

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۹،  
تابستان ۱۳۹۱، ص ۲۰۰-۱۸۱

## اثر تعهد به تملیک در فقه امامیه و حقوق ایران\*

دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی

استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم

Email: esmail\_nematollahi@yahoo.com

### چکیده

در موارد معمولی، مورد معامله در عقودی مانند بیع و اجاره، شیء دارای ارزش مالی مانند عین یا منفعت یا عمل مادی است. اما این که تعهد به انجام عمل نیز دارای ارزش مالی است و می‌تواند موضوع معامله قرار گیرد، مورد گفتگو است. علاوه بر این، در مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال معین یا کلی است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تعهد موجب ملکیت یا طلب متعهدله نسبت به آن مال معین یا کلی است؟

این مقاله درصدد اثبات این نکته است که عمل حقوقی دارای ارزش مالی است و می‌توان آن را موضوع معامله قرار داد اما چنین اقدامی به طور متداول تنها در قالب صلح یا عقدی مستقل و بی‌نام و نیز در قالب شرط ضمن عقد تحقق می‌یابد. البته عمل حقوقی، فاقد ارزش مالی مستقیم است. به همین جهت، در مواردی که موضوع معامله، تعهد به تملیک مال معین یا کلی است، اثر چنین معامله‌ای صرفاً پیدایش تکلیف به انجام تعهد با آثار خاص آن است. پیدایش این تکلیف ملازمه‌ای با پیدایش ملکیت متعهدله نسبت به آن مال معین یا کلی یا دینی به ارزش عمل مورد تعهد ندارد.

**کلید واژه‌ها:** تعهد، تملیک، عمل حقوقی، حق دینی، ملکیت، صلح، شرط فعل، فقه امامیه

\* . تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۳/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۰/۷/۲۳.

## مقدمه

۱- واژه تعهد در علم حقوق به دو صورت مصدری و اسم مصدری به کار می‌رود. تعهد به معنای مصدری عبارت است از: «به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد» (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۴۲). به تعبیر دیگر، مقصود از تعهد در این معنا هر عمل حقوقی است که اثر اولی آن پیدایش تکلیف به انجام دادن یا ترک کاری بر یک شخص (متعهد) در برابر شخصی دیگر (متعهدله) است. بنابراین، آن دسته از اعمال حقوقی که اثر اولی آن‌ها ملکیت عین یا دین یا عمل است از تعریف خارج می‌شود.

در تعریف تعهد به معنای اسم مصدری نیز چنین گفته‌اند: «وظیفه حقوقی که قانوناً بر عهده شخص متعهد، ثابت می‌شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضائی، ملزم به انجام آن خواهد شد. تعهد در این معنا به وظیفه حقوقی که به اراده شخصی بر عهده او قرار می‌گیرد و نیز به وظیفه‌ای که بدون اراده شخصی و به حکم قانون ثابت می‌شود به کار می‌رود» (همان). بنابراین، در تعهد به معنای اسم مصدری دو امر تکلیفی وجود دارد: وظیفه‌ای که متعهد باید انجام دهد و حقی که متعهدله می‌تواند مطالبه کند، و این دو با یکدیگر ملازمه دارند. در نتیجه، تکلیف صرف بدون وجود حق به نفع متعهدله از لحاظ حقوقی نباید تعهد نامیده شود.

واژه تعهد در فقه نیز به دو صورت مصدری و اسم مصدری استعمال می‌شود. در صورت اول به معنای عهده‌دار شدن و پذیرش دین یا تکلیف به اراده خود شخص است. استعمال واژه تعهد به این معنا در فقه بسیار شایع است و نمونه بارز آن کاربرد آن در تعریف عقود مانند ضمان و کفالت است (شهید ثانی، ۱۳/۴: ۱۱۳/۴)؛ (و هو [الضمان] التعهد بالمال) أي الالتزام به؛ علامه حلی، تحریر الأحكام، ۵۶۶/۲: الكفالة هي التعهد بالنفس غالباً، و معناها التزام إحضاره). در صورت دوم به معنای خود دین یا تکلیف است. استعمال تعهد به این معنا در فقه متداول نیست.

مقصود از تعهد مورد بحث در این مقاله، تعهد به معنای مصدری در اصطلاح علم حقوق است؛ یعنی عمل اعتباری و حقوقی که اثر اولی آن تکلیف به انجام یا ترک کاری است. بنابراین، آن دسته از اعمال حقوقی که اثر اولی شان انجام کار نیست بلکه انتقال عین (مانند بیع)، دین (مانند ضمان و حواله)، یا منفعت اموال یا اشخاص (اجاره) است، از محل بحث خارج‌اند.

۲- از لحاظ فقهی، عمل مادی دارای ارزش مالی است و لذا به نظر بسیاری از فقها می‌تواند به عنوان ثمن در عقد بیع واقع شود (آخوند خراسانی، ۳؛ نائینی، ۱۰۳/۱؛ اصفهانی، ۱۶/۱-۱۷؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۳۶/۱-۳۸). اما در این که عمل حقوقی تملیک هم دارای ارزش مالی است، اختلاف نظر است:

(۱) به نظر برخی از فقها، اگرچه بیع مال به عمل صحیح است اما عمل در صورتی می‌تواند در مقابل قرار گیرد که فی نفسه و به طور مستقل مطلوبیت داشته باشد. عمل انشایی مانند تملیک به معنای مصدری، مال نیست و فی نفسه مطلوبیت ندارد بلکه وسیله رسیدن به مال است و لذا نمی‌تواند در مقابل مال قرار گیرد. به نظر ایشان، معامله مال به عمل در صورتی صحیح است که عمل، مادی باشد، به نحوی که وقوع اجاره بر آن صحیح باشد مانند آن که خیاطی لباس یا اجرای صیغه عقد یا فروش مالی از اموال فروشنده بر خریدار شرط شود. اما عملی که نمی‌تواند مورد اجاره واقع شود، نمی‌تواند عوض در معامله قرار گیرد، مثلاً اجاره شخص برای فروش مال خودش به ماجر باطل است. تفاوت بین تملیک و دیگر اعمال در صورتی که شرط ضمن عقد واقع شوند معلوم می‌شود: اگر مورد شرط، تملیک باشد و مشروط‌علیه از انجام آن امتناع کند، حاکم به ولایت از وی تملیک را انشاء می‌کند؛ چون تملیک، جنبه طریقی دارد و در آن مباشرت شرط نیست. اما در مورد دیگر اعمال، به صرف تخلف مشروط‌علیه، شرط متعذر می‌شود و برای مشروط‌له حق فسخ ثابت می‌شود (نائینی، ۱۷۱/۱؛ همچنین، رک: اصفهانی، ۱۶۲/۱).

(۲) به نظر امام خمینی (ره)، عمل تملیک، مال است و لذا معامله تملیک به تملیک، بیع است (امام خمینی، کتاب البیع، تقریر قدیری، ۱۳۹: لکن الظاهر أن هذا العقد بیع عند العقلاء؛ فإن التملیک مال). برخی دیگر از فقها نیز گفته‌اند که تنها معیار برای صحت قرار دادن چیزی به عنوان عوض این است که آن چیز متعلق غرض عقلا واقع شود خواه فی نفسه مالیت داشته باشد یا راهی برای رسیدن به مال باشد. عمل تملیک نیز دست کم به این دلیل که راه رسیدن به مال است، متعلق غرض عقلا است؛ و لذا همانند سایر اعمال می‌تواند عوض واقع شود (روحانی، ۱۳۲/۳).

همان‌طور که برخی از فقهای معاصر متذکر شده‌اند، به نظر می‌رسد که تملیک اعمال اعتباری و حقوقی، مغایر با عرف است؛ زیرا بر خلاف اعمال مادی که فی نفسه و به طور مستقل مقصود عقلا واقع می‌شوند، تملیک یا اباحه اموال، [هدف نهایی متعاملین نیست] بلکه

مقصود آلی و ابزاری [آنان]، و راهی برای رسیدن به مال است؛ لذا هرچند می‌تواند شرط ضمن عقد واقع شود، نمی‌تواند در مقابل مال یا عوض و معوض قرار گیرد و تنها می‌تواند شرط ضمن عقد واقع شود (هاشمی شاهرودی، ۲/ ۲۹۸).

به تعبیر دیگر، عمل انشائی تملیک نمی‌تواند مورد معاملاتی مانند بیع قرار گیرد اما تعهد به انجام آن در قالب شرط ضمن عقد و نیز عقد صلح قابل پذیرش است. توضیح بیشتر این که با استفاده از سخن برخی از فقها در مورد معاطات (یزدی، حاشیه مکاسب، ۱/ ۷۷)، صورت‌های متعددی را می‌توان برای وقوع عمل انشایی تملیک به عنوان مورد معامله تصور کرد، که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

(۱) تملیک مال در مقابل عمل، به این صورت که معامله بین مالی از طرف موجب و تملیک از طرف قابل باشد. در این صورت، پس از قبول، معامله کامل می‌شود و بر قابل لازم می‌شود که عمل تملیک را واقع سازد (آخوند خراسانی، ۱۸).

(۲) مبادله دو تملیک، به این صورت که عمل تملیک هر طرف در مقابل عمل تملیک طرف دیگر قرار گیرد. در این صورت با این نوع معامله، تملیکی توسط هیچ یک از طرفین صورت نمی‌گیرد؛ بلکه همانند هر معامله دیگری که بر عمل واقع شود، هر یک بر دیگری حق پیدا می‌کند که طرف مقابل تملیک را واقع سازد (آخوند خراسانی، ۱۸).

این دو صورت از محل بحث ما خارج‌اند چون در آن‌ها خود تملیک موضوع معامله است نه تعهد به آن.

(۳) تعهد به تملیک در برابر تعهد به تملیک. این صورت بر فرض قابل تصور بودن، در قالب قراردادی مستقل و ابتدایی ممکن نیست چون در این صورت، تعهد به تملیک از ناحیه موجب، نوعی تعلیق در انشاء و باطل است یا وعده صرف است و الزامی ایجاد نمی‌کند.

(۴) تملیک به شرط تملیک، به این صورت که از طرف موجب تملیک واقع شود اما طرف دیگر (قابل) متعهد به تملیک شود. در این صورت تملیک قابل به ملکیت موجب در نمی‌آید چون موضوع معامله در ناحیه قابل، تعهد به تملیک است نه خود تملیک. چنان‌که گفتیم، تحقق این صورت در قالب شرط ضمن عقد و عقد صلح امکان‌پذیر است، و موضوع بحث ما در گفتار دوم است.

در ادامه، ابتدا به تمهید قاعده کلی در این زمینه می‌پردازیم و سپس دو مصداق مهم بحث، یعنی صلح و شرط ضمن عقد را بررسی می‌کنیم، و آن‌گاه به موضعی که قوانین موضوعه در

این باره اتخاذ کرده‌اند، اشاره می‌کنیم.

### گفتار اول: قاعده کلی در باب تعهد به تملیک

در تعهدات راجع به عمل حقوقی، علاوه بر موضوع تعهد که یک عمل اعتباری و حقوقی مانند بیع و امثال آن است، عنصر دیگری نیز وجود دارد و آن موضوع موضوع تعهد است که به تعبیری (ماده ۲۱۴ قانون مدنی) «مورد معامله» نامیده می‌شود. در بحث ما، موضوع عمل حقوقی، تملیک است، و موضوع موضوع آن، عین معین یا کلی در ذمه می‌باشد. با توجه به این نکات، تعهد راجع به عمل حقوقی را می‌توان به دو قسم تقسیم کرد: تعهد به تملیک عین معین و تعهد به تملیک کلی در ذمه. این دو را به طور جداگانه بررسی می‌کنیم.

#### ۱-۱- تعهد به تملیک عین معین

در مواردی که موضوع تعهد، تملیک عین معین است، پیش از انشاء تملیک توسط متعهد، بین متعهدله و موضوع موضوع تعهد بی‌تردید حق عینی اصلی مانند مالکیت وجود ندارد. حقی که در اثر این تعهد برای متعهد پیدا می‌شود، الزام متعهد به اجرای تعهد یعنی انشاء تملیک است. اما وجود حق عینی تبعی برای متعهدله نسبت به موضوع موضوع تعهد، قابل بحث است.

الف) ممکن است گفته شود که در مواردی که مفاد اصلی تعهد، تملیک است، برای متعهدله نوعی حق عینی نسبت به موضوع تعهد ایجاد می‌شود. همان‌طور که در شرط فعل، حق مشروطه نه تنها به خود فعل مورد شرط تعلق می‌گیرد بلکه عین مورد شرط نیز متعلق حق مشروطه قرار دارد. مثلاً شرط فروختن عین موجب تعلق حق مشروطه به آن عین می‌شود (رک: اصفهانی، ۲۰۲/۵؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۳۴۷/۵-۳۴۸). البته در هر دو کتاب این مطلب به صورت یک دلیل فرضی مطرح شده و نظر خود ایشان نیست). از جمله آثار این حق، بطلان یا عدم نفوذ معامله معارض است.

برخی از حقوقدانان (شهیدی، مجموعه مقالات، ۳۰-۳۱) نیز در مواردی که موضوع تعهد، تملیک عین معین یا کلی در معین باشد، پیدایش حق عینی برای متعهدله را دارای پشتوانه استدلالی و تحلیلی قوی دانسته‌اند. یکی از ادله‌ای که در این جهت اقامه گردیده، اصل لزوم است: براساس این اصل، اجرای عقود که طبق قانون واقع شده باشد لازم است، و معنای لازم الاجرا بودن عقد، ثبوت تکلیف قانونی نسبت به اجرای عقد بر ذمه متعهد است. چون

موضوع تکلیف مذکور، مال معین است، پس آنچه به طور متقابل به سود متعهدانه ثابت می‌شود، یک حق دینی خالص نیست بلکه نوعی حق عینی است که به مال مورد تعهد ارتباط دارد. البته حق مذکور، حق مالکیت هم نیست بلکه حقی است که طبق آن متعهدانه می‌تواند طرف دیگر را به رعایت تعهد ملزم کند و نیز هرگونه معامله‌ای که با انجام آن تعهد ناسازگار باشد، غیرنافذ است و متعهدانه می‌تواند آن را رد کند و اجرای تعهد را از متعهد درخواست کند (شهیدی، همان، ۳۲-۳۴).

در مورد این نظر می‌توان گفت: اولاً چنانکه در نظریه بعد خواهیم دید، پیدایش حق عینی برای متعهدانه در همه موارد قابل پذیرش نیست، ثانیاً نتیجه این نظریه، بر فرض پذیرش آن، پیدایش نوعی حق عینی تبعی است، اما حق مذکور ارزش مالی مستقیم ندارد.

ب) ممکن است گفته شود که در مواردی که موضوع تعهد، تملیک عین معین است، برای متعهدانه حق عینی نسبت به آن مال پیدا نمی‌شود؛ همان‌طور که به نظر برخی از فقها، در مواردی مانند شرط و خیار، برای مشروطه و دارنده خیار، حق عینی بر مورد شرط و خیار وجود ندارد بلکه متعلق حق، خود شرط یا خیار است (یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۲/۲). به طور مثال، در شرط فروختن خانه، حق مشروطه به عمل فروختن تعلق دارد نه به آن خانه (رک: اصفهانی، ۲۰۲/۵). بین تعلق حق مشروطه به فعل مورد شرط و تعلق آن به عین مورد شرط، اختلاف رتبه وجود دارد و لذا معقول نیست که حق مشروطه از فعل مورد شرط، به عین مورد شرط سرایت کند (امام خمینی، کتاب البیع، ۳۴۸). بنابراین، در اثر تعهد، بین متعهدانه و مورد تعهد حق عینی اصلی ایجاد نمی‌شود بلکه تنها یک حق دینی برای متعهدانه به وجود می‌آید. از این رو، پس از پیدایش تعهد نیز مالکیت متعهد نسبت به مورد تعهد همچنان باقی است. به همین جهت، معامله معارض با شرط از نظر این گروه صحیح است (کاتوزیان، عقود معین، ۷۰/۱-۷۱).

به طور خلاصه: دلیل وجوب وفاء به تعهد (مانند «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ»: اسراء: ۳۴)، ابتدا به خود تعهد تعلق گرفته است نه به موضوع موضوع تعهد. در مقابل، حق متعهدانه نیز تنها به عمل مورد تعهد تعلق گرفته نه به عین موضوع تعهد. متعلق اصلی و اولی تعهد، یک عمل حقوقی مانند بیع و امثال آن است که تعهد به آن اضافه می‌شود، و وقتی تعهد به عین تعلق نگیرد نمی‌توان از آن، حقی را نسبت به عین انتزاع کرد. به تعبیر دیگر، حق متعهدانه به فعلی مانند بیع تعلق گرفته و آن فعل به عین اضافه شده است. بنابراین، بین حق متعهدانه و عین، یک فعل

حقوقی یعنی انشاء متعهد فاصله انداخته است.

البته این نظریه را باید این گونه تعدیل کرد که در تعلق حق متعهدله به مورد تعهد باید بین مواردی که مقصود طرفین عین مال است و مواردی که مقصود آن‌ها ارزش مال است تفکیک کرد. در مورد دوم چنین حقی وجود ندارد اما در مورد اول، برای متعهدله نوعی حق عینی بر عین مال پیدا می‌شود. برخی از فقها نیز در موردی مشابه، چنین تفکیکی را انجام داده‌اند. توضیح این که برخی از فقها با این که تصرف در عین مورد خیار را جائز و نافذ دانسته‌اند (رک: امام خمینی، کتاب البیع، ۴۳۱/۵)، تصرف بایع در مبیع شرطی را از این حکم استثنا کرده‌اند. استدلال آنان این است که به طور معمول، مقصود از شرط خیار در چنین موردی این است که دارنده خیار بتواند با اعمال خیار به خود عین رجوع کند. بنابراین، بایع حق تصرف منافعی با خیار را ندارد (رک: امام خمینی، کتاب البیع، ۴۴۱/۵).

با این حال، این حق بر فرض وجود، نوعی حق وثیقه و به تعبیر حقوقی نوعی حق عینی تبعی است و ارزش مالی مستقیم ندارد.

#### ۱-۲- تعهد به تملیک کلی در ذمه

ابتدا باید متذکر شد که اثر عقودی مانند بیع کلی (بیع سلف) یا اجاره کلی، ایجاد دین به معنای فقهی است نه تعهد به ایجاد دین، و لذا از موضوع بحث ما خارج‌اند. دین از لحاظ فقهی، نوعی مال محسوب می‌شود و دائن، مالک آن در ذمه مدیون است. بنابراین، مورد بحث جایی است که موضوع تعهد، انشاء تملیک کلی در ذمه باشد مانند آن که شخص در قالب قرارداد متعهد شود که فروش ده تن برنج سال آینده را به مشروطه انشاء کند. در این نوع تعهد، آنچه پس از تحقق تعهد بر متعهد تحمیل می‌شود، تکلیف به انشای تملیک است. بنابراین، تا قبل از انشای تملیک، دین به مفهوم فقهی در ذمه متعهد ثابت نمی‌شود، و اثر تعهد صرفاً وجوب انجام عمل است. خود تکلیف فاقد ارزش مالی است. بنابراین، در اینجا نیز اثر تعهد تنها یک امر تکلیفی است و پیدایش دین وضعی منتفی است؛ بین تکلیف به تملیک و تحقق دین، انشاء تملیک توسط متعهد فاصله انداخته است.

### نتیجه گفتار اول

۱- موضوع تعهد همواره تکلیف به انجام یا ترک کار است؛ در حالی که ملک و دین به مفهوم فقهی از جمله امور وضعی‌اند. تا زمانی که موضوع تعهد در خارج تعیین نیافته، تعهد

برای متعهدانه نه ملک است و نه مال، بلکه حق است؛ و مقصود از حق در اینجا رابطه‌ای بین دارنده حق (متعهدانه) و متعهد است نه بین دارنده حق و موضوع تعهد. به تعبیر دیگر، حق مذکور به تعبیر حقوقی، حق دینی است نه عینی. اثر این حق (چنانکه برخی از فقها در مورد شرط فعل تصریح کرده‌اند: خوئی، ۱۴۱/۲) صرفاً توانایی الزام متعهد به اجرای تعهد است. بین متعهدانه و ملکیت عین یا دین فاصله مهمی وجود دارد و آن اراده انشایی متعهد است و تا زمانی که چنین اراده انشایی توسط وی یا حاکم (در صورت امتناع متعهد) صورت نگیرد، ملکیتی برای متعهدانه حاصل نمی‌شود.

۲- حق متعهدانه بر تعهد یک حق دینی (به تعبیر حقوقی) است اما باید توجه داشت که حق دینی به مفهوم حقوقی با دین به معنای فقهی یکسان نیست. دین از لحاظ فقهی یک امر وضعی یعنی مال اعتباری است اما تعهد به معنای مصدری یک امر تکلیفی است و چنانکه در گفتار بعد خواهیم دید، با تتبع در آثار فقهی درمی‌یابیم که به نظر مشهور فقها، تعهد به عنوان یک امر تکلیفی دارای ارزش مالی نیست و حتی در صورتی که موضوع تعهد دارای ارزش مالی باشد، ارزش موضوع تعهد به خود تعهد سرایت نمی‌کند.

۳- اثر تعهد از جهت پیدایش حق مطالبه اجرای آن برای متعهدانه، با انفاق اقارب یا شرط به نفع ثالث متفاوت است. در مورد اول، آنچه واجب است، فعل انفاق است نه خود نفقه. لذا اقارب نه تنها نسبت به نفقه حقی ندارند، بلکه مطالبه الزام به انفاق نیز برای آنان جنبه حقی ندارد بلکه از باب امر به معروف ممکن است. علاوه براین، تعیین مقدار نفقه توسط حاکم نیز موجب نمی‌شود که دستور حاکم برای مستحقان نفقه ارزش مالی یابد. تکلیف انفاق هنگامی برای آنان ارزش مالی می‌یابد که حاکم به آنان اجازه دهد که به هزینه شخص ملکف به انفاق، مالی را قرض کند (رک: علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴/۳؛ شهید ثانی، ۴۷۶/۵-۴۷۷؛ در مورد نظر مخالف، رک: حکیم، ۳۳۶/۱۳-۳۳۸).

تعهد به نفع شخص ثالث نیز از این جهت مانند نفقه اقارب است. متعهد ثالث اگرچه، همانند مستحقان نفقه در انفاق اقارب، ذی نفع تعهداند، لکن تعهد برای آن‌ها جنبه ملک یا حق ندارد؛ لذا نمی‌توانند انجام تعهد را از باب حق مطالبه کنند یا در صورت امتناع، اجبار به انجام تعهد را از حاکم درخواست کنند. درخواست انجام تعهد و نیز درخواست الزام از حاکم فقط حق شرط‌کننده یا متعهدانه در قرارداد است (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱۲۷/۲: إذا اشترط ان يعطى زيدا الأجنبي عن المعاملة درهماً فهل يجوز لزيد المطالبة والاجبار؟ التحقيق انه



لایجوز، لعدم كونه بالنسبة إليه حقاً مالياً وذلك لأنه ليس طرفاً، ومجرد عود النفع إليه لا يقتضى ذلك نعم يجوز الإيجاب من باب الأمر بالمعروف).

در مواردی مانند نفقه اقارب که تکلیف جنبه حق یا ملک برای ذی نفع ندارد، تاخیر در اجرای تکلیف موجب استقرار آن در ذمه ملکف نمی شود (نجفی، ۳۷۹/۳۱ و لا تستقر فی الذمه، بمضیّ یوم مثلاً). همچنین، موضوع اصلی تعهد، انجام فعل است. لذا حاکم در وهله اول امر به دستور اجرای عین تعهد می دهد و می تواند برای وادار کردن وی به انجام تعهد، او را حبس یا تأدیب می کند. اما اگر مالی داشته باشد می تواند به مقدار نفقه بردارد یا اموال وی را بدین منظور بفروشد (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۱۱۵/۳).

۴- تا زمانی که انشاء تملیک توسط متعهد صورت نگرفته، ملکیت یا حق عینی برای متعهدله وجود ندارد، لذا خمس و مالیات به آن تعلق نمی گیرد و نمی توان آن را مورد معامله مالی یا مهر قرار داد.

۵- تکلیف متعهد ملازم با حقی برای متعهدله است. وجود این حق برای متعهدله کافی است که وی را مستحق مطالبه انجام تعهد از متعهد، و در صورت امتناع وی، درخواست اجبار وی از حاکم سازد (اصفهانی، ۱۸۶/۵ و ۱۹۱؛ یزدی، حاشیه مکاسب، ۱۲۷/۲). در صورتی که متعهد از انشاء تملیک خودداری کند، خود حاکم تملیک را انشاء می کند چون انشاء عمل حقوقی، نیابت پذیر است (انصاری، ۷۲/۶).

### گفتار دوم: بررسی مصادیق

پس از بررسی قاعده کلی، اینک دو مصداق مهم این بحث در آثار فقهی و حقوقی یعنی عقد صلح و شرط فعل را بررسی می کنیم. البته قالب های دیگری هم وجود دارد که موضوع آن ها تعهد به انجام عمل حقوقی است؛ مانند «قرارداد تشکیل بیع» (شهیدی، مجموعه مقالات، ۱۷-۴۴) که موضوع آن «انشای عقد بیع یا در حقیقت تعهد بر انشای آن است» (همان، ۲۳). قرارداد مذکور از لحاظ حقوقی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است (همان، ۲۵) و از لحاظ فقهی می توان آن را نوعی صلح تلقی کرد. بنابراین، با بررسی وضعیت عقد صلح، نیازی به طرح تفصیلی این قرارداد نیست.

از آن جا که مطالب راجع به موضوع بحث بیشتر در باب شرط ضمن عقد مطرح شده است، بخش راجع به این مبحث از تفصیل بیشتری برخوردار است.

## ۲-۱- صلح عهدی

در فقه شیعه، عقد صلح گسترده‌ترین کارکرد را در میان عقود داراست، و می‌تواند به عنوان سبب تملیک و تملک یا به عنوان منبعی برای تعهد به کار رود. به تصریح برخی از فقها، صلح به منزله شرط است و می‌تواند برای انتقال عین در برابر عین، منفعت، و حق، یا انتقال منفعت در برابر عین، منفعت، و حق، یا انتقال حق در برابر عین، منفعت، و حق، و نیز برای اسقاط حق به کار رود، خواه در تمام این صورت‌ها، عین، منفعت، و حق مسلم و تحقق یافته باشد یا نباشد (کاشف الغطاء، *أنوار الفقاهة*: کتاب الصلح، ۲).

البته، عقد صلح هرچند از لحاظ فقهی و نظری می‌تواند کارکرد تملیک در برابر تعهد را داشته باشد، و عوضین آن تعهد در برابر تملیک باشد، اما در عمل چنین استفاده‌ای از آن نمی‌شود. در عوض، عرف به جای «تملیک در برابر تعهد به تملیک» ترجیح می‌دهد که تملیک را در برابر تملیک و در قالب عقد صلحی معوض قرار دهد، و تعهد به تملیک را در قالب شرط ضمن عقد واقع سازد. در نمونه‌هایی از صلح عهدی که در فقه ملاحظه می‌شود (رک: طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، ۲۲۶، و میرزای قمی، ۲۰۸/۴-۲۲۲)، تعهد متصلح به صورت شرط ضمن عقد است نه تعهد اصلی و به عنوان یکی از عوضین. این نوع تعهد مشمول احکام شرط ضمن عقد است که در گفتار دوم آن را بررسی می‌کنیم.

از این رو، در اینجا برای بررسی یکی از نمونه‌های صلح عهدی که عوضین آن تملیک در برابر تعهد به تملیک است، به صلح موضوع ماده ۷۶۸ قانون مدنی می‌پردازیم، که از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده، اما تغییراتی متناسب با نظام حقوقی ایران و فقه شیعه در آن اعمال شده است (رک: شهیدی، *مجموعه مقالات حقوقی*، ۱۰۵). بر اساس ماده مذکور، مُصلح مال معینی که ممکن است وجه نقد یا کالا باشد به متصلح تملیک می‌کند و در برابر، متصلح متعهد می‌گردد که نفقه معینی را همه ماهه یا همه ساله پرداخت کند. تعهد متصلح هرچند ممکن است به صورت شرط ضمن عقد باشد و برخی از حقوقدانان هم آن را محتمل دانسته‌اند (کاتوزیان، *مشارکت‌ها و صلح*، ۳۴۹. مقایسه کنید با همان، ۳۶۵، ش ۲۰۷ که تعهد موضوع ماده ۷۶۸ را تعهدی اصلی و یکی از دو عوض می‌داند)، اما ظهور ماده در این است که تعهد اخیر، تعهدی اصلی است و عنوان عوض را برای تملیک متصلح داراست.

مسئله‌ای که در مورد این نوع صلح مطرح می‌شود این است که تعهد متصلح به پرداخت مال، موجب پیدایش یک امر وضعی یعنی دین و طلب برای مُصلح و متصلح است یا صرفاً

موجب پیدایش حکم تکلیفی یعنی تکلیف به پرداخت نفقه بر مصالح و حق مطالبه برای متصالح است؟

برخی از حقوقدانان اثر عقد صلح در ماده ۷۶۸ را از یک سو «انتقال مالکیت مال الصلح به متعهد» و از سوی دیگر، ثبوت «تعهد به پرداخت مستمری مقرر به منتفع بر ذمه متعهد و حق مطالبه این مستمری از متعهد برای منتفع» دانسته‌اند (شهیدی، همان، ۱۱۵)؛ و از وجود دین و طلب به معنای وضعی سخن نگفته‌اند.

ماده ۷۶۹ ق. م. می‌تواند راه‌گشا باشد. در این ماده آمده است: «در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت منتفع نفقه به وراثت او داده شود». چنان‌که می‌دانیم، از طرفی حقوق و مطالبات مالی متوفی به وراثت منتقل می‌شود، و از طرف دیگر، بر اساس این ماده، تعهد مذکور در ماده ۷۶۸ جز با اشتراط آن در ضمن عقد به وراثت منتفع منتقل نمی‌شود. در مورد این که آیا از این ماده می‌توان استفاده کرد که تعهد متصالح، حق مالی برای وراثت مصالح محسوب می‌شود یا خیر، نظریات و احتمالات مختلفی قابل طرح است:

۱- عدم انتقال حق نفقه ممکن است به این دلیل باشد که تعهد مصالح در ماده ۷۶۸ صرفاً برای منتفع به قید مباشرت برقرار شده و مانند هر تعهد دیگری از این قبیل، به وراثت منتفع نمی‌رسد. با توجه به اطلاق مواد ۷۶۸ و ۷۶۹ و نبود عبارتی مانند «به قید مباشرت» و امثال آن در این دو ماده، این احتمال قابل اعتنا نیست.

۲- برخی از حقوقدانان این احتمال را مطرح کرده‌اند که «مطابق ماده ۷۶۸، نفقه پس از فوت منتفع بدون نیاز به شرط کردن استفاده وراثت طبق قواعد ارث بین وراثت تقسیم خواهد شد ولی هرگاه پرداخت نفقه مطابق ماده ۷۶۹ به وراثت شرط شود مستمری مذکور باید به طور مساوی بین ایشان توزیع گردد. بنابراین، وضع ماده ۷۶۹ صرفاً برای القای این مفهوم است که برای توزیع مساوی نفقه به وراثت لازم است دادن نفقه به وراثت شرط گردد نه اعلام این معنا که برای اصل وراثت وراثت، این اشتراط ضروری است» (شهیدی، همان، ۱۰۸). اما خود ایشان در رد این احتمال نگاشته‌اند: «صرف نظر از اطلاق ماده ۷۶۹ نسبت به چگونگی تعلق نفقه به وراثت منتفع و توزیع آن بین ایشان، اگر مقصود نویسندگان قانون مدنی از شرط مذکور در ماده ۷۶۹ صرفاً توزیع نفقه به طور مساوی بین وراثت ذی‌نفع بود، ایشان می‌توانستند با اضافه کردن جمله «به تساوی» پس از کلمه «نفقه»، مقصود خود را به سادگی بیان کنند. در هر حال، تفسیر

بالا با ملاحظه عبارات دو ماده ۷۶۸ و ۷۶۹ ق.م. بعید به نظر می‌رسد» (همان، ۱۰۸-۱۰۹).

۳- عدم انتقال حق نفقه ممکن است به این دلیل باشد که تعهد مصالح در ماده ۷۶۸ صرفاً موجب پیدایش حکم تکلیفی وجوب پرداخت نفقه بر متعهد و در مقابل، پیدایش حق مطالبه برای منتفع است، و نه پیدایش امر وضعی دین بر متصالح و طلب برای متصالح. سخن برخی از حقوقدانان در تفسیر ماده ۷۶۹ نیز مؤید این معنا است: «نفقه مزبور به عنوان ارث به ورثه نمی‌رسد بلکه مستقیماً از طرف مشروط‌علیه به نفع ورثه تعهد شده است و از قبیل شرط به نفع شخص ثالث می‌باشد» (امامی، ۳۲۸/۲). یکی دیگر از حقوقدانان نیز می‌نویسد: هرگاه اصول حقوقی در مورد عقد مذکور در نظر گرفته شود، از ماده ۷۶۸ ق.م. می‌توان نتیجه گرفت که اگر ذی‌نفع مستمری پیش از انقضای مدت مقرر فوت کند، مستمری مزبور نسبت به باقیمانده آن مدت بدون نیاز به درج شرطی، به ارث به وارث ذی‌نفع منتقل خواهد شد. زیرا عقد صلح لازم است و با فوت یکی از طرفین منفسخ نمی‌شود و مقتضای لزوم عقد، تسری آثار آن نسبت به وارث ذی‌نفع پس از فوت او می‌باشد. اما چون ماده ۷۶۹ مورد توجه قرار گیرد نتیجه متفاوتی استنباط خواهد شد. از ماده ۷۶۹ ... ظاهر می‌گردد که هرگاه پرداخت نفقه و مستمری به وارث منتفع در ضمن عقد صلح شرط نشود، این نفقه به وارث تعلق پیدا نمی‌کند و معنای این جمله این است که با فوت منتفع، تکلیف قانونی متعهد مستمری به پرداخت نفقه ماهانه یا سالانه پایان می‌یابد» (شهیدی، همان، ۱۰۸).

براساس تفسیر اخیر، عدم انتقال نفقه به وارث منتفع ناشی از طبیعت این گونه تعهدات است؛ چنین تعهداتی متضمن حق وضعی دین و طلب نیستند تا به وارث ذی‌نفع منتقل شوند. به همین جهت و به تصریح برخی از حقوقدانان، «در فرض ماده ۷۶۹، منشأ استحقاق وارث منتفع، اشتراط استحقاق ایشان است نه ارث» (شهیدی، همان، ۱۱۴). از این رو، موضوع شرط در ماده ۷۶۹ می‌تواند پرداخت نفقه به وارث به طور مساوی یا مطابق قواعد ارث یا به نسبت‌های دیگر تعیین شده در قرارداد صلح باشد ولی اگر شرط مذکور مطلق باشد، نفقه باید به طور مساوی بین وارث تقسیم شود (همان).

بنابراین، اثر صلح مذکور در رابطه با مورد صلح (مال الصلح)، تملیک و در رابطه با عوض آن، ایجاد تعهد به عنوان یک حکم تکلیفی است. البته تعهد مذکور با پیدایش یک حق تکلیفی برای متصالح ملازمه دارد و آن عبارت از حق مطالبه انجام تعهد است. اما پیدایش حق وضعی دین و طلب برای آن‌ها منتفی است.

## ۲-۲- شرط فعل

در مورد شرط فعل ابتدا باید اثر آن را مورد بررسی قرار دهیم. در مورد اثر شرط فعل چند دیدگاه فقهی به چشم می‌خورد:

۱- به نظر برخی از فقها، شرط از اسباب تملیک نیست و نمی‌تواند عملی را به ملکیت مشروطه در آورد (نجفی، ۶۹/۲۷)؛ بلکه از جمله «مُلزِمات» است و چیزی را که انجام یا ترک آن بر مکلف جائز است، بر وی الزامی می‌نماید (همان، ۲۰۱/۲۳-۲۰۲). به تعبیر حقوقی، شرط از اسباب یا منابع تعهد است. بنابراین، بر طبق نظر مذکور، مورد شرط یا باید عقد و ایقاع باشد و یا باید امری باشد که برای تحقق آن سبب خاصی لازم نیست مانند ملکیت عمل یا مال (همان، ۲۰۳/۲۳). طبق این نظر، اثر شرط تنها التزام متعهد به انجام شرط و حق الزام برای متعهد است (خوئی، ۱۴۱/۲: الاشرط لا یوجب ملکية الشرط للشارط ... وإنما یترتب علی الاشرط الا لزام من الشارط والالتزام بالشرط من المشروط علیہ؛ روحانی، ۳۱۰/۶: لا دلیل علی الملكية، إذ غاية ما يستفاد من الدلیل، وجوب الوفاء بالشرط حقياً، و أما ثبوت الملكية فمما لم یدل علیه دلیل).

۲- بنا به نظری که به مشهور نسبت داده شده (رک: حسینی مراغی، ۳۰۵/۲)، اثر شرط، تملیک است. سید یزدی تصریح می‌کند که «حق الشرط در حقیقت، مالک بودن عمل است نه مطلب دیگر و راء آن و منتزع از آن» (طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، ۱۷۲. و نیز رک: ۱۷۰: ان الشارط مالک للعمل ... علی المشروط علیہ). برخی دیگر نیز تصریح کرده‌اند که مفاد شرط چیز جز ملکیت مشروط نسبت به معنای شرط نیست، نه این که مفاد شرط صرفاً تکلیف به انجام شرط باشد (حکیم، ۱۰۳/۱۱).

۳- از سخن برخی استفاده می‌شود که اگر عمل دارای ارزش مالی باشد، مانند خیاطی، قابل تملک است اما اگر خود عمل دارای ارزش مالی نباشد مانند انشاء فسخ یا ترک فسخ، ملکیت آن بی‌معنا است. (اصفهان‌ی، ۱۱۲/۴: ... بالفرق بین مثل الخیاطة وسائر الأعمال التي في نفسها أموال و یبدل بإزائها المال، فهي قابلة لاعتبار الملك، ومثل انشاء الفسخ أو ترکه فإنه ليس كذلك، فلا معنى لاعتبار ملكية ترك الفسخ للغير).

پس از ذکر این نظریات باید متذکر شد که، بر فرض که مفاد شرط تملیک باشد، صحت شرط عهدی، یعنی شرطی که مقصود از آن الزام و التزام است با مانعی مواجه نیست (کاشف الغطاء، أنوار الفقاهة: کتاب البیع، ۱۲۸: و الشرط المقصود منه الإلزام و الالتزام صحیح قطعاً).

حال با توجه به نظرات فوق باید دید که آیا شرط فعل ارزش مالی دارد یا نه. در این مورد چند نظر ملاحظه می‌شود:

۱- برخی از فقها گفته‌اند که در مورد شرط فعل دو احتمال است: الف) مشروط‌له اگرچه مالک مورد شرط نمی‌شود اما مالک خود عمل بر مشروط‌علیه شود و لذا اگر عمل ارزش مالی داشته باشد و مشروط‌علیه آن را انجام ندهد، مشروط‌له مالک ارزش عمل در ذمه مشروط‌علیه می‌گردد. مثلاً اگر شرط شود که شخصی به دیگری هزار تومان بدهد، اگرچه مشروط‌له مالک هزار تومان در ذمه مشروط‌علیه نمی‌شود اما مالک «عمل تملیک» هزار تومان می‌شود. در نتیجه، اگر شخص ثالثی مانند بانک، ضامن مشروط‌علیه شود، و عمل تملیک توسط مشروط‌علیه انجام نشود، مشروط‌علیه می‌تواند ارزش عمل مورد شرط را از ضامن مطالبه کند. ب) مشروط‌له نه تنها مالک مورد شرط نمی‌شود بلکه مالک خود شرط به عنوان یک عمل دارای ارزش مالی نیز نمی‌گردد. بنابراین، در مثال مذکور مشروط‌له نه مالک هزار تومان می‌شود و نه مالک «عمل تملیک» هزار تومان. به نظر ایشان حتی بر اساس احتمال دوم نیز در صورتی که مشروط‌علیه شرط را انجام ندهد، ضامن ارزش شرط در مقابل مشروط‌له خواهد بود و ذمه او به مقدار ارزش عمل مشغول می‌شود زیرا تخصیص ضامن اتلاف و تفویض به مواردی که شیء تلف شده، ملک مضمون‌له باشد وجهی ندارد بلکه کافی است آنچه تلف یا تفویض شده به نوعی به مضمون‌له منتسب باشد و عرفاً دارای ارزش مالی باشد (صدر، ۲۴۲-۲۴۳).

به نظر صاحب «شعائر الاسلام» نیز، شروط مندرج در عقود مالی، حق مالی به شمار می‌آیند و شرط نمی‌تواند صرفاً مثبت حکم تکلیفی باشد: «جمیع شروطی که در ضمن عقود مالیه می‌شوند از حقوق مالیه‌اند خواه شرط مالی باشد یا نه. مثلاً اگر در ضمن بیع یا صلح مالی شرط کند بایع بر مشتری که باید فلان قدر نماز برای پدر من بکند، این شرط هم از حقوق مالیه خواهد بود» (اشرفی مازندرانی، ۳۹۹). ایشان تصریح می‌کنند که اگر «غرض از شرط، محض حکم تکلیفی باشد»، چنین شرطی محل اشکال است، و احتمال قوی‌تر این است که مورد شرط در صورتی که مال کلی باشد، در ذمه مشروط‌علیه مستقر می‌شود و حتی اگر شرط شود که آن مال در ذمه مشروط‌علیه ثابت نشود و متعلق به مشروط‌له نشود، شرط باطل است (همان، ۳۹۷-۳۹۹).

۲- از کلمات برخی از فقها استفاده می‌شود که مالیت داشتن شرط به موضوع آن وابسته است: شرط راجع به انجام عمل مادی، ارزش مالی دارد اما شرط راجع به عمل حقوقی ارزش مالی ندارد (انصاری، ۷۴/۶ و ۷۲؛ اصفهانی، ۱۹۱/۵؛ ربما أمکن القول بالفرق بین شرط عمل یقابل بالمال کالخیاطة فیملك بالشرط، و شرط عمل لا یقابل بالمال کشرط العتق، فهو مجرد استحقاق؛ تبریزی، ۴/۴۱ و ۴۳؛ سواء كان الفعل مما یتقوم فی نفسه کخیاطة الثوب و صبغه أو لم یکن مما یتقوم کعتق العبد و اشتراط بیع المال).

۳- برخی از حقوقدانان نیز نظریه تملیکی بودن و تفصیل بین موارد را تقویت کرده‌اند. به نظر ایشان، شرط فعل راجع به تملیک عین معین، موجب پیدایش حق عینی تبعی است، و ضمانت اجرای آن عدم نفوذ معامله منافی است؛ اما شرط فعل راجع به تملیک مال کلی یا انجام عمل دارای ارزش مالی، موجب پیدایش حق مالی ذمی یعنی دین است (محقق داماد، نظریه عمومی التزامات و شروط، ۳۰۸-۳۲۱).

هر دو بخش این نظر خدشه‌پذیر است. نکات راجع به بخش اول (پیدایش حق عینی در شرط راجع به تملیک عین معین) به شرح زیر است: اولاً متعلق حق در این مورد، خود شرط است نه مورد شرط. بین حق مشروطه با مورد شرط یک واسطه وجود دارد و آن خود شرط است؛ به این معنا که حق ابتداءً و به طور مستقیم به شرط تعلق گرفته و به طور غیرمستقیم و با واسطه به مورد شرط. به تعبیر دیگر، اسبابی مانند شرط فعل بر فرض که اسباب تملیک باشند، موجب تملیک خود تعهد می‌شوند نه موضوع تعهد؛ خواه موضوع تعهد، عمل مادی باشد یا پرداخت مال معین یا کلی.

ثانیاً با توجه به نکته فوق، حق مذکور حق عینی نیست. تقسیم حق به عینی و دینی با توجه به اموال صورت گرفته است در حالی که حق مشروطه بر شرط، حق بر عمل حقوقی است نه حق بر مال. با استفاده از تعبیر برخی از فقها (نائینی، ۲۹۲/۳) می‌توان گفت، تقسیم حق به عینی و اصلی با توجه به مال موضوعی صورت گرفته نه با توجه به مال طریقی. از این گذشته، بین مشروطه و ملکیت عین یک واسطه یعنی انشای تملیک توسط مشروطه‌علیه فاصله انداخته است؛ در حالی که در موارد حق عینی، بین مالک و ملک فاصله‌ای نیست. و این نکته موجب نزدیکی حق مذکور به حق دینی است نه حق عینی. در شرط ملکیت به نحو نتیجه، این معیار وجود دارد و بلافاصله پس از تحقق عقد، ملکیت عین برای مشروطه حاصل می‌شود. اما در شرط فعل تملیک، پس از تحقق عقد، خود شرط یعنی عمل تملیک به ملکیت مشروطه

درمی آید نه موضوع شرط یعنی عین.

آنچه گفته شد مبتنی بر این نظر است که شرط مفید فعل ملکیت است. اما اگر در این مورد قائل باشیم که شرط فعل مفید تعهد و التزام است، در نتیجه شرط فعل در این مورد، تعهد به تملیک حاصل می شود، و نه ملکیت شرط برای مشروطه.

ثالثاً بر فرض که اثر شرط فعل پیدایش حق عینی باشد، حق مذکور را نمی توان حق عینی تبعی به معنای حقوقی دانست. از لحاظ حقوقی، این حق در مواردی وجود دارد که یک حق اصلی مانند طلب وجود داشته باشد و به تبع آن حق دیگری مانند رهن مالی از مدیون در نزد مرتهن ایجاد شود (رک: کاتوزیان، *اموال و مالکیت*، ۱۵). اما در محل بحث، حق دیگری وجود ندارد تا این حق نسبت به آن تبعی باشد.

همچنین، راجع به بخش دوم (پیدایش حق دینی در شرط راجع به تملیک مال کلی) می توان گفت: همان طور که در نکات اول و دوم راجع بخش اول گفته شد، در اینجا نیز خود شرط یعنی عمل تملیک، به ملکیت مشروطه درآمده است نه متعلق آن یعنی مال کلی. اثر ملکیت شرط این است که مشروط علیه نمی تواند شرط را به طور یکطرفه برهم زند. در نتیجه، حق دینی به مفهوم حقوقی برای مشروطه پیدا نمی شود. به همین دلیل، پیدایش دین به معنای فقهی یعنی «مال کلی در ذمه» نیز منتفی است.

علاوه بر این ها، اشکال دیگری که بر نظریه تملیکی بودن شرط فعل وارد می شود این است که اگر در نتیجه این نوع شرط، مشروطه مالک عمل مشروط علیه گردد، شرط فعل باید به اموری که قابل تملک است اختصاص داشته باشد. به همین دلیل، برخی از فقها معتقدند که برخی از اقسام شرط فعل مانند شرط عدم تصرف، صحیح نیست، چون عدم تصرف یک امر عدمی است و نمی تواند مورد ملکیت واقع شود؛ در حالی که شرط از نظر فقها در حکم جزء عقد و داخل در اسباب ناقل و مملک است. لذا شرط نمی تواند به امور عدمی تعلق گیرد (نجلی کاشف الغطاء، ۲۲۳، و نیز ۲۱۹-۲۲۰).

همچنین، این نظریه موجب می شود که مرز بین اسباب ملکیت و اسباب تعهد از بین برود و تعهد به یکی از اسباب تملیک تبدیل شود. نتیجه این نظریه این خواهد بود که به عنوان مثال، فرقی بین شرط نتیجه و شرط فعل یا صلح تملیکی و صلح عهدی باقی نماند؛ نتیجه ای که طرفداران پیدایش حق مالی عینی یا ذمی نیز مایل به پذیرش آن نیستند و در صدد رهایی از آن اند (محقق داماد، *نظریه عمومی التزامات* ...، ۳۱۸).



بنابراین، به طور خلاصه، اولاً اثر شرط فعل ایجاد تعهد است نه تملیک؛ ثانیاً بر فرض که اثر شرط فعل، تملیک باشد، متعلق ملک خود شرط است نه مال یا عمل موضوع آن؛ و ثالثاً ملکیت عمل موجب مدیونیت مشروطه نسبت به عمل است نه اجرت آن. و اثر مدیونیت وی نسبت به عمل، جواز اجبار وی به انجام عمل، و در صورت امتناع، انشاء تملیک توسط حاکم است چون انشاء اعمال حقوقی، نیابت پذیر است (انصاری، ۷۲/۶).

### گفتار سوم: موضع قوانین موضوعه

در اینجا مناسب است موضع قانون مدنی و قانون اجرای احکام مدنی نیز بررسی شود. قاعده کلی در مورد بحث را ماده ۲۲۲ قانون مدنی مقرر می کند که بر اساس آن، در صورت عدم ایفاء تعهد، حاکم می تواند به متعهدله اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیبه مخارج آن محکوم نماید. ماده ۵۳۴ ق. م. نیز با اندکی اختلاف، چنین حقی را برای مزارع پیش بینی کرده است: «هرگاه عامل در اثناء یا در ابتداء عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد، حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام می کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می دهد و در صورت عدم امکان، مزارع حق فسخ دارد.»

در شرط فعل نیز (مواد ۲۳۷-۲۳۹ ق. م.) مشروطاً علیه باید عمل مورد شرط را انجام دهد، و در صورت تخلف، مشروطه می تواند برای اجبار وی به انجام شرط، به حاکم رجوع کند. اگر اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم کند. در صورتی که اجبار مشروطاً علیه به انجام فعل ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

مقررات مذکور آخرین چاره برای متعهدله را حق فسخ قرار داده است نه محکوم کردن متعهد به پرداخت ارزش عمل مورد تعهد. با توجه به این دو دسته مقررات می توان گفت: از لحاظ قانونگذار مدنی، در مواردی که موضوع تعهد، انجام عمل است، موضوع تعهد به «دین» مالی تبدیل نمی شود. بنابراین، در صورت عدم انجام تعهد، متعهدله صرفاً مستحق انجام عمل است نه ارزش مالی آن. همچنین، در صورت فوت متعهد قبل از انجام عمل، متعهدله مستحق مبلغی معال ارزش تعهد از ترکه متعهد نمی گردد بلکه صرفاً می تواند انجام عمل به هزینه ترکه را از وراثت یا دادگاه مطالبه کند. در آنچه گفته شد بین مواردی که موضوع تعهد یک عمل

مادی مانند ساختن خانه باشد و مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال معین یا کلی باشد، تفاوتی نیست. در مورد اخیر هم موضوع اصلی تعهد یک، عمل یعنی «تملیک» است نه آن مال معین یا کلی.

صدر ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز که به محکوم‌له حق داده که در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، انجام عمل به هزینه متعهد را درخواست کند، با مقررات قانون مدنی مطابق است. اما بخش اخیر آن به محکوم‌له حق داده که «بدون انجام عمل، هزینه لازم را از محکوم‌علیه مطالبه نماید»، ممکن است این تصور را ایجاد کند که از لحاظ این قانون، موضوع تعهد به دین تبدیل می‌شود، و بنابراین، با مقررات قانون مدنی در باب عقود راجع به عمل مانند مزارعه و باب شروط در تعارض است. اما باید توجه داشت که هزینه‌ای که از متعهد مطالبه می‌شود برای انجام عمل است نه این که به متعهدله پرداخت شود. بنابراین، از لحاظ این قانون نیز موضوع تعهد، انجام عمل است نه دین مالی.

## نتیجه

۱- تعهد به تملیک می‌تواند موضوع شرط فعل، عقد صلح، یا قراردادی بی‌نام (ماده ۱۰ ق.م.) قرار گیرد. در این صورت، عمل حقوقی مذکور هرچند واجد ارزش مالی است اما ارزش مالی مستقیم ندارد. از این رو:

الف) در مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال معین است، ملکیت آن مال بلافاصله پس از انشای تعهد و به طور خودکار، به متعهدله منتقل نمی‌شود، و در نتیجه، پیدایش حق وضعی ملکیت عین برای وی منتفی است. اثر چنین تعهدی این است که متعهد باید در صورت وجود شرائط، عمل حقوقی تملیک عین را انشاء کند، و تا قبل از انشای تملیک، تحقق ملکیت برای متعهدله منتفی است. البته، اگر متعهد از این تکلیف سرپیچی کند، حاکم عمل حقوقی مزبور را به ولایت از وی انشاء می‌کند.

ب) در مواردی که موضوع تعهد، تملیک مال کلی است، بلافاصله پس از انشای سبب تعهد و به طور خودکار، دینی به همان میزان بر ذمه متعهد مستقر نمی‌شود و ملکیت مال کلی، و به تعبیر دیگر، طلبی به همان میزان برای متعهدله حاصل نمی‌گردد. اثر چنین تعهدی این است که متعهد باید عمل حقوقی تملیک مال کلی به نفع متعهدله را انشاء کند و خود را مدیون سازد. در اینجا نیز اگر متعهد از تکلیف مذکور سرپیچی کند، حاکم عمل تملیک را به ولایت

از وی انشاء می‌کند.

۲- در نتیجه اسباب تملیک (مانند بیع عین معین و شرط نتیجه راجع به عین معین)، رابطه حقوقی تملیک‌کننده با مال خود قطع می‌شود و وی دیگر سلطه‌ای بر مال ندارد؛ در حالی که پس از وقوع اسباب تعهد (مانند صلح عهدی و شرط راجع به تملیک مال معین یا کلی)، رابطه مالک با مال خود باقی است و قطع این رابطه و پیدایش رابطه‌ای بین متعهدله و مال مذکور به اراده انشایی مالک یا حاکم وابسته است. به تعبیر دیگر، در موارد اخیر، بین متعهدله و ملکیت عین یا دین فاصله مهمی وجود دارد و آن اراده انشایی متعهد است و تا زمانی که چنین اراده انشایی توسط وی یا حاکم صورت نگیرد، ملکیتی برای متعهدله حاصل نمی‌شود.

## منابع

- قرآن کریم، کلام الله المجید.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۴۰۶ ق.
- اشرفی مازندرانی، محمدبن مهدی، *شعائر الاسلام*، چاپ سنگی، بی‌جا، بی‌تا.
- اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، چاپ اول، أنوار الهدی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، چاپ چهارم، اسلامیه، تهران، ۱۳۶۶.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، چاپ دوم، کنگره شیخ انصاری، قم، ۱۴۲۰ ق.
- تبریزی، شیخ جواد، *إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب*، چاپ سوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۶ ق.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهية*، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.
- خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، *کتاب البیع*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۲۱ ق.
- ، *کتاب البیع* (تقریر محمد حسن قدیری)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، بی‌تا.
- خوئی، سید ابوالقاسم، *کتاب الحج*، چاپ دوم، لطفی، قم، ۱۳۶۴ .
- روحانی، سید محمد صادق، *منهاج الفقاهة*، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۸ ق.

- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ اول، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۷.
- ، *مجموعه مقالات حقوقی*، مجد، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۷.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، چاپ اول، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
- صدر، سید محمد باقر، *البنک اللاریبی*، چاپ هفتم، دار التعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۱ ق
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۸.
- ، *سؤال و جواب*، تحقیق: سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۶.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- ، *تحریر الأحکام*، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۰ ق.
- کاشف الغطاء، علی بن محمد، *أنوار الفقاهة: کتاب البیع*، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، نجف، ۱۴۲۲ ق.
- ، *أنوار الفقاهة: کتاب الصلح*، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، نجف، ۱۴۲۲ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی التزامات و شروط در حقوق اسلامی*، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۸.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسین، *جامع الشتات*، چاپ اول، مؤسسه کیهان، تهران، ۱۳۷۱.
- ، *اموال و مالکیت*، میزان، چاپ سی و دوم، تهران، ۱۳۸۹.
- ، *حقوق مدنی: عقود معین*، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، تهران، ۱۳۸۷.
- ، *مشارکت‌ها و صلح*، گنج دانش، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۷۹.
- نائینی، محمد حسین، *مئیه الطالب في شرح المکاسب*، (تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری)، چاپ اول، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ ششم، دارالکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۹۴ ق.
- نجل کاشف الغطاء، علی بن جعفر، *شرح خيارات اللمعة*، مؤسسه انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۲ ق.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، *قراءات فقهية معاصرة*، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، قم، ۱۴۲۳ ق.