

## تأملی بر مفهوم «تعهد و التزام» در فقه امامیه و حقوق ایران

نصراله جعفری خسروآبادی\*

### چکیده

در فقه امامیه و قانون مدنی دو اصطلاح مترادف «تعهد و التزام»، در کاربرد اسمی به معنای تکلیف به انجام یا ترک عمل و در کاربرد مصدری به معنای «عهد بستن و به عهده گرفتن» می‌باشد. در صورتی که موضوع آن یک «مضمون انشایی و اعتباری» نظیر تملیک یا زوجیت باشد، تشکیل دهنده مفهوم عقد است. در این معنا، تعهد سبب عقد است و نه اثر آن و هیچ ارتباطی با تعریف مرسوم از تعهد در حقوق غرب به معنای «رابطه حقوقی بین دو شخص» ندارد. در عین حال گروهی از حقوقدانان، بدون توجه به این معنا، تعریف مرسوم از تعهد را به عنوان مفهوم اصلی و اولیه آن در نظر گرفته و تعریف برخی دیگر از مفاهیم حقوقی از جمله تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی را با تعاریف حقوق خارجی یکسان دانسته و اشکالات گسترده‌ای بر آن وارد دانسته اند که مورد انتقاد نگارنده است.

واژه‌های کلیدی: التزام، تعهد، عقد، رابطه حقوقی، فقه امامیه.

### ۱. مقدمه

گرچه به دیده ظاهربین در ادبیات حقوقی، معنا و مفهوم دو اصطلاح «تعهد» و «التزام» به دلیل کثرت استعمال، امری ساده می‌نماید و شناخت مفهوم آن پژوهش و تحقیق نمی‌طلبد، لیکن «عقل را خوار کند دیده ظاهربین...» و اندکی تأمل، خطای این دیده را آشکار و ضرورت تحقیق بر متفکر و محقق عالم حقوق پوشیده نمی‌ماند؛ چرا که این دو اصطلاح در حقوق اسلامی و متون فقهی، در معانی مختلفی مورد استفاده قرار گرفته‌اند که مفهوم شناسی دقیق آن‌ها، در شناخت ماهیت، آثار و احکام تأسیس‌های حقوقی مرتبط، تأثیرگذار است. به علاوه از این دو اصطلاح در حقوق مدنی و کلام حقوقدانان نیز به وفور استفاده می‌شود که در کلام حقوقدانان این دو اصطلاح به نحو صحیح مفهوم شناسی نشده و بعضاً با اصطلاح مشابه حقوق خارجی (obligation) یکسان پنداشته شده و شناخت برخی از تأسیس‌های حقوقی مرتبط را تحت تأثیر قرار داده است. این در حالی است که اصطلاح تعهد در حقوق اسلامی به خصوص در کاربرد مصدری آن هیچ وجه مشترکی با اصطلاح «تعهد» در حقوق خارجی ندارد. در این راستا مفهوم اصطلاح تعهد و التزام در قانون مدنی نیز چندان روشن نیست و این امر به عدم شناخت صحیح این دو اصطلاح و خلط آن با مفهوم مشابه خارجی دامن زده است. لذا در این تحقیق پس از بیان معنای لغوی، به شناخت تعریف اصطلاحی می‌پردازیم و در پایان بر مبنای فقه اسلامی که مهمترین منبع اقتباس قانون مدنی است، به شناخت صحیح مفهوم این دو اصطلاح در قانون مدنی خواهیم پرداخت و از این رهگذر آثار شناخت دقیق مفاهیم حقوقی و ضرورت تحقیق را آشکار می‌سازیم.

### ۲. تعریف لغوی

تعهد، مصدر باب تفاعل و ریشه آن واژه «عهد» است؛ از این رو شناخت معنای لغوی آن در گرو شناخت معنی «عهد» است. «عهد» در اکثر لغتنامه‌های عرب به معنای «وصیت»، آمده است (فراهیدی ۱۴۰۹: ۱۰۲؛ آل یاسین و صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۱۱۲؛ طریحی ۱۴۱۴: ۱۱۲) امان، سوگند، ذمه و حفاظ (نگهدارنده) (جوهری، ۱۳۷۶: ۵۱۵؛

فیومی (۱۴۱۴: ۴۳۲)؛ اما برخی از لغتشناسان بر این عقیده‌اند این لغت یک معنای واحد دارد و اصل آن «نگهداری از شی» است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۱۶۷). به بیان دیگر «حفظ و نگهداری از چیزی و مراقبت از آن در همه احوال» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۹۱) و یا «نگهداری و مراعات پی در پی در شیء» را عهد می‌گویند (قرشی بنایی، ۱۴۱۲: ۵۹) و از این رو «اوفوا بالعهد» به معنای پایبندی به حفظ ایمان است و پیمان را نیز از آن جهت عهد دانسته‌اند که مراعات و حفظ آن لازم است. به این مناسبت تعهد به معنای «قبول نگهداری و حفظ چیزی و نو کردن نگهداری از آن (نگهداری و حفظ مستمر و پی در پی)» آمده است.

لازم به ذکر است مفسرین قرآن نیز برای «عهد» معانی مختلفی ذکر کرده‌اند. از نظر برخی از مفسرین این لغت چند معنی دارد «یکی به معنی عقد میثاق باشد، چنان‌که گویند: با فلانی عهدی کردم، یا به معنی رویت (دیدن و ملاقات کردن) است. چنان‌که گویند: عهد من به فلان دیر است یا نزدیک و یا به معنی وصیت باشد چنانچه گویند به دیگری عهد کردم، یعنی به او وصیت کردم». (ابوالفتوح رازی، ۱۳۷۱: ۱۸۳) در عین حال گروهی از مفسرین آن را به معنای «التزام به چیزی و عقد قلبی بر آن» (طباطبائی، ۱۳۷۸: ۶۵۱)، «التزام خاص در مقابل خداوند یا شخصی، بر امری مخصوص» (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۵۴۵) یا «التزام خاص در مقابل شخص بر انجام امری دانسته و حفظ و نگهداری را از آثار و وصیت، سوگند و ... را از مصادیق یا اسباب آن می‌دانند» (مصطفوی، ۱۳۸۵: ۲۴۶)؛ بنابراین «تعهد» به معنای اختیار کردن و انتخاب کردن عهد و التزام و یا امری است که حفظ و نگهداری آن لازم باشد. به بیان دیگر پذیرش ارادی و اختیاری عهد (در معنای اسمی)، تعهد است و معنای مترادف با التزام دارد چرا که التزام نیز در مفهوم مصدری به معنای «عهده‌دار شدن کاری، پذیرش مسئولیت و تکلیف، موظف شدن و خویشتن را به انجام کاری مجبور ساختن» است. (فرهنگ لغت عمید، ذیل واژه التزام). لازم به ذکر است «التزام» از ریشه «لزم» است که «لزم» به معنای «ثابت کردن و واجب کردن» (فیومی، ۱۴۱۴: ۵۵۲) و یا ثابت کردن به گونه‌ای که جدا نشود و ثابت کردن به گونه‌ای محکم» است. (حمیری، ۱۴۲۰: ۶۰۴۲) از این رو «التزام» نیز به معنای ثابت کردن امری به نحو محکم به عهده خود به گونه‌ای که همراه و ملازم او

باشد، (فیومی، ۱۴۱۴: ۵۵۳) و یا «پذیرش و به ذمه و عهده گرفتن امری» است (طریحی، ۱۴۱۴: ۱۶۲). لذا در این تحقیق، دو اصطلاح را در معنای یکسان به کار می‌بریم.

### ۳. تعریف اصطلاحی

#### ۳.۱. تعریف تعهد در اصطلاح حقوقدانان

برخی از حقوقدانان، بدون تفکیک معنای مصدری و اسم مصدری، تعهد را مترادف با اصطلاح مشابه حقوق خارجی یعنی obligation دانسته و بر این اساس به معنای «رابطه حقوقی بین دو شخص که به موجب آن متعهد له می‌تواند متعهد را ملزم به انجام کار یا ترک کار یا انتقال مالی بنماید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۵؛ یزدانیان، ۱۳۹۲: ۷۱) تعریف نموده‌اند. از نظر این گروه، تعهد یک کاربرد دارد و به معنای رابطه‌ی حقوقی بین دو شخص در نظر گرفته می‌شود که موضوع آن انجام یا ترک کاری است. برخی نیز در تعریف مشابهی تعهد را به معنای «وضعیت قانونی دانسته‌اند که شخص معین به انتقال دادن حق عینی یا اقدام یا عدم اقدام به عملی موظف و ملتزم می‌شود». (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۴).

گفتنی است obligation که در منابع فارسی به «تعهد» و در منابع عربی به «التزام» و «موجب» ترجمه شده، تأسیس حقوقی است که از واژه لاتین obligatio مشتق و عمدتاً این‌گونه تعریف شده است: «تعهد یک رابطه حقوقی است که ما را ملزم به انجام کاری به نفع دیگری بر اساس قانون می‌نماید.» (Helge, p1) برخی نیز آن را به رابطه حقوقی<sup>۱</sup> میان متعهد و متعهد له تعریف می‌کنند که یک طرف را قادر می‌سازد از دیگری چیزی بخواهد (Malaurie, 2007:30). لذا از منظر ترمینولوژی رومی «تعهد یک رابطه حقوقی» دو طرفه بین دو شخص است (Zimmermann, 1992:2) و این رابطه قانونی یا حقوقی شخصی، جوهره و ماهیت اصلی تعهد را تشکیل می‌دهد (عبدی پور، ۱۳۹۱: ۶۷).

در عین حال گروهی از حقوقدانان ایران، برای تعهد دو معنا و کاربرد مصدری و اسم مصدری در نظر گرفته‌اند لیکن به شناخت دقیق معنای مصدری آن نپرداخته‌اند و

به گونه‌ای همانند گروه اول، معنا و مفهوم تعهد در حقوق داخلی را به مفهوم obligation در حقوق خارجی مرتبط ساخته‌اند. تعهد در معنای مصدری را برخی این‌گونه تعریف کرده‌اند: «رابطه میان دو شخص که به موجب آن، یکی از آن دو باید مالی را به دیگری بدهد یا کار معینی را برای او انجام دهد و یا از انجام کار معینی خودداری ورزد.» (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۶۷) که این تعریف نیز با تعریف تعهد در حقوق غرب یکسان است؛ اما برخی تعهد در این معنا را «به معنای بر عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد» می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۶؛ نعمت الهی، ۱۳۸۹: ۷-۳۵).

در هر حال بر اساس این تعاریف، موضوع تعهد یکی از سه امر است: دادن مال، انجام عمل اعم از مادی یا حقوقی و خودداری از انجام عمل معین، اعم از مادی و یا حقوقی و در واقع نتیجه تعهد به این معنا، تعهد به معنای اسمی مصدری آن است که در ادامه به تعریفان خواهیم پرداخت.

تعهد به معنای اسم مصدری، عبارت از وظیفه و تکلیف حقوقی است که قانوناً بر عهده متعهد ثابت شده است که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهد له به وسیله مرجع قضائی، ملزم به انجام آن خواهد شد (شهیدی، ۱۳۸۴: ۴۲). «تعهد» به این معنا ممکن است به اراده شخص، یعنی از طریق تعهد به معنای اول بر عهده او قرار گیرد و یا بدون اراده او و مستقیماً به حکم قانون ثابت شود. در واقع تعهد به معنای اسم مصدری گاه معلول عمل حقوقی و گاه ناشی از واقعه حقوقی است؛ بنابراین در این معنا التزام یا تعهد، به معنای تکلیف شخص به دادن مال، انجام عمل یا خودداری از انجام عمل است (عبدی‌پور، ۱۳۹۱: ۷۲).

برخی از حقوقدانان نیز بر این عقیده‌اند «کلمه تعهد در حقوق کنونی به دو معنی به کار می‌رود: ۱- معنی عام که شامل تمام حقوق دینی می‌شود ۲- معنی خاص که ناظر به دیون ناشی از عقد است و در برابر واژه الزام خارج از قرارداد قرار می‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۹) البته ایشان برای تعهد در قرآن و فقه معنای گسترده‌تری قائل و بیان می‌دارند: «در فقه و قرآن عهد و تعهد به معنای وسیع‌تری به کار برده می‌شود و شامل پیمانی که التزام را به وجود می‌آورد (مرادف با عقد) می‌گردد. در ماده ۵۶۵ قانون

مدنی نیز که اعلام می‌کند: جعاله تعهدی است جایز...، تعهد به همین معنا است» (همان: ۱۸) اما به تحلیل و مفهوم شناسی این معنا نپرداخته و آن را رها نموده و در نهایت تعهد را همانند سایر حقوقدانان به معنای «رابطه حقوقی بین دو شخص ...» تعریف کرده‌اند. ناگفته نماند التزام نیز در اصطلاح حقوقدانان دارای دو معنی مصدری و اسم مفعولی است و معنایی مترادف با تعهد دارد که از نظر برخی، در معنی دوم کمتر به کار می‌رود. (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۵) در معنی مصدری به معنی ملتزم شدن و بر عهده گرفتن و در معنی مفعولی به تکلیف قانونی اطلاق می‌شود که بر عهده شخص ملتزم ثابت می‌شود (عبدی‌پور، ۱۳۹۱: ۷۲).

در عین حال در کشورهای عربی بیشتر از لفظ التزام استفاده می‌شود تا تعهد. (سعدی، ۱۹۹۸: ۵؛ فرج توفیق، ۲۰۰۹: ۸؛ سلطان، بی تا: ۳؛ سعد، ۱۹۹۸: ۲) سنه‌وری در این باره لفظ «التزام» را بر تعهد ترجیح می‌دهد و آن را برای بیان مقصود رساتر می‌داند زیرا به نظر او از لفظ تعهد، التزامات ناشی از قرارداد برداشت می‌شود در حالی که التزام اعم از تعهد است (سنه‌وری، ۱۹۷۵: ۳)؛ ولی به نظر می‌رسد در فقه امامیه و حقوق ایران هر دو اصطلاح معنای مترادفی دارند؛ لذا هر دو عبارت را به یک معنا به کار می‌بریم و آن دو را یکسان می‌دانیم.

### ۳.۲. تعریف اصطلاحی تعهد و التزام در حقوق اسلامی

از دیدگاه فقهی نیز تعهد و التزام دو معنای مصدری و اسمی دارد. در کاربرد اسمی به معنای تکلیف شخص به انجام یا خودداری از انجام عملی است و لذا در برخی از عبارتهای فقها؛ «شرط فعل»، به التزام معنا شده است، چنان‌که شرط یا اشتراط عدم تصرف به معنای التزام عدم تصرف تلقی شده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۹۳)؛ یا «التزام بایع و مشتری به تسلیم عوضین» نیز به معنای تکلیف قانونی یا قراردادی آن‌ها به تسلیم عوضین است (حسینی، بی تا، ۳۹۰؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۵۸۰) که منظور از این التزام، التزام در معنای اسمی آن است.

تعهد و التزام در معنای مصدری به معنای «عهد بستن و به عهده گرفتن و یا ملتزم

شدن» است که در حقوق اسلامی در این معنا کاربرد بیشتری دارد و به اعتبار متعلق، خود به دو قسم تقسیم می‌شود. در این معنا التزام یا به امر اعتباری و انشایی تعلق گیرد یا عمل مادی (انجام و یا ترک کاری). در واقع به اعتبار متعلق التزام که امری اعتباری است و یا امر مادی، می‌توان التزام را تقسیم‌بندی نمود. در قلمرو شروط و التزامات عقدی، شرط نتیجه مصداق اولی و شرط فعل و یا این تعریف از کفالت، مصداق دومی است: «و هی التّعهد و الالتزام لشخص باحضر نفس له علیه حق» (امام خمینی، ۱۳۸۵: ۳۴، سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۳۹، بجنوردی، ۱۴۱۹: ۹۹).

تعهد و التزام در معنای مصدری در صورتی که موضوع آن یک «مضمون انشایی و اعتباری» و بر عهده گرفتن موضوع اعتباری تراضی باشد، تشکیل دهنده مفهوم عقد است؛ از این رو هر عقدی مرکب از دو عهد یا دو التزام است، خواه موضوع عقد تملیک باشد یا نباشد و خواه حاصل عقد، تعهد (به معنای مسببی) برای هر دو طرف یا یک طرف یا هیچ‌کدام باشد یا نباشد که در این معنا هیچ ارتباطی با تعریف مرسوم از تعهد در حقوق غرب ندارد. (الشریف، ۱۳۹۲: ۶۴۶) بنابراین برای شناخت بهتر تعهد و التزام در این معنا می‌توان به تعاریفی که فقها از عقد نموده‌اند، رجوع نمود.

برخی، تعهد به این معنی را انشاء رابطه وضعی به صورتی که از نظر قانون یا شرع معتبر باشد، می‌دانند، (شاهرودی، بی‌تا: ۴۱) در واقع از این منظر عقد، تعهد است و تعهد نیز انشای رابطه اعتباری است. نراقی صراحتاً در عوائد الایام می‌نویسد «العقد العهد الموثق». (نراقی، ۱۴۱۷: ۹) به عبارت دیگر عقد موجودی است اعتباری که در آن الزام و التزام نهفته است (قنواتی، وحدتی شبیری، و عبدی‌پور، ۱۳۷۹: ۶۲).

برخی نیز عقد را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «تعهد شخصی با دیگری در امری از امور، خواه از امور مالی باشد همانند معاوضات، خواه امور غیرمالی همانند نکاح، به عنوان مثال اگر زوجه تعهد کند که زوجه باشد و زوج نیز قبول کند، معاهده تمام می‌شود و آن امر در عالم اعتبار حاصل می‌شود و آثارش بر آن مترتب می‌گردد».<sup>۲</sup> (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۴۶).

تعهد به این معنا با مفهوم عقد رابطه تنگاتنگی دارد. با شکل‌گیری تعهد به این معنا، علقه محکمی بین طرفین شکل می‌گیرد که بر اساس آن نسبت به یکدیگر دارای

حقوق و تکالیفی می‌شوند. در این معنا التزام به معنای بر عهده گرفتن یک امر اعتباری است که وفای به این التزام به معنای پایبندی و عدم نقض آن است. در واقع نفس عقد التزام و تعهد به معنای بر عهده گرفتن امر اعتباری است، نه اینکه اثر آن تعهد به انجام امری باشد؛ از این رو عقد به عهد یا عهد موثق یا عهد مؤکد تعبیر می‌شود. به عنوان مثال عقد نکاح این‌گونه تعریف شده است: «تعهد زوجه به اینکه همسر مردی باشد»، (بجنوردی: ۱۴۱۹: ۳۸۷). وفای به این نوع التزام همانند وفای به شرط نتیجه است به این معنی که مثلاً مال کذایی ملک مشروط له و طرف مقابل باشد به نحوی که این قرار از او جدا نشود و به این قرار پایبند باشد.

لازم به ذکر است در فقه عامه نیز التزام و تعهد (به معنای مصدری آن) با مفهوم عقد ارتباط تنگاتنگی دارد و دو معنای عام و خاص برای عقد ذکر شده است. در معنای عام هر گونه التزام و تعهد که انسان بر عهده گرفته باشد عقد نامیده می‌شود. این التزام و تعهد ممکن است در مقابل التزام و تعهد دیگر باشد مانند بیع و اجاره یا در مقابل التزام دیگر نباشد، مانند یمین و نذر و در معنای خاص التزام و تعهد صادر از دو طرف مقابل است (به نقل از قنواتی، وحدتی شبیری و عبدی پور، ۱۳۷۹: ۶۳).

در تفسیر دیگری عهدی بودن عقد به معنای التزام به عقد و پایبندی به آن دانسته شده است. در واقع مدلول التزامی عقد، تعهد و التزام به نتیجه انشا و پایبندی به «مُنشاء» است و این مدلول التزامی همان عهد موثق و پیمان استوار است. محقق نائینی در توضیح معنای عقد می‌گوید: عقد به معنای عهد موثق یا پیمان استوار است زیرا در هر عقد لازم دو عنصر وجود دارد: ۱. انشای مدلول عقد مثلاً مبادله ثمن با مثنی که مدلول عقد بیع است و متعاقدین آن را انشاء می‌کنند. ۲. تعهد و التزام به آنچه انشا نموده‌اند به این معنا که از انشای خود عدول نکنند. جنبه اول مدول مطابقی و جنبه دوم مدلول التزامی آن است. (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۹۸) به بیان دیگر التزام به عقد در درجه اول به معنای پایبندی به عقد و عدم فسخ آن است. مدلول مطابقی در عقدی مانند بیع، مبادله مال به مال است، در حالی که مدلول التزامی آن تعهد و التزام به «نتیجه‌ی انشا» و پایبندی و وفاداری به «مُنشاء» است. این مدلول التزامی همان عهد موثق و پیمان استوار است که ناشی از عرف و عقلاست که آیه «اوفوا بالعقود» فقط به این جنبه خاص از



عمل حقوقی، یعنی مدلول التزامی آن اشاره می‌کند؛ زیرا به صرف مدلول مطابقی، عنوان عقد صدق نمی‌کند و از موضوع آیه خارج است (قنواتی، وحدتی شبیری و عبدی پور ۱۳۷۹: ۶۳).

بنابراین، اصطلاح «التزام و عهد» برخی اوقات به معنای پایبندی به عقد و مترادف با وفای به عقد است و به معنای بر عهده گرفتن چیزی و یا تکلیف قانونی به انجام کاری، نیست.

التزام و عهد در این معنا به مفهومی است که در قرآن کریم و منابع لغت آمده است. در مفهوم لغوی، عهد به معنای نگهداری و مراعات یا به معنای چیزی است که مراعات و پای بندی به آن واجب است و عقد را نیز از آن جهت که لازم المراعات و پایبندی به آن واجب است، عهد و التزام می‌گویند.

لازم به ذکر است بر اساس این تعریف از عقد، برخی فقها، عقود را به عهدی و اذنی تقسیم و بیان می‌دارند که عقود اذنی به دلیل اینکه هیچ التزام و پایبندی در آنها نیست و حدوداً و بقائاً نیازمند اذن هستند، عقد به معنای واقعی کلمه نیستند. ایشان عقود اذنی را مسامحتاً عقد می‌دانند و تخصصاً از شمول آیه «اوفو بالعقود» خارج می‌کنند. (بجنوردی، ۱۹۸۱: ۱۴۱۹؛ نایینی، ۱۳۷۳: ۲۸۵). مرحوم بجنوردی توضیح می‌دهد: «وجوب وفای به عقد عبارت است از لزوم بقا مدلول عقد و عدم نقض آن و این معنی عین لزوم عقد است نه اینکه لزوم از آن برداشت گردد و معنای عقد عرفاً همان التزام و تعهد به مفاد امر «اوفوا» است. در عرف و نزد خردمندان وفای به عقد، بقا بر تعهد و عدم جواز حل و نقض عقد است و این همان لزوم عقد است که شارع مقدس نیز بر همان لزومی که در اعتبار عقلا وجود دارد تأکید کرده است.» (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۷۷) در واقع در اصطلاح این گروه، مطلق ایجاب و قبول عقد نیست و عقد همان معنای لغوی و عرفی دارد (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۶۲).

در هر حال از این منظر (به خصوص بر اساس تفسیر اول) عقد نوعی تعهد (به معنای مصدری) است اما نه تعهد به انجام کار یا ترک کار (تعهد به معنای اسم مصدری) که موضوع تعهد به معنای سببی است، بلکه عهد بستن و ملتزم شدن به یک امر اعتباری با این مضمون که ملتزم، به آن امر اعتباری پایبند می‌ماند و حق فسخ و

نادیده گرفتن آن را ندارد و وفای به این التزام به معنای پایبندی و عدم فسخ آن است. بر این اساس وفای به التزام که در حقیقت عمل کردن به مقتضای عهد و متعلق التزام است، بر حسب مورد، معنای متفاوتی پیدا می‌کند. اگر متعلق التزام، عملی از اعمال باشد، وفای به این التزام، انجام دادن عمل است و اگر متعلق آن امری اعتباری همانند ملکیت یا زوجیت باشد، وفای به آن، باقی نگه داشتن و عدم رفع یا فسخ، در همه احوال و زمان‌هاست. (اصفهانی، ۱۴۱۹: ۴۴) بنابراین التزام در معنای مصدری به معنای بر عهده گرفتن امر مادی و یا یک موضوع اعتباری است که حسب مورد وفای به آن نیز معنای متفاوتی دارد.

گفتنی است از نظر گروهی از فقهای معاصر، التزام به امر مادی تنها در صورتی لازم الوفاست که در قالب شرط ضمن عقد باشد چرا که هر توافق دو جانبه‌ای عقد نیست و تنها توافقاتی که متعلق آن امر اعتباری و وضعی باشد، عقد محسوب می‌شوند و عقد ربط چیزی به چیز دیگر و التزام یکی از طرفین به التزام طرف مقابل است و این امر جز در صورت ایجاد و انشا یک حق برای یکی از طرفین یا هر دو ممکن نیست<sup>۳</sup> (موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳: ۳۸۰). به بیان دیگر طرفین باید ابتدائاً امری نظیر «ملکیت یا حق و یا زوجیت» را انشا کنند و هر دو به آن ملتزم و پایبند شوند و التزام خود را به یکدیگر پیوند زنند تا علقه وضعی بین طرفین شکل گیرد و عقدی منعقد شود؛ از این رو «ملتزم به» نیز باید امری اعتباری باشد. صرف التزام، هر چند در مقابل التزام طرف مقابل و به صورت توافق باشد بدون اینکه علقه وضعی شکل گیرد، عقد محسوب نمی‌شود. به عنوان مثال التزام به انجام و یا ترک عمل (غیر اعتباری) مانند تعهد به انجام کار و یا تعهد به فروش که ایجادکننده یک رابطه شخصی (تعهد به معنای اسمی) است؛ حتی در صورتی که صرف قول و وعده نباشد و در قالب ایجاب و قبول و مورد قبول و رضایت طرف مقابل نیز قرار گیرد؛ عقد محسوب نمی‌شود.<sup>۴</sup>

در صورت پذیرش این دیدگاه می‌توان نتیجه گرفت که این گروه از فقهای معاصر، در خصوص مفهوم عقد، یک دیدگاه کاملاً موضوعی اقتباس کرده‌اند و هر عقدی را نیازمند موضوعی اعتباری می‌دانند و توافقاتی نظیر قولنامه که از منظر حقوقدانان اختلافی در صحت آن نیست، را لازم الوفا نمی‌دانند و تنها به صورت شرط

ضمن عقد صحیح می‌دانند (خمینی ۱۳۷۸، ۶۳۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۷: ۲۵؛ صافی، ۱۳۸۵: ۳۲۵؛ مکارم شیرازی ۱۳۸۵: ۲۵). بر پایه این فرض، عقد خصیصه عینی دارد و نه شخصی و چون با ایجاب و قبول به محض انعقاد عقد، اثر اصلی عقد (انتقال حقوق) در عالم اعتبار تحقق می‌یابد، طرفین به رعایت آن ملزم و پایبند است و محصول و مُنشاء اصلی عقد صرفاً ایجاد هر امر اعتباری و وضعی نظیر حصول ملکیت، زوجیت، اشتغال ذمه و ... خواهد بود. در عین حال ایشان خود در پی تعدیل این دیدگاه برآمده‌اند و توافقاتی نظیر قولنامه، یا عقد استصناع را نیز عقد می‌دانند با این تفاوت که در این عقود اثر عقد را ایجاد حقی از سنخ تعهد و التزام (به معنای اسمی) می‌دانند و نه حق وضعی نظیر ملکیت و یا مدیونیت (همان: ۳۸۱). به بیان دیگر در صدق عنوان عقد، ایجاد هر نوع حقی اعم از حق عینی و یا حق شخصی را کافی است؛ در این صورت محصول و منشاء اصلی تعهد به معنای مصدری آن (بر عهده گرفتن و ملتزم شدن)، می‌تواند ایجاد تعهد به معنای اسمی آن (تکلیف و وظیفه حقوقی مبنی بر انجام یا ترک کار) باشد. پذیرش این رویکرد، به معنای ورود دیدگاه شخصی به حقوق اسلامی (در خصوص مفهوم عقد) است. ناگفته نماند دیدگاه‌های متفاوت دیگری در خصوص مفهوم عقد در بین فقها وجود دارد. به عنوان مثال گروهی از فقها عقد را عهد می‌دانند اما عهد را به معنای جعل و قرار تعبیر می‌کنند (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۸) یا عقد را قرار مرتبط با قرار دیگر و همان روابط اعتباری می‌دانند که در این معنا، معنی عقد و معنی عهد متفاوت است و عقد عهد محسوب نمی‌شود (خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۴) که شرح و تفصیل آن خارج از موضوع تحقیق است و بنابراین از آن صرف‌نظر می‌نماییم.<sup>۵</sup>

#### ۴. معانی تعهد و التزام در قانون مدنی

در قانون مدنی از هر دو اصطلاح تعهد (تعهدات) و التزام (التزامات) در معانی مختلف آن استفاده شده است که در برخی از موارد معنای تعهد و التزام روشن نیست و این امر موجب تشتت آرای حقوقدانان در خصوص برخی از مفاهیم و خلط تئوریک آن‌ها با مفاهیم مشابه حقوق غرب شده است.

به عنوان مثال در ماده ۱۸۳ در تعریف عقد مقرر شده: «عقد عبارت است از اینکه

یک یا چند نفر در مقابل دیگری تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد» که حقوقدانان شرح‌ها و ایرادات مفصلی را بر آن وارد کرده‌اند تا آنجا که گفته‌اند: «نویسندگان قانون مدنی ماده ۱۸۳ قانون مدنی اثر و مؤثر را در هم آمیخته‌اند. در حالی که تعهد اثر عقد است و نه خود آن و این اشتباه ناشی از اختلاطی است که بین دو مفهوم عقد و تعهد در ذهن نویسندگان قانون مدنی وجود داشته و گاه آنان را به بیراهه کشیده است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۶). از این منظر، تعهد در معنای اسم مصدری به کار گرفته شده و معنای مسببی دارد.

در واقع این برداشت ناشی از این است که بگوییم ماده ۱۸۳ قانون مدنی از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه و بدون تغییرات متناسب با سیستم حقوق ایران اقتباس گردیده است. (شهیدی، ۱۳۸۴: ۳۶) این دیدگاه، مشهور حقوقدانان را تشکیل می‌دهد و نظریه غالب محسوب می‌شود (صفایی، ۱۳۵۱: ۱۸، جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۱۳؛ شهیدی، ۱۳۸۴: ۳۶، امامی، ۱۳۸۶: ۷۹). در این صورت، به درستی اشکالاتی بر این تعریف وارد می‌شود زیرا در حقوق نوشته تنها اثر محصور عقد، ایجاد تعهد است و بر اساس آن قانون مدنی فرانسه عقد را توافقی می‌داند که به موجب آن یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر متعهد به انجام امری می‌شوند لیکن در حال حاضر با پذیرش تحقق مالکیت به محض وقوع عقد، نقص این تعریف آشکار شده است؛ چرا که عقود تملیکی را در بر نمی‌گیرد.

اما به نظر می‌رسد موضع قانون مدنی این چنین نیست و این تعریف از فقه گرفته شده است. چنانچه فقیهی عقد را به مانند ماده ۱۸۳ قانون مدنی تعریف نموده و عقد را «تعهد شخص با دیگری در امری از امور، خواه این امر از امور مالی باشد خواه از امور غیرمالی (مانند نکاح) می‌داند»<sup>۶</sup> (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶) که در این کاربرد، تعهد به معنای مصدری آن مورد نظر است و نه اسم مصدری. البته هیچ شکی نیست که از جمله آثار عقد می‌تواند تعهد به معنای مسببی آن نیز باشد؛ همانند التزام بایع به تسلیم مبیع و یا تعهد به حفظ و نگهداری و ...؛ اما مقتضی اصلی عقد، تعهد به این معنا نیست. لازم به ذکر است واژه تعهد در تعریف جعاله و کفالت نیز به معنای اخیر است و ارتباطی با تعهد به معنای مرسوم آن ندارد.

گفتنی است تعریف عقد در قانون فرانسه، فارغ از اینکه شامل عقود تملیکی نمی‌شود، اشکال دیگری ندارد و اشکالی بر نحوه نگارش آن نیست؛ در حالی که برخی از حقوقدانان بدون توجه به معنی سببی تعهد، بیان داشته‌اند: «قانون‌گذار اثر و مؤثر را به هم آمیخته است...» و از این رو بر نحوه نگارش ماده مزبور نیز اشکال وارد نموده‌اند. لیکن اگر تعهد در معنای مصدری و سببی آن در نظر گرفته شود، در واقع تعهد همان عقد و مؤثر است نه اثر و از این رو هیچ‌گونه آمیختگی وجود ندارد؛ بنابراین لفظ تعهد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی به هیچ وجه برابر و شبیه کلمه تعهد در حقوق فرانسه نیست و اشکالاتی که حقوقدانان فرانسوی بر ماده ۱۱۰۱ قانون خود گرفته‌اند به هیچ وجه قابل سرایت به ماده ۱۸۳ قانون مدنی نیست.

در صورت پذیرش این دیدگاه که منتخب نگارنده نیز است، اشکال دیگری بر تعریف قانون مدنی وارد می‌آید که کم از اشکال سابق نیست و آن اینکه این تعریف شامل عقود اذنی نمی‌شود. از منظر فقهای نظیر مرحوم بجنوردی و نائینی که تعریف قانون مدنی نیز شبیه به تعریف این گروه است، عقود اذنی، به دلیل اینکه هیچ‌گونه التزام و تعهدی در آنها وجود ندارد، عقد به معنای اخص نیستند و مسامحتاً عقد نامیده می‌شوند؛ لذا تخصصاً از تعریف عقد و آیه «اوفوا بالعقود» خارج می‌شوند (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۹۸؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۲۸۵) و این در حالی است که قانون مدنی صراحتاً عقود جایز را عقد دانسته است.

آیا قانون‌گذار نیز مسامحه کرده است و این‌گونه توافقات صرفاً نوعی اذن محسوب می‌شوند؟ از یک طرف، قانون‌گذار تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی را بر مبنای نظریات کسانی وضع نموده که قائل به عهد بودن عقد هستند و توافقاتی که در آن، عهد و پایبندی نباشد را عقد نمی‌دانند و از طرف دیگر صراحتاً به این توافقات (نظیر ودیعه و عاریه و وکالت و مضاربه) عنوان عقد اطلاق کرده است.

از این رو تعریف قانون مدنی باز تعریف ناقصی است و نیازمند اصلاح است؛ البته نقایص و ایرادات آن ربطی به اشکالات ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه و نواقص بیان شده از سوی گروهی از حقوقدانان ندارد. به بیان دیگر با فهم حقوقدانان، این تعریف عقود تملیکی را در نمی‌گیرد و با فهم حاضر، شامل عقود اذنی که در آنها، تعهدی (به

معنی پایبندی به مضمون اعتباری) وجود ندارد، نمی‌شود.

با این وجود می‌توان این نقص و ایراد را توجیه و به گونه‌ای مرتفع ساخت. یکی از فقهیان امامیه به منظور تعدیل دیدگاه فوق و سازش با دیدگاهی که عقد را مطلق عهد می‌دانند، بیان می‌دارند: «قوام عقود به عهد است اما عهد مراتب مختلف دارد. پایین‌ترین درجه آن «عهد» موجود در عقود اذنی و بالاترین درجه آن «عهد» موجود در عقود تنجیزی لازم است. کسانی که عقد را عهد مؤکد می‌دانند، مرتبه کامل و بالاترین درجه عهد را اراده می‌کنند و گروهی که عقد را به مطلق عهد تعریف می‌کنند، منظورشان تمام مراتب عهد حتی پایین‌ترین مرتبه آن است» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۰۱) بنابراین استفاده از واژه التزام یا تعهد در تعریف عقود، می‌بایست به معنای مصدری آن در نظر گرفته شود و نه اسم مصدری.

همچنین در ماده ۱۴۰ قانون مدنی از جمله اسباب تملک، عقود و تعهدات ذکر شده است که برخی حقوقدانان این امر را نیز از جمله اشتباهات نویسندگان قانون مدنی دانسته و بیان می‌دارند «تعهد ایجاد یک رابطه شخصی و دینی است و به جا بود که (تعهدات) در شمار دیون قرار گیرد، (چرا که) ممکن است (تعهد) در پاره‌ای موارد به تملیک انجامد ولی اثر شایع و طبیعی آن عهده‌دار شدن دین است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۸). لیکن به نظر می‌رسد در این ماده نیز کلمه تعهدات که به دنبال عقود آمده است، در معنای مترادف با عقد و التزام ارادی و یا همان تعهد به معنای مصدری خود است و اشتباهی صورت نگرفته است که در این معنا اثر و منشاء تعهد می‌تواند هر امری (اعتباری) همچون تملیک باشد.

در عین حال در موادی همچون ۲۲۲ و ۲۲۶ که از اجرای تعهد و یا خسارت عدم اجرای تعهد صحبت شده است، یا در فصل ششم و ماده ۲۶۴ در باب سقوط تعهدات، تعهد در معنای اسم مصدری آن آمده است (تکلیف قانونی به انجام یا ترک کار)؛ چرا که تعهد در معنای مصدری قابل اجرا کردن و یا ساقط شدن نیست و اجرا و عدم اجرا در خصوص تعهد در معنای اسمی موضوعیت پیدا می‌کند.

التزام نیز در چند مقرر قانون مدنی به کار گرفته شده است. به عنوان مثال در ماده ۵۶۱ قانون مدنی در معنای جعله این‌گونه تعریف شده است: «التزام شخصی به ادای

اجرت معلوم در مقابل عملی...» که به نظر می‌رسد مراد از التزام در این ماده نیز التزام به معنای مصدری آن است آن هم التزامی که مضمون آن یک امر انشایی (تملیک جعل یا اشتغال ذمه به پرداخت جعل) است. در واقع متعلق این التزام همانند عقد، امری اعتباری و ایجادکننده امری وضعی است. قانون‌گذار در ماده ۵۶۵ جعاله را «تعهدی جایز» دانسته که تعهد در این ماده نیز در معنای مصدری آن (بر عهده گرفتن) به کار گرفته شده است.

البته ممکن است این تردید در ذهن ایجاد شود که التزام جاعل، التزام به دادن عوض معلوم است و از این رو موضوع و متعلق این التزام امر غیر انشائی است و نه التزام به امر انشائی همانند تملیک و یا انتقال و یا نقل ذمه. در واقع التزام جاعل همانند التزام از نوع شرط فعل است و جاعل پرداخت کردن جعل را بر عهده می‌گیرد و مُنشاء جعاله، تعهد و التزام به معنای اسم مصدری آن است؛ اما دقت در کلام فقها، خلاف این دیدگاه را نشان می‌دهد. از منظر فقها، متعلق جعاله، التزام به امر انشائی است که موضوع آن یا تملیک و یا اشتغال ذمه به پرداخت عوض است. اگر جُعل، عین معین باشد، التزام به تملیک این عوض معلوم است و اگر مال کلی باشد، متعلق التزام، اشتغال ذمه به آن عوض است؛ بنابراین مراد از التزام، اولاً التزام به معنای مصدری آن است (بر عهده گرفتن و یا پایبند شدن) نه التزام به معنای اسم مصدری که مرادف تکلیف و وظیفه و یا تعهد به معنای رایج خود باشد؛ ثانیاً متعلق این التزام یک امر انشائی است و نه امر مادی. لازم به ذکر است در برخی از تعاریف صراحتاً بیان شده است: «جعاله التزام انشائی به عوض (بهجت، ۱۴۲۶: ۴۱۵) یا تملیک عوض است» (مشکینی اردبیلی ۱۴۱۹: ۹۸، فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۳۴۱).

ناگفته نماند این التزام انشائی به تملیک یا اشتغال ذمه یک التزام معلق همانند عقد معلق است، البته نه اینکه انشا معلق شده باشد، بلکه منشأ آن یعنی تملیک یا اشتغال ذمه معلق به انجام عمل از سوی عامل است. از این رو در اثر جعاله اگر جُعل مال معین باشد پس از انجام عمل، تملیک جُعل تحقق می‌پذیرد (خویی، ۱۴۱۸: ۵۰۳) و اگر جُعل مال معین نباشد، سبب اشتغال ذمه می‌شود (تجلیل تبریزی، ۱۳۷۹: ۵۰۱؛ سند، ۲۰۰۷: ۴۶۰؛ شهید اول، بی تا: ۷۷). به بیان دیگر جُعل می‌تواند مالی بر ذمه و یا مال معین

خارجی باشد (روحانی، ۲۰۰۸: ۱۲۳) که التزام جاعل، التزام به امر انشائی تملیک و یا اشتغال ذمه است (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۲: ۳۴۱). در واقع می‌توان گفت، جعاله در هر حال تملیک است؛ تملیک مال معین یا تملیک مال کلی که این تملیک مال کلی سبب اشتغال ذمه می‌گردد و بنابراین جعاله را می‌توان «تملیک معلق بر انجام کاری» نیز تعریف کرد.

قانون‌گذار در ماده ۴۰۳ نیز از اصطلاح التزام استفاده کرده و مقرر داشته: «اگر بایع به نحوی از انحا مطالبه ثمن نماید و به قرائن معلوم گردد که مقصود، التزام به بیع بوده است، خیار او ساقط می‌شود.» که در این مقرر بدون هیچ‌گونه ابهامی، التزام به معنای پایبندی به عقد است.

از دیگر موادی که قانون‌گذار از این اصطلاح استفاده کرده، در ماده ۶۹۹ و ۷۲۳، با عنوان «التزام به تأدیه دین دیگری» است که در هر دو مقرر معنای مصدری التزام و بر عهده گرفتن دین دیگری، مورد نظر است. البته بدون تردید اثر التزام به این معنا، التزام به معنای اسم مصدری آن نیز است.

بنابراین به نظر می‌رسد قانون‌گذار در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی التزام را در معنای اسمی خود (به معنای تکلیف قانونی به انجام یا ترک کار) به کار نبرده و از اصطلاح تعهد و یا الزام برای این معنا استفاده کرده است. به عنوان مثال قانون‌گذار عنوان باب دوم کتاب اول قانون مدنی را «الزامات بدون قرارداد» و عنوان فصل اول کتاب نهم را «در الزام به انفاق» نام نهاده است که مراد از الزام در این دو مقرر تکلیف قانونی است که افراد موظف به انجام آن هستند و معنایی مترادف با تعهد و التزام (در معنای اسمی) دارد.

##### ۵. نتیجه‌گیری

از آنچه در این تحقیق مورد مطالعه و قرار گرفت، یافته‌های ذیل قابل ذکر است:

۱- در حقوق خارجی obligation که در حقوق ما به «تعهد» و در کشورهای عربی «التزام» ترجمه شده است، به معنای رابطه حقوقی بین دو شخص است که بر مبنای آن یکی از طرفین از دیگری می‌تواند انجام کار یا ترک کاری را بخواهد.



۲- در حقوق ایران «تعهد» از نظر گروهی تنها یک معنا دارد و معنایی مترادف با تعریف مرسوم در حقوق خارجی دارد و از نظر گروهی دیگر، تعهد دو معنای مصدری و اسم مصدری دارد. در معنای اسمی به معنای تکلیف و وظیفه حقوقی است که شخصی در برابر دیگری بر عهده دارد و در معنای اسم مصدری به معنای بر عهده گرفتن انجام یا ترک کاری است.

۳- در فقه امامیه نیز «تعهد یا التزام» دو کاربرد معنایی دارد که در کاربرد مصدری به اعتبار متعلق آن قابل تقسیم است. در صورتی که متعلقان امر انشایی باشد و در مقابل التزام انشایی طرف مقابل قرار گیرد، این تعهد و التزام متقابل طرفین تشکیل دهنده مفهوم عقد است. تعهد در این معنا هیچ ارتباطی با تعهد به مفهوم مرسوم آن در حقوق خارجی ندارد. اگر متعلق التزام عملی از اعمال باشد (همانند شرط فعل)، وفای به آن انجام دادن آن عمل است و اگر متعلق آن امری اعتباری همانند ملکیت یا زوجیت باشد، وفای به آن، باقی نگه داشتن آن و عدم رفع یا فسخ آن در همه احوال و زمان‌هاست.

۴- اصطلاح «تعهد» در مواد متعددی از قانون مدنی و با معانی مختلفی، به کار گرفته شده است که عدم توجه به معنای حقیقی آن بی‌تردید سبب تحریف ماهیت تأسیس‌ها و نهادهای حقوقی است. برخلاف دیدگاه حقوقدانان، تعهد در موادی همچون ۱۸۳، ۵۶۱ و ۵۶۵ در معنای مصدری آن به کار گرفته شده است که متعلقان نیز امر انشایی است. در عین حال این اصطلاح در موادی همچون ۲۲۲، ۲۲۶، ۲۶۴ در کاربرد اسم مصدری آن (وظیفه حقوقی) استفاده شده است. همچنین به نظر می‌رسد اصطلاح «التزام» در قانون مدنی تنها در معنای مصدری (بر عهده گرفتن و پذیرفتن امری) مورد استفاده قرار گرفته و از این لغت در معنای اسمی استفاده نشده است.

#### پی‌نوشت‌ها

<sup>۱</sup> legal tie

<sup>۲</sup> العقد عبارة عن تعهد الشخص مع آخر في أمر من الأمور، سواء أ كان ذلك الأمر من الأمور المالية كإبارة المعاوضات، أو أمراً آخر كما في باب النكاح، حيث أن الزوجة تتعهد بأن تكون زوجة، فإذا قبل الزوج تتمّ المعاهدة

و يحصل ذلك الأمر في عالم الاعتبار. فتترتب عليه آثاره، فنتيجة العقد حصول ما تعاهدا و تعاقدنا عليه لأن يترتب عليه آثاره.

٣. موسسه دائره المعارف فقه اسلامي، موسوعه الفقه الاسلامي طبقا لمذهب اهل البيت عليهم السلام (قم: موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامي، ١٤٢٣)، ج ١١، ٣٨٠: أن العقد ليس مطلق الالتزام الجازم بعمل للأخر أو مع التزام الأخر بعمل و بنحو التوافق و التعاهد، و إلا كان كل تعهد جازم بفعل للأخر عقداً واجب الوفاء به، كما إذا التزم أن يخرج في يوم معين في قبال أن يخرج الأخر أيضاً في نفس اليوم أو في يوم آخر، أو أن يسافر إلى زياره صديقه أو غير ذلك مما لا إشكال في كونه من الوعد غير الواجب. بل العقد هو ربط شيء بشيء آخر و إبرامه به، و هذا في الامور الاعتبارية الإنشائية يكون بربط التزام و إنشاء بالتزام و إنشاء آخر، و لا يتحقق ذلك إلا بإنشاء حق لأحد الطرفين أو لكليهما، بأن يكون للمنشأ و الملتزم به نحو وجود اعتباري إنشائي كالملكيه و الزوجيه و الولايه و غيرها من الحقوق الاعتبارية القانونيه؛ و أما مجرد الالتزام به- و لو كان في قبال التزام الأخر و بنحو التوافق بينهما من دون حصول علقه وضعيه في البين- فإنه لا يكون عقداً كما في هذا الفرض، فإن مجرد التزام الصانع بصنع شيء في قبال التزام المستصنع بشرائه منه بعد الصنع غير كاف في صدق العقد ما لم يرجع إلى إنشاء حق في البين من تمليك عين أو منفعه أو عمل أو حق وضعي آخر، و المفروض هنا أن المنشأ هو الالتزام في قبال الالتزام الآخر، لا حق الملكيه، و لا حق وضعي

٤. "العقد هو شئ بشيء بشيء و إبرامه به، و هذا في الامور الاعتبارية الإنشائية يكون بشئ التزام و إنشاء بالتزام و إنشاء آخر، و هذا الشئ بين الإنشائين و الالتزامين لا يتحقق إلا إذا كان المنشأ و الملتزم به له نحو وجود و تحقق اعتباري انشائي، أي يكون حقاً من الحقوق العينية أو الشخصية، و أما مجرد الالتزام بعمل من دون إنشاء علقه و حق في البين لا يكون عقداً و إن كان في قبال التزام الأخر و بنحو التوافق." محمود هاشمي شاهرودي، قراءات فقهيه معاصره (قم: موسسه دائره معارف فقه الاسلامي، ٢٠٠٣)، ج ٢، ٢٧٤.

٥. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: قناتى، وحدتى شبيرى، و عبدی پور ١٣٧٩

٦. بجنوردی، القواعد الفقهيه، ج ٣، ١٣٦: "العقد عبارته عن تعهد الشخص مع آخر في أمر من الأمور، سواء أ كان ذلك الأمر من الأمور الماليه كباب المعاوضات، أو أمراً آخر كما في باب النكاح، حيث أن الزوجه تتعهد بأن تكون زوجة، فإذا قبل الزوج تتم المعاهده و يحصل ذلك الأمر في عالم الاعتبار. فتترتب عليه آثاره، فنتيجة العقد حصول ما تعاهدا و تعاقدنا عليه لأن يترتب عليه آثاره.

٧. أصل العقود متقومه بالعهد إلا أن له مراتب متفاوتة ادنيها الإذنيه، و أعلاها التنجيزيه اللازمه و ما بينهما متوسطات؛ و من قال: إن العقد هو العهد المؤكد أراد المرتبه الكامله من العهد دون مراتبه الدانيه المشتركة معها في مطلق العهديه.

## منابع

### الف. فارسی

الشريف، محمد مهدي (١٣٩٢). **منطق حقوق**. تهران: شرکت سهامی انتشار

- امامی، حسن (۱۳۸۶). **حقوق مدنی**. تهران: اسلامیه
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). **حقوق تعهدات و قراردادها**. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). **حقوق تعهدات**. تهران: گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷). **تسنیم**. قم: مرکز نشر اسراء
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۴). **تشکیل قراردادها و تعهدات**. تهران: انتشارات مجد
- صافی، لطف‌الله (۱۳۸۵). **جامع الاحکام**. قم: دفتر نشر آثار حضرت آیه الله العظمی صافی گلپایگانی دام ظلّه.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۵۱). **تعهدات و قراردادها**. تهران: نشریه موسسه عالی حسابداری.
- طباطبائی، محمدحسین (۱۳۷۸). **ترجمه تفسیر المیزان**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۱). **مباحث تحلیلی از حقوق تجارت**. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- قنواتی، جلیل، حسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی پور (۱۳۷۹). **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد اول. تهران: سمت
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). **قواعد عمومی قراردادها**. ج اول. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- (۱۳۸۹). **نظریه عمومی تعهدات**. تهران: میزان
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵). **استفتانات جدید**. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۹). **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۱). **قواعد فقه**. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)

نعمت الهی، اسماعیل (۱۳۸۹). «عنصر وضع و تکلیف در تعهد»، حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۵: ۷-۳۵.

یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۲). درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی، مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات. ج اول. تهران: نشر میزان

#### ب. عربی

ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴). معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الاعلام الاسلامی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹). الاجاره. قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).

————— (۱۴۱۹). حاشیه کتاب المکاسب (ط - القدیمه). قم: ذوی القربی.

آل یاسین، محمدحسن، و اسماعیل بن عباد صاحب بن عباد (۱۴۱۴). المحيط فی اللغة. بیروت: عالم الکتب.

ابوالفتوح رازی، حسین بن علی (۱۳۷۱). روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن. مشهد: آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی بجنوردی، حسن (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.

بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶). جامع المسائل. قم: دفتر حضرت آیه الله العظمی بهجت - مد ظله العالی

تبریزی، جواد (۱۴۱۶). ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب. قم: اسماعیلیان. تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۳۷۹). التعلیق الاستدلالی علی تحریر الوسيله. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیه. بیروت: دار العلم للملایین.

حسنی، هاشم معروف (بدون تاریخ). نظریه العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: مکتبه هاشم.

حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)

حمیری، نشوان بن سعید (١٤٢٠). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. دمشق: دارالفکر.

خمینی، روح الله (١٤٢١). کتاب البیع. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)

————— (١٣٨٥). تحریر الوسیله. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)

————— (١٣٧٨). رساله توضیح المسائل. قم: نشر روح.

خویی، ابوالقاسم (١٤١٨). شرح العروة الوثقی. قم: شرکت التوحید نشر.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (١٤١٢). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: الدار الشامیه

روحانی، محمدصادق (٢٠٠٨). منهج الصالحین. قم: مکتب آیه الله العظمی السید

الروحانی

سبزواری، عبدالاعلی (١٤١٣). مهذب الاحکام. قم: موسسه لمنار.

سعد، نبیل ابراهیم (١٩٩٨). النظریه العامه للالتزام. بیروت، لبنان: دار النهضة العربیه

سعدی، ابوجیب (١٩٩٨). القاموس الفقهی. دمشق - سوریه.

سلطان، انور (بدون تاریخ). احکام الالتزام، الموجز فی النظریه العامه للالتزام. بیروت

- لبنان: دار النهضة العربیه.

سند، محمد (٢٠٠٧). فقه المصارف و النقود. قم: محبین

سنهوری، عبدالرزاق احمد (١٩٧٥). الموجز فی النظریه العامه فی القانون المدنی

المصری. بیروت: داراحیاء التراث العربی

شاهرودی، سید محمود (بدون تاریخ). کتاب الاجاره. قم: بی جا

شهید اول، محمد بن مکی (بدون تاریخ). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه.

طریحی، فخرالدین بن محمد (١٤١٤). مجمع البحرین. طهران: موسسه البعثه.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد (١٤٢٢). الاحکام الواضحه. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار

علیهم السلام

فراهیدی، خلیل بن احمد (١٤٠٩). کتاب العین. قم: نشر هجرت

فرج توفیق، حسن جمال (٢٠٠٩). مصادر و احکام الالتزام. بیروت: منشورات الحلبي

## الحقوقی

- فیومی، احمد بن محمد (١٤١٤). **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی**. قم: موسسه دار الهجرة
- قرشی بنایی، علی اکبر (١٤١٢). **قاموس قرآن**. تهران: دارالکتب الاسلامیه
- گلپایگانی، محمدرضا (١٤١٧). **مجمع المسائل**. قم: دفتر آیت الله حاج شیخ حسین ایوقی
- مشکینی اردبیلی، علی (١٤١٩). **مصطلحات الفقه**. قم: الهادی.
- مصطفوی، حسن (١٣٨٥). **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**. طهران: مرکز نشر آثار العلامه المصطفوی.
- نایینی، محمدحسین (١٣٧٣). **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب** (طبع قدیم). تهران: المکتبه المحمديه
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (١٤١٧). **عوائد الایام**. قم: مکتب الاعلام الاسلامی، مرکز نشر.
- موسسه دائره المعارف فقه اسلامی (١٤٢٣). **موسوعه الفقه الاسلامی طبقا لمذهب اهل البيت علیهم السلام**. قم: موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی

## ب. انگلیسی

- Helge Dedek, "encyclopédie of Ancient Obligation (Geek and Romanh.", [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- Malaurie Philippe- Laurent Aynes (2007) **Droit Civil Les Biens**, 3é.éd. Defrenois.
- Zimermann Reinhard (1992) **The Law of obligation: Roman foundations of civilian Tradition** Johannesburg: Juta Co Ltd.