در شمار دیون قرار گیرد. اثر شایع و طبیعی آن عهده‌دار شدن دین است. به گفته وی، نویسندگان قانون مدنی، بخش دوم از اسباب تملک را تغییر داده و با عنوان عقود و معاملات و الزامات به دو باب تقسیم کردند. اول در عقود و تعهدات به طور کلی (مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰) و باب دوم در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود. در این دو باب نیز جز در مورد فصل ششم (سقوط تعهدات)، تنها به منابع تعهد توجه شده و ماهیت و آثار این رابطه حقوقی، یعنی تعهد، مورد حکم قرار نگرفته است. از این تعبیر فهمیده می‌شود که واژه تعهد به معنی عهده‌دار شدن به تراضی نیز به کار برده شده و مفهومی نزدیک به عقد دارد که با معنی شایع آن در حقوق کنونی (دیون یا حق دینی) تفاوت دارد. این تغییر اصطلاح و درهم ریختگی مباحث نتیجه پیوند ناشیانه حقوق اروپایی با فقه اسلامی است (همان).

## ۴-۱. توجهی دیگر به تمایز

تمایز نظریه تملیک و تعهد در تعابیر دیگری از این حقوقدان فقید مشاهده می‌شود: «در حقوق مدنی ما پذیرفته شده است که اثر پاره‌ای از عقود مانند بیع صلح و اجاره تملیک مالی است که با تراضی انجام می‌شود و نیاز به تشریفات دیگر ندارد. به همین جهت این گونه عقود را تملیکی می‌نامند. در عقود تملیکی نیز گفته شده است که برخلاف ظاهر عقد، متعهد انتقال مال را بر ذمه می‌گیرد، لیکن توافق دو طرف این نیرو را یافته است که تعهد را در همان لحظه ایجاد بی‌درنگ اجرا کند: یعنی تعهد به تملیک خودبه‌خود و بی‌درنگ به تملیک می‌انجامد و با توجه به همین نتیجه است که آن را تملیکی نامیده‌اند. ولی باید انصاف داد که اثر عقد به‌طور مستقیم می‌تواند تملیک باشد و هیچ نیازی ندارد که به اجرای بی‌درنگ تعهد تعبیر شود. همچنین هیچ ضرورتی ندارد که اثر عقد همیشه تعهد باشد و در این تنگنا محصور بماند. اثر عقد ممکن است تعهد یا تملیک یا اباحه و اعطای اذن یا تشکیل شخصیت حقوقی باشد. در زبان حقوقی کنونی نیز به تملیک مال تعهد گفته نمی‌شود. تعهدی که خودبه‌خود و بی‌درنگ به تملیک تبدیل می‌شود، در برابر سایر اقسام تعهد رنگی خاص یافته و از آن جدا شده است که تمیز عقود تملیکی از عهدی نیز بر مبنای همین چهره است. حقی که در عقود تملیکی به‌وجود می‌آید، مطلق و در زمره حقوق عینی است و به همین جهت عقد را عهدی نمی‌نامند. پس در تعریف بیع نمی‌توان گفت «تعهدی است...». چنانکه در قانون مدنی نیز از اختلاط تملیک و تعهد احتراز شده است.

این حقوقدان در تعبیر دیگری می‌گوید: «بر فرض که تملیک تعهد اجرا شده باشد، پس از عقد تعهدی نمی‌ماند که موضوع آن تملیک باشد. مفروض این است که تعهد به محض اجرا از بین می‌رود. پس تصور وجود تعهد در این فرض تنها جنبه نظری و تخیلی دارد. در این گونه عقود هرگاه موضوع تعهد عین کلی باشد مانند فروش یک خروار گندم، تملیک با تعیین مصداق از طرف مدیون (به‌طور معمول با تسلیم) تحقق می‌پذیرد و به همین جهت نیز اختلاف شده است که باید آن را در زمره عقود تملیکی آورد یا عهدی. با وجود این، چون تملیک اثر عقد است و از تعهد آغاز می‌شود، باید آن را از مصداق های تعهد به تملیک شمرد. همچنین است وعده‌های قرارداد که حاوی تعهد منتهی به تملیک است؛ مانند اجاره به شرط تملیک».

به باور حقوقدان مزبور، «تعبیری که به‌طور معمول از عقود تملیکی مانند بیع می‌شود، به‌خاطر رفع تعارض بین اثر این عقود با ماده ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقد است. به موجب این ماده «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». پس این پرسش به‌وجود می‌آید که اگر عقد به توافقی گفته شود که از آن تعهد به‌وجود می‌آید، عقد بیع را که اثر اصلی آن ایجاد ملکیت (حق عینی) است، چگونه می‌توان عقد نامید؟ در پاسخ این پرسش است که ناچار گفته می‌شود تملیک نیز تعهدی است بر نقل مالکیت که به نیروی اراده خودبه‌خود اجرا می‌شود. این توجیه از سنت رومی که عقد را سبب انتقال مالکیت نمی‌شناختند، مایه می‌گیرد و مفاد تعریف ماده ۱۸۳ نیز که از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه تقلید شده، بر مبنای همین فکر بیگانه تنظیم یافته است.

«آنچه دوباره باید یادآوری کرد لزوم احتراز از اختلاط نابجایی است که در نتیجه طرح نادرست این نظریه در قانون مدنی و معنی متفاوت تعهد در فقه با اصطلاح کنونی، بین دو مفهوم تعهد و عقد در ذهن پاره‌ای از حقوقدانان ما ایجاد شده است. تعهد به معنایی که گفته شد، رابطه دینی و شخصی است که بین طلبکار و بدهکار به‌وجود می‌آید. این رابطه را گاه عقد به‌وجود می‌آورد، ولی گاهی نیز در اثر وقایع دیگر از جمله مسئولیت مدنی، به‌وجود می‌آید. پس عقد سبب ایجاد گروهی از



تعهدات است و وجود این رابطه علیت نباید باعث اختلاط علت و معلول شود، به‌ویژه که اثر عقد را نیز محدود به ایجاد تعهد نمی‌توان کرد. چنانکه اشاره شد، اثر عقد گاه ایجاد حق عینی است. با اینکه از نظر تحلیلی و تاریخی نیز انتقال مالکیت را تعهدی می‌دانند که خودبه‌خود اجرا می‌شود، باید اعتراف کرد تعهد اجرا شده‌ای را که تبدیل به حق عینی شده است، دیگر نمی‌توان تحول واقعی دانست. درحالی‌که در حقوق اسلام از آغاز اثر تملیکی عقد را می‌شناختند و آن را محدود به ایجاد تعهد نمی‌کردند.

عقد هم وسیله ایجاد تعهد بود و هم از اسباب تملک و ایجاد حق عینی. قانون مدنی نیز در ماده ۱۴۰ عقود را در زمره اسباب تملک آورده است و همین امر نشان می‌دهد که عقد اختصاص به ایجاد تعهد ندارد. به همین جهت اگر نویسندگان قانون مدنی اشتباه فرانسویان را تکرار نمی‌کردند و در تعریف عقد به حقوق بومی و سنتی ما توجه داشتند، دیگر لزومی به این توجیه که خالی از تکلف هم به نظر نمی‌رسد، احساس نمی‌شد. حقیقت این است که گاه عقد به‌جای حق دینی یا تعهد، ایجاد حق عینی می‌کند و هیچ لزومی ندارد که این کار با واسطه انجام گیرد و گاه نیز باعث انتقال و سقوط تعهد و حقوق عینی می‌شود و اختصاص به ایجاد تعهد ندارد.

تعابیر مختلف بالا توسط این حقوقدان فقید - صرف نظر از درستی آنها - با پذیرش تفاوت بین نظریه تعهد و نظریه عقد و بیگانه بودن نظریه تعهد در حقوق ایران و تأیید این نکته که نظریه عقد با دیدگاه فقیهان هماهنگی دارد و نهایتاً با ارائه تحلیلی درخصوص ماده ۱۴۰ قانون مدنی، با بیان این واقعیت که واژه تعهد در ماده ۱۴۰ به معنای عهده‌دار شدن به تراضی و مفهومی نزدیک به عقد است، مؤید آن است که نظریه عمومی تعهدات نظریه مورد پذیرش در فقه امامیه که قانون‌نویسان می‌خواستند قانون مدنی را بر مبنای آن تدوین کنند، نیست. در نتیجه قانون مدنی در بخش‌هایی که از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، منطبق با مبنای اصلی آن یعنی فقه امامیه تنظیم نشده است. ایشان به نظریه تملیک اشاره نکرده، اما ناسازگاری فقه امامیه و بخش‌های مهمی از قانون مدنی را با نظریه تعهدات تأیید کرده است. البته توجیه وی در تألیف کتاب «نظریه عمومی تعهدات» در کنار «قواعد عمومی قراردادها» به‌عنوان امری مکمل، با دیدگاهشان در ناسازگاری نظریه تعهدات با نظریه عمومی عقد هماهنگ به نظر نمی‌رسد.

## ۲. پذیرش نظریه تعهدات

یکی از حقوقدانان که خود محقق در فقه اسلامی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹) در آثار خود به صراحت اعلام کرده است که فقه امامیه و حقوق ایران نظریه تعهدات را پذیرفته و ادبیات حقوقی و فقهی بر همین مبنا شکل گرفته است. ایشان با استناد به روایت عبدالله بن سنان و تحلیل تعابیر فقیهان، این دیدگاه را به فقه امامیه و حقوق ایران نسبت داده است.

۱- وی در تعبیری می‌گوید: «نظریه تعهدات در مکتب حقوقی امامیه از همان آغاز کار به‌صورت یک نص کلی ابراز شد به این شرح که عبدالله بن سنان حدیث (العقد العهد) را برای آیندگان ضبط کرد. به موجب این نظریه، عقد بدون تعهد قابل تصور نیست و مدارک ذیل را از فقه امامیه می‌بینید:

(الف) هر عقدی یک نوع تعهد را دربردارد (کل عقد و ان تضمن نوع التزام) (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۴۳).

(ب) مضمون هر عقدی یک تعهد است (تكون مضامين العقود جميعا عهدا) (اصفهانى، ۱۴۱۸، ص ۵ و ۱۳۹-۱۳۸).

۲- «حقوق امامیه با دید وسیعی همه عقود را به رشته تعهدات می‌کشد و از حدیث عبدالله بن سنان پیروی می‌کند ولو آنکه نظرات مخالف هم کم‌وبیش دیده می‌شود، ولی متکی به نص شرع نیست و از این جهت اصالت ندارد. در مکتب حقوقی

اهل سنت چنین نظریه‌ای به این وسعت و اصالت دیده نشده است؛ حتی به عکس، از نظریه تعهدات دور افتاده و به نظریه تملیک روی آوردند. اساس این نظریه چنین است: در هر عقدی باید مالی در خارج وجود داشته باشد تا مالک آن را به دیگری انتقال دهد، یعنی مالکیت آن را به طرف مقابل منتقل کند. بر اساس این نظر می‌گویند: الف) تملیک معدوم محال است مگر به تبع موجود...؛ ب) اجاره که تملیک منافع است، باید باطل باشد، لکن به علت حاجت عمومی تجویز شده است...

۳- وی در مورد خاستگاه نظریه تملیک می‌گوید: نظریه تملیک از فقه اهل سنت وارد فقه امامیه شد و مورد پیروی عده‌ای بی‌اطلاع قرار گرفت. اجاره که یکی از تعهدات است، نام تملیک منافع گرفت. عده‌ای در بیع معدوم مانند حنابله و شافعیه و حنفیه اشکال کردند، اما فروش میوه‌ای را که هنوز در نیامده است، به صورت تعهد یعنی صلح التزامی درست دانستند و این راه حل را که فقهای شیعه یافته‌اند، مدیون نظریه کلی تعهدات فقه امامیه است. فقه امامیه در اثر تأثر از فقه اهل سنت وصیت را به دو قسمت (وصیت تملیکی و وصیت عهدی) تقسیم کرده است حال اینکه همه وصایا از تعهدات هستند و هر وصیتی عهدی است. در لغت عرب هم معنی مشهور وصیت تعهد است. این حقوقدان اضافه می‌کند: به این ترتیب اصطلاح عقد تملیکی در مقابل عقد عهدی هم از همین نوع اغلاط است و در فقه امامیه اصلی ندارد. به همین جهت در فقه امامیه عقود را به عقد اذنی و عهدی تقسیم می‌کنند...

۴- او در جای دیگر می‌گوید: «فقه امامیه که به هر حال با نظریه کلی تعهدات آشناست، تحت تأثیر فقه اهل سنت نظریه تملیک را پذیرفت، اما چون این نظریه در فقه امامیه بیگانه بود و با حدیث عبدالله بن سنان جور در نمی‌آمد، فقهای امامیه نسبت به نظریه تملیک عکس العمل نشان دادند و این عکس العمل دو دوره متمایز را طی کرد. یک دوره‌ای که تملیک و تعهد را دو چیز غیرقابل جمع دانسته‌اند. مثال بارز آن فروش میوه‌جات معدوم است که بیع را باطل دانسته و لکن تعهد را درست تلقی کردند. مؤلف مسالک الافهام می‌گوید کارگر که قرارداد کار می‌بندد، آیا تملیک منافع می‌کند یا تعهد انجام کار می‌کند؟ پیداست که بین تملیک و تعهد فرق نهاده است.

دوره جدید که دوره گرایش کامل به نظریه کلی تعهدات فقه امامیه است. در این دوره عموماً تملیک و تعهد را دو مفهوم قابل جمع می‌دانند؛ چنانکه در تقسیم عقد به عقد عهدی و اذنی دیدیم.

۵- این حقوقدان می‌گوید: «بزرگ‌ترین حقوقدان شیعی قرن‌های ۱۴-۱۳ می‌گوید در تملیک لازم نیست که متعلق آن موجود خارجی باشد. بنابراین در بیع سلم (که یک تعهد بارز است) نیز تملیک وجود دارد، زیرا مقصود از تملیک انتقال مال نیست، بلکه اولاً مقصود از تملیک ایجاد سلطه قانونی به نفع طرف است و این کاری است که متعهد به نفع متعهدله می‌کند. ثانیاً لازمه تسلط این نیست که تملیک کننده موقع تملیک، مسلط بر مورد تملیک باشد مانند کارگر در موقع قرارداد کار که هنوز تسلطی بر کاری که بعداً باید انجام بدهد ندارد؛ اما می‌تواند به نفع طرف متعهد شود و برای او اختیار قانونی (سلطه) به وجود آورد و این همان تملیک است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ص ۵۲). این نظریه جالب به کلی از نظریه تملیک فقه اهل سنت فاصله گرفته است».

۶- این استاد حقوق در یکی از آثار خود پس از تعریف تعهد به رابطه حقوقی بین دو شخص می‌گوید: «ممکن است اثر تعهد (ولو بعضاً) در حین عقد حاصل گردد. مانند عقد بیع (ماده ۳۳۸ قانون مدنی) که به محض ختم ایجاب و قبول انتقال



مالکیت (که نتیجه تعهد انتقال مالکیت است) هم بروز می‌کند (بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و<sup>۳</sup> ممکن است اثر آن بعداً ظاهر گردد، مانند تعهد مقاطعه کار به ساختن خانه طبق نقشه معین. بنابراین انتقال مال در عقود، بدون تعهد امکان ندارد (ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه).<sup>۴</sup> ایشان اضافه می‌کند که «در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه<sup>۴</sup> که ماده ۱۸۳ قانون مدنی ما ترجمه آن است، می‌بینیم که عقد را چنین تعریف کرده‌اند. عقد عبارت هستند از تراضی دو طرف بر تعهد انتقال مالکیت و یا تعهد انجام عمل یا تعهد ترک عمل معین. این تعریف شامل بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران و بیع در ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی فرانسه<sup>۵</sup> است. با اینکه در ماده اخیر از بیع تعبیر به تعهد شده است و انتقال مالکیت از همان حین عقد حاصل می‌شود».

### ۳. نقد این دیدگاه

چنانکه ملاحظه شد، این حقوقدان فقید برخلاف مفاد قانون مدنی و دیدگاه روشن فقیهان امامیه، نظریه قابل انتساب به قانون مدنی و فقه امامیه را نظریه تعهدات دانسته است. این دیدگاه به‌طور جدی قابل انتقاد است. بدون تردید از روایت عبدالله بن سنان و تعبیر محقق نراقی و محقق اصفهانی و سایر گفته‌های فقیهان در تعریف عقد به عهد، چنین نظریه‌ای قابل اثبات نیست، بلکه عکس این ادعا را می‌توان اثبات کرد، زیرا منظور از تعبیر العقود ای العهود در روایت و یا عهد بودن عقد در تعبیر فقیهان و نیز تقسیم عقود به عهدی و اذنی، تعهد به تملیک چنانکه حقوقدان مزبور ادعا می‌کند، نیست و در عقود معاوضی تعهد به تملیک به این معنا که تملیک اثر تعهد باشد، در فقه امامیه پذیرفته نشده است. در قلمرو قانون مدنی نیز صرف اقتباس ماده ۱۸۳ از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه دلیل موجهی برای تفسیر عقود تملیکی مانند بیع و اجاره بر مبنای نظریه تعهدات نمی‌باشد. اینکه ایشان بر اساس این اقتباس در تفسیری عجیب بند یک ماده ۳۶۲ قانون مدنی را نیز که در آن مقرر شده است «به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود»، بر مبنای نظریه تعهدات دانسته است. تأمل بیشتر در اندیشه فقیهان امامیه و تحلیل و بررسی دقیق تعبیر فقیهان امامیه خلاف این نظر را اثبات می‌کند.

باید توجه داشت که استفاده از واژه عهد و تعهد در تعبیر برخی فقیهان در تفسیر عقد، معنایی متفاوت از استنباط وی دارد. چنانکه ملاحظه شد، منظور واضح و روشن فقیهان از تعریف عقد به عهد، التزام و پابندی به مفاد عقد یعنی تملیک است، امری که در عقود اذنی مشاهده نمی‌شود. در عقود اذنی التزام و پابندی به مفاد عقد وجود ندارد. این امر هیچ منافاتی با تملیکی دانستن عقود ندارد، زیرا تملیک مفاد مطابقی عقود به‌ویژه عقود معاوضی است. به همین دلیل همه فقیهان به تعهد و التزام به پابندی به مفاد عقود اعتقاد دارند و در عین حال بدون تردید عقود معاوضی مانند بیع را حتی در مورد کلی فی‌الذمه، تملیکی می‌دانند و از این جهت تقابلی بین عقود عهدی و تملیکی نمی‌بینند. با وجود این، ممکن است در برخی موارد و بنابر برخی دیدگاه‌های فقهی غیرمشهور، مفاد برخی از عقود مانند صلحی که مفادش تعهد به انجام کاری است و اجاره اشخاص، عهد و التزام باشد. در این موارد خاص می‌توان تقسیم عقد به عهدی و تملیکی را مطرح کرد. تقسیم وصیت به تملیکی و عهدی در همین راستا قابل توجیه است.

<sup>۳</sup> Obligation de donner

<sup>۴</sup> ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ تغییراتی داشته است: عقد توافق اراده دو یا چند شخص بر ایجاد، تعدیل، انتقال یا اسقاط تعهدات است. ماده ۱۱۰۱ پیشین چنین مقرر می‌کرد: عقد توافقی است که به موجب آن یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر خود را متعهد به انتقال، انجام یا عدم انجام کاری می‌کنند.

<sup>۵</sup> ماده ۱۵۸۲ قانون مدنی فرانسه: بیع توافقی است که به موجب آن شخصی خود را متعهد به تسلیم چیزی در مقابل تعهد دیگری به پرداخت عوض می‌کند... در ماده ۱۵۸۹ نیز مقرر شده است: تعهد به بیع در جایی که رضایت متقابل طرفین به دادن چیزی در مقابل عوض باشد، مانند بیع است.

مثال‌هایی نیز که حقوق‌دان مزبور با استناد به آنها ادعا می‌کند در فقه اهل سنت نظریه تملیک و در فقه امامیه نظریه تعهدات پذیرفته شده، دلیل مناسبی برای اثبات مدعای وی نیست. محال بودن تملیک معدوم به تبع موجود، دیدگاهی است که فقیهان امامیه نیز مطرح کرده‌اند. فروش میوه‌ای که هنوز درنیامده و اجاره نیز در فقه امامیه با توجه به تملیک کلی فی‌الذمه، از عقود تملیکی تلقی می‌شوند.

تحلیل بند یک ماده ۳۶۲ قانون مدنی در قلمرو نظریه تعهدات فرانسوی به دلیل ترجمه بودن ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران و اقتباس از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه و نیز یکسان دانستن ماده ۳۳۸ قانون مدنی با ماده ۱۵۸۹ یا ۱۵۸۱ قانون مدنی فرانسه نیز سخنی نادرست و مبتنی بر تحلیل‌هایی است که قویاً قابل انتقاد است.

شاید به همین دلایل است که نویسنده مزبور در نوشته‌های اخیر خود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، صص ۲۱۴-۲۱۳)، از دیدگاه قبلی مبنی بر پذیرش نظریه تعهدات در فقه امامیه عدول کرده است. هرچند استدلال مذکور در تعبیر ایشان شرط مأخوذ بودن در تعهد و مأخوذ نبودن در التزام است، ولی صرف نظر از درستی یا نادرستی این سخن، ظاهراً مأخوذ بودن به مفهوم پایبندی به مفاد مطابقی عقد است و این همان چیزی است که در نظریه تملیک مطرح می‌شود که مفاد عقود تملیک است و تعهد و التزام که مفاد التزامی عقد است، به معنای پایبندی به این مفاد مطابقی است. ایشان می‌گوید: «در فقه، لغات تکفل و مراقبت، شرط، واجب در همین زمینه به کار رفته است. اما واژه معروف التزام است که با تعهد (Obligation)، مأخوذ از حقوق فرانسه فرق فاحش دارد، زیرا در حقوق فرانسه رکن تعهد مأخوذ بودن متعهد است به تعهد خود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ش ۱۶ تا ۱۸) و حال آنکه این مأخوذ بودن رکن التزام در فقه نیست. نفس توکیل التزام موکل است به اعطای اختیار به وکیل که اثر آن، قانونی بودن تصرفات وکیل در موکل‌فیه است و حال آنکه موکل مأخوذ به آن التزام نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۸؛ همو، ۱۳۹۲، ش ۱۴؛ همو، ۱۴۰۲، ش ۵۶۴). ماده ۱۹۱۰ المدونه بر اساس فرق التزام در فقه و تعهد در حقوق فرانسه، چنین می‌گوید: عناصر ایقاع از قرار ذیل است: (۱) رضای واحد (۲) غنای ذاتی رضا از قبول ماده (ماده ۱۸۹۳) (۳) التزام رضادهنده هرچند این رضا او را مأخوذ نکند.

مأخوذ بودن شرط تعهد است نه شرط التزام. نویسنده قانون مدنی که باب تعهدات را از حقوق فرانسه گرفته، اصلاً توجه به فرق التزام اسلامی و تعهد رومی نداشته است! التقاطی کرده است ناخوش؛ چندانکه مبانی حقوق مدنی اسلامی در حقوق مدنی رومی را به کلی درهم ریخته است. جملگی تا قبل از تألیف کتاب «الفارق» (واژه تعهدات) به حسن ظن، پیروی از متن قانون مدنی کردند و کردیم، ولی تمادی در باطل، شرط خرد نیست. التزام اسلامی، چنانکه در بیع و اجاره و نکاح هست، در وکالت و ودیعه و عاریه و مضاربه و شرکت عقدی و وصیت و وقف و هبه هم هست. برای جبران مافات و گذشته‌ها باید از این به بعد به جای کتاب «حقوق تعهدات»، حقوق التزامات نوشته شود. این عدول متضمن این اشکالات است:

اولاً نظریه پذیرفته‌شده در فقه امامیه در قلمرو عقود، به‌ویژه عقود معاوضی، نظریه تملیک است نه نظریه التزامات مورد نظر این حقوق‌دان. همان‌طور که گفته شد، در نظریه تعهدات فرانسوی منشأ عقود تعهد است، درحالی‌که در نظریه تملیک، منشأ قراردادها تملیک است نه تعهد. درحالی‌که در نظریه التزامات، التزام به مفاد منشأ فرع بر منشأ است. بنابراین نظریه التزامات قسیم نظریه تعهدات و نظریه تملیک نیست.

ثانیاً همان‌طور که اشاره شد، التزام (مفاد التزامی عقد) به معنای پایبندی به مفاد مطابقی عقد (تملیک یا تعهد) است که نتیجه پذیرش نظریه تعهدات یا تملیک است.

ثالثاً چنانکه حقوقدان یادشده گفته است، التزام اعم از مأخوذ و غیرمأخوذ است. اگر التزام مأخوذ باشد، همان تعهدی است که در نظریه تعهدات فرانسوی مطرح شده است و اگر مأخوذ نباشد، شامل عقود اذنی در فقه اسلامی است. بر همین اساس، نظریه التزامات را که هم شامل عقود اذنی (غیرمأخوذ) و هم غیراذنی (مأخوذ) می‌شود، به‌عنوان نظریه‌ای عام در فقه اسلامی مطرح کرده است. با توجه به توضیحات حقوقدان مذکور، حتی با توجه به تعابیر وی، نظریه التزامات در تقابل با نظریه تعهدات فرانسوی قرار ندارد، بلکه به نوعی مکمل آن است؛ درحالی‌که نظریه تعهدات (تعهد به‌عنوان منشأ عقد) در مقابل نظریه تملیک (تملیک به‌عنوان منشأ عقد) است. به عبارت دیگر، این حقوقدان دچار خلط مفهومی بین تعهد در نظام حقوقی فرانسه و التزام در حقوق اسلامی شده است. در نظریه تعهدات، تعهد منشأ قرارداد است، درحالی‌که در فقه اسلامی، التزام پس از منشأ و به معنای التزام به آن است. به بیان دیگر، به نظر می‌رسد که عدول نویسنده از نظریه تعهدات به این دلیل بوده که نظریه تعهدات در عقود اذنی (بنا به تعریف فقه امامیه) قابل اجرا نیست، زیرا در این عقود پایبندی وجود ندارد، درحالی‌که رکن اصلی مفهوم تعهد در نظریه فرانسوی پایبندی است. بر همین اساس نظریه التزامات را مطرح کرده تا شامل هر دو قسم التزام مأخوذ و غیرمأخوذ شود. درحالی‌که نظریه التزامات در قلمرو مدلول التزامی و پس از مدلول مطابقی عقد مطرح می‌شود و بر همین اساس نظریه تعهدات و تملیک در تقابل با نظریه التزامات نیستند. با وجود این، چنانکه از تعبیر نظریه پرداز فقید پیداست، وی نظریه التزامات را به معنای تعهد مأخوذ و غیرمأخوذ تعریف کرده که برخلاف گفته او، نظریه‌ای مغایر با نظریه پیشین خود (یعنی نظریه تعهدات) نیست و در واقع در تحلیل این نظریه دچار خلط مفهومی شده است.

#### ۴. دیدگاه سوم

یکی حقوقدانان که آثار شوق و شغف نسبت به نظریه تعهدات آلمان، سوئیس و بعضاً فرانسه در تألیفاتش موج می‌زند و نظریه فقه اسلامی را به‌عنوان نظریه‌ای عقب‌مانده تفسیر می‌کند، در عباراتی می‌گوید: حقوق تعهدات هم از نظر عملی و هم از لحاظ علمی واجد اهمیت فوق‌العاده‌ای است ... از نظر عملی مبنای معاملات روزانه و روابط تجاری کلیه شرکت‌های تجاری و شخصیت‌های حقوقی است ... از لحاظ علمی نظریه کلی تعهدات را می‌توان به منزله چهارراهی تصور نمود که حل مسائل حقوقی از هر قبیل مستلزم عبور از آن است. به نظر دموگ، تعهدات مسئله مرکزی است که کلیه جوانب بحث به سوی آن کشیده می‌شود و به عقیده پلاتیول و ریبر و اسمن نظریه کلی تعهدات هسته مرکزی حقوق خصوصی است ... تعهد جهتی از پدیده اجتماعی است که جهت دیگر آن اعتبار نام دارد. به عبارت دیگر، حقوق تعهدات بستگی نزدیک با تحول تجاری و اقتصادی دارد.

علت دیگری که سبب اهمیت حقوق تعهدات شده، انقلاب صنعتی است ... چه در گذشته حقوق عینی به‌خصوص اموال غیرمنقول قسمت عمده ثروت ملی را تشکیل می‌داد. لیکن انقلاب صنعتی سبب شد که متوالیاً سرمایه‌های بزرگی متشکل از سهام شرکت‌ها و اوراق بهادار به کار افتد که در آنها اموال غیرمنقول سهم بسیار ناچیزی داشت. در نتیجه حقوق عینی مقام سابق خود را از دست داد و حقوق تعهدات جانشین آن گردید. این خود نشانه بارزی از تحکیم اعتبار است. در نتیجه در حال حاضر حقوق تعهدات موقع سابق حقوق عینی را در اقتصاد ملی و حقوق مثبت احراز کرده است ... همچنین با آمدن قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ خون تازه‌ای به عروق حقوق تعهدات قانون مدنی تزریق شد. قانون مالک و مستاجر سال ۱۳۳۹ قدم بزرگ دیگری در ترمیم بنای فرسوده اجاره قانون مدنی بود که با تصویب قانون روابط و مستأجر سال ۱۳۵۶ تکمیل گردید».

نویسنده مزبور سپس ذیل عنوان نارسایی‌های حقوق تعهدات قانون مدنی ادامه می‌دهد: «اکثر قسمت‌های مهم حقوق تعهدات ما با اقتصاد جدید هماهنگ نیست ... علت این ناهماهنگی دو اشتباه است

۱- حقوق تعهدات قانون مدنی ترکیبی از حقوق تعهدات قانون مدنی ناپلئون و فقه امامیه است ... با توجه به اینکه در چارچوب تعهدات بایستی طرح‌های اقتصادی طولی‌المدت اجرا شود، حق آن بود که مدونین قانون مدنی توجه می‌کردند که مبانی حقوق تعهدات قانون مدنی ناپلئون و فقه امامیه نه فقط با اقتصاد جدید، بلکه با یکدیگر نیز سازگار نیستند ... قانون مدنی فرانسه در اواخر قرن ۱۸ و چهار سال اول قرن ۱۹ تدوین شد که حقوق عینی به‌خصوص اموال غیرمنقول قسمت عمده ثروت ملی را تشکیل می‌داد و حقوق تعهدات در اقتصاد ملل نقشی فرعی را ایفا می‌کرد به طوری که قسمت مهمی از این قانون به حقوق عینی اختصاص دارد و اموال غیرمنقول در درجه اول اهمیت واقع شده است، مثلاً فقط ۵ ماده در مسئولیت مدنی است (۱۳۸۶-۱۳۸۲)، حال آنکه مسئولیت مدنی قسمت مهمی از پیکره حقوق تعهدات عصر حاضر است، زیرا بیشتر دعاوی مربوط به آن است. همچنین در قانون مدنی فرانسه دست‌قیم در فروش سهام شرکت‌ها و اوراق بهادار (حقوق دینی) مولی‌علیه بازتر از فروش اموال غیرمنقول او است (ماده ۴۵۹). مواد معدودی (۱۷۹۹-۱۷۷۹) به اجاره اشخاص و متصدیان حمل‌ونقل و مقاطعه‌کاران اختصاص دارد. قانون مدنی آلمان که به فاصله یک قرن از قانون مدنی فرانسه تدوین شد و تغییرات حاصله در این مدت منعکس و تحول اقتصادی ناشی از انقلاب صنعتی در نیمه دوم قرن ۱۹ به خوبی به چشم می‌خورد، حقوق تعهدات قسمت قابل توجه قانون مدنی آلمان را تشکیل می‌دهد و نظریه‌های خاصی از حقوق تعهدات در این قانون مشاهده می‌شود که در قانون مدنی فرانسه با آن آشنایی وجود نداشته است؛ مانند تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون (مواد ۴۱۲ تا ۴۱۹ قانون مدنی آلمان) و اوراق بهادار مدنی در وجه حامل (مواد ۷۳۸ تا ۸۰۸). همچنین در قانون مدنی آلمان اصطلاح اجاره اشخاص و متصدیان حمل‌ونقل و مقاطعه‌کاری مندرج در قانون مدنی فرانسه که درخور شأن قرن بیست نیست، به جای آن، عبارت اجاره خدمات به‌طور کلی و قرارداد مقاطعه و قرارداد کار را به کار برده است (مواد ۶۱۱ تا ۶۱۵). قانون تعهدات سوئیس که تا ۱۹۳۶ تدوینش ادامه داشت، از قانون مدنی آلمان فراتر رفته است، زیرا اصطلاح اجاره را به‌طور کلی رها کرده و سه قرارداد مقاطعه، حمل‌ونقل و کار را مطرح کرده است (مواد ۳۱۹ تا ۳۹۰ و مواد ۴۴۰ تا ۴۵۷ قانون تعهدات سوئیس).

حقوق مشکل نیز از ابداعات آلمان است. به همین دلیل قانون مدنی آلمان تا آنجا که امکان داشته، با توسل به حقوق مشکل تحریک چرخ‌های اقتصادی را تأمین کرده است و حقوق سوئیس هم از قانون مدنی آلمان تبعیت کرده است. در مقابل، قانون مدنی فرانسه با حقوق فرعی و اراده یک‌طرفه به‌عنوان یکی از منابع تعهدات اصولاً آشنایی نداشته است. متأسفانه در اقتباس ناقصی که مدونین قانون مدنی از حقوق تعهدات قانون مدنی فرانسه به عمل آوردند، نه تنها اصطلاحات قانون مدنی فرانسه نظیر اجاره اشخاص و ناموزونی‌های آن با اقتصاد جدید در قانون مدنی تکرار شده، بلکه با ترکیب آنها با فقه نواقص جدیدی به‌وجود آمده است ... درج قسمت مهمی از نظریه کلی تعهدات قانون مدنی فرانسه در قانون مدنی ایران به دلیل سکوت فقه بوده است. همچنین به تقلید از قانون مدنی فرانسه، قانون مدنی ایران برای حقوق عینی و به‌خصوص اموال غیرمنقول به مراتب بیش از حقوق دینی اهمیت قائل شده است ...

در اینکه عقود و تعهدات در عداد اسباب تملک، دومین سبب تملک محسوب شده است، متضمن نقص بزرگی است، زیرا درست است که انتقال مالکیت گاهی به وسیله عقد صورت می گیرد، لیکن نقش عقود و تعهدات به مراتب وسیع تر از آن نیست ... جا داشت که مدونین قانون مدنی حقوق تعهدات را مستقلاً موضوع بحث قرار داده و به جای تقلید از قانون مدنی فرانسه و فقه، آن را از حقوق تعهدات آلمان اقتباس می نمود و مجلد جداگانه‌ای به آن اختصاص می دادند.

فصل دوم از باب دوم به عنوان ضمان قهری جز مواد معدودی از آن، بقیه از فقه متخذ و مسئولیت خارج از قرارداد را تشکیل می دهد. با توجه به افزایش قابل ملاحظه انواع و موارد ورود زیان و آثار شوم سوانح در زندگی کنونی از قبیل سوانح کارخانه و اتومبیل و ماشین آلات جدید و برق و گاز ... این قسمت قانون مدنی بیشتر ارزش تاریخ حقوق را داراست و جوابگوی مشکلات و مسائل مربوط به مسئولیت خارج از قرارداد در عصر حاضر نیست ... به طور کلی از سال ۱۳۱۱ به بعد توجه مقننین ما در حقوق خصوصی به جای قانون فرانسه، به قوانین سوئیس و آلمان معطوف شده است. این تغییر مشی در تدوین جلد دوم قانون مدنی در قسمت حقوق اشخاص و قانون تجارت و قانون مسئولیت مدنی به چشم می خورد.

ناموزونی های فاحش قسمت تعهدات قانون مدنی با اقتصاد جدید تا حدودی به وسیله قوانین کار و تجارت رفع و جبران شده است. چنانچه قرارداد مقاطعه که قانون مدنی نسبت به آن ساکت است، در قانون تجارت دیده می شود. همچنین قرارداد حمل و نقل (مواد ۳۸۰ تا ۳۸۶ قانون تجارت) که ترجمه ناقص مواد ۴۴۷ تا ۴۴۹ قانون تعهدات سوئیس است، ماده ۵۱۵ قانون مدنی را نسخ می کند ... همچنین قانون مدنی ایران مانند قانون مدنی فرانسه، به حقوق فرعی و اراده یک طرفه به عنوان یکی از منابع تعهد آشنایی ندارد.

۲- اشتباه دوم عدم رعایت قاعده‌ای است که به موجب آن نظریه تعهدات باید بدو طرح ریزی، سپس قسمت اختصاصی حقوق تعهدات بر مبنای آن تدوین شود. در قانون مدنی ایران این امر رعایت نشده است ... ناگفته نماند که استقلال حقوق تعهدات ما از فقه با مبانی فقه منافات ندارد، زیرا قواعدی که حقوق تعهدات فقه را تشکیل می دهد امره نبوده، بلکه تفسیری و از نظر راهنمایی و تسهیل معاملات تدوین شده است و حتی می توان مدعی شد که با توسل به مبانی عقل و اجماع از مبانی چهارگانه حقوق امامیه، تحول حقوق تعهدات فقه را می توان بر مبنای اقتصاد نوین تجویز کرد...».

بدون تردید حقوق و فقه بدون توجه به اقتصاد و نیازهای دوره جدید راکد و مهجور است. قواعد کهنه منجمد نمی تواند راه حلی برای موضوعات نوپیدا ارائه کند. وظیفه فقه و حقوق پاسخگویی به مسائل جامعه در هر عصری و مصری است. اما این گونه نیست که قواعد کهن فقهی و حقوقی همیشه سخت و منجمد تلقی شده و فاقد قوه بالندگی برای تحلیل مسائل ارزیابی شوند. در صورتی که قواعد کهن با شیوه‌های مناسب از قابلیت تحلیل و تفسیر و پاسخگویی به مسائل جدید برآیند، نادیده گرفتن آنها جفایی بر دارایی های ارزشمند خویش است. از تحلیل نویسنده محترم استفاده می شود که نظریه تعهدات آلمانی و سوئیسی و تا حدی فرانسوی که با اقتصاد نوین سازگار است، چهارراهی است که حل مسائل حقوقی از هر قبیل مستلزم عبور از آن است. این نظریه مسئله مرکزی و هسته اولیه حقوق خصوصی است و همه اینها به آن دلیل است که در نظریه عمومی تعهدات نگاه اصلی به حقوق عینی و اموال غیرمنقول نیست، بلکه نظر به اعتبار می شود، توجه به شرکت های تجاری و شخصیت های حقوقی و عنایت به سهام شرکت ها و اوراق بهادار است؛ امری که بر اساس نظریه عمومی تعهدات

آلمان و سوئیس تأمین می‌شود. این نظریه با اقتصاد نوین هماهنگ است و با توجه به مفهوم اعتبار می‌تواند پاسخگوی مسائل جدید باشد. در مقابل، نظریه فقهی که این مهم را نمی‌شناسد، عقب مانده و ارزش تاریخ حقوق را دارد. قانون مدنی ایران نیز جز در موارد سکوت فقه، بر مبنای شریعت اسلامی تنظیم شده و به همین دلیل عقب مانده و ناتوان از پاسخگویی است و به همین دلیل قانون مسئولیت مدنی و قانون روابط مالک و مستأجر ۱۳۳۹ و قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ آن را تکمیل کرده است (قائم‌مقامی، ۱۳۸۵، ص ۳۶ به بعد).

## ۵. نقد این دیدگاه

به نظر می‌رسد اولاً در بررسی و تحلیل فقه اسلامی قبل از هر چیز فهم مبانی و قواعد اساسی آن ضرورت دارد و بدون آن نمی‌توان تحلیل درستی ارائه داد.

ثانیاً برخلاف نظریه کلی تعهدات که به‌عنوان اولین و مهم‌ترین تقسیم در حقوق تعهدات، حق را به عینی و شخصی تقسیم کرده و حقوق اموال و تعهدات را بر همین اساس تفکیک کرده است، در فقه اسلامی این تقسیم مورد پذیرش قرار نگرفته و شناسایی نشده و تفکیکی بین حقوق اموال و حقوق تعهدات بر مبنای تقسیم مزبور مطرح نشده است. چنانکه گفته شد، تقسیم قابل قبول در فقه اسلامی تقسیم مال به حق و ملک است (مقاله اول). ثالثاً فقه اسلامی مالکیت را در قالب حق عینی و به‌عنوان حق مالکیت مطرح نمی‌کند و برخلاف نظریه کلی تعهدات، مالکیت را امری اعتباری می‌داند که متعلق آن می‌تواند علاوه بر عین معین، کلی فی‌الذمه، دین و حتی عمل باشد.

رابعاً مفهوم اعتبار و امور اعتباری در فقه اسلامی از ابتدا مفهومی شناخته شده و مورد توجه همه فقیهان و امری اجماعی بوده است. با توجه به این مفهوم، همان‌گونه که مالکیت نسبت به اعیان - اعم از منقول و غیرمنقول - تحلیل می‌شود، نسبت به دیون و سایر مفاهیم غیرمادی نیز به روشنی قابل فهم است. تصور نادرستی است که نظریه عمومی تعهدات را بر مبنای مفهوم اعتبار دارای قابلیت هماهنگی با اقتصاد نوین بدانیم، اما فقه اسلامی را به دلیل ناآگاهی از مبانی آن، فاقد این ویژگی تحلیل کنیم. برعکس، در حقوق اسلامی تقسیم نادرست حق به حق عینی و دینی مورد توجه قرار نگرفته و مفهوم اعتبار علی‌رغم نشناختن این تقسیم، مورد پذیرش و اتفاق همه فقیهان بوده است. بر این اساس، تحلیل سرمایه‌های بزرگ مانند سهام شرکت‌ها و اوراق بهادار و نقش آنها در اقتصاد بر مبنای مفهوم اعتبار مورد پذیرش حقوق اسلامی بوده و به آسانی بر اساس مبانی آن قابل توجیه است. در واقع فقه اسلامی برخلاف نظریه عمومی تعهدات، نظریه تملیک را مورد توجه قرار داده است؛ تملیکی که منحصر عین نیست، زیرا متعلق مالکیت صرف عین معین نیست.

خامساً بر مبنای این نظریه، مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر که ریشه در نظریه تعهدات دارد، با مبانی فقه اسلامی ناسازگار است، بلکه ضمان قهری مطرح در حقوق اسلامی بر مبنای نظریه تملیک و مالکیت قابل تحلیل است. البته پذیرش ضمان قهری و طرح برخی مصادیق آن در فصل دوم باب دوم قانون مدنی دلیل بر ناتوانی حقوق اسلامی از پاسخگویی به مسائل نوپیدا نیست. قواعد ضمان قهری این توانایی را دارد که بر مبنای نظریه تملیک و مالکیت مسائل جدید را نیز تحلیل کند.

سادساً برخلاف ادعای نویسنده مزبور، علی‌رغم اینکه برخی مواد قانون مدنی آلمان تعهدات یک‌طرفه را مطرح می‌کند، طرح این مواد بر این اساس که تعهدات یک‌طرفه طبق قاعده ایجاد تعهد می‌کنند، با ظاهر ماده ۳۱۱ قانون مدنی آلمان ناسازگار است.<sup>۶</sup> بند یک این ماده مقرر می‌دارد: به منظور ایجاد تعهد و تغییر مفاد آن، وجود قرارداد بین طرفین ضرورت

<sup>۶</sup>. Section 311



دارد، مگر اینکه قانون شیوه دیگری را مقرر نماید. بنابراین اعمال حقوقی یک طرفه اصولاً تعهد ایجاد نمی‌کنند و جز در موارد استثنایی، منبع تعهد نیستند؛ امری که در قانون مدنی ایران و فرانسه نیز مورد توجه قانونگذاران قرار گرفته است. سابقاً قانون مدنی از آن جهت که عقود و تعهدات را در عداد اسباب تملک محسوب کرده، با مبانی فقهی و نظریه تملیک سازگار است و مشکلی در این جهت وجود ندارد. بدیهی است بر مبنای قواعد فقه اسلامی، گفتمان غالب در عقود به‌ویژه عقود معاوضی ناقله، گفتمان تملیک است. به علاوه، این ادعا که صرفاً نظریه تعهدات با اقتصاد جدید هماهنگ است و سایر نظریات از این ویژگی برخوردار نیستند، ادعایی بدون دلیل است.

### نتیجه

حقوق مدنی ایران بر پایه‌های غیرمتجانسی استوار است. برخی مقررات آن از قانون مدنی فرانسه و مبتنی بر دیدگاه‌های رومانیستی تدوین شده و بعضی نیز بر مبنای فقه امامیه تنظیم شده است. حقوقدانان نیز در تفسیر و تحلیل مقررات قانون مدنی، به دلیل مبانی متفاوت، سه نظریه (تعهدات، تملیک و التزامات) را ارائه داده‌اند. برخی در تحلیل‌های اولیه خود در قلمرو قراردادها و ضمان قهری نظریه کلی تعهدات فرانسوی را ترجیح می‌دهند و فقه امامیه و قانون مدنی ایران را طرفدار این نظریه می‌دانند و بر همین مبنا تفسیر می‌کنند، هرچند اخیراً از این نظریه عدول و نظریه التزامات را مطرح کرده‌اند. گروهی نیز نظریه عمومی تعهدات آلمانی و سوئیسی را ستایش کرده‌اند. برخی نیز با درک اختلاف مبانی قانون مدنی و نظریه تعهدات، نتایج متفاوت دو مبنا را گوشزد کرده و تعارضات گوناگون مقررات قانون مدنی را در موارد زیادی بر همین اساس تبیین کرده‌اند. بعضی حقوقدانان اسلامی نیز با اعتقاد به پذیرش نظریه تعهدات در فقه اسلامی، صرفاً امتیازاتی برای نظریه تعهدات در فقه اسلامی نسبت به نظریه تعهدات غربی شمارش کرده‌اند.

به نظر می‌رسد که فقه امامیه و قانون مدنی ایران در مباحث عقود و قراردادها و ضمان قهری، اصولاً گفتمان تملیک و به تعبیری، تغییر وضعیت (حکم وضعی) را پذیرفته و آن را مبنای مقررات مختلف خود قرار داده‌اند. در قلمرو نظریه تملیک، منشأ عقود معاوضی انتقال ملکیت دانسته می‌شود و تعهدی دانستن آنها با مبانی فقهی اصولاً ناسازگار است. همچنین منابع ضمان قهری بر محور ملکیت - و نه تعهد و مسئولیت - تحلیل می‌شوند. اقتباس نادرست قانون مدنی ایران از مقررات قانون مدنی فرانسه و سوئیسی و حقوق اسلام و تفاوت‌های مبنایی آنها موجب تعارضات متعددی شده است. با توجه به هدف قانون‌نویسان مدنی مبنی بر انطباق این قانون با فقه امامیه، راه‌حل تعارض، اقتباس مقررات قانونی از فقه اسلامی با استفاده صحیح و اصولی از مطالعات تطبیقی است.

### منابع

#### الف) منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۴۰.
۲. بابایی، ایرج، «مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه‌بندی مسئولیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن‌لا و اسلام»، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره‌های ۷۹ و ۸۰، ۱۳۹۶.

Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions

(<sup>۱</sup>) In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute...

۳. بیگدلی، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری، دانشگاه امام صادق، تهران، ۱۳۹۲.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
۵. \_\_\_\_\_، حقوق تعهدات، جلد ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۶. \_\_\_\_\_، سیستم‌شناسی در علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۲.
۷. \_\_\_\_\_، فلسفه‌اعلی در علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲.
۸. \_\_\_\_\_، وسیط در ترمینولوژی، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.
۹. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۸.
۱۰. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱.
۱۱. فاضل لنکرانی، محمد، سیری کامل در اصول فقه، قم، انتشارات فیضیه، ۱۳۹۰.
۱۲. قائم‌مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۱۳. قنوتی، جلیل؛ جاور، حسین؛ جعفری هرندی، مهشید، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم»، مطالعات اسلامی، فقه و حقوق، شماره ۹۲، ۱۳۹۲.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، چاپ دوازدهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۵. \_\_\_\_\_، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
۱۶. \_\_\_\_\_، اعمال حقوقی، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۱۷. \_\_\_\_\_، الزامات خارج از قرارداد، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
۱۸. \_\_\_\_\_، اموال و مالکیت، چاپ سی و نهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
۱۹. محقق داماد، مصطفی، نظریه شروط و التزامات، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
- (ب) منابع عربی**
۲۰. اصفهانی، شیخ محمدحسین، حاشیه مکاسب، جلد ۱، قم، مطبعه علمیه، ۱۴۱۹ق.
۲۱. \_\_\_\_\_، حاشیه مکاسب، جلد ۲، قم، مطبعه علمیه، ۱۴۱۹ق.
۲۲. \_\_\_\_\_، حاشیه مکاسب، جلد ۵، قم، مطبعه علمیه، ۱۴۱۹ق.
۲۳. \_\_\_\_\_، کتاب‌الاجاره، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹ق.
۲۴. بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳.
۲۵. حسینی، سید میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیه، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۷ق.
۲۶. حکیم، سید محمدتقی، الاصول العامه للفقهاء المقارن، بیروت، مؤسسه آل‌البيت للطباعة، ۱۹۷۹.
۲۷. الخفیف، علی، الحق و الذمه، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۴۳۱ق.
۲۸. \_\_\_\_\_، الملکیه فی الشریعه الاسلامیه مع المقارنه بالتشریح الوضعیه، مصر، دارالفکر العربی، ۱۴۱۶ق.
۲۹. خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، مؤسسه العروج، ۱۳۹۲.
۳۰. سلطان، انوار، مصادر الالتزام فی القانون المدنی، عمان، مکتب دار الثقافه، ۲۰۱۱.
۳۱. سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸.
۳۲. \_\_\_\_\_، مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسه مقارنه بالفقه الغربی، جلد ۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۷ق.
۳۳. صدر، سید محمدباقر، دروس فی علم الاصول، جلد ۱، بیروت، دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶ق.
۳۴. \_\_\_\_\_، المعالم الجدیده للأصول، چاپ دوم، تهران، مکتبه النجاح، ۱۳۹۵.
۳۵. \_\_\_\_\_، «الحواله و حقیقتها و بعض مقوماتها: بخش اول، ناظر: حائری، السید علی الرضا»، مجله فقه اهل‌البيت، شماره ۲۱، ۱۳۷۹، صص ۳-۴.
۳۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، جلد ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۰.
۳۷. \_\_\_\_\_، العروه الوثقی، جلد ۵، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق.
۳۸. عدل، سید مصطفی منصور السلطنه، حقوق مدنی، تهران، انتشارات طه، ۱۳۷۸.
۳۹. قدری باشا، محمد، مرشد الحیران الی معرفه احوال الانسان، چاپ دوم، مصر، مطبعه الکبری الامیری، ۱۳۰۸ق.
۴۰. گلپایگانی، سید محمدرضا، هدایه العباد، جلد ۲، قم، دارالقران الکریم، ۱۴۱۷ق.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر، انوارالفقاهه (کتاب البیع)، جلد ۱، قم، مدرسه علی بن ابی‌طالب (ع)، ۱۴۲۵ق.

۴۲. منتظری، حسین، دراسات فی المكاسب المحرمه، قم، انتشارات ارغوان دانش، ۱۳۸۶.
۴۳. نجفی، محمدحسن، جواهر الاحکام فی شرح الشرائع السلام، جلد ۲۲، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۴۴. \_\_\_\_\_، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۴۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات، ۱۴۰۸ق.
۴۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود، کتاب الاجاره، جلد ۲، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی