

نظریه تملیک یا نظریه تعهد

جلیل قنواتی*

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۶/۱۴

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۹/۲۴

چکیده

نویسندگان قانون مدنی ایران تلاش کردند تا این قانون را مبتنی بر فقه امامیه یا منطبق با آن تنظیم و نگارش کنند، اما این تلاش موفق نبوده است. در قواعد عمومی قراردادها و تعهدات، عمدتاً ترجمه و اقتباس از قانون مدنی فرانسه - که اساس آن را نظریه تعهدات تشکیل می‌دهد - صورت گرفته؛ در حالی که در عقود معین عمدتاً از فقه امامیه اقتباس شده است. مبانی متفاوت این دو منبع که یکی بر مبنای نظریه تعهدات و دیگری بر مبنای نظریه تملیک شکل گرفته‌اند، سبب ایجاد تعارض در موارد متعددی از قانون مدنی شده است. حقوق‌دانان ایرانی نیز در تحلیل مقررات قانون مدنی از این نظر دیدگاه یکسانی ندارند. عده‌ای با استناد به برخی روایات و تعبیر فقیهان بر این باور بودند که فقه امامیه در مقابل فقه اهل سنت بر اساس نظریه تعهدات تنظیم شده است. پاره‌ای دیگر با تصریح به بیگانه بودن نظریه عمومی تعهدات، تعهد و التزام را در فقه امامیه امری فرعی تلقی می‌کنند. به نظر می‌رسد فقه امامیه و بخش عمده‌ای از مقررات قانون مدنی بر مبنای نظریه تملیک تنظیم شده‌اند. تعارض موجود در مقررات مختلف قانون مدنی ناشی از خلط بین این دو نظریه است. در این تحقیق ویژگی‌های نظریه عمومی تعهدات به‌عنوان مبنای برخی مواد قانونی و مشخصات نظریه عمومی تملیک به‌عنوان مبنای بسیاری از مقررات قانون مدنی بررسی و تحلیل می‌شود.

کلیدواژگان:

حق عینی و دینی، ضمان قهری، مالکیت ما فی‌الذمه، نظریه تعهدات، نظریه تملیک.

* دانشیار دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران.

مقدمه

ضرورت مطالعه تطبیقی در علم حقوق، به‌ویژه در قلمرو حقوق خصوصی و حقوق مدنی، قابل انکار نیست؛ زیرا منافع آن از زیان‌هایش بیشتر است، در تقویت و ارتقای نظام حقوقی سهم دارد، نهادهای حقوقی را تحکیم و توسعه می‌بخشد، موضوعات جدید و احکام متناسب با آنها را فراروی محققان و قانون‌نویسان قرار می‌دهد و در بروز و ظهور احکام حقوقی جدیدی در نظام حقوقی تأثیر قابل توجهی دارد. باین‌همه، مطالعه تطبیقی نباید سبب شود نهادها و احکام حقوقی نظام‌های حقوقی دیگر به نظام حقوقی داخلی تحمیل شود و تأثیرپذیری به‌گونه‌ای باشد که به آسانی نظام حقوق داخلی و ساختار و نهادهای آن را کنار زده، همه تفسیرها و تحلیل‌ها با توجه به مفاهیم، مبانی، قواعد و احکام حقوقی نظام حقوقی دیگر انجام شود. اقتباس نادرست از مقرراتی که بر مبنای نظریه تعهدات فرانسوی در قانون مدنی فرانسه وجود دارد، نتیجه مطالعه تطبیقی قابل انتقادی است که نویسندگان قانون مدنی انجام داده‌اند.

به نظر می‌رسد نظام حقوقی حاکم بر حقوق خصوصی در حقوق ایران، چه در باب عقود و قراردادهای و چه در قلمرو ضمانات قهری بر اساس فقه امامیه و بر محور نظریه تملیک شکل گرفته است. هرچند در آثار نویسندگان حقوقی و حتی در برخی متون قانونی، محوریت این نظریه مورد توجه قرار نگرفته است و به جای آن نظریه تعهدات، اساس و مبنای قرار می‌گیرد.

مقررات مندرج در برخی مواد قانون مدنی مانند مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰ و نیز مقررات مندرج در قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ به خوبی این ادعا را ثابت می‌کند. درحالی‌که دیدگاه مقننان در ایران آن بوده است که قوانین حاکم در قلمرو حقوق خصوصی را از فقه اسلامی اتخاذ و اقتباس کنند و دست‌کم به انطباق آن با حقوق اسلامی مطمئن شوند یا عدم انطباق آنها را احراز نمایند، اما به‌صراحت، مقررات قانونی مزبور و بسیاری مقررات قانونی دیگر را مبتنی بر نظریه عمومی تعهدات که نظریه حاکم در نظام حقوقی نوشته (رومی - ژرمنی) است، تنظیم نموده‌اند؛ امری که حقوق تطبیقی آن را توصیه نمی‌کند.^۱

۱. ممکن است عده‌ای بر این باور باشند که دیدگاه‌های حقوق رومی و نظریات حاکم در نظام حقوقی نوشته، تأثیر اساسی در حقوق اسلامی داشته و به پیروی از دانشمندانی مانند گولد زیهر، وان کریمر و ایموس در اعتقاد به تأثیرگذاری جنبه افراط را پیموده و در خصوص موضوع بحث نیز نظریه تعهدات را نظریه حاکم بر فقه اسلامی ←

درست است که برخی حقوق دانان منزلت نظریه تعهدات را به خوبی تبیین کرده و آن را بهترین نظریه حقوقی در میدان تفکر منطقی دانسته و گفته اند این نظریه بیشترین زمینه ها را برای تجرید و تعمیم دارد و قابلیت رویش اصول کلی را در بستر این نظریه مساعد و هموار دیده اند و حتی به دلیل قدمت و اصالت تاریخی اش بهترین نظر برای وحدت قوانین مختلف تحلیل کرده اند،^۱ اما سخن در این است که صرف نظر از این تعابیر، آیا نظام حقوقی اسلام در زمینه حقوق خصوصی بر محور تعهد در چارچوب نظریات عمومی تعهدات قابل تفسیر و تبیین است یا خیر. برای اثبات این ادعا که حقوق اسلام و قانون مدنی ایران در حقوق قراردادهای و ضمانات قهری بر مبنای نظریه تملیک شکل گرفته و فاصله معناداری از نظریه تعهدات دارد، شایسته است نخست برخی شاخصه های اصلی دو نظریه تبیین شود. اما قبل از آن و به منظور نشان دادن ضرورت تبیین این شاخصه ها، تفسیر مختصری از ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران ارائه می شود. ماده ۱۸۳ قانون مدنی مقرر می دارد: 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. به نظر می رسد این ماده از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه (قبل از اصلاحات ۲۰۱۶) اقتباس شده است. قانون مدنی فرانسه بر اساس نظریه تعهدات همه عقود را عهدی دانسته است. به همین دلیل برخی حقوق دانان بر این باورند که ماده ۱۸۳ صرفاً عقود عهدی را شامل می شود و عقود تملیکی را در بر نمی گیرد.^۲

به نظر می رسد، چنان که گفته خواهد شد، ماده ۱۸۳ از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه و مبتنی بر نظریه تعهدات تنظیم و اقتباس شده است و با توجه به چنین تفاوت مبنایی نمی توان تعارض های متعدد قانون مدنی را مرتفع نمود. از سوی دیگر، در تعبیر فقهی وقتی از تملیکی

→ تحلیل کنند. این امر خود نیاز به بررسی مستقلی دارد، اما به طور اجمال باید گفت این دیدگاه قابل اثبات نیست و خلاف آن متکی به مستندات محکمی است. (رک: بدران، ابوالعین بدران، *تاریخ الفقه الاسلامی*، بیروت: دار النهضة العربیه، ۱۴۰۹، ق، ص ۲۶۷).

۱. سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸، ص ۱۱۴.

۲. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، ص ۱۶۰؛ شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، ص ۳۶. توجه به این نکته مفید است که هر چند قانون مدنی فرانسه پس از اصلاحات ۲۰۱۶ در ماده ۱۱۹۶ به نوعی به تملیکی بودن برخی عقود تصریح نموده است، نمی توان این ماده را با توجه به موادی مانند ۱۱۰۱ و ۱۵۸۳ و مانند آن، عدول جدی از نظریه تعهدات تلقی نمود.

بودن عقدی سخن گفته می‌شود، نظر به مدلول مطابقی عقد است نه التزامی؛ هرچند توجه به مفهوم التزامی نیز معایر با نظریه تعهدات است که تعهد را منشأ و اثر اصلی عقود می‌داند.

۱. نظریه تعهدات

به نظر می‌رسد برخی ویژگی‌های نظریه تعهدات را می‌توان مواردی مانند تقسیم حق به شخصی و عینی، اصالت حق شخصی، رابطه حقوقی بودن تعهد، منابع تعهد و نگاه اصلی به تعهد و نگاه فرعی به تملیک و مالکیت و دین دانست که ذیلاً به اختصار بررسی می‌شوند.

۱.۱. حق شخصی و حق عینی

گفته شده است مال از حقوق به وجود می‌آید و حق در معاملات، امتیازی است دارای ارزش مالی که قانون به افراد اعطا می‌کند. این حق بر مبنای یکی از تقسیمات اساسی در نظام حقوق نوشته در قلمرو حقوق خصوصی به حق عینی و حق شخصی و به تفسیر برخی حقوق دانان حق دینی تقسیم می‌شود.^۱ حق شخصی یا دینی حقی است که شخص بر دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد.^۲ موضوع اصلی نظریه تعهدات حتی پس از تطورات، حق شخصی است. در واقع حق شخصی همان تعهد است که به اعتبار جهت ایجابی و از جنبه دائن به آن حق شخصی و به اعتبار جنبه سلبی و از جنبه مدیون به آن تعهد گفته می‌شود. نظریه تعهدات با توجه و تأکید بر همین جنبه سلبی شکل گرفته است. حق شخصی یا تعهد و التزام (یا حق دینی) رابطه بین دو شخص متعهد و متعهدله است که اگر از هر یک از دو جنبه به آن نظر شود، واژه حق شخصی یا تعهد و التزام به کار می‌رود.^۳

۱. سنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسة مقارنة بالفقه العربی*، جلد ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۷. ق، ص ۱۹؛ سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، پیشین، ص ۱۰۳؛ کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص ۲۱.

۲. همان.

۳. سنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسة مقارنة بالفقه العربی*، پیشین، ص ۱۹؛ سلطان، انوار، *مصادر الالتزام فی القانون المدنی*، عمان: مکتب دار الثقافه، ۲۰۱۱، ص ۵ به بعد؛ سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، پیشین، ص ۱۰۳.

به تعبیر دیگر، تعهد یک رابطه حقوقی دو طرفی است که از یک طرف حق شخصی (حق مطالبه، جنبه ایجابی) و از طرف دیگر تعهد به اجراست (تکلیف به اجراء، جنبه سلبی).^۱ در نظام حقوقی رومی ژرمنی جنبه سلبی بیشتر مورد توجه است تا جنبه ایجابی آن. بر همین اساس، نظریه عمومی تعهدات مطرح می‌شود نه نظریه عمومی حق شخصی. بنا بر آنچه گفته شد، حقوق مالی در قلمرو حقوق اموال و حقوق تعهدات مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. حقوق اموال اصولاً مربوط به حقوق عینی و حقوق تعهدات مربوط به حقوق شخصی (سلبی یا ایجابی) است. توجه به این نکته نیز اهمیت دارد که صرف‌نظر از رویکردهای متفاوت در اصالت حق عینی یا شخصی، همچنان در حقوق عینی، عین و در حقوق شخصی، شخص اصالت داشته و محوریت دارد.^۲ نظریه تعهدات در قلمرو حقوق شخصی قرار دارد و تعهد رابطه بین دو شخص است^۳ و به

1. Zimmermann, the law of obligation, p.2.

۲. هرچند با توجه به نظریه موضوعی تعهد، گرایش تعهد به سوی مفهوم مال انکارناپذیر است و نظریه‌ای که طلب را به عنوان ارزشی قابل دادوستد از عناصر دارایی می‌پذیرد، روزه‌روز طرفداران بیشتری می‌یابد... باوجوداین، لزوم تقسیم حقوق مالی و امتیازهای اساسی حقوق عینی و دینی را از بین نمی‌برد (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۳۳). تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی با تمام ایرادهایی که بر آن وارد شده است، هنوز هم موردقبول است و تنها شمار معدودی از نویسندگان آن را بیهوده دانسته‌اند (همان، ص ۴۳) در زبان حقوقی کنونی تعهد به رابطه‌ای گفته می‌شود که جنبه مثبت آن از عناصر دارایی طلبکار و جنبه منفی آن در شمار دیون بدهکار باشد. این رابطه به تدریج از ارتباط بین دو شخصیت طلبکار و بدهکار به رابطه دارایی این دو تبدیل می‌شود (همان، ص ۴۵). تاریخ تحول حقوق تعهدات نیز نشان می‌دهد که تعهد از رابطه شخصی دائن و مدیون به سوی مفهومی می‌رود که در زمره اموال قرار گیرد و در شمار عناصر دارایی حساب آید (گود مه و دیوا، به نقل از: کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، ص ۱۲). در حقوق کنونی تعهد هر دو چهره مالی و شخصی را داراست. از یک سو طلب و دین زمانی تحقق می‌یابد که شخصی به عنوان طلبکار بتواند بر دیگری حق پیدا کند و رابطه حقوقی بین آن دو ایجاد شود. از سوی دیگر، طلب دارای ارزش مالی است و جزئی از دارایی است و به دیگران انتقال می‌یابد. (همان)

۳. دکتر سنهوری در تعبیری می‌گوید: سالی و لامبرت (طرفداران نظریه موضوعی تعهد) می‌گویند: حق شخصی همانند حق عینی عنصری از عناصر ذمه مالی (دارایی) است که صاحب حق در آن تصرف می‌کند، می‌فروشد، هبه می‌کند، رهن می‌دهد و سایر تصرفات را انجام می‌دهد. ارزش مالی حق شخصی از شخص دائن و مدیون جداست و این‌گونه حق شخصی به حق عینی نزدیک می‌شود. منظور نظریه مادی تعهد و التزام همین است. اما باوجوداین، تقسیم حق به حق عینی و دینی از بین نمی‌رود. ممکن است که به تعهد با توجه به موضوع آن و نه به اعتبار اشخاص، نگاه مادی کرد و به این شکل تقریب بین حق عینی و تعهد ایجاد نمود، ولی این امر تفاوت جوهری این دو را منتفی نمی‌کند. دائن در حق عینی بر موضوع حق سلطنت مستقیم و بدون واسطه دارد، ولی در حق شخصی سلطه مستقیم و بدون واسطه وجود ندارد. (السنهوری، عبدالرزاق، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، پیشین، ص ۱۰۵).

همین دلیل است که در حقوق فرانسه تعهد همچنان در حوزه روابط مالی بین اشخاص معنا پیدا می‌کند.^۱

بر این مبنا، تملیک در عقدی مانند بیع انجام کاری است که متعهد به عهده می‌گیرد. در واقع در نظریه تعهدات، این نوع تعهد به مالکیت نمی‌انجامد، بلکه متعهد تعهد می‌کند مالی را به دیگری بدهد و مالکیت اثر غیرمستقیم این اقدام اوست.^۲ در تملیک عین معین، نوعی تعهد به تملیک وجود دارد که به محض انعقاد اجرا می‌شود. بنابراین، تعهد به انجام کار و تعهد به عدم انجام کار از روشن‌ترین مصادیق تعهد به عنوان اساس نظریه عمومی تعهدات تلقی می‌شود.^۳

۱.۲. تعهد به مثابه رابطه حقوقی

در تعریف تعهد به عنوان جوهر و اساس نظریه تعهدات گفته شده است، رابطه‌ای حقوقی که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال، تسلیم مال یا انجام دادن کاری می‌شود، خواه سبب ایجاد آن عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری.^۴ البته در تعریف دیگری به منظور انعکاس نظریه مادی در مفهوم تعهد به جای استفاده از واژه رابطه حقوقی که بیان‌کننده نظریه شخصی است، از تعبیر وضعیت حقوقی استفاده شده است تا ویژگی مادی را در مفهوم تعهد نشان دهد. به همین دلیل گفته شده است تعهد وضعیت حقوقی است که به موجب آن شخصی معین به انتقال دادن حق عینی یا اقدام به عملی مکلف می‌شود. یکی از حقوق دانان در تعبیری می‌گوید: «... برای اینکه تصور نشود ... تعهد بستگی کامل به شخصیت اطراف آن دارد و به اضافه تعریف نیز بتواند تعهد جاعل و امضاکننده سند در وجه حامل را در برگیرد، به جای آنکه تعهد رابطه حقوقی بین اشخاص تعبیر شود بعضی پیشنهاد کرده‌اند تعهد وضع حقوقی است که به موجب آن شخصی عهده‌دار انجام کاری می‌شود».^۱ همین تعریف از تعهد یا التزام در یکی از آثار حقوق دانان

۱. صفایی، سید حسن، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱، ص ۱۴؛ رک:

السنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدني الجديد*، پیشین، ص ۱۱۲.

۲. بیگدلی، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۲، ص ۳۶.

۳. همان، ص ۳۷ به نقل از نامور و دیگران، ۲۰۰۶، ص ۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۷۱.

۱. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۳، ص ۳.

عرب مشاهده می‌شود.^۱

با وجود این، در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ در تعریف عقد مقرر شده بود: «عقد توافقی است که به موجب آن، یک یا چند شخص مقابل یک یا چند شخص خود را به انتقال، انجام یا عدم انجام عملی متعهد می‌کند». این تعریف بیش از آنکه به جنبه مادی تعهد توجه کرده باشد، جنبه شخصی آن را مورد نظر قرار داده است. در ماده ۱۱۰۱ پس از اصلاحات آمده است: «عقد توافق اراده‌های دو یا چند نفر دانسته شده که قصد ایجاد، تعدیل، انتقال و خاتمه تعهدات را دارند». ظاهر این تعریف نیز همچنان تأکید بر جنبه شخصی تعهد است. در بیشتر تعاریف مزبور، از جمله ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه نگاه کلاسیک در مورد تعهد، یعنی رابطه‌ای حقوقی بین متعهد و متعهدله که متعهد را در مقابل متعهدله ملزم می‌کند، خودنمایی می‌کند. در حقیقت تعهد یک رابطه حقوقی الزام‌آور بین دو یا چند نفر است.^۲ این مفهوم در قلمرو حق شخصی و مربوط به عمل است. عمل انتقال مال، انجام دادن کار یا خودداری از انجام کار ارتباطی با حق عینی مانند مالکیت ندارد، بلکه در حوزه حقوق مالی و حق شخصی است.^۳

۱.۳. منابع تعهد

در نظام حقوق رومی-ژرمنی از عقد، شبه عقد، جرم و قانون به عنوان منابع تعهد نام برده می‌شود.^۴ در نگاه کلاسیک، حقوق لاتینی پنج منبع مذکور را برای تعهد ذکر کرده‌اند. در قوانین آلمان، سوئیس، فرانسه و ایتالیا نیز به طور کلی پنج منبع تعهد عبارت‌اند از: عقد، اراده یک‌طرفه، عمل غیرمشروع، دارا شدن ناروا و قانون. در واقع در این مقررات منبع جرم و شبه جرم با تعبیر عمل غیر مشروع بیان شده است. شبه عقد نیز در قلمرو دارا شدن ناروا و اراده یک‌طرفه به منابع گذشته اضافه شده است.^۱

۱. السنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، پیشین، ص ۱۱۳.

2. Juris vinculum.

۳. رک: صفایی، سید حسن، پیشین، ص ۱۵.

۴. السنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، پیشین، صص ۱۲۲-۱۲۰.

۱. رک به: مواد ۱۳۷۰ به بعد قانون مدنی فرانسه.

ملاحظه می‌شود در نظام حقوقی رومی- ژرمنی اعمال حقوقی اعم از عقد و ایقاع و همچنین قانون همگی به عنوان منبع تعهد شناخته می‌شوند. بنابراین، به‌طور طبیعی عقد سبب ایجاد تعهد بوده و اثر اول و عمده آن تعهد است. همین وضعیت در اسباب مسئولیت مدنی صادق است. ملاحظه تعریف عقد در قوانین مدنی فرانسه و آلمان و کشورهایی که از قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده‌اند، نشان می‌دهد اثر اصلی و اولیه عقد، تعهد است. مفهومی که عمدتاً نظر به تکلیف دارد تا وضع. ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه^۱ به‌صراحت به این مفهوم واجد عنصر تکلیفی اشاره دارد. بر همین مبناست که در این نظام حقوقی همه عقود عهدی هستند و اصولاً تقسیم عقد به عهدی و تملیکی مبتنی بر مبنای قابل دفاعی نیست. نه تنها عقود که اثر اول آنها به‌وضوح تعهد است، بلکه عقود نیز که در برخی نظام‌های حقوقی تملیکی دانسته می‌شوند، مانند بیع و اجاره، حتی درجایی که مورد معامله عین معین است، عهدی تلقی می‌شوند. اعتقاد گسترده حقوق دانان به عهدی دانستن بیع کلی فی‌الذمه و بیع سلف بر همین مبنا و با گرایش به این اعتقاد معنا پیدا می‌کند.^۲

۱.۴. نظریه تعهدات در قانون مسئولیت مدنی

در مقابل، قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی در موضوع مسئولیت غیر قراردادی، قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ قرار می‌گیرد. قانونی که هم در شکل و هم در محتوا مبتنی بر نظریه تعهدات تنظیم شده است. ادعا شده است که این قانون برای تکمیل قانون مدنی در مبحث ضمان قهری تصویب شده است. ادعایی که قابل اثبات نیست. قانون مسئولیت مدنی که بر مبنای نظریه عمومی تعهدات تنظیم شده، در مبنای، منابع و رویکرد با مباحث ضمان قهری در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی متفاوت است. مبنای قانون مسئولیت مدنی تعیین ضمانت اجرای رفتار زیان‌آور است و به همین دلیل تقصیر جنبه محوری پیدا می‌کند. به تعبیری این

۱. ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات ۲۰۱۶: قرارداد توافق اراده‌های دو یا چند شخص است که قصد ایجاد، تعدیل، انتقال یا پایان دادن به تعهدات را دارند. ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه بعد از اصلاحات ۲۰۱۶: قرارداد توافقی است که موجب آن، یک یا چند نفر خود را در مقابل یک یا چند نفر متعهد به انتقال، انجام یا عدم انجام امری می‌کنند.

۲. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۲، صص ۳۰ به بعد؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد، ۱۳۹۸، صص ۳۶-۳۷.

قانون بر محور اضرار و تقصیر شکل گرفته است. تقسیم خطای مدنی به جرم و شبه جرم در قانون مدنی فرانسه معلوم می‌سازد که موضوع مسئولیت مدنی در قلمرو نقض تکلیف قانونی و مسئولیت ناشی از نقض تکلیف معنا پیدا می‌کند.

۲. نظریه تملیک

۲.۱. حکم وضعی و تکلیفی در اعمال حقوقی

در گفتمان فقهی احکام شرعی یا وضعی‌اند یا تکلیفی. حکم تکلیفی در مقابل حکم وضعی عبارت از حکمی شرعی است که مستقیماً به فعل مکلف تعلق می‌گیرد و وظیفه او را در ابعاد مختلف زندگی مشخص می‌کند، مانند وجوب تأدیه دین و حرمت تصرف در مال غصبی.^۱ مشهور اصولیان احکام تکلیفی را پنج نوع می‌دانند: وجوب، حرمت، کراهت، استحباب و اباحه. در مورد اباحه، دانشمندان^۲ اسلامی اختلاف نظر دارند.^۳ به همین دلیل، تقسیم احکام شرعی را به اقتضایی، تخییری و وضعی تغییر دادند. در مقابل حکم تکلیفی، حکم وضعی است که مستقیماً به فعل مکلف تعلق نمی‌گیرد. در واقع هر حکمی که تکلیفی نیست، حکم وضعی است.^۴ زوجیت، ملکیت، صحت و فساد از احکام وضعی شمرده می‌شوند. گفته شده است نام‌گذاری این احکام به وضعی به این دلیل است که غالب این احکام موضوع حکم تکلیفی واقع می‌شوند.^۵

بر اساس آنچه در حقوق رومی در تعریف تعهد آمده، تعهد به رابطه حقوقی^۱ تعریف شده است.^۲ شخص (متعهد) ملزم است مورد تعهد را که ممکن است فعل یا ترک فعل مادی یا حقوقی باشد، به نفع دیگری (متعهد له) انجام دهد. یکی از حقوق دانان در تعریف تعهد می‌گوید:

۱. ر.ک: صدر، سید محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، جلد ۱، بیروت: نشر دارالکتاب اللبنانی، بیروت، ۱۴۰۶، ص ۲۵۷؛ صدر، سید محمد باقر، *المعالم الجدیدة للأصول*، تهران: مکتبه النجاج، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۱۰۰.

۲. حکیم، سید محمد تقی، *الاصول العامه للفقهاء المقارن*، بیروت: مؤسسه آل البیت للطباعة، ۱۹۷۹، ص ۶۵.

۳. همان، صص ۵۶-۵۵.

۴. فاضل لنکرانی، محمد، *سیری کامل در اصول فقه*، جلد ۱۴، قم: فیضیه، ۱۳۷۹، ص ۳۳۰.

۵. مشکینی، شیخ علی، *اصطلاحات الاصول و معظّم ابحاثها*، قم: انتشارات الهادی، ۱۳۷۱، ص ۱۲۱.

1. Juris vinculum

۲. هانتر، *شرح نظام‌مند و تاریخی حقوق رومی در نظم مجموعه قوانینی*، ۱۸۷۸، ص ۴۵۳، به نقل از

نعمت الهی، اسماعیل، *عنصر وضع و تکلیف در تعهد*، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۲۵، ص ۸.

رابطه‌ای حقوقی است که طبق آن شخص در برابر دیگری به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری مکلف می‌شود؛ خواه سبب ایجاد آن رابطه عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری.^۱ چنان که گفته شد، هرچند به منظور انعکاس نظریه مادی تعهد از تعبیر وضعیت حقوقی استفاده شده است تا ویژگی مادی را در مفهوم تعهد نشان دهد، در بیشتر تعاریف از جمله ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه قبل و بعد از اصلاحات تعهد به عنوان رابطه حقوقی شناسایی می‌شود. در تحلیل دیدگاه حقوق رومی (با توجه گفتمان حکم وضعی و تکلیفی) می‌توان گفت، نظام تعهدات در حقوق رومی ژرمنی به تکالیف شخص در آینده ناظر است و به تعبیری تکلیف‌محور است، یعنی فقط یا بیشتر به حکم تکلیفی نظر دارد تا به حکم وضعی. به عنوان مثال، تقریباً همه عقود به تعهد به انجام کار تعریف می‌شود. به دیگر سخن، تعهد به مفهوم متداول در حقوق رومی یک امر تکلیفی است نه وضعی^۲ و مهم‌ترین دلیل در عدم امکان انتقال آن به دیگری در همین نکته نهفته است.

۲.۲. تقسیم حق عینی و شخصی در فقه اسلامی

برخلاف تقسیم‌بندی اساسی و محوری در نظام رومی ژرمنی، یعنی تقسیم حق به حق عینی و حق دینی، فقیهان در گفتمان فقهی خود از دو واژه عین و دین استفاده می‌کنند.^۳ برخی از حقوق دانان عرب به خطا این دو واژه را مترادف با حق عینی و حق دینی تلقی کرده و تحت تأثیر نویسندگان حقوق رومی ژرمنی، تلقی یکسانی از این تعابیر ارائه نموده‌اند. در نقد این دیدگاه گفته شده است: تمایز بین دین و عین متفاوت از تمایز بین حق عینی و حق دینی است. دین، تمام

۱. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، پیشین، ص ۳.

۲. نعمت الهی، اسماعیل، پیشین، صص ۳۰ و ۱۱. باید توجه داشت که مفهوم تعهد در نظریه تعهدات را می‌توان: (نه حکم تکلیفی محض) بلکه نوعی حکم تکلیفی همراه با حکم وضعی حق مطالبه مانند آنچه برخی فقیهان در شرط فعل مالی (وجوب حقی و نه وجوب ذمی) ذکر می‌کنند، دانست.

۳. یکی از نکات قابل توجه در اجتناب فقیهان از تقسیم حق دینی و حق عینی و عدم به کارگیری واژه حق در مورد عین و دین، استعمال واژه ملکیت در فقه اسلامی است. حقوق دانان جدید به ندرت از واژه ملکیت استفاده می‌کنند و تعبیر حق مالکیت (مهم‌ترین حق عینی) را به عنوان مثال اصلی حق عینی به کار می‌برند. حقی که صرفاً به اعیان معین تعلق می‌گیرد و منافع و حقوق در حوزه آن حق قرار نمی‌گیرند. این در حالی است که فقیهان از واژه ملک و ملکیت در مورد اعیان، منافع و حتی حقوق استفاده می‌کنند (الخفیف، علی، *الملکيه فی الشريعة الاسلاميه مع المقارنه بالشرع الوضعيه*، نصر: دارالفکر العربی، دارالفکر العربی، ۱۴۱۶، ص ۲۵).

حق شخصی نیست بلکه صورتی از صورتهای حق شخصی است و عین تمامی موارد حق عینی و برخی از حقوق شخصی مثل التزام به عین را در برمی گیرد. از این رو، دین مضیق تر از حق شخصی و عین موسع تر از حق عینی است.

برخی حقوق دانان جدید نیز گفته اند فقه اسلامی تمایز روشنی بین حق شخصی و حق عینی مطرح کرده و ادامه می دهد در فقه تمایز بین دین و عین یا دین و حق عینی به گونه ای است که به نظر می رسد این تمایزها، تمایز بین حق شخصی و حق عینی است،^۱ در حالی که ضرورت ندارد معتقد شویم فقه اسلامی تمایز بین حق شخصی و حق عینی را شناخته است، بلکه برعکس تمایز مطرح در فقه اسلامی تمایز بین عین و دین است که به وضوح متفاوت از تمایز بین حق دینی و حق عینی در حقوق غربی منبعث از حقوق رومی است.^۲

البته حقوق دان اخیر که به نقد دیدگاه ترادف عین و دین با حق عینی و دینی پرداخته است، در تفسیری از فقه اسلامی می گوید روابط حقوقی در این فقه، چهار دسته است: التزام به دین، التزام به عین، التزام به عمل و التزام به توثیق.^۳ این دیدگاه که اخیراً توسط یکی از حقوق دانان ایرانی هم به گونه ای مطرح شده است، در صورتی که التزام را منشأ و اثر اول و مفهوم مطابقی عقود و روابط حقوقی بداند، همان دیدگاه مبتنی بر نظریه تعهدات است. اما اگر تعهد را مفهوم التزامی ناشی از انشا و اثر فرعی تلقی کند، در مقابل نظریه تعهدات خواهد بود. باید توجه داشت که در نظریه عمومی تعهدات در نظام حقوق رومی، تعهد و التزام و به تعبیری تکلیف و حق محوری است، در حالی که در فقه اسلامی آنچه اساس و محور توجه است، منابع حق و تکلیف است نه خود حق و تکلیف. دسته بندی چهارگانه مزبور بر اساس تلقی اول با دیدگاه حقوق رومی ژرمنی هماهنگ است نه فقه اسلامی. در حقیقت این دسته بندی به نوعی تأیید دیدگاهی می باشد که مورد نقد ایشان قرار گرفته است.

بنا بر آنچه گفته شد، تمایز بین عین و دین و تمایز بین حق عینی و حق دینی از جهات دیگر نیز متفاوت است. در فقه اسلامی عین و دین موضوع رابطه حقوقی اند نه خود رابطه حقوقی؛

۱. زرقا، مصطفی احمد، *الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید*، جلد ۲، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم، ۱۹۴۹، ص ۶۰.

۲. السنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسة مقارنة بالفقه العربی*، پیشین، ص ۱۶.

۳. همان.

در حالی که چنانکه پیش از این گفته شد، حق عینی و حق دینی در نظام حقوق نوشته رابطه حقوقی اند.^۱

برخی حقوق دانان نیز گفته‌اند در خصوص اعمال حقوقی سه عنصر در ارتباط با هم مطرح می‌شوند. عمل حقوقی، رابطه حقوقی و موضوع رابطه حقوقی. در نظام حقوق رومی ژرمنی روابط حقوق مالی عبارت‌اند از: حق عینی و دینی. موضوع حق عینی، عین خارجی و موضوع حق دینی رابطه اعتباری بین دائن و مدیون است.^۲ این در حالی است که در فقه اسلامی روابط حقوقی عبارت‌اند از: حق و ملک^۳ و موضوع روابط حقوقی نیز عین خارجی (موضوع تملیک و تملک، نگهداری و وثیقه)، منفعت عین خارجی (اجاره، عاریه)، مال اعتباری (وجه نقد و اوراق تجاری)، دین (ضمان و حواله)، عمل انسان (اجاره اشخاص)، امور اعتباری (مانند اقاله، فسخ، شفعه) و شخص انسان (نکاح و کفالت) است.^۴

نکته قابل توجه دیگر در تفاوت و تمایز بین عین و دین با حق عینی و دینی شکل‌گیری مباحث حقوقی در نظام حقوقی رومی ژرمنی و حقوق اسلامی است. در نظام حقوقی رومی ژرمنی تقسیم‌بندی مباحث بر اساس روابط حقوقی است. حقوق مالی را به دو بخش حقوق اموال و حقوق تعهدات تقسیم می‌کنند. حقوق اموال در حوزه حق عینی و حقوق تعهدات در حوزه حق دینی مطرح می‌شوند، در حالی که در فقه اسلامی اسباب ایجاد رابطه حقوقی یعنی عقود، ایقاعات و اسباب ضمان قهری عوامل تعیین‌کننده در تقسیم مباحث حقوقی است و رابطه حقوقی یا موضوع رابطه حقوقی، یعنی عین و دین، نقش فرعی در این زمینه ایفا می‌کند.^۵

به همین دلیل است که در نظام حقوقی رومی ژرمنی عقود، ایقاعات و اسباب ضمان قهری در حوزه تعهدات مطرح می‌شوند و همه آنها به عنوان اسباب ایجاد تعهد مورد بررسی قرار می‌گیرند؛ در حالی که در نظام فقهی عقود، ایقاعات و اسباب ضمان قهری اصولاً در حوزه مالکیت به عنوان اسباب ایجاد مالکیت مورد تحقیق فقیهان قرار گرفته‌اند. دلیل آشنایی فقیهان با گفتمان

۱. رک: نعمت الهی، اسماعیل، *تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط*، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۳، ص ۱۱۲.

۲. همان.

۳. سنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسة مقارنة بالفقه العربی*، پیشین، ص ۱۵.

۴. همان.

۵. همان.

مالکیت و تملک و استطرادی بودن گفتمان تعهد و التزام را می‌توان به نوعی در این واقعیت جستجو کرد. مطالعه اجمالی دیدگاه فقیهان در تعریف عقود مربوط به عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه این حقیقت را آشکار می‌سازد.

با توجه به آنچه گفته شد، در مقابل تقسیم حق به حق عینی و حق دینی در حقوق رومی ژرمنی می‌توان در فقه اسلامی از ملک و حق سخن گفت. بنابراین حتی واژه‌های عین و دین در فقه اسلامی قابل مقایسه با حق عینی و حق دینی نیستند.^۱ مالکیت رابطه بین مالک و مملوک است که سبب می‌شود مالک توانایی تصرف مستقل در مملوک را داشته باشد.^۲ قدری باشا در کتاب مرشد الحیران در ماده ۱۱ ملک را این‌گونه توصیف می‌کند: «ملک تام آن است که مالک در عین، منفعت یا انتفاع تصرف مطلق می‌کند و در نتیجه از عین مملوکه و نتایج و ثمرات آن منتفع می‌شود و تمامی تصرفات جائز را از آن می‌نماید». در ماده ۱۴ نیز می‌گوید: «تملك منافع اعيان بدون مالکیت نسبت به اعيان آن صحيح است چه عقار باشد یا مال منقول». ^۳ البته این نوع مالکیت مالکیت تام نیست.^۱

۱. همان.

۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵، ص ۱۱۳.

۳. یکی از نویسندگان فقهی در تبیین واژه ملک می‌گوید: اما فقهاء القانون فقل ان يستعملوا اسم ملک و انما يعبرون عن الملك بحق الملكية و هو تعبير قل ان نجده اولاً نجده في كتب السلف من الفقهاء الذين يرون الملك او الملكية تتعلق بالاعيان و بالمنافع و بالحقوق. فجميعها كما بينا تصلح ان تكون محلا للملك في نظرهم بينما نرى ان فقهاء القانون يرون ان حق الملكية حق عيني كما قدمنا لا يتعلق الا بالاعيان الماليه المعينه و لاتصلح المنافع و لا الحقوق محلا لها... (الخفيف، پیشین، ص ۲۵). همین نویسنده در کتاب دیگری در تعریف ملکیت می‌گوید: والملکيه قل ان يطلق عليها فقهاء الاسلام اسم الحق الا بمعناه الاعم كما في تعريف الدعوى و تعريف الاقرار و هم يذكرونها و يعرفونها بانها وصف شرعى يثبت لصاحبه نتيجة حيازة للمال حيازة ناشئه عن سبب من اسباب الملك و هذا الوصف الشرعى عباره عن مكنة او اباحه اعطاها الشارع للحائز لكي ينتفع بالمال او يتصرف فيه او يستحق عوضه و هذه كما ترى لا يتنافى مع ما ذكره علماء القانون في وصف حق الملكية غير ان علماء الشريعة مع هذا يجعلون الملكية شاملةً للملكية الاعيان و لملكية المنافع و يقسمونها بناء على ذلك ثلاثة اقسام: القسم الاول ملكيه عين و منفعتها... القسم الثانى ملكيه منفعه فقط... و القسم اثار ملكيه العين فقط. (الخفيف، على، *الحق و الذمه*، قاهره: دار الفكر العربى، ۱۴۳۱، صص ۸۴-۸۳).

۱. قدری باشا، محمد، *مرشد الحیران الى معرفة احوال الانسان*، مصر: مطبعة الكبرى الاميرية، چاپ دوم، ۱۳۰۸، صص ۴-۵: الخفيف، على، *الحق و الذمه*، پیشین، ص ۲۲.

۲.۳. منابع عقود

گفته شده است که در نظام حقوقی رومی ژرمنی، منابع تعهد عبارت‌اند از عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون. همان‌گونه که محور اصلی در عقود تعهد است در شبه جرم و الزامات خارج از عقد نیز مرکز اصلی و محور اساسی، تعهد است. تعهد به مفهوم رومی ژرمنی لزوماً مبتنی بر ضمان و دین و ذمه نیست. بنابراین در ساختار حقوق مدنی در حقوق رومی همان‌گونه که عقد نه از اسباب تملک، بلکه از منابع تعهد تلقی شده است، مسئولیت و شبه جرم نیز از اسباب تملک به شمار نیامده و به‌عنوان منبع تعهد مورد توجه واقع شده است. به همین دلیل است که مبانی مسئولیت مدنی در این نظام حقوقی به جای تأکید بر عنصر ضمان و ادله و قواعد باب ضمان با نگاه به رفتار زیان‌بار و اضراری فاعل زیان و توجه به عامل تقصیر در آن رفتار تحلیل می‌شود.

بر همین مبناست که ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران که ظاهراً ناظر به ماده ۷۱۱ قانون مدنی فرانسه^۱ است،^۲ به‌طور کلی متفاوت از ماده اخیرالذکر تنظیم شده است تا با مقررات اسلامی همخوانی داشته باشد. در ماده ۱۴۰ ق.م.مقرر شده است: «تملك حاصل می‌شود: ۱- به اجیاء اراضی موات و حیازت اشیای مباحه، ۲- به وسیله عقود و تعهدات، ۳- به وسیله اخذ شفعه، ۴- به ارث». در واقع در عقود و تعهدات یعنی عقد و الزامات خارج از قرارداد به‌جای اینکه این دو به‌عنوان منبع تعهد تلقی شوند، منبع مالکیت دانسته شده‌اند. در حالی که در ماده ۷۱۱ قانون مدنی فرانسه عقد و الزامات خارج از قرارداد به‌عنوان منبع مستقیم مالکیت شناخته نشده‌اند و اگر هم در موردی حصول مالکیت از طریق این دو نهاد میسر باشد، این امر در نتیجه عقود و الزامات به عنوان منبع تعهدات حاصل می‌شود. به این معنا که عقد و الزامات خارج از عقد به‌عنوان منبع تعهدات مطرح بوده، اثر این تعهدات ممکن است مالکیت باشد. به همین دلیل، ذیل ماده ۷۱۱

1. Article 711: La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.

۲. در ماده ۱۱۰۱ قدیم و جدید عقد منبع تعهد است نه منبع مالکیت، همچنان که در ماده ۱۳۷۰ بعد شبه عقد و شبه جرم به عنوان منبع تعهد مطرح شده‌اند. این در حالی است که با توجه به بند دوم ماده ۱۴۰، قانون مدنی ایران عبارت عقود و تعهدات را به کاربرده است و ظاهراً با توجه به اقتباس تقسیم‌بندی و تبویب از قانون مدنی فرانسه، منظور از واژه تعهدات در بند دوم، الزامات ناشی از نقض قرارداد و الزامات خارج از قرارداد است.

از جمله، شیوه‌های ایجاد مالکیت در اثر تعهدات ذکر شده‌اند.^۱

اما با توجه به اینکه قانون‌نویسان در ایران با هدف اقتباس یا انطباق قانون مدنی با فقه امامیه به تنظیم و تدوین قانون پرداخته‌اند، از واژه الزامات خارج از قرارداد که مبتنی بر اندیشه حقوق رومی و تفکر فرانسوی در خصوص نظریه عمومی تعهد بوده و اساساً حاکی از امر تکلیفی و نه وضعی و با نگاه به رفتار زیان‌بار و اضرائی فاعل زیان است، تخلیه مفهومی کرده و با ذکر مواردی مانند غصب، اتلاف، تسبیب و استیفا، سخن از ضمان قهری به میان آورده که امری وضعی و مبتنی بر نظریه مالکیت در فقه اسلامی است (ماده ۳۰۷ ق م: امور ذیل موجب ضمان قهری است: ۱- غصب و آنچه در حکم غصب است؛ ۲- اتلاف؛ ۳- تسبیب؛ ۴- استیفا).

با وجود این، قانون مدنی ایران هر چند در تقسیم‌بندی تعهدات به عقود و الزامات خارج از قرارداد از نظام حقوقی رومی و به‌ویژه قانون مدنی فرانسه الگوبرداری کرده،^۲ در بخش عقود و تعهدات به‌طور کلی، توجه مفهومی نیز به مقررات قانون مدنی فرانسه داشته؛ امری که سبب تعارض‌های جدی در مواد قانون مدنی ایران گردیده است. اما در بخش الزامات خارج از قرارداد و دسته‌بندی الزامات به دو فصل کلیات و ضمان قهری، از دسته‌بندی چهارگانه الزامات خارج از قرارداد در نظام حقوقی رومی (شعبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون) که مبتنی بر نظریه تعهدات تنظیم شده فاصله گرفته و با خودداری از به‌کارگیری واژه مسئولیت مدنی و با رویکرد فقهی به

۱. یکی از حقوق‌دانان با طرح مواردی که حقوق‌دانان فرانسوی از منابع تعهدات دانسته‌اند (عقد، تعهد یک‌طرفه، اعمال خلاف قانون (جرم و شبه جرم)، دارا شدن بدون سبب و اداره اموال غیر) می‌گوید، فقیهان امامیه جدول ذیل را برای منابع تعهدات ذکر کرده‌اند: الف) ضمان ید یعنی تصرف غیرقانونی در مال غیر (ماده ۳۰۸ به بعد قانون مدنی)؛ ب) ضمان غرور (ماده ۳۲۵ قانون مدنی)؛ ج) ضمان تعدی و تفریط در مورد امانا (ماده ۶۱۴ مواد دیگر قانون مدنی)؛ د) ضمان تلف قبل از قبض (ماده ۳۸۷ قانون مدنی)؛ ه) ضمان مقبوض به عقد فاسد (ماده ۳۶۱ قانون مدنی)؛ و) ضمان ناشی از حکم قانون. نفقه و جزای نقدی (مجرمانه)؛ ز) ضمان ناشی از عقود یعنی تعهدات ناشی از عقود (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ص ۱۱۹). در واقع این استاد حقوق در راستای دیدگاه قبلی خود مبنی بر پذیرش نظریه عمومی تعهدات در فقه امامیه و قانون مدنی ایران، همانند قانون مدنی فرانسه و دیدگاه حقوق‌دانان فرانسوی درصدد شمارش منابع تعهد برآمده است. در حالی که در فقه امامیه واژه تعهد مورد بررسی فقیهان قرار نگرفته و مورد اعتنای آنان نبوده و سخن از تعهدات و منابع تعهدات در فقه فاقد مستند قابل قبولی است. آنچه مورد توجه جدی فقیهان قرار گرفته تملیک و تملك و منابع آنهاست. واژه ضمان مشعر بر همین امر است.

۲. رک: مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰ عقود و تعهدات به‌طور کلی و مواد ۳۰۱ تا ۳۰۷ به الزامات خارج از قرارداد.

موضوع ضمان که در چارچوب احکام وضعی در فقه اسلامی تحلیل می‌شود، پرداخته و مبتنی بر نظریه تملیک و نه تعهد، به وضع مواد مربوط پرداخته است. به همین دلیل است که در این قانون - آن‌گونه که در نظام حقوقی رومی است - تقصیر مبنای ضمان و مسئولیت نیست. یکی از دانشمندان اسلامی در قلمرو فقه عامه در خصوص منابع تعهد در حقوق رومی و مقایسه آن با فقه اسلامی می‌گوید: فقه اسلامی با نظریه تعهدات رومی در بسیاری از مبانی اشتراکاتی دارد و وجه تمایز آن در برخی مبانی حقوقی و نظریات فرعی مربوط به مبانی و نظریات دیگر و یا در محدودیت‌هایی است که وجود دارد. منابع عام پنج‌گانه تعهد در حقوق غربی همگی از نظر مبانی در فقه اسلامی معتبرند: الف) نظریه عقد: که احکام کلی و فرعی موجود در عقود مختلف بر اساس آن به وجود آمده است. ب) نظریه اراده منفرد که در فقه اسلامی بر اساس آن همه تصرفاتی که غیر از متصرف هیچ‌کس حق تصرف ندارد، بر اساس آن به وجود آمده است. مانند وقف، وصیت، طلاق، اعتاق، ابراء، و کفالت و... ج) نظریه فعل زیان‌بار با فروعات فراوانش که جزئی از نظریه تعدی در ضمانات یا اتلاف یا تسبب در فقه اسلامی است. د) نظریه دارا شدن بلاجهت که در فقه اسلامی مسائل فراوانی مربوط به امور ضمان بر اساس آن به وجود آمده است.^۱ به نظر می‌رسد چنان‌که این نویسندگان نیز از ضمان سخن گفته است، آنچه در فقه اسلامی به‌عنوان منابع مطرح می‌شود، منابع مالکیت و تملیک است نه منابع تعهد و اصولاً تعهد مطرح در حقوق رومی گفتمان غالب در فقه اسلامی نبوده و کمتر مورد شناسایی قرار گرفته است. آنچه فقیهان در قلمرو عقود و ایقاعات و ضمانات به آن پرداخته‌اند، عقد، مالکیت و تملیک است نه تعهد.

۲.۴. ضمان قهری در فقه اسلامی

برخلاف قانون مسئولیت مدنی که بر مبنای نظریه تعهدات شکل گرفته و رویکرد آن تعیین ضمانت اجرای رفتار زیان‌آور است و به همین دلیل تقصیر جنبه محوری پیدا می‌کند، نگاه فقهی قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی آن است که جبران زیان به عنصر عینی تحلیل می‌شود.^۱

۱. زرقا، مصطفی احمد، *الفقه الاسلامی فی توبه الجدید*، جلد ۲، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم، ۱۹۴۹، صص ۱۱۳ به بعد.

۱. کاتوزیان، ناصر، *الزامات خارج از قرارداد*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۹، ص ۳۳۹.

در یکی از نوشته‌های تحلیلی حقوقی این امر به خوبی بیان شده است. «در مجموع دستاورد نتیجه‌گرایی و حق‌محوری این است که در نظام فقهی هر نوع رفتاری که نتیجه آن صدمه به حق‌ها و منافع مورد حمایت انسان دیگری شود و خود زیان‌دیده در بروز این صدمه اذن و اقدامی نداشته باشد، موجب ضمان به جبران زیان وارده خواهد بود و کافی است بتوان این ضرر وارده را به نحو علی و معلولی به فعل مرتکب منتسب دانست. بنابراین، وجود عنصر روانی در کیفیت رفتار زیان‌زننده تحت عناوین تقصیر (عمد و بی‌اجتباطی) به دلیل تکلیفی نبودن حکم ضمان اصولاً در تحقق ضمان قهری جبران خسارت نقشی ندارد.^۱ از تعابیر فقیهان استنباط می‌شود که ضابطه مورد توجه فقیهان بر عنصر عینی رفتار تأکید می‌کند و نه بر عنصر ذهنی فاعل. به همین دلیل به درجه‌بندی تقصیر توجه نمی‌شود و همه تأکیدها در فقه امامیه بر موجبات ضمان است نه دسته‌بندی تقصیر. از همین روی، برخی از موجبات ضمان متضمن رفتار مقصرانه و قابل سرزنش نیست. ائتلاف، تسبیب، استیلا، غیر عدوانی از این قبیل هستند».^۲

همانند قانون مدنی، در قانون مجازات اسلامی نیز قانون‌گذاران در ضمان قهری بر مبنای قواعد و ادله باب ضمان و هماهنگ با نظریه تملیک به تدوین مقررات پرداختند. به همین دلیل، متعاقب ورود صدمه جسمانی و بدنی، قبل از هر چیز اشتغال ذمه عامل زیان مطرح می‌شود.^۳ البته در قانون مجازات اسلامی دیات همانند حدود، تعزیرات و قصاص از اقسام مجازات شمرده شده است و این با رویکرد فقهی که تفکیکی بین جرم و خطای مدنی نمی‌شناسد، همخوانی کامل ندارد.

۲.۵. حق و ملک در فقه اسلامی

بنا بر آنچه گفته شد، تقسیم‌بندی حق به حق عینی و حق دینی در فقه امامیه مورد پذیرش قرار نگرفته و گفتمان فقهی در مفهومی قابل مقایسه، بر مفاهیم حق و ملک شکل گرفته است.^۱

۱. بابایی، ایرج، مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه بندی مسؤلیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶، شماره‌های ۷۹ و ۸۰، ص ۵۶.
 ۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۲۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۱۲۸؛ الحسینی المرآغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، جلد ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی، ص ۴۴۹.
 ۳. رک: به مواد ۳۴۸، ۳۵۴، ۳۵۱ و نیز مواد ۴۹۲، ۴۵۲ و ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی.
 ۱. محقق اصفهانی در تبیین رابطه حقیقت و ملکیت می‌گوید: لا علاقة بالاضافه الى المال الا علاقة الملكية او علاقة الحقیه (اصفهانی، شیخ محمدحسین، حاشیه مکاسب، جلد ۲، قم: مطبعه علمیه، ۱۴۱۹، ص ۱۸۵) ←

حتی برخی حق را نیز مصداقی از ملک تلقی کرده‌اند. این تفاوت، نتیجه‌های بسیار مؤثری در قلمرو حقوق خصوصی به‌جا گذاشته است. یک رویکرد به نظریه عمومی تعهدات منتهی شده و در همین راستا آنچه را در فقه اسلامی به‌عنوان اسباب ایجاد مالکیت مطرح شده، در نظام حقوقی رومی ژرمنی از منابع و اسباب ایجاد تعهد تلقی شده است.

در فقه اسلامی که تأکید بر رابطه حقوقی نبوده و بیشتر بر اسباب ایجاد روابط حقوقی اصرار ورزیده شده، از عقود و ایقاعات و موجبات قهری به‌عنوان اسباب ایجاد مالکیت یاد شده است و با توجه به اینکه قلمرو ملک و مالکیت در فقه اسلامی بسیار گسترده‌تر از حقوق رومی ژرمنی است، زیرا از یک‌سو در نظام حقوقی اخیرالذکر، متعلق مالکیت صرفاً عین معین دانسته شده و از سوی دیگر بر مبنای تقسیم حق به عینی و دینی، نظریه تعهدات به‌عنوان نظریه اساسی و عمومی در قلمرو اعمال و وقایع حقوقی مطرح شده است (و به‌طور کلی نتیجه حاصله در اعمال و وقایع حقوقی، ایجاد تعهد دانسته شده است)، درحالی‌که در فقه اسلامی که تقسیم‌بندی حق به عینی و دینی و در نتیجه نظریه تعهدات مورد توجه و پذیرش واقع نشده است و در گفتمان حق و ملک، دامنه مالکیت به‌قدری گسترده شده که عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه و حتی حقوق را در برمی‌گیرد و همچنین با توجه به تأکید بر اسباب ایجاد مالکیت (عقود، ایقاعات، اسباب، ضمان قهری)، به نظر می‌رسد نظریه حاکم در فقه اسلامی نظریه تملیک است نه نظریه تعهدات. گفتمان نظریه مالکیت در فقه امامیه با توجه به قلمرو گسترده آن، در سرتاسر آثار فقهی در حوزه معاملات و حتی عبادات، در شکل‌گیری مباحث حقوقی و تنظیم عقود و قراردادهای و موجبات ضمان نقش ویژه‌ای داشته است.

۲.۶. ذمه و عهده

مفهوم دارایی از حقوق فرانسه وارد حقوق ایران شده است. در تعبیری گفته شده، دارایی ظرفی اعتباری است که همه حقوق و تعهدات شخص در آن قرار می‌گیرد.^۱ اصل پیوستگی،

→ محقق ابروانی نیز در بیان این رابطه و تفاوت حق و ملک می‌گوید: ثم الظاهر ان الفرق بين الحق و الملك بعموم الاستيلاء و السلطان و خصوصه فالملك يكون بدخول الشئ تحت السلطان بتمام شئونه و كاهه حیثياته والحق يكون بدخوله تحت السلطان ببعض جهاته و حیثياته (ابروانی، میرزاعلی، **حاشیه مکاسب**، تهران: کیا، ۱۳۸۴، ص ۷۳).

۱. ابری و رو، جلد ۹، بخش ۵۷۴، به نقل از کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، تهران: نشر میزان، چاپ سی و نهم، ۱۳۹۲ ص ۲۸.

وحدت و قابل انتقال نبودن اصول حاکم بر دارایی هستند. بنابراین، دارایی وابسته به شخص، واحد و غیرقابل انتقال است. در حقوق اسلامی مفهومی که می‌تواند تا حد زیادی مشابه مفهوم دارایی باشد، مفهوم ذمه است.^۱ باوجوداین، ذمه برخلاف دارایی ظرف حقوق صاحب ذمه نیست، بلکه صرفاً ظرف دیون یا ظرف دیون و تعهدات صاحب ذمه است. در تعبیری گفته شده است: «الذِّمَّةُ فِي الْحَقِيقَةِ هِيَ وَعَاءٌ اِعْتَبَارِيٌّ اِفْتَرَضَهُ الْعَقْلُ لِالْاَمْوَالِ الرَّمَزِيَّةِ الَّتِي لَا وُجُودَ لَهَا فِي الْخَارِجِ كَيَّ يَكُونُ مَوْطِنًا لِتِلْكَ الْاَمْوَالِ تُتَّخَذُ كَرَمَزٍ لِالْاَمْوَالِ الْخَارِجِيَّةِ تُطَبَّقُ حَيْثُ اَلْتَّنْفِيذُ وَ الْاَدَاءُ عَلَى الْخَارِجِ تَطْبِيقًا لِلرَّمَزِ عَلَى ذِي الرَّمَزِ.^۲ همچنین گفته شده است: الذمه امر اعتباری يُعْتَبَرُهُ الْعَقْلُ لِالْاَشْخَاصِ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَوْنَ لَهُمْ مِنَ الْاِمْكَانَاتِ.^۳

باوجوداین، در فقه اسلامی اصطلاح دیگری در کنار ذمه با عنوان «عهده» به کار می‌رود که از جهاتی، مفهومی مشابه با اصطلاح دارایی در حقوق غربی دارد. به نظر می‌رسد در فقه اسلامی تمایل بر این است که روابط شخص با شخص حتی الامکان به رابطه شخص با شیء ارجاع شود. خلق مفهوم اعتباری ذمه به عنوان ظرفی برای دیون و تعهدات یکی از راه‌های عینی‌سازی روابط حقوقی است. در مواردی که برای آثار مالی عقد پایگاه مادی و عینی وجود نداشته باشد، فقها مفهوم ذمه را به عنوان ظرفی برای دارایی شخص و مظهر ثبوت آثار عقد اختراع کرده‌اند.^۴ شهید صدر در تمایز بین مفهوم ذمه و عهده می‌گوید: عهده و ذمه در ترکیب عقلایی و از نظر حقیقت، با هم فرق جوهری دارند. وی در تعریف ذمه می‌گوید: بسا برای عقلا اتفاق افتاده که هنگام تملیک و تملک، عین خارجی وجود نداشته تا تملیک و تملک بر آن عین انجام شود، مانند معامله‌ای که یکی از طرفین یا هر دو، مال خارجی نداشته باشند یا مانند جریمه قانونی از قبیل حکم علیه کسی که مال کسی را تلف کرده که باید مثل آن را به صاحبش بدهد و اگر مثل نباشد، قیمت آن را بدهد. در این موارد که عقلا به جعل تملیکات نیاز پیدا کرده‌اند و عین خارجی هم در دسترس نبوده، ظرفی به نام ذمه اختراع کرده‌اند که وجود اموالی در آن فرض شود و این

۱. السنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسة مقارنة بالفقه العربی*، پیشین، ص ۱۹.
۲. جواهری، حسن، *بحوث فی الفقه المعاصر*، بیروت: دار الذخائر، بی تا، ص ۱۵۰.
۳. منتظری، *دراسات فی المکاسب المحرمه*، قم: القدس، ۱۴۱۵، ص ۱۰۵.
۴. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۱۴؛ نعمت الهی، *ذمه و عهده در فقه شیعه*، مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۴، ۱۳۹۱، شماره ۹۰، ص ۱۵۹.

اموال در حقیقت مفاهیم خارجی‌اند که معنای حرفی در آنها لحاظ شده است، نه معنای اسمی. اما عهده یک ظرف اعتباری دیگر و مظروف آن نیز چیز دیگر است. عهده ظرف مسئولیت‌ها و تعهداتی می‌باشد که بر یک شخص مقرر شده است و فرق نمی‌کند این تعهدات از طرف خود شخص جعل شده باشد، مانند التزاماتی که یک شخص در قرارداد و پیمان‌ها، عهده می‌گیرد، مانند نذر، یا این تعهدات به شکل قانونی تعیین شده باشند، مانند عهده‌دار شدن نفقه خویشاوندان غیر از زوجه.^۱

چنان که ملاحظه می‌شود، مفهوم ذمه در فقه اسلامی به دلیل نیاز به جعل تملیک در مال غیر خارجی، توسط عقلا اختراع و اعتبار شده است. در حقیقت نیاز به تصویر مالکیت و تملیک در قراردادها، سبب اعتبار مفهوم ذمه در فقه اسلامی شده است؛ امری که در حقوق رومی ژرمنی که با محوریت تعهد شکل گرفته و تکامل یافته است، مورد نیاز و محل توجه نیست. این در حالی است که ضرورت اعتبار ذمه در فقه اسلامی بر اساس نیاز به جعل تملیکات در اموال غیر خارجی تحلیل می‌شود.

بر همین مبنا، تملیک ما فی الذمه در فقه اسلامی و قانون مدنی ایران مطرح و عقود کلی فی الذمه تملیکی دانسته شده‌اند. ترکیب دو ماده ۳۳۸ و ۳۵۰ قانون مدنی به قیاس منطقی این امر را نشان می‌دهد. در ماده ۳۳۸ آمده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». در ماده ۳۵۰ نیز مقرر شده است: «مبیع ممکن است مفروز باشد یا مشاع یا مقدار معین به طور کلی از شیء متساوی‌الاجزاء و همچنین ممکن است کلی فی الذمه باشد». در ماده اخیر اقسام عین مذکور در ماده ۳۳۸ شمارش شده و عین، اعم از عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه دانسته شده است که به حکم ماده ۳۳۸ در تمامی موارد سه‌گانه، بیع، تملیکی خواهد بود. با وجود این، برخی فقیهان و حقوق‌دانان در عقد اجاره با پذیرش تملیکی بودن اجاره منفعت معین یا منفعت کلی اشیا، از نظر مشهور که در اجاره عمل نیز مانند بیع و سایر عقود معاوضی، عقد را تملیکی دانسته‌اند، عدول کرده و معتقدند اجاره عمل (همانند آنچه در نظریه عمومی تعهدات و قانون مدنی فرانسه آمده است) عقدی عهدی است و تملیکی دانستن آن موافق دیدگاه

۱. صدر، محمدباقر، الحواله و حقیقتها و بعض مقوماتها: بخش اول، ناظر: حائری، السید علی الرضا، مجله فقه اهل البيت، سال ۱۳۷۹، شماره ۲۱، صص ۳-۴.

عقلایی نیست.^۱ برخی نیز بر این باورند که مالکیت در اجاره عمل به معنای مالکیت حق الزام است؛ «لا يَمْلِكُ الْمَالِكُ عَلَى الْعَامِلِ مَالاً شَخْصِيّاً أَوْ كُليّاً فِي الذِّمَّةِ وَ إِنَّمَا يَمْلِكُ عَلَيْهِ حَقُّ الْإِذْمَارِ خَاصَّةً».^۲ تتبع در آثار فقیهان نشان می‌دهد آنان اجاره را به عنوان عقدی تملیکی شناخته‌اند، هر چند برخی آثار عقود تملیکی مانند ضمان اجیر در صورت قصور در انجام عمل مورد اجاره را در مورد این عقد نپذیرفته‌اند.^۳ دقت در مفهوم مالکیت و توجه به آنچه که می‌تواند متعلق مالکیت باشد (اعم از عین، منفعت، کلی در ذمه، عمل و مفاهیم اعتباری)،^۴ درستی تلقی مشهور را توجیه می‌کند. در واقع، مشهور وزان مالکیت در اجاره عمل را وزان مالکیت نسبت به دین می‌داند، هرچند در صورت نقض تعهد اجیر در فرض عمد یا غیر عمد و در فرض فوت، دو حکم متفاوت را مطرح کرده و در فرض فوت بر خلاف فرض اول، ضمان را پذیرفته‌اند.^۵ با وجود این، حتی در صورت پذیرش عهدهی بودن عقد اجاره عمل به عنوان امری استثنایی، نظریه تملیکی بودن عقود در فقه اسلامی مخدوش نمی‌شود.

۲.۷. نظریه تملیک بر اساس تحلیل حکم تکلیفی و وضعی در عقود

نکته مورد توجه دیگر در این بحث آن است که در گفتمان فقه اسلامی سخن از حکم تکلیفی و وضعی است. چنان که به اجمال گفته شد، حکم شرعی یا تکلیفی است یا وضعی. حکم تکلیفی دستورهای خداوند در خصوص افعال و کردار بندگان است که طبق دیدگاه مشهور پنج نوع دانسته شده است: وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه. این احکام مستقیماً به افعال بندگان مرتبط است. حکم وضعی نیز ممکن است با احکام مکلفین مرتبط باشد، ولی این ارتباط

۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *کتاب الاجاره*، جلد ۲، ص ۱۶؛ خمینی، سید مصطفی، *خیارات*، جلد ۲، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۱۷۱.

۲. خویی، سید ابوالقاسم، *کتاب المساقاه*، جلد ۱، قم: انتشارات مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۹، ص ۵۶.

۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، جلد ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۰، ص ۳۰۲؛ حکیم، سید محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، جلد ۱۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ چهارم، ۱۳۹۱، ص ۱۷۷؛ نعمت‌اللهی، اسماعیل، *عهدهی یا تملیکی بودن اجاره اشخاص*، نامه مفید، ۱۳۸۵، شماره ۵۸.

۴. همان.

۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ص ۳۰۳؛ حکیم، سید محسن، پیشین.

مستقیم نیست؛ یعنی از سوی شارع مستقیماً نسبت به افعال مکلفین انشاء نمی‌شوند: از قبیل ملکیت، زوجیت، اهلیت، سببیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان.^۱

چنان‌که پیش‌تر گفته شد، در فقه اسلامی تقسیم حق به عینی و دینی مورد شناسایی قرار نگرفته است و عقود عمدتاً در قلمرو حقوق شخصی و تعهدات معنا و مفهوم پیدا نمی‌کنند و تعهد^۲ که امری تکلیفی است، مفاد عقد اصلی را تشکیل نمی‌دهد، بلکه عقود در حوزه مالکیت و حق تحلیل می‌شوند.

حال با توجه به این نکته که عقود تقریباً همیشه با نوعی ملکیت اعم از ملکیت عین معین یا کلی فی‌الذمه همراه است، ضمانات قهری نیز مبتنی بر مالکیت و دین تحلیل می‌شوند و فقیهان بر این اساس عقود و نیز ضمانات را مطالعه می‌کنند که آیا می‌توان وضعیتی را در فقه اسلامی ملاحظه کرد که عقدی بدون نگاه تملیکی و صرفاً با مفاد تعهد منعقد گردیده، الزام‌آور شناخته شود. در واقع آیا در دیدگاه مشهور در فقه اسلامی عقدی شناخته شده است که مفاد آن صرفاً حکم تکلیفی و تعهد باشد و حکم وضعی و ضمان یا تملیک از آن ایجاد نشود.

اینکه مشهور فقیهان امامیه تعهدات ابتدائی را الزام‌آور ندانسته و اندراج این تعهدات را به صورت شرط ضمن‌العقد یا در قالب عقد صلح پیشنهاد کرده و به‌طور گسترده بحث شروط ضمن‌العقد و عقد صلح ابتدایی را مورد بحث و کنکاش قرار می‌دهند، از همین حقیقت ناشی می‌شود که آنان مفاد تعهد را جز التزام و حکم تکلیفی ندانسته و اصولاً عقود را که بدون ایجاد حکم وضعی صرفاً تعهد ایجاد می‌کنند، جز در موارد مصرح، الزام‌آور نمی‌شناسند. حکم تکلیفی، التزام و تعهد ایجاد می‌کند و از ضمان و تملیک بیگانه است. با این توضیح، عقود را می‌توان از این نظر که مفادشان حکم وضعی (تملیک) است یا حکم تکلیفی تعهد،^۳ در چهار بخش عقود تملیکی، عقود اذنی، عقود عهدی و عقود خاص مانند کفالت، صلح و مبحث شروط به‌اجمال تحلیل کرد:

در عقودی که تملیکی گفته می‌شوند، مانند بیع، اجاره، هبه، وقف، معاوضه، قرض و ... به‌محض انعقاد عقد، مالکیت منتقل می‌شود و اثر اول و موضوع آنها تملیک است و تردیدی در

۱. محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، صص ۴۵-۴۴.

2. Obligation

3. Obligation

وجود حکم وضعی نیست. در عقود اذنی، نکته اول آن است که فقیهان در خصوص عقد بودن یا عقد نبودن این قراردادها اختلاف کرده‌اند. برخی مفاد آنها را اذن و از قلمرو عقود خارج دانسته و مشمول اوفوا بالعقود تلقی نکرده‌اند.^۱ البته مشهور فقیهان این عقیده را نپذیرفته‌اند. نکته دیگر آنکه اصولاً مفاد این عقود نیابت در تصرف است و طرف قرارداد به قائم‌مقامی از طرف دیگر اقدام به انجام عملی می‌کند. ضمن اینکه می‌توان در تحلیلی، مفاد بیشتر عقود اذنی را ضمانی و مشتمل بر اشتغال ذمه تحلیل کرد.

در عقود عهدی به تعبیر فقیهان (در مقابل عقود اذنی) اثر اصلی آنها انتقال مالکیت خواهد بود. در عقود نیز که معمولاً حقوق دانان آن را عهدی نام‌گذاری می‌کنند، مانند ضمان، حواله و قرض، تردیدی نیست این عقود در قلمرو مالکیت ذمه قابل تفسیر و تحلیل‌اند. فقیهان نیز این عقود را بر همین اساس بررسی می‌کنند. در همین راستا، عقود مربوط به کلی فی‌الذمه که در آثار حقوقی و حقوقی و حقوق فرانسه به‌عنوان عقود عهدی مطرح می‌شوند، بدون شک در فقه اسلامی با توجه به مفاهیم ضمان و ذمه، از جمله عقود تملیکی تلقی می‌شوند.^۲

در برخی عقود، مانند کفالت، بنا بر تعریف فقیهان که آن را عقد شرع للتعهد بالنفس دانسته‌اند،^۳ برخی گفته‌اند ممکن است عقد کفالت، عقدی شخصی و عهدی همانند آنچه در حقوق رومی تحلیل می‌شود، تلقی گردد.^۱ اما به نظر می‌رسد می‌توان از دیدگاهی تحلیلی موضوع را این‌گونه تفسیر کرد که در عقد کفالت مانند سایر عقود تملیکی، ذمه کفیل مملوک واقع می‌شود؛ به‌گونه‌ای که در صورت عدم انجام تعهد، خود او باید از عهده مال برآید. به تعبیر دیگر، حاضر کردن مکفول صرفاً یک امر تکلیفی نیست.^۲ در حقیقت در زمان حیات کفیل، ذمه او

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، پیشین، ص ۸۲.

۲. نعمت الهی، اسماعیل، پیشین، ص ۱۶۹؛ برای دیدن دیدگاه حقوق دانان در تعریف عقد عهدی و تملیکی، رک: امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة، ۱۳۴۰، ص ۱۷۳؛ امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۴، همان، صص ۵۹-۵۸؛ شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۸۳، کاتوزیان، ناصر، **نظریه تعهدات**، تهران: نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۷۵؛ صفایی، سید حسن، پیشین، ص ۴۰.

۳. علامه حلی، **تذکره الفقهاء**، جلد ۱۴، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۵، ص ۳۸۷.

۱. موسوی بجنوردی، سید حسن، **القواعد الفقهیه**، جلد ۳، قم: الهادی، ۱۳۷۷، ص ۱۷۰؛ بحرانی شیخ یوسف، **الحدائق الناضرة**، جلد ۲۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵، ص ۱۰۰؛ حسینی سیستانی، **منهاج الصالحین**، جلد ۲، ۱۴۱۵، ص ۳۲۲.

۲. بیگدلی، پیشین، ص ۱۱.

مشغول است، اما این دین، دینی معلق است؛ به گونه‌ای که اگر قبل از مرگ کفیل ضمان استقرار یابد، با فوت کفیل باید دین را بر ذمه او ثابت دانست. اما قبل از استقرار تعهد کفیل صرفاً تعهد و تکلیفی بوده که با فوت منتفی شده است. این تفسیر در آثار فقیهان دیده نشده است، مفتاح الکرامه می‌گوید: «الظاهر أنه ليس له ذلك لأن ذلك حق متعلق بنفسه لا بماله و إنما عاد في بعض الصور بالآخره إلى ماله»^۱. با وجود این، برخی استثنائات خللی به نظریه تملیک وارد نمی‌سازد.

۱. حسینی عاملی، سید جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة للفقیه*، جلد ۱۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۹، ص ۶۰۵؛ همچنین رک: بیگدلی، ص ۱۱۲.

نتیجه گیری

نظریه عمومی تعهدات در نظام حقوقی رومی ژرمنی مبنا و محور اصلی حقوق مدنی، به ویژه در بخش قراردادهای و الزامات خارج از قرارداد است. این امر در برخی نظام‌های حقوقی، مانند سیستم حقوقی فرانسه و آلمان، به خوبی منعکس شده است. قوانین مدنی در این نظام‌ها بر مبنای این نظریه عمومی شکل گرفته است و تحلیل‌های حقوقی نیز بر اساس نظریه مزبور انجام می‌شود. بسیاری از کشورها در سرتاسر جهان با اقتباس از قانون مدنی فرانسه، محور نظام قراردادهای و الزامات خارج از قرارداد خود را نظریه عمومی تعهدات قرار داده‌اند، اتفاقی که می‌خواست در ایران نیز به وقوع بپیوندد، اما در نهایت تصمیم بر آن شد که قانون مدنی بر اساس فقه اسلامی (فقه امامیه) به عنوان حقوق بومی تنظیم شود. با وجود این، ترکیب نویسندگان قانون مدنی به گونه‌ای بوده است که این قانون به شکلی غیرمنطقی و مختلط از مقررات قانون فرانسه، سوئیس و حقوق اسلام تدوین شده است. در واقع، در مواردی بر مبنای نظریه عمومی تعهدات (فرانسوی) و در موارد بیشتری مبتنی بر نظریه تملیک (فقه اسلامی) تنظیم شده است. این امر سبب بروز تعارض‌هایی در مقررات قانون مدنی گردیده است.

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 اضرار و 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 است 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 می‌رود.

با وجود آنکه برخی حقوق‌دانان متوجه تمایز این دو نظریه در نظام حقوقی رومی ژرمنی و حقوق اسلامی بودند، گروهی دیگر به اشتباه حقوق اسلام و قانون مدنی ایران را به طور کلی بر مبنای نظریه تعهدات تحلیل و تفسیر می‌کردند. البته برخی معتقدان به دیدگاه اخیر از اشتباه خود عدول کرده و پذیرفته‌اند که فقه اسلامی و بسیاری مقررات قانون مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات نیست، ولی به جای آنکه نظریه عمومی تملیک را بپذیرند، از التزامات سخن گفته‌اند. به نظر

می‌رسد نظریه حاکم در فقه اسلامی در قلمرو قراردادهای و الزامات غیر قراردادی نظریه عمومی تملیک است و فقه اسلامی نظریه تعهدات را مورد شناسایی قرار نداده است. ضرورت دارد قانون مدنی در صورت فراهم آمدن بسترهای مناسب و لازم نرم‌افزاری و سخت‌افزاری به دنبال پذیرش مبنای تملیک، اصلاح و بازنگری شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۴۰.
۲. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۴، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۴۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مکتب‌های حقوقی در اسلام**، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **وسیط در ترمینولوژی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق تعهدات**، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **الفارق**، جلد ۲، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۷. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران: مجد، ۱۳۹۸.
۸. صفایی، سید حسن، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
۹. فاضل لنکرانی، محمد، **سیری کامل در اصول فقه**، جلد ۱۴، قم: فیضیه، ۱۳۷۹.
۱۰. قنواتی، جلیل، سید حسن وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی پور و سید مصطفی محقق داماد، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۸.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، **اعمال حقوقی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۳.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، **الزامات خارج از قرارداد**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۹.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، تهران: نشر میزان، چاپ سی و نهم، ۱۳۹۲.
۱۴. کاتوزیان، **عقود معین**، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۲.
۱۵. کاتوزیان، ناصر **نظریه عمومی تعهدات**، تهران: نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴.
۱۶. محقق داماد، مصطفی، **نظریه شروط و التزامات**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰.

مقاله

۱۷. بابایی، ایرج، **مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه‌بندی مسئولیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام**، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۷۹ و ۸۰.
۱۸. قنواتی، جلیل، حسین جاور و مهشید جعفری هرنندی، **بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم**، مطالعات اسلامی، فقه و حقوق، ۱۳۹۲، شماره ۹۲.
۱۹. نعمت الهی، اسماعیل، **تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، ۱۳۸۹، شماره ۳.
۲۰. نعمت الهی، اسماعیل، **عنصر وضع و تکلیف در تعهد**، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۲۵.
۲۱. نعمت الهی، اسماعیل، **ذمه و عهده در فقه شیعه**، مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۴، پاییز ۱۳۹۱، شماره ۹۰.

رساله

۲۲. بیگدلی، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۲.

ب) منابع عربی

۲۳. اراکی، محمدعلی، **کتاب البیع**، جلد ۱، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۵.
۲۴. اصفهانی، شیخ محمدحسین، **حاشیه مناسب**، جلد ۱، قم: مطبعه علمیه، ۱۴۱۹.
۲۵. اصفهانی، شیخ محمدحسین، **حاشیه مکاسب**، جلد ۲، قم: مطبعه علمیه، ۱۴۱۹.
۲۶. اصفهانی، شیخ محمدحسین، **حاشیه مکاسب**، جلد ۵، قم: مطبعه علمیه، ۱۴۱۹.
۲۷. اصفهانی، شیخ محمدحسین، **کتاب الاجاره**، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹.
۲۸. انصاری، شیخ مرتضی، **رسائل الفقهیه**، جلد ۲، قم: منشورات دار القرآن الکریم، ۱۴۱۵.
۲۹. انصاری، مرتضی، **مکاسب**، جلد ۵، قم: تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۵.

۳۰. ایروانی، میرزاعلی، **حاشیه مکاسب**، تهران: کیا، ۱۳۸۴.
۳۱. بحر العلوم، سید محمد، **بلغه الفقیه**، تهران: مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳.
۳۲. بحرانی شیخ یوسف، **الحدائق الناضرة**، جلد ۲۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵.
۳۳. بدران، ابوالعینین بدران، **تاریخ الفقه الاسلامی**، بیروت: دارالنهضة العربیه، ۱۴۰۹.
۳۴. تونی، عبدالله بن محمد، **الوافیه**، قم: مجمع الفكر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲.
۳۵. حسینی سیستانی، **منهاج الصالحین**، جلد ۲، قم: مکتب آیه الله سیستانی، ۱۴۱۶.
۳۶. حسینی عاملی، سید جواد، **مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة للفقیه**، جلد ۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۹.
۳۷. حسینی عاملی، سید جواد، **مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة للفقیه**، جلد ۱۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۹.
۳۸. حسینی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین الفقهیه**، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسين، چاپ دوم، ۱۴۱۷.
۳۹. حکیم، سید محسن، **مستمسک العروه الوثقی**، جلد ۱۳، قم: انتشارات کتابخانه مرعشی، ۱۴۰۴.
۴۰. حکیم، سید محمدتقی، **الاصول العامه للفقہ المقارن**، بیروت: مؤسسه آل البيت للطباعة، ۱۹۷۹.
۴۱. حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر، **تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه**، جلد ۱، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۲۰.
۴۲. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام**، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸.
۴۳. خراسانی، محمدکاظم بن حسین، **حاشیه مکاسب**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶.
۴۴. خراسانی، ملاً محمدکاظم، **کفایة الاصول**، جلد ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹.
۴۵. الخفیف، علی، **الحق و الذمه**، قاهره: دار الفكر العربی، ۱۴۳۱.
۴۶. الخفیف، علی، **الملکیه فی الشریعة الاسلامیه مع المقارنه بالتشريع الوضعیه**، نصر: دارالفکر العربی، دارالفکر العربی، ۱۴۱۶.

۴۷. خمینی، روح الله، **کتاب البیع**، جلد ۱، قم: موسسه انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
۴۸. خمینی، سید مصطفی، **خيارات**، جلد ۲، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۴۹. خویی، سید ابوالقاسم، **اجودالتقریرات**، جلد ۲، قم: کتابفروشی مصطفوی، چاپ دوم، ۱۳۶۸.
۵۰. خویی، سید ابوالقاسم، **کتاب المساقاه**، جلد ۱، قم: انتشارات مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۹.
۵۱. زرقا، مصطفی احمد، **الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید**، جلد ۲، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۹۴۹.
۵۲. سلطان، انوار، **مصادر الالتزام فی القانون المدنی**، عمان: مکتب دار الثقافه، ۲۰۱۱.
۵۳. سنهوری، عبدالرزاق، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸.
۵۴. سنهوری، عبدالرزاق، **مصادر الحق فی الفقه اسلامی: دراسة مقارنة بالفقه الغربی**، جلد ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۷.
۵۵. شیخ انصاری، مرتضی، **مکاسب**، جلد ۳، قم: تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۵.
۵۶. صدر، سید محمدباقر، **دروس فی علم الاصول**، جلد ۱، بیروت: دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶.
۵۷. صدر، سید محمدباقر، **المعالم الجدیده للأصول**، تهران: مکتبه النجاح، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۵۸. صدر، سید محمدباقر، **الحواله و حقیقتها و بعض مقوماتها: بحث اول**، ناظر: حائری، السید علی الرضا، مجله فقه اهل البیت، ۱۳۷۹ شماره ۲۱.
۵۹. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، **مستمسک العروه الوثقی**، جلد ۱۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.
۶۰. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، **مستمسک العروه الوثقی**، جلد ۱۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.
۶۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، **حاشیه مکاسب**، جلد ۱، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۰.

- ۶۲ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **العروة الوثقی**، جلد ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۰.
- ۶۳ علامه حلی، **تذکره الفقهاء**، جلد ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۵.
- ۶۴ قدری باشا، محمد، **مرشد الحیران الی معرفة احوال الانسان**، مصر: مطبعة الكبرى الامیریة، چاپ دوم، ۱۳۰۸.
- ۶۵ کاشف الغطاء، شیخ محمدحسین، **تحریر المجله**، جلد ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، بی تا.
- ۶۶ مشکینی، شیخ علی، **اصطلاحات الاصول و معظم ابجاثها**، قم: انتشارت الهادی، ۱۳۷۱.
- ۶۷ مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهه (کتاب البیع)**، جلد ۱، قم: مدرسه علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۵.
- ۶۸ موسوی بجنوردی، سید حسن، **القواعد الفقہیہ**، جلد ۳، قم: الهادی، ۱۳۷۷.
- ۶۹ نایینی، **المکاسب و البیع**، جلد ۱.
- ۷۰ نائینی، میرزا محمدحسین، **منیه الطالب**، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳.
- ۷۱ نجفی، محمدحسن، **جواهر الاحکام فی شرح الشرائع السلام**، جلد ۲۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴.
- ۷۲ نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد ۲۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.
- ۷۳ نراقی، احمد بن محمد مهدی، **عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵.
- ۷۴ نعمت الهی، اسماعیل، **تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبطه**، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۳.

۷۵. نعمت‌اللهی، اسماعیل، *عهدی یا تملیکی بودن اجاره اشخاص*، نامه مفید، ۱۳۸۵، شماره ۵۸.
۷۶. نعمت‌اللهی، اسماعیل، *موضوع عقد و مورد معامله*، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲.
۷۷. نعمت‌اللهی، اسماعیل، *عنصر وضع و تکلیف در تعهد*، *مجله حقوق اسلامی*، ۱۳۸۹، شماره ۲۵.
۷۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *کتاب‌الاجاره*، جلد ۲، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۳۳.

ج) منابع انگلیسی

Book

79. Zimmermann, Reinhard, *Law of Obligation*, Oxford University Press, 1996.

Internet site

80. www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle.