



پژوهشی فقهی، حقوقی در باب عقد عهده‌ی و تملیکی (مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه)

آزاد فلاحی^۱
غفور خوئینی^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۹۶/۹/۱۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۷/۹/۱۵

چکیده

در این نوشتار بعد از تعریف عقد و ذکر اقسام آن، سعی بر آن خواهد بود که تعریف جامعی از عقد عهده‌ی و تملیکی ارائه شود. در این راستا ویژگی‌ها و خصوصیات این تقسیم‌بندی بیان خواهد شد. باید بیان داشت که، راجع به این نوع تقسیم‌بندی در میان فقها و حقوقدانان می‌توان قائل به سه رویکرد شد؛ که رویکرد های مزبور ناشی از برداشت‌های متفاوت از تقسیم بندی مزبور بوده، که آن نیز خود به سبب متفاوت بودن مبنای انتخابی نویسندگان است، که گاهی با تأسی از اندیشه‌های نظام‌های غربی - خاص تا کشور فرانسه - سبب برداشت نامناسب از قانون مدنی شده است. حال آن که با تحلیل دقیق مبانی فقهی موضوع می‌توان تحلیلی منسجم و مناسب از قانون مدنی ارائه داد. در این نوشتار سعی بر آن خواهد بود که، معیار تمیز و روشنی جهت تقسیم عقد به تملیکی و عهده‌ی براساس مبانی حقوقی و فقهی ارائه شود. در تمام طول نوشتار با بیان مصادیق موجود در قانون مدنی و آرایه شده در منابع فقهی به تحلیل موردی و دقیق خواهیم پرداخت. از آن جهت که رویکردهای متفاوتی راجع به این تقسیم بندی - هم در میان فقها و هم در میان حقوقدانان - وجود دارد، این نوشتار در پی آن خواهد بود که رویکرد مناسب را انتخاب و براساس آن به بیان نظر مختار بپردازد. این نوشتار پیش روی با روش تحلیلی - توصیفی و مطالعه کتابخانه‌ای، با فیش برداری از حوزه ادبیات تحقیق صورت گرفته است.

^۱ استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سقز، کردستان، ایران. fallahi.azad@yahoo.com

^۲ دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران. (نویسنده مسئول) ghkhoeinikhu.ac.ir

کلید واژه‌ها

عقد، عقد تملیک، عقد عهدی، عقد اذنی، تعهد، تسلیط، تملیک.

مقدمه

تعهد را می‌توان هسته مرکزی روابط قراردادی انسانها در نظام‌های حقوقی مختلف دانست. در قرآن کریم نیز با وجود جمله «وفوا بالعقود» (مائده/۱) که ممکن است برای حجیت و رسمیت دادن به هر عقد عقلایی کافی باشد، کبرای کلی «ان العهد کان مسئولا» با موضوعیت دادن به رکن اصلی هر عقد عقلایی بیان شده است. برای این کبری، صلاحیت فراگیری نسبت به همه تعهدات - هر چند در قالب عقد نباشد - وجود دارد. بنابراین تاکیده‌های فراوان بر رعایت عهد در قرآن کریم (اسراء/ ۳۴)، شامل معنای عام و فراگیر آن، در قالب عقود و غیر آن خواهد شد.

تعهد، حکایت از حالتی می‌کند که فاعل عهد به خود می‌گیرد و استعمال آن می‌تواند اشاره به نشان دارشدن او برای عهدی باشد که دست مایه اصلی تعهد است. این تحلیل فراتر از این بحث است که آیا تعهد در اصطلاح حقوقی، در همه قراردادها اصل است یا نه. نشانه‌های قابل توجهی در فقه مبنی بر این که مایه اصلی عقد، عهد یا تعهد است، وجود دارد. (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۲۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۹، ص ۳۶۲؛ سیدکاظم طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ ص ۶۸)

عقد کلمه‌ای عربی است به معنی مرتبط بودن، گرده زدن، به معنی عهد و پیمان آمده است. (لنگرودی، ۱۳۸۱، ش ۹۵۲۷) ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد را بدین عبارت تعریف نموده است: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» با دقت در این تعریف می‌توان دو شرط اساسی زیر را برای صدق عقد، استخراج نمود: ۱. توافق دو یا چند اراده با هم؛ ۲. ایجاد تعهد. (دادمزی، ۱۳۷۹، ص ۲۴)

بدون تردید گسترش روابط تجاری و دگرگونی حیات انسان‌ها موجب می‌شود که قراردادها روز به روز تنوع بیشتری بیابند و احاطه به تمامی انواع عقود و احکام آنها به راحتی امکان‌پذیر نباشد. از این رو، برای سهولت دسترسی به ویژگی‌های، امتیازات و آثار هر یک از قراردادها، گریزی از این نیست که عقود را در گونه‌های مختلف دسته‌بندی نماییم، تا هر یک، در گونه خاصی قرار گیرد و بدین وسیله قواعد پراکنده نظم و انتظام یابند.

پیشینه بحث در فقه اسلامی نشان می‌دهد که تقسیمات عقود از دیرباز مورد توجه فقه‌های اسلامی قرار گرفته است. نگاهی به فهرست کتاب‌های مبسوط فقهی این حقیقت را آشکار

می‌سازد. هبات (عطایا)، وقوف، مشارکت (عقد شرکت، مضاربه، مزارعه و مساقات)، امانات (عقود امانی)، دیون (عقود توثیقی یا تضمینی چون عقد رهن، کفالت، حواله و...) از این جمله است. (محقق دادمداد و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۱۲۶)

در عین حال باید معترف بود که، قراردادهایی نیز در عصر حاضر بر اثر تحولات زندگی و ضرورت‌های بازرگانی پدید آمده و چون موضوع آنها در سابق وجود نداشته در کتاب‌های اولیه فقهی نیز مطرح نشده است. البته این بدان معنا نیست که نتوان آنها را از لحاظ فقهی مطالعه کرد.

تقسیم بندی عقود از جنبه‌های گوناگون امکان‌پذیر است:

- عقد را می‌توان از لحاظ ترتب اثر مقصود، به عقد صحیح، غیرنافذ و باطل تقسیم کرد.
- از لحاظ درجه التزام که دو طرف در حفظ پیمان خود دارند، به لازم و جایز تقسیم می‌گردد. که هر یک از این دو قسم تقسیمات فرعی دارد.
- از لحاظ داشتن نام خاص و پیش بینی احکام ویژه عقد از سوی شارع، به عقود با نام و بی‌نام یا معین و نامعین تقسیم می‌شود.
- از لحاظ منشاء یا نتیجه اصلی که مستقیماً از عقد ناشی می‌شود می‌توان به تملیکی و عهده‌ای تقسیم کرد. هرچند برخی از فقها نیز عقد را به لحاظ اثر آن به عقد عهده‌ای و اذنی تقسیم کرده‌اند.
- از لحاظ موضوع عقد به می‌توان به بسیط و مرکب تقسیم نمود.
- ... (برای مطالعه بیشتر ر.ک به: همان، ص ۱۲۸ به بعد)

قانون مدنی فرانسه نیز برخی تقسیمات عقود را ذکر کرده است، که به آن نیز از سوی دکترین حقوقی ایراداتی وارد است، بنابراین اصولاً تقسیم به عمل حقوقدانان نزدیک‌تر است تا عمل قانونگذار. (سنهوری، ۱۹۹۸، ص ۶۵) عقد از حیث ایجاد یا رضائی است (Contrat Consesuel) است یا شکلی (Contrat Solennel) و یا عینی (Contrat Reel) است. از حیث موضوع یا عقد معین (Contrat Nomme) و یا غیر معین (بی‌نام) (Contrat Innomme) است و یا بسیط (Contrat Simple) یا مختلط (Contrat Mixte) است. از حیث اثر نیز یا عقد دو تعهدی (Contrat Synallagmatique, Bilateral) است یا یک تعهدی (Contrat Unilateral) و یا عقد معوض (Contrat a titre onereux) است یا عقد تبرعی است (Contrat a titre gratuit).

همچنین لازم به ذکر است که، بر تعریف قانون مدنی از عقد اشکالاتی وارد شده است. به طور مختصر می‌توان اینگونه بر شمرد:

- شامل عقود تملیکی نمی‌شود و به جای واژه نفر باید از واژه شخص استفاده می‌شد. (شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۹؛ امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۵۹) به بیانی دیگر تنها اثر عقد، تعهد نیست، بلکه گاهی یک عقد، مستقیماً موجب انتقال عین یا منفعت می‌شود، مثل بیع و اجاره. بنابراین تعریف قانون مدنی از عقد عقود تملیکی را که در آنها نفس اثر با انشای عقد حاصل می‌شود و چیزی برای انجام دادن (که متعلق تعهد واقع شود) باقی نمی‌ماند، شامل نمی‌شود.
- قانون مدنی به تعهدی که یک یا چند نفر در مقابل دیگران کرده‌اند و مورد قبول آنهاست عقد گفته است، در حالی که تعهد اثر عقد است نه خود آن، این اشتباه ناشی از اختلاطی است که بین مفهوم عقد و تعهد در ذهن نویسندگان قانون وجود داشته و گاه آنان را به بی‌راهه کشیده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۱۶)
- جدا کردن مفهوم عقد از تراضی الزام آور و اختصاص آن به گروهی که ایجاد تعهد می‌کند نه تنها در حقوق کنونی فایده عملی ندارد، نادرست هم است. (همان)
- تعریف مذکور شامل عقود معوض نمی‌شود. (همان، ص ۲۰) در تعریف فوق الذکر فقط به تعهد یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر سخن به میان آمده است، بی‌آنکه اشاره کند طرف مقابل نیز تعهدی را به نفع اشخاص مزبور بر عهده گرفته است؛ بنابراین تنها شامل عقود مجانی می‌شود و عقود معوض را از تحت آن خارج می‌نماید.
- استعمال مسبب به جای سبب. (دادمرسی، همان منبع، ص ۲۵)
- ...

راجع به نقد و تحلیل ایرادات مطروحه می‌توان به طور خلاصه اینگونه بیان داشت که ایرادات مزبور را تا حدودی می‌توان براساس تعریف عقد در فقه اسلامی پاسخ داد. (برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک به: همان، ص ۲۴ به بعد)

اما راجع به ایراد عدم پوشش عقود تملیکی باید بیان داشت که، "تعهد" که توسط فقها و حقوقدانان برای تعریف عقد به کار گرفته شده، به دو معنا استعمال گردیده است: الف) مصطلح حقوقی، که در این معنا تعهد همان معنای فارسی خود را که التزام به انجام دادن کاری است دارا می‌باشد. از این نگاه باید گفت در عقود تملیکی به حمل اولی، تعهدی وجود ندارد. ب)

مصطلح فقهی، در این کاربرد، تعهد به معنای قرار گذاردن و بنا نهادن است. از این دیدگاه می توان گفت که هم در عقود عهده و هم در عقود تملیکی، تعهد وجود دارد. با این توضیح که در عقد عهده، طرفین تراضی می نمایند که کاری را انجام یا تعهد به عدم انجام می نمایند و در عقد تملیکی طرفین توافق می نمایند که وضعیت حقوقی خاصی به محض انعقاد عقد حاصل آید. (همان)

حال در این نوشتار در پی آن خواهیم بود که به بررسی جامع و کامل تقسیم عقد به تملیکی و عهده از منظر فقهی و حقوقی بپردازیم. در این زمینه با سوالاتی روبه رو خواهیم شد که پاسخ بدان ها سبب روشن شدن موضوع خواهد شد. سوالاتی از قبیل این که: تقسیم عقد به عهده و تملیکی از نظر مبنایی در حقوق ایران و فقه اسلامی بر چه اساسی استوار است؟ مبنای مورد قبول فقها با مبنای انتخابی اساتید حقوقی یکی است؟ کدام یک از مبناهای یاد شده با قانون مدنی هم خوانی بیشتری دارد؟ از منظر تحلیل مبنایی کدام یک از نظریه های ارایه شده دارای قوت بیشتری است؟ سوالات دیگری نیز از به عنوان بحث مقدماتی مطرح خواهد شد، از قبیل: تقسیم مزبور به لحاظ اثر عقد است یا به لحاظ مورد آن؟ در زمینه پاسخ به این سوال رویه و رویکرد واحدی در نظام حقوق داخلی و فقه اسلامی حاکم است؟ و ...

بنابراین در این نوشتار با روش تحلیلی- توصیفی و با مطالعه کتابخانه ای منابع موجود سعی بر آن خواهیم داشت به تحلیل مباحث مطروحه پرداخته، سپس نقاط قوت و ضعف هر نظر را مورد بررسی و نهایتاً به نتیجه گیری و ارایه نظریه مختار خواهیم پرداخت. در این راستا از کتب، مقالات، پایان نامه ها، اندیشه های قضایی و حقوقی بهره خواهیم جست.

طرح بحث

۱-۱. عقد عهده و تملیکی از منظر فقه اسلامی

تقسیم عقد به عهده و تملیکی هر چند از سوی حقوقدانان مطرح شده است، لیکن از نظر مبنایی فقه اسلامی بی اشکال است و حتی می توان رد پای آن را در فقه به دست آورد. فقیهان امامیه با جدا ساختن عقود عهده از عقود تملیکی به بیان تفاوت میان آنها پرداخته اند.

برخی از فقهای امامیه، عقد عهده را در برابر عقد اذنی به کار برده، عقد تملیکی را از اقسام عقد عهده دانسته اند؛ بنابراین در ادامه پس از بیان معنای عقد عهده در این کاربرد، معنای دو واژه عهده و تملیکی را در باب وصیت خواهیم آورد.

۱-۱-۱. عقد عهدی در برابر عقد اذنی

مرحوم نائینی اصطلاح عهدی را در معنای خاصی به کار گرفته است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ص ۱۰۲؛ آملی، ۱۴۱۳، ص ۸۱) و برخی از فقها نیز او تبعیت نموده‌اند. (بجنوردی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۸) وی عقود را ابتدا به دو دسته اذنی و عهدی تقسیم می‌کند. مقصود ایشان از عقد اذنی عهدی است که، پیدایش و بقای آن متوقف بر اذن است، مانند وکالت اذنی و امانت. در مقابل، عقد عهدی عهدی است که، مشتمل بر عهد و التزام باشد. به نظر ایشان تنها عقود عهدی، عقد به معنای دقیق هستند و عقد خواندن عقود اذنی به طور مسامحی و به لحاظ اشمال آنها بر ایجاب و قبول است. (نجفی خوانساری، همان منبع، ص ۱۰۳) به همین دلیل، عقود اذنی تخصصاً از «اوفوا بالعقود» خارج اند، نه تخصیصاً. (آملی، همان منبع، ص ۸۲) در واقع عقود اذنی در حکم ایقاع هستند و از این رو شرط خیار در آنها جریان نمی‌یابد چون خیار به معنای «ملک الالتزام» است و در عقود اذنی التزامی وجود ندارد. (نجفی خوانساری، همان منبع، ص ۱۰۵) همچنین در عقود اذنی بین ایجاب و قبول، موالات لازم نیست. (همان، ص ۲۵۳)

مرحوم نائینی سپس عقد عهدی را به تعلیقی و تنجیزی و هر دوی آنها را به تملیکی و غیر تملیکی تقسیم می‌کند؛ اما تعریفی از عقد تملیکی ارائه نمی‌کند. براساس اصطلاح ایشان، عقد عهدی نه تنها با عقد تملیکی منافاتی ندارد و در مقابل آن نیست، بلکه این دو قابل جمع هستند. برای مثال در این تقسیم، عقد بیع، یک عقد عهدی تملیکی است. (آملی، همان منبع، ص ۸۲)

۱-۱-۲. مفهوم عقد عهدی و تملیکی در باب وصیت

در کتاب های فقهی، وصیت به دو قسم عهدی و تملیکی تقسیم گردیده و تعریف های نسبتاً مختلفی از آن دو ارائه شده است. در ادامه به دو نمونه از این تعریف اشاراتی خواهیم داشت:

۱- وصیت تملیکی عبارت است از: تملیک عین یا منفعت، یا تسلیط بر حق، یا فک ملک و وصیت عهدی عبارت است از: سفارش راجع به غیر موصی یا خود وی. (سیدکاظم طباطبایی یزدی، همان منبع، ص ۶۴۱) بدیهی است زمان انجام این اعمال پس از مرگ موصی است.

۲- وصیت تملیکی آن است که موصی مقداری از ترکه خود را برای شخصی دیگر قرار دهد و وصیت عهدی آن است که دستور دهد تصرفی در بدن {مانند تغسیل و تدفین} یا مالش

انجام شود یا مقداری از مالش را به دیگری داده شود یا مالش فروخته یا وقف شود یا با مقداری از اموالش برای وی در انجام نماز یا روزه نائب گیرند. (خوبی، ۱۴۱۸، ص ۲۰۷) فرق آن دو در این است که در وصیت عهدی موصی به شخص دیگری سفارش می‌کند که یک تصرف مادی، مانند تغسیل و کفن و دفن یا اعتباری، مانند تملیک و وقف و عتق را بعد از مرگ وی انجام دهد؛ در حالی که در وصیت تملیکی، خود موصی یک تصرف اعتباری راجع به بعد از مرگ خود را انجام می‌دهد که با مرگ موصی تحقق می‌یابد. (خوبی، ۱۴۰۸، ص ۳۶۰)

تفاوت وصیت تملیکی با عهدی در این است که مضمون وصیت تملیکی بعد از مرگ موصی، خود به خود و بدون نیاز به سبب واقع می‌شود؛ در حالی که وقوع تصرفات در وصیت عهدی نیازمند انجام دادن آنها توسط وصی یا شخص دیگر است. (حکیم، ۱۴۲۰، ص ۲۹۸) بنابراین باید اینگونه بیان داشت که، طرح تقسیم وصیت به عهدی و تملیکی خود دلیل دیگری بر پذیرش عقود تملیکی از سوی فقیهان امامیه است و لذا بیهوده خواندن تقسیم عقد به تملیکی و عهدی با این استدلال که در فقه امامیه هر عقدی عهدی است و آنچه عهد نباشد در واقع عقد نیست (لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۶) صحیح به نظر نمی‌رسد.

۲-۱. عقد عهدی و تملیکی از منظر قانون مدنی

قانون مدنی ایران در فصل مربوط به اقسام عقود و تعهدات (مواد ۱۸۴-۱۸۹) از تقسیم عقد به عهدی و تملیکی سخن نگفته است؛ اما در ماده ۸۲۵ در باب وصایا به تبعیت از فقه، وصیت را به عهدی و تملیکی تقسیم می‌کند.

همچنین در تعریف بسیاری از عقود معین به اثر آن، یعنی تملیک یا تعهد تصریح یا اشاره می‌کند، مانند بیع (ماده ۳۳۸)، اجاره (ماده ۴۶۶)، هبه (ماده ۷۹۵)، قرض (ماده ۶۴۸) از عقود تملیکی؛ و جعاله (ماده ۵۶۱)، ضمان (ماده ۶۸۴)، کفالت (ماده ۷۳۴) و حواله (ماده ۷۲۴) از عقود عهدی؛ اما ظاهراً قانون مدنی مفهوم عهدی و تملیکی را بدیهی فرض کرده یا تبیین آن را به قضات و حقوقدانان واگذار کرده است؛ به همین دلیل در هیچ یک از موارد مذکور، تعریفی از این دو اصطلاح ارائه نکرده است.

در حقوق ایران به تبعیت از حقوق برخی کشورها خصوصاً فرانسه، عقد از جهات مختلف به اقسام متفاوتی تقسیم شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۸ به بعد؛ شهیدی، ۱۳۸۹، ص ۶۰ به

بعد؛ قائم مقامی، ۱۳۸۷، ص ۶۷ به بعد) یکی از تقسیم‌هایی که حقوقدانان ایران با استفاده از فقه و برخی از مواد قانون مدنی (از جمله ماده ۸۲۵ در باب وصایا) ارائه کرده‌اند، تقسیم عقد به عهده و تملیکی است. چنین تقسیمی در حقوق کشورهای غربی یافت نمی‌شود و عدم وجود آن طبیعی می‌نماید؛ زیرا در حقوق این کشورها اثر اولی همه عقود ایجاد تعهد است؛ از این رو برخی از اساتید که در تنظیم آثار خود، از آثار حقوقی کشورهای دیگر تاثیر بیشتری پذیرفته‌اند، به تقسیم عقد به عهده و تملیکی اشاره‌ای نکرده‌اند. (قائم مقامی، همان، ص ۶۷، سنه‌پوری، ۱۹۹۸، ص ۶۵ به بعد)

در آثار حقوقدانان ایرانی برای عقد عهده و تملیکی چنین تعریف‌هایی آمده است:

- عقد تملیکی، عقدی است که به وسیله آن، انتقال مالکیت حاصل می‌گردد. یعنی مورد معامله از ملکیت یک طرف که ناقل باشد خارج می‌شود و در ملکیت طرف دیگر که منقل الیه است داخل می‌شود. عقد عهده عقدی است که ایجاد حق دینی و تعهد برای یک طرف در مقابل طرف دیگر یا برای هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر نماید.

(امامی، ۱۳۸۵؛ ۱۷۳؛ امامی، ۱۳۸۷، ص ۵۸)

- عقد عهده، عقدی است که صرفاً موجب پیدایش تعهد و تکلیف قانونی بر عهده طرف عقد باشد. در مقابل عقد تملیکی، عقدی است که موجب انتقال مالکیت مالی از یک طرف به طرف دیگر باشد. (شهیدی، همان منبع، ص ۸۳)

- در مواردی که نتیجه قرارداد، ایجاد و انتقال یا سقوط تعهد است، عقد را به این اعتبار عهده می‌نامند. بر عکس قراردادهایی که اثر مستقیم آن انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است، عقد تملیکی نامیده می‌شود. (کاتوزیان، همان منبع، ص ۷۵)

- عقد عهده آن است که تعهدی بر گردن یک طرف قرارداد و حتی دینی برای طرف دیگر به وجود آورد. عقد تملیکی قراردادی است که به موجب آن، مالی از ملکیت شخص خارج و به ملکیت دیگری وارد می‌گردد. (صفایی، ۱۳۸۸، ص ۴۰)

- عقد عهده عقدی است که به موجب آن متعاقدين در مقابل یکدیگر یا یکی از آنها در برابر دیگری انجام فعل یا ترک فعلی یا دادن شیئی را بر عهده می‌گیرد. در عقد عهده آنچه مورد تعهد است، حق دینی است. عقد تملیکی عقدی است که به موجب آن ملکیت مال از یک طرف به طرف دیگری منتقل می‌گردد. (افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۵۷)

- عقد عهده‌ی به قراردادی اطلاق می‌شود که محور اصلی آن ایجاد تعهد برای طرفین یا یکی از آنها است. عقد تملیکی به قراردادی اطلاق می‌شود که محور اصلی آن انتقال مال از شخصی به شخص دیگر است. (شیروی، ۱۳۹۶، ص ۳۶)

۳-۱. بررسی، تطبیق و مقایسه در فقه اسلامی و قانون مدنی

اولین نکته‌ای که باید مورد بررسی قرار گیرد این است که آیا این تقسیم به لحاظ اثر عقد است یا به لحاظ مورد آن. به تعبیر دیگر، آیا این تقسیم به لحاظ اثری حقوقی مانند ایجاد، انتقال یا سقوط است یا به لحاظ آن چیزی است که ایجاد، منتقل، یا ساقط می‌شود و در برخی از تعریف‌های بالا، حق عینی یا دینی معرفی گردیده است.

حقوقدانانی که تعریف دوم، سوم و چهارم را ارائه کرده‌اند، این تقسیم را به اعتبار مورد معامله دانسته‌اند؛ اما ارائه‌کننده تعریف اخیر، این تقسیم را به لحاظ اثر عقد دانسته است.

به نظر می‌رسد که این تقسیم ناظر به اثر عقد است، نه مورد آن؛ چون:

- اولاً در برخی از قراردادها، مورد معامله را نمی‌توان به سادگی در یکی از حقوق عینی یا دینی جای داد؛

- ثانیاً، تقسیم روابط حقوق مالی به حق عینی یا دینی تقسیمی عاریتی است و نمی‌توان احکام و مفاهیم فقهی و حقوقی ما را به راحتی در قالب آن جای داد و توجیه کرد.

در فقه، «حق» در برابر «ملک» به کار می‌رود. (یزدی، همان منبع، ص ۲۵۵؛ نجفی خوانساری، همان منبع، ص ۱۰۵) ملک در لغت به معنی واجدیت، احاطه داشتن بر شئی، سلطه و سلطنت است و گاه نیز به آنچه در سلطه و تصرف انسان است گفته می‌شود. ملکیت مصدر جعلی ملک و مراد از آن رابطه میان مالک و مملوک است؛ همان گونه که مالکیت نیز مصدر جعلی و به معنای مالک بودن و دار بودن حق است. (عبدالسلام هارون، ۱۴۰۴، ۳۷۴) ملک به معنای داشتن است و حق به معنای توانستن. ملک رابطه‌ای مابین مالک و مملوک است که منشاء حقوق متعددی برای مالک، از قبیل حق تصرف، حق واگذاری، حق اعراض و ... می‌گردد. متعلق حق (به معنی توانستن) همواره یک فعل مادی یا حقوقی است و ممکن است امور متعددی باشد، مانند:

- توانایی مالک شدن (مَلِک ان یَمْلِک)، مانند حق شفعه؛
- تصرف، انتقال، اعراض (در مورد حقوق ناشی از مالکیت)؛
- فسخ، ابراء، اقاله و تبدیل (در مورد حقوق راجع به قراردادها و تعهدات)؛

- ازدواج، طلاق و... (در مورد حقوق راجع به شخصیت).

اما متعلق ملک، یک شیء خارجی (عین معین) یا چیزی است که در صورت تحقق در خارج، به صورت تحقق در خارج، به صورت شیء ظاهر می‌شود (کلی در ذمه). علاوه بر آن، در فقه ملکیت عمل انسان هم، در قالب عقودی مانند اجاره پذیرفته شده که خود منشاء حقوقی مانند الزام اجیر به انجام کار یا واگذاری منفعت مورد اجاره است. در اینجا است که فرق عقود تملیکی را به عمل (مانند اجاره) با عقود عهده‌ای به معنای خاص، مانند جعله روشن می‌شود. در مورد اخیر، صرفاً تعهد و التزامی به نفع عامل به وجود آمده و جعل، مالک عمل در ذمه عامل نمی‌باشد. ملکیت عمل نیز مانند ملکیت عین، به دو صورت ممکن است؛ ملکیت عمل معین (در مورد اجیر خاص) و ملکیت عمل غیر معین یا در ذمه (در مورد اجیر عام یا مشترک). اولی به ملکیت عین معین و دومی به ملکیت شیئی کلی در ذمه شباهت دارد. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰، ص ۱۳۱)

نکته دوم مربوط به دامنه شمول این تعریف‌ها است. آنچه از ملاحظه این تعریف‌ها به دست می‌آید این که در تعریف اول و دوم، عقد عهده‌ای به عقدی گفته می‌شود که اثر آن صرفاً ایجاد تعهد باشد؛ در حالی که در تعریف سوم، بر عقدی هم که اثر آن انتقال یا سقوط تعهد باشد، عقد عهده‌ای اطلاق می‌شود. همچنین در تعریف اول و دوم، عقد تملیکی به عقدی اطلاق می‌شود که اثر آن صرفاً انتقال مالکیت باشد؛ در حالی که در تعریف سوم، عقدی که اثر آن، انتقال دیگر حقوق عینی (غیر از مالکیت) باشد نیز در زمره عقود تملیکی است.

ثمره این مطلب از لحاظ نظری کاملاً واضح است؛ تعریف سوم دامنه شمول بزرگ‌تری دارد و بخش اعظم عقود را در خود جای می‌دهد. از این رو براساس تعریف اول و دوم، عقود محدودی مانند: جعله، ضمان، وکالت و اجاره متصدی حمل و نقل از عقود عهده‌ای و عقود دیگری از قبیل: بیع، اجاره، قرض و هبه از عقود تملیکی به شمار آمده‌اند. (برای مطالعه بیشتر ر.ک به: شهیدی، همان منبع، ص ۸۶ به بعد) درحالی که براساس تقسیم سوم علاوه بر عقود مذکور، عقود دیگری مانند بیع کلی، کفالت، مضاربه، تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب، از عقود عهده‌ای و عمری، رقبی، سکنی و صلح در مقام این معاملات و وصیت از عقود تملیکی محسوب شده‌اند. (کاتوزیان، همان منبع، ص ۷۵ به بعد)

از تعریف‌های مذکور روشن می‌شود که مفهوم «تملیکی» در فقه به مفهوم حقوقی این واژه نزدیک است؛ البته مفهوم تملیکی در فقه از دو جهت عام تر از این مفهوم در علم حقوق است، با این توضیح که:

اولاً، واژه تملیک در باب وصیت دامنه بیشتری دارد و ممکن است به معنای متعارف آن یعنی اعطای مالکیت نباشد. بنابراین می‌توان بیان داشت که، فقه در باب وصیت، هر تصرفی را که با اراده موصی و بدون نیاز به اقدام دیگری از ناحیه خود موصی یا دیگران واقع می‌شود، تملیکی نامیده‌اند، خواه متضمن تملیک باشد یا نباشد. در ثانی، در عقود مانند اجاره اجیر خاص، مزارعه و مساقات، فقه از تملیک عمل سخن گفته‌اند؛ در حالی که این عقود از لحاظ حقوقی عهدی‌اند.

اما در مورد اصطلاح «عهدی» باید گفت واژه "عهد" در اصطلاح «وصیت عهدی» در مفهوم لغوی خود، یعنی توصیه و سفارش به انجام کاری استعمال شده است؛ در حالی که واژه "عهدی" در اصطلاح حقوقی، بار معنایی خاصی یافته و از معنای لغوی خود فاصله گرفته است؛ بنابراین اصطلاح عهدی در فقه با مفهوم آن در علم حقوق متفاوت است.

۴-۱. رویکردهای مختلف به تقسیم عقد به عهدی و تملیکی

درباره تقسیم عقود به دو دسته عهدی و تملیکی رویکردهای مختلفی وجود دارد. در ذیل این قسمت ابتدا این رویکردها را بررسی و سپس به نقد و بررسی آنها به طور اختصار خواهیم پرداخت. در زمینه تقسیم عقد به عهدی و تملیکی، سه رویکرد یافت می‌شود:

۴-۱-۱. پذیرش این تقسیم

چنان که در بحث قبل دیدم، غالب مولفان علم حقوق، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی را پذیرفته‌اند. هرچند در مبنای این تقسیم و تعریف این دو عقد اختلاف‌هایی در آراء دکترین مشاهده می‌شود.

۴-۱-۲. ارجاع عقد عهدی به عقد تملیکی

براساس این نظریه، که رویکرد رایج در فقه نیز هست، حتی عقود که حقوقدانان تمایل به عهدی بودن آنها دارند، از قبیل: اجاره اشخاص و بیع کلی فی الذمه، تملیکی به شمار آمده‌اند. در حقوق ایران نیز تا آنجا که ممکن بوده است، آثار عقود بر اموال قرار گرفته است، نه بر

اشخاص. (شهیدی، همان منبع، ص ۳۶) به تعبیر دیگر، فقه امامیه و حقوق ایران به تملیکی جلوه دادن عقود تمایل دارد.

۳-۴-۱. ارجاع عقد تملیکی به عقد عهده

برخی از حقوقدانان ادعا کرده‌اند که در فقه امامیه تقسیم عقد به تملیکی و عهده‌ی معنا ندارد، زیرا همه عقود تعهدات هستند و هر عقدی، عهده‌ی است؛ اما در فقه اهل سنت، تملیک به معنای انتقال عین خارجی، سابقه استعمال قدیمی دارد. آنها می‌توانند عقود را به تملیکی و عهده‌ی تقسیم کنند. تقسیم وصیت به عهده‌ی و تملیکی نیز از فقه اهل سنت به فقه امامیه و قانون مدنی راه یافته است. همچنین در ادامه بیان می‌دارند که، در فقه امامیه تملیک اولاً اختصاص به غیر منقول ندارد؛ ثانیاً اختصاص به عین خارجی ندارد، بلکه شامل عین کلی در ذمه و منافع اعیان هم می‌باشد و ثالثاً به معنای تسلیط است. هر متعهده‌ی که به اختیار خود به نفع دیگری تعهد می‌کند. عمل تسلیط انجام می‌دهد؛ زیرا به متعهده‌ی حق مطالبه می‌دهد و معنای تسلیط همین است. (لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۶)

این نویسنده در انتقاد از رویه جاری در حقوق ایران بیان می‌دارد: «در زبان فارسی اخیراً عقودی را که راجع به انتقال عین خارجی است و انتقال مالکیت در همان حین عقد به وجود می‌آید، عقود تملیکی نامیده‌اند و با این اصطلاح خواسته‌اند این قسم را از قلمرو تعهدات بیرون کنند که درست نیست.» (همان، ص ۵) همچنین در ادامه در رد استدلال برخی نویسندگان دیگر بیان می‌دارند: «مؤلف معاصر ما تملیک و تملک را در قانون مدنی ایران به معنای انتقال عین خارجی گرفته و آن‌گاه ایراد کرده است که موضوع اساسی تعهدات، تعهد فعل و تعهد ترک است، نه انتقال عین خارجی. و اگر معنای تملیک را (که تسلیط است) می‌دانست به زحمت ایراد به استنباط خود دچار نمی‌شد.» (همان، ص ۳۷)

در مقام نقد و بررسی مطالب فوق می‌توان اینگونه بیان داشت که؛ ابتدا، در مورد عبارت «اللعقود العهود» (یا به تعبیر ایشان: همه عقود تعهدات هستند) باید گفت، هرچند در متون روایی (حرعاملی، ۱۴۰۴، ص ۳۲۷) و فقهی (نراقی، همان منبع، ص ۵ به بعد) عقد به عهد تفسیر شده است و درست است که در هر عقدی، یک یا چند تعهد به وجود دارد، اما چنین نیست که اثر اصلی و اولی همه عقود تعهد باشد. در واقع همان طور که برخی از فقها گفته‌اند در عقدی مانند بیع سه امر وجود دارد: عهد، عقد و بیع یا تملیک. با این توضیح که ابتدا فروشنده، مبیع را در مقابل ثمن، ملک خریدار قرار می‌دهد. این جعل و قرار، از حیث جعل و

قرار بودن "عهد" است و از حیث ارتباط آن با جعل و قرار دیگر، "عقد" است و از حیث ایجاد ملکیت "بیع و تملیک" است. (شیخ محمد اصفهانی، ۱۴۱۸ ص ۱۵۹؛ همچنین: حکیم، بی تا، ص ۳)

همچنین در تایید این نکته این که، اثر اولی عقودی مانند بیع، تملیک است، توجیهی که فقها در باب خيارات ذکر می‌کنند قابل توجه است. فقها در باب خيارات با این اشکال مهم مواجهه شده اند که فسخ در این گونه عقود چگونه قابل تحقق است. چون فرض بر این است که اثر اصلی عقد، تملیک بوده و تملیک به محض انعقاد بیع ایجاد گردیده و از بین رفته است؛ بنابر این اکنون که مدتی از انعقاد بیع گذشته و اثر اولی آن از بین رفته، فسخ آن چه معنایی دارد؟ در این مورد فقها متذکر شده اند که هر عقدی دو مدلول دارد: مطابقی و التزامی.

مدلول مطابقی آن در بیع، تبدیل یک مال به مال دیگر (یعنی تملیک) است؛ اما مدلول التزامی آن عبارت است از تعهد و پایبندی به آنچه انشاء شده است. (نجفی خوانساری، همان منبع، ص ۵) فسخ عقودی مانند بیع به اعتبار همین تعهدی است که به طور ضمنی در آن وجود دارد. یعنی فقها از مبنای خود در مورد این که اثر عقودی مانند بیع تملیک است دست نکشیده‌اند، بلکه با حفظ آن معنا، به توجیه چگونگی وجود تعهد در بیع و نظایر آن پرداخته و گفته اند که در این گونه عقود، تعهد به طور ضمنی وجود دارد و امکان فسخ به اعتبار همین تعهد ضمنی است.

همچنین، تفسیر "تملیک" به "تسلیط" از سوی برخی از فقها و در مورد برخی عقود (مانند اجاره) صورت گرفته است. (سید محمد کاظم یزدی، همان منبع، ص ۷) این عده از فقها برای رهایی از ایراد تملیک معدوم در عقد اجاره (اینکه پیش از انعقاد اجاره، منفعتی وجود ندارد تا به مستاجر تملیک شود) بیان داشته اند، اجاره عبارت است از، تسلیط مستاجر بر عین مستاجر برای انتفاع از آن؛ بنابراین اولاً این تفسیر، بر فرض صحت، فقط در مورد عقودی از قبیل اجاره کاربرد دارد. ثانیاً، این تفسیر مورد قبول همه فقها قرار نگرفته است. ثالثاً، تسلیط معنایی بسیار عام تر از تملیک دارد و حتی در برخی موارد در مقابل آن به کار می رود. برای نمونه، برخی از فقها وصیت عهدی را (در مقابل وصیت تملیکی) به تسلیط معنا کرده اند. (طباطبایی، ۱۴۲۲، ص ۲۶؛ سبزواری، ۱۴۲۵، ص ۳۸) همچنین تسلیط ممکن است از باب ملکیت نباشد، بلکه عنوانی دیگر، مانند عاریه، ودیعه و وکالت داشته باشد. (شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۲، ص ۵۸۹) رابعاً مقصود از تسلیط مادی است یا قابل تحقق نیست؛ مانند اجاره اشخاص یا اجاره حیوانی که خود موجد هدایت و کارکردن با آن را بر عهده دارد. (حکیم،

۱۴۰۴، ص ۴؛ سید کاظم یزدی، همان منبع، ص ۸) بنابراین مقصود از آن، باید تسلیط اعتباری باشد و تسلیط اعتباری به سه صورت ممکن است:

- تسلیط از تمام جهات (مطلق)؛
- تسلیط از جهت منافع و انتفاع؛
- تسلیط به معنای جواز تکلیفی یا وضعی؛

تسلیط مطلق به معنای تملیک عین است و چنین عقدی اجاره نخواهد بود. تسلیط از جهت منفعت نیز در نهایت به تملیک منفعت باز می‌گردد و تعریف اجاره به تسلیط، با تعریف مشهور یکی می‌شود، و تسلیط به معنای جواز تکلیفی یا وضعی، حکم قانونی است، نه مجعول متعاقدين و در اجاره چنین تسلیطی صورت نمی‌گیرد. (شاهرودی، ۱۴۲۳، ص ۲۰)

نتیجه‌گیری

بنابراین می‌توان اینگون جمع‌بندی نمود که می‌توان عقد را از لحاظ موضوع یا اثر مستقیمی که از آن ناشی می‌شود به عقد عهدی و تملیکی تقسیم کرد. در صورتی که موضوع عقد، انتقال مالکیت شیئی از یک شخص به شخص دیگر باشد، عقد تملیکی خواهد بود. و در مقابل اگر موضوع عقد و مفاد آن ایجاد یا انتقال تعهد باشد، عقد عهدی خواهد بود. همچنین تقسیم عقد به عهدی و تملیکی هر چند از سوی حقوقدانان مطرح شده است، لیکن از نظر مبانی فقهی اسلامی بی‌اشکال است و حتی رد پای آن را می‌توان در منابع فقهی به وضوح یافت. با مراجعه به تعریف فقیهان از عقود مختلف، هیچ تردیدی در درستی تقسیم مورد بحث باقی نمی‌ماند. چه آنان که از یک طرف عقد بیع را تملیک عین به عوض معلوم دانسته و از طرف دیگر عقود چون حواله و کفالت را به تعهد به مال یا به نفس تفسیر کرده‌اند و بدیهی است اخذ تملیک یا تعهد در متن تعریف، فقط با تمایز میان عقد تملیکی و عقد عهدی توجیه پذیر است. به علاوه تقسیم وصیت به عهدی و تملیکی نیز خود دلیل دیگری بر پذیرش عقود تملیکی از سوی فقیهان اسلامی است.

آن که برخی از اساتید این تقسیم را ناصحیح خوانده‌اند، ناشی از آن است که اصطلاح "عهدی" در این تقسیم‌بندی را با اصطلاح "عهدی" در تقسیم عقد به اذنی و عهدی به یک معنا گرفته‌اند. غافل از اینکه عقد عهدی در آن تقسیم به معنای مفید تعهد است، هر چند که این تعهد از لوازم عقد به شمار آید. این سخن که «هر عقدی عهدی است و آنچه عهدی نباشد

صرفاً یک اذن است» به همین معنا است. از این رو فقیهانی که تقسیم عقد به عهدی و اذنی را مطرح ساخته‌اند نیز به هیچ وجه تملیکی بودن عقودی چون بیع را انکار نکرده‌اند. وانگهی چنان که شرح آن گذشت، تقسیم عقد به عهدی و اذنی و تسامحی دانستن اطلاق عقد بر عقود اذنی مورد اتفاق فقیهان نیست.

همچنین، راجع به رویکرد های موجود نسبت به این تقسیم‌بندی در بین دکترین حقوقی باید اذعان داشت که، هر دو رویکرد دوم و سوم راه مبالغه را در پیش گرفته‌اند؛ زیرا نمی‌توان تمام عقود را تملیکی یا عهدی دانست. بلکه برخی تملیکی و برخی عهدی اند.

به‌علاوه، تقسیم عقود به عهدی و تملیکی تقسیم جامعی نیست. زیرا هرچند بسیاری از عقود مهم در این تقسیم قرار می‌گیرند، برخی دیگر بیرون می‌مانند. جامع دانستن تقسیم عقد به عهدی و تملیکی مستلزم این دو پیش فرض است که اولاً آنچه امکان دارد قرارداد قرار گیرد، صرفاً حق مالی است و همچنین حق مالی، یا عینی است یا دینی؛ در حالی که هیچ یک از این دو پیش فرض صحیح نیست. چرا که اولاً، اموری غیر از حقوق غیرمالی نیز این امکان را دارند که مورد قرارداد واقع شوند (مصادق بارز آن عقد نکاح است)؛ ثانیاً امروزه در کنار دو قسم سنتی حقوق مالی، از حقوق معنوی نام برده می‌شود و اگر تقسیم عقد به عهدی و تملیکی را به اعتبار مورد آن بدانیم، عقود وارد بر حقوق معنوی در هیچ یک از این دو دسته نمی‌گنجد. زیرا بنا بر فرض، حقوق معنوی، قسم سومی در کنار دو قسم حقوق مالی به شمار می‌آیند.

از این رو برای تقسیم جامع بهتر است، عقود را ابتدا به تملیکی و غیر تملیکی و سپس عقود غیر تملیکی را به عهدی و غیر عهدی تقسیم کنیم، و عقود را که اثر اصلی آن تملیک یا ایجاد تعهد نیست، در دسته عقود غیر تملیکی غیر عهدی جای دهیم.

فهرست منابع و مآخذ

فارسی

- ۱) افتخاری، جواد، **حقوق مدنی ۳، کلیات عقود و تعهدات**، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- ۲) امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد اول، چاپ بیستم، نشر کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۵.
- ۳) امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد چهارم، چاپ بیست و دوم، نشر کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۷.
- ۴) امیری قائم مقامی، عبدالمجید، **حقوق تعهدات**، جلد دوم، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۷.

- ۵) دادمرزی، سید مهدی، «مفهوم عقد در قانون مدنی»، پژوهش های فلسفی-کلامی، شماره چهارم، ۱۳۷۹.
- ۶) جعفری لنگرودی، محمدجعفری، حقوق تعهدات، چ هفتم، نشر گنج دانش، ۱۳۸۷.
- ۷) جعفری لنگرودی، محمدجعفری، مبسوط در ترمینولوژی، دوره پنج جلدی، نشر گنج دانش، ۱۳۸۵.
- ۸) جعفری لنگرودی، محمدجعفری، حقوق مدنی: وصیت، چ چهارم، نشر گنج دانش، ۱۳۸۲.
- ۹) شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ ششم، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- ۱۰) شیروی، عبدالحسین، حقوق قراردادها، چاپ دوم، نشر سمت، ۱۳۹۶.
- ۱۱) صفایی، سید حسین، قواعدعمومی قراردادها، چاپ هفدهم، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- ۱۲) کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ نهم، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
- ۱۳) کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، چاپ سیزدهم، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- ۱۴) محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.

عربی

- ۱) اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه بر المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، نشر علمیه، ۱۴۱۸.
- ۲) آملی، محمقی، کتاب المکاسب و البیع، تقرير درس نائینی، جلد اول و دوم، موسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳.
- ۳) بجنورید، سیدمحمدحسن، القواعد الفقیه، ج سوم و پنجم، چاپ سوم، نشر الهادی، ۱۳۸۲.
- ۴) حر عاملی، محمدبن الحسن، وسائل الشیعه، جلد بیس و سوم، نشر دار احیاء تراث، ۱۴۰۴.
- ۵) حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد نهم و یازدهم، نشر کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۴.
- ۶) حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، نشر ۲۲ بهمن، بی تا.

- ۷) حکیم، سید محمد سعید، **منهاج الصالحین**، جلد دوم، چاپ اول، دار الصفوه، ۱۴۲۰.
- ۸) خویی، سید ابوالقاسم، **کتاب النکاح**، جلد دوم، نشر مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۸.
- ۹) خویی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، جلد دوم، چاپ سی و پنجم، مدینه العلم ۱۴۱۸.
- ۱۰) سبزواری، ملا محمد باقر (محقق سبزواری)، **کفایه الاحکام**، جلد دوم، چاپ پنجم، نشر دارالفکر، ۱۴۲۵.
- ۱۱) سنهوری، عبدالرزاق، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی**، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت، چاپ دوم از دوره جدید، سال ۱۹۹۸.
- ۱۲) طباطبایی، سید علی، **ریاض المسائل**، جلد نهم، چاپ سوم، نشر جامعه مدرسین، ۱۴۲۲.
- ۱۳) کاشف الغطاء، **تحریر المجله**، جلد اول، نشر مکتبه مرتضویه، ۱۳۵۹.
- ۱۴) نجفی خوانساری، شیخ موسی، **منیه الطالب**، **تقریر درس نائینی**، جلد اول و سوم، چاپ اول، موسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸.
- ۱۵) نراقی، مولا احمد، **عوائد الايام**، ج اول، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.
- ۱۶) هاشمی شاهرودی، سید محمود، **کتاب الاجاره**، جلد اول و دوم، نشر موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳.
- ۱۷) یزدی، سید کاظم طباطبایی، **العروه الوثقی**، جلد چهارم و پنجم، چ اول، نشر جامعه مدرسین، ۱۴۲۰.
- ۱۸) سید کاظم طباطبایی، **حاشیه بر مکاسب**، جلد اول و دوم، نشر موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.