

## ماهیت وفای به عهد در فقه و حقوق

زهرا اکرمی<sup>۱</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۳/۶/۶ - تاریخ پذیرش نهایی: ۹۵/۱/۳۰)

### چکیده

موضوع تعهد هر چه باشد، اعم از تسلیم عین (معین، کلی در معین یا کلی در ذمه) یا منفعت، فعل یا ترک فعل، با انجام آن از سوی متعهد، وفای به عهد انجام می‌شود. در این که تسلیم موضوع تعهد از نظر حقوقی چه ماهیتی دارد و عمل اجرای تعهد نیازمند توافق متعهد و متعهدله است یا تنها با اراده یک طرفه مدیون تحقق می‌یابد یا این که اراده انشایی در تحقق آن هیچ مداخلیتی ندارد، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. در این میان، تسلیم عین کلی با توجه به اختلاف نظرهایی که در ماهیت عقد بیع عین کلی وجود دارد، اهمیت بیشتری داشته و بررسی ماهیت حقوقی آن، نگاهی مبنایی با دیدی گسترده و فلسفی می‌طلبد. از این نوشتار چنین به دست می‌آید که اراده انشایی در ماهیت تسلیم نقشی نداشته، اراده غیر انشایی تنها در تعیین مصداق مال کلی مؤثر است و لزوم تعیین مصداق و اذن متعهد به مشتری نباید این توهم را ایجاد کند که در این گونه موارد، "تسلیم" یک عمل حقوقی است. حقوق غرب از اعتبار دو مفهوم "مال کلی" و "ذمه" ناتوان مانده است و در نظریه مادی تعهدات، هنگام بحث از مالیت تعهد، چیزی جز اعیان خارجی و اموال به ذهن متبادر نمی‌شود و به همین دلیل نتوانسته اند بر بیع عین کلی اثر آنی مالکیت و نقل مالکیت از زمان انشای عقد را مترتب سازند و در نتیجه بیع عین کلی را عملاً تملیک ندانسته، بلکه از مقوله تعهدات به شمار آورده اند. اما در حقوق اسلام با پذیرش مفهوم عام مالکیت و عین کلی و مفهوم ذمه می‌توان مدعی شد که تسلیم در تمام مصادیق خود، یک واقعه حقوقی است. تسلیم مال کلی، ماهیت انشائی نداشته و تنها تطبیق عین کلی بر مصداق است. مقبولیت این نظر را در آثار فقها نیز می‌توان دید تا جایی که مرحوم کاشف‌الغطاء به صراحت ماهیت تسلیم را از جهت واقعه حقوقی توجیه می‌کند.

**کلید واژه‌ها:** تعهد، دین، حق شخصی، ذمه، عهده، مالکیت

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز؛ Email:z\_akrami@ymail.com

## مقدمه

مسأله تعهد به تسلیم که در واقع بیان دیگری از لزوم اجرای عقد است، اهمیت زیادی داشته، با تکامل جوامع و پیشرفت علم و تکنولوژی نه تنها از اهمیت آن کاسته نشده، بلکه هر روز بر پیچیدگی آن افزوده شده است. اهمیت موضوع تسلیم باعث شده تا تمام نظام‌های حقوقی در قوانین مدنی خود، بخشی را به موضوع تسلیم اختصاص دهند. آشفتگی و عدم شفافیت احکام راجع به تسلیم، به صورت مستقیم بر روابط اجتماعی و اقتصادی تأثیر گذاشته و افزون بر ایجاد اختلاف بین مردم، به کند شدن چرخ اقتصاد می‌انجامد. اهمیت این موضوع چندان است که هیچ کتاب فقهی در باب معاملات را نمی‌توان یافت که بخشی را به این موضوع اختصاص نداده باشد.

تعیین ماهیت حقوقی تسلیم مال موضوع قرارداد در عقود معاوضی، افزون بر آثار تحلیلی و نظری، دارای آثار عملی بسیاری است. اگر آن را از اعمال حقوقی بدانیم، صرف نظر از عقد یا ایقاع بودن آن، نیازمند قصد فاعل و اراده‌ی انشایی است؛ از این رو، تسلیم صبی یا مجنون یا هر شخص محجور و فاقد اهلیت، واجد آثار قانونی نخواهد بود. اما اگر آن را عمل حقوقی بدانیم، تعیین نوع این قرارداد نیز آثار و شرایط ویژه‌ای را می‌طلبد. تفاوت میان بیع، معاوضه و صلح؛ تفاوت میان بیع و قرارداد نامعین (موضوع ماده ۱۰ ق.م.ق)؛ تعیین شرایط صحت، احکام و موضوع این قرارداد؛ همچنین شرایط عوضین و متعاملین و سرانجام، خيارات و حقوق قابل اجرا در آن، از آثار عملی این بحث است. در مقابل، اگر تسلیم و اجرای قرارداد را عمل قضایی ساده بدانیم، مسأله لزوم یا عدم لزوم شرایط اهلیت طرفین، قابل بررسی است.

در این مقاله برآن هستیم تا روشن کنیم که منشأ اختلاف نظر بین حقوقدانان در ماهیت حقوقی تسلیم یا وفای به عهد، تفاوت دیدگاه در ماهیت بیع مال کلی و تملیکی یا عهدی بودن آن است.

## ۱- مادی یا حقوقی بودن عمل تسلیم

بحث در ماهیت تسلیم به عنوان اثر عقد در این است که در عقود معاوضی غیرعینی، عقد چه زمانی واقع می‌شود و تسلیم چه نقشی در این عمل حقوقی دارد؟ هرچند از ویژگی‌های بارز عقد بیع به عنوان مشخص‌ترین مصداق از عقود معاوضی، رضایی بودن آن است و به همین خاطر، به اتفاق فقها، ترتب آثار آن، منوط به تسلیم و قبض عوضین

نیست [۲۸، ۲۹۱]؛ اما در برابر، در تملیکی بودن بیع کلی و معین اختلاف نظرهایی میان حقوقدانان وجود دارد. اگر مالکیت مبیع کلی از زمان بیع محقق نشود و منوط به تسلیم مبیع بوسیله فروشنده باشد، در این صورت تسلیم چه ماهیتی خواهد داشت. برخی از حقوقدانان خارجی تسلیم را در زمره اعمال حقوقی می‌آورند به گونه‌ای که مدیون و طلبکار به این وسیله در اموال خود تصرف می‌کنند. از نظر مشهور در فرانسه، تسلیم توافق یا قراردادی است که موضوع آن پایان دادن به تعهد و در نتیجه، برائت مدیون است [۲۳، ۷]. براساس همین نظر، رضایت و اهلیت تصرف مدیون، در تحقق تسلیم ضروری است. در برابر، برخی بر این باورند که تسلیم موضوع مورد تعهد، تنها یک پدیده حقوقی است [۲۳، ۹].

این اختلاف نظر در میان حقوقدانان داخلی نیز وجود دارد. بعضی به خصوص در تسلیم فرد کلی، تسلیم را یک عمل حقوقی و نیازمند ایجاب و قبول دانسته و بر این باورند که تسلیم یک فرد از عین کلی در ذمه، تملیک آن به متعهدله است [۳، ۳۴۹]. برخی دیگر برای تسلیم، بسته به نوع تعهد مبنای آن، ماهیتی متفاوت قائل شده‌اند [۶، ۶۵]. گروهی دیگر نیز برای تسلیم ماهیتی حقوقی نمی‌شناسند و آن را یک عمل مادی ساده می‌دانند [۲۰، ۷؛ ۲۳، ۹].

اما بررسی کتب فقهی نشان می‌دهد که از نظر فقها، تسلیم و وفای به عهد، ماهیت انشایی نداشته، تسلیم واقعه‌ای حقوقی است که دارای حکم قانونی و شرعی بوده [۲، ۲۷۹]، در نتیجه، "تسلیم از عناوین قصدیه نیست" [۲۶، ۷۹]. روشن است که وفای به عهد (تسلیم مال موضوع قرارداد) در نتیجه انجام یک عمل حقوقی مبنای، به دست می‌آید و در نتیجه، برای پرداختن به ماهیت تسلیم مال کلی، ناگزیر از پاسخ به این سؤال هستیم که ماهیت حقوقی قراردادی که موضوع آن انتقال مال کلی است چیست؟ آیا در فرضی که مال کلی موضوع یک معاوضه و تملیک قرار می‌گیرد، تملیک با ایجاب و قبول محقق می‌شود یا پس از تعیین و تشخیص خارجی آن کلی، تملیک به وجود می‌آید؟ میان حقوقدانان در این باره اختلاف نظر است. برخی انتقال مالکیت مال کلی فی‌الذمه را چون مال معین به محض ایجاب و قبول محقق می‌دانند [۴، ۱۱۴؛ ۱۸، ۱۱] و در برابر، گروهی تسلیم را سبب تملیک ثمن و مبیع کلی می‌دانند [۲۵، ۱۷۳؛ ۳، ۳۴۹؛ ۱۲، ۲۹۳؛ ۱۰، ۲۱].

طرفداران دیدگاه دوم خود به دو گروه تقسیم شده و برای تسلیم، ماهیت عقدی

(۳۴۹،۳) و ایقاعی (۱۰، ۲۱) قائل هستند. این اختلاف نظر در حقوق خارجی هم به چشم می‌خورد [۶، ۲۲] نظریه تفصیل (عقد یا ایقاع) مستلزم تکثر در ماهیت وفای به عهد است؛ زیرا اگر ایقاعی تعهد، موجب تملیک یا انتقال حقی نباشد، تنها یک عمل قضایی است که تحقق آن نیازمند اراده انشایی نیست؛ اما اگر وفای به عهد مستلزم تملیک یا انتقال حق یا عین باشد، عملی حقوقی خواهد بود (۴، ۳۸-۴۱).

برخی دیگر، اگرچه برای تسلیم ماهیت حقوقی و حقیقت انشایی قائل نشده‌اند؛ اما تملیک را منوط به تعیین و تسلیم مال کلی می‌دانند به گونه‌ای که انتخاب مصداق کلی از سوی متعهد، کاشف از تملیک در زمان ایجاب و قبول است. وی درباره تسلیم عین کلی، مقرر می‌دارند: "تسلیم عین کلی با تعهد تملیک آن همراه است ... تملیک نتیجه عقد نخست و منوط به انتخاب مصداق کلی از سوی متعهد است. این انتخاب به طور معمول با تسلیم انجام یا احراز می‌شود؛ اما تسلیم و پذیرش آن در حکم داد و ستد نیست و معامله جدید بشمار نمی‌آید" [۳۷، ۲۲]. همو در جای دیگر در نقد نظر مخالف می‌نویسد: "تعهد ناشی از عقد، ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن، به همین اعتبار آن را تملیکی گفته‌اند" [۳۴، ۱۹].

این نظر از طرفی تسلیم مال کلی را با تعهد به تملیک همراه می‌داند و اثر عقد را موکول به تعیین و تسلیم مصداق مال کلی می‌کند و از سوی دیگر، تسلیم را تنها نوعی انتخاب و تعیین مصداق معرفی می‌کند؛ حال آن که وقتی تعهد به تملیک مالی می‌شود، تحقق این امر اعتباری، قصد و اراده انشایی می‌خواهد و با یک عمل مادی چون "تعیین مصداق"، محقق نمی‌شود. این تناقض آنجایی خودنمایی می‌کند که عقد تملیکی را چهره خاصی از عقد عهدی می‌دانند که دین ناشی از آن، به محض ایجاد، اجرا می‌شود؛ اما در مورد مال کلی، این اجرا جز با تعیین مصداق انجام نمی‌شود [۳۵، ۱۹].

## ۲- ماهیت حقوقی بیع عین کلی

"عین کلی" مفهومی اعتباری و از جنس عین مثلی است که وجود خارجی ندارد و چون وصف و جنس و مقدار آن معلوم است، ذهن برای آن تصور وجود می‌کند، مثل یک تن شکر یا دو تن گندم. عین کلی در ارتباط ذهن و عالم خارج و در اثر یک تصویرسازی ذهنی ناشی از مشاهدات از اعیان شخصی به وجود می‌آید به گونه‌ای که صورت یک عین در ذهن ما تصویر می‌شود، در حالی که آن عین در عالم بیرون، قابل اشاره نیست و تنها یک وجود ذهنی دارد. "عین کلی" برخلاف "عین معین" وجود خارجی ندارد، اما

دارای مصادیق فراوانی در جهان خارج است و به خاطر همین ویژگی است که عین کلی از اموال مثلی است و نه قیمی؛ زیرا اموال قیمی منحصر هستند نه متعدد. بنابراین، عین کلی دارای یک مالیت اعتباری است و مانند هر مالی، قابلیت داد و ستد و تقویم به پول دارد؛ اما ملک نیست. مال کلی قبل از تصرف و استقرار بر آن، قابل تملیک است؛ اما تملیک در عین معین، مسبوق به مالکیت شخصی است. عین کلی از زمان تملیک در ذمه قرار می‌گیرد و در این لحظه است که از عین تبدیل به دین می‌شود. بنابراین، "دین" عین کلی است که بر ذمه مستقر شده است و به همین خاطر عین کلی به دو گونه تقسیم می‌شود: عین کلی خارج از ذمه که تنها یک مفهوم اعتباری از عین است و عین کلی فی‌الذمه که با استقرار در ذمه تبدیل به دین می‌شود. بدین ترتیب، "دین" به جای آن که حق شخصی طلبکار بر بدهکار باشد، ملک داین یا طلبکار است.

## ۱-۲- مفهوم ذمه و عهده

تمام روابطی که در قالب رابطه طلبکار و بدهکار یا داین و مدیون قابل تصور است، از دو حال خارج نیست: یا به صورت ذمه است یا به صورت عهده. "ذمه" و "عهده" از مفاهیمی هستند که فقه اسلامی آن را وضع کرده و از ظروف اعتباری هستند که از لحاظ مظروف و محتوا با هم فرق دارند. "ذمه" محل استقرار دین (عین کلی بعد از تملیک و استقرار در ذمه) و "عهده" محل استقرار فعلی است که باید در مقابل دیگری انجام داد. به عبارت دیگر، اگر مظروف ظرف اعتباری، به شخصیت اشخاص و یک شیء مشخص و عین خارجی پیوسته باشد، ظرف آن عهده است و در برابر، اگر مظروف ظرف اعتباری، مال کلی باشد که تشخص خارجی ندارد، ظرف آن ذمه نامیده می‌شود.

تعریف ذمه و عهده از باب غصب در فقه امامیه [۵۹۱، ۱۴] گرفته شده است. آن جا که عین مغضوب موجود باشد، می‌گویند عین در عهده غاصب است و اگر عین تلف شده باشد، می‌گویند عین در ذمه غاصب قرار دارد، زیرا عین قبل از تلف، یک شیء خارجی است و بعد از تلف، مثل یا قیمت است که می‌تواند مصادیق زیادی در عالم خارج داشته باشد. تفاوت معنای ذمه و عهده، تفاوت دو مفهوم مدیونیت و مسئولیت را به وجود می‌آورد به این معنا که اگر موضوع التزام بین دو نفر، دین باشد که بر ظرف ذمه قرار گرفته است، "مدیونیت" و اگر موضوع التزام، انجام فعل باشد که بر ظرف عهده تشخص قرار می‌گیرد، "مسئولیت" نام دارد. مدیونیت در کلام فقها به معنای "ضمان" به کار

برده می‌شود و مسئولیت نیز به معنای "تعهد" است. از این‌رو، بر خلاف نظر بیشتر حقوقدانان، باید بین دو مفهوم مدیونیت و مسئولیت تفاوت گذاشت، دائن را از متعهدله و مدیون را از متعهد جدا کرد.

تفاوت عملی این دو مفهوم در این است که اگر به هنگام انعقاد عقد بیع (تملیک و تملک)، عین خارجی حاضر نبوده و مبیع از نوع کلی باشد، آیا تملیک و تملک تحقق پیدا می‌کند یا عقد بر مبنای تعهدی انجام می‌شود که موضوع آن تملیک مصداق تعیینی در آینده است؟ در فقه اسلامی مسلم است که "مالکیت" مفهومی عام و گسترده دارد، منحصر در عین خارجی نشده، به "مال کلی" و "موجود در ذمه" نیز تعلق می‌گیرد و به همین دلیل، کلی فی الذمه در باب ضمان، قابلیت نقل و انتقال دارد [۱۴، ۵۹۱]. بنابراین، از نظر فقها، مالکیت امری اعتباری است که فرد را به اموال ارتباط می‌دهد و تفاوتی بین عین شخصی و عین کلی در ذمه وجود ندارد [۸، ۲]. در بیع لازم است که مبیع عین باشد و تفاوتی میان عین موجود در خارج یا کلی در ذمه با بیع و کلی در ذمه‌ی غیر با بیع نیست [۴، ۲۷]. عرف نیز مالکیت بر مال موجود در ذمه را تأیید می‌کند و آن را قابل خرید و فروش می‌داند [۴، ۱۱۳]. قانون مدنی هم مالکیت ما فی الذمه را پذیرفته است (ماده ۳۵۰) و در تعریف بیع مال کلی، بحثی از قبض و اقباض به عنوان شرط صحت به میان نمی‌آورد.

بنابراین، عقلا و فقها در مواردی که به جعل تملیکات نیاز پیدا کرده‌اند، اما عین خارجی در دسترس نبوده است، ظرفی به نام ذمه اختراع کرده‌اند تا بتوانند وجود اموالی را در آن فرض کنند. اموالی که در حقیقت مفاهیم خارجی اند و معنای حرفی در آن‌ها لحاظ شده است.

