

Pazhuheshnameh Matin

Journal of The Research Institute of Imam Khomeini and Islamic Revolution

Volume 24, Issue 97, Winter 2023

A Study of the Status of Imperative Rules in Civil Code and Jurisprudence of Transactions in the Light of Imam Khomeini's Opinion¹

Hamed Khubyari²

Pooria Razi³

Abstract

Research Paper

Despite prevalence of jurisprudential discussions on the role of imperative rules in contracts, very little can be found in the works of legal thinkers – and equally – in the verdicts of the judiciary system. Jurists' inattention to the difference between positive and imperative rules has resulted in many cases in disappearance of boundaries between property law and law of obligations. For instance, some jurists argue that obligation coming from an affirmative condition depends upon occurrence of ownership, also stating that undertaking an obligation in favor of a third party may cause issuance of positive rule of indebtedness. Given the above, the principal question in this study deals with underscoring distinction between imperative and positive rules and the status of either one in the law of obligations. Pinpointing examples of imperative rules in Civil Code with respect to its effects such as dispossession, lack of indebtedness, and lack of inheritance can be effective in interpretation of pertinent laws as well as verdicts of the judiciary system. In this paper, applying a descriptive-analytical method and resorting to library documents, we have tried to review the status of imperative rules in articles related to affirmative condition, interpretation of Article 959 of Civil Code, usurpation, and guarantee of discharging obligations in the light of Imam Khomeini's opinion. An analysis of imperative rule indicates that first, it belongs to the act of obligee and its subject may be a property or an act, the latter paving the ground for imposition of imperative rule on obligations. Understanding Imam Khomeini's opinion on this can create an appropriate ground for legalization of customary guarantee based on the guarantee of discharging obligations.

Keywords: Imperative rules, guarantee of discharging obligations, affirmative condition, maintenance, usurpation, obligation in favor of a third party

1. DOI: 10.22034/MATIN.2023.203086.1523

DOR: 20.1001.1.24236462.1401.24.97.1.4

2. PhD (Private Law) Isfahan University, Isfahan, Iran, Visiting Lecturer, Islamic Azad University, Sirjan Branch, Sirjan, Iran, Email: h.khubyari@gmail.com

3. Assistant Professor, Islamic Azad University, Bandar Abbas Branch (Corresponding author), Email: pooria.razi@gmail.com

بررسی جایگاه احکام تکلیفی در قانون مدنی و فقه معاملات در پرتو آرای امام خمینی (س)^۱

حامد خویباری^۲

پوریا رضی^۳

مقاله پژوهشی

چکیده: علی‌رغم وجود مباحث گسترده فقهی راجع به جایگاه احکام تکلیفی در باب عقود، کتب اندیشمندان حقوقی و البته آرای نظام قضایی در این زمینه ساکت است. بی‌توجهی حقوق‌دانان به تفاوت احکام وضعی و تکلیفی، در بسیاری موارد موجب از بین رفتن مرز میان حقوق اموال و حقوق تعهدات شده است. برای مثال، برخی از حقوق‌دانان برای تعهد ناشی از شرط فعل قائل به مالیت شده یا آنکه تعهد به نفع ثالث را موجب حکم وضعی مدیونیت دانسته‌اند. به این ترتیب پرسش اصلی در پژوهش حاضر تمایز آثار احکام تکلیفی از احکام وضعی و جایگاه هرکدام در حقوق تعهدات است. شناسایی مصادیق احکام تکلیفی در قانون مدنی با توجه به آثار آن از جمله عدم مالکیت، عدم ایجاد دین و عدم توارث، می‌تواند در تفسیر مواد قانونی و همین‌طور آرای دستگاه قضایی مؤثر باشد. در مقاله حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و بر اساس منابع کتابخانه‌ای سعی شده است که جایگاه احکام تکلیفی در مواد مربوط به شرط فعل، تفسیر ماده ۹۵۹ قانون مدنی، غصب و ضمان عهده در پرتو آرای امام خمینی مورد بررسی قرار گیرد. تحلیل حکم تکلیفی نشان

1. DOI: 10.22034/MATIN.2023.203086.1523

DOR: 20.1001.1.24236462.1401.24.97.1.4

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان و مدرس واحد سیرجان، دانشگاه آزاد اسلامی، سیرجان، ایران.
E-mail: h.khubyari@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران. (نویسنده مسئول)
E-mail: pooria.razi@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۹/۳

پژوهشنامه متین / سال بیست و چهارم / شماره نود و هفت / زمستان ۱۴۰۱ / صص ۲۹-۱

می‌دهد متعلق آن ابتدائاً فعل مکلف بوده و ممکن است موضوع آن فعل، مال یا انجام عملی باشد و بخش اخیر بستر طرح حکم وضعی در تعهدات است. شناخت آرای امام در این باب می‌تواند بستری مناسب جهت قاعده‌مند کردن ضمان عرفی بر مبنای ضمان عهده باشد.

کلیدواژه‌ها: احکام تکلیفی، ضمان عهده، شرط فعل، نفقه، غصب حق، تعهد به نفع ثالث.

مقدمه

در قانون مدنی ایران، به تبع فقه امامیه، علاقه اشخاص نسبت به اموال منحصر به دو نوع حق و مالکیت شده است (ماده ۲۹). حق در معنای عام خود شامل مالکیت (حق بر مملوکیات)، حکم (حق ابوت، حضانت یا ولایت برای حاکم) و حق به معنای خاص است. کسانی که حق را در برابر حکم استفاده می‌کنند؛ مقصودشان از حق، حکم وضعی بوده و از نگاه ایشان واژه حکم، ناظر به احکام تکلیفی است (فروغی ۱۳۹۱: ۸۵). به نظر می‌رسد ماده ۲۹ قانون مدنی در خصوص احکام وضعی اعم از مالکیت و حق مالی بوده و در استعمال حق، معنای خاص آن را اراده کرده است. برای مثال، حق انتفاع یا حق ارتفاق بیان‌کننده چگونگی رابطه ذی‌حق با مال است؛ همین‌طور حق تحجیر، حق شفعه و حق سرقفلی. حال پرسش اینجاست که اگر متعلق حق شخص، فعل دیگری باشد؛ آیا می‌توان رابطه ذی‌حق با فعل را حکم وضعی و مشمول ماده ۲۹ به حساب آورد؟ ماده ۲۱۴ قانون مدنی مورد معامله را اعم از مال یا عمل متعهد می‌داند. چنانچه به موجب قرارداد شخصی مطابق ماده ۷۶۸ قانون مدنی متعهد به انفاق به دیگری در مدت معین شود؛ قرارداد را باید موجب حکم تکلیفی دانست یا وضعی؟ علاوه بر تعهدات ناشی از قرارداد، حق بر فعل ممکن است در اثر الزامات خارج از قرارداد ایجاد شود. در ماده ۳۱۷ قانون مدنی رجوع مالک به غاصبی که مال در ید او نیست؛ بیانگر حق مالک بر فعل غاصب برای ستاندن مال از ذوالید و برگرداندن آن به مالک است. شبهه وضعی یا تکلیفی بودن حکم را می‌توان در مورد شرط فعل، شرط تعهد به نفع ثالث در ماده ۱۹۶، نکاح دختر باکره بدون اذن ولی، ضمان عهده، نفقه زوجه، غصب حق یا حتی تفسیر ماده ۹۵۹ مطرح کرد. شناسایی وضعی یا تکلیفی بودن

احکام تنها مفید فواید نظری نبوده و در عمل نیز استفاده‌های قابل توجهی دارد. برای مثال، چنانچه قراردادی را موجب حکم تکلیفی صرف بدانیم، با فوت متعهد تکلیف از بین رفته و برای متعهدله حقی در ترکه متوفی وجود نخواهد داشت. به علاوه، اگر شرط حقوقی را موجب حکم تکلیفی محض بدانیم، تخلف از آن صحیح و اگر واجد حکم وضعی بدانیم، تخلف از آن می‌تواند منجر به بطلان یا عدم نفوذ عمل حقوقی ثانوی باشد (آل‌بویه ۱۳۹۵: ۹). همچنین در حکم تکلیفی محض، مانند نذر فعل، حق مطالبه توسط متعهدله وجود نداشته و الزام متعهد تنها از باب امر به معروف و نهی از منکر ممکن است (خوبی ۱۳۶۸ ج ۷: ۳۶۷). در پاسخ به پرسش‌های فوق برخی جانب تکلیفی بودن و بعضی جانب وضعی بودن حکم را گرفته‌اند. امام خمینی از جمله کسانی است که در اغلب موارد طرفدار تکلیفی و وضعی بودن حکم به صورت توأمان است؛ البته ایشان حکم وضعی را به حق مطالبه مشروطه محدود کرده‌اند (ر. ک. به: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۲۷). همچنین در ادامه خواهیم دید که امام به این نظر بسنده نکرده و در برخی موارد، تکلیفی یا وضعی بودن حکم را تابع متعلق فعل قرار داده است. پذیرش این نظر می‌تواند گام بلندی در روشن شدن احکام تعهدات و به‌ویژه تفکیک حقوق اموال از حقوق تعهدات باشد.

علی‌رغم غنای مباحث فقهی در باب جایگاه احکام تکلیفی، اندیشمندان حقوقی در کتب مربوط به حقوق قراردادها از ارائه بحث تفصیلی در این مورد امتناع کرده‌اند. برای مثال، کاتوزیان با تفکیک مسئولیت از مدیونیت، تلویحاً به موضوع اشاره کرده (کاتوزیان ۱۳۹۱: ۶۴)؛ اما مستقیماً راجع به احکام تکلیفی موجود در قراردادها مطلبی ننوشته است. همچنین شهیدی در تفسیر ماده ۹۵۹ قانون مدنی حق را در معنای حکم لحاظ کرده است؛ اما از ماهیت این حکم و احکام راجع به آن سخنی به میان نیاورده است (شهیدی ۱۳۶۹: ۱۴۴). با این حال، محقق داماد در کتاب نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی و در مباحث شرط فعل و البته وضعیت حقوقی تصرفات من علیه الخیار حکم تکلیفی را از وضعی تفکیک کرده و حکم هر کدام را مورد مطالعه قرار داده است (محقق داماد ۱۳۸۸: ۵۴۵-۵۵۳). ایشان تفکیک بین آثار این دو حکم و البته شناسایی منشأ جعل آن‌ها را از ارزشمندترین مباحث فلسفه حقوق اسلامی می‌داند. مباحثی که موجب تمایز نظام حقوقی ایران در زمینه تشکیل و آثار تعهدات از نظام‌های حقوقی غربی شده است (محقق داماد ۱۳۸۵: ۳۰).

۱. ماهیت حکم و اقسام آن

در اصطلاح فقه حکم عبارت است از ثبوت یا نفی نسبت و رابطه میان موضوع و محمول. بر این مبنا، اگر طریق اثبات و نفی، عقل باشد؛ حکم را عقلی و اگر شرع باشد آن را حکم شرعی می‌گویند (عباسی و نقیبی ۱۳۹۷: ۷۷). برخی از فقها حکم شرعی را «خطاب شرعی که به اقتضا یا تخییر به فعل مکلف تعلق گرفته» معنا کرده‌اند (نجفی ۱۹۸۱ ج ۱۷: ۳۶۱). منتقدین ایراداتی بر این نظر وارد دانسته‌اند؛ از جمله آنکه خطاب مترادف حکم نیست، بلکه کاشف از آن است و البته اینکه موضوع حکم شرعی همواره فعل نبوده، گاهی شخص و گاهی اشیاء مرتبط با اشخاص است (صدر ۱۴۰۶ ج ۱: ۶۱). برخی دیگر برای تحذیر از این ایراد قید («یا به وضع») را به تعریف اضافه کرده‌اند (مجاهد طباطبایی ۱۴۱۶: ۲۹۲)؛ که البته ایراد نخست در این تعریف نیز وجود دارد. امام خمینی با رفع ایرادات فوق، حکم شرعی را «قوانین صادرشده از طرف کسی که شأنیت قانون‌گذاری دارد» می‌دانند (امام خمینی ۱۳۸۵: ۶۶). در این تعریف، احکام شرعی اعم از احکام شرع مقدس و شارع عرفی بوده و همین گزاره مبنای طرح نظریه جدید دیگری در مورد حقیقت حکم شرعی شده است.

در میان آرای علمای علم اصول راجع به حقیقت حکم شرعی اضطراب زیادی به چشم می‌خورد. برخی از ایشان حکم شرعی را خطاب شارع، برخی اراده شارع و عده‌ای امر معجول و اعتباری دانسته‌اند (ر.ک. به: عباسی و نقیبی ۱۳۹۷). خطاب و اراده شارع دانستن حکم شرعی موجب خلط عالم تکوین و اعتبار بوده و به همین جهت برخی در نحوه جعل و انتزاع احکام، درگیر تقسیم‌بندی‌های نظری و قواعد غیر منعطف عالم تکوین شده‌اند. برای مثال، انتزاع حکم وضعی از تکلیفی یا جعل حکم وضعی به نحو استقلال را در موارد سببیت ممکن نمی‌دانند؛ چرا که مستلزم تقدم مسبب بر سبب بوده که در عالم تکوین امری محال تلقی می‌شود (آخوند خراسانی بی تا ج ۱: ۴۰۰). امام خمینی از جمله کسانی است که حکم را امری واقعی می‌پندارد و آن را امری اعتباری و جایگاه آن را عالم اعتبارات می‌داند (سبحانی تبریزی ۱۳۸۱ ج ۱: ۳۲۰). به این ترتیب، جعل حکم چه از ناحیه شارع مقدس باشد و چه از ناحیه قانون‌گذار، از امور قصدیه تلقی می‌شود. اعتباری دانستن احکام شرعی در شناخت احکام وضعی و تکلیفی - که اقسام حکم شرعی تلقی می‌شوند - همچنین تمیز آن‌ها از یکدیگر مفید خواهد بود. در دو بند آتی به اختصار احکام تکلیفی و وضعی را

تعریف کرده و سپس به آثار هرکدام از آنها اشاره خواهیم کرد.

۱-۱. حکم تکلیفی و وضعی

حکم تکلیفی حکمی است که به افعال مکلفین تعلق گرفته و مطابق نظر مشهور فقها به پنج قسم وجوب، حرمت، کراهت، استحباب و اباحه تقسیم می‌شود (صدر ۱۴۰۶ ج ۱: ۵۴؛ حکیم ۱۹۷۹: ۵۸). باوجوداین، برخی از اندیشمندان با توجه به مشقت بودن احکام تکلیفی و نبود الزام در حکم اباحه، این حکم را از اقسام احکام تکلیفی خارج می‌دانند (به نقل از حکیم ۱۹۷۹: ۶۵). برخلاف تعداد احکام تکلیفی که منحصر در موارد پنج‌گانه است؛ مشهور فقها احکام وضعی را هر حکم شرعی‌ای می‌دانند که مستقیماً به فعل مکلف تعلق نگرفته و به تعداد مشخص منحصر نشده است (مروج جزایری ۱۴۱۱ ج ۷: ۲۵۱؛ حکیم ۱۹۷۹: ۶۹). برخی جعل عنوان وضعی برای این احکام را از جهت موضوع بودن آنها برای احکام تکلیفی دانسته‌اند (مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی ۱۳۸۷ ج ۳: ۳۶۱). حکم وضعی را باید حکم ناظر به چگونگی وضعیت اشخاص با اشخاص یا اموال دانست. به این ترتیب، احکام اعتباری از قبیل مالکیت، نیابت، ضمانت، زوجیت و حق به معنای اخص را باید در زمره احکام وضعی تلقی کرد.

در قانون مدنی گاهی مواد واجد احکام وضعی و تکلیفی به صورت توأمان هستند؛ مانند ماده ۳۶۲ که حکم تکلیفی تعهد به تسلیم ناشی از حکم وضعی مالکیت است. در این قبیل موارد ممکن است؛ حکم وضعی یا تکلیفی از نظر مرتبه بر دیگری مقدم باشد. در مثال فوق حکم وضعی مالکیت بر حکم تکلیفی تسلیم مقدم بوده و در مواردی از قبیل تعهد به تملیک، حکم تکلیفی تملیک بر حکم وضعی حق مطالبه تقدم دارد (نعمت‌اللهی الف ۱۳۹۱: ۱۸۸). در برخی موارد تنها حکم تکلیفی (ماده ۱۱۹۶) و یا تنها حکم وضعی (اتلاف مال به وسیله صغیر بدون دارایی) وجود دارد. متعلق حکم وضعی اتلاف، ضمان و تأدیه دین است؛ بنابراین زیان‌دیده ابتدائاً با مال رابطه خواهد داشت؛ اما در انفاق اقارب، اقارب با انفاق، یعنی فعل منفق رابطه دارند و نه نفقه به معنای مال.

۲-۱. آثار احکام وضعی و تکلیفی

بر هر یک از احکام وضعی و تکلیفی آثار متعددی بار می‌شود. تفکیک و مقایسه این آثار به شناسایی بهتر آن‌ها کمک خواهد کرد؛ ۱. همان‌طور که گفته شد؛ احکام تکلیفی برخلاف احکام وضعی مستقیماً به افعال انسان تعلق می‌گیرند. ۲. احکام تکلیفی مستلزم عقوبت اخروی اند اما احکام وضعی تلازم مستقیم با عقاب ندارند (امامی خوانساری ۱۴۱۰: ۳۹۸). همین تفاوت موجب شده است تا وجود احکام تکلیفی به شرایط عامه تکلیف (بلوغ، عقل و قدرت) منوط باشد؛ اما همه احکام وضعی به همه این امور مشروط نیستند (تبریزی ۱۳۶۹: ۴۷۶). به علاوه، احکام وضعی تنها توسط ذی‌حق قابل مطالبه است؛ درحالی‌که عمل به احکام تکلیفی را هر شخص از باب امر به معروف می‌تواند مطالبه کند (نعمت‌اللهی الف ۱۳۸۹: ۲۶). ۳. تعداد احکام تکلیفی منحصر در پنج مورد است؛ اما احکام وضعی منحصر به تعداد خاص نیست. ۴. منشأ جعل و رفع احکام تکلیفی خداوند است؛ مگر در مواردی که رفع حکم را به افراد اجازه داده باشد؛ اما احکام وضعی را قانون‌گذار نیز می‌تواند اعتبار نماید (مکارم شیرازی و همکاران ۱۳۸۵ ج ۱: ۴۲۵). بسیاری از اسباب و شروط از این قبیل اند؛ مثلاً رسیدن به هجده سالگی برای الزام افراد به خدمت نظام وظیفه یا شرط رشد برای تصرف در امور مالی. ۵. احکام وضعی از قبیل مالکیت و حق مالی قابل اسقاط است؛ اما امکان اسقاط احکام تکلیفی وجود ندارد. در امکان اسقاط حق بین فقها تردید جدی‌ای وجود ندارد^۱ و این امر در قانون مدنی نیز تأیید شده است (مواد ۲۸۹، ۴۴۸ و ۸۸۲). تنها ایراد در بحث اسقاط و اعراض حق، آن است که اسقاط بر موضوع صادق است و نه رابطه؛ حال آنکه حق و مالکیت از جنس رابطه‌اند (قنوتی و همکاران ۱۳۹۲: ۶۹). در پاسخ باید گفت عموم و شمول سلطه مالک اقتضای سلطه بر رابطه را دارد (محقق داماد ۱۳۶۹: ۱۵) و اگر نداشت، انتقال رابطه (در عقود تملیکی یا عهده‌ای) نیز بی‌معنا می‌شد. در مقابل، امکان اسقاط احکام تکلیفی از قبیل ولایت یا حضانت وجود ندارد. نکته جالب توجه آن است که اگر حکم، تکلیفی محض باشد، نه تنها اسقاط آن از سوی مکلف ممکن نیست؛ بلکه اسقاط آن از

۱. در بیان فقها اصطلاحات «لکل ذی حق اسقاط حقه، الحق قابل للاسقاط و کل ما کان حق فهو قابل للاسقاط» شهرت دارد (روحانی ۱۴۱۸ ج ۵: ۲۷۸؛ نجفی خوانساری ۱۴۱۸ ج ۱: ۱۰۸).

جانب ذی نفع نیز اثری در تکلیف مکلف ندارد (سند ۱۴۲۸: ۵۲۳). به همین دلیل، برخی از اندیشمندان اسقاط مطالبه نفقه از سوی اقارب و همین طور اسقاط رجوع از هبه را ممکن نمی‌دانند (عبدی پور و جعفری خسروآبادی ۱۳۹۲: ۵۴؛ انصاری ۱۴۱۹ ج ۳: ۱۰۲). ۶. تعهدات ناشی از احکام تکلیفی صرف، برخلاف احکام وضعی به ترکه تعلق نمی‌گیرد (جعفری لنگرودی ۱۳۸۲: ۳۸۱). ۷. نیابت مربوط به عنصر تکلیفی تعهد در واجبات توصلی است و عناصر وضعی نیابت پذیر نیستند (نقیبی و شیخی نصرآبادی ۱۳۹۳: ۱۵۴؛ نعمت‌اللهی ۱۳۸۹: ۲۸). برای مثال، پرداخت دین توسط وکیل متعهد صحیح بوده، اما نیابت در مدیونیت بی‌معناست. ۸. تفاوت مهم دیگر احکام تکلیفی و وضعی در وضعیت قراردادها از حیث اثر است. صحت، فساد، نفوذ و عدم نفوذ از احکام وضعی هستند (فاضل لنگرانی ۱۳۸۱ ج ۵: ۴۵۶) و به‌این ترتیب، احکام تکلیفی شامل احکامی از قبیل عدم نفوذ نمی‌شوند. یکی از فقهای معاصر در این باره می‌گوید:

... ولی در زمان بعد از اجازه حکم می‌شود که از اول منتقل شده است و این دو حکم وضعی به ملکیت یک مال در یک زمان، از آنجا که خود حکم‌های وضعی در دو زمان هستند؛ اشکال ندارد و مصلحت در خود این دو اعتبار وضعی است و می‌خواهد آثاری را بر خود این حکم وضعی که متعدد و در دو زمان است - بار کند و در متعلق آن که واحد است؛ نیست. ولیکن در احکام تکلیفی، این معقول نیست و نمی‌شود؛ متعلق واحد در زمان واحد هم مصلحت غالبه داشته باشد و هم مفسده غالبه [نمی‌تواند متعلق دو حکم اباحه و وجوب قرار گیرد] (هاشمی شاهرودی ۱۳۹۳/۱۰/۱۵).
(<https://www.eshia.ir>)

به‌این ترتیب، هر چند می‌توان، مالکیت منافع مالی را امروز برای «الف» اعتبار کرد و بعداً شخص دیگری را مالک منافع همان روز شناخت؛ نمی‌توان عملی را «امروز» بر شخصی مباح و بعداً آن عمل را در آن روز بر او واجب دانست؛ بنابراین اگر عقدی ابتدئاً موجب حکم تکلیفی باشد، نمی‌تواند غیر نافذ باشد.

۳-۱. تحلیل احکام تکلیفی و وضعی بر مبنای ظرف عهده و ذمه

با توجه به آنچه گفته شد؛ چنانچه حکم در رابطه با فعل مکلفین یا رابطه اشخاص با اشخاص بوده؛ ذیل حقوق تعهدات و اگر در رابطه اشخاص با اموال باشد؛ در حقوق اموال بررسی خواهد شد. برای چگونگی تعلق این احکام به اشخاص، فقها و دانشمندان اسلامی دو مفهوم ذمه و عهده را اختراع کرده‌اند. برخی از فقها و حقوق دانان معتقدند ذمه جایگاه اموال کلی و از قبیل احکام وضعی بوده؛ اما عهده ظرف احکام تکلیفی و اعیان معین است (اصفهان‌ی ۱۴۱۹ ج ۲: ۳۱۳؛ روحانی ۱۴۱۴ ج ۲۰: ۱۶۲). از همین رو خریداری که ذمه وی مشغول به مال کلی باشد را مدیون و فروشنده‌ای که مکلف به تسلیم عین معین است را متعهد می‌نامند. برخی دیگر اما با مضرّف عهده بودن اعیان معین مخالفت نموده و عالم خارج را ظرف اعیان معین دانسته‌اند (نعمت‌اللهی ۱۳۹۱: ۱۷۰؛ موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۴: ۵۸). به این ترتیب، ذمه ظرف اموال کلی و عهده ظرف تعهدات تلقی می‌شود. ذکر این نکته لازم است که معتقدین به این نظر رابطه ذمه و عهده را عموم و خصوص من وجه خوانده‌اند، بعضی مدیونین را مکلف و بعضی مکلفین را مدیون می‌دانند (صدر ۱۳۷۹: ۶-۴). در این نظریه آنچه اهمیت دارد، مرتبه اشتغال است؛ بنابراین هر چند خریداری که باید ثمن را بپردازد، هم مدیون و هم متعهد است؛ اما به دلیل اشتغال اول ذمه، وی را مدیون می‌دانیم. قانون‌گذار در برخی مواد این تفکیک را رعایت نموده، ذمه را ظرف اموال کلی معرفی کرده است که البته با مرگ نیز از بین نمی‌رود (مواد ۳۰۰، ۶۹۸، ۷۳۰ و ۲۹۱ قانون مدنی).

امام خمینی برخلاف آثار ابتدایی خود (امام خمینی ۱۳۷۸: ۲۲۴) که عهده را ظرف احکام تکلیفی و ذمه را ظرف اموال کلی می‌دانستند؛ در آثار اخیرشان ذمه و عهده را یکسان به کار برده و هر دو را به عنوان ظرف امور اعتباری معرفی کرده‌اند (ر. ک. به: امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۳۷۹). مطابق با این تفسیر ذمه و عهده هر دو ممکن است ظرف اموال یا تکالیف قلمداد شوند (موسوی بجنوردی و مقتدایی ۱۳۹۲: ۱۱). بررسی مواد قانون مدنی حاکی از مطابقت این نظر با مواد آن قانون دارد. برای مثال، ماده ۳۱۸ ضمان را به عهده کسی می‌داند که مال در ید وی تلف شده است؛ همین‌طور ماده ۳۲۱ که تلویحاً امکان اشتغال ذمه‌های متعدد به تعهد را پذیرفته است. برجسته‌ترین شاهد ادعای فوق ماده ۶۸۴ قانون مدنی است که ضمان را انتقال دین از ذمه مدیون به عهده ضمان می‌داند. به این ترتیب، روشن است قانون‌گذار

ذمه و عهده را به عنوان ظروف اعتباری همسان به کار برده، وگرنه ماده ۶۸۴ معرف التزام به تأدیه بود و نه عقد ضمان.

۲. جایگاه احکام تکلیفی در قانون مدنی

در ادامه به تفکیک برخی از مواد قانون مدنی که حاوی احکام تکلیفی هستند را در پرتو آرای امام خمینی بررسی خواهیم کرد.

۲-۱. شرط فعل

مطلبی که در حقوق مدنی از اهمیت زیادی برخوردار است؛ تکلیفی یا وضعی بودن حکم مفاد شرط فعل است. در میان فقها برخی مفاد شرط فعل را نه حکم وضعی و نه تکلیفی می دانند، بلکه تنها فایده جعل شرط را در معرض زوال قرار دادن بیع دانسته اند (شهید اول ۱۴۱۱: ۱۱۰). این نظر با توجه به امکان الزام متعهد در ماده ۲۳۴ قانون مدنی، مورد تأیید قانون گذار قرار نگرفته است. برخی دیگر از فقها شرط فعل را تنها موجب حکم تکلیفی دانسته اند (طوسی ۱۳۸۷ ج ۲: ۱۵۱) بدین گونه الزام متعهد تنها از باب امر به معروف و نهی از منکر ممکن بوده و برای مشروطه حق مطالبه وجود ندارد. متعاقباً مشروطه قادر به اسقاط حق نیز نخواهد بود. همان طور که پیداست این نظر در تعارض با امکان اسقاط حق مطالبه در قانون مدنی است (ماده ۲۴۵). اغلب فقها از جمله امام خمینی شرط فعل را در جانب مشروط علیه موجب حکم تکلیفی تعهد و از جانب مشروط له واجد حکم وضعی حق مطالبه می دانند (حسینی ۱۴۱۷ ج ۲: ۲۸۲؛ امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۳۰). با وجود این، برخی از ایشان علاوه بر حق مطالبه، قائل به نوعی حق ذمی برای مشروط له نیز می باشند. از نظر این فقها مشروط له در صورت عدم امکان الزام متعهد، می تواند به میزان ارزش تعهد از وی مطالبه وجه نماید (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۵: ۲۹۸؛ حکیم بی تاج ۱۲: ۱۵۰). به علاوه، این حق در صورت وفات متعهد به ترکه وی تعلق خواهد گرفت و بنابراین از جانب متعهد نیز در حکم تکلیفی خلاصه نمی شود. این نظر با توجه به رعایت جانب انصاف مورد تأیید برخی از حقوق دانان قرار گرفته است (عبدی پور و ثقفی ۱۳۸۷: ۸۲؛ سیمایی صراف و معتمدی ۱۳۹۴: ۱۳۴). ایراد عمده نظر اخیر عدم توجه به اختلاف موضوع در شروط فعل و همچنین عدم مطابقت با رویه

منتخب در قانون مدنی است. این نظریه نحوه ارتباط شروط با عقود را جزئیت در سبب دانسته (عبدی پور و ثقی ۱۳۸۷: ۷۷) و به همین دلیل، هر حقی برای متعهدله را جزء دارایی مثبت وی به حساب می آورند (کاتوزیان ۱۳۹۱: ۲۲).

برای رفع اضطراب آرای فوق باید به موضوع شرط فعل توجه کرد. موضوع شرط فعل همواره انجام یا ترک عملی بر عهده مشروط علیه است (ماده ۲۳۴ قانون مدنی). متعلق انجام یا ترک نیز ممکن است امری حقوقی یا مادی باشد. از سوی دیگر، متعلق عمل حقوقی اعم از مال یا فعل است؛ برای مثال مقتضای عمل حقوقی ممکن است انتقال (عدم انتقال) مالکیت کالا یا اعطای وکالت باشد. بدون تردید نمی توان حکم موردی که موضوع شرط تعهد به چیدن دیوار است را با تعهد به تملیک عین معین یکسان دانست. توجه به این تفاوت مهم در آثار امام خمینی به چشم می خورد. ایشان بین موردی که متعلق تعهد مال بوده با موردی که فعل باشد؛ قائل به تفاوت شده و در صورت نخست برای متعهدله حقی در عین متصور است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۴۸). به این ترتیب، در صورت فوت متعهد، حق متعهدله به ترکه تعلق گرفته و اگر متعلق تعهد فعل باشد؛ به دلیل تکلیفی بودن از جانب متعهد و از بین رفتن شرایط، تکلیف منتفی می گردد (امام خمینی ۱۴۲۰: ۲۰). بنا بر آنچه گفته شد، می توان بین شرط فعلی که موضوع آن عمل مادی یا عمل حقوقی است، قائل به تفکیک شد. به علاوه، متعلق شرط فعل حقوقی را نیز منقسم به دو قسم مال و عمل نمود. از میان اقسام مذکور، تنها حالتی موجب حکم وضعی است که متعلق عمل حقوقی مال باشد. نتیجه این تقسیم در تخلف از شرط فعل حقوقی دیده می شود. بر مبنای نظر امام، حکم عمل منافی حق متعهدله بر عین، عدم نفوذ است (آل بویه ۱۳۹۵: ۹)؛ اما اگر شرط فعل حقوقی از قبیل شرط عدم فراش مجدد باشد، تخلف از آن صحیح خواهد بود (امام خمینی ۱۳۹۲ ج ۲: ۳۲۵). دقت در مواد قانون مدنی نیز نشان می دهد، متعلق شرط فعل حقوقی در مواردی که تخلف از آن موجب عدم نفوذ تصرف منافی است، مال بوده و نه عمل متعهد (مواد ۶۵، ۴۷۴، ۷۹۳، ۱۰۴۳، ۴۵۴، ۵۰۰). در توجیه حکم بطلان تصرف منافی حق در مواد ۴۵۴ و ۵۰۰ قانون مدنی برخی به تکلف افتاده و بطلان اجاره را ناشی از ذات مستمر اجاره دانسته اند (نعمت‌اللهی ۱۳۸۸: ۲۷). برخی نیز با اجتهاد در برابر نص، لفظ بطلان را حمل بر عدم نفوذ کرده اند (صفایی ۱۳۸۲: ۳۱۱). با وجود این، تحقیق عده دیگری از حقوق دانان در منابع فقهی نشان می دهد

مواد مذکور کاملاً منطبق با نظریه عدم نفوذ و در راستای منطق حاکم بر قانون مدنی است (الشریف و جعفری خسروآبادی ۱۳۹۱: ۱۳۰). ایشان با تفکیک خیارات قانونی و قراردادی، عین را متعلق خیارات قراردادی دانسته و تصرف من علیه الخیار را حتی پیش از فسخ عقد اول غیر نافذ می‌دانند؛ بنابراین اگر من علیه الحق، عین را منتقل نماید، انتقال غیر نافذ بوده و با فسخ عقد اصلی به دلیل از بین رفتن رابطه حقوقی دوم، تنفیذ یا رد بلا موضوع و عقد دوم باطل می‌گردد. همین‌طور اگر من له الحق، عقد خود را فسخ ننماید با پایان پذیرفتن مدت خیار، مانع نفوذ عقد من علیه الحق نیز برداشته می‌شود.

نحوه ارتباط عقد با شرط در نظریه فوق ظرفیت بوده (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۴: ۱۳۴) و با علاقه جزئیت که مبنای حق مالی بودن شرط است تفاوت دارد. پرسش اصلی در نظریه جزئیت آن است که شرط جزء کدام یک از اجزای عقد به حساب می‌آید؟ بدون تردید شرط جزء عوضین نخواهد بود؛ چراکه در این صورت ذکر جداگانه ابواب شروط بی معنی بود و همه را ذیل شروط عوضین بررسی می‌کردند. به علاوه، فساد شرط باید موجب بطلان بخشی از عقد و خیار تبعض صفقه باشد؛ که این نتیجه کاملاً با قانون در تعارض است. ممکن است گفته شود که شرط جزئی از سبب قلمداد می‌شود (عبدی‌پور و ثقفی ۱۳۸۷: ۷۸). مطابق با این تحلیل نیز شرط تنها بر انگیزه طرفین عقد تأثیر گذاشته و نقشی در میزان عوضین نخواهد داشت (اصفهانی ۱۴۱۹ ج ۵: ۱۸۱-۱۸۰). البته آنچه گفته شد تنها در رابطه بین طرفین قرارداد حاکم بوده و در رابطه با شرط تعهد به نفع ثالث، امام خمینی قائل به ایجاد حق برای اجنبی نبوده (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۲۳۶)؛ فلذا احکام مذکور موضوعاً منتفی است.

۲-۲. تفسیر سلب حق در ماده ۹۵۹ قانون مدنی

نظر رایج در بین حقوق دانان آن است که قید «به‌طورکلی» در ماده ۹۵۹ دارای مفهوم مخالف بوده؛ بنابراین اشخاص می‌توانند به پشتوانه ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده، حقوق خود را به‌طور جزئی اسقاط نمایند (صفایی و قاسم‌زاده ۱۳۹۴: ۱۵). ایشان اغلب این بحث را ذیل مبحث اسقاط حق فروش مبیع آورده و با استناد به جواز اسقاط حق در برخی از مواد قانون مدنی قائل به صحت شرط فوق شده‌اند (کاتوزیان ۱۳۸۵ ج ۱: ۲۰۸). با وجود این، برخی از حقوق دانان (ایمانیان و همکاران ۱۳۸۲: ۲۵) با استناد به ریشه ماده فوق، یعنی ماده ۲۷

قانون مدنی سوئیس، اسقاط حق را اساساً ممنوع دانسته و «حق» مذکور در این ماده را ناظر بر حقوق اولیه که کرامت انسانی قائم بر آن‌هاست می‌دانند. علاوه بر آن بعضی دیگر در برابر نظر رایج، استدلالی قوی‌تر ارائه کرده‌اند و «حق» مذکور در ماده ۹۵۹ را از جنس حکم و غیرقابل اسقاط دانسته‌اند (شهیدی ۱۳۶۹: ۱۴۴). توجه به ماهیت اهلیت تمتع و استیفا این نظر را تأیید می‌کند. به نظر می‌رسد منشأ اختیار اشخاص جهت استفاده از اهلیت خود حکم خداوند بوده و به همین دلیل، برخلاف حقوق مالی قابل سلب نیست.

با توجه به آنچه پیش از این گفته شد، حقوق مالی را بدون نیاز به تحدید زمان یا موضوع می‌توان اسقاط نمود (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۳: ۸۰)؛ هرچند برخی از حقوق دانان برای اسقاط این نوع از حقوق نیز ایجاد محدودیت‌هایی از جمله تعیین زمان یا موضوع معین را لازم دانسته‌اند (کاتوزیان ۱۳۸۵ ج ۱: ۲۰۸). این ادعا به وضوح مخالف اصل اسقاط پذیری حقوق است. حقوق مربوط به اهلیت اما از آن رو که ماهیتاً حکم تکلیفی تلقی می‌شوند؛ در قالب شرط نتیجه قابل اسقاط نبوده و تنها می‌توان در قالب شرط فعل حقوقی منفی اعمال آن را محدود کرد. فقها شرط تحدید حکم را ذیل شرط مخالف سنت و شرع آورده و مشهور معتقدند تنها در صورت موقتی بودن می‌توان مباح را ترک کرد یا ملتمز بر انجام شد. در این صورت نه التزام و نه ملتزم با شرع مخالفت نخواهد داشت (موسوی بجنوردی ۱۴۱۹ ج ۲: ۴۶۰). به نظر می‌رسد حقوق دانان بدون توجه به تمایز احکام حکم تکلیفی و وضعی و با خلط مفاهیم حق و حکم، تحدید زمان یا موضوع را برای سلب یا تحدید حقوق مالی لازم دانسته‌اند.

۳-۲. غصب

احکام غصب مطابق با قول مشهور فقها از قاعده «علی الید» اتخاذ شده است (رشتی ۱۳۸۹: ۱۱). این قاعده به دلیل ابهام در مبنا و اجمال در احکام از جمله وضعی یا تکلیفی بودن و یا نحوه در برگرفتن منافع همواره محل بحث فقها بوده است. امام خمینی اما غصب را یک قاعده فقهی مستقل می‌داند که در روایات نیز به آن اشاره شده است (امام خمینی ۱۳۹۲ ج ۲: ۱۸۵؛ به نقل از فاضل لنکرانی ۱۳۸۷: ۱۱)؛ به همین دلیل، ایشان در برشمردن احکام غصب با دشواری‌های سابق روبرو نبوده است. در بین احکام مربوط به غصب، مسئولیت غاصبی که مال از ید او خارج شده و همچنین مباحث مربوط به غصب حق، با معیارهای پیش گفته

راجع به احکام تکلیفی همخوانی دارد که در ادامه به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

الف) ضمان غاصب پیشین (غیر ذوالید)، ماده ۳۱۷ قانون مدنی به مالک مال مغضوب، اختیار مراجعه به تمامی غاصبین جهت اخذ عین مال را داده است؛ اعم از آنکه بر مال استیلا داشته یا نداشته باشند. رجوع به غاصبی که مال را در اختیار ندارد و مکلف دانستن او به استرداد آن، حکمی غیر منطقی به نظر می‌رسد؛ بنابراین حقوق دانان جهت توجیه آن «تعهد به فعل ثالث» را الزامی دانسته‌اند که قانون‌گذار به عهده غاصب گذاشته است (کاتوزیان الف: ۱۳۸۶: ۲۲۹). حال چنانچه غاصب در این بین بمیرد، آیا مالک حقی در ترکه او دارد؟ به عبارت دیگر، آیا الزام به استرداد عین حکمی وضعی است یا تکلیفی؟ امام خمینی از معدود اندیشمندانی است که صراحتاً به این موضوع پرداخته و با توجه به عدم اشتغال ذمه غاصب، الزام به رد عین را حکمی تکلیفی دانسته‌اند که در صورت فوت به ترکه تعلق نمی‌گیرد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۳۵۹). ممکن است ایراد شود که متعلق تعهد غاصب مال بوده و با توجه به مبنای فوق باید به ترکه تعلق بگیرد. پاسخ این ایراد روشن است؛ موضوع تعهد عین معینی است که در ید دیگری قرار دارد، به این ترتیب، نمی‌توان مالک عین را هم‌زمان ذی‌حق در ترکه غاصب متوفی و عین موجود در ید غاصب لاحق دانست. گزاره فوق می‌تواند در حل برخی مسائل دیگر نیز راهگشا باشد؛ برای مثال اگر شخصی غیر از غاصبین، ضمانت عین مضمونه را بپذیرد آیا موجب حکم وضعی برای او خواهد بود؟ هرچند در فقه امامیه امکان ضمان از اعیان مضمونه مورد اتفاق همه فقها نیست؛ اما مشهور بر امکان آن نظر داده‌اند (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸ ج ۱: ۴۳۵؛ قمی ۱۴۱۳ ج ۳: ۸۴). مطابق با نظر اخیر ضامن همچون سایر غاصبین متعهد به رد عین خواهد بود (علامه حلی ۱۴۲۵ ج ۱۴: ۳۳۶) و همان‌طور که در نیابت پذیر بودن احکام تکلیفی گفته شد، فرض اشتغال عهده‌های مختلف به یک تعهد برخلاف فرض اشتغال ذمه‌های مختلف به یک دین، فرضی صحیح و امکان‌پذیر است.

نمونه بارز این نوع ضمان، ضمان عهده ثمن یا مبیع است که در واقع ضمان از حکم تکلیفی یعنی وجوب رد ثمن یا مبیع تلقی می‌شود (نعمت‌اللهی ۱۳۹۵: ۱۱۷).

ب) ضمان در غصب حق، همان‌طور که گفته شد، برخلاف اغلب فقهای امامیه که برای ضمان ناشی از غصب عین، قاعده علی الید (رشتی ۱۳۸۹: ۱۱) و برای توجیه ضمان

منافع، قاعده احترام مال مؤمن را عنوان کرده‌اند (محقق داماد ۱۴۰۶ ج ۱: ۲۱۶)؛ امام خمینی با بررسی روایات و همچنین استناد به بنای عقلا، غصب را مبنای مستقلی برای ضمان معرفی کرده است. از نظر امام خمینی هر غصب شامل دو حکم تکلیفی و یک حکم وضعی است. احکام تکلیفی غصب شامل حرمت و وجوب رد بوده و حکم وضعی آن ناظر به ضمان جبران خسارت است (امام خمینی ۱۳۹۲ ج ۲: ۱۸۶). اگر آنچه مورد غصب قرار گرفته مال باشد؛ تردیدی در تعلق هر سه حکم مذکور وجود ندارد. محل نزاع مربوط به زمانی است که حقی از ذی حق غصب شده باشد. مطابق با نظر مشهور فقها حق می‌تواند موضوع غصب قرار گیرد. قانون‌گذار مدنی نیز در ماده ۳۰۸ این نظر را تأیید کرده است. علی‌رغم این اتفاق نظر برخی از فقها و اغلب حقوق‌دانان برای غصب حق قائل به ضمان و حکم وضعی شده‌اند (شهید اول بی‌تا ج ۳: ۱۰۶؛ کاتوزیان^{الف} ۱۳۸۶: ۲۱۷) و در سوی دیگر، برخی معتقدند موضوع ضمان غاصب تنها اموال بوده و حق هر چند ممکن است مغضوب واقع شود؛ اما فرض ضمان درباره آن ممکن نیست (نجفی ۱۹۸۱ ج ۳۷: ۳۲). برای روشن‌تر شدن بحث باید حقوق را به دو دسته مالی و غیرمالی تقسیم کرد. آرای حقوق‌دانان در خصوص تقسیم حق به مالی و غیرمالی فاقد معیار واحد است. برخی از ایشان حق مالی را عبارت از حقی می‌دانند که قابل تقویم و مبادله با پول باشد (حبیب و شاکری ۱۳۹۴: ۱۷؛ کاتوزیان^ب ۱۳۸۶: ۱۲). در سوی مقابل عده‌ای معتقدند معیار مالی یا غیرمالی بودن حق، متعلق آن است؛ بنابراین اگر متعلق حقی مانند حق انتفاع از عین معین، مال باشد آن حق را مالی و چنانچه متعلق حق مانند حق قسم یا سبق در مسجد و بازار، مالیت نداشته باشد آن را می‌توان غیرمالی دانست (باریکلو ۱۳۹۴: ۹۳). تفاوت این نظر در حقوقی همچون حق شفعه و حق بر مال مرهون آشکار می‌شود که موضوع حق مال بوده اما حق در عرف بازار فاقد مالیت است. ممکن است ایراد شود که حقوقی از جمله نوبت هم‌خوابگی یا تقدم می‌تواند در برابر پول قرار بگیرد و از این بابت می‌توانند مالی قلمداد شوند (جعفری لنگرودی ۱۳۸۸: ۱۰۰). این ایراد وارد نیست؛ چرا که در صورت فوق ذی‌حق، حق خویش را به دیگری منتقل نمی‌کند؛ بلکه در برابر مال آن حق را ساقط می‌نماید.

۴-۲. ضمان عهده

از ماده ۶۸۴ قانون مدنی می‌توان فهمید که عقد ضمان در این قانون موجب حکم وضعی انتقال دین است. به این ترتیب، وقوع عقد ضمان همواره متوقف بر وجود دین یا دست‌کم وجود سبب آن (ماده ۶۹۱ قانون مدنی) بوده و به همین دلیل نیز حقوق‌دانان عقد ضمان را ذیل عقود تبعی مورد بررسی قرار داده‌اند (کاتوزیان ۱۳۸۹ ج ۴: ۳). علی‌رغم آنچه مورد توجه مشهور فقها و قانون مدنی در تعریف و برشمردن آثار عقد ضمان قرار گرفته؛ تفاهم عرفی از مفهوم عقد ضمان در بین مردم، عدم انتقال دین و اضافه شدن فرد دیگری به عنوان متعهد پرداخت به شخص اول است. در این صورت عقد ضمان ابتدائاً موجب حکم تکلیفی التزام به تأدیه توسط ضامن بدون انتقال دین خواهد بود. به علاوه، در ماده ۶۹۷ قانون مدنی، ضمان آنچه بر عهده متبایعین است نیز امکان دارد. احساس نیاز به وجود ضمان عهده، نتیجه معامله با اشخاص غایب و بعضاً مجهول‌الهویت است. در ادامه سعی خواهد شد تا با مبانی فقهی موجود، از ظرفیت مباحث ضمان عهده استفاده کرده و آن را به سایر موارد ضمان از احکام تکلیفی توصلی تعمیم دهیم.

همان‌طور که پیش از این گفته شد؛ اغلب فقها جهت رد ضمان عهده در مورد اقاله یا فسخ معاملات به نبود موجبات ضمان استناد کرده و عدم جواز ضمان ما لم یجب را به مجموع فقها نسبت داده‌اند (علامه حلی ۱۴۲۵ ج ۱۴: ۳۱۴-۳۱۱). با وجود این، برخی از فقها وجود اجماع بر بطلان ضمان ما لم یجب را نپذیرفته و برای امکان انعقاد ضمان، وجود سبب دین را کافی دانسته‌اند (طباطبایی یزدی ۱۴۲۰ ج ۵: ۴۳۱). این رویکرد موجب شده است تا بسیاری از مواردی که پیش از این ذیل عنوان ضمان ما لم یجب قرار می‌گرفتند (از جمله نفقه آینده زوجه و ضمان از مال الجعالة)؛ مشمول عنوان عقد ضمان قلمداد شود. عده دیگری از فقها متناسب با نیاز جامعه از این فراتر رفته و برای تحقق ضمان، حتی وجود سبب را نیز لازم ندانسته‌اند. البته ایشان این نوع ضمان را غیر ضمان مصطلح به معنای انتقال ذمه می‌دانند (حکیم بی‌تا ج ۱۳: ۳۴۶). روشن است که پذیرش ضمان عهده به عنوان یک عقد معین در قانون مدنی نافی وجود عقد ضمان به معنای انتقال ذمه نخواهد بود. به علاوه، موارد بسیاری در فقه و حقوق وجود دارد که می‌تواند مؤید صحت ضمان ما لم یجب در مواقع مقتضی باشد. از این بین می‌توان به اذن در ائتلاف (خوبی ۱۴۱۰ ج ۱: ۱۰۷)، ضمان جریره (باقری ۱۳۸۲:

۸۸) و عقد بیمه (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۳۷) اشاره کرد.

از مجموع آنچه راجع به احکام وضعی و احکام تکلیفی گفته شد؛ می‌توان چنین برداشت کرد که ضمان از دین ابتدائاً موجب نقل ذمه و نتیجتاً ایجاد حکم وضعی خواهد بود؛ اما ضمان از تکالیف (مانند رد عین معین) موجب التزام متعهد به انجام عمل یا پرداخت دین - بدون آنکه ذمه ایشان مشغول گردد- می‌شود. چنانچه عهده را جایگاه احکام تکلیفی بدانیم، می‌توان از ضوابط حاکم بر ضمان عهده نتیجه گرفت که تمامی احکام تکلیفی نیابت پذیر قابل تضمین باشند. در این راستا، عهده ضامن ضمیمه عهده مضمون‌عنه شده و هر یک به دلیلی متعهد پرداخت مال خواهند بود. حالت مذکور در قوانین جاری بی‌سابقه نبوده و رایج‌ترین مصداق آن را می‌توان ظهر نویسی در چک دانست. شخص ظهر نویس با انتقال چک متعهد به پرداخت وجه آن می‌شود؛ اما از آن‌رو که مدیون وجه نبوده و تنها مکلف به پرداخت آن است می‌تواند به صادرکننده مراجعه نماید (عبدی پور ۱۳۹۱: ۱۰). آنچه گفته شد شبیه ضمان غاصب غیر ذوالید است که پیش‌ازین، احکام آن مورد بررسی قرار گرفت. امام خمینی نیز با تعبد شرعی دانستن مبنای نقل ذمه برای ضمان، مفهوم ضمان عرفی را طرح کرده‌اند. ایشان تعهد ضامن را به دو مرحله منقسم دانسته‌اند؛ به این ترتیب که ضامن در مرحله اول باید مال را از مدیون بگیرد و به مضمون‌له بپردازد و چنانچه قادر به این عمل نشود، متعهد است دین را با مال خود پرداخت نماید (امام خمینی ۱۳۷۸: ۲۲۴). بنا بر آنچه گفته شد می‌توان موضوع عقد ضمان را علاوه بر دین به تکالیف نیز تعمیم داد. در این صورت ضمان ناقل ذمه، ضمان عقدی و ضمان ناظر به احکام تکلیفی را می‌توان به مناسبت ظرف احکام تکلیفی، ضمان عهده نامید. ذکر این نکته لازم است که در ضمان عهده مبنای تعهد لزوماً تکلیف ابتدایی نبوده و ممکن است مضمون‌عنه مدیون باشد؛ اما ضامن بدون تقبل اصل دین، متعهد پرداخت آن می‌شود. ماده ۷۲۳ قانون مدنی در باب ضمان به این حالت اشاره کرده و روشن است که مدنظر قانون‌گذار در این ماده، شرطی است که به موجب آن، شخص بدون آنکه دین به ذمه‌اش منتقل شده باشد، ملتزم به پرداخت دین دیگری می‌گردد (مصطفوی و افشارنیا ۱۳۸۲: ۳۵). با پذیرش ضمان عهده به عنوان قرارداد با موضوعیت تکلیف باید به نتایج آن نیز پایبند بود. مهم‌ترین نتیجه تکلیفی دانستن اثر ضمان عهده، عدم تعلق تعهد به ترکه ضامن است (سیستانی ۱۴۱۴ ج ۲: ۳۱۰).

نتیجه گیری

تعهدات و اموال دو بازیگر برجسته حقوق مدنی قلمداد می‌شوند. شناخت ماهیت و آثار احکام تکلیفی و احکام وضعی می‌تواند در تمیز بهتر این دو قسم حقوقی راهگشا باشد. بررسی ماهیت احکام تکلیفی نشان می‌دهد که متعلق این نوع حکم ابتدائاً فعل مکلف بوده و در مرتبه دوم ممکن است موضوع فعل، مال یا انجام عملی باشد. با پذیرش این مطلب مصادیق بسیاری در قانون مدنی به‌عنوان حکم تکلیفی محرز می‌گردد که از این بین می‌توان به شرط فعل، حکم مربوط به غاصب حق، تعهد غاصب مقدم (غیر ذوالید)، انفاق اقارب، ماده ۹۵۹ قانون مدنی و موارد ضمان عهده اشاره نمود. اهمیت تمیز احکام تکلیفی از احکام وضعی در مرحله آثار آشکار می‌گردد؛ به این معنی که به‌طور کلی ترتب حکم تکلیفی فرع بر وجود شرایط عامه تکلیف بوده؛ اما جهت ترتب حکم وضعی تنها وجود اهلیت کافی است. از این اثر کلی آثار جزئی دیگری از جمله عدم تعلق حکم تکلیفی به ترکه و امکان رجوع متعهد دین به مدیون آن پس از پرداخت استنباط می‌شود. با بررسی آثار امام خمینی و نظرات سایر فقهای امامیه در باب احکام تکلیفی می‌توان به این نتیجه دست یافت که نظر به نیابت پذیر بودن واجبات توصلی، ضمان عهده که معطوف به حکم تکلیفی است، استثناء نبوده و می‌توان احکام آن را به سایر ضمانات عرفی تعمیم داد. به این ترتیب، ضمان عهده برخلاف ضمان قراردادی که نقل ذمه است؛ می‌تواند به‌عنوان ضم عهده به عهده قلمداد شود.

ملاحظات اخلاقی

حامی مالی: مقاله حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان: تمام نویسندگان در آماده‌سازی مقاله مشارکت داشته‌اند.

تعارض منافع: بنا بر اظهار نویسندگان در این مقاله هیچگونه تعارض منافی وجود ندارد.

تعهد کپی رایت: طبق تعهد نویسندگان حق کپی رایت رعایت شده است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم. (بی تا) **کفایة الاصول**، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- آل بویه، علیرضا. (تابستان ۱۳۹۵) «**طلق بودن عوضین در بیع با رویکردی بر نظر امام خمینی**»، پژوهشنامه متین، شماره ۷۱، صص ۱۸-۱.
- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ ق) **حاشیه کتاب المکاسب**، با تحقیق الشیخ عباس محمد آل سباع، قم: انتشارات علمیه.
- الشریف، محمد مهدی و نصرالله جعفری خسروآبادی. (۱۳۹۱) «**تصرفات (من علیه الخیار)**» در قانون مدنی و فقه امامیه (پژوهشی در مبانی مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی)»، **حقوق اسلامی**، شماره ۳۳، صص ۱۳۳-۱۰۷.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۸) **الرسائل العشرة**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ———. (۱۳۹۲) **تحریر الوسیله**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ———. (۱۴۲۰ ق) **حاشیه بر رساله ارث ملاهاشم خراسانی**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ———. (۱۳۸۵) **الاستصحاب**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ———. (۱۴۲۱ ق) **کتاب البیع**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- امامی خوانساری، محمد. (۱۴۱۰ ق) **تسدید القواعد فی حاشیة الفرائد**، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ ق) **المکاسب**، قم: مؤسسه هادی.
- ایمانیان، فریبرز، عبدالله شمس و محمد عیسی تفرشی. (۱۳۸۲) «**تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی**»، پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره ۲۸، صص ۳۷-۱.
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۴) **اموال و حقوق مالی**، تهران: انتشارات سمت.
- باقری، احمد. (۱۳۸۲) «**ضمان مالم بجب**»، مقالات و بررسی ها، شماره ۷۴، صص ۹۰-۷۷.
- تبریزی، میرزا موسی. (۱۳۶۹ ق) **أوثق الوسائل فی شرح الرسائل**، قم: کتبی نجفی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲) **فرهنگ عناصر شناسی**، تهران: گنج دانش.

- ———. (۱۳۸۸) **حقوق اموال**، تهران: گنج دانش.
- حبیبیا، سعید و زهرا شاکری. (۱۳۹۴) **منافع عمومی و حقوق مالکیت ادبی و هنری**، تهران: دانشگاه تهران.
- حسینی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ ق) **العناوین الفقهیة**، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- حکیم، محسن. (بی تا) **مستمسک العروة الوثقی**، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- حکیم، محمدتقی. (۱۹۷۹) **الاصول العامة للفقه المقارن**، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۶۸) **مصباح الفقاهه**، قم: انتشارات داوری.
- ———. (۱۴۱۰ ق) **تکملة المنهاج الصالحین**، قم: مدینه العلم.
- رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۳۸۹) **کتاب النصب**، تهران: مدرسه عالی شهید مطهری.
- روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۴ ق) **فقه الصادق**، قم: مؤسسه دار الکتاب.
- ———. (۱۴۱۸ ق) **منهاج الفقاهه: التعلیق علی مکاسب الشیخ الاعظم**، قم: انتشارات مکتب سپهر.
- سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۱) **تهذیب الاصول (تقریر ابحاث امام خمینی)**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- سند، محمد. (۱۴۲۸ ق) **فقه المصارف و النقود**، با تقریر مصطفی اسکندری، قم: محبین.
- سیستانی، علی. (۱۴۱۴ ق) **منهاج الصالحین**، قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی.
- سیمایی صراف، حسین و جواد معتمدی. (۱۳۹۴) «روش تعیین بهای شرط»، **آموزه‌های فقه مدنی**، شماره ۱۱، صص ۱۳۵-۱۱۷.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۱ ق) **اللمعة الدمشقیة**، قم: دارالفکر.
- ———. (بی تا) **الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
- شهیدی، مهدی. (پاییز و زمستان ۱۳۶۹) «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق اجرای حقوق مدنی»، **تحقیقات حقوقی**، شماره ۲۰۸، صص ۱۵۰-۱۳۰.

- صدر، محمدباقر. (۱۳۷۹) «حواله»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۲۱، صص ۱۶-۳.
- ———. (۱۴۰۶ ق) **دروس فی علم الاصول**، بیروت: دار الکتاب اللبنانی.
- صفایی، حسین. (۱۳۸۲) **قواعد عمومی قرار دادها**، تهران: نشر میزان.
- صفایی، حسین و مرتضی قاسم زاده. (۱۳۹۴) **اشخاص و محجورین**، تهران: انتشارات سمت.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۳۷۸) **حاشیه المکاسب**، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ———. (۱۴۲۰ ق) **عروة الوثقی**، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق) **المبسوط فی فقه الإمامیه**، تهران: المكتبة المرצועیة لإحیاء الآثار الجعفریة.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ ق) **مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ———. (۱۴۲۵ ق) **تذکره الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحیاء التراث.
- عباسی، وحید و ابوالقاسم نقیبی. (زمستان ۱۳۹۷) «بررسی ماهیت حکم شرعی با رویکردی به دیدگاه امام خمینی»، پژوهشنامه متین، شماره ۸۱، ۷۵-۹۸.
- عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۹۱) **مباحث تحلیلی از حقوق تجارت**، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- عبدی پور، ابراهیم و علی ثقفی. (۱۳۸۷) «ارش شرط»، **حقوق اسلامی**، شماره ۱۹، صص ۶۳-۸۵.
- عبدی پور، ابراهیم و نصرالله جعفری خسروآبادی. (۱۳۹۲) «نقشه زوجه و اقارب، تقابل دو مفهوم دین و تعهد»، **حقوق اسلامی**، شماره ۳۹، صص ۳۵-۶۱.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱) **اصول فقه شیعه**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- ———. (۱۳۸۷) **تفصیل الشریعة- کتاب النصب، احیاء الموات، المشترکات و اللقطه**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فروغی، علیرضا. (۱۳۹۱) «بررسی فقهی، حقوقی حق و حکم»، **آموزش های فقه مدنی**، شماره ۵، صص ۱۰۶-۷۹.
- قمی، ابوالقاسم بن محمد. (۱۴۱۳ ق) **جامع الشتات**، تهران: انتشارات کیهان.
- فتواتی، جلیل، حسین جاور و مهشید جعفری هرندی. (۱۳۹۲) «بررسی دیدگاه محقق

- اصفهانى دربارهٔ ملکیت، حق و حکم»، **مطالعات اسلامى: فقه و اصول**، شماره ۹۲، ۵۳-۷۶.
- کاتوزیان، امیر ناصر. (۱۳۸۵) **قواعد عمومى قرار دادها**. تهران: سهامى انتشار.
- ———. (۱۳۸۹) **عقود معین**، تهران: سهامى انتشار.
- ———. (۱۳۹۱) **نظریه عمومى تعهدات**، تهران: نشر میزان.
- ———. (الف) (۱۳۸۶) **دوره مقدماتى حقوق مدنى؛ وقایع حقوقى**، تهران: سهامى انتشار.
- ———. (ب) (۱۳۸۶) **اموال و مالکیت**، تهران: نشر میزان.
- مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى. (۱۳۸۷) **فرهنگ فقه فارسى**، قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامى زیر نظر محمود هاشمى شاهرودى.
- مجاهد طباطبایى، محمد بن على. (۱۴۱۶ ق) **مفاتیح الاصول**، قم: مؤسسه آل بیت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- محقق داماد، سید مصطفی. (پاییز و زمستان ۱۳۶۹) «اعراض از ملک»، **تحقیقات حقوقى**، شماره ۸، صص ۳۱-۱۱.
- ———. (۱۳۸۵) «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزهها و شیوهها»، **تحقیقات حقوقى**، شماره ۱۳۶، صص ۴۸-۲۵.
- ———. (۱۳۸۸) **نظریه عمومى شروط و التزامات در حقوق اسلامى**، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- ———. (۱۴۰۶ ق) **قواعد فقه**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامى.
- مروج جزایرى، محمدجعفر. (۱۴۱۱ ق) **منتهى الدراية فى توضیح الکفایه**، قم: مؤسسه دارالکتاب.
- مصطفوی، مصطفی و طیب افشارنیا. (۱۳۸۸) «بررسى ماهیت و مبانى تعدد مسئولیت در پرداخت یک دین»، **پژوهشنامه حقوق اسلامى**، شماره ۳۰، صص ۵۵-۳۱.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ ق) **مجمع الفائدة و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان**، قم: مؤسسه النشر الإسلامى.
- مکارم شیرازى، ناصر و همکاران. (۱۳۸۵) **دائرة المعارف فقه مقارن**، قم: مدرسه امام على بن ابى طالب.

- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۱۹ ق) **القواعد الفقهييه**، قم: انتشارات هادی.
- موسوی بجنوردی، محمد و فائزه مقتدایی. (۱۳۹۲) «ذمه از دیدگاه فقه امامیه با رویکردی بر نظرات امام خمینی»، **پژوهشنامه متین**، شماره ۵۹، صص ۱-۳۱.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد. (۱۴۱۸ ق) **منية الطالب في شرح المكاسب** (تقریرات درس فقه محمدحسین غروی نائینی)، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱) **جواهر الکلام**، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۸۸) «ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی»، **حقوق اسلامی**، شماره ۲۳، صص ۷-۳۶.
- ———. (الف) (۱۳۸۹) «عنصر وضع و تکلیف در تعهد»، **حقوق اسلامی**، شماره ۲۵، صص ۷-۳۳.
- ———. (ب) (۱۳۸۹)، «ضمان به مثابه حکم تکلیفی»، **حقوق اسلامی**، شماره ۲۷، صص ۲۹-۵۵.
- ———. (الف) (۱۳۹۱) «اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران»، **مطالعات اسلامی: فقه و اصول**، شماره ۸۹، ۱۸۱-۲۰۰.
- ———. (ب) (۱۳۹۱) «عهده و ذمه در فقه شیعه»، **مطالعات اسلامی: فقه و اصول**، شماره ۹۰، ۱۷۶-۱۵۵.
- ———. (۱۳۹۵) «بررسی حکم تکلیفی و وضعی دین در عقد ضمان»، **دین و قانون**، شماره ۱۲، صص ۱۰۹-۱۳۴.
- نقیبی، ابوالقاسم و مجید رضا شیخی نصرآبادی. (بهار ۱۳۹۳) «چهار دیدگاه مبنایی در ماهیت‌شناسی اعمال نیابتی از منظر امام خمینی»، **پژوهشنامه متین**، شماره ۶۲، صص ۱۷۱-۱۵۳.
- هاشمی شاهرودی، محمود. (۹۳/۱۰/۱۵) درس خارج فقه.

<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/shahroudi/osool/93/931015/>

- Abbasi, Vahid; Naghibi, Seyyed Abolqasem. (2019) "A Study of the Nature of Canonical Decree with Emphasis on Imam Khomeini's Viewpoint", *Matin*, Vol 20, No 81, pp: 75- 98. (In Persian)

- Abdipour, Ibrahim. (2012) *Analytic Issues of Commercial Law*, Qom: Hawza and University Institution. (In Persian)
- Abdipour, Ibrahim and Ali Saghafi. (2008) "Terms Damage", *Islamic Law*, Vol 19, pp: 63- 85. (In Persian)
- Abdipour, Ebrahim and Nasrollah Jafari Khosroabadi. (2013) "Subsistence of the Wife and Subsistence of Relatives, Conflict between Two Concepts of "Debt and Obligation", *Islamic Law*, Vol 39, pp: 35- 61. (In Persian)
- Ale-Buyeh, Ali. (2016) "Non-Restrictedness of the Exchanged Items in Transaction Based on Imam Khomeini's Viewpoints", *Matin*, Vol 18, No 71, pp: 1- 18. (In Persian)
- Allameh Helli, HasanbinYusof. (1992) *Mokhtalef al-Shia fi Ahkam al-Sharia*, Qom: Islamic Publishing Center. (In Arabic)
- ———. (2004) *Tazkara tal-Foqaha*, Qom: Ale Beit Institution. (In Arabic)
- AlSharif, Mohammad Mahdi and Nasrollah Jafari Khosroabadi. (2012) "Possession of the Object of Option in the Civil Code and Imami Jurisprudence (A study of the Bases of the Articles 454 and 455 in the Civil Code)", *Islamic Law*, Vol 9, Issue 33, pp: 107- 133. (In Persian)
- Ansari, Morteza. (1998) *al-Makasib*, Qom: Hadi. (In Arabic)
- Bagheri, Ahmad. (2003) "Dhaman ma lam Yajib", *Issues and Analysis*, No 74, pp:77- 90 . (In Persian)
- Bariklu, Alireza. (2015) *Properties and Property Law*, Tehran: Samt. (In Persian)
- Esfahani, Mohammad Hossein. (1998) *Hashia Ketab al-Makaseb*, Research by Abbas Mohammad Ale Saba, Qom: Dar Al-Mustafa's le Ehya al-Torath. (In Arabic)
- Fazel Lankarani, Mohammad. (2002) *Osul Fiqh Shia*, Qom: fiqh Center

Aeme Athar. (In Persian)

- ———. (2008) *Details of Al-Sharia - Kitab Al-Ghasb, Ahyaya Al-Mowat, Al-Muqayat and Al-Qatah*, Qom: Center for Jurisprudence of the Imams of Al-Athar (a.s.).
- Foroughi, Seyyed Alireza. (2018) "Study of the Concepts of Right and Decree", *Civil jurisprudence Studies*, Vol 1, No 1, pp: 79- 106. (In Persian)
- Hashemi Shahrudi, Mahmud. (2014) Khaej Fiqh Lesson, <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/shahroudi/osool/93/931015/>
- Hosseini, Mir Abd al- Fattah. (1996) *Anavin al- Fiqhiyah*, Qom: Nashr al- Islami Institute. (In Arabic)
- Imanian, Fariborz; Abdollah, Shams; Tafrashi, Mohammad Isa. (2003) "Interpretation of Civil Law in Civil Act", *Comparative Legal Researches*, No 28, pp: 1- 37. (In Persian)
- Imami Khansari, Mohammad. (1989) *Tasdid al-Qavaid fi Hashia al-Faraid*, Qom: Nashr al- Islami Institute (In Arabic)
- Islamic Fiqh Terminology Institute. (2008) *Fiqh Terminology*, Supervisor: Mahmud Hashemi Shahrudi, Qom: Islamic Fiqh Terminology Institute. (In Persian)
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2003) *Elementology*, Tehran: Ganje Danesh. (In Persian)
- ———. (2009) *Property Law*, Tehran: Ganje Danesh. (In Persian)
- Katuzian, Amir Naser. (2012) *General Doctrine of Principles*, Tehran: Mizan. (In Persian)
- ———. (2013) *Named Contracts*, Tehran: Sahami Enteshar. (In Persian)
- ———. (2007_a) *Property and Ownership*, Tehran: Mizan. (In Persian)
- ———. (2007_b) *Civil Liability*, Tehran: Sahami Enteshar. (In Persian)

- ———. (2006) *General Rules of Contract*, Tehran: Sahami Enteshar. (In Persian)
- Khoi, Abulqasim. (1989) *Mesbah al- fiqaha*, Qom: Davari. (In Arabic)
- ———. (1989) *Takmila tol- Menhaj al- Salehin*, Qom: Madina tol- Elm. (In Arabic)
- Khomeini, Seyyed Ruhollah. (2006) *al- Isteshab*, Tehran: tanzim va nashr-e asar-e Imam Khomeini. (In Arabic)
- ———. (2000) *Kitab al- Bei*, Tehran: tanzim va nashr-e asar-e Imam Khomeini. (In Arabic)
- ———. (1999) *Hashia bar Resale Ers Molla Hashem Khorasani*, Tehran: tanzim va nashr-e asar-e Imam Khomeini. (In Persian)
- ———. (2013) *Tahrir al- Vasile*, Tehran: tanzim va nashr-e asar-e Imam Khomeini. (In Arabic)
- ———. (1999) *al- Rasael al- Oshre*, Tehran: tanzim va nashr-e asar-e Imam Khomeini. (In Arabic)
- Khorasani, Mohammad Kazem. (n.d) *Kifayah al- Osul*, Qom: Ale Beyt le Ehya al- Torath Institute. (In Arabic)
- Fazel Lankarani, Mohammad. (2008) *Tafsil al- Sharia*, Qom: Aeme Athar Fiqh Center. (In Arabic)
- Fazel Lankarani, Mohammad. (2002) *Principles of Shia jurisprudence*, Qom: Jurisprudence center of Imams Athar (AS).
- Habiba, Saied; Shakeri, Zahra. (2015) *Public Interest and Intellectual Ownership*, Tehran: Tehran University. (In Persian)
- Hakim, Mohsen. (n.d) *Mustamsik al- Orva tal- Vusqa*, Beirut: Dar al- ihya al- Thorath al- Arabi. (In Arabic)
- Hakim, Mohammad Taqi. (1979) *al_ osul al- Amme le- Fiqh al- Moqarin*, Qom: Ale Beit Institution. (In Arabic)

-
- Makarem Shirazi, Naser. (2006) *Fiqh Moqaren Encyclopedia*, Qom: Imam Alibinabi Taleb School. (In Arabic)
 - Mohaqiq Damad, Mostafa. (2009) *Public theory of Conditions and Obligations in Islamic Law*, Tehran: Center of Islamic Science. (In Persian)
 - ———. (1985) *Qavaed Fiqh*, Tehran: Center of Islamic Science. (In Persian)
 - ———. (1990) "Waive of Property", *Legal Research*, Vol 8, pp: 11- 38. (In Persian)
 - ———. (2006), "Shia Ijtihad Evolutions", *Legal Research*, Vol 136, pp: 25- 48. (In Persian)
 - Mojahed Tabatabai, Mohammad bin Ali. (1995) *Mafatih al- Osul*, Qom: Ale Beyt le Ehya al- Torath Institute. (In Arabic)
 - Moravvej Jazayeri, Mohammad Jaafar. (1990) *Montahi al- Derayat fi Towzih al- Kefayat*, Qom: Dar al- ketab Institute. (In Arabic)
 - Moosavi Bojnourdi, Seyyed Mohammad and Faezeh Moqtadaei. (2013) "Zimah in Imamiyah Jurisprudence With Special Reference to Imam Khomeini's Viewpoints", *Matin*, Vol 15, No 59, pp:1- 31. (In Persian)
 - Moosavi bojnourdi, Hassan. (1998) *al-qavaed al-fiqhi*, Qom: Hadi. (In Arabic)
 - Mostafavi, Mostafa; Afsharnia, Tayyeb. (2009) "Analyzing Plurality of Liability of the Contract of Guarantee", *Islamic Law*, No 30, pp 29- 52. (In Persian)
 - Najafi Khansari, Musa bin Mohammad. (1998) *Maniyah al-Talib fi Sharh al-Makasab* (the lectures on the jurisprudence course of Mohammad Hossein Gharavi Naini), Qom: Al-Nashar Islamic

Institute.

- Naghibi, Abolqasem, Sheikhi Nasrabadi, Majid Reza. (2014) "Four Fundamental Approaches to the Nature of Proxy Performance of Ritual in Imam Khomeini's View point", *Matin*, Vol 62, pp. 153- 171. (In Persian)
- Najafi, Mohammad Hossein. (1981) *Jawaher al- Kalam*, Beirut: Dar al- Ehya al- Torath al- Arabi. (In Arabic)
- Nematollahi, Esmail. (2010_a) "Convention and Obligation in Commitment", *Islamic Law*, Vol 25, pp. 7- 33. (In Persian)
- ———. (2010_b) "Guarantee as Mandatory Decree", *Islamic Law*, Vol 27, pp: 29- 55. (In Persian)
- ———. (2011_a) "The Impact of Obligation to Assignment of Ownership (Tamlīk) in Imāmī Jurisprudence and Iranian Law", *Fiqh and Osul*, Vol 89, pp: 181- 200. (In Persian)
- ———. (2011_b) "Dhimma and 'Uhda in Shī'a Jurisprudence", *Fiqh and Osul*, Vol 44, Issue 3, pp 155- 176. (In Persian)
- ———. (2009) "Sanction of Condition of Legal Performance", *Islamic Law*, Vol 23, PP: 7- 36. (In Persian)
- Nematollahi, Esmail. (2016) "Analizing Taklifi and Vazi Hokm in Obligation Contract", *Religion and Law*, Vol 12, pp: 109- 134. (In Persian)
- Qomi, Abolqasem bin Mohammad. (1992) *Jamee al- Shatat*, Tehran: Keyhan. (In Arabic)
- Rashti, Mirza Habib al-lah. (2010) *Ketab al- qasb*, Tehran: Shahid Motahari School. (In Arabic)
- Rohani, Mohammad Sadeq. (1997) *Minhaj al- Fiqah*, Qom: Sepehr Maktab. (In Arabic)

-
- ———. (1993) *Fiqh al-Sadiq*, Qom: Dar al-Ketab. (In Arabic)
 - Sadr, Mohammad Bagher. (2000) "Havale", *Fiqh Ahle Beyt*, Vol 21, pp: 3- 17. (In Persian)
 - ———. (1985) *Dorus fi Elm al- Osul*, Beirut: Dar al- kotob al- Lebanon. (In Arabic)
 - Safai, Seyyed Hossein; Qasimzadeh, Morteza. (2015) *Persons and Persons Under Legal Incapacity*, Tehran: Samt. (In Persian)
 - Safai, Seyyed Hossein. (2003) *General Principles of Contract*, Tehran: Mizan. (In Persian)
 - Sanad, Mohammad. (2007) *Fiqh al-Masarif val Noqud*, Qom: Mohebbin. (In Arabic)
 - Shahidi, Mehdi. (1990) "The Relation Between Human with General Civil Rights and the Right to Performance Civil Rights", *Legal Research*, Vol 208, pp: 131- 150. (In Persian)
 - Shahid Thani, Mohammad bin Maki Ameli. (1990) *Loma al-Dameshqiya*, Qom: Dar al-Fekr. (In Arabic)
 - ———. (n.d) *Islamic Studies in Imammiya Fiqh*, Qom: Islamic Publishing Institution. (In Arabic)
 - Simai Sarraf, Hossein; Moetamedi, Javad. (2015) "the Way to Considering Terms Cost", *Civil Jurisprudence Doctrines*, No 11, pp 117- 135. (In Persian)
 - Sistani, Ali. (1993) *Minhaj al-Salehin*, Qom: Ayyat ol-lah Sistani's Maktab. (In Arabic)
 - Sobhani Tabrizi, Jafar. (2002) *Tahzeeb al-Asul* (Speech of Imam Khomeini's researches), Tehran: Imam Khomeini Works Editing and Publishing Institute.
 - Qanavāti, Jalīl; Mahshīd Ja'farī Harandī, javar. (2013) "Study of

- Muḥaqqiq Isfahānī's Viewpoint on Ownership, Right, and Decree", *Fiqh and Usul*, Vol 45, No 92, pp: 53- 76. (In Persian)
- Tabatabai Yazdi, Mohammad Kazem. (1999) *Hashia al- Makaseb*, Qom: Esmailian. (In Arabic)
 - ———. (2000) *Orva tal- Vosqa*, Qom: Islamic Publishing Institution. (In Arabic)
 - Tabrizi, Musa bin Jafaar. (1990) *Osaq al- Vasail fi Sharh al- rasail*, Qom: Katbi Najafi. (In Arabic)
 - Tusi, Mohammad bin Hassan. (1967) *Mabsut fi Fiqh al- Imammiya*, Tehran: Maktabat al- Mortazavia. (In Arabic)

COPYRIGHTS



This is an open access article under the CC-BY 4.0 license.