

## نظریه تملیک و نظریه تعهد از دیدگاه فقیهان

### جلیل قنواتی<sup>۱</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۹/۱۰/۷ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۹/۱۲/۱۸)

### چکیده

حقوق مدنی ایران که اصولاً با تحلیل و تفسیر قانون مدنی ایران شکل گرفته است، از تبیین و تعیین نظریه زیربنایی (تملیک یا تعهدات) در بخش قراردادها و ضمان قهری ناتوان می‌نماید. اقتباس‌های ناهمگون از قانون مدنی فرانسه، فقه اسلامی و قانون سوئیس، سبب شد در بخش حقوق قراردادها در قانون مدنی و الزامات خارج از قرارداد در قانون مسئولیت مدنی، نظریه تعهدات فرانسوی، به‌عنوان مبنا تلقی شود و در بخش دیگر قابل توجهی از قانون مدنی، نظریه تملیک مورد پذیرش در فقه امامیه، اساس و محور قرار گیرد. امری که از جمله، سبب پیدایش تعارض‌ها در مقررات قانون مدنی شد. در این مقاله تلاش می‌شود با روش توصیفی تحلیلی، دیدگاه فقیهان به‌عنوان عاملی مؤثر در تنظیم مواد قانون مدنی در مورد پذیرش یا عدم پذیرش یکی از دو نظریه مورد بررسی قرار گیرد. هدف اصلی این پژوهش این است که نشان دهد بسیاری از مقررات قانون مدنی، بر مبنای نظریه تملیک مورد پذیرش فقیهان تنظیم شده‌اند و برای رفع تعارض موجود در مقررات این قانون، ضرورت دارد برخی مقرراتی که ظاهراً بر مبنای نظریه تعهدات فرانسوی تنظیم شده‌اند، با فراهم شدن زمینه مناسب، بر اساس نظریه تملیک اصلاح شوند.

**کلید واژه‌ها:** نظریه تملیک، نظریه تعهدات، قانون مدنی، فقه اسلامی، قرارداد.

### مقدمه

در بررسی اختصاری شاخصه‌های "نظریه تملیک یا نظریه تعهد" می‌توان گفت: در نظریه عمومی تعهدات، تقسیم حق به عینی و شخصی با پذیرش اصالت حق شخصی، تلقی تعهد به رابطه حقوقی، منابع تعهد (عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون) و ابتدای مسئولیت مدنی بر تقصیر از عناصر اصلی تشکیل‌دهنده این نظریه محسوب می‌شوند. در حالی که در نظریه عمومی تملیک که مورد پذیرش فقه اسلامی است، تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی، منابع عقد و تملیک، نه منابع تعهد، ابتدای ضمان قهری بر تملیک و مالکیت، تقسیم مال بر عین و دین که موضوع رابطه حقوقی هستند، نه خود رابطه حقوقی و تقسیم رابطه حقوقی به حق و ملک و پذیرش مفهوم ذمه برای تملیک و تملک غیر اعیان از عناصر این نظریه به شمار می‌روند. قانون مدنی ایران در مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰ مقررات گوناگونی را بر مبنای نظریه تعهدات فرانسوی تنظیم کرده است، هرچند ادعا شده است که این مقررات با فقه اسلامی انطباق دارد، اما به نظر می‌رسد تفاوت اساسی بین دو نظریه تملیک در فقه اسلامی و نظریه تعهدات در حقوق فرانسه، این ادعا را تأیید نمی‌کند. تعارض‌های موجود در قانون مدنی ایران در نتیجه اقتباس مقررات این قانون از دو اندیشه حقوقی رومی 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. در این مقاله دیدگاه فقیهان امامیه در خصوص دو نظریه مزبور، همراه با تحلیلی تاریخی بررسی می‌شود. پیش از این، در آثار حقوق‌دانانی مانند دکتر لنگرودی<sup>۱</sup> و دکتر کاتوزیان [۵۹، ۱۶ به بعد] به دو گانه تملیک و تعهد در کتاب‌های حقوق تعهدات و نظریه عمومی تعهدات پرداخته شد. همچنین برخی نکات مرتبط با موضوع در آثار فقیهانی چون علامه حلی و سایر فقیهان مذکور در قسمت مطالعه تاریخی این مقاله ملاحظه می‌شود. اما طرح موضوع به نحو مذکور در این پژوهش را می‌توان به نحوی در پایان نامه ارشد نویسنده [۵۳، ۷۰] و رساله دکتری عطا الله بیگدلی [۷۵، ۱۰] مشاهده نمود.

۱. "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، حقوق تعهدات، ۱۳۵۴، ج ۱، ص ۳۶) ... 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 ابن تیمیه 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، حقوق تعهدات، ۱۳۵۴، ج ۱، ص ۳۶).

### الف) برداشتی ناتمام از فقه امامیه

مطالعه فقه اسلامی نشان می‌دهد که براساس نظریه تملیکِ مورد پذیرش در فقه اسلامی، عقود به‌ویژه عقود معاوضی که اساس حقوق قراردادهای را شکل می‌دهند، چه به‌صورت عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه منعقد شوند، اصولاً تملیکی تلقی می‌شوند در حالی که بر اساس نظریه تعهدات، عقود اصولاً عهدی هستند. به همین دلیل تقسیم عقود به تملیکی و عهدی در هر دو نظام حقوقی تقسیم حقیقی و اصیل نیست. 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." [۱۱، ج ۱، ص ۳۶]. این ادعا هرچند نادرست است و نویسنده مزبور سال‌ها بعد از آن عدول کرده است [۱۳، ج ۲، ص ۱۸-۱۶]. اما اصل استدلال قابل قبول است. به این معنا که اگر نظریه تعهدات، مبنای حقوق قراردادهای باشد، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی قابل پذیرش نیست. همین حکم در مورد پذیرش نظریه تملیک مطرح می‌شود.

البته حقوق‌دان مزبور، در این موضوع دیدگاه واحدی ندارد. در جایی گفته است بر اساس حدیث "العقد عهد"، هر عقدی تعهد است و نظریه کلی تعهدات از همین حدیث ناشی شده است و فقه بشدت پای بند به آن است [۱۱، ج ۱، ص ۳۴]؛ و 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. به‌موجب این نظریه، عقد بدون تعهد قابل تصور نیست و مدارک ذیل را از فقه امامیه می‌بینید: الف- هر عقدی یک نوع تعهد را در بردارد. (کل عقد و آن تضمن نوع التزام [۶۸، ص ۱۳۵] ب- مضمون هر عقدی یک تعهد است. (تکون مضامین العقود جمیعاً عهداً) [۴، ج ۵، ص ۱۰۷]؛ و یا اینکه گفته است در فقه امامیه تقسیم عقد به عقد تملیکی و عهدی معنا ندارد، زیرا همه عقود عهدی هستند [۱۵، ص ۲۰۲]؛ و اینکه در زبان فارسی به عقود که متضمن انتقال مالکیت هستند تملیکی می‌گویند تا با این اصطلاح این‌گونه عقود را از زمره تعهدات خارج کنند که امر درستی نیست، زیرا در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه که ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران ترجمه آن است عقد عبارت است از "تراضی بر تعهد انتقال مالکیت یا تعهد انجام عمل یا تعهد ترک عمل معینی" و این تعریف شامل بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران و ماده ۱۵۸۲ قانون مدنی فرانسه

می‌شود. با اینکه در ماده اخیر بیع تعهد دانسته شده است و انتقال مالکیت از همان حین عقد حاصل می‌شود [۱۱، ص ۵]؛ و در جای دیگری این نویسنده می‌گوید: مؤلفان فقه امامیه به طرز جالب و آشکار، تعهد را عنصر عمومی عقود دانسته‌اند [۱۴، ص ۹۹]؛ و فقه امامیه که تحت تأثیر یک حدیث جمیع عقود را تعهد دانسته، سرانجام نظریه تملیک را که در فقه اهل سنت روبروی نظریه تعهدات قرار گرفته، به گونه‌ای توجیه کرد که با نظریه تعهدات قابل جمع و سازگار شود. این تحقیق تاریخی نشان می‌دهد که اولاً مفهوم تملیک با مفهوم تعهد همه‌جا قابل جمع است ثانیاً اختصاص به انتقال مالکیت عین معین ندارد. از ذیل ماده ۷۳۳ ق.م. دانسته می‌شود، بیع هم عموماً جزء تعهدات است [۱۴، ص ۱۰۲].

از سوی دیگر، این حقوق‌دان درجایی دیگر، در تعبیری مغایر با عبارات بالا می‌گوید: در حقوق رم و حقوق اسلام در مورد تعهدات دو جریان معکوس دیده می‌شود که به علت اهمیت فراوان مبنایی تا حد فراوانی اصالت هر یک از این دو حقوق و استقلال آن دو را به اثبات می‌رساند. به این توضیح که در حقوق رم سعی می‌شود که مهما ممکن به همه اعمال حقوقی رنگ تعهدات داده شود. حتی بیع که عرفاً برای تملیک ساخته و پرداخته شده است و در حقوق اسلام کوشش می‌شود که به همه اعمال حقوقی تا سر حد امکان (و بلکه بیشتر از آن) صبغه تملیک داده شود حتی بیع سلم که نمونه بی‌چون و چرای تعهد است! گرایش حقوق رم به طرف تعهدات و گرایش حقوق اسلام به طرف "تملیک‌ها" دو گرایش در خلاف یکدیگر است و به نظر ما حقوق‌دانان در هر دو سیستم حقوقی به طرف افراط رفته‌اند. [۱۷، ص ۴۸-۴۹]؛

با وجود همه این‌ها، نامبرده از این دیدگاه تملیکی - عهدی نیز عدول کرده و در تعبیری گفته است: "در کتاب اخیر (رهن و صلح) هنوز سوابق تاریخی مطالب راجع به تملیک به‌خوبی به دست نیامده بود و از اصطلاح تازه عقد تملیکی - عقد عهدی پیروی شده است که بعداً به کنار نهاده شد" [۱۴، ص ۱۰۲]. و در نهایت در آخرین دیدگاه‌های خود از نظریه تعهدات نیز عدول کرده و مفهوم التزامات را مطرح نموده است [۱۳، ج ۲، ش ۱۸-۱۶].

با توجه به آنچه گفته شد، هرچند برخی تقسیم عقد به تملیکی و عهدی را پذیرفته و مطرح کرده [۵، ج ۱، ص ۱۷۳؛ ۵۷، ج ۱، ص ۳۸]؛ و گفته‌اند: به این اعتبار که اثر عقد ایجاد رابطه دینی است یا حق عینی و انتقال مالکیت، عقود به تملیکی و عهدی تقسیم شده است. همین نویسنده در جای دیگری می‌گوید: در مواردی که نتیجه قرارداد

ایجاد و انتقال یا سقوط تعهد است عقد را به این اعتبار عهدی می‌نامند. چنانکه در عقود معین، بیع کلی و ضمان و حواله و جعاله و کفالت و مضاربه در زمره عقود عهدی است. در سایر قراردادها نیز انتقال دین و طلب و تبدیل تعهد در شمار این عقود می‌آید. برعکس، قراردادهایی که اثر مستقیم آن انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است مانند عقد بیع و اجاره و عمری و رقبی و سکنی و صلحی که در مقام این‌گونه قراردادها به کار می‌رود و هبه و وصیت عقد تملیکی نامیده می‌شود [۵۷، ج ۱، ص ۷۵]؛ و در تعبیر بعضی نیز در عقدی مانند وصیت این تقسیم مطرح شده است [۱۱، ج ۱، ص ۳۶].<sup>۱</sup>

نتیجه سخن آن‌که برخلاف دیدگاه کسانی که تقسیم تملیکی - عهدی را پذیرفته‌اند، به نظر می‌رسد بر اساس نظریه تعهدات در حقوق فرانسوی و نظریه تملیک براساس حقوق اسلامی، تقسیم دوگانه عهدی تملیکی فاقد مبنا و غیراصیل است و حتی اگر این تقسیم درست باشد، نمی‌تواند به‌ویژه در عقود معاوضی و ناقله تقسیمی مبتنی بر قاعده تلقی شود. از سوی دیگر، نباید تصور کرد تقسیم عین به معین و کلی درجایی که این دو موضوع قرارداد قرار می‌گیرند دلیل بر وجود تقسیم عقد به تملیکی و عهدی است، زیرا می‌توان در هر دو فرض همه عقود را تملیکی یا عهدی دانست. شاید تصور شود به دلیل ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاح ۲۰۱۶ و ماده ۱۱۹۶ این قانون پس از اصلاح، تقسیم عقد به تملیکی و عهدی در حقوق فرانسه که اصولاً مبتنی بر نظریه عمومی تعهدات شکل گرفته، قابل توجیه است. اما ملاحظه دو ماده مزبور با این تحلیل

۱. در تعبیری قابل انتقاد گفته شده است "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 ابن تیمییه 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" [۱۱، ج ۱، ص ۳۶]. به نظر می‌رسد در فقه اهل سنت تملیک منفعت مورد پذیرش اکثریت قرار گرفته است. در تعبیری گفته شده است: "و یری فقهاء القانون ان محل حق الملكية انما هو الاعیان المالیة المعینة بذواتها مما لم تحرم القانون حیازتها و امتلاكها مع مراعاة معنی المالیة فی اصطلاحهم ... ثم ان هذا الحق لا يتجاوزها عندهم الی المنافع و الحقوق بانواعها فلیس یصلح شی منها ان تكون محلا لحق الملكية فی نظر القانون و ان تناولها اسم المال بینما نجد ان الملك فی نظر الفقه الاسلامی يتجاوز هذا النطاق فیثبت فی المنافع علی العموم سواء اعتبرت مالا کما ذهب الی ذلك جمهور الفقهاء ام 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" [۲۸؛ ص ۴۱]. در ماده ۱۲۵ مجله الاحکام نیز مالکیت منفعت پذیرفته شده است: الملك ما ملکه الانسان سواء کان اعیانا او منافع.

ناسازگار است، زیرا از ماده ۱۱۳۸ تعهد به تملیک استنباط می‌شود. عبارت صدر این ماده که سخن از تعهد می‌گوید مؤید این امر است. به‌علاوه، هرگونه تفسیری از ماده ۱۱۳۸ باید با لحاظ ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی انجام شود که در ماده اخیرالذکر به‌صراحت هر قراردادی عهدی تلقی شده است. ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه در مورد عقد بیع نیز که انتقال حق مالکیت به خریدار را به‌صرف توافق دانسته و ظاهری تملیکی دارد با لحاظ ماده ۱۵۸۲ و ۱۱۰۱ این قانون، بدون تردید بیان‌گر عقدی عهدی است. در دو ماده اخیرالذکر اثر اول بیع و عقد، تعهد دانسته شده است. ویژگی عهدی بودن در ماده ۱۷۰۹ قانون مدنی فرانسه در عقد اجاره هم ملاحظه می‌شود.

این 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 [۳۴، ج ۱، ص ۱۰۹؛ ۳۳، ج ۱، ص ۱۰۳؛ ۵۸، ص ۲۱؛ ۳۰، ص ۵؛ ۱۰، ص ۳۶؛ ۶۰، ص ۸۳] با اصالت حق شخصی، تلقی تعهد به‌مثابه رابطه حقوقی و نه وضعیت حقوقی [۵۴، ص ۳]، طرح منابع تعهد نه منابع عقد و مالکیت، سخن از مسئولیت به‌جای ضمان قهری و ابتدای مسئولیت مدنی بر تقصیر [۹، ص ۵۶؛ ۵۵، ص ۳۳۹؛ ۲۱، ج ۲، ص ۴۴۹؛ ۶۷، ج ۲۷، ص ۱۲۸]، از ویژگی‌ها و شاخصه‌های نظریه تعهدات فرانسوی است هرچند تطوراتی در این شاخصه‌ها ملاحظه می‌شود. همچنان که شاخصه‌های نظریه تملیک در فقه اسلامی از جمله عبارتند از گفتمان حکم وضعی و تکلیفی [۳۵، ج ۱، ص ۲۵۷؛ ۳۶، ص ۱۰۰؛ ۲۱، ص ۶۵؛ ۴۹، ص ۳۳۰]، منابع عقود و مالکیت و نه منابع تعهد، تملیک و مالکیت به‌عنوان محور در ضمانات قهری، تقسیم مال به‌عین و دین که خود موضوع رابطه حقوقی هستند، پذیرش تقسیم حق و ملک به‌جای تقسیم حق عینی و حق شخصی و پذیرش ذمه [۶۳، ص ۱۰۵؛ ۳، ج ۱، ص ۵۴؛ ۳۷، بخش ۱، ص ۳-۴؛ ۲۷، ص ۸۳] به‌منظور تبیین تملیک و تملک در غیر اعیان موجود.

### ب) نظریه تملیک در نگاه تاریخی به فقه عقود

**اول)** در بررسی دوره‌های مختلف فقهی در قرون متوالی از جهت ضرورت ایجاب و قبول لفظی برای انعقاد عقود از نظر تاریخی [۵۲، ص ۹۹] به‌وضوح مشاهده شد در تعریف عقود به‌ویژه عقد بیع (چه بیع عین معین وجه کلی در ذمه)، تملیکی بودن عنصر اساسی و محوری عقود تلقی شده است و فقیهان به‌طور واضح تا قرون متمادی، نگاهی غیر از نگاه مالکیتی به این عقود

نداشته‌اند. به‌عنوان مثال برخی از این تعاریف مورد اشاره قرار می‌گیرد. در همه این موارد به‌روشنی معلوم می‌شود که نگاه فقیهان به عقود در حوزه تملیک بوده است.<sup>۱</sup>

شیخ مفید در باب عقود البیوع می‌گوید: والبیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان بالتبایع له اذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افتراقا بالابدان... [شیخ مفید، ص ۵۹۱]؛ سید مرتضی نیز در تعبیری گفته است: البیع عقد ینتقل به عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مثلها او مخالف لها فی الصفة علی وجه التراضی. [۷، ص ۲۶۵]؛ شیخ طوسی در سخنی مشابه بیع را این‌گونه تعریف کرده است: البیع انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض...<sup>۲</sup> شیخ این تعریف را هم مربوط به عین معین و هم عین کلی فی الذمه مطرح می‌کند. شیخ در مبسوط به انواع بیع اشاره می‌کند و می‌گوید: و هو علی ثلاثة اضرب: بیع عین مرئیة و بیع عین موصوف فی الذمه و بیع خیار الرویه... [۴۲، ص ۷۶]؛ ابن حمزه نیز ویژگی تملیکی بودن عقد بیع را چنین تبیین می‌کند: البیع عقد علی انتقال عین مملوکه او ما هو فی حکمها من شخص الی غیره بعوض مقدر علی جهة التراضی [۲، ص ۲۳۶].

در سرائر ابن ادریس نیز آمده است: البیع هو انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی... [۲۵، ج ۲، ص ۲۴۰]؛ محقق حلی در شرایع در تعریفی با تاکید بر ایجاب و قبول می‌گوید: اللفظ الدال علی نقل الملك من مالک الی آخر بعوض معلوم [۲۶، ج ۲، ص ۷]؛ در تعابیر علامه حلی و محقق کرکی نیز در تعریف بیع آمده است: البیع انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض معلوم علی وجه التراضی [۲۴، ج ۱، ص ۱۶۴؛ ۵۹، ج ۴، ص ۵۴]؛ شهید ثانی با اشاره به ایجاب و قبول ویژگی تملیکی بودن را اساس تعریف بیع در وجوه مختلف می‌داند: و هو ای عقد البیع الايجاب و القبول الدالان علی نقل الملك بعوض معلوم... [۴۳، ج ۱، ص ۲۷۵]؛ اما در تعریفی و الاخصر الاسد فی تعریف البیع انشا تملیک العین بعوض علی وجه التراضی. [۱۹، ج ۴، ص ۱۴۸].

۱. نک به: بیگدلی، تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه، رساله دکتری که به نحو مستوفی و با تفصیل این موضوع را تحلیل کرده است.

ملا احمد نراقی از جمله فقیهانی است که در تبیین مفهوم عقد، به معنای عهد نیز توجه داشته است. او می‌گوید: ان العقد فيه معنى الاستيثاق و الشّد و لا يكون الا بين متعاقدين و العهد قد ينفرد به الواحد. اما در تعریف بیع می‌گوید: نقل الملك بعوض من مالك الى آخر بعقد مخصوص.... [۶۷، ص ۷]؛ از جمله فقیهانی که به‌وضوح در تعریف عقد، عهد را مطرح کرده میر فتاح مراغی است:... او بان معناه العهد او العهد الموكد [۲۱، ج ۲، ص ۱۰]. او در جایی دیگر می‌گوید: ان العقد هو العهد الموثق. [۲۱، ج ۲، ص ۲۲]. صاحب جواهر پس از کاشف الغطا برای اولین بار به تعریف عقد و بیان ماهیت آن پرداخته است. او می‌گوید: هو لغة ضد الحل و شرعا قول من المتعاقدين او قول من احدهما و فعل من الآخر رتب الشارع الاثر المقصود. ایشان در تعریف بیع می‌گوید: بانه معامله موضوعه لتمليك عين بعوض و تملكها به. [۶۶، ج ۲۲، ص ۳]؛ شیخ انصاری نیز به وضوح به تملیکی بودن در بیع اشاره می‌کند و می‌گوید: انشاء تمليك عين بمال [۸، ج ۳، ص ۱۱].

**دوم)** ملاحظه تعاریف مزبور که از قرون مختلف فقه امامیه بیان شد، نشان می‌دهد گفتمان تملیک در عقود مربوط به عین معین، کلی در معین و کلی در ذمه امری مسلم در فقه اسلامی است. به نظر می‌رسد یکی از بنیادهایی که تملیک را در فقه العقود به‌عنوان موضوعی اساسی توجیه می‌کند، تحلیل رابطه شخص با مال به رابطه حق و ملک در فقه اسلامی در مقابل تقسیم حق مالی به‌حق عینی و شخصی رومی است. [۴۰، ج ۱، ص ۵۵]. در تعبیر روشنی رابطه شخص با مال یعنی رابطه حقی یا ملکی این‌گونه بیان شده است: "انه لا علاقة بالاضافه الى المال الا علاقة الملكية او علاقة الحقيه" [۴، ج ۲، ص ۱۸۵]. متعلق ملکیت نیز در فقه اسلامی صرفاً عین معین دانسته نشده و عین کلی در ذمه و منفعت و در تعبیر گسترده‌تری حتی فعل و حق نیز متعلق ملکیت تلقی می‌شوند. تعبیر زیر از سید یزدی به‌خوبی این واقعیت را نشان می‌دهد: "ان الملكية و ان كانت من الاعراض الخارجيه الا ان حقيقتها ليست الا اعتبارا عقلايا ... و اذا كان امرا اعتباريا بمعنى ان حقيقتها عين اعتبار العقلاء فيمكن ان يكون محله موجودا اعتباريا فنقول العقلاء يعتبرون هذا الكلي الذمي شيئا موجودا [همچنین نک: ۲۹، ص ۳۹، ۱۳۸۶]."

**سوم)** باوجود این، چنانکه در تعریف محقق مراغی بیان شده برخی فقیهان که عمدتاً دیدگاه‌های خود را با تألیف حاشیه‌هایی بر کتاب مکاسب شیخ انصاری مطرح کرده‌اند، ماهیت عقود را با عهد و التزام تبیین کرده‌اند. تعبیر به مطلق عهد، عهد و پیمان موکد [۳۰، ج ۲، ص ۱۴۲؛ ۶۸، صص ۹-۱۰]، عهد مشدد بین دو نفر، معاهده واقع شده بین دو



طرف که با ایجاب و قبول انشا می‌شود [۶۴، ج ۳، ص ۲۵۳]؛ عهد موکد و مایکون فیه الزام و التزام [۶۵، ج ۱، ص ۸۹]؛ از جمله این دیدگاه‌هاست [۵۳، ص ۶۱-۶۲].

یکی از فقیهانی که عهدی بودن عقد را به معنای التزام به عقد و پای‌بندی به آن دانسته، می‌گوید: هر عقدی دو مدلول دارد یکی مدلول مطابقی و دیگری مدلول التزامی. منظور از عهد موثق معنای مطابقی حاصل از عقد نیست؛ بلکه مدلول التزامی آن است. مدلول التزامی مزبور ناشی از عرف و بنای عقلاست.<sup>۱</sup> گاهی در تعبیر فقیهان، عقود مانند بیع واجد سه امر تحلیل می‌شوند: تملیک، عهد و عقد [۱۸، ص ۷۵].

در تفسیر دیگری گفته شده است، عقد به منزله عهد و التزام است و مضامین عقود همگی عهود است که به اعتبار تعلق قرار معاملی، عهد و به اعتبار ربط یک قرار با قرار دیگر، عقد نامیده می‌شوند [۳، ج ۱، ص ۱۳۸]. در تعبیر واضح‌تری یکی از فقیهان عقد را تعهد یک فرد در برابر فرد دیگر در امری از امور دانسته است چه امور مالی و معاوضی مثل بیع چه در اموری مانند نکاح. این تعهد اعتباری است [۶۴، ج ۳، ص ۱۳۶].

ممکن است گفته شود این دیدگاه‌ها، قرابت بسیاری با نظریه تعهدات در حقوق رومی ژرمنی دارد و بنابراین نمی‌توان دیدگاه فقه اسلامی را به‌طور کلی بیگانه از نظریه عمومی تعهدات دانست. به همین دلیل یکی از حقوق‌دانان در آثار مختلف خود نه تنها پذیرش نظریه عمومی تعهدات را در فقه اسلامی اعلام نموده، بلکه بر این باور بود که هر کس دیدگاه فقه اسلامی را غیر از نظریه عمومی تعهدات چیزی بداند راه خطا رفته است و نظریه کلی تعهدات از همان ابتدا در فقه امامیه وجود داشته است [۱۵، ص ۲۰۲؛ ۱۱، ص ۱۱۶].<sup>۲</sup> این حقوق‌دان دلایلی نیز بر این ادعا ذکر می‌نمود. از جمله روایت عبدالله بن سنان که امام صادق (ع) فرمودند اوفوا بالعقود قال بالعهد [۴۷، ج ۲، ص ۱۶۰]؛ و نظر محقق نراقی که هر عقدی تعهد است؛ و قول محقق اصفهانی که مضامین عقود همگی عهود است؛ اختلاف فقه امامیه و فقه اهل سنت در تملیکی بودن اجاره منافع؛ نظریه محقق نائینی که عقود را به دودسته اذنی و عهدی تقسیم کرده و عقود عهدی را موجب تعهد دانسته مانند بیع؛ از جمله مؤیدات دیدگاه خود ذکر کرده است. وی از این موارد نتیجه می‌گیرد که تملیک، اثر تعهد به بیع است که در حین عقد و

۱. "و اما دلالة العقود و العهود علیه هذه الدلالة التزامیه فمن باب بنا العقلا... " بجنوردی، سید حسن،

ج ۵، ص ۱۹۷.

۲. البته حقوق‌دان مزبور در دیدگاه اخیر خود از انتساب نظریه تعهدات به فقه امامیه عدول کرده و نظریه التزامات را نظریه مورد پذیرش فقه دانسته است. در مقاله دیگری دیدگاه حقوق‌دانان بررسی خواهد شد.

بلافاصله بعد از آن ایجاد می‌شود و بند اول ماده ۳۶۲ ق.م نیز مؤید این عقیده است، ایشان ادامه می‌دهد که تقسیم عقد به تملیکی و عهدی معنی ندارد، زیرا همه عقود تعهدات هستند و هر عقدی عقد عهدی است. به نظر او ما تعریف عقد را از نظام فرانسه اخذ کرده‌ایم و در نظام فرانسه بیع عهدی است پس باید عقود را به گونه‌ای تعریف کنیم که همگی با ماده ۱۸۳ ق.م که مأخوذ از نظام فرانسوی است هماهنگ باشد [۱۵، ص ۵].

به نظر می‌رسد تحلیل دیدگاه فقیهانی که در تعریف عقد از تعبیر تعهد و عهد استفاده کرده‌اند، به نحوی که شبیه نظریه عمومی تعهدات یا دقیقاً همانند آن تفسیر شود، ناشی از خطا و کوتاهی در بررسی همه‌جانبه نگاه فقیهان و رویکرد فقهی است. تردیدی نیست که هیچ‌یک از فقیهانی که در تعریف عقد از واژه عهد و تعهد استفاده کرده‌اند، از تملیکی بودن عقود روی‌گردان نبوده‌اند. دقیقاً همه این فقیهان خود به‌صراحت اساسی‌ترین عقود در نظام حقوقی مانند بیع، اجاره، معاوضه، هبه، وصیت و غیره را تملیکی دانسته‌اند. از این‌رو، به‌روشنی آشکار است که تفسیر عقد به عهد به آن معناست که در هر عقدی، قرار معاملی و پای بندی و التزام وجود دارد و طرفین به مبادله و معاوضه ارادی خود پای بند بوده و بر آن استوار هستند و این معنا از تعهد و عهد با تملیکی بودن عقد منافاتی ندارد.

فقیهان در تفسیر عقد به عهد نخواسته‌اند اعلام کنند که در تمامی عقود، تعهد به‌عنوان ماهیت رابطه حقوقی طرفین است. به همین دلیل در تقسیم‌بندی محقق نائینی و کسانی که پس از او دیدگاه وی را پذیرفته‌اند عقد به اذنی و عهدی تقسیم شده است نه عهدی و تملیکی. به تعبیر محقق اصفهانی در عقدی مانند بیع سه امر وجود دارد. عهد، عقد و بیع یا تملیک. فروشنده میباید در مقابل ثمن، ملک خریدار قرار می‌دهد، این جعل و قرار از حیث جعل و قرار بودن عهد است و از جهت ارتباط آن با جعل و قرار دیگر عقد است و از جهت ایجاد ملکیت بیع و تملیک است [۴، ج ۲، ص ۱۵۹].

بنابراین، از مطالعه آرای فقیهان اسلامی در بررسی آیه اوفوا بالعقود و تفسیر عقد به عهد و عهدی دانستن عقود چنین استنباط می‌شود که منظور از عهد و تعهد صرفاً پای بندی به مفاد عقود و ایجاد رابطه الزام‌آور است. آنان با اینکه عقود را تملیکی می‌دانند، التزام و پای‌بندی به تملیک و آثار آن را نیز در مفهوم عقد تحلیل می‌کنند. فقیهان جز در موارد استثنایی تعهد و عهد را مفهوم مطابقی و منشأ عقود تلقی نمی‌کنند [۸، ج ۵، ص ۱۷؛ ۶۵، ج ۱، ص ۱۵؛ ۱، ج ۱، ص ۱۱۳؛ ۶۱، ص ۳۰].

علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء در تحلیل عقد ضمان، دیدگاهی را مطرح می‌کند که به‌خوبی تمایز دو نظریه تملیک و تعهد را نشان می‌دهد. وی در پاسخ به این سؤال که آیا رضایت مضمون له شرط درستی عقد ضمان است، می‌گوید: "این دیدگاه بیشتر عالمان و فقیهان شیعی است و ابوحنیفه، محمد و شافعی در یکی از دو دیدگاه خود، این نظر را پذیرفته‌اند. دلیل پذیرش این دیدگاه آن است که ضمان اثبات مال برای دیگری است و موجب می‌شود سلطنت و ولایتی که از قبل برای وی نبوده، تجدید شود. به همین دلیل رضایت او یا نماینده‌اش مانند خریدوفروش ضرورت دارد و بعید است شخصی بدون رضایتش صرفاً به دلیل تملیک دیگری مالک شود. دیدگاه دیگر شافعی عدم شرطیت رضای مضمون له است. شیخ در خلاف نیز همین دیدگاه را انتخاب کرده است، زیرا علی علیه‌السلام و ابی‌قتاده بدون رضایت مضمون له، ضامن دین میت شدند و پیامبر صلی الله علیه و آله نیز از رضایت مضمون له سؤال نکرده است. شیخ طوسی در خلاف چنین ادامه می‌دهد که اگر گفته شود رضایت مضمون له شرط است این سخن برتر است، زیرا ضمان اثبات حقی در ذمه است که مانند سایر حقوق نیازمند رضایت مضمون له است و آنچه شایسته مذهب ماست دیدگاه اول است، زیرا دلیل قول دوم قیاس است (که مورد پذیرش مذهب نیست). علامه ادامه می‌دهد که ابو یوسف دیدگاه دوم شافعی را پذیرفته است، زیرا ضمان را التزام و تعهد محض دانسته و قواعد معاملات را حاکم بر آن تلقی نمی‌کند. البته ابوحنیفه در خصوص شرط رضایت مضمون له در عقد ضمان با ما موافق است جز در یک مسئله که آن را استثنا کرده است و آن در جایی است که مریض از ورثه درخواست می‌کند که دین او را ضمانت کنند و آن‌ها تقاضای وی را بپذیرند، هر چند مضمون له راضی به این امر نباشد. علامه سپس در مسئله ۴۹۲ می‌گوید: ما و ابوحنیفه و شافعی در یکی از دو دیدگاهش در صحت ضمان، رضایت مضمون له را لازم می‌دانیم، باید این فرض را پاسخ دهیم که آیا قبول مضمون له نیز ضرورت دارد یا صرف رضایت وی کافی است. در پاسخ می‌گوید: دو دیدگاه قابل طرح است: از این جهت که ضمانت تملکی در مقابل تملیک ضامن است، قبول ضرورت دارد؛ اما از این جهت که اصل عدم اشتراط است، قبول ضرورت ندارد و اصولاً این نوع تملک با آنچه در ضمان اتفاق می‌افتد متفاوت است. زیرا ضمان اثبات ملکی جدید نیست؛ بلکه توثیق دینی است که پیش‌از این موجود و مملوک است. البته این دیدگاه از این جهت قابل انتقاد است که عقد رهن نیز برای توثیق است و قبول در آن شرط است. در اینجا

نیز شافعیان دو دیدگاه را مطرح کردند اما قول صحیح‌تر نزد آنان قول دوم است که رضایت را کافی می‌دانند. آنچه نزد من قابل قبول است، آن است که قبول شرط است؛ زیرا ضمان عقد است و در عقد قبول ضرورت دارد. [۲۳، ج ۱۴، ص ۳۰۹].

دقت در دیدگاه‌های فقیهان امامیه و عامه نشان می‌دهد جز در دیدگاه دوم شافعیان و نظر ابو یوسف که نگاهی عهدی به عقد ضمان داشته‌اند، سایر فقیهان ضمان را تملیکی دانسته و رضایت و قبول مضمون‌له را ضروری می‌دانند. اما بدون اختلاف قابل توجه، همه فقیهان می‌پذیرند آنچه به‌عنوان قواعد معاملات در همه مذاهب فقهی شناخته شده‌اند در قلمرو نظریه تملیک قابلیت توجیه دارند. به همین دلیل ابو یوسف آنگاه که در ضمان تعلیل به محض التزام می‌کند، می‌گوید این امر خارج از قواعد معاملات است (تذکره الفقهاء: إذا عرفت هذا، فقد قال أبو یوسف بالقول الثانی للشافعی أيضاً؛ لأن الضمان محض التزام، و لیس موضوعاً علی قواعد المعاملات. [۲۳، ج ۱۴، ص ۳۰۹]. البته موضوع، همچنان، می‌تواند محل تأمل و تحقیق باشد. اما به‌طور کلی می‌توان توجه فقیهان به تمایز بین دو مفهوم تعهد و تملیک در قراردادهای و طبق قاعده نبودن تعهد را در این تعابیر ملاحظه نمود. همین وضعیت را در مبحث تعلیق در التزام به تأدیه در عقد ضمان می‌توان مشاهده کرد.

### نتیجه

فقیهان امامیه در تعریف و تبیین عقود معاوضی و عقود ناقله بر مبنای نظریه تملیک عمل می‌کنند و این عقود را اصولاً تملیکی می‌دانند. آن‌ها با تفسیر رابطه شخص با مال به رابطه حقیقت و ملکیت و با توجه به اعتباری دانستن مالکیت و طرح نهاد ذمه، عقود مختلف را چه در جایی که مورد معامله عین معین یا کلی فی الذمه است تملیکی می‌دانند. واژه شناخته شده در حقوق اسلامی واژه تعهد نیست؛ بلکه واژه عقد و تملیک و ذمه است. تعهد به مفهوم رومی آن (obligation) جز در موارد استثنایی مورد توجه فقیهان قرار نگرفته است. از این رو، تحلیل برخی حقوق دانان مسلمان که نظریه تعهدات غربی را به‌طور جوهری مورد تأیید فقه اسلامی دانسته‌اند، قابل مناقشه است. به اعتقاد آنان حقوق رومی به تعهد، نگاه شخصی دارد در حالی که در فقه اسلامی تعهد امری مادی - شخصی است. به نظر می‌رسد که حقوق اسلامی با طرح تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی بدون نیاز به تأکید بر تعهد و بدون اعتقاد به اینکه اثر اول و اصلی عقود تعهد است، تحلیل صحیحی بر اساس نظریه تملیک ارائه داده است. بیشتر حقوق دانان ایرانی

نیز حقوق مدنی ایران را بر اساس نظریه تعهدات فرانسوی تحلیل می‌کنند و هرچند برخی دیدگاه فقه اسلامی را در مورد پذیرش نظریه تملیک به‌درستی شناخته‌اند، اما در موارد متعددی مقررات قانون مدنی را بر اساس نظریه تعهدات تحلیل کرده‌اند و حتی بر این اساس، در نظریه عمومی تعهدات کتاب نوشتند. برخی نیز با تفتن نسبت به این امر از دیدگاه قبلی خود در مورد نظریه تعهدات و تحلیل قانون مدنی و حتی فقه اسلامی بر مبنای این نظریه عدول کرده و معتقد به نظریه التزامات شدند. به نظر می‌رسد فقه اسلامی با تأکید بر نظریه تملیک و طرح تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی و اعتبار ذمه و نگاه مالکیتی به ضمان قهری از اساس، اعتقادی به نظریه تعهدات ندارد و بر مبنای نظریه تملیک به وضع احکام و مقررات می‌پردازد. نگاه تاریخی به دیدگاه فقیهان این امر را تا حد مطلوبی اثبات می‌کند.

## منابع

- [۱]. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۵۹). *تحریر المجله*، ج ۱، نجف: مکتبه المرتضویه.
- [۲]. ابن حمزه، محمد بن علی، (۱۴۰۸)، *الوسیله الی نیل الفضیله*، محقق: حسون، محمد، قم: مکتبه آیه الله المرعشی.
- [۳]. اصفهانی، شیخ محمدحسین، (۱۴۱۹)، *حاشیه مکاسب*، ج ۱، قم: مطبعة علمیه.
- [۴]. \_\_\_\_\_، همان، ج ۲.
- [۵]. امامی، سیدحسن، (۱۳۴۰)، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
- [۶]. \_\_\_\_\_، همان، ج ۴.
- [۷]. علم‌الهدی، علی بن حسین، (۱۴۱۵)، *رسائل الشریف المرتضی*، ج ۲، قم: منشورات دار القرآن الکریم.
- [۸]. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۰)، *مکاسب*، ج ۳، قم: تراث الشیخ الاعظم.
- [۹]. بابایی، ایرج، (۱۳۹۶)، "مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه‌بندی مسئولیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام"، *دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۷۹ و ۸۰.
- [۱۰]. بیگدلی، عطاء الله، (۱۳۹۲)، تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه، رساله دکترا، دانشگاه امام صادق.
- [۱۱]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۶)، *حقوق تعهدات*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- [۱۳]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۰)، *حقوق مدنی: رهن و صلح*، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- [۱۴]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۰)، *الفارق*، ج ۲، تهران: گنج دانش.
- [۱۵]. \_\_\_\_\_، (۱۳۵۵)، "کلیات عقود"، *مجله حقوقی وزارت دادگستری*، شماره ۱۱-۱۵، دوره جدید.
- [۱۶]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۰)، *مکتب‌های حقوقی در اسلام*، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- [۱۷]. \_\_\_\_\_، (۱۳۸۹)، *وسیط در ترمینولوژی*، تهران: گنج دانش.

- [۱۸]. \_\_\_\_\_، (۱۳۹۰)، وصیت، تهران، گنج دانش.
- [۱۹]. کوه کمری، حجت، البیع، نرم افزار جامع فقه ۳.
- [۲۰]. حسینی عاملی، سیدجواد، (۱۴۱۹)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- [۲۱]. \_\_\_\_\_، همان، ج ۱۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- [۲۲]. حسینی، سیدمیرعبدالفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین الفقہیہ، چاپ دوم، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- [۲۳]. حکیم، سید محمدتقی، (۱۹۷۹)، الاصول العامه للفقہ المقارن، بیروت: مؤسسه آل البيت للطباعة.
- [۲۴]. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴)، تذکره الفقہاء، ج ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- [۲۵]. حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۲۰)، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، ج ۱، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۲۶]. حلی، احمد بن ادريس، (۱۴۱۰)، السرائر، چاپ دوم، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲۷]. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرائع السلام فی المسائل الحلال و الحرام، ج ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۸]. الخفیف، علی، (۱۴۳۱)، الحق و الذمه، قاهره: دار الفكر العربی.
- [۲۹]. \_\_\_\_\_، الملكیة فی الشریعة الاسلامیة مع المقارنه بالتشريع الوضعیة، نصر: دارالفکر العربی، دارالفکر العربی، ۱۴۱۶.
- [۳۰]. خمینی، روح الله، (۱۴۱۰)، کتاب البیع، ج ۱، قم: مؤسسه انتشارات اسماعیلیان.
- [۳۱]. خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۷)، مصباح الفقاهه، ج ۲، قم: انصاریان.
- [۳۲]. زرقا، مصطفی، (۱۴۲۰)، المدخل الی نظریه الالتزام العامه فی فقه الاسلامی، دمشق: دار القلم.
- [۳۳]. سلطان، انوار، (۲۰۱۱)، مصادر الالتزام فی القانون المدنی، عمان: مکتب دار الثقافه.
- [۳۴]. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۹۵۸)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- [۳۵]. \_\_\_\_\_، (۱۴۱۷)، مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسة مقارنه بالفقه العربی، ج ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- [۳۶]. صدر، محمدباقر، (۱۴۰۶)، دروس فی علم الاصول، ج ۱، بیروت: نشر دارالکتاب اللبنانی.
- [۳۷]. \_\_\_\_\_، (۱۳۹۵)، المعالم الجدیده للأصول، چاپ دوم، تهران: مکتبه النجاح.
- [۳۸]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۹)، "حواله، بخش اول"، مترجم: حائری، سید علی رضا، مجله فقه اهل البيت، شماره ۲۱.
- [۳۹]. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۹)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
- [۴۰]. شیخ انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵)، مکاسب، ج ۳، قم: تراث الشیخ الاعظم.
- [۴۱]. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۰)، حاشیه مکاسب، ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- [۴۲]. \_\_\_\_\_، (۱۴۲۰)، العروة الوثقی، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- [۴۳]. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی الفقه الامامیة، چاپ سوم، ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.

- [۴۴]. عاملی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۲)، *الروضة البهية فی شرح اللمعة دمشقية*، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- [۴۵]. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلی البلدحی، (۱۹۳۷)، *الاختیار لتعلیل المختار*، قاهره: مطبعة الحلبي.
- [۴۶]. عدل، منصور السلطنه، (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی*، قم: انتشارات طه.
- [۴۷]. علامه حلی، (۱۴۲۵)، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۴، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- [۴۸]. علی ابن ابراهیم قمی، (۱۴۰۴)، *تفسیر قمی*، ج ۲، قم: موسسه دار الكتاب للطباعة و النشر.
- [۴۹]. الفرغانی المرغینانی، علی بن أبی بکر بن عبد الجلیل، (بی تا)، *الهدایة فی شرح بداية المبتدی*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- [۵۰]. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۷۹)، *سیری کامل در اصول فقه*، ج ۱۴، قم: فیضیه.
- [۵۱]. قدری باشا، محمد، (۱۳۰۸)، *مرشد الحیران الی معرفة احوال الانسان*، چاپ دوم، مصر: مطبعة الكبرى الامیریة.
- [۵۲]. قنواتی، جلیل، جاور، حسین، جعفری هرندی، مهشید، (۱۳۹۲)، "بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم"، *مطالعات اسلامی فقه و حقوق*، شماره ۹۲.
- [۵۳]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۰)، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی.
- [۵۴]. قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور، ابراهیم، محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، ج ۱، تهران: انتشارات سمت.
- [۵۵]. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، *اعمال حقوقی*، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- [۵۶]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۹)، *الزامات خارج از قرارداد*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- [۵۷]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۴)، *اموال و مالکیت*، تهران: نشر یلدا.
- [۵۸]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۴)، *قواعد عمومی قراردادهای*، چاپ سوم، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- [۵۹]. \_\_\_\_\_، (۱۳۷۴)، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ اول، تهران: نشر یلدا.
- [۶۰]. کرکی، علی بن حسین، (۱۴۰۸)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- [۶۱]. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۹۰)، *نظریه شروط و التزامات*، چاپ اول، تهران: مرکز نشر ۵۹
- [۶۲]. مظفر، محمدرضا، (بی تا)، *حاشیه المظفر علی مکاسب*، چاپ ۱، قم: یاسدار اسلام.
- [۶۳]. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، (۱۴۱۰)، *المقنعه*، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- [۶۴]. منتظری، حسینعلی، (۱۴۱۵)، *دراسات فی مکاسب المحرمه*، چاپ اول، قم: القدس.
- [۶۵]. موسوی بجنوردی، سیدحسن، (۱۳۷۷)، *القواعد الفقهیه*، ج ۳، قم: الهادی.
- [۶۶]. نائینی، میرزا محمد حسین، (۱۴۱۸)، *منیه الطالب*، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- [۶۷]. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، *جواهر الاحکام فی شرح الشرائع السلام*، چاپ هفتم، ج ۲۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- [۶۸]. \_\_\_\_\_، همان، ج ۲۷.
- [۶۹]. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۳۷۰)، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.