در مواردی که عین خارجی وجود ندارد و نیازمند جعل تملیک هستیم، مالکیت بر معنای حرفی و ذمی آن، با این لحاظ که ذمه آئینه خارج است، منعقد می‌شود. به عنوان مثال، اگر الف ۱۰ تن برنج بدهکار باشد، این ۱۰ تن برنج، مالی نمادین و آئینه‌ای از مفهوم برنج در عالم خارج است. بدون تصور وجود نمادین و ذمی این ۱۰ تن برنج نمی‌توان وجود آن را که وجود خارجی نیست، تصور کرد. تملکات ذمی همان چیزی است که در عرف و کلام فقها به "شغل ذمه" معروف است و از عین کلی فی الذمه به "دین" و از مالک به "دائن" و از متعهد به "مدیون" تعبیر می‌شود.

ذمه ظرف اموال کلی است نه خارجی، برخلاف عهده که ظرف مسئولیت‌ها و

تعهداتی است که بر یک شخص قرار می‌گیرد. در اشتغال عهده، تفاوتی بین حالتی که تعهدات از طرف خود شخص جعل شده باشد، مثل نذر یا از سوی قانونگذار و به شکل قانونی تعیین می‌شود مثل پرداخت نفقه اقارب (ماده ۲۰۶ ق.م) وجود ندارد. از نگاه قانونگذار، نفقه زوجه از جنس دین و نفقه اقارب از جنس تکلیف و عهده است.

در نگاه نخست، ذمه طرف اعیان کلی و عهده طرف اعیان خارجی و معین است؛ اما برخی بر این باورند که عهده در معنایی ظرف اعیان کلی نیز می‌باشد. به عنوان مثال، اگرچه دین (عین کلی در ذمه) در مرتبه اول در ذمه مدیون مستقر و ثابت است، اما در مرتبه دوم بر بدهکار واجب است که آن را ادا کند. بنابراین، دین دارای دو مرتبه اشتغال ذمه و دیگری تعهد به ادای دین است. از این رو، می‌توان مدعی شد نسبت میان مفهوم ذمه و عهده، نسبت عموم و خصوص من وجه است [۱۱، ۲].

این نظر خالی از اشکال نیست، زیرا مواردی از اشتغال ذمه وجود دارد که اشتغال عهده در آن نیست. قانونگذار در ماده ۲۶۶ قانون مدنی در تعریف تعهد طبیعی مقرر می‌دارد: "در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد، اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید، دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود." از فحوای این ماده بدست می‌آید که اولاً از نظر قانونگذار از نتایج اشتغال عهده، حق مطالبه است تا به واسطه آن بتوان متعهد را مجبور به انجام تعهد کرد و ثانیاً چنان چه دینی بر ذمه مستقر باشد، اما مشمول معافیت‌هایی از جمله مرور زمان قرار گیرد، مسئولیتی برای مدیون در پرداخت دین وجود ندارد بنابراین، اشتغال عهده از بین رفته و در نتیجه، حق مطالبه‌ای نیز وجود ندارد. در برابر، مواردی را می‌توان یافت که اشتغال عهده وجود دارد، اما حق مطالبه (اشتغال عهده) وجود ندارد. بدین ترتیب، رابطه بین دو مفهوم عهده و ذمه همچون "عموم و خصوص من وجه" است.

برای جداسازی مفهوم ذمه و عهده و اشتغال می‌توان به ماده ۳۱۸ قانون مدنی اشاره کرد که بین مسئولیت غاصبی که مال در ید او تلف شده است و دیگر افراد تفاوت گذاشته است. قانونگذار پس از اشاره به "تعاقب ایادی" در غصب و این که صاحب مال، حق رجوع به هریک از غاصبین را دارد، در بیان آثار غصب مقرر می‌دارد: "هرگاه مالک رجوع کند به غاصبی که مال مغضوب در ید او تلف شده است، آن شخص حق رجوع به غاصب دیگر ندارد؛ ولی اگر به غاصب دیگری به غیر از آن کسی که مال در ید او تلف شده است، رجوع نماید مشارالیه نیز می‌تواند به کسی که مال در ید او تلف شده است رجوع کند و یا به یکی از لاحقین خود رجوع کند تا منتهی شود به کسی که مال در ید

او تلف شده است. و به طور کلی ضمان بر عهده کسی مستقر است که مال مغضوب در نزد او تلف شده است.<sup>۱</sup> مسئولیت غاصبی که مال در دست او تلف شده است از نوع اشتغال ذمه و مسئولیت سایر غاصبین از نوع اشتغال عهده می‌باشد. در این ماده به اشتباه یا مسامحه از ذمه به عهده تعبیر شده است.

با توجه به تعبیری که در فقه اسلامی از ذمه وجود دارد، به سادگی می‌توان به انتقال طلب یا تغییر طلبکار و بدهکار اعتبار حقوقی بخشید. حق مالی در نظام‌های حقوقی غربی به حق عینی و شخصی تقسیم می‌شود؛ حق عینی سلطه افراد بر یک شیء است و حق شخصی (التزام) سلطه افراد بر شخص دیگر است. حقوقدانان ما از حق شخصی به اشتباه به حق دینی تعبیر کرده‌اند [۲۴، ۱۴ و ۱۵]. در نظام حقوق غربی، دین از اقسام حق شخصی است.<sup>۱</sup>

در نظام حقوقی غربی، مالکیت بر دین جایگاهی ندارد و به همین دلیل است که دین از اقسام حق شخصی و التزامات و در کنار تعهدات آمده است. بر این اساس، دین تنها یک التزام شخصی از طرف یک فرد است تا مالی را به دیگری بدهد و چنان چه طرفین این التزام تغییر کنند، التزام نیز تغییر کرده، دینی باقی نمی‌ماند و به همین دلیل، درباره تغییر بدهکار و طلبکار دچار اشتباه شده و آن را نپذیرفته‌اند؛ اما در حقوق اسلامی، دین به معنای التزام نبوده، به معنای مال یا عینی است که بر ذمه مدیون قرار دارد؛ در این صورت، تغییر طلبکار یا بدهکار به معنای از بین رفتن دین نبوده، تنها ظرف اعتباری آن تغییر کرده و منتقل می‌شود.

مالکیت در حقوق ایران با داشتن مبانی اسلامی و فقهی، دارای مفهومی عام و گسترده بوده، منحصر در عین خارجی نمی‌باشد؛ بلکه با اعتبار ظروفی چون ذمه و عهده می‌توان مالکیت دین (عین کلی) را به سادگی پذیرفت [۵۹۱، ۱۴]. بنابراین، از نظر فقها، مالکیت امری اعتباری است که فرد را به اموال ارتباط می‌دهد و تفاوتی بین عین شخصی و عین کلی در ذمه وجود ندارد [۸، ۲].

## ۲-۲- تسلیم، تعهد به تملیک یا تعهد حاصل از تملیک

برای پرداختن به ماهیت تسلیم مال کلی، ناگزیر از پاسخ به این سؤال هستیم که آیا در فرضی که عین کلی، موضوع یک معاوضه و تملیک قرار می‌گیرد، تملیک به محض

۱. در حقوق فرانسه حق دینی و عهده‌ای از مصادیق و اقسام حق شخصی‌اند؛ بنابراین، تقسیم حق به عینی و دینی نادرست است؛ زیرا آن چه در مقابل حق عینی قرار می‌گیرد، حق شخصی است نه حق دینی.



ایجاب و قبول محقق می‌شود یا پس از تعیین و تشخص خارجی آن کلی؟ به عبارت دیگر، آیا تسلیم عمل حقوقی جداگانه و سبب تملیک است یا یک عمل مادی ساده و آیا در موارد و مصادیق مختلف آن، این ماهیت تغییر می‌کند یا نه؟

برخی از حقوقدانان انتقال مالکیت مال کلی فی‌الذمه را چون مال معین به محض ایجاب و قبول محقق می‌دانند (۴، ۱۱۴؛ ۱۸، ۱۱) و در برابر، گروهی تسلیم را سبب تملیک ثمن و مبیع کلی دانسته [۲۵، ۱۷۳؛ ۳، ۳۴۹؛ ۱۲، ۲۹۳؛ ۱۰، ۲۱] و برای تسلیم، ماهیت عقدی [۳، ۳۴۹] و ایقاعی [۳، ۲۱] قائل اند. برخی نیز اگرچه برای تسلیم، ماهیت حقوقی و حقیقت انشایی قائل نشده‌اند، اما تملیک را منوط به تعیین و تسلیم مال کلی می‌دانند به گونه‌ای که انتخاب مصداق کلی از سوی متعهد، کاشف از تملیک در زمان ایجاب و قبول است. این گروه در باب تسلیم عین کلی مقرر می‌دارند: "تسلیم عین کلی با تعهد تملیک آن همراه است ... تملیک نتیجه عقد نخستین و منوط به انتخاب مصداق کلی از سوی متعهد است. این انتخاب به طور معمول با تسلیم انجام یا احراز می‌شود، لیکن تسلیم و پذیرش آن، در حکم داد و ستد نیست و معامله جدید بشمار نمی‌آید" [۲۲، ۳۷]. همچنین، عقد بیع عین کلی را تملیکی دانسته و می‌نویسد: "تعهد ناشی از عقد ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن، به همین اعتبار آن را تملیکی گفته اند" [۱۹، ۳۴].

این نظر از طرفی تسلیم مال کلی را با تعهد به تملیک همراه می‌داند و اثر عقد را موکول به تعیین و تسلیم مصداق مال کلی می‌کند و از سوی دیگر، تسلیم را تنها نوعی انتخاب و تعیین مصداق معرفی می‌کند؛ در حالی که وقتی تعهد به تملیک مالی می‌شود، تحقق این امر اعتباری (تملیک)، قصد و اراده انشایی را می‌طلبد و با یک عمل مادی چون "تعیین مصداق"، محقق نمی‌شود. این تناقض‌گویی آنجا خودنمایی می‌کند که عقد تملیکی را چهره خاصی از عقد عهدی می‌دانند که دین ناشی از آن، به محض ایجاد، اجرا می‌شود؛ اما در مورد عین کلی، این اجرا جز با تعیین مصداق انجام نمی‌شود [۱۹، ۳۴].

با این وجود، روشن است که انتقال مالکیت، اثر فوری عقد بیع است و تفاوتی بین عین کلی و معین وجود ندارد. اگر قابلیت تملیک و تملک عین کلی را پیش از تشخص خارجی، از آن سلب کنیم و قرارداد انتقال عین کلی را در دسته عقود عهدی قرار دهیم، ناگزیر از شناخت ماهیت حقوقی تسلیم هستیم.

تسلیم تنها برای تعیین مصداق کلی است و در همه انواع آن، ماهیتی ثابت دارد و به

جز زمانی که با ماهیت‌های دیگر همراه می‌شود، یک حقیقت بیشتر ندارد. واقعیت این است که اراده در ماهیت تسلیم نقشی ندارد بلکه در تعیین مصداق عین کلی و انتخاب آن مؤثر است و لزوم تعیین مصداق و اذن متعهد به مشتری نباید این توهّم را ایجاد کند که در این گونه موارد، تسلیم یک عمل حقوقی و انشائی است. بنابراین، تسلیم در تمام مصادیق خود یک واقعه حقوقی است [۱۷، ۹۳، ۱۶، ۴۴]. مقبولیت این نظر در آثار فقها به خوبی مشهود است. کاشف‌الغطاء معتقد است: "و جوب تسلیم عین از آثار بیع بعد از وقوع آن است و نه عقد است و نه ایقاع" [۲، ۲۷۹].

این مطلب که لزوم اهلیت برای تسلیم، نشانه انشائی بودن ماهیت آن است (مواد ۲۶۹ و ۲۷۴ قانون مدنی) قابل نقد است؛ زیرا این حکم به منظور جلوگیری از تضییع و تفریط مال محجور بوده و جنبه حمایتی دارد [۲۲، ۸]؛ همچنین، در قانون مدنی مواردی را می‌توان سراغ گرفت که اهلیت برای آن‌ها ضرورت دارد با این که از امور انشائی نیستند؛ مانند اقرار و تقسیم. پس آن چه در فقه و به دنبال آن در قانون مدنی برای آن اهلیت ضرورت دارد، تصرف حقوقی است که مفهومی اعم از عمل حقوقی دارد و نیازمند قصد انشاء نبوده، شامل اموری چون اقرار و افراز نیز می‌شود.

همچنین، لزوم اذن متعهد در تسلیم مال، طریقت دارد و هر طریقی جز کسب اذن که ما را بی نیاز از تصرف در مال غیر کند، در تحقق قبض کافی است. به عنوان مثال، اگر تمام اجزای کلی تلف شود و مقدار باقی مانده به میزان موضوع مورد تعهد باشد، "قبض" مستلزم تصرف در مال متعهد نبوده، بی نیاز از اذن او است.

رویه قضایی در دادگاه‌ها نیز اجازه فروشنده را شرط در قبض مبیع کلی می‌داند. به عنوان مثال، دیوان عالی کشور در حکم شماره ۲۶۶۱-۱۳۱۶/۱۲/۴-شعبه ۱ مقرر می‌دارد: «۱- در قبض مبیع کلی یا منتشر در افراد معدود، اجازه و تعیین فروشنده شرط است و در صورت امتناع او از تعیین، باید به وسیله دادگاه الزام به تعیین شود».

منظور از تسلیم مال کلی فی‌الذمه، زمانی است که آن تکلیف در ذمه شخصی غیر از قابض باشد تا احتیاج به اقباض داشته باشد؛ وگرنه زمانی که در ذمه قابض باشد، قبض و اقباض بر آن صادق نیست و اگر هم بر آن اطلاق شود، منظور جریان احکام قبض است، نه معنای حقیقی آن که محل بحث ماست.

به عبارت دیگر، عمل حقوقی در معنای عام آن، به اعمالی گفته می‌شود که نیازمند اراده و قصد اقدام کننده بوده، شامل اعمال حقوقی انشائی و غیرانشائی می‌شود. اما عمل

حقوقی در معنای خاص خود به اعمال قصدی اطلاق می‌شود که نیازمند اراده انشائی است. هر عمل قصدی، الزاماً ماهیت انشایی ندارد و عمل حقوقی به حساب نمی‌آید؛ چنان که در ماده ۱۲۶۲ ق.م.بلوغ، قصد، عقل و اختیار اقرار کننده از شرایط صحت اقرار به شمار آمده است، حال آن که به صراحت ماده ۱۲۵۹ همین قانون، "اقرار" اخبار به حق است، نه انشاء آن.

به طور کلی تسلیم و تسلّم در عقود معاوضی و مغایبه‌ای مثل بیع، نوعی تصرف حقوقی در معنای عام کلمه و از اعمال قصدی به شمار می‌آیند. در نتیجه، هر تصرفی که نیازمند قصد فاعل آن باشد، نمی‌تواند از شخص فاقد اهلیت صادر شود؛ زیرا تسلیم یا اقباض مبیع به مشتری از سوی صغیر یا مجنون به منزله اسقاط حق حبس است که از حقوق مالی به شمار می‌آید [۴، ۱۲۵] و به همین دلیل، اهلیت شرط وقوع آن است.

### ۳- نقد و بررسی تقسیم حق مالی

حق مالی به عنوان موضوع بخش معاملات در حقوق مدنی، امتیازی دارای ارزش مالی است. از مهم ترین تقسیم‌هایی که از حق مالی در نظام حقوق غربی ارائه شده و در حقوق داخلی نیز مورد استفاده حقوقدانان قرار گرفته است، تقسیم حق مالی به "حق عینی" و "حق شخصی" می‌باشد. "حق عینی" حقی است که شخص بر عین یا شیء دارد و "حق شخصی" حقی است که شخص نسبت به شخص دیگری دارد و می‌تواند فعل، ترک فعل یا پرداخت مالی را از او مطالبه کند.

حق عینی خود مشتمل بر حق عینی اصلی و تبعی است که به ترتیب شامل: عین، منفعت، حق مرتهن نسبت به عین مرهونه می‌شود. حق شخصی نیز با عنوان التزام به دو عنصر مسئولیت و مدیونیت تقسیم می‌شود. مهم ترین و اساسی ترین ایراد به تمام تقسیم‌ها چه در نظام حقوق غربی و چه در حقوق اسلامی این است که توانایی شمول گرایش جدیدی در حقوق مالی با عنوان "حقوق معنوی" یا "حقوق فطری" را ندارند. حقوق معنوی به جهت ویژگی‌های خاص و منحصر به فردی که دارد در هیچ یک از تقسیم‌بندی‌های حق عینی و حق شخصی قرار نمی‌گیرد و جایگاه جداگانه‌ای را در این تقسیم‌بندی‌ها طلب می‌کند.

به باور بیشتر حقوقدانان، مالکیت معنوی یا فکری حقی است که نه به عین تعلق می‌گیرد و نه بر ذمه، بلکه یک مزیت و امتیاز قانونی و غیرمادی است که به صاحب آن

اجازه می‌دهد تا از منافع و شکل خاصی از کار و فکر خود به صورت انحصاری استفاده کند [۸، ۱۳۵؛ ۹، صص ۹۱-۹۳]. موضوع آن جنبه مادی و خارجی ندارد، اما متعلق آن می‌تواند اشیاء و اموال عینی باشد؛ چون موضوع آن ابداعات فکری و کار انسان است، پس منقول است [۲۳، ۱۷۹]. بنابراین، حقوق فکری یا معنوی قابل انطباق بر حق دینی و عینی نیست، اما آثار مادی زیادی دارد.

با توجه به مثال‌هایی که برای حق معنوی در کتب حقوقی و متون قانونی رایج است، شاید بتوان گفت که حق معنوی هم به نوعی، حق عینی است؛ اما نظر به برخی از ویژگی‌ها، حق معنوی دارای احکام خاصی. به عنوان مثال، صاحب حق اختراع یا علامت تجارتي، بر اثر حق خود، دو نوع حق مالکیت دارد: اثری که نوشته شده یا تابلویی که ترسیم شده، ملک نگارنده است؛ مالکیت معنوی که حق تصنیف و انتشار همیشه به نام او باقی می‌ماند [۱۵، ۱۳۶].

مخترع یا دارنده یک علامت تجارتي یا سراینده یک قطعه ادبی، بر خلاقیت، نوآوری تجارتي و ادبی و صنعتی خود حق مالکانه دارد که حاصل آن می‌تواند در هر مالی نمود پیدا کند؛ همچنان که در مصادیق حق مالکیت (ماده ۲۹ ق.م. میان عین و منفعت تفاوت‌هایی وجود دارد. "عین" هر مالی است که یا نمود خارجی دارد یا می‌تواند در آینده ظهور بیرونی پیدا کند؛ اما "منفعت" توانایی‌های موجود در عین است که برآورنده یک نیاز مالی بوده، قابل مبادله با پول نیز می‌باشد، اما هرگز ظهور خارجی ندارد، همچون منفعت یک خانه یا اتومبیل که لحظه به لحظه ایجاد می‌شود و از بین می‌رود؛ حال آن که به صراحت قانونگذار منفعت نیز می‌تواند مورد مالکیت قرار گیرد و آثار مالکیت به عنوان کامل‌ترین حق عینی بر آن بار شود (ماده ۲۹ قانون مدنی). بنابراین، منطقی است که بتوان این حق را برای صاحبان علائم تجارتي، اسم تجارتي، اختراعات، طرح‌های صنعتی قرار داد؛ حقی که حقوقدانان از آن با عناوینی چون: مالکیت تجارتي، صنعتی، معنوی و ادبی سخن گفته‌اند و در متون قانونی نیز از آن با لفظ "مالکیت" یاد شده و درباره دعاوی ناشی از آن، همچنین ضمانت اجراهای آن، به صراحت قانونگذاری شده است. در ماده ۴۶ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب سال ۱۳۱۰ آمده است: رسیدگی به دعاوی مربوط به مالکیت صنعتی اعم از حقوقی و کیفری در دادگاه عمومی تهران به عمل می‌آید.

گذشته از این، مهم‌ترین ایراد تقسیم بندی حق مالی در حقوق غربی این است که

در این نظام‌ها مالکیت بر دین و عمل جایگاهی ندارد؛ زیرا رابطه داین و مدیون با دین در این تقسیم بندی رابطه شخصی است که به اسطه داین می تواند طلب خود را از مدیون مطالبه کند. حق داین بر مدیون، در دسته التزامات و حقوق شخصی قرار می گیرد که برای مدیون تعهد پرداخت دین را ایجاد می کند؛ حال آن که مالکیت در حقوق اسلامی مفهومی عام است که عین، دین و عمل را در بر می گیرد.

در حقوق اسلام دو نوع تقسیم از حق مالی وجود دارد: تقسیم حق به ملک و حق؛ تقسیم حق به عینی و ذمی. با وجود ایرادهایی که بر این تقسیم‌ها وارد است (تعهد بر فعل یا عمل در این تقسیم جایگاهی ندارد)؛ اما برتری آن نسبت به سایر نظام‌های حقوقی در این است که در حقوق اسلام، مالکیت بر دین پذیرفته شده است و حق دینی، یکی از اقسام و شاخه‌های حق عینی به شمار می‌رود؛ زیرا از منظر حقوق اسلامی، "دائن" مالک طلب خود است. ملک در اسلام هم در برگیرنده مالکیت عین و هم مالکیت دین است و بر خلاف حقوق اروپایی که مدیونیت را از مصادیق التزام و حقوق شخصی می‌داند، "دین" در حقوق اسلام رابطه شخص با شی‌ای است که نزد دیگری وجود دارد. در حقوق غربی، حق رهن از شاخه‌های حق عینی است؛ اما در حقوق اسلام، در طبقه بندی حق قرار می‌گیرد [۱۳، ۱۵۵ و ۱۵۶].

رابطه دو نفر با هم چنان چه از نوع غیرمستقیم و با واسطه باشد، در حقوق اسلام "ملک" نامیده می‌شود و اگر مستقیم باشد، از نوع التزام است که در حقوق اروپایی "تعهد به عمل" نامیده می‌شود؛ اما در حقوق اسلام وجود ندارد. ملک و حق در حقوق اسلامی یک ماهیت دارند و تنها تفاوتشان در درجه و میزان سلطه‌ای است که در مالکیت، تام است و در حق، ناقص. اما "در تعهد ادنی درجه‌ای از مالکیت وجود ندارد؛ اگر چه ممکن است متعهدله بر متعهد مسلط باشد، اما این سلطه مالکیت نیست" [۱۳، ۱۵۷].

بدین ترتیب، حق به ملکی و عهدی تقسیم می‌شود. حق ملکی اعم از بالقوه و بالفعل، شامل: حق رهن، حق حبس، حق مالکیت بر عین، منفعت، عمل، دین، تراوشات ذهنی و فکری و... می‌شود. حق عهدی بدون وجود درجه‌ای از مالکیت در آن، به موضوع انجام عمل و تعهدات می‌پردازد [۱۳، ۱۶۸].

### نتیجه‌گیری

در فقه اسلامی، مالکیت مفهومی عام و گسترده داشته، منحصر به عین معین و خارجی

نمی‌باشد و به مال کلی و در ذمه هم تعلق می‌گیرد. بنابراین، مال کلی فی الذمه، قابلیت نقل و انتقال را داشته، می‌تواند موضوع عقد بیع قرار گیرد. در عقود تملیکی، مالکیت اثر فوری عقد است و در متون فقهی، تفاوتی بین مال کلی و معین وجود ندارد و تسلیم به عنوان تعهد فرعی و جانبی حاصل از عقد، یک فعل مادی برای تعیین مصداق کلی است، نه این که انتقال مالکیت منوط به تسلیم باشد تا ناگزیر از شناخت ماهیت حقوقی آن باشیم. تسلیم، نوعی انتخاب و تطبیق عین کلی مورد معامله بر مصداق خارجی آن با اوصاف و ویژگی‌های مشخص شده در قرارداد است. تسلیم نه عقد است و نه ایقاع، بلکه یک واقعه حقوقی است که موضوع احکام خاصی قرار می‌گیرد و می‌تواند شرط وقوع یک عمل حقوقی نیز قرار گیرد.

واقعه حقوقی بودن تسلیم، نافی این نیست که برای تحقق آن نیازمند اهلیت هستیم. رابطه بین اعمال حقوقی و قصد و اراده، رابطه عموم و خصوص مطلق است به گونه‌ای که تمام اعمال حقوقی نیازمند اراده و قصد هستند؛ اما هر عمل قصدی، همیشه ماهیت انشایی نداشته و عمل حقوقی به حساب نمی‌آید.

حقوق غربی از اعتبار دو مفهوم مال کلی و ذمه ناتوان مانده است و در نظریه مادی تعهدات، منظور از مالیت تعهد، اعیان خارجی و اموال است؛ به همین دلیل، نتوانسته‌اند بر بیع عین کلی اثر آنی مالکیت و نقل مالکیت از زمان انشای عقد مترتب کنند؛ در نتیجه، بیع عین کلی را تملیک ندانسته، بلکه از تعهدات به شمار آورده‌اند. مفهوم ذمه را باید به قدری گسترش داد که از انحصار اعیان کلی خارج شود تا هم منافع اعیان و اشخاص (عمل) و هم مایملک اعتباری افراد را در برگیرد. ذمه یک تقدیر شرعی است؛ پس توانایی این را دارد که به جز اموال معنوی دیگران (مال کلی فی الذمه)، اموال معنوی خود شخص، همچون: اموال فکری را هم در خود جای دهد.

## منابع

- [۱]. آل کاشف‌الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹) *تحریرالمجله*، جلد اول، نجف، مکتبه المرتضویه.
- [۲]. آل کاشف‌الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹) *تحریرالمجله*، جلد دوم، نجف، مکتبه المرتضویه.
- [۳]. امامی، سیدحسن (۱۳۸۱) *حقوق مدنی*، جلد ۱، چاپ ۲۲، تهران، اسلامیه.
- [۴]. باقری، احمد (۱۳۸۴) *فقه مدنی - عقود تملیکی "بیع و اجاره"*، چاپ ۱، تهران، سمت.
- [۵]. باقری، احمد (۱۳۸۲) *بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی (سقوط تعهدات)*، ج ۱، تهران، انتشارات آن.
- [۶]. جوانمردی، ناهید (۱۳۸۵) *ماهیت وفای به عهد و بررسی مصادیق آن*، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۴، سال ۳، صص ۴۵-۶۸.

- [۷]. جعفری فشارکی، محمد (۱۳۸۱) ماهیت حقوقی وفای به عهد، نشریه خبرنامه کانون وکلای دادگستری - منطقه اصفهان، شماره پیاپی ۲، سال ۱، صص ۹-۲۲.
- [۸]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۶) ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات ابن سینا.
- [۹]. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۴۹). حقوق تجارت، جلد ۱، تهران، نشر مؤلف.
- [۱۰]. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳) سقوط تعهدات، چاپ ۶، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- [۱۱]. صدر، سید محمدباقر (؟)، جزوه درسی حواله، تقریر سید علی حائری، دانشگاه قم.
- [۱۲]. صفایی، حسین (۱۳۵۱) حقوق مدنی - تعهدات و قراردادهای، جلد ۲، تهران، مؤسسه عالی حسابداری.
- [۱۳]. صغیری، اسماعیل (۱۳۹۱). جزوه درسی فلسفه حق، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز.
- [۱۴]. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۶) عروه الوثقی، جلد ۲، چاپ ۴، قم، دارالتفسیر (اسماعیلیان).
- [۱۵]. عرفانی، محمود (۱۳۸۱). حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ ۱، تهران، نشر میزان.
- [۱۶]. علی احمدی جشفقانی، حسین (۱۳۷۵) اجرای تعهد قراردادی، چاپ ۱، ورامین، انتشارات برهمن.
- [۱۷]. قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۷۷) تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۹، صص ۱۱۸-۸۷.
- [۱۸]. قنبری، محمدرضا (۱۳۷۲) مجموعه مقالات حقوقی، چاپ ۱، تهران، گنج دانش.
- [۱۹]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- [۲۰]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶) قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱، چاپ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- [۲۱]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶) قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۳، چاپ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- [۲۲]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶) قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۴، چاپ ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- [۲۳]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۲) مقدمه علم حقوق، چاپ ۵، تهران، اقبال.
- [۲۴]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲) حقوق مدنی، اموال و مالکیت، جلد ۲، چاپ ۷، تهران، میزان.
- [۲۵]. کیائی، عبدالله (۱۳۸۴) قانون مدنی و فتاوی امام خمینی (ره)، جلد ۱، چاپ ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره) و سمت.
- [۲۶]. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۷) اندیشه‌های حقوقی (۲) حقوق مدنی و کیفری، به کوشش ابوالفضل احمدزاده، چاپ ۱، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- [۲۷]. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۰۲) مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۱۷، نجف، مطبعه الآداب.
- [۲۸]. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۶۵) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۸، چاپ ۸، تهران، دارالکتب الاسلامیه.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی