



The Special Role of "Obligation" in Proving Duties Between the Credit Containers of Obligation and Property in Iranian Jurisprudence and Law

Ali Shariati Mehr¹, Ebrahim Abdipour^{2*}, Ebrahim Delshad³.

1. PhD student of private law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

2. Professor of Private Law Department, University of Qom, Qom, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 181- 202

Article history:

Received: 26 Jul 2022

Edition: 10 Oct 2022

Accepted: 13 Dec 2022

Published online: 1 Jul 2023

Keywords:

Responsibility, Property, Assignments, Responsibility, credit Containers,

Corresponding Author:

Ebrahim Abdipour

Address:

Iran, Qom, Qom University,
Department of Private Law.

Orchid Code:

0000-0002-4774-6497

Tel:

09164467459

Email:

rabdipour@yahoo.com

ABSTRACT

Background and Aim: From a long time ago, the terms of liability and obligation in the Islamic legal system have been known to regulate the credit and financial relationships of individuals, and in Western law, in the 19th century, a term of property with the same purpose was invented by French jurists.

Materials and Methods: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

Findings: The Civil Code of Iran has included the rights of obligations under the title "in property" and despite the use of the mentioned vessels in the expression of its provisions, it has not explicitly mentioned their role and nature.

Ethical Considerations: In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Conclusion: Although the container has less than the previous duty in the language of jurists, it has a special place in terms of the role of communication between other containers in realizing some important legal effects and also creating a balance between the property of the creditor and the debtor.

Cite this article as:

Shariati Mehr A, Abdipour E, Delshad E. the Special Role of "Obligation" in Proving Duties Between the Credit Containers of Obligation and Property in Iranian Jurisprudence and Law. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۲

نقش خاص «عهد» در ثبوت تکالیف میان ظروف اعتباری ذمه و دارائی در فقه امامیه و حقوق ایران

علی شریعتی‌مهر^۱، ابراهیم عبدی پور^۲، ابراهیم دلشاد^۳

۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۲. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: از دیرباز ظروف اعتباری ذمه و عهد در نظام حقوقی اسلام برای تنظیم روابط اعتباری و مالی اشخاص شناخته شده و در حقوق غرب نیز در قرن نوزدهم میلادی ظرف دارائی با همان اهداف توسط حقوقدانان فرانسوی ابداع گردید.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: قانون مدنی ایران حقوق تعهدات را زیر عنوان «در اموال» آورده و با وجود به کارگیری ظروف مذکور در بیان مقررات خود صراحتاً اشاره‌ای به نقش و ماهیت آنها ننموده است.

نتیجه‌گیری: ظرف عهد با وجود آنکه از ذمه سابقه کمتری در لسان فقها دارد اما به لحاظ نقش ارتباطی میان سایر ظروف در تحقق برخی آثار مهم حقوقی و نیز ایجاد موازنه میان دارائی طلبکار و بدهکار جایگاه ویژه‌ای دارد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۸۱-۲۰۲

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۴

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۰۷/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۲۲

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۱۰

واژگان کلیدی:

عهد، ذمه، دارائی، ظروف اعتباری، تکالیف

نویسنده مسئول:

ابراهیم عبدی پور

آدرس پستی:

ایران، قم، دانشگاه قم، گروه حقوق خصوصی.

تلفن:

۰۹۱۶۴۴۶۷۴۵۹

کد ارکید:

0000-0002-4774-6497

پست الکترونیک:

rabdipour@yahoo.com

۱. مقدمه

زندگی بشر در اجتماع و روابط طرفینی او با سایر اشخاص سبب گردید که نظامها و مکاتب حقوقی از یکسو انسان را به عنوان موضوع حق بشناسند و از سوی دیگر نظم اجتماعی ایجاد می‌نمود که اشخاص در روابط خود با دیگران و در جهت موازنه و تعادل اجتماع، تکالیفی را برعهده بگیرند. لازمه روابط طرفینی و حفظ نظم و تعادل اجتماعی اجرای تکالیفی می‌باشد که بر عهده اشخاص استقرار یافته است. لذا از آنجا که روابط حقوقی روابطی مبتنی بر اعتبار و تأیید شارع و قانونگذار می‌باشند و از جهتی نیز از قوه ادراکات بیرونی و قواعد طبیعی و فیزیکی خارج هستند از دیرباز فقها برای به نظم در آوردن این روابط، ظروف اعتباری را ابداع نموده‌اند. بعدها نیز حقوقدانان غربی نیز از همین رویه پیروی نموده و ظرف اعتباری دارائی را در جهت نظم بخشی و استقلال موجودات و موقوفات اعتباری از اشخاص پیرامون آن خلق نمودند.

از این رو در فقه دو ظرف اعتباری ذمه و عهده مشهور هستند ولی «ذمه» نسبت به «عهده» از سابقه بیشتری برخوردار می‌باشد دلیل آن هم این است که برخی از فقها اساساً قائل به انفکاک ذمه و عهده نیستند و معتقدند ذمه هم حاوی دیون می‌باشد و هم احکام تکلیفی. با این حال نمی‌توان ظرف اعتباری عهده را نادیده گرفت زیرا این ظرف نقش اساسی و مهمی را در موازنه میان موقوفات اعتباری استقرار یافته و در راستای وصال دارائی ذیحق به متعلق خود ایفاء می‌نماید. در فقه علاوه بر ذمه و عهده، ظرف اعتباری دارائی هم وجود دارد. با اینکه نام این ظرف بطور مشخص در عبارات فقهی دیده نمی‌شود اما از لابه‌لای برخی اصول و قواعد مانند اصل عدم

ولایت و تسلیط و نیز قاعده منع تملیک قهری و یکجانبه و همچنین قاعده منع اجتماع عوض و معوض در یک دارائی، می‌توان به وجود چنین ظرفی پی برد. مضافاً وضعیت حقوقی ترکه بعد از فوت نیز مبین لحاظ چنین ظرفی در میان فقها می‌باشد.

استقرار موقوفات یعنی مافی الذمه و ما فی العهده ممکن است حالات مختلفی مانند تعلیق یا تزلزل و غیره داشته باشند اما آنچه در این خصوص اهمیت دارد وجود یک نوع حالت انتظار در دارائی ذیحق است که به واسطه وجود حق مالی برای او ایجاد شده و انتظار الحاق و انتقال متعلق خود را که در دارائی بدهکار است می‌کشد. این ساز و کار در روابط طرفینی و معوض نیز وجود دارد که سبب ایجاد یک نوع کشش و جاذبه میان دو دارائی می‌گردد و مبنای تحرک و جایجائی اعتباری و مادی موقوفات می‌باشد. در میانه دو دارائی ذیحق و بدهکار نیز دو ظرف اعتباری ذمه و عهده وجود دارند که «عهده» نقش رابط میان این ظرف را ایفاء می‌نماید به گونه‌ای که نقش حیاتی آن سبب می‌گردد در عالم اعتبار موقوفات از دارائی بدهکار به دارائی ذیحق از دو جنبه اعتباری و مادی انتقال یابند. این امر در نهایت موجب موازنه میان موقوفات ظروف اعتباری خواهد شد.

اما آنچه در خصوص ظروف اعتباری اهمیت دارد کیفیت استقرار موقوفات آن است؛ زیرا همانطور که گفته شد نقش اساسی ظروف اعتباری نظم بخشی روابط حقوقی مالی اشخاص می‌باشد. از این رو موجودات اعتباری که در فضای این ظروف قرار می‌گیرند به نوعی سبب رقم خوردن آثار روابط مالی هستند که اشخاص آن را در عالم خارج برای خود رقم زده‌اند. بنابراین ایجاد حقوق

مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

۴. یافته‌های تحقیق

یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد که، اولاً قانون مدنی ایران حقوق تعهدات را زیر عنوان «در اموال» آورده و با وجود به کارگیری ظروف مذکور در بیان مقررات خود صراحتاً اشاره‌ای به نقش و ماهیت آنها ننموده است. ثانیاً ظرف عهد با وجود آنکه از ذمه سابق کمتری در لسان فقها دارد اما به لحاظ نقش ارتباطی میان سایر ظروف در تحقق برخی آثار مهم حقوقی و نیز ایجاد موازنه میان دارائی طلبکار و بدهکار جایگاه ویژه‌ای دارد.

۵. بحث

۵-۱. معرفی ظروف اعتباری و جایگاه خاص عهد در میان آنها

در ارتباط با این بحث و شناخت ظروف اعتباری، ابتدا باید عنایت داشت که تدوین کنندگان قانون مدنی در کنار فقه، نگاهی به چهارچوب‌های نظام حقوقی رومی-ژرمنی نیز داشته‌اند؛ ما نیز در قسمتی از بحث، اشاره‌ای گذرا به موضع نظام حقوقی رومی-ژرمنی خواهیم داشت. به طور کلی، مباحث حقوقی به دو بخش حقوق تعهدات و حقوق اموال تقسیم می‌گردند. در فقه با وجود غلبه نگاه موضوعی بر نگاه شخصی و فردی، این نوع تقسیم‌بندی ملاحظه نمی‌گردد. برخلاف حقوق نوشته (رومی ژرمنی) تقسیم بندی مجزا و تفکیک شده‌ای تحت عنوان فقه تعهدات یا فقه اموال وجود ندارد. در حقوق ایران نویسندگان قانون مدنی در تقسیم بندی مباحث این قانون و در «جلد اول» مباحثی کلی به حقوق اموال اختصاص داده‌اند. اما مباحث مرتبط با حقوق تعهدات با وجود الگو پذیری از فقه، تحت عنوان

قانونی برای ذیحق در دارایی منوط به کیفیت استقرار آن در «دارایی»، «ذمه» و یا «عهد» متعهد و مکلف می‌باشد. لذا مبنای انتظار دارایی ذیحق، وجود حق منجز و مستقر در آن است که این استقرار با لحاظ اصل موازنه میان مضرورات دو دارایی تبیین و تفسیر می‌گردد.

در تحقیق حاضر سعی بر آن است ضمن معرفی ظرف اعتباری عهد به دو پرسش پاسخ داده شود اولاً: مبنای استقرار و آثار حقوقی ناشی از عدم استقرار مافی‌العهد چیست؟ ثانیاً: کیفیت و نقش آفرینی عهد در میان سایر ظروف اعتباری در تحقق برخی آثار مهم حقوقی چگونه تبیین می‌گردد؟ فرضیه‌ای که در پاسخ به این پرسش‌ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت این است که، ظرف عهد با وجود آنکه از ذمه سابقه کمتری در لسان فقها دارد اما به لحاظ نقش ارتباطی میان سایر ظروف در تحقق برخی آثار مهم حقوقی و نیز ایجاد موازنه میان دارائی طلبکار و بدهکار جایگاه ویژه‌ای دارد. در نتیجه، هدف اصلی از پژوهش حاضر بررسی نقش خاص «عهد» در ثبوت و اجرای تکالیف و ایجاد موازنه میان ظروف اعتباری ذمه و دارائی در فقه و حقوق ایران می‌باشد.

۲. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۳. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با

وجود دارد موضوع آن را با لحاظ مصادیق انجام می دهند. (باریکلو، ۱۳۹۰، ص ۵۴)

یکی از مفاهیمی که قرابت بسیاری با ذمه دارد اصطلاح «عهده» می باشد که در فقه نیز بسیار به کار رفته است. در فقه علیرغم اینکه واژه‌ی «عهده» را در موارد مختلف به کار برده‌اند اما در خصوص مفهوم آن اتفاق نظر وجود ندارد. منشا اختلاف در قرابت یا یکسانی مفهوم ذمه با عهده و یا تفاوت این دو با یکدیگر است. گروه نخست، بدون آنکه تفاوتی در محتویات ذمه و عهده قائل شوند با یک نگرش به ماهیت ظرف بودن این دو آنها را یک فضای اعتباری توصیف می کنند که اعتبار خود را برگرفته از شرع و بناء عقلا دانسته و قادرند هر چیزی از قبیل عین خارجی، کلی و حتی شخص مکفول در عقد کفالت را در خود جای دهند. (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۸۹ و ۹۰ و ۲۹۲ و موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۸) بنابراین گروه اول ذمه و عهده را با اینکه ظرف اعتباری می دانند ولی از حیث محتویات تفاوتی برای آنها قائل نبوده و معتقدند این ظروف اعتباری قادرند هر چیزی را در خود جای دهند.

گروه دوم با پذیرش ملاک و منشاء اعتبار ذمه و عهده معتقدند درست است که منشاء اعتبار هر دو شرع و بناء عقلا می باشد. ولی این دو از حیث محتویات با یکدیگر یکسان نبوده و متفاوتند هر چند ممکن است منشاء انتزاع آن ها عالم خارج باشد یا نباشد. بنابراین معتقدند ذمه ظرفی است که در آن اموال کلی قرار می گیرد و اعتبار می شود ولی عهده ظرفی است که در آن اعیان خارجی و یا به تعبیری مالی را که به واسطه‌ی تشخیصات عینی مقید گردیده، اعتباراً قرار می گیرد. (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸، ص ۳۲۷ و نوری، ۱۴۱۴، ص ۲۱) پس گروه دوم برخلاف گروه اول ضمن

«عقود و معاملات و الزامات» و همچنین مبحث «عقود معینه...»، ذیل عنوان کلی «در اموال» آورده‌اند. جمع شدن همه مباحث مرتبط با حقوق اموال و تعهدات در ذیل یک عنوان مستلزم تلفیق مبانی اعتباری هر دو نظام حقوقی نیز می باشد در نظام حقوقی اسلام برای نظم بخشی به روابط مالی حقوقی دو ظرف اعتباری «ذمه» و «عهده» توسط فقها ابداع و مبنای تنظیم روابط پیرامون آن را براساس قواعد مربوط به احکام وضعی و تکلیفی تعریف و تبیین نموده‌اند. لذا به نظر می رسد نویسندگان قانون مدنی براساس همین مبنا تعهدات را ذیل عنوان «در اموال» آورده‌اند.

در خصوص ماهیت ذمه در فقه دو دیدگاه وجود دارد نخست، با اتصاف وصف ذمه به شخص آنرا همانند اهلیت وابسته و قائم به شخص تلقی نموده اند که به نوعی دیدگاهی شخصی محسوب می شود. دیدگاه دوم، دیدگاهی موضوعی بوده و برای ذمه اصلاتی موضوعی قائل شده و آنرا اعتباراً ظرفی دانسته‌اند که قادر است اموال را در خود جای دهد. (شهید اول، ج ۲، ۱۴۰۰، ص ۱۳۵ و حکیم، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۱۷۶ و حائری، ۱۴۲۳، ص ۵۳ و ۵۴) اصطلاح ذمه در مