

عنصر وضع و تکلیف در تعهد

تاریخ دریافت: ۸۹/۲/۲۸

تاریخ تأیید: ۸۹/۳/۲۶

اسماعیل نعمت‌اللهمی*

۷

حقوق اسلامی / سال هفتم / شماره ۲۵ / تابستان ۱۳۸۹

چکیده

برخی از حقوق‌دانان، مفهوم تعهد را به دو عنصر دین و مسئولیت تحلیل کرده، جدایی آن دو از یکدیگر را ممکن دانسته‌اند. تأمل در مفهوم حقوقی تعهد و مفهوم فقهی دین، نشان می‌دهد که میان این دو مفهوم، اختلاف ماهوی مهمی وجود دارد: اولی حکم تکلیفی و دومی حکم وضعی است. افزون بر این، ممکن است این دو حکم در برخی موارد با هم جمع شوند و ممکن است میان آن دو جدایی افتد.

مقاله حاضر درصدد بررسی این مسئله است که آیا تعهد از جهت فقهی امری بسیط است یا مرکب و در صورت اخیر، از چه عناصری ترکیب یافته است؟ این مقاله با تجزیه تعهد، به دو عنصر وضعی و دو عنصر تکلیفی، می‌کوشد مفهوم تعهد و عناصر آن را در قالب اصطلاحات سنتی و مانوس وضع و تکلیف یا حکم وضعی و حکم تکلیفی تحلیل کند و آثار این دو حکم را به اجمال بررسی کند.

واژگان کلیدی: تعهد، دین، حکم وضعی، حکم تکلیفی، فقه شیعه.

* استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (esmail_nematollahi@yahoo.com).

مقدمه

پیش از ورود به بحث اصلی، لازم است مفهوم تعهد و نیز کاربردهای گوناگون این واژه به اجمال بیان شود.

الف) مفهوم تعهد

۱. واژه تعهد در حقوق ما به دو صورت «مصدری» و «اسم مفعولی» به کار می‌رود. تعهد به معنای مصدری عبارت است از: «به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد» (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۴۲)؛ به عبارت دیگر، مقصود از تعهد در این معنا هر عمل حقوقی است که باعث پیدایش تکلیف به انجام دادن یا ترک کاری بر عهده یک شخص در برابر شخصی دیگر می‌شود.

تعهد به معنای اسم مفعولی عبارت است از: «وظیفه حقوقی که قانوناً بر عهده شخص متعهد ثابت می‌شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی به انجام آن ملزم خواهد شد. تعهد در این معنا به وظیفه حقوقی که به اراده شخصی بر عهده او قرار می‌گیرد و نیز به وظیفه‌ای که بدون اراده شخصی و مستقیماً به حکم قانون ثابت می‌شود، به کار می‌رود» (همان)؛ بنابراین مقصود از تعهد به معنای اسم مفعولی، خود تکلیف است. در نتیجه، تعهد به معنای مصدری، سبب است و به معنای اسم مفعولی، مسبب و یا «تعهد به معنای اول یکی از اسباب تعهد به معنای دوم است». علاوه بر این، تعهد به معنای اول به سبب ایجاد تکلیف آن هم فقط تکالیف ارادی اطلاق می‌شود، در حالی که تعهد به معنای دوم، هم درباره تکالیف ارادی و هم درباره تکالیف غیرارادی به کار می‌رود.

۲. در حقوق روم، تعهد به «رابطه حقوقی» (juris vinculum) تعریف می‌شود (Hunter, 1876, P. 453). براساس این رابطه، شخصی (متعهد یا مدیون) ملزم است مورد تعهد را که ممکن است فعل یا ترک فعل مادی یا حقوقی باشد، به نفع شخص دیگری (متعهدله یا دائن) انجام دهد. چنین تعریفی از تعهد، مورد پذیرش بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است؛ به عنوان مثال، یکی از حقوقدانان کشورمان در تعریف

تعهد می‌گوید: «رابطه حقوقی است که طبق آن، شخصی 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» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۷۱ / ر.ک به: جعفری‌لنگرودی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۵). این تعریف که با توجه به معنای اسم مفعولی تعهد ارائه شده، با اشکالاتی مواجه است؛ از جمله:

الف) ذکر «رابطه حقوقی» به عنوان ماهیت تعهد، درست نیست. تعهد به معنای اسم مفعولی یا به معنای وظیفه و تکلیفی است که شخصی در برابر دیگری به عهده دارد و یا به معنای دینی است که مدیون در برابر دائن بر ذمه دارد و نتیجه طبیعی تکلیف یا دین، پیدایش رابطه حقوقی میان متعهد و متعهدله است؛ به عبارت دیگر، در این تعریف فقط به عنصر تکلیفی تعهد توجه شده است و عنصر وضعی تعهد، مورد غفلت قرار گرفته است؛ بنابراین دین به مفهوم فقهی در این تعریف داخل نیست. علاوه بر آن، معنای تعهد به عنوان رابطه حقوقی در همه مباحث تعهدات حفظ نمی‌شود؛ به عنوان مثال در بحث موضوع تعهد، جنبه مالی یا شخصی داشتن تعهد، انتقال و تبدیل تعهد، اجرای تعهد و سقوط تعهد، چنین معنایی از تعهد مد نظر نیست. تنها معنایی که می‌تواند در همه یا دست کم اغلب مباحث مرسوم تعهدات حفظ شود، دین به معنای فقهی کلمه است.

ب) براساس این تعریف، از یک سو، تکلیف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کار از «رابطه حقوقی» ناشی می‌شود و به همین دلیل، رابطه مذکور سبب ایجاد این تکالیف است و از سوی دیگر، این رابطه از سببی ارادی یا غیرارادی ناشی است. در نتیجه، تکالیف مذکور اثر غیرمستقیم اسباب ارادی یا غیرارادی مذکورند؛ ولی این تحلیل درست به نظر نمی‌رسد. اثر مستقیم اسباب تعهد اعم از ارادی و غیرارادی، ایجاد تکلیف یا دین است و وجود دین یا تکلیف شخصی در برابر دیگری، نوعی رابطه حقوقی میان آن دو ایجاد می‌کند؛ بنابراین در این تعریف رتبه علت و معلول رعایت نشده است.

۳. در شرع و قوانین موضوعه، تکالیف مالی متعدد و متنوعی برای اشخاص مقرر شده است؛ مانند: تکلیف به پرداخت واجبات مالی همچون خمس، زکات و کفارات،

تکلیف به انجام مورد نذر، عهد و قسم، تکلیف به انفاق خویشاوندان، تکلیف غاصب به استرداد مال مغضوب یا بدل آن، تکلیف تلف‌کننده مال دیگری به پرداخت بدل، تکلیف امین به پرداخت بدل مال تلف‌شده مورد امانت در صورت تفریط در حفظ آن و تکلیف بایع و مشتری به تسلیم مبیع و ثمن.

تفاوت‌های مهمی میان این تکالیف وجود دارد؛ از جمله اینکه تکلیف ممکن است به طور مستقیم از حکم قانون ناشی شود و اراده مکلف هیچ دخالتی در پیدایش آن نداشته باشد (مانند تکلیف فرزند به انفاق پدر و مادر) و ممکن است از انجام‌دادن یا انجام‌ندادن یک عمل حقوقی (مانند بیع و اجاره) یا مادی (مانند اتلاف مال) ناشی باشد. همچنین، برخی از تکالیف، علاوه بر حکم و وجوب به اجرای آن بر مکلف، مستلزم حق مالی برای متعهدله است و برخی چنین استلزامی ندارند؛ ولی تفاوت دیگری که از منظر این تحقیق اهمیت دارد اینکه تکلیف ممکن است مسبوق به یک حکم وضعی یعنی ملکیت دین یا عین باشد؛ مانند وجوب پرداخت بدل بر غاصبی که مال در دست او تلف شده است یا وجوب تسلیم مبیع به مشتری. همچنین ممکن است مسبوق به چنین حکمی نباشد، بلکه تکلیفی ابتدایی باشد؛ مانند تکلیف به انفاق اقارب.*

۴. تعهد به مفهوم حقوقی، بیشتر به معنای اسم مفعولی کلمه توجه دارد. تعهد در این معنا، واژه عامی است که از معانی گوناگون و متعددی اراده می‌شود: دین به معنای فقهی آن، تکالیف مالی که به عهده تعلق گرفته و پایگاه مادی خاصی ندارد؛ مانند تکلیف به انفاق خویشاوندان. تکالیفی که موضوع مادی خاصی دارد؛ مانند تکلیف بایع به تسلیم مبیع معین یا تکلیف امین به حفظ مورد امانت در ودیعه. هریک از مباحث نظریه عمومی تعهدات، به تمام یا بخشی از این مفاهیم ناظر است؛ به عنوان مثال، مقصود از واژه «تعهد» در بحث «تبدیل تعهد» (ر.ک به: مواد ۲۹۲-۲۹۳ ق.م.م.)، «دین» به معنای فقهی و در بحث اجرای تعهد (وفای به عهد، مواد ۲۶۵ و ۲۸۲)، همه معانی آن از جمله تکلیف به انجام فعل (مانند ماده ۲۶۸) و دین (مانند ماده ۲۶۸) است.

* والحاصل أنه قد يتحقق التملك سابقاً ثم يتفرع عليه وجوب الأداء، كما في التكليف بأداء الدين ورد الوديعة وقد يثبت أولاً التكليف بالدفع و يتفرع عليه استحقاق المدفوع إليه و ثبوت حقه في العين (انصاری، ۱۴۱۵، الف، ص ۳۹۰).

۵. نظام تعهدات (اعم از قراردادی و غیرقراردادی) 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. برعکس، در فقه، عمده اعمال حقوقی (عقود و ایقاعات) و اسباب مسئولیت مدنی (مانند اتلاف)، نخست باعث پیدایش حکم وضعی (مانند ملکیت عین یا منافع یا ضمان) است که از این وضعیت، حقوق و تکالیفی برای طرفین ناشی می‌شود.

ب) کاربردهای گوناگون واژه تعهد

چنان‌که گفته شد، تعهد ممکن است در معنای مصدری یا اسم مفعولی به کار رود و هر یک می‌تواند به یک عنصر وضعی یا یک عنصر تکلیفی ناظر باشد؛ بنابراین واژه تعهد از این جهت چهار کاربرد گوناگون دارد:

۱. به معنای اسم مفعولی و ناظر به حکم تکلیفی: تعهد در این کاربرد به معنای تکلیف و وظیفه انجام یا ترک کاری است. استعمال واژه تعهد در این معنا در قانون مدنی بسیار شایع است؛ مانند واژه تعهدات در عنوان مواد ۶۱۲-۶۳۲ (تعهدات امین) یا عنوان مواد ۶۶۶-۶۷۳ (تعهدات وکیل) یا عنوان مواد ۶۷۴-۶۷۷ (تعهدات موکل).

۲. به معنای اسم مفعولی و ناظر به حکم وضعی: تعهد در این کاربرد، مرادف واژه دین در فقه به کار می‌رود. از جهت فقهی، دین مالی کلی است که برای شخصی در ذمه دیگری ثابت است. سبب دین ممکن است امری اختیاری مانند قرض یا قراردادن آن مبیع در سلم یا ثمن در نسیه یا اجرت در اجاره یا مهر در نکاح و یا عوض در خلع باشد یا امری غیراختیاری مانند موارد ضمان یا نفقه زوجه دائم و امثال آن (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۴۷). براساس این تعریف، اوصاف دین عبارت‌اند از: الف) مال بودن؛ ب) کلی بودن؛ ج) در ذمه بودن؛ د) تعلق داشتن به دائن؛ ه) وابسته بودن به دائن و مدیون. این وصف در واقع نتیجه اوصاف پیشین است؛ بنابراین «دین» مال است، ولی مالی که برخلاف اموال عینی، ظرف تحقق و وجود آن ذمه و عالم اعتبار است، نه عالم خارج.

تعهد در این کاربرد یک عنصر وضعی است؛ ولی از این عنصر وضعی یک حکم تکلیفی برای مدیون یعنی تکلیف به ادا یافت می‌شود. متناظر با این دو عنصر وضعی و تکلیفی که به مدیون توجه دارد، دو عنصر وضعی و تکلیفی برای دائن می‌توان یافت: یک عنصر وضعی، طلب یا حق مالی است که دائن در ذمه مدیون دارد و دارایی وی را افزایش می‌دهد و عنصر دوم، یک حکم تکلیفی است که همان حق دائن در مطالبه دین است.

براساس این کاربرد، دین کامل‌ترین مصداق تعهد است که متضمن هر چهار عنصر است.

۳. به معنای مصدری و ناظر به حکم وضعی: تعهد در این کاربرد به معنای به عهده‌گرفتن مال و به تعبیر دقیق‌تر، «در ذمه قراردادن مال» است؛ به عنوان مثال، در فقه، ضمان را تعهد به مال توسط شخصی غیر از مدیون: «و هو [الضمان] التعهد بالمال من البریء» (المکی العاملی، ۱۴۱۱، ص ۱۲۳)؛ «الضمان عقد شرع للتعهد بمال أو نفس» (حلی، ۱۴۲۰، ج ۱۴، ص ۲۷۹) و حواله را تعهد به مال توسط شخصی که مثل همان مال را بر ذمه دارد: «و هی [الحواله] التعهد بالمال من المشغول بمثله» (المکی العاملی، ۱۴۱۱، ص ۱۲۴) تعریف کرده‌اند. ماده ۶۴۸ ق.م. تعبیر «به عهده‌گرفتن مال» را در ترجمه این معنای تعهد به کار برده است.

موضوع این نوع تعهد، یک امر وضعی یعنی مال یا دین است. اثر اولی چنین تعهدی در فقه شیعه، تکلیف به پرداخت (حکم یا عنصر تکلیفی) نیست، بلکه انتقال جنبه منفی دین (حکم یا عنصر وضعی) به ذمه ضامن است. البته در نتیجه انتقال دین به ذمه ضامن، برای ضامن تکلیف به پرداخت و برای متعهدله (مضمون‌له)، حق مطالبه به وجود می‌آید؛ ولی این دو حکم تکلیفی نتیجه حکم وضعی نخست است. در زبان فارسی استعمال تعهد در این معنا شایع نیست.

۴. به معنای مصدری و ناظر به حکم تکلیفی: تعهد در این کاربرد به معنای التزام به انجام یا ترک عملی به کار می‌رود. موضوع این نوع تعهد، یک حکم تکلیفی است و نتیجه چنین تعهدی در وهله اول، پیدایش تکلیف (عنصر تکلیفی) است. نمونه چنین کاربردی در حقوق ایران، ماده ۵۶۵ ق.م. است که می‌گوید: «جعل، تعهدی است

جایز ...». نمونه دیگر، عقد کفالت است که در ماده ۷۳۴ ق.م. این گونه تعریف شده است: «کفالت، عقدی است که طبق آن، احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند».

بنابراین ملاحظه می شود که قانون مدنی واژه تعهد را در مواردی که متعلق آن یک فعل یا حکم تکلیفی (احضار) است، به کار برده است؛ ولی به نظر می رسد چنین کاربردی در قانون مدنی فرانسه، ذیل تأثیر مفهوم تعهد صورت گرفته است. بررسی اجمالی کتب فقهی نشان می دهد که استعمال واژه تعهد در این معنا در زبان عربی بسیار کم است؛ به عنوان نمونه، چنان که گفته شد، قانون مدنی در تعریف جعاله و کفالت، واژه تعهد را به کار برده است؛ ولی فقها در تعریف جعاله، از واژه التزام استفاده کرده اند و آن را به التزام جاعل به پرداخت جعل در برابر انجام کار مشروع معنا کرده اند؛ یعنی متعلق التزام را امری تکلیفی قرار داده اند: «الجعاله ... شرعاً: التزام عوض معلوم علی عمل» (ر.ک به: سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۵۱۲)؛ «... و هی ... شرعاً إنشاء الالتزام بعوض علی عمل محلل ...» (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۵، ص ۱۸۷). عقد کفالت وضعیت جالبی دارد؛ در تعریف فقهی عقد کفالت، هر چند برخی از فقها واژه تعهد را به کار برده اند و آن را «تعهد به نفس» معنا کرده اند؛* ولی برخی** بلافاصله پس از ارائه این تعریف، آن را به «التزام به احضار کفیل» تفسیر کرده اند؛ یعنی واژه تعهد را به التزام معنا کرده، متعلق آن را احضار - که یک فعل است - ذکر کرده اند؛*** بنابراین واژه تعهد را برای مواردی که موضوع

* ر.ک به: حلی، ۱۴۱۰، الف، ص ۱۴۳ / حلی، ۱۴۱۰، ب، ج ۱، ص ۴۰۳ / حلی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۵۳۰ / فاضل آبی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۵۹-۵۶۰ / المکی العاملی، ۱۴۱۱، ص ۱۲۵ / اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۳۱۴-۳۱۵ / طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۸، ص ۳۶. مرحوم ابن حمزه به جای واژه تعهد، واژه تقبل را به کار برده است: «الكفالة: التقبل بنفس إنسان لمن له عليه حق» (طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۸۱-۲۸۲).

** الكفالة هی التعهد بالنفس غالباً و معناها التزام إحضاره (ر.ک به: حلی، ۱۴۲۰، الف، ج ۲، ص ۵۶۶) «و هی التعهد بالنفس» أی التزام إحضار المكفول (الجبعی العاملی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۵۱ / همچنین، ر.ک به: بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۶۲ / طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۸، ص ۵۹۷).

*** البته از فقهای معاصر، مرحوم آیت الله خویی، کفالت را به «تعهد به احضار مدیون و تسلیم وی به دائن» معنا کرده اند: «الكفالة هی التعهد باحضار المدین و تسلیمه إلی الدائن عند طلبه ذلك» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۹۰). برخی از فقهای دیگر نیز از ایشان تبعیت کرده اند (به عنوان نمونه، ر.ک به: روحانی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۱۵ / همو، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۰۸ / سیستانی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۲۲ / فیاض، [بی تا]، ج ۲، ص ۳۸۵ / خراسانی، [بی تا]، ج ۳، ص ۲۱۷-۲۱۸).

آن حکم وضعی است، استعمال کرده‌اند و برای مواردی که موضوع، یک حکم تکلیفی است، واژه التزام را به کار برده‌اند.

مصدق دیگر تعهد به معنای مصدری و ناظر به حکم تکلیفی در فقه، «ضمان ما لم یجب» است. برخی از فقها بر «ضمان ما لم یجب» نیز واژه تعهد را اطلاق کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۶۹)، در حالی که اثر اولی این‌گونه ضمان - بر فرض صحت - یک حکم تکلیفی است.

۱. تحلیل مفهوم تعهد

مقصود ما از این پس، تعهد به معنای اسم مفعولی است. چنان‌که ملاحظه شد، در تحلیل مفهوم تعهد بهتر است از اصطلاحات و ادبیات رایج در فقه اسلامی، از جمله: حق و تکلیف و حکم وضعی و تکلیفی استفاده کنیم. با توجه به این نکته، تحلیل مفهوم تعهد نشان می‌دهد در برخی تعهدات چهار عنصر دیده می‌شود، در حالی که برخی دیگر فقط واجد یک یا چند عنصر از این عناصرند. چهار عنصر مذکور عبارت‌اند از:

۱. عنصر وضعی از ناحیه متعهد یا «دین» به معنای فقهی که عبارت است از: مال کلی متعلق به دائن که در ذمه مدیون قرار دارد؛
۲. عنصر تکلیفی از ناحیه متعهد؛ یعنی تکلیف متعهد به پرداخت دین؛
۳. عنصر وضعی از ناحیه متعهدله یا «طلب» متعهدله که عبارت است از: مالی کلی که دائن در ذمه مدیون دارد و جزئی از دارایی دائن به شمار می‌آید؛
۴. عنصر تکلیفی از ناحیه متعهد؛ یعنی حق مطالبه دین از مدیون.*

در موارد معمولی میان دو عنصر اول یعنی دین و طلب، ملازمه است و به تعبیری این دو عنصر، دو روی یک سکه‌اند. همین نکته درباره دو عنصر دوم نیز صادق است. ملازمه تعهد با حق اجبار در برخی تعبیرات فقهی به صراحت مطرح شده است.**

* بنابراین اطلاق واژه «تعهد» در ماده ۲۶۶ ق.م. به تعهداتی که متعهد له درباره آنها حق مطالبه ندارد، اطلاقی مجازی است، نه اینکه «حق مطالبه» عنصر ضروری تعهد نباشد.

** این نکته را مرحوم خویی به شیخ انصاری نسبت می‌دهد: ... مقتضی دلیل الوفاء بالشرط ما ذکره المصنف، حیث قال: إن للمشروط له اجبار المشروط علیه من جهة أنه التزم بالعمل له، فله اجبار من جهة التزام العمل للمشروط له، وهذا لا من جهة جواز الأمر بالمعروف بل من جهة ثبوت حق له علیه بالتزام علیه بالشرط، حیث إنه التزم له فله المطالبة بذلك (ر.ک به: خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۳۵۲-۳۵۵).

۱-۱. عنصر اساسی تعهد

حال باید دید کدام یک از موارد مذکور، عنصر اساسی تعهد را تشکیل می‌دهند. احتمال‌های گوناگونی در این باره قابل طرح است:

الف) ممکن است گفته شود اصلی‌ترین عنصر تعهد، عنصر وضعی از ناحیه متعهد یا «دین» به معنای فقهی است و سه عنصر دیگر «طلب»، «تکلیف به اجرای تعهد» و «حق مطالبه اجرای تعهد»، از این عنصر انتزاع می‌شوند.

این احتمال بر عنصر وضعی تعهد تأکید می‌کند و بیشتر به جنبه مادی یا عینی (objective) تعهد توجه دارد؛ بنابراین این نظریه با مکتب مادی یا موضوعی تعهد (ر.ک به: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۵۹) قرابت دارد.

۱۵

حقوق اسلامی / عنصر وضع و تکلیف در تعهد

ب) ممکن است گفته شود اصلی‌ترین عنصر تعهد، «تکلیف» متعهد به اجرای تعهد به نفع متعهدله است. متناظر با این تکلیف، عنصر تکلیفی دیگری برای متعهدله، یعنی حق مطالبه اجرای تعهد یافت می‌شود. در تعریف برخی از فقها از تعهد و التزام به این دو نکته توجه شده است.* در این احتمال بر روی عنصر تکلیفی تعهد تأکید می‌شود و بیشتر به جنبه شخصی (subjective) تعهد توجه دارد؛ بنابراین این نظریه با مکتب شخصی تعهد (همان، ص ۵۸-۵۹) قرابت دارد.

دو احتمال پیش گفته با توجه به این نکته است که حقوق تعهدات بیشتر بر جنبه منفی تعهد یا دین تأکید می‌کند و نگاه آن به جنبه مثبت تعهد یعنی طلب یا حق مطالبه، فرعی و تبعی است؛ ولی اگر قرار باشد نگاه اصلی حقوق تعهدات به جنبه مثبت تعهدات معطوف شود، می‌توان متناظر با دو احتمال نخست، دو احتمال دیگر مطرح کرد.

ج) ممکن است گفته شود اصلی‌ترین عنصر تعهد، عبارت است از عنصر وضعی از ناحیه متعهدله یعنی «طلب» که مال و جزئی از دارایی وی به شمار می‌آید و سه عنصر

* معنی الالتزام بشئ والتعهد له جعل نفسه مرجعاً لمطالبته منه ... إن الالتزام بشئ والتعهد به ليس إلا جعل الإنسان نفسه مرجعاً لمطالبته ما التزم به و تعهده (اصفهانى، ۱۴۱۹، ص ۴۴-۴۵).

دیگر یعنی «دین»، «تکلیف به اجرای تعهد» و «حق مطالبه اجرای تعهد از متعهد» از این عنصر انتزاع می‌شود.

د) ممکن است گفته شود اصلی‌ترین عنصر تعهد، حق تکلیفی از ناحیه متعهدله، یعنی حق مطالبه اجرای تعهد توسط متعهدله است که در مقابل آن «تکلیف» متعهد به اجرای تعهد به نفع متعهدله قرار دارد. اما پذیرش این دو احتمال خصوصاً احتمال نخست، باعث می‌شود حقوق تعهدات به حقوق اموال نزدیک شود یا حتی شاخه‌ای از آن به شمار آید.

۲-۱. بررسی احتمالات

با توجه به آنچه گفته شد، در تحلیل عناصر تعهد و تعیین عنصر اساسی آن نمی‌توان دو احتمال اخیر را پذیرفت و باید دید کدام‌یک از دو احتمال نخست، مقبول‌تر است. بررسی مصادیق تکلیف مالی نشان می‌دهد در برخی موارد، همه چهار عنصری که برای تعهد ذکر شد، وجود دارند و در برخی موارد از یکدیگر جدا می‌شوند؛ به عنوان مثال:

۱. در موارد معمولی دین به مفهوم فقهی، هر چهار عنصر وجود دارند: عنصر وضعی از ناحیه متعهد (دین)، عنصر وضعی از ناحیه متعهدله (طلب)، عنصر تکلیفی از ناحیه متعهد (تکلیف به ادا) و عنصر تکلیفی از ناحیه متعهدله (حق مطالبه).
۲. در برخی موارد فقط عنصر تکلیفی از ناحیه متعهد (تکلیف به ادا) وجود دارد و هیچ‌یک از سه عنصر دیگر یعنی عنصر وضعی از ناحیه متعهد (دین) و متعهدله (طلب) و عنصر تکلیفی از ناحیه متعهدله (حق مطالبه) وجود ندارد؛ نمونه این مورد، نذور و کفارات است که به عقیده برخی فقها در آنها تنها چیزی که در ذمه مکلف وجود دارد، یک فعل مانند اعطای مال به مندور^۱ یا انفاق به فقراست؛ ولی حکم وضعی وجود ندارد: «و أما فی موردالنذور والکفارات ... فلیس فی مواردھا سوی التکلیف المحض دون الحکم الوضعی» (خویی، ۱۳۶۸، ص ۲۶۱). علاوه بر این، توانایی مطالبه برای متعهدله، به عنوان «حق» مطرح نیست، هرچند وی از باب امر به معروف می‌تواند انجام تکلیف وجوبی متعهد را درخواست کند.

۳. در برخی موارد هر دو عنصر تکلیفی یعنی تکلیف به ادای مال به وسیله متعهد و

نیز حق مطالبه به وسیله متعهدله وجود دارد؛ ولی هیچ‌یک از دو عنصر وضعی یعنی «دین» و «طلب» وجود ندارد. تعهد به نفع ثالث ممکن است مصداقی از این نوع تعهد تلقی شود؛ در صورتی که موضوع تعهد، پرداخت یا تسلیم مالی به ثالث باشد، توانایی درخواست انجام تعهد توسط ثالث از باب وجود حق مالی برای وی است؛ ولی متعهد، دینی در قبال وی ندارد.

۴. در برخی موارد هر دو عنصر وضعی یعنی «دین» و «طلب» وجود دارد؛ ولی هیچ‌یک از دو عنصر تکلیفی تعهد وجود ندارد. نمونه متداول این مورد در حقوق، تعهد طبیعی است. در فقه نمونه‌های متعددی یافت می‌شود که در آن، جدایی عنصر تکلیفی از وضعی به روشنی دیده می‌شود؛ از جمله:

- دین مؤجل که در آن، حکم وضعی دین و طلب وجود دارد؛ ولی تا پیش از سررسید، نه بر مدیون پرداخت واجب است و نه دائن حق مطالبه دارد؛* بنابراین اگر دو نفر به یکدیگر مدیون باشند و یکی از دو دین، حال و دیگری مؤجل باشد، میان دو دین تهاتر صورت نمی‌گیرد، مگر آنکه مدیون دینی که مؤجل است، از مدت صرف نظر کند تا دین حال شود (ر.ک به: شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۲).

- دین مدیون معسر که تا پیش از دارا شدن وی، وجوب پرداخت و حق مطالبه وجود ندارد.**

- در صورتی که کافر حربی مسلمان شود، ولی زوجه‌اش اسلام نیاورد و مهر زوجه بر ذمه زوج باشد، دین بر ذمه زوج باقی است؛ ولی زوجه و وراثت حربی‌اش حق مطالبه مهر را از زوج ندارند. شاهد بقای دین بر عهده زوج این است که اگر زوجه یا

* الدین إما حال ... و إما مؤجل فلیس للدائن حق المطالبة، ولا یجب علی المدیون القضاء إلا بعد انقضاء المدة المضروبة و حلول الأجل (خمينی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۴۷، مسئله ۱). همچنین، در فقه اهل سنت: «و قد بینا أن المطالبة بأداء الواجب غیر أصل الوجوب، و هو تأویل الحدیث المروی (رفع القلم عن ثلاث). فالمراد بالقلم الحساب، و ذلك ینبئ علی وجوب الأداء (دون أصل الوجوب كما فی الدین المؤجل إنما تكون المحاسبة بعد وجوب الأداء) بمضى الاجل، و أصل الوجوب ثابت لوجود سببه» (ر.ک به: السرخسی، ۱۴۱۴، ص ۳۳۴).

** كما لا یجب علی المعسر الأداء یحرم علی الدائن إعساره بالمطالبة والافتضاء، بل یجب أن ینظره إلی اليسار (خمينی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۵۱، مسئله ۱۶).

وراث او بعداً مسلمان شوند، حق دارند دین را مطالبه کنند.*

- در موردی که شخص مسلمانی مال کافر حربی را به طور نسیه بخرد، دین وجود دارد؛ ولی تکلیف به پرداخت وجود ندارد.**

- درباره وجوب زکات بر کافر، به عقیده برخی از فقها زکات بر وی واجب است؛ ولی ادای آن توسط وی درست نیست (ر.ک به: یزدی، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۶، مسئله ۱۶).
- در مورد کسی که بعد از وجوب زکات بر وی، توانایی پرداخت نداشته باشد (ر.ک به: همان، مسئله ۱۵).

۵. در برخی موارد، هر دو عنصر وضعی یعنی «دین» و «طلب» و یک عنصر تکلیفی یعنی حق مطالبه از ناحیه متعهدله وجود دارد؛ ولی تکلیف به ادا توسط متعهد وجود ندارد؛ مانند دینی که بر عهده متوفی است یا دین صغیری که مال دیگری را تلف کرده است.***

با توجه به موارد پیش گفته می‌توان گفت:

* (ولو أسلم الحربی و فی ذمته مهر) ... (لم یکن للزوجة مطالبته ولا لوارثها) الحربی ... و مقتضی ثبوت ذلک لها فی ذمته أن لها المطالبة به لو أسلمت أو ماتت و كان لها وارث مسلم ولو الإمام... و لعل التحقیق فی المسئلة سقوط مطالبتها به و هی حربیة و عدم وجوب الأداء لها كذلك، ولكن لا یملکها، لأنه فی ذمته، و لیس عیناً کی تدخل فی ملكه باغتنامها و حیازتها، فإذا أسلمت هی بعده أو ماتت و كان لها وارث مسلم صحت المطالبة به، لكون المال باقیاً علی ملكها أو ملك وارثها، و إنما امتنع وجوب الأداء باعتبار كونها حربیة فلا یجب لها علی المسلم شیء إما لأنه سبیل، أو لأن المراد من جب الاسلام ما قبله ذلک و نحوه مما هو من التكاليف الشرعية (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۱، ص ۱۰۸-۱۰۹).

** ... و لیس كذلك ثمن المبیع و نحوه، و إن كان لا یجب الأداء علیه بعد الاسلام بالمطالبة بعد فرض كون من له المال حربیاً، إلا أنه دین ثابت علیه فی ذمته (همان، ص ۱۱۰).

*** ... لحكومة العقل بوجوب الخروج عن عهدة التكاليف، و تفریغ الذمة عنها، بامثالها مباشرة فی زمان الحیاة، أو بالتسبیب إلى الاتیان بها بعد الوفاة بعد وضوح عدم سقوط ما ثبت فی الذمة بالموت و إن انقطع به التکلیف: إذ لا مانع من اعتبار شیء علی الذمة و بقاءه إلى ما بعد الموت، كما هو الحال فی اعتبار الملكية للمیت (ر.ک به: خوبی، ۱۳۶۸، ص ۲۵۵ / مقایسه شود با: نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۱، ص ۱۳۰)، که در بحث پرداخت مهریه فرزند صغیر توسط ولی و طلاق زوجه توسط فرزند و بازگشت نصف مهر به فرزند یا ولی می‌گوید: نعم لو قلنا فی الصبی المعسر إن ذمته المشغولة و الأب ملتزم بالتأدیة عنه اتجه حیثیند ما ذکره ولكنه خلاف ظاهر النصوص بل صریحها و صریح الفتاوی، بل ما فی النصوص من التعبير بالضمان یراد منه الالتزام نحو قوله: «من أتلف مال غیره فهو له ضامن» لا الضمان المصطلح، علی أنه علی تقدیره فهو حیثیند ضمان شرعی قهری لا ینافی تملک نصفه للولد بالطلاق.

۱. در موارد متداول، هر جا عنصر وضعی از ناحیه متعهد (دین) وجود داشته باشد، هر سه عنصر دیگر یعنی «طلب»، «تکلیف به ادا» و «حق مطالبه» نیز وجود دارد و مواردی که به رغم وجود دین، یک یا چند عنصر دیگر وجود ندارد، استثنائی و به دلیل وجود عاملی دائمی یا موقتی است؛ به عنوان مثال، درباره نمونه‌هایی که در بند ۴ و ۵ ذکر شد، باید گفت:

- تعهد طبیعی را نمی‌توان تعهد حقوقی دانست. علاوه بر آنکه اگر سقوط حق مطالبه، ناشی از مرور زمان باشد، از جهت فقهی قابل پذیرش نیست.

- درباره دین مؤجل یا دین مدیون معسر، به تصریح فقها هر دو عنصر تکلیفی وجود دارد؛ ولی زمان پیدایش آن در مورد اول، انقضای مدت: «... و لایجب علی المدیون القضاء إلا بعد انقضاء المدة المضروبة و حلول الأجل» (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۴۷، مسئله ۱) و در مورد دوم، غنی شدن مدیون است: «... بل یجب أن یظنره إلی الیسار» (همان، ص ۶۵۱، مسئله ۱۶).

- درباره مسلمانی که مال کافر حربی را به طور نسیه خریده است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۱، ص ۱۱۰) و نیز درباره مهریه‌ای که مسلمان در زمان کفر در ذمه داشته است، سقوط حق مطالبه و تکلیف به ادا ناشی از عامل کفر است: «... و إنما امتنع وجوب الأداء باعتبار كونها حریبة» (همان، ص ۱۰۸-۱۰۹)؛ بنابراین فقها تصریح کرده‌اند اگر زوجه یا وراثت او بعداً مسلمان شوند، حق دارند دین را مطالبه کنند: «فإذا أسلمت هی بعده أو ماتت و كان لها وارث مسلم صحت المطالبة به» (همان).

- درباره دین متوفی و صغیر، عنصر تکلیفی یعنی تکلیف به ادا وجود دارد؛ ولی مخاطب حکم تکلیفی یعنی ادای دین، شخصی غیر از مخاطب حکم وضعی دین است. درباره صغیر می‌توان گفت مخاطب ادای دین، علاوه بر ولی، خود صغیر بعد از بلوغ و رشد است.

۲. چنان‌که در بند ۱ گفته شد، ممکن است هر دو عنصر تکلیفی یعنی وظیفه اجرای تعهد و حق مطالبه وجود داشته باشد؛ ولی هیچ‌یک از دو عنصر وضعی یعنی «دین» و «طلب» وجود نداشته باشد.

در نتیجه می‌توان گفت هر جا عنصر وضعی وجود داشته باشد، عنصر تکلیفی نیز

وجود دارد؛ ولی عکس این نکته صادق نیست؛ بنابراین مهم‌ترین عنصری که در هر تعهد و تکلیف مالی حقوقی وجود دارد، عنصر تکلیفی است و با توجه به این عنصر، تعهد را می‌توان به «تکلیف به انجام‌دادن یا انجام‌ندادن کار مادی یا حقوقی» تعریف کرد. این تعریف، همه تعهدات ناشی از اسباب قهری و ارادی را دربرمی‌گیرد؛ مانند: تکلیف به انجام کار مادی مانند تعهد اجیر در عقد اجاره، تکلیف به انجام کار حقوقی مانند تعهد وکیل در عقد وکالت، تکلیف به پرداخت مبلغی وجه نقد مانند تعهد مشتری به پرداخت ثمن و تکلیف به تحویل کالا مانند تعهد بایع به تحویل مبیع.

۳. مواردی را که در آنها فقط عنصر وضعی از ناحیه متعهد وجود دارد و در مقابل آن عنصر تکلیفی از ناحیه متعهدله وجود ندارد، نمی‌توان تعهد حقوقی و مالی دانست. برای تحقق چنین تعهدی، وجود حق مطالبه برای متعهد به عنوان «حق» ضروری است و جواز مطالبه به عنوانی دیگر مانند امر به معروف کافی نیست.*

۲. تفکیک عنصر وضعی از عنصر تکلیفی تعهد در فقه

برخی از حقوق‌دانان، مفهوم تعهد را به دو عنصر «دین» و «مسئولیت» تحلیل کرده‌اند و جدایی آن دو از یکدیگر را ممکن دانسته‌اند. در پاره‌ای موارد دینی وجود دارد، بدون اینکه مدیون، مسئول پرداختن آن باشد (مانند دینی که مشمول مرور زمان شده است)؛ برعکس، گاهی شخصی مسئول وفای به عهدی می‌شود که در واقع مدیون آن نیست؛ مانند ظهرنویسان برات، سفته و چک یا غاصبانی که در تلف مال مغضوب، دخالت نداشته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، صص ۶۴ و ۷۷ به بعد). این تفکیک در حقوق برخی کشورهای دیگر نیز ملاحظه می‌شود؛ در حقوق آلمان، تعهد را به دو عنصر دین و مسئولیت یا اجبار تجزیه کرده‌اند (همان / و نیز ر.ک به: السنهوری، ۱۹۸۸، ص ۲۶، پاورقی ۱) که از این دو

* ... هل الحكم الحكم التكليفي فقط كوجوب الوفاء بالنذر، فإنه لا يجب للمنذور له بل لا يجوز مطالبة المنذور من الناذر لعدم استحقاقه على الناذر شيئاً أصلاً إلا من باب الأمر بالمعروف، ... و هو لا يختص بالمنذور والمشروط له بل هو وظيفة كل مسلم ... (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۳۵۳)؛ ... و نظیر الأول مسألة وجوب نفقة الأقارب، فإنه مجرد تكليف ... وأيضاً من قبيل الأول مسألة النذر، فلو نذر ان يعطى زيدا درهماً يجب عليه ذلك تكليفاً لا وضعاً بمعنى انه لا يصير مديوناً لزيد ولذا ليس له مطالبة كمتالبة سائر الديون. نعم، يجوز له إلزامه من باب الأمر بالمعروف (يزدي، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۸۵).

عنصر، به مدیونیت و مسئولیت نام می‌برد. تفاوت دین و مسئولیت در کامن‌لا نیز پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۶۵) و نویسندگان فرانسوی حتی از این هم فراتر رفته‌اند و تعهد را به سه عنصر «دین»، «مسئولیت مدیون در مورد عدم انجام تعهد» و «اجبار» تجزیه کرده‌اند (همان).

تتبع در آثار فقهی نیز نشان می‌دهد که فقها به جدایی عنصر وضعی از عنصر تکلیفی تعهد توجه داشته‌اند و در برخی موارد این جدایی به روشنی دیده می‌شود؛ به عنوان مثال، چند نمونه ذکر می‌شود:

۱. صاحب‌جوهر در بحث تعاقب ایادی در غضب، امکان رجوع مالک به همه یا برخی از غاصبان را با این نکته توجیه می‌کند که همه آنها غاصب و مخاطب به رد عین یا قیمت‌اند (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۳۷، ص ۳۳-۳۴). البته ضمان در نهایت بر عهده غاصبی است که مال در دست او تلف شده است؛ بدین معنا که اگر مالک به شخصی غیر از کسی که مال در دست او تلف شده، مراجعه کند، آن شخص نیز می‌تواند به کسی که مال در دست او تلف شده، مراجعه کند؛ ولی اگر مالک به کسی که مال در دست او تلف شده، مراجعه کند، شخص اخیر حق مراجعه به دیگران را ندارد؛ چون ذمه وی در برابر مالک به بدل مشغول شده است. آن‌گاه در توضیح تفاوت ضمان غاصبی که مال در دست او تلف شده با ضمان دیگر غاصبان تصریح می‌کند که حکم (خطاب) به پرداخت، نسبت به کسی که مال در دست او تلف شده، شرعی است، نه ذمی: «و بذلک اتضح الفرق بین من تلف المال فی یده و بین غیره الذی خطابه بالأداء شرعی لازمی» (همان، ص ۳۴).

فقهای دیگر به جای تعابیر خطاب شرعی و وضعی در کلام صاحب‌جوهر، به ترتیب تکلیف و وضع یا حکم تکلیفی و وضعی به کار برده‌اند (ر.ک به: بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۷۰-۳۷۱ / طهوری، ۱۴۲۱، ج ۳، صص ۵۰۹ و ۵۱۴، حواشی مرحوم آخوند، ابروانی، یزدی و اصفهانی).

۲. سیدیزدی در بحث مذکور تصریح می‌کند که برخی از خطابات شرعی فقط متضمن جنبه تکلیفی‌اند و جنبه وضعی ندارند و برعکس، برخی از تکالیف نخست جنبه وضعی دارند و جنبه تکلیفی آنها از جنبه وضعی شان سرچشمه می‌گیرد. ایشان

برای مورد اول، به نذر فعل و نفقه خویشاوندان و برای مورد دوم، به نفقه زوجه مثال می‌زند (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۸۵).

۳. مؤلف مذکور درباره توجیه نظریه عدم امکان اجبار مشروط‌علیه به انجام شرط و در عین حال، وجوب انجام شرط بر وی می‌گوید:

ممکن است ادعا شود که مفاد ادله صرفاً وجوب تعبدی تکلیفی است و از آنها وجوب وضعی یعنی تعلق حق به نفع مشروط‌له در ذمه شرط‌کننده استفاده نمی‌شود؛ همان‌طور که اگر نذر کند دره‌می به زید بدهد، دادن درهم واجب است؛ اما زید مالک مالی نمی‌شود و نمی‌تواند آن را از نذرکننده مطالبه کند. البته مطالبه و جواز اجبار از باب امر به معروف ممکن است؛ اما این نوع مطالبه برای هرکسی جایز است. خلاصه اینکه با فرض پذیرش وجوب تکلیفی انجام شرط بر مشروط‌علیه، اختلاف در جواز یا عدم جواز اجبار، به این مسئله بازمی‌گردد که آیا این وجوب صرفاً تکلیفی است یا ناشی از وجوب وضعی یعنی وجود حق برای مشروط‌له بر مشروط‌علیه است.*

۴. یکی از فقها در تعریف «واجب مالی» می‌گوید:

واجب مالی عبارت است از اینکه واجب، خود مال باشد، به نحوی که ذمه مشغول به خود مال باشد؛ مانند دیون. اما در نذور و کفارات آنچه در ذمه ثابت است، یک «فعل» یعنی انفاق بر فقرا یا اعطا به منذورله است. نهایت اینکه انجام این تکلیف همانند اغلب واجبات از قبیل حج، روزه و وضو، نیازمند صرف مال است؛ بنابراین در این موارد صرفاً تکلیف وجود دارد نه حکم وضعی (خویی، ۱۳۶۸، ص ۲۶۱).

۵. صرف نظر از بحث اصالت احکام وضعی نسبت به احکام تکلیفی و مباحث و اختلافاتی که در این باره وجود دارد (ر.ک به: انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۸ / اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۴۳)، در زمینه تکالیف مالی این مطلب قابل ذکر است که برخی از احکام تکلیفی به طور مستقیم و بدون ارتباط با حکم وضعی ایجاد می‌شوند؛ ولی برخی دیگر به طور مستقیم به وجود نمی‌آیند، بلکه ناشی از یک وضعیت یا حکم وضعی‌اند؛ به عنوان مثال، تکلیف غاصب به ادای بدل تالف ناشی از حکم وضعی

* والحاصل ان النزاع فی جواز الاجبار و عدمه بناء علی تسلیم الوجوب التکلیفی یرجع الی أن هذا الوجوب هل هو تکلیفی صرف أو لا بل هو ناش من الوجوب الوضعی الذی هو کون المشروط له مستحقاً للشرط علی المشروط علیه (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۲۵-۱۲۷).

ضمان یا دین است (طهوری، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۵۰۹، حاشیه مرحوم آخوند خراسانی: «... والضمان أيضاً... وضع لیستتبع التکلیف» / همچنین، ر.ک به: حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۶۹۵) یا تکلیف بایع و مشتری به تسلیم مبیع و ثمن ناشی از ملکیت مشتری و بایع نسبت به ثمن و مبیع است؛ ولی تکلیف خویشاوندان به انفاق یا تکلیف ناذر به انجام مورد نذر، مسبوق به چنین احکام وضعی و ناشی از آنها نیست.

۶. میرزای قمی میان به ذمه گرفتن مال و به ذمه گرفتن رد آن، تفاوت قائل می‌شود. ایشان در بحث ضمان اعیان مضمونه، می‌گوید: «ضمان این اعیان بدین معناست که متعهد می‌شود آنها را رد کند به صاحب آنها، یا اینکه اگر تلف شوند، قیمت آنها را به مالک آنها بدهد». آنگاه در رد ادله طرفداران جواز ضمان به معنای اول (رد عین به صاحب آن)، می‌گوید: «در صورت اول، آنچه را ضامن در عهده گرفته، مال نیست، بلکه رد مال است. آنچه در ماهیت ضمان معتبر است، به ذمه گرفتن مال است» (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، صص ۸۱ و ۸۶). هرچند ایشان در اینجا واژه وضع و تکلیف را به کار نبرده است؛ ولی تحلیلی که ذکر کرده، ناظر به این تفکیک است: در ضمان به رد عین، متعلق ضمان یک امر تکلیفی یعنی رد مال است؛ اما در ضمان عین، خود مال و به تعبیر بهتر، وجود اعتباری آن در ذمه ضامن قرار می‌گیرد.

۷. دو واژه متقابل وضع و تکلیف در کلام برخی از فقها به دفعات به کار رفته است؛ از جمله: «ضمان از قبیل وضع است، نه تکلیف»، «ارجاع ضمان به یک حکم تکلیفی، نادرست است»،* «در عهده‌بودن از قبیل وضع است و تکلیف به ادا و امثال آن، متفرع بر آن است»** و «کسانی که ضمان را حکم تکلیفی به وجوب رد مال دانسته‌اند، سخنی خلاف واقع و ظاهر علی‌البد گفته‌اند؛ زیرا ضمان به معنای به عهده‌گرفتن مال مورد ضمان و در عهده ضامن‌بودن یک حکم وضعی است که ابتدا وضع شده است و وجوب ادای مال و رد آن به مضمون‌له، از آثار و تبعات آن است. ظاهر حدیث علی‌البد

* ... الضمان من قبیل الوضع لا التکلیف كما اخترناه و استظهرناه من الدلیل ... (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۵۰)؛ ... إن ارجاع الضمان إلى الحكم التکلیفی خلاف التحقيق من کونه من قبیل الوضع لا التکلیف (همان، ص ۳۵۱).

** فالکون فی العهده من قبیل الوضع، والتکلیف بالأداء و نحوه متفرع علیه (همان، ۳۴۹).

نیز این است که در اثر تصرف، خود آنچه مورد تصرف واقع شده است، در عهده متصرف قرار می‌گیرد و بازگشت این مطلب به یک حکم وضعی تنجیزی است که مستلزم چند حکم تکلیفی فعلی یا بالقوه است».*

۳. موارد جدایی عنصر وضعی از عنصر تکلیفی

در موارد معمولی، دو عنصر وضعی و تکلیفی تعهد، با یکدیگر در یک فرد (متعهد یا مدیون اصلی) جمع می‌شود؛ ولی در برخی موارد میان این دو عنصر جدایی می‌افتد.

۳-۱. وجود عنصر تکلیفی بدون عنصر وضعی

یعنی گاهی شخصی به انجام دادن یا ترک کاری مکلف است؛ ولی ذمه وی از جهت وضعی، به ادای مال مشغول نیست. در این باره نمونه‌های متعددی می‌توان ذکر کرد؛ مانند:

۱. تعهد جاعل به پرداخت جُعَل، قبل از انجام عمل یا تعهد شوهر به انفاق در آینده؛ بنابراین بر فرض که ابراء جاعل یا شوهر ممکن باشد، اثر ابراء از میان بردن تکلیف به تأدیه است (ر.ک به: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۵۳۹). برعکس، در تعهدی که سبب آن ایجاد نشده است، تکلیفی هم وجود ندارد و ابراء نسبت به این عنصر نیز بی‌فایده است. همچنین، پس از مرگ مورث، دین به همراه دارایی او منتقل می‌شود؛ ولی تکالیف بر حسب مقیدبودن یا نبودن به مباشرت متعهد وضعیت متفاوتی دارند.
۲. جایی که طفل یا مجنون خسارتی وارد کند. در این باره طفل مدیون است و مسئول پرداخت، ولی اوست.

۳. جایی که ولی طفل یا مجنون، معامله‌ای برای او منعقد می‌کند. مدیون، طفل یا مجنون است و مسئول پرداخت، ولی اوست. البته ممکن است گفته شود حتی در این مورد و نیز مورد قبل، دو عنصر در یک شخص (طفل و مجنون) جمع است؛ ولی چون

* ولکن القول بأن مرجع الضمان إلى الحكم التکلیفی بوجوب الرد خلاف التحقيق و ظاهر دلیل «علی‌الید»؛ فإن الضمان بمعنى التعهد بالمضمون و كونه في عهدة الضامن حکم وضعی متأصل بالجعل ... فوجوب أداء المضمون و رده للمضمون له من آثاره و هو تبع للضمان المجعول بالأصل ... (همان، ص ۳۴۸-۳۴۹).

این‌گونه اشخاص اهلیت استیفا ندارند و ایفای آنان بی‌اعتبار است (ماده ۲۶۹ ق.م.م)، شخص دیگری به حکم قانون مسئول ایفا تلقی می‌شود.

۴. موارد ضمان تضامنی، از جمله: ظهرنویسان برات، سفته و چک که به پرداخت مکلف‌اند؛ ولی ممکن است مدیون نباشند.

۵. در صورت تلف مال مغضوب، غاصبی که در تلف مال دخالت نداشته است نیز مشمول حکم تکلیفی پرداخت بدل است؛ ولی دین بر ذمه او مستقر نیست.

۶. در صورت تلف مال در دست مغرور، مالک می‌تواند به هریک از غارّ و مغرور مراجعه کند. در صورت مراجعه به مغرور، وی می‌تواند به غارّ رجوع کند و این امر نشان می‌دهد که وی فقط مخاطب حکم تکلیفی است، نه حکم وضعی.

۷. صدر ماده ۷۲۳ ق.م. نیز ممکن است مصداقی برای این مطلب باشد. براساس این مقرر، شخص می‌تواند در عقد لازم، ملتزم به تأدیه دین دیگری شود. در این صورت، بدون اینکه عنصر وضعی و انتقال دین صورت گرفته باشد، حکم تکلیفی وجوب پرداخت محقق می‌شود.

شایان ذکر است میان موارد پیش‌گفته تفاوت‌های مهمی وجود دارد؛ ولی همه آنها در نکته مورد نظر ما مشترک‌اند.

۳-۲. وجود عنصر وضعی بدون عنصر تکلیفی

نمونه مشهور این مطلب، دینی است که مشمول مرور زمان شده است. در چنین موردی نخست هر دو عنصر وضعی و تکلیفی در یک شخص جمع بوده، سپس عنصر تکلیفی از میان رفته است. همچنین، ممکن است ذیل ماده ۶۹۹ ق.م. را نیز می‌توان نمونه ناقصی از این فرض دانست: در حالتی که ضامن، التزام به تأدیه را معلق به امری می‌کند، انتقال دین صورت گرفته و نسبت به وی حکم وضعی دین وجود دارد؛ اما دست کم تا قبل از تحقق معلق‌علیه، حکم تکلیفی وجوب پرداخت وجود ندارد.

۴. آثار حکم وضعی و تکلیفی در تعهدات

بر هریک از احکام وضعی و تکلیفی تعهد آثاری مترتب می‌شود. در اینجا به برخی

از این آثار اشاره می‌شود:

۱. حکم وضعی به ذمه تعلق می‌گیرد و به صورت یک دین بر مکلف ثابت می‌شود؛ بنابراین آثار کلی دین بر این‌گونه دین نیز بار می‌شود؛ از جمله: الف) اجبار مدیون به پرداخت دین امکان‌پذیر است؛ ب) در صورت عدم امکان اجبار، حاکم می‌تواند از اموال وی به اندازه دین پرداخت کند؛ ج) در صورت فوت مدیون، دین بر وصایا مقدم است؛ د) دائن برای دریافت دین خود با سایر طلبکاران شریک می‌شود؛ ه) دائن می‌تواند دین را ابراء کند یا آن را با چیزی دیگر با مدیون مصالحه کند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۵۱۰).

۲. برخی از احکام تکلیفی (مانند وفا به شرط؛ به عقیده برخی از فقها)،^{*} مستلزم حکم وضعی‌اند و برخی (مانند وفا به نذر؛ به عقیده برخی از فقها)^{**} چنین استلزامی ندارند و فقط جنبه تکلیفی دارند. برای ذی‌نفع از احکام نوع اول، حق مالی ایجاد می‌شود؛ بنابراین می‌تواند آن را به عنوان یک حق مالی مطالبه کند؛ ولی برای ذی‌نفع از حکم تکلیفی صرف، حق مالی ایجاد نمی‌شود و به همین دلیل نمی‌تواند آن را به عنوان یک حق مالی مطالبه کند. البته از باب امر به معروف می‌تواند آن را مطالبه کند؛ ولی این نوع مطالبه به وی اختصاص ندارد، بلکه هرکسی می‌تواند آن را درخواست کند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۳۵۲ و ۳۵۵). در مقابل، برای کسی که از حکم وضعی ذی‌نفع است، حق مالی ایجاد می‌شود؛ بنابراین می‌تواند آن را به عنوان یک حق مالی مطالبه کند.

۳. ذی‌نفع از حکم تکلیفی نمی‌تواند آن را اسقاط کند؛ ولی ذی‌نفع حکم وضعی حق اسقاط آن را دارد.^{***}

۴. در مواردی که شخصی مدیون و شخص دیگری به پرداخت دین مکلف است،

* والمتحصل أن المشروط له يتمكن من مطالبة المشروط عليه بالشرط و اجباره عليه، لأنه حقه حسب التزامه (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۳۵۳).

** ... هل الحكم، الحكم التکلیفی فقط كوجوب الوفاء بالنذر، فإنه لا يجب للمندور له بل لا يجوز مطالبة المندور من الناظر لعدم استحقاقه على الناظر شيئاً أصلاً إلا من باب الأمر بالمعروف يجوز المطالبة، و هو لا يختص بالمندور والمشروط له بل هو وظيفة كل مسلم (همان).

*** ثم إن ظاهر قوله ... «إلا بإذنها» أنه [وطء] حق للمرأة، لها المطالبة ولها الاسقاط. و يحتمل بعيداً أن يكون مجرد تكليف في ذمة الزوج (ر.ک به: انصاری، ۱۴۱۵، ب، ص ۷۶).

اگر دائن برای دریافت دین به مکلف رجوع کند، وی نیز حق دارد به مدیون مراجعه کند؛ ولی اگر به مدیون مراجعه کند، وی حق رجوع به مکلف را ندارد؛ چون دین خود را پرداخته و مسئول نهایی دین، خود اوست (ر.ک به: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۶۹).

۵. در مورد تصرفاتی که جنبه وضعی دارند، مانند نذر نتیجه، قدرت شرط نیست؛ ولی در تصرفاتی که جنبه تکلیفی دارند، مانند نذر فعل، قدرت شرط است. بنابراین اگر شخصی انجام دادن عملی را نذر کند و پیش از انجام دادن آن بمیرد، نذر از میان می‌رود: «مقتضى القاعدة بطلان النذر مطلقاً سواء تعلق بالحج مباشرة أو بالاحجاج مطلقاً أو معلقاً، لأن الموت يكشف عن عدم القدرة، فلا ينعقد النذر من أصله» (ر.ک به: خوبی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۴۱۴)؛ ولی اگر نذر نتیجه کند، به ذمه و اموالش تعلق می‌گیرد و با موت از میان نمی‌رود.*

۶. در تزامن حکم وضعی و حکم تکلیفی، حکم وضعی مقدم است؛ به عنوان مثال، حج، حکم تکلیفی و زکات، حکم وضعی است و به عین مال تعلق می‌گیرد؛ بنابراین در صورت تعارض حج و زکات، زکات مقدم است.**

۷. در موارد ضمان تضامنی، ابراء مدیون باعث براءة ذمه مسئول نیز می‌شود؛ ولی اسقاط حق مطالبه از مسئول باعث براءة مدیون نمی‌شود.

۸. ممکن است دین، تجزیه پذیر باشد؛ ولی التزام به تأدیه آن تجزیه ناپذیر باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۸۴).

۹. در صورت وجود دو عنصر برای دین و امکان تفکیک میان آن دو، می‌توان به امکان و جواز تضامن قراردادی قائل شد (همان، ص ۲۱۳).

* حاشیه مرحوم آقا ضیاء که ذیل عبارت: «... وأما لو نذر الإحجاج بأحد الوجوه ولم يتمكن منه حتى مات، ففي وجوب قضائه وعدمه وجهان، أوجههما ذلك، لأنه واجب مالي أوجبه على نفسه فصار ديناً» (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۵۰۷-۵۰۵، مسئله ۱۲)، چنین می‌نگارد: ما لم يكن الإحجاج الذي هو متعلق النذر مقدوراً لا يكاد ينعقد النذر كي يصير واجباً مالياً وهكذا في نذره إعطاء مال يزيد ولم يتمكن منه. و ما هو منعقد بالاحتياج إلى القدرة هو النذر المتعلق بمقدار من المال في ذمته يكون للحج أو لزيد، و ذلك غير نذر الفعل همچنین، عبارت پرمغز سیدیزدی: ... ففرق بين إيجاب مال على نفسه أو إيجاب عمل مباشرى و إن استلزم صرف المال، فإنه لا يعد ديناً عليه بخلاف الأول (همان، ۵۰۷).

** حاشیه مرحوم کاشف الغطاء که در مورد این سخن مولف «... ولو تقارن خروج القافلة مع تمام الحول وجبت الزكاة أولاً لتعلقها بالعين بخلاف الحج» (یزدی، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۵-۲۴، مسئله ۱۳)، چنین می‌نگارد: ... یعنی يتزامن الحكم الوضعي مع التكليفي والأول مقدم طبعاً، لأنه مزيل لموضوع الثاني (همان، ص ۲۱).

۱۰. در مواردی که حق اقامه دعوا به دلیل مرور زمان ساقط می‌شود، دین باقی است؛ ولی التزام به تأدیه از میان می‌رود؛ بنابراین ابراء چنین دینی که عنصر تکلیفی ندارد (و به همین دلیل «ناقص» خوانده می‌شود)، امکان‌پذیر است (همان، صص ۵۰۳ و ۵۳۸ و ۵۵۱ به بعد).

۱۱. در مورد تعهد ظهرنویسان برات، سفته و چک و ضامنان آنان در برابر دارنده سند تجارتي، با گذشتن مهلت اقامه دعوا از تاریخ اعتراضنامه، عنصر تکلیف یعنی حق مطالبه ساقط می‌شود؛ ولی عنصر وضعی دین باقی است (همان، ص ۵۴۷).

۱۲. نیابت فقط درباره عنصر تکلیفی تعهد مؤثر است، نه عنصر وضعی. توضیح اینکه تعهد از جهت نیابت‌پذیری یا نیابت‌ناپذیری دو گونه است: برخی از تعهدات فقط باید به وسیله متعهد انجام شود و نیابت‌ناپذیرند: «أما ما لاتدخله النيابة فضايلة ما تعلق قصدالشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة...» (حلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۴۲۸). این وصف ممکن است از ماهیت رابطه حقوقی متعهد و متعهدله ناشی باشد؛ مانند تکالیف زناشویی، یا از عدم امکان طبیعی انجام‌دادن آن به وسیله شخصی غیر از متعهد و یا از شرط طرفین ناشی باشد. دسته دوم، تعهدات نیابت‌پذیرند: «و أما ما تدخله النيابة فضايلة ما جعل ذریعة إلی غرض لا یختص بالمباشرة...» (همان، ج ۲، ص ۴۲۸-۴۲۹)؛ یعنی انجام‌دادن آنها به وسیله دیگران ممکن است. بیشتر تعهدات مالی از این گروه‌اند؛ به عنوان مثال، تکلیف بایع به تسلیم ثمن به وسیله هر شخصی از جمله خود مشتری (متعهدله) هم قابل اجراست (ماده ۳۴۸ ق.م.).

باید توجه داشت که قابلیت پرداخت دین توسط شخصی غیر از مدیون، تأییدی بر مطالب گفته شده است، نه منافی آن؛ چون چنین پرداختی به عنصر تکلیفی دین یعنی وجوب پرداخت مربوط است، نه جنبه وضعی آن. همچنین، انتقال دین را نباید با نیابت‌پذیری آن خلط کرد. عنصر وضعی دین، قابل انتقال است، ولی نیابت‌پذیر نیست؛ بنابراین انتقال دین به طور قراردادی و در قالب عقدی مانند ضمان و نیز به طور قهری به دلیل مرگ متعهد ممکن است؛ ولی انتقال‌پذیری به عنصر وضعی دین مربوط است.

۱۳. برخی از اشکالات در مورد ضمان یا انتقال دین مانند عدم پذیرش «ضمان ما لم یجب» یا لزوم ثبوت دین مُحال به در حواله با توجه به عنصر وضعی دین مطرح

می‌شود؛ بنابراین اگر به عنصر تکلیفی آن توجه شود و ضمان و حواله به عنصر تکلیفی برگردد، این‌گونه اشکالات مرتفع می‌شود.

نتیجه

۱. تعهد به مفهوم حقوقی در کامل‌ترین مصداق خود از چهار عنصر تشکیل شده است: دو عنصر وضعی «دین» و «طلب» و دو عنصر تکلیفی «لزوم انجام تکلیف» و «حق مطالبه آن». تعهد به مفهوم حقوقی در ناقص‌ترین مصداق خود فقط یک حکم تکلیفی و وظیفه‌ای بر دوش متعهد و مکلف است؛ ولی فاقد دیگر عناصر تکلیفی و وضعی است؛ بنابراین عنصر اصلی و مشترک همه تعهدات، عنصر تکلیفی از ناحیه متعهد است.

۲. میان تعهد کامل و ناقص، تعهدات بینابینی وجود دارد که واجد برخی از این عناصر و فاقد برخی دیگر است؛ مانند: الف) وجود عنصر تکلیفی از ناحیه متعهد و متعهده، بدون عنصر وضعی؛ یعنی لزوم انجام یا ترک عملی به وسیله متعهد در برابر شخصی دیگر و متقابلاً توانایی شخص اخیر نسبت به مطالبه انجام تعهد؛ ولی نه به عنوان حق، بلکه به عنوان حکم یعنی جواز مطالبه از باب امر به معروف، مثل نفقه اقارب؛ ب) عنصر وضعی از ناحیه متعهد و متعهده بدون وجود عنصر تکلیفی برای آن دو؛ یعنی وجود طلب به نفع دائن در ذمه مدیون و متقابلاً وجود دین در ذمه مدیون، بدون تکلیف به پرداخت بر عهده مدیون و نیز بدون حق مطالبه برای دائن، مثل تعهد طبیعی.

۳. دین به مفهوم فقهی یک حکم وضعی مربوط به مدیون است که از آن یک عنصر وضعی دیگر (طلب) و دو عنصر تکلیفی (تکلیف به ادای دین و حق مطالبه آن) انتزاع می‌شود؛ بنابراین اگر تعهد به معنای مصدری را تکلیف حقوقی بدانیم، میان دین در اصطلاح فقهی و تعهد از لحاظ حقوقی، تباین است.

۴. از لحاظ فقهی، تکلیف ممکن است به حکم وضعی (مانند ملکیت عین و دین) مسبوق باشد و یا نباشد؛ اولی مانند وجوب تسلیم ودیعه به مالک یا وجوب پرداخت موضوع دین بر مدیون و دومی مانند تکلیف به انفاق خویشان.

۵. تعهد به مفهوم متداول در حقوق رومی - ژرمنی، یک عنصر تکلیفی است، نه

وضعی و یکی از دلایل تردید در امکان انتقال آن به دیگری را می‌توان همین نکته دانست؛ ولی دین به مفهوم فقهی، عنصر وضعی یعنی مال است و می‌توان آن را در قالب ضمان و حواله از ذمه‌ای به ذمه دیگر انتقال داد.

منابع

۱. اردبیلی، مولی احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ ج ۹، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیة المکاسب؛ چ ۱، قم: نهضت و ذوی القربی، ۱۴۱۹ق.
۳. انصاری، شیخ مرتضی؛ (الف)؛ کتاب الزکاة؛ ج ۱، چ ۱، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
۴. —؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳ و ۶، چ ۲، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق.
۵. —؛ (ب)؛ کتاب النکاح؛ چ ۱، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
۶. بحر العلوم، سید محمد؛ بلغة الفقیه؛ ج ۲، چ ۴، تهران: انتشارات مکتبه الصادق، ۱۳۶۲.
۷. بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضرة؛ ج ۲۱، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.
۸. الجبعی العاملی، زین الدین، شرح اللمعة؛ ج ۴، چ ۱، قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ق.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق تعهدات؛ ج ۱، چ ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۱۰. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح؛ العناوین؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۱۱. حلّی، احمد بن محمد؛ المهدب البارع؛ ج ۲، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ق.
۱۲. حلّی، جعفر بن حسن (محقق)؛ (الف)؛ المختصر النافع؛ ج ۳، تهران: مؤسسه بعثت، ۱۴۱۰ق.
۱۳. —؛ شرائع الاسلام؛ ج ۲، چ ۲، قم: انتشارات امیر، ۱۴۰۳ق.
۱۴. حلّی، حسن بن یوسف (علامه)؛ (ب)؛ ارشاد الأذهان؛ ج ۱، قم: مؤسسه انتشارات

- اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۱۵. _____؛ (الف)؛ تحریر الاحکام؛ ج ۳ و ۴، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۱۶. _____؛ (ب)؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۲۰ق.
۱۷. خراسانی، وحید؛ منهاج الصالحین؛ [بی جا]، [بی تا].
۱۸. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسيلة؛ ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰.
۱۹. خویی، سیدابوالقاسم؛ کتاب الحج؛ ج ۱، چ ۲، قم: انتشارات مدرسه دارالعلم، ۱۳۶۴.
۲۰. _____؛ کتاب الصلاة؛ ج ۵، القسم الاول، قم: انتشارات مدرسه دارالعلم، ۱۳۶۸.
۲۱. _____؛ مصباح الفقاهة؛ ج ۵، چ ۱، قم: مكتبة الداوری، ۱۳۷۷.
۲۲. _____؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، چ ۲۵، قم: مدينة العلم، ۱۴۱۰ق.
۲۳. روحانی، سیدمحمد؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، کویت: مكتبة الألفین، [بی تا].
۲۴. روحانی، سیدمحمدصادق؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، قم: سازمان چاپ مهر، ۱۳۶۳.
۲۵. سبزواری، مولی محمدباقر؛ کفایة الاحکام؛ ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۳ق.
۲۶. السرخسی، ابوبکر؛ اصول السرخسی؛ چ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ق.
۲۷. السنهوری، عبدالرزاق احمد؛ مصادر الحق فی الفقه الاسلامی؛ ج ۱، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۸۸م.
۲۸. سیستانی، سیدعلی؛ منهاج الصالحین؛ چ ۱، قم: مكتبة آیت الله العظمی السیستانی، ۱۴۱۵ق.
۲۹. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ چ ۲، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
۳۰. _____؛ حقوق مدنی؛ چ ۳، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
۳۱. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ ج ۸، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ق.
۳۲. طهوری، صادق؛ محصل المطالب فی تعلیقات المكاسب؛ چ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
۳۳. طوسی، محمدبن علی؛ الوسيلة؛ چ ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی

- نجفی، ۱۴۰۸ق.
۳۴. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب؛ کشف الرموز؛ ج ۱، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ق.
۳۵. فیاض، محمداسحاق؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، چ ۱، قم: مکتبه الشیخ محمداسحاق الفیاض، [بی تا].
۳۶. قمی، میرزا ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ۳، چ ۱، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
۳۷. کاتوزیان، ناصر؛ نظریه عمومی تعهدات؛ چ ۱، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۴.
۳۸. المکی العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)؛ اللعة الدمشقیة؛ چ ۱، قم: دارالفکر، ۱۴۱۱ق.
۳۹. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۱ و ۳۱ و ۳۷، چ ۶، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴م.
۴۰. یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۴ و ۵، چ ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۰.
۴۱. —؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
42. Hunter, W. A; **A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code**; Trans. into English by J. Ashton Cross, fourth ed., London: Sweet and Maxwell, 1876.

