

Critical Study of the Definition of Contract in Iranian law with a Focus on the Interpretation of Article 183 of the Iranian Civil Code based on the Nature of Contract under Imamiya Jurisprudence, English law and French law

Ataollah Bigdeli*
Mohammad Reza Mohammadi**

Received: 2022/12/25
Accepted: 2023/04/27

Abstract

1. Introduction

Conflict in the general definition of 'contract' found in Article 183 of the Iranian Civil Code and its discordance with the definitions of specific contracts, such as the sale contract in Article 338 of the Iranian Civil Code, constitute controversial legal issues. Article 183 of the Iranian Civil Code defines 'contract' as having an obligatory nature, defining it as an agreement where one or more persons undertake an obligation to another party. Conversely, Article 338 defines the sale contract by referencing the vesting of ownership. This duality in the definitions of contract has given rise to the debate of how 'vesting ownership' can be perceived as an 'obligatory' nature. This research critically examines the interpretation of Article 183 of the Iranian Civil Code by drawing upon Imamiya Jurisprudence, English law, and French law to understand the definition of contract.

2. Research Question

The central question of the present research focuses on the feasibility of resolving this conflict between the two concepts of obligation (Ta'ahhud) and ownership (Milkityat) that are embodied within the definitions of contract found in the Iranian Civil Code.

3. Research Hypothesis

The hypothesis posits that the existing conflict is one of the examples of fundamental conflicts in the Iranian Civil Code which cannot be resolved. This hypothesis is supported by examining the dual ideological roots of the Iranian Civil Code, which stem from both the Roman-Germanic tradition and the jurisprudential (Fiqh) tradition.

* Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social and Cultural Sciences, Imam Hussein University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

ataollah.bigdeli@gmail.com

** PhD Student in Public Law, Department of Public Law and Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

m.r.mohammadi.1375.1394@gmail.com



4. Methodology & Framework, if Applicable

The study utilizes an inferential-interpretive method combined with a descriptive-analytical approach. The methodology involves referencing the viewpoints of jurists (Fuqaha) and lawyers, and critically interpreting and criticizing their theories to prove the validity of the hypothesis. The framework specifically analyzes the dual nature of the Iranian Civil Code by contrasting contract definitions within the Roman-Germanic system with the concepts of contract and covenant (Ta'ahhud) found in Imamiya Jurisprudence.

5. Results & Discussion

The research confirms that the conflict is fundamental, as the categories of materials in the Iranian Civil Code related to the concept of contract originate from different intellectual foundations, making them generally non-collectable. The Roman-Germanic tradition (e.g., French Civil Code, Art. 1101) maintains an obligation-centric approach, viewing the contract's purpose as creating an obligation (Ta'ahhud) to perform or transfer. Conversely, Imamiya Fiqh emphasizes ownership (Milkityat) as the core justification for transactions, particularly for sale contracts, which are inherently transactional and ownership-based. Article 183's definition, derived from the Roman-Germanic tradition, faces critical issues, including its failure to clearly include ownership contracts and its confusion of the contract itself with its legal effect (the obligation). Proposed solutions by Iranian legal scholars—such as interpreting 'Ta'ahhud' broadly or assuming that the obligation in ownership contracts is immediately executed—have been unsuccessful in reconciling this foundational difference.

6. Conclusion

The general definition of contract in Article 183 of the Iranian Civil Code, which emphasizes the obligatory nature, stands in fundamental contradiction to the ownership-based nature defined for specific contracts like sale (Article 338). This dichotomy arises from the Iranian Civil Code's adoption of two distinct and largely incompatible legal traditions: the Roman-Germanic obligation theory and the Fiqhi ownership theory. Consequently, attempts by legal scholars to achieve a satisfactory unified definition have largely failed. To reform the legal framework, it is proposed that the Iranian Civil Code should establish a clear distinction between the legal institution of "contract" (as a framework created by the law/Shar'iah) and the "act of concluding a contract" (as the act performed by the parties). The definition should ideally prioritize the transfer of ownership or legal rights rather than solely focusing on the creation of obligations.

Keywords: Definition of Contract, Ownership Contracts, Covenant Contracts, General Theory of Obligations, Definition of Contract in Jurisprudence.

بررسی انتقادی تعریف عقد در حقوق ایران با تمرکز بر تفسیر ماده ۱۸۳ قانون مدنی، بر اساس ماهیت عقد در فقه امامیه، حقوق انگلیس و حقوق فرانسه

عطاءالله بیگدلی *

محمد رضا محمدی **

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۰۷

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

تعارض در تعریف کلی عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران و نیز تعارض این تعریف با تعریف مصادیق عقد مانند عقد بیع در ماده ۳۳۸ این قانون از مباحث بحث‌برانگیز است. ماده ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقد به صورت یکپارچه عمل نکرده است. از طرفی در این ماده عقد از جنس تعهد تعریف شده است، اما در ماده ۳۳۸ مذکور، مصادیق همین عقد از جنس «تملیک» تعریف شده است. این ثنویت در تعریف سبب شده که بحث حول این مسئله شکل بگیرد که چگونه تملیک را می‌توان به صورت «عهدی» فهم کرد. در زمینه حل تعارض دو مفهوم تملیک و تعهد نظریاتی از سوی حقوقدانان ایرانی ابراز شده است اما این نظریات در رفع اشکالات وارده توفیقی نداشته‌اند. از این‌روی، پرسش پژوهش حاضر، امکان‌سنجی حل این تعارض می‌باشد. فرضیه این مقاله را این‌گونه می‌توان صورت‌بندی کرد که: «تعارض موجود، از مصادیق تعارض‌های بنیادین قانون مدنی است که امکان حل آن نیست» و این فرضیه در طول تحقیق با بررسی ریشه‌های دوگانه قانون مدنی در سنت رومی - ژرمنی و سنت فقهی بررسی و نمایان می‌گردد. این تحقیق با روش استنباطی تفسیری در موضوع مقاله به اقوال فقهاء و حقوقدانان رجوع کرده، سپس با تقریر و نقد نظریات ایشان، روایی فرضیه اخیرالذکر را اثبات می‌کند.

واژگان کلیدی: تعریف عقد، عقود تملیکی، عقود عهدی، نظریه عمومی تعهدات، تعریف عقد در فقه.

* استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و فرهنگی، دانشگاه جامع امام حسین علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

ataollah.bigdeli@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

m.r.mohammadi.1375.1394@gmail.com



مقدمه

قوانین مختلف در ایران از بسترهای متفاوتی برخاسته‌اند. گاهی نیز یک قانون به‌تنهایی از چند سرمنشأ استفاده کرده است مانند قانون مدنی که ریشه‌ای در حقوق مدرن و نظام رومی - ژرمنی و ریشه‌ای فقهی دارد. توجه به این مسئله و ارتباط این نظام‌ها را باید در تفسیر مواد قانون در نظر داشت. ازسویی، مفاهیم، جزء بسیار مهم و بحث‌برانگیزی از نظام‌های حقوقی هستند و بخشی از قوانین نیز متعاطی تعریف مفاهیم در نظام‌های حقوقی‌اند. قانون مدنی ایران نیز از این اصل مستثنی نیست و در ماده ۱۸۳ به بررسی تعریف عقد پرداخته است. این ماده رویکردی رومی - ژرمنی به تعریف عقد دارد و عقد را کاملاً عهدی می‌فهمد. قانون مدنی در مواد دیگری مانند ماده ۳۳۸ به تعریف عقد بیع و در سایر مواد نیز به تعریف سایر عقود معین پرداخته است، قانون مدنی ایران در تعریف عقود معین، رویکردی فقهی دارد که مبتنی بر مفهوم «ملکیت» است. اما چگونه عقدی تملیکی را می‌توان ذیل مفهوم بنیادین عهد تعریف کرد؟ این تعارض را چگونه می‌توان حل نمود؟

فرضیه و نوآوری: دو دسته مواد ناظر به مفهوم عقد در حقوق مدنی ایران، برآمده از دو سنت و بنیاد فکری متفاوتند و امکان جمع بین آنها وجود ندارد؛ راه‌حل‌های ارائه شده از سوی حقوقدانان هیچ‌یک راه‌حل‌هایی بسنده نیستند زیرا اصولاً حل کردن تعارض‌های بنیادین ممتنع است. نمی‌توان بین رویکرد بنیادین تملیکی - عینی با رویکرد عهدی - شخصی جمع قابل قبولی ارائه داد و از آن‌روی که روشن‌ترین محل ظهور و بروز این اختلاف، تعریف عقد است، نمی‌توان در حقوق مدنی ایران، تعریف روشن و علی‌المبنائی از عقد ارائه کرد.

پیشینه: اولین شارح قانون مدنی که تعارض بین مواد بخش کلیات و بخش‌های عقود معین را گزارش نموده است، دکتر سید حسن امامی است (امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص. ۱۶۰) پس از ایشان تقریباً تمامی شارحان در این مورد نظریه‌پردازی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۸؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۱۰؛ نوین، ۱۳۸۴، ص. ۲۷؛ علی‌آبادی،

۱۳۸۱، ص. ۹ و...).

در حوزه مقالات: دادمرزی در مقاله خود با عنوان «تعارض تعریف قانونی عقد با بیع با رویکردی به فقه و حقوق غرب» به این تعارض پرداخته و تلاش داشته است با ارائه تفسیری خاص و موسع از «تعهد» که شامل تملیک نیز می‌شود، این تعارض را حل کنند (دادمرزی، ۱۳۹۳). جعفری خسروآبادی در مقاله‌ای با عنوان «تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران» معتقد است تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م. به معنای مصدری (کاربرد فقهی تعهد) استفاده شده است نه اسم مصدر (کاربرد فرانسوی)؛ لذا تعهد در معنای مصدری تنها به معنای ملتزم شدن به مفاد یک رابطه حقوقی است نه به عهده‌گرفتن یک امر، مقاله از این نظر دفاع نموده که این کاربرد درست بوده و تدوین‌کنندگان با توجه به مبانی فقهی از واژه تعهد استفاده کرده‌اند، لذا اشکالات به ماده ۱۸۳ ق.م. وارد نیست (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶). دلیلی در مقاله‌ای با عنوان «کالبدشناسی مفهوم تعهد»، معتقد است تعهد فقهی نسبتی با معنای Obligation ندارد (دیلمی، ۱۳۹۸). خوباری و طباطبایی در مقاله‌ای با عنوان «تحلیل ماهیت «عقد عهدی» با بازخوانی مفهوم «تعهد» در حقوق ایران»، تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م. را به معنای مصدری و از نوع انشای رابطه وضعی تفسیر نموده‌اند (خوباری و طباطبایی، ۱۴۰۰). موضع مقاله حاضر در نقد تمامی رویکردها و پاسخ‌های ارائه شده است و مقالات مورد اشاره، توجه به تفاوت بنیادین دو نظام و نظریه امتناع حل، را مورد توجه قرار نداده و به تفسیری دور از واقع از ماده ۱۸۳ ق.م. دست زده‌اند.

ساختار پژوهش: ابتدا به بررسی تعریف عقد در نظام حقوقی فرانسه و انگلستان به عنوان نماینده‌هایی از نظام رومی - ژرمنی و کاملاً پرداخته می‌شود. در این بین نیز بیان خواهد شد که در نظام‌های رومی - ژرمنی گرچه با تعریف بیع به تعهد مشکلاتی دارند اما کماکان آن را بر اساس تعهد تعریف می‌کنند. در ادامه بحث به بررسی تعریف عقد در فقه و ارائه خلاصه‌ای از نظریه تفاوت بنیادین که در آن بین نهاد عقد و انعقاد عقد (عقد بستن) تفاوت قائل می‌شود، خواهیم پرداخت. در ادامه بحث نیز وارد بررسی مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ قانون مدنی و بررسی تلاش‌های صورت گرفته برای رفع تعارض‌ها خواهیم شد و سرانجام روایی این پاسخ‌ها را نقد کرده، پیشنهادهایی برای اصلاح قانون

ارائه خواهیم داد.

روش: این پژوهش با روش استنباطی و تفسیری و استدلالی به صورت اسنادی و رجوع گسترده به متن و اقوال فقهاء و حقوقدانان و تقریر و نقد این نظریه‌ها صورت گرفته و روایی بیشتر نظریه فوق‌الذکر بیان می‌گردد.

۱. تعهد و عقد در نظام‌های رومی - ژرمنی و کامن‌لا

دو نظام کامن‌لا و رومی - ژرمنی ریشه‌هایی در سنت‌های حقوق رومی و حقوق کلیسایی دارند و به انحاء مختلفی از این دو سنت تأثیر گرفته‌اند. تعهد و عقد هم از این قاعده استثناء نیست. در ادامه مفهوم تعهد و عقد در دو نماینده عمده این نظام‌ها یعنی فرانسه و انگلستان بررسی می‌شود.

۱-۱. تعهد و عقد در نظام حقوقی فرانسه

قانون مدنی فرانسه تعهد را تعریف نکرده است ولی سنت حقوقی فرانسه تعهد را یک رابطه حقوقی بین دو شخص و ناظر به امور غیرعینی، شخصی و دینی می‌داند. طبق تعریف ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی قدیم فرانسه عقد (Contrat) عبارت بود از توافقی که به موجب آن یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر تعهد به انتقال مال یا انجام یا عدم انجام کاری می‌کنند.

در حقوق فرانسه، عقد (Convention) توافق دو یا چند اراده بر موضوع معین حقوقی است^۱ و عقد در واقع نوع خاصی از Convention است (Mazeaud(s), 1995, T: 2, p. 52؛ 48, n: 88؛ Molitor, 2009, P. 88؛ 48, n: 12؛ Bénabent, 1991, n: 12؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص. ۱۷)؛ لذا هر عقد، نوعی Convention است اما هر توافقی عقد نیست (Larombière, 1862, p. 8, n: 3) در نظام حقوقی فرانسه دو واژه Convention و Contrat عموماً مترادفند (Ghestin, 1993, n: 5)^۳ روشن است که این تعریف، عهدی و

۱. برای تحلیل تعریف عقد در حقوق سوئیس ر.ک: امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۲.

۲. برای ترجمه عربی ر.ک: بینابنت، ۲۰۰۴م.

۳. برای دیدن تمایز اندک این دو واژه در اصلاحات سال ۲۰۱۶م ر.ک:

<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitle1/chap1-dispositions-liminaires/>

ناظر به ماهیت تعهد است و مؤید نظام تعهد محور رومی - ژرمنی است و موضوع عقد همان موضوع تعهد است و ناظر به تعهد بر یک کار - ولو انتقال مال - است (Molitor, 2009, p. 2)، عقد در این تعریف، «تملیک» نبوده و با معنای تعهد سازگار است.

در متن آماده شده اصلاح قانون تعهدات^۱ به سرپرستی استاد معروف حقوق تعهدات، استاد کاتالا علی‌رغم تلاش اساتید فرانسوی برای اصلاح ایرادها، ایشان بر سنت عهدی عقد تأکید نموده‌اند و تنها ذیل ماده را اصلاح نموده‌اند: «قرارداد عبارت از توافقی است که طبق آن یک یا چند شخص... تعهد می‌دهد تا تعهدی را انجام دهد».^۲ ماده ۱۱۰۱-۱ طرح برای رهایی از معضله تعریف بیع و همساز کردن تعریف عقد با عقد بیع، Convention را این‌گونه تعریف نموده است: «توافقی بین دو یا چند نفر در راستای ایجاد آثار حقوقی آن» و به این ترتیب قرارداد را دایره مدار ایجاد یک اثر حقوقی که ممکن است تملیک باشد قرار داده و ظاهراً از سنت رومی خود با وارد کردن واژگان مبهم دور شده است؛ اما این دوری ظاهری است، بلکه امتیاز این طرح نسبت به قانون مدنی قدیم فرانسه تأکید این طرح بر محوریت و اساس بودن نظریه عمومی تعهدات بود؛ زیرا برخلاف قانون مدنی قدیم فرانسه پیش‌نویس کاتالا از ماهیت و نحوه ایجاد تعهد آغاز می‌کند و در ماده ۱۱۰۱ پیشنهادی مقرر می‌دارد: «تعهدات از اعمال حقوقی و وقایع حقوقی ایجاد می‌گردد...» و سپس اعمال حقوقی و سایر مفاهیم خود را در بندهای بعدی توضیح می‌دهد.

سرانجام در اصلاحات سال ۲۰۱۶م، قانون مدنی فرانسه تعریف جدیدی از عقد ارائه داد. طبق ماده ۱۱۰۱ق.م.ف «قرارداد، عبارت است از توافق اراده‌ها بین دو یا چند

۱. این طرح با عنوان: L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription به سفارش وزارت دادگستری فرانسه تهیه شده و بیش از ۲۰ استاد معروف فرانسوی مشارکت داشته‌اند و به ترتیب به هر قسمت از قانون مدنی فرانسه می‌پردازد و انتقادهای اساتید به هر بخش را به صورت منظم ارائه می‌دهد. ر.ک:

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

این طرح توسط دانشگاه سن یوسف بیروت به عربی با عنوان «مشروع تمهیدی لتعديل قانون الالتزامات و التقادم فی القانون الفرنسی» ترجمه شده است.

2. Art. 1102: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation. (catala, 2006, p. 65).

شخص به منظور ایجاد، تغییر، انتقال یا پایان دادن تعهدات^۱. قانون جدید با این تغییر، چند نکته مهم را مورد تأکید قرار داده است: اولاً، با صراحت بیشتری اعلام کرده است که اصل قراردادهای، توافق اراده‌ها است، درواقع قانون جدید، به جای واژه توافق (Convention) از «توافق اراده‌ها» استفاده نموده که معنای روشن‌تری دارد؛ ثانیاً، به جای تعیین مصادیق تعهدات (انجام فعل، ترک فعل و...) موضوع قرارداد را «تعهد» قرار داده است و با رهاکردن مصادیق، معنایی عام به تعهد داده است ضمن آنکه معنایی عام نیز به موضوع تطابق اراده‌ها داده و بر امکان ایجاد، تغییر، انتقال و اسقاط تعهدات، تأکید نموده است. نکته بسیار مهم آن است که قانون فرانسه، بر سنت نظریه عمومی تعهدات پافشاری نموده و علی‌رغم تمامی انتقادهای، بر عهده بودن اصل عقد در این نظام تأکید نموده و مجدداً تصریح کرده است که اصولاً موضوع عقد، «تعهد» است.^۲

در قانون مدنی فرانسه (قدیم و جدید) سایر عقود ذیل ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف تعریف شده‌اند و در نظام مفهومی قرارداد خللی ایجاد ننموده‌اند. تنها مورد مناقشه برانگیز، بیع بوده است؛ قانون مدنی فرانسه (این ماده در اصلاحات سال ۲۰۱۶م تغییری نکرد) در ماده ۱۵۸۲ عقد بیع را این‌گونه تعریف نموده است: «عقد بیع، قراردادی است که طبق آن فرد متعهد می‌شود تا چیزی را انتقال دهد و طرف مقابل نیز متعهد به پرداخت می‌شود، بیع می‌تواند رسمی یا به صورت عادی منعقد گردد»^۳ هر چند رویه قضائی فرانسه برای آنکه ثمرات تملیکی از این تعریف أخذ کنند و به سنت نظریه عمومی تعهدات نیز پایبند باشند با توجه به ماده بعد از تعریف عقد بیع، مالکیت را بلافاصله بعد از انعقاد بیع انتقال یافته فرض می‌کنند؛ اما به هر حال اصل عقد بیع و ماهیت آن دائر مدار تعهد است و در واقع مصداقی از همان تعریف عقد است که در ماده ۱۱۰۱ مورد قبول واقع شده بود؛ لذا به نظر می‌رسد نظام فرانسوی از این لحاظ کاملاً هماهنگ است (همچنین ر.ک به مواد ۱۱۲۸، ۷۱۱ قانون مدنی قدیم فرانسه که شبیه ماده ۱۴۰ قانون

1. Art. 1101.- Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

۲. برای دیدن شرحی از مواد جدید و مقایسه یا تعریف قدیم ر.ک:

Gaylor, 2019, p. 30; Lecourt, 2019, p. 13; Véronique, 2017, p. 21; Lachière, 2020, p. 25, N: 59; Cabrol et Ribeyrol, 2018, p. 33.

3. Article 1582: La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.

مدنی ایران است). به عبارتی انتقال حقوق عینی به دنبال تعهد می‌آید و اثر مستقیم خود تعهد نیست بلکه اثر مستقیم تعهد ایجاد یک دین و عهد است. هر چند حقوقدانان فرانسوی تأکید می‌کنند نظریه عمومی تعهدات بیشتر در مورد نظریه عمومی قراردادهای شخصی اعمال می‌شود و آثار آن در مورد انتقال حقوق عینی باید در قسمت مربوط به ملکیت بحث و بررسی شود (Mazeaud(s), 1995, T: 2, p. 48, N:54 et: 397).^۱

استاد کاتوزیان معتقدند در حقوق قدیم فرانسه اصل عهدی بودن بیع پذیرفته شده بود ولی برای جبران مشکلات عملی مرسوم بود که در سند بیع اعلام می‌کردند که مبیع به تصرف خریدار داده شده است و همین اعلام برای انتقال ملکیت کافی بود. ایشان معتقدند مشکلات عملی عهدی بودن بیع، سرانجام منجر شد اما قانون مدنی فرانسه سنت دیرینه را شکسته و در ماده ۱۱۳۴^۲ به مفهوم تملیک و به تبع، تملیکی بودن عقد بیع را پذیرفته است؛ لذا در حقوق کنونی فرانسه مبیع با عقد، منتقل می‌شود و ماهیت عقد بیع تملیکی شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۶؛ امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص. ۴۱۸). این نظر را در حقوق فرانسه به صورت خاص گستن مورد تأکید قرار داده است (Ghestin, 1993, n: 55). در مورد این سخن باید به گفت:

ماده ۱۱۳۸، در اصلاحات سال ۲۰۱۶م، تغییرهایی کرده است. طبق ماده جدید «در قراردادهایی که موضوعشان انتقال مال یا حق است، انتقال به محض انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد، این انتقال بنا به اراده طرفین، یا ماهیت اشیاء یا قانون می‌تواند به تعویق بیفتد... این ماده و ماده ۷۱۷ ق.م.ف، در باب توضیح مؤلفه‌های عقد در ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف و در پی توضیح تعهد به انتقال است، این سخن درست است که ماده ۱۱۳۸ ق.م.ف (چه قدیم و چه جدید) صراحت دارد که خود این تعهد، متعهدله را مالک

۱. در حقوق سوئیس - که از کشورهای متعهد به نظام رومی ژرمنی به شیوه معمول آن است - بیع مطلقاً عهدی است. ماده ۱۸۴ قانون تعهدات سوئیس در تعریف عقد بیع می‌گوید: «قراردادی است که به موجب آن فروشنده تعهد می‌کند در برابر پولی که خریدار متعهد به پرداختن آن شده است، مبیع را به او منتقل و تسلیم نماید». مواد ۷۱۴ و ۷۱۷ قانون مدنی سوئیس انتقال اموال منقول را موکول به تسلیم مورد معامله نموده و ماده ۱۹۷ انتقال اموال غیرمنقول را منوط به ثبت در دفتر املاک کرده است، آلمان نیز همین مقررات را اعمال می‌کند (ماده ۹۲۹ و ۸۷۳ قانون مدنی آلمان) (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۱۶).

۲. ظاهراً سهو قلمی رخ داده است و منظور ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه است.

می‌گرداند و نیاز به کار دیگری برای انتقال مالکیت نیست؛ اما به نظر می‌رسد این فرض «ماهیت» عقد بیع را تملیکی نمی‌کند. مخصوصاً دقت در الفاظ ماده ۱۱۳۸ ق.م.ف اصلاحی ۲۰۱۶م نشان می‌دهد که مقصود مقنن فرانسوی نوعی فرض قانونی است که مالکیت را با انجام خود تعهد منتقل شده می‌داند و باز مبنای تعهدی بودن عقد را حفظ می‌کند این فرض قانونی که عقد عهدی بیع را منتج به ملکیت می‌داند ماهیت اصیل بیع را تغییر نمی‌دهد، بیع عهدی است اما قانون‌گذار فرض می‌کند که با انجام تعهد به تسلیم، مالکیت ایجاد می‌گردد و این فرض دخیل در ماهیت نیست.

از سوی دیگر از مجموع سنت فکری رومی و ژرمنی به‌خصوص با توجه به قوانین سوئیس و آلمان و تفاسیری که از قانون مدنی فرانسه شده است (Larombière, 1862, p. 176). باید به این نکته توجه ویژه داشت که اصولاً مفهومی که ما در فقه از مالکیت فهم می‌کنیم با آنچه در نظام رومی - ژرمنی فهم می‌شود متفاوت است و صرف اینکه کلمه مالکیت (propriété) در آن نظام وجود دارد نباید این توهم را پیش آورد که مالکیت در دو نظام، یک مفهوم را افاده می‌کند در نظام فقهی اصل مالکیت است و حق، مرتبه‌ای از ملکیت است؛ اما در نظام رومی - ژرمنی حق اصل و ملکیت، مرتبه شدید و عمومی حق است و بین این دو تفاوت فراوان است. ملکیت در فرانسه نوعی حق شخصی بر شیء (حق مثبت) و تکلیف دیگران در خودداری از تصرف در شیء (حق منفی، تکلیف) است. به عبارتی مفهوم مالکیت، بین حق شخصی و تکلیف عمومی فهم می‌شود؛ اما در نظام فقهی ملکیت تسلط فرد بر مال است و این درست است که دیگران باید این سلطه و ملک را محترم شمرند؛ اما مفهوم ملکیت از این دو انتزاع نمی‌شود بلکه خود، جعلی اصیل و مستقل دارد. استاد کاتوزیان نیز معتقدند بیع در نظام فقهی تملیکی و در نظام رومی تسلیطی بوده است. سخن ما آن است که در حقوق امروز فرانسه نیز ماهیت عقد بیع تسلیطی است و مفهوم مالکیت در آن نظام با تسلیط مناسبت بیشتری دارد تا با تملیکی که ما در فقه فهم می‌کنیم. لذا این سخن که در کد ناپلئون بیع تملیکی شده و از سنت عهدی رومی خود فاصله گرفته است با این اطلاق صحیح نیست (برای یک بحث مفصل ر.ک: Molitor, 2009, pp. 2-10).

۲-۱. تعهد و عقد در نظام حقوقی انگلستان

برای آشنایی با ماهیت تعهدات در نظام حقوقی انگلستان می‌توان از بررسی تطبیقی نظام‌های کامن‌لا و رومی - ژرمنی بهره برد. تبار تعهد در نظام رومی - ژرمنی به کد ژوستنین می‌رسد. اما در نظام کامن‌لا وضعیت بدین‌منوال نیست (Neyers, 2009, p. 78). دلایل مختلف و متنوع سیاسی - اجتماعی و تاریخی را برای این اختلاف برشمرده‌اند که البته بررسی آنها از محل بحث حاضر خارج است. در نگاهی دوردست‌تر ریشه دیگر نظام حقوقی رومی - ژرمنی، نظام حقوقی روم است. در نظام حقوقی روم، تعهد و حقوق تعهدات ذیل حقوق اموال قرار داشت و رومیان تفاوت چندانی بین اشخاص و اموال قائل نبودند. موضوع این بخش از حقوق نیز بررسی رفتار افراد آزاد با یکدیگر^۱ بود. در نظام رومی تعهد یک ضمانت قانونی^۲ است که به سبب آن فرد موظف است عملی را انجام دهد. این مفهوم از تعهد در نظام حقوق فرانسه نیز تداوم یافته است (Samuel, 2001, p. 3). از طرفی قانون اسباب تعهد^۳ را دو دسته قراردادی مانند بیع و تعهدات خارج از قرارداد می‌داند. با این نگاه موضوع حقوق تعهدات نیز در حقوق رومی - ژرمنی، حق بر اجرای تعهد است (Samuel, 2001, p. 4).

نظام حقوقی کامن‌لا تفاوت‌هایی اساسی با نظام رومی - ژرمنی دارد و این تفاوت در ماهیت عقد نیز به‌شدت مؤثر افتاده است. نظام حقوقی انگلیس حوزه‌های حقوقی را به‌صورت ماهوی تقسیم‌بندی نمی‌کرده است لکن براساس ساختار رویه‌ای که دارد، حوزه‌های حقوق را بر اساس رفتار قاضی تقسیم‌بندی کرده است. لکن در دوره‌ای بنا به دستوری که صادر شده است، نظام حقوقی انگلستان به سمت تقسیم‌بندی ماهوی حوزه‌ها رفت. در این تغییر دعاوی شبه قراردادی که نزد قضات اقامه می‌شده، به حقوق قراردادهای ترجمه شده است. چند مسئله دیگر بین حقوق تعهدات در نظام کامن‌لا انگلیسی و نظام رومی - ژرمنی سبب تمایز شده است؛ اولاً، اینکه نظام حقوقی انگلیس قانون مدنی ندارد و ثانیاً، حقوقدانان انگلیسی تعهد را سبب به‌وجود آمدن «راه جبران

1. actiones in personam
2. vinculum iuris
3. Institutes of Gaius

خسارت^۱ به جای «حق»^۲ می‌دانند؛ ثالثاً، قضات انگلیسی تفاوت چندانی بین حقوق اموال و اشخاص قائل نیستند (Samuel, 2001, pp. 11-14). با توجه به این نکات، در نظام حقوقی انگلیس حقوق تعهدات عبارتست از: راهکارهایی برای جبران خسارت که دادگاه به متعهدله علیه متعهد اعطا می‌کند.

نظام حقوقی انگلیس عقد را محصول یک توافق (agreement) یا (promise) برای ایجاد یک تعهد می‌داند و قرارداد یک توافق بین طرفین است که محصول ایجاب و قبول از دو طرف می‌باشد (Oughton and Davis, 2000, p. 24). توافق نیز معنایی اعم از قرارداد دارد و به معنی تلاقی اراده‌ها است. قرارداد به نوع خاصی از توافق اطلاق می‌گردد که لافل همراه با دو عنصر دیگر یعنی معوض بودن و قصد طرفین برای الزام یکدیگر باشد. عقد توافقی الزام‌آور بین دو یا چند طرف است و سبب حقوق و تکالیفی می‌گردد که می‌تواند در دادگاه مورد پیگیری قرار گیرد. شیوه پیگیری هم از طریق اقامه دعوا جهت دریافت خسارت به دلیل نقض تعهدات است، گرچه بعضاً الزام به اجرای قرارداد هم محقق می‌گردد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۳؛ داکسبری، ۱۳۷۷، ص. ۱۷). بدین‌رو در نظام حقوقی انگلستان، حقوق قراردادها بخشی از حقوق تعهدات شناخته می‌شود (Samuel, 2001, p. 1; Burrows, 1998, p. 3-5). قراردادها به دنبال حفظ حقوق قابل پیش‌بینی طرفین هستند که در قرارداد ذکر شده است. این هدف حقوق قراردادها وجه تمایز آنها از سایر بخش‌های حقوق تعهدات است. درنهایت باید اشاره کرد که قرارداد و عقد باید این ویژگی‌ها را داشته باشید: توافق، قصد داشته باشند که همدیگر را قانوناً ملزم کنند، معوض بودن. برخی از قوانین انگلیس نیز می‌توانند مؤید باشند؛ به‌عنوان مثال در ماده ۱ و ۲ قانون Unfair Contract Terms Act 1977 قرارداد منشأ تعهد دانسته شده است.

عقود در حقوق انگلستان به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱- قرارداد دوجانبه: تعهد یک طرف در مقابل تعهد طرف مقابل قرار می‌گیرد. صرف تبادل تعهدات برای قابل اجرا ساختن هر دو کافی است. بدین ترتیب در یک قرارداد

1. remedy
2. right

بیع کالا، خریدار متعهد به پرداخت قیمت و فروشنده متعهد به تحویل کالا می‌کند.
۲- قرارداد یک جانبه: در این قرارداد یک طرف تعهد به انجام کاری در مقابل فعل طرف دیگر می‌کند (داکسبری، ۱۳۷۷، صص. ۱۸-۱۹) و عقد بیع نیز نوعی قرارداد دوجانبه است.

۲. تعریف عقد در فقه امامیه

یافتن تعریفی متفق‌علیه از عقد در فقه، کاری دشوار است. انعقاد عقد، امری بین متعاقدين است که وابسته به اراده طرفین است و ازاین‌جهت با مباحثی چون قصد و رضای طرفین، نحوه ابراز اراده و... گره می‌خورد؛ لذا بسیاری از فقها عقد را مقوله‌ای لفظی می‌دانند. اینان عقد را دالی می‌دانند که مدلولش نسبت به هر عقدی متفاوت است. این نظر همواره مورد نقد متأخرین بوده است چراکه آنان عقد را امری معنوی و از مقوله اراده می‌دانند و لفظ را حاکی از آن. بسیاری از متأخرین نیز عقد را ربطی می‌دانند که بین دو اراده برقرار می‌گردد. تعاریف مختلفی برای عقد ارائه شده که اجمالاً به آنها پرداخته می‌شود:

۲-۱. عقد به مثابه لفظ

بسیاری از فقهای متقدم عقد را از مقوله ایجاب و قبول و نوعی لفظ می‌دانند. ازجمله صاحب شرایع عقد را لفظ می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۱۸). این دست از فقها عقد را یک دال با ماهیتی لفظی می‌دانند که بر مدلولی دلالت دارد و آن مدلول به نسبت هر عقدی متفاوت است؛ مثلاً در بیع مدلول انتقال است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص. ۲۰۴؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲ق، ب، ص. ۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۸۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۱، ص. ۵). متأخرین همواره بر این نظر نقد می‌کنند که عقد از قبیل امور معنوی است و نه لفظی و تعریف عقد به لفظ تعریف خود عقد نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۳۶).

۲-۲. عقد به مثابه ربط

این نظریه در بین متأخرین طرفداران فراوانی دارد، این دسته از فقها قائل اند عقد حیثیت ارتباطی طرفین و یا دو قرار تعهدی و ربط یک تعهد به تعهد دیگر است. به عبارتی عقد دو قرار را با هم پیوند می‌دهد: «أن العقد عبارة عن الربط والوصل» (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۲۸۳). محقق اصفهانی در ماهیت عقد بین عهد و عقد تفاوت می‌گذارد و معتقد است عهد یا التزام قلبی است و یا جعل و قرار معاملی اما عقد ربط دادن یک التزام به دیگری یا ربط یک قرار به قرار دیگر است؛ لذا ماهیت و حیثیت عهدیه با حیثیت عقدیه متفاوت است و حقیقت عقد ربط است و نه وصل (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۲۸۴). به این نظر انتقاد شده است که اگر منظور از این قول آن باشد که عقد صرف رابطه بین دو نفر است این قول به اصالت رویکرد شخصی در حقوق غربی نزدیک است و نمی‌توان بسیاری از عقود تملیکی و اذنی را در فقه امامیه با آن توجیه نمود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۴).

۲-۳. عقد به مثابه انشاء

در این نگاه عقد ماهیتی ایجاد و انشایی دارد نه ماهیتی اخباری. عقد جعل از سوی متعاقدین است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۰؛ عراقی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۶۷). برخی از فقها بیع را به انشاء تملیک مال به عین تعریف نموده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۷). از این تعریف، می‌توان استظهار نمود که ماهیت عقد را انشاء می‌دانند و البته ایجاب و قبول را به عنوان مبرز پذیرفته‌اند؛ اما عقد را از مقوله معنا می‌دانند و نه لفظ (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۱۱).

توجه به انشایی بودن عقد توجه خوبی است؛ اما نمی‌تواند تمام ماهیت عقد را بیان کند، زیرا در حقوق امور دیگری مانند حکم قاضی وجود دارد که ماهیت انشایی دارد. همچنین این بیان در واقع تعریف نیست و مشکلی را حل نمی‌کند، زیرا بقیه اقوال نیز منکر انشاء بودن عقد نیستند. مسئله آن است که عقد انشاء چه چیزی است؟ آیا انشاء یک رابطه است؟ یا ایجاد یک عهد؟ یا... . ضمناً این تعریف بیشتر بیان ماهیت فعل طرفین و متعاقدین (عقد بستن) است تا ماهیت عقد.

۲-۴. عقد به مثابه عهد

این قول، عقد را به معنای عهد یا عهد مؤکد و موثق می‌داند: «ان العقد هو العهد الموثق» (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۲) میرزای نائینی معتقد است عقد موجودی اعتباری است که الزام و التزام در آن وجود دارد، ازسویی عقد، عهدی موثق است که ناشی از ایجاب و قبول است و نه خود ایجاب و قبول و الفاظ در واقع آلات ایجاد معانی انشائی هستند (غروی نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۱۲).

این نظر به خصوص با تقریر مرحوم بجنوردی به معنای غربی از تعهد نزدیک است و قائل به آن در تبیین ماهیت غالب عقود و به خصوص عقودی مانند بیع و اجاره به مشکل برمی‌خورد. تعهد اثر مستقیم عقود تملیکی نیست (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۵). عقد تملیکی ملکیت چیزی را به دیگری منتقل می‌کند و در آن تعهدی در کار نیست، آری پس از انتقال ملکیت بایع و مشتری هر یک تعهداتی مانند تسلیم ثمن و ثمن دارند که از ثمرات عقد است ولی ذات و ماهیت خود عقد نیست. با الهام از حقوق فرانسه اساتید پیشنهاد داده‌اند که در اینجا نیز فرض کنیم اثر مستقیم همه عقود تعهد است، ولی در عقود تملیکی این تعهد بلافاصله اجرا و ملکیت منتقل می‌شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۵).

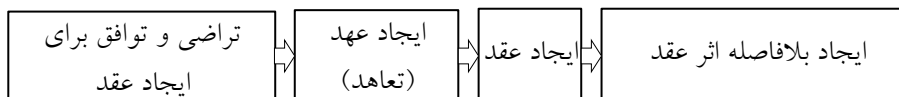
۲-۵. عقد به مثابه قول یا فعل شرعی

صاحب جواهر در این قول متفرد است. ایشان قبل از ورود به کتاب متاجر عقد بماهو عقد را این‌گونه تعریف نموده است: «و هو لغه ضد الحل، و شرعاً قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما و فعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود علیه» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳).

این قول شبیه قول مشهور است با همان انتقادهای وارد بر آن (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۵)؛ اما توجه به شرعی بودن آثار عقد ولو اینکه آن را در ماهیت عقد وارد نکنیم توجه درستی است. عقد ولو دارای حقیقتی شرعی و متشرعه نباشد دارای شرایط و ضوابطی است که غالباً در ماهیت نیز دخیل می‌شوند و این شرایط را شارع روشن نموده است.

۲-۶. عقد به مثابه تعهد

برخی از اساتید حقوق معتقدند در حقوق ایران و حتی فقه امامیه نظریه تعهدات با مفهومی کم‌ویش شبیه حقوق تعهدات مدرن وجود دارد. مهم‌ترین قائل این قول استاد جعفری لنگرودی در کتاب مکتب‌های حقوقی در اسلام (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص. ۲۰۲) و کتاب حقوق تعهدات (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹) هستند؛ اما به نظر این سخن، صحیح نیست و فقه امامیه با نظریه عمومی تعهدات به معنای رومی - ژرمنی آن مخالف است. به نظر می‌رسد استاد لنگرودی دچار اشتراک لفظی بین «عقد» در فقه و obligation شده‌اند. فقهای که عقد را عهد می‌دانند ناظر به ماهیت معاملی ذات عملی بوده است که بین متعاملین انجام می‌شده است و نه ذات عقد. متعاقدين با هم تراضی می‌کنند تا بیع کنند، این تراضی همواره نوعی تعاهد و قرار معاملی است، اما ذات خود عقد بیع، تعهد نیست بلکه تملیک است و نه حتی تعهدی که بلافاصله اجرا شود. بین عقد و ایجاد اثر تملیکی آن فاصله نیست، بلکه تعاهد فاصله بین متعاقدين و ذات عقد است:



هر عقدی مانند بیع موجد پاره‌ای تعهدات است (مانند تعهد به تسلیم که البته آن نیز نوعی ملکیت ذمه است) و شاید تسمیه عقد به تعهد از باب تسمیه کل به اجزاء باشد؛ لذا فقه این موضوعات را با مبنای ملکیت حل می‌کند و نیازی به نظریه تعهدات فرانسوی ندارد.

۲-۷. جمع‌بندی تعریف فقهی عقد

اولاً، باید بین دو مفهوم «عقد» و «عقد بستن» تمایز گذاشت (برای دیدن تفصیل این تمایز ر.ک: بیگدلی و محمدی، ۱۴۰۰). از منظر فقها «عقد» یک نهاد، چارچوب و قالب شاری است، اما «عقد بستن» فعل مکلفین و متعاقدين است؛ غالب فقها در واقع عمل عقد بستن را تعریف کرده‌اند و نه خود عقد را. ثانیاً، تمامی نظریه‌های فقهی در مورد عقد بستن، دارای یک هسته مشترک است و آن

اینکه عقد بستن در واقع ایجاد یک رابطه و تعاهد طرفینی است که می‌تواند موضوعات مختلفی چون تملیک، اذن، انتقال و... را دربرگیرد (کاربرد مصدری واژه تعهد برای تبیین عقد). از سویی «عقد» به مثابه چارچوبی شرعی تعریف می‌شود که موضوع آن، اعم از نقل و انتقال و ملکیت و اذن و سایر آثار حقوقی است (ملکیت می‌تواند ثمره مستقیم عقد باشد). مهم‌ترین عقدی که به صورت سستی در فقه محور همه بحث‌ها قرار می‌گیرد عقد بیع است که فرد اجلای عقود تملیکی است؛ عقد بیع معین و کلی قطعاً ملکی است و عقود چون عقد صلح و جعاله و... نیز در واقع خود نوعی ملکیت ذمه را ایجاد می‌کنند به عبارتی با غلبه ادبیات ملکیت، مفهوم ملکیت بسیار گسترده شده است و شامل ملکیت ذمه، ملکیت کلی، کلی در ذمه و... می‌شود؛ لذا می‌توان در فقه تمامی عقود را ذیل ملکیت موجه نمود (ر.ک: بیگدلی، ۱۳۹۳، ص. ۲۵۳).

۳. تعریف عقد در حقوق ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۱۸۳ که یکی از پربحث‌ترین مواد این قانون بوده است عقد^۱ را تعریف نموده است. طبق این ماده: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». این ماده محل اشکال و جواب‌های بسیاری شده که نیاز به مرور دارد.

۳-۱. اشکالات وارده بر ماده ۱۸۳

بر این ماده سه اشکال اساسی و چند اشکال فرعی وارد شده است:

۳-۱-۱. اشکالات اساسی

۱- عدم شمول عقود تملیکی: تعریف مزبور شامل عقد تملیکی نمی‌شود، در عقود تملیکی به محض ایجاد عقد ملکیت حاصل است و تعهدات جنبه فرعی دارند مگر آنکه راه حل فرانسه را بپذیریم و بگوییم به محض ایجاد تعهد در عقود تملیکی،

۱. در مورد اینکه در حقوق ایران آیا بین دو واژه عقد و قرارداد اختلافی هست یا خیر ر.ک: امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۲.

تعهد ایفاء و ساقط می‌گردد تعارض این ماده با ماده ۳۳۸ ق.م و تعریف بیع کاملاً روشن است (امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص. ۱۶۰؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۶، ش ۹؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۱۰؛ نوین، ۱۳۸۴، ص. ۲۷؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۱، ص. ۹).

۲- مغالطه سبب و مسبب: این تعریف عقد را به تعهد تعریف نموده است درحالی‌که تعهد، مسبب، اثر و معلول عقد است و نه خود عقد، این نشان از اختلاط معنای عقد و تعهد نزد تدوین‌کنندگان قانون مدنی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۱۶).

۳- عدم شمول عقود معوض: این تعریف شامل عقود معوض نمی‌شود و تنها شامل عقود مجانی است زیرا در عقود معوض، هر دو طرف تعهد را قبول می‌کنند، مانند قوانین کار که درواقع دو تعهد وجود دارد و تعهد یک طرف در مقابل تعهد طرف مقابل قرار می‌گیرد و ماهیت آن را دو تعهد تشکیل می‌دهد در صورتی‌که در ماده ۱۸۳ ق.م عقد را متضمن یک تعهد دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۰).

۳-۱-۲. اشکالات فرعی

۱- این تعریف کامل نیست و شامل انتقال تعهد و یا سقوط تعهد نمی‌شود؛ زیرا ظاهراً ماده دلالت دارد که موضوع ماده ایجاد تعهد است. لذا اقاله که خود نوعی قرارداد بر فسخ تعهد سابق است و باید متضمن بر شرایط اساسی صحت معاملات باشد، شامل تعریف مندرج در ماده نمی‌شود (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹).

۲- این تعریف شامل قراردادهایی که برای هر دو طرف ایجاد تعهد می‌کند نمی‌شود (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹).

۳- این تعریف شامل عقود که هیچ تعهدی ایجاد نمی‌کنند نیز نمی‌شود مانند هبه (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۸).

۴- تعریف مذکور صرفاً ناظر به افراد است و اشخاص حقوقی را شامل نمی‌شود مگر با تفسیری گسترده از واژه «نفر» (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۱۰؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۱، ص. ۹).

۵- تفکیک مفهوم عقد از ترازی الزام‌آور و اختصاص عقد به امر موجد تعهد بی‌فایده و نادرست است زیرا قواعد کلی بر همه قراردادها حاکم است و نه صرفاً عقود

موجد تعهد. ضمن آنکه پاره‌ای از عقود معین که قطعاً عقد است به‌طور مستقیم ایجاد تعهد نمی‌کند و توجیه اجرای تعهد به محض ایجاد که در حقوق فرانسه پذیرفته شده با مبانی حقوق ما و فقه سازگار نیست، در نتیجه این اشکال ناشی از تقلید نابجای تدوین‌کنندگان از قانون فرانسه است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۱۸).

۶- اشکالی که به نظر می‌توان بر موارد بالا افزود آن است که با توجه به تفکیک دو مفهوم عقد و عقد بستن، به نظر می‌رسد قانون مدنی ایران اصولاً عقد را تعریف ننموده بلکه «عقد بستن» را تعریف نموده است، یعنی به‌جای آنکه متعرض ماهیت عقد به مثابه یک نهاد و چارچوب قانونی و شرعی برای ایجاد آثار حقوقی در خارج شود، عمل متعاقدين را تعریف کرده و آن را به تعهد کردن که نوعی فعل اشخاص است بازتعریف نموده است، این تعریف ناظر به تحلیل فعل متعاقدين است و نه حقیقت، ماهیت و ذات خود عقد. اگر قانون مدنی قصد آن را داشت که عقد را تعریف کند، باید ذات عقد را تعریف می‌کرد و نه عمل عقد بستن را.

۳-۲. پاسخ به اشکالات ماده ۱۸۳ ق.م.

حقوقدانان برای رفع این تعارض‌ها و اشکال‌ها پاسخ‌هایی داده‌اند:

۱- عقد دائر مدار عهد است، اما اگر مفاد تعهد بلافاصله ایجاد و اجرا شود مانند آنکه در عقد بیع تعهد به تملیک و تسلیم با عقد ایجاد و بلافاصله (آن‌ما) اجرا شود مشکل حل خواهد شد. در فروضی که مفاد تعهد بلافاصله انجام گیرد آن عقد را تملیکی و در غیر این صورت عهدي می‌گوییم (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۸). این راه‌حل با انتقادهای فراوانی مواجه شده و عملاً فرضی بدون دلیل است که سنت فقهی و متن صریح قانون مدنی آن را برنمی‌تابد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۷).

۲- اما اصلی‌ترین پاسخی که تلاش داشته است تمامی اشکال‌های بالا را یک‌جا مرتفع نماید، ارائه‌دادن تفسیری متفاوت از واژه «تعهد» در ماده است. این نظر معتقد است «تعهد» در ماده ۱۸۳ ق.م به معنای تعاهد فقهی و گره‌خوردن دو اراده برای ایجاد آثار حقوقی به‌کاررفته است. این اساتید معتقدند، تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م مدنی در معنای

مصدری استفاده شده نه اسم مصدری، کاربرد مصدری، با معنای لغوی تعهد در عربی، نزدیک است که به «حفظ و نگهداری یک شیء» دلالت دارد (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۱).^۱ این دسته از اساتید ماده را این گونه تفسیر می‌نمایند که منظور از تعهد بر امری، قرارگذاشتن و بناگذاشتن است حال این اثر می‌تواند عهدی باشد یا تملیکی. در این نگاه تعهد، عهد در مقابل تملیکی نیست بلکه معامله و ایجاد یک رابطه اعم است که بنابر اقتضاء، آثار عهدی تا تملیکی دارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۶، ش ۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۲۱، ش ۱۰؛ خوئینی، ۱۳۷۹، ص. ۵۳؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۱). به عبارتی منظور ماده ۱۸۳ ق.م «عهد» پسینی نیست، بلکه عهد پیشینی است یعنی طرفین با انعقاد عقد، قرار و بنایی می‌گذارند، نه اینکه طرفین چیزی را به موجب عقد به عهده بگیرند؛ طرفین تنها تراضی و اراده خود را به التزام به مضمون یک عقد اعلام می‌دارند و اعلام می‌کنند که امر اعتباری عقد و مفاد آن را نگهداری و حفظ می‌کنند حال این محتوا هرچه می‌خواهد باشد، وفای به این عهد، مانند وفای به شرط نتیجه است و دلالت بر حفظ مضمون شرط دارد نه ایجاد امری جدید (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۲).

استاد جعفری لنگرودی با توجه به مبنای خاص خود در تفسیر عهدی تمامی عقود، معتقدند تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م همان تعاهد و تعاهد در فقه است که ماهیت تمامی عقود را تشکیل می‌دهد، لذا تعاهد هیچ مابیتی با مدلول ماده ۳۳۸ ق.م ندارد؛ زیرا منظور ماده ۱۸۳ ق.م آن بوده است که عقد، التزام به حفظ و نگهداری مضمون و مفاد عقد است، درحالی‌که ماده ۳۳۸ ق.م در مقام تعیین محتوا و مفاد عقد بیع بوده است، ایشان با انتقاد از کسانی که به فقه تسلطی نداشته‌اند از جمله شارح اول قانون مدنی، معتقدند هر عقد چهار عنصر دارد: ۱- تعهد به معنای تعاهد؛ ۲- قصد انشاء (یک‌جانبه یا دوجانبه)؛ ۳- کاشف از قصد انشاء (ایجاب و قبول)؛ ۴- لفظی بودن کاشف. سپس ایشان با نقل قول تعریف استاد کاتوزیان از عقد، بر آن تاخه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۲ به

۱. برای دیدن معنای لغوی و اصطلاحی «تعهد» و «التزام» در فقه امامیه و عامه و حقوق کشورهای دیگر رک: جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶؛ دیلمی، ۱۳۹۸؛ خویبیری و طباطبایی، ۱۴۰۰.

بعد). برخی دیگر از اساتید نیز از این نظر که این ماده اصولاً از تعریف فقهی عقد گرفته شده و ترجمه ماده فرانسوی نیست دفاع می‌کنند (خوئینی، ۱۳۷۹، ص. ۵۰) و هیچ‌یک از اشکال‌های مطرح شده بر ماده ۱۸۳ ق.م را وارد نمی‌دانند (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۴؛ خوباری و طباطبایی، ۱۴۰۰، ص. ۱۲۰).

برخی اساتید نیز نقدها را وارد می‌دانند و از عدم تغییر ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف در حین ترجمه انتقاد کرده و معتقدند نمی‌توان این اشکال‌ها را پاسخ داد و البته حق با این دسته از اساتید است. خود این اساتید عقد را به صورت زیر تعریف می‌کنند: «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی» (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹).

۳-۳. نظر برگزیده در تفسیر ماده ۱۸۳ ق.م

به نظر تعارض موجود در ماده ۱۸۳ ق.م با سایر مقررات و مواد از نمونه‌های تعارض‌های بنیادین قانون مدنی بوده و قابل حل نیست. غالب اساتید نیز این تعارض را به صورت صریح یا ضمنی پذیرفته و در صدد ارائه تعاریف جدیدی از عقد برآمده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۲۱؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۲۰؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹). برای فهم درست منظور ماده ۱۸۳ ق.م باید به چند نکته توجه نمود:

۱- ماده ۱۸۳ ق.م در واقع در پی تعریف «عقد بستن» بوده است نه «عقد»، ابهام ناشی از به کارگیری نادرست واژه «عقد» در ابتدای ماده، دامن‌گیر غالب تفاسیر طیف‌های مدافع و منتقد این ماده شده است و اساتید کم‌تر در ابتدا، به این موضوع پرداخته‌اند. چنان‌که در آثار فقهی نیز غالباً عقد بستن تعریف شده است نه خود عقد، به نظر می‌رسد قانون مدنی، در ماده ۳۳۸ نیز، عقد بیع بستن را تعریف نموده اما ماده ۴۶۴ ق.م و به‌ویژه ۴۶۶ ق.م خود عقد را تعریف کرده‌اند. لذا این سخن که ماده ۱۸۳ ق.م و ۳۳۸ ق.م دو موضوع جداگانه دارند و اصولاً نمی‌توانند موضوع تعارض قرار بگیرند درست نیست، زیرا هر دو در پی تعریف «عقد بستن» بوده‌اند.

۲- تقریباً تمامی اساتید معترفند که ماده ۱۸۳ ق.م ترجمه و اقتباس شده از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه (قدیم) است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۶؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۸؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹؛

امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۳ و...) و حتی اساتیدی که در پی دفاع از ماده هستند نیز بر اینکه این ماده از ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف گرفته شده معترفند اما قائلند به رسم مألوف، مؤلفان قانون مدنی در آن دخل و تصرف‌هایی نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰). از سویی تعریف سایر عقود در بخش عقود معین مانند ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع، ماده ۴۶۴ ق.م. در تعریف معاوضه؛ ماده ۴۶۶ ق.م. در تعریف اجاره و... تعاریف را از فقه امامیه گرفته است یعنی انصاف آن است که این دو دسته تعریف از دو سنت حقوقی متفاوت اخذ شده‌اند.

۳- به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان قانون مدنی به تعارض ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف با معنای عقد در نظام فقهی توجه داشته‌اند، لذا سعی نموده‌اند آن را به گونه‌ای با این نظام هماهنگ سازند؛ اما در این کار موفق نبوده‌اند. تدوین‌کنندگان عین ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف را ترجمه نموده‌اند و موضوع تعهد را (انتقال، انجام کار، عدم انجام کار) ذکر نموده‌اند و شاید گمان کرده‌اند با تعریف اجمالی «تعهد بر امری» و مبهم رها نمودن موضوع تعهد مشکل رفع می‌گردد؛ اما چون مشکل در عبارت «تعهد بر» بوده است ابهام در موضوع، مشکل را حل نکرده است و تعارض باقی مانده است. ضمن آنکه تعیین موضوع تعهد در ماده ۲۱۴ ق.م. عملاً این حذف را بی‌فایده نموده است.

۴- اما مهم‌ترین نظریه رقیب این سخن، نظریه‌ای است که قائل است واژه تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م، همتا تعاهد فقهی است. به نظر می‌رسد این نظریه درست نباشد زیرا: اولاً، ناهمگونی سیاقی: اگر ماده از فقه مأخوذ بود باید در سیاق جمله ماده ۳۳۸ ق.م می‌آمد؛ اما این دو عبارت با هم بیگانه‌اند کما اینکه ماده ۱۸۳ ق.م با ماده ۴۶۶ ق.م و سایر تعاریف از عقود نیز از نظر ساختار جمله و مفاد کاملاً ناهمگون است.

ثانیاً، عدم مطابقت با مشهور: بنای تدوین‌کنندگان پیروی از مشهور در فقه است و دیدیم که مشهور، عقد (و حتی عقد بستن) را تعاهد و پیوند دو اراده و قرار و معامله نمی‌دانند؛ بلکه صاحب عناوین و برخی دیگر از این سخن دفاع نموده‌اند؛^۱

۱. به نظر می‌رسد تعریف عقد بستن به صرف تعاهد، درست نیست و نظر صاحب عناوین و... قابل خدشه است، از جمله اینکه، این تعریف یک تعریف انتزاعی - ذهنی است نه واقعی. طرفین همواره موضوع عقد را در ماهیت

اما مشهور قائل به این تعریف نیست و عقد را از سنخ ایجاب و قبول یا انشاء می‌داند، لذا ماده ۱۸۳ق.م می‌توانست عقد بستن را به انشاء رابطه‌ای حقوقی تعریف نماید.

ثالثاً، عدم دلالت واژه تعهد: اگر منظور تعاهد فقهی است و تدوین‌کنندگان آن معنا را مدنظر داشته‌اند نباید از واژه تعهد بهره می‌بردند کما اینکه همه فقهایی نیز که به این تعریف قائل هستند هیچ‌گاه از لفظ تعهد استفاده ننموده‌اند بلکه از عهد، تعاهد، التزام، قرار معاملی و... استفاده نموده‌اند.

رابعاً، توجه به مضمون ماده ۱۹۱ق.م: ماده ۱۸۳ عقد را تعهد بر امری می‌داند که مورد قبول باشد. از سویی در ماده ۱۹۱ق.م تحقق این تعهد را منوط به وجود قصد انشاء و مقرون بودن آن به دال می‌داند، این سخن نشان می‌دهد قصد انشاء و ایجاب و قبول که از ارکان عقود در فقه هستند در قانون مدنی جزء ذات و ماهیت عقد نیستند بلکه شرط تحقق است و این خود نشان می‌دهد منظور در ماده ۱۸۳ق.م تعاهد فقهی نیست.

خامساً، توجه به مضمون ماده ۲۱۴ق.م: در این ماده، مقنن ابهام «تعهد بر امری» را روشن می‌کند نشان می‌دهد که منظور مقنن، کاملاً تعهد فرانسوی است؛ زیرا می‌گوید مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند؛ به نظر می‌رسد در این ماده، آنچه را در ترجمه ماده ۱۱۰۱ق.م.ف در ماده ۱۸۳ فروگذارده بود استدراک نموده و موضوع تعهد را عمل یا مالی که باید تسلیم شود می‌داند، تعارض این ماده با تعریف بیع که تملیکی است و نیز با ماده ۳۴۸ق.م روشن است.

سادساً، مخالفت با ظاهر ماده: از همه روشن‌تر، تعاهد فقهی، تعاهد بر هیچ «امری» نیست، تعاهد فقهی یک عهد و قرار مطلق است که موضوع آن پایبندی و حفظ اصل یک قرار و عقد است. ماده ۱۸۳ق.م تصریح دارد که عقد (عقد بستن) تعهد

و ذات عقد لحاظ می‌کنند، طرفین به صرف العقد ملتزم نمی‌شوند بلکه غایت آنها موضوع عقد (تملیک، اذن و...) است و طرفین به کل رضا می‌دهند. تفصیل مطلب مجالی دیگر می‌طلبد.

بر «امری» است؛ تفسیر «امر» بر اصل عقد نیز منجر به ایجاد «دور» در تعریف می‌گردد، لذا ظاهر بلکه نص ماده، نشان می‌دهد که منظور تدوین‌کنندگان، تعهد فرانسوی بوده است نه تعاهد فقهی.

دقت در این موارد و به‌خصوص توجه به ماده ۲۱۴ ق.م.نشان می‌دهد که منظور قانون مدنی از ماده ۱۸۳ همان مفهوم تعهد فرانسوی است و حمل آن به معنای تعاهد و قرار معاملی فقه بی‌وجه است.

نتیجه آنکه ماده ۱۸۳ ق.م.برآمده از سنت رومی - ژرمنی و ناظر به نظریه عمومی تعهدات است اما مواد ۳۳۸ ق.م. و همه عقود معین، برآمده از سنت فقهی تملیکی هستند و لذا تعارض ماده ۱۸۳ با ماده ۳۳۸ و مواد مشابه، مبنایی بوده و این مواد با هم غیرقابل جمع هستند.

۴. تعریف برگزیده از عقد

در بحث از ماهیت عقود باید دو مفهوم را از هم جدا نماییم:

اول. تعریف «عقد»: عقد، نهاد و چارچوبی است که شارع (نظام‌های دینی) یا قانون (سکولار) برای تحقق آثار حقوقی وضع می‌نماید تا احتیاج‌ها و امیال فردی و اجتماعی بشر تأمین شود. این وضع و جعل ارتباط وثیقی با مبانی و نظام اجتماعی و مبانی فکری و جهان‌شناختی و انسان‌شناختی جاعل و واضع دارد فلذا نظام‌های مختلف عقود مختلفی ایجاد می‌کنند. در نظام‌های سکولار و بشری این چارچوب‌ها با سوگیری نظم عمومی از سوی خود انسان‌ها ایجاد و خلق می‌شوند تا همه افراد بتوانند به حداکثر میل ممکن خود دست یابند و نظم اجتماعی نیز حفظ شود. البته ممکن است که هر نظامی مقداری از اختیار ایجاد عقد و قالب را به خود افراد واگذارد؛ اما این اختیار نیز در قالب یک چارچوب و ضوابط کلی‌تر معنا می‌یابد و در هیچ نظامی مطلق نیست (مانند ماده ده قانون مدنی ایران یا عقد صلح در فقه و یا نهادهای مشابه در حقوق فرانسه و کامن‌لا)، یعنی شارع، خود گاه جعل عقلا را بما هم عقلا دارای حجت می‌داند (در این مرحله فرض آن است که بین مجعولات شارع با بنای عقلا تعارضی نیست) اما حجیت این جعل‌ها نیز در چارچوبی از سوی شارع معلوم می‌شود و ضوابط آن باید رعایت شود والا حجت نخواهد بود، لذا بنای عقلا نیز با واسطه، حکم شرعی است.

دوم. تعریف «عقد بستن»: «انعقاد عقد» (عقد بستن) فعل مکلفین است، عقد بستن الحاق به عقد (چارچوب شرعی و قانونی) برای تحقق و تنفیذ آثار حقوقی آن عقد است. عقد بستن مانند هر عمل انسانی یک «فرایند» است. انسان با دیدن یک شیء یا مال (اجمالاً) به آن میل پیدا می‌کند و برای برآوردن این میل (نیاز) «اقدام» می‌کند. اقدام شامل طیف گسترده‌ای از امور است، این اقدام‌ها در نظام‌های دینی باید در چارچوب‌هایی باشد که شارع ایجاد و جعل کرده، اگر این اقدام‌ها داخل این چارچوب باشد مؤثر است ولی اگر این چارچوب‌ها و شکل‌ها و اسباب رعایت نشود عمل شخص بی‌اثر و در ضمن حرام (در نظام‌های غیردینی جرم) است. توجه به این نکته مفید است که در هنگام انعقاد عقد، طرفین یک کل را در نظر می‌گیرند نه یک ماهیت متزعزعه مفهومی را؛ به عنوان مثال وقتی طرفین قصد بیع دارند درست است که محور اصلی تعلق اراده آن‌ها مبادله و انتقال ملکیت است اما این هسته مرکزی با احکام و آثار پیرامونی، مدنظر متعاقدین قرار می‌گیرد و با توجه به این کل، به آن ملحق شوند؛ مثلاً در بیع توجه می‌کنند که مالکیت منتقل می‌شود، خیارات وجود دارد، ضمان تلف قبل از قبض وجود دارد، کلمات حمل بر معانی عرفی می‌شود و... همه و همه قصد و رضا و انشا را محقق می‌کند.

نتیجه‌گیری

ماده ۱۳۸ قانون مدنی عقد را به مثابه تعهد به امری تعریف کرده، در حالی که ماده ۳۳۸ همین قانون، بیع را به مثابه تملیک تعریف کرده است. علت اصلی این ناهماهنگی آن است که در نظام حقوق فرانسه، نظریه عمومی تعهدات عهده‌دار تبیین و معناداری به مفاهیم کلیدی حقوق مدنی است، در نظریه عمومی تعهدات، دو شخص در برابر هم، واجد «تعهد» می‌گردند، ملکیت نیز، تعاهد دو طرف برای پاسداشت حریم اموال یکدیگر است، لذا تمامی عقود با مفهوم «تعهد» موجه می‌شوند، اما در فقه امامیه، با توجه به وجود مفهوم ذمه و قابلیت تملک ذمه از سوی افراد، اصل در توجیه عقود، ملکیت است؛ لذا تلاش می‌شود، عقود، هماره، تملیکی تعریف شوند. دو گانه عهدی - تملیکی منجر به ایجاد دشواری در جمع بین معانی عقد شده است؛ لذا تعریف تملیک

ذیل عقود عهدی (تعهد) امری است که حتی نظام‌های رومی - ژرمنی را نیز درگیر کرده است؛ اما نظام رومی ژرمنی، از تعریف عهدی عقود دست نکشیده است. همین مسئله، نظام حقوقی ایران را نیز درگیر نموده و تلاش‌ها برای حل این دوگانه چندان موجه و روا نبوده است؛ لذا به نظر می‌رسد، امکان متلائم ساختن این دو نظریه با توجه به: ۱- ریشه‌های متفاوت این دو؛ ۲- تعریف مقبول نزد دو نظام از عقد؛ ۳- تفاوت مفهوم نهاد عقد و فعل عقد بستن؛ فراهم نیست.

پیشنهادهای

پیشنهاد می‌شود:

قانون مدنی ایران بین مفهوم «عقد» و «عقد بستن» تمایز صریح قائل شود و اصل را بر تملیکی بودن عقود گذاشته و عقود عهدی را نیز ذیل عقود تملیکی تعریف نماید. به این ترتیب ماده ۱۸۳ ق.م با درج چنین مضامینی می‌تواند اصلاح گردد:

«عقد عبارت است از «نهادی» قانونی که موجب ایجاد آثار حقوقی مخصوص به خود آن عقد می‌گردد، مانند عقد بیع که منجر به تملیک است».

«عقد بستن» عبارت است از توافق یک یا چند شخص با یک یا چند شخص دیگر برای تنفیذ آثار مخصوص به یک عقد».

قابل ذکر است، هر نظام حقوقی با توجه به مبنای خود در جواز یا عدم جواز ایجاد عقود غیر نام‌برده شده در قوانین می‌تواند ذیل این ماده با گنجاندن متنی، این امکان یا عدم امکان را تصریح نماید، در نظام حقوقی فعلی ایران با توجه به وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان پیشنهاد داد:

«تبصره: اشخاص می‌توانند با توافق، عقود غیر نام‌برده شده در قانون را ایجاد نمایند به شرطی که آثار مخصوص عقد جدید روشن بوده و خلاف مفاد آمره قانونی، نظم عمومی و مسلمات شرعی نباشد».

هر چند پیشنهاد ذیل با قول مشهور فقها انطباق بیشتری دارد (عدم جواز):

«عقد، نهادی قانونی است و اشخاص نمی‌توانند با توافق خود، عقود غیر نام‌دار در قوانین مدونه را ایجاد نمایند؛ در صورتی که طرفین آثاری را بخواهند که در عقود معین (دارای نام) وجود ندارد، باید در قالب عقد صلح، آثار را ایجاد نمایند. این آثار باید

مورد تصریح بوده و خلاف مفاد آمره قانونی، نظم عمومی و مسلمات شرعی نباشد».

منابع

- اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: أنوار الهدی.
- امامی، حسن (۱۳۵۵). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸). حقوق تعهدات (جلد دوم) اعمال حقوقی - تشکیل عقد. تهران: نشر میزان.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- اوبر، ژان لوک و دوتیول، فرانسوا کولار (۱۳۹۰). حقوق تعهدات: قراردادها. ترجمه و تحقیق مجید ادیب، تهران: میزان.
- بیگدلی، عطاءالله (۱۳۹۳). تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی - ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه. (رساله دکتری). استاد راهنما: سیدمصطفی محقق داماد، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، تهران، ایران.
- بیگدلی، عطاءالله و محمدی، محمدرضا (۱۴۰۰). بررسی انتقادی تعاریف عقد در فقه امامیه و ارائه نظریه تفاوت بنیادین «ماهیت عقد» با «انعقاد عقد». آموزه‌های فقه مدنی، ش ۲۶، صص. ۴۶-۲۱.
- بینابت، آلان (۲۰۰۴م). القانون المدني، الموجبات (او الالتزامات). ترجمه منصور القاضی، بیروت: مجد (المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع).
- جعفری خسروآبادی، نصراله (۱۳۹۶). تأملی بر مفهوم «تعهد و التزام» در فقه امامیه و حقوق ایران. مطالعات حقوقی، ۹(۳)، صص. ۹۶-۷۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). مکتب‌های حقوقی در اسلام. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹). حقوق تعهدات (دوره حقوق مدنی) جلد اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). فلسفه حقوق مدنی، جلد اول: عناصر عمومی عقود. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- خوبیاری، حامد و طباطبایی، سید محمدصادق (۱۴۰۰). تحلیل ماهیت «عقد عهدی» با بازخوانی مفهوم «تعهد» در حقوق ایران. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، (۴۳)، صص. ۱۲۸-۱۰۵.

- خوئینی، غفور (۱۳۷۹). حقوق تعهدات: تحلیل فقهی حقوقی. تهران: زهد.
- دادمزی، سیدمهدی (۱۳۹۳). تعارض تعریف قانونی عقد با بیع با رویکردی به فقه و حقوق غرب. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۱)، صص. ۲۷-۴۲.
- دکسبری، رابرت (۱۳۷۷). مروری بر حقوق قراردادهای در انگلستان. ترجمه حسین میرحمد صادقی، تهران: نشر حقوق دان.
- دیلمی، احمد (۱۳۹۸). کالبدشناسی مفهوم تعهد. دانشنامه‌های حقوقی، (۴)، صص. ۲۶۹-۲۸۶.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). تشکیل قراردادهای و تعهدات (حقوق مدنی جلد اول). تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: نشر میزان.
- عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عراقی، آقا ضیاءالدین علی کزازی (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب. قم: انتشارات غفور.
- علی‌آبادی، علی (۱۳۸۱). ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ.
- غروی نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). المکاسب و البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۳). حقوق مدنی: اصول قراردادهای و تعهدات نظری و کاربردی. تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، جلد اول: بیع، اجاره، قرض، جعاله، صلح. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد «تراصی». تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم، انعقاد و اعتبار قراردادهای، ضمانت اجرای شرایط اساسی معامله، نظریه بطلان و عدم نفوذ. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاشف‌الغطاء (نجفی)، علی بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲ق). شرح خیارات اللمعنه. قم: دفتر

انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
 محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
 محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران (۱۳۷۹). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*. تهران: سمت.
 مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳ق). *فقه المعاملات*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
 موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیه (للجنوردی، السید حسن)*. قم: نشر الهادی.
 نوین، پرویز (۱۳۸۴). *حقوق مدنی (۱) در عقود و تعهدات به طور کلی: انعقاد و انحلال*. قراردادها. تهران: تدریس.

- Bénabent, Alain (1991). *Droit civil: les obligations*. Montchrestien.
 Burrows, A. S. (1998). *Understanding the law of obligations. Essays on contract, tort and restitution/ Andrew Burrows*. Oxford: Hart.
 Cabrol, Pierre et Ribeyrol, Monique (2018). *Leçons de Droit des obligations*. Paris: Ellipses.
 Catala, Pierre, et al. (2006). *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*. Paris.
 Garner, Bryan A.; Black, Henry Campbell (2009). *Black's law dictionary*. 9th ed. St. Paul, MN: West.
 Gaylor, Rabu (2019). *Droit des obligations*. Paris: Editions Ellipses.
 Ghestin, Jacques (1993). *Traité de droit civil: La formation du contrat*. (1-2), Les obligations, paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminales/>
 Lachièze, Christophe (2020). *Droit des contrats*. Paris: Editions Ellipses.
 Larombière, Léobon (1862). *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386*, T: 1, Bruxelles: Durand.
 Lecourt, Arnaud (2019). *Fiches de droit des obligations*. Paris: Editions Ellipses.
 Martin, E. A. (2006). *Law, Jonathan: A dictionary of law*. 6th ed. New York: Oxford University Press.
 Mazeaud(s), (Henri, Jean, Léon) (1995). Chabas, François, *Leçons de droit civil*, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par

- Chabas, François, Publisher Montchrestien, paris.
- Molitor, Philippe (2009). *Les Obligations en droit Romain: avec l'indication des rapports entre la Législation Romaine et le droit Français*. Volume 1 n, Paris, 1851.
- Neyers, Jason W.; Bronaugh, Richard N.; Pitel, Stephen G. A.: *Exploring contract law*. Oxford, Portland Or.: Hart Pub.
- Neyers, Jason et al. (2009). *Exploring contract law*. Oxford, Portland Or.: Hart Pub.
- Oughton, David; Davis, Martin (2000). *Sourcebook on contract law*. 2nd ed. London: Cavendish (Cavendish sourcebook series).
- Samuel, Geoffrey (2001). *Law of obligations and legal remedies*. 2nd ed. London: Cavendish.
- Véronique, Nicolas (2017). *Droit des obligations*. Le contrat, Paris: Editions Ellipses.

References

- Alī Ābādī, 'Alī (1381 SH/2002). *Ījād va Sqūt-e Ta'ahhodāt Nāshī Az 'Aqd Dar Hoqūq-e Eslāmī* [Creation and Extinction of Obligations Arising from Contract in Islamic Law]. Tehran: University of Tehran, Institute for Publications and Printing [in Persian].
- Āmelī, Sayyed Javād ibn Moḥammad (1419 AH/1998). *Meftāḥ al-Karāma fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāma*. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom [in Arabic].
- Amīrī Qā'em Maqāmī, 'Abdol-Majīd (1378 SH/1999). *Hoqūq-e Ta'ahhodāt (Jeld-e Dovvom) A'māl-e Hoqūqī — Taškīl-e 'Aqd* [Law of Obligations (Vol. 2) Legal Acts — Formation of Contract]. Tehran: Mizan Publications [in Persian].
- Anṣārī, Mortazā (1415 AH/1994). *Ketāb al-Makāseb*. Qom: World Congress in Commemoration of Šayḡ A'zam Anṣārī [in Arabic].
- Aubert, Jean-Luc & Collart-Dutilleul, François (1390 SH/2011c). *Hoqūq-e Ta'ahhodāt: Qarārdād-hā* [Law of Obligations: Contracts]. (Trans. & Res. Majīd Adīb). Tehran: Mizan Publications [in Persian].
- Bénabent, Alan (1991). *Droit civil: les obligations*. Montchrestien.
- Bénabent, Alan (2004). *al-Qānūn al-Madānī, al-Mūjebāt (aw al-İltizāmāt)*. (Trans. Manšūr al-Qāzī). Beirut: Majd (al-Mo'assasa al-Jāme'īya lil-Derāsāt wa al-Našr wa al-Tawzī') [in Arabic].
- Biḡdālī, 'Aṭā'ollāh & Moḥammadi, Moḥammad Reżā (1400 SH/2021b). *Barrasī-ye Enteqādī Ta'ārīf-e 'Aqd Dar Fiqh-e Emāmīye va Erā'e-ye Nazārīye-ye Tafāvot-e Boniyādīn «Māhīyat-e 'Aqd» Bā «En'eqād-e 'Aqd»* [Critical Review of the Definitions of Contract in Imami Jurisprudence and Presentation of the Theory of the Fundamental Difference Between the "Nature of the Contract" and the "Conclusion of the Contract"]. *Āmūze-hā-ye Fiqh-e Madānī* [Teachings of Civil Jurisprudence], (26), 21–46 [in Persian].
- Biḡdālī, 'Aṭā'ollāh (1393 SH/2014a). *Tafāvot-e Mabānī-ye Nazārīye-ye Ta'ahhodāt Dar Do Neẓām-e Rūmī — Žermanī va Fiqh-e Emāmīye va Āsār-e Ān Dar Hoqūq-e Qarārdād-hā-ye Īrān va France* [Difference in the Foundations of the Theory of Obligations in the Two Systems of Roman-Germanic and Imami Jurisprudence and Its Effects on Iranian and French Contract Law]. (Doctoral Dissertation). Supervisor: Sayyed Moṣṭafā Moḥaqeq Dāmād, Imām Šādeq University ('Alayhissalām), Tehran, Iran [in Persian].
- Burrows, A. S. (1998). *Understanding the law of obligations. Essays on contract, tort and restitution*/ Andrew Burrows. Oxford: Hart.
- Cabrol, Pierre et Ribeyrol, Monique (2018). *Leçons de Droit des obligations*. Paris: Ellipses.
- Catala, Pierre, et al. (2006). *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*. Paris.
- Dādmazī, Sayyed Mehdī (1393 SH/2014b). *Ta'āroẓ-e Ta'rīf-e Qānūnī-ye 'Aqd Bā Bay' Bā Rūykerdī Be Fiqh va Hoqūq-e Ġarb* [Conflict of the Legal Definition of Contract with Sale with an Approach to Jurisprudence and Western Law]. *Pažūheš-e Taṭbīqī Hoqūq-e Eslām va Ġarb* [Comparative Research of Islamic and Western Law], (1), 27–42 [in Persian].
- Dāksberī, Rābert (1377 SH/1998). *Morūrī Bar Hoqūq-e Qarārdād-hā Dar Engeleštān* [A Review of Contract Law in England]. (Trans. Hoṣeyn Mīr Ḥamad Šādeqī). Tehran: Našr-e Hoqūqdān [in Persian].

- Daylamī, Aḥmad (1398 SH/2019). Kālobad-šenāsī Mafhūm-e Ta'ahhod [Anatomy of the Concept of Obligation]. Dāneš-nāme-hā-ye Hoqūqī [Legal Encyclopedias], (4), 269–286 [in Persian].
- Emāmī, Ḥasan (1355 SH/1976). Hoqūq-e Madanī [Civil Law]. Tehran: Ketābfurūšī Eslāmīye [in Persian].
- ‘Erāqī, Āqā Ziyā’ al-Dīn ‘Alī Kazāzī (1421 AH/2000). Ḥāšīyat al-Makāseb. Qom: Enteshārāt-e Ġafūr [in Arabic].
- Esfahānī, Moḥammad Hoseyn Kampānī (1418 AH/1997). Ḥāšīyat Ketāb al-Makāseb. Qom: Anwār al-Hodā [in Arabic].
- Ġaravī Nā’inī, Moḥammad Hoseyn (1413 AH/1992). al-Makāseb wa al-Bay’. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom [in Arabic].
- Garner, Bryan A.; Black, Henry Campbell (2009). Black's law dictionary. 9th ed. St. Paul, MN: West.
- Gaylor, Rabu (2019). Droit des obligations. Paris: Editions Ellipses.
- Ghestin, Jacques (1993). Traité de droit civil: La formation du contrat. (1-2), Les obligations, paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Ja’farī Qosrow Ābādī, Naṣrollāh (1396 SH/2017). Ta’ammulī Bar Mafhūm-e «Ta’ahhod va Eltezām» Dar Fiqh-e Emāmīye va Hoqūq-e Īrān [A Reflection on the Concept of "Ta’ahhod and Eltezām" (Obligation and Commitment) in Imami Jurisprudence and Iranian Law]. Motāla’āt-e Hoqūqī [Legal Studies], 9(3), 75–96 [in Persian].
- Ja’farī Langarūdī, Moḥammad Ja’far (1369 SH/1990). Hoqūq-e Ta’ahhodāt (Dowre-ye Hoqūq-e Madanī) Jeld-e Avval [Law of Obligations (Civil Law Series) Vol. 1]. Tehran: University of Tehran Press [in Persian].
- Ja’farī Langarūdī, Moḥammad Ja’far (1370 SH/1991). Maktab-hā-ye Hoqūqī Dar Eslām [Legal Schools in Islam]. Tehran: Ganj-e Dāneš [in Persian].
- Ja’farī Langarūdī, Moḥammad Ja’far (1390 SH/2011b). Falsafe-ye Hoqūq-e Madanī, Jeld-e Avval: ‘Anāṣer-e ‘Omūmī ‘Oqūd [Philosophy of Civil Law, Vol. 1: General Elements of Contracts]. Tehran: Ketābkāne-ye Ganj-e Dāneš [in Persian].
- Kāṣef al-Ġitā’ (Naḡafī), ‘Alī ibn Ja’far ibn Keẓr (1422 AH/2001). Šarḥ Ḥiyārāt al-Lum’a. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom [in Arabic].
- Kātūzīyān, Nāṣer (1381 SH/2002). Dowre-ye Moqaddamātī Hoqūq-e Madanī, Dars-hā-ī Az ‘Oqūd-e Mo’ayyan, Jeld-e Avval: Bay’, Ejāre, Qarẓ, Jo’āle, Šolḥ [Preliminary Course in Civil Law, Lessons on Specific Contracts, Vol. 1: Sale, Lease, Loan, Jo’āle, Reconciliation]. Tehran: Ganj-e Dāneš [in Persian].
- Kātūzīyān, Nāṣer (1383 SH/2004a). Hoqūq-e Madanī: Qawā’ed-e ‘Omūmī Qarārdād-hā, Jeld-e Avval, Mafhūm-e ‘Aqd, En’eqād va E’tebār-e Qarārdād «Tarāzī» [Civil Law: General Rules of Contracts, Vol. 1, Concept of Contract, Conclusion and Validity of Contract "Consent"]. Tehran: Šerkat-e Sahāmī Enteshār Bā Hamkāri-ye Bahman Barnā [in Persian].
- Kātūzīyān, Nāṣer (1383 SH/2004b). Hoqūq-e Madanī: Qawā’ed-e ‘Omūmī Qarārdād-hā, Jeld-e Dovvom, En’eqād va E’tebār-e Qarārdād-hā, Žamānat-e Ejrā-ye Šarāyeṭ-e Asāsī-ye Mo’āmale, Naẓarīye-ye Boṭlān va ‘Adam-e Nofūd [Civil Law: General Rules of Contracts, Vol. 2, Conclusion and Validity of Contracts, Guarantee of Execution of Essential Conditions of Transaction, Theory of Nullity and Ineffectiveness]. Tehran: Šerkat-e Sahāmī Enteshār Bā Hamkāri-ye Bahman Barnā [in Persian].

- Kūbīyārī, Hāmed & Ṭabāṭabā'ī, Sayyed Moḥammad Ṣādeq (1400 SH/2021a). Tahlīl-e Māhīyat-e «'Aqd-e 'Ahdī» Bā Bāzk'ānī Mafhūm-e «Ta'ahhod» Dar Hoqūq-e Irān [Analysis of the Nature of the "Promissory Contract" by Rereading the Concept of "Obligation" in Iranian Law]. Moṭāla'āt-e Fiqh-e Eslāmī va Mabānī-ye Hoqūq [Studies in Islamic Jurisprudence and Legal Foundations], (43), 105–128 [in Persian].
- Kū'īnī, Ġafūr (1379 SH/2000). Hoqūq-e Ta'ahhodāt: Tahlīl-e Fiqhī Hoqūqī [Law of Obligations: Jurisprudential and Legal Analysis]. Tehran: Zohd [in Persian].
- Lachière, Christophe (2020). Droit des contrats. Paris: Editions Ellipses.
- Larombière, Léobon (1862). Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles: Durand.
- Lecourt, Arnaud (2019). Fiches de droit des obligations. Paris: Editions Ellipses.
- Marāḡī, Sayyed Mīr 'Abdol-Fattāḥ ibn 'Alī Ḥoseynī (1417 AH/1996). al-'Anāwīn al-Fiqhīyah. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom [in Arabic].
- Martin, E. A. (2006). Law, Jonathan: A dictionary of law. 6th ed. New York: Oxford University Press.
- Mazeaud(s), (Henri, Jean, Léon) (1995). Chabas, François, Leçons de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par Chabas, François, Publisher Montchrestien, paris.
- Moḥaqqueq Dāmād, Sayyed Moṣṭafā wa Dīgarān (1379 SH/2000). Hoqūq-e Qarārdād-hā Dar Fiqh-e Emāmīye [Contract Law in Imami Jurisprudence]. Tehran: SAMT [in Persian].
- Moḥaqqueq Hillī, Ja'far ibn Ḥasan (1408 AH/1987). Šarā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām. Qom: Mo'assese-ye Esmā'īlīyān [in Arabic].
- Moḥaqqueq Hillī, Ja'far ibn Ḥasan (1418 AH/1997). al-Moḥṭaṣar al-Nāfe' fī Fiqh al-Imāmīyah. Qom: Mo'assese-ye al-Maṭbū'āt al-Dīnīyah [in Arabic].
- Molitor, Philippe (2009). Les Obligations en droit Romain: avec l'indication des rapports entre la Législation Romaine et le droit Français. Volume 1 n, Paris, 1851Neyers, Jason W.; Bronaugh, Richard N.; Pitel, Stephen G. A.: Exploring contract law. Oxford, Portland Or.: Hart Pub.
- Moṣṭafavī, Sayyed Moḥammad Kāzem (1423 AH/2002). Fiqh al-Mo'āmalāt. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom [in Arabic].
- Mūsawī Bojnūrdī, Sayyed Ḥasan ibn Āqā Bozorg (1419 AH/1998). al-Qawā'ed al-Fiqhīyah (lil-Bojnūrdī, al-Sayyed Ḥasan). Qom: Našr al-Hādī [in Arabic].
- Neyers, Jason et al. (2009). Exploring contract law. Oxford, Portland Or.: Hart Pub.
- Novīn, Parvīz (1384 SH/2005). Hoqūq-e Madanī (8) Dar 'Oqūd va Ta'ahhodāt Beṭawr-e Kollī: En'eḡād va Enḡelāl-e Qarārdād-hā [Civil Law (8) On Contracts and Obligations Generally: Conclusion and Dissolution of Contracts]. Tehran: Tadrīs [in Persian].
- Oughton, David; Davis, Martin (2000). Sourcebook on contract law. 2nd ed. London: Covendish (Cavendish sourcebook series).
- Qāsemzāde, Mortazā (1383 SH/2004). Hoqūq-e Madanī: Oṣūl-e Qarārdād-hā va Ta'ahhodāt Nazarī va Kārbordī [Civil Law: Principles of Contracts and Obligations, Theoretical and Applied]. Tehran: Dādgostar [in Persian].
- Sabzevārī, Sayyed 'Abdol-A'lā (1413 AH/1992). Moḥaddab al-Aḥkām. Qom: Mo'assese-ye al-Manār [in Arabic].

- Şaffā'ī, Sayyed Hoseyn (1383 SH/2004). Qawā'ed-e 'Omūmī Qarārdād-hā [General Rules of Contracts]. Tehran: Mizan Publications [in Persian].
- Şāhib Jawāher, Moḥammad Ḥasan (1404 AH/1983). Jawāher al-Kalām fī Şarḥ Şarā'ī al-Islām. Beirut: Dār Ihya' al-Turāt al-'Arabī [in Arabic].
- Şahīdī, Mehdī (1390 SH/2011a). Taškīl-e Qarārdād-hā va Ta'ahhodāt (Hoqūq-e Madanī Jeld-e Avval) [Formation of Contracts and Obligations (Civil Law Vol. 1)]. Tehran: Majd [in Persian].
- Samuel, Geoffrey (2001). Law of obligations and legal remedies. 2nd ed. London: Cavendish.
- Véronique, Nicolas (2017). Droit des obligations. Le contrat, Paris: Editions Ellipses.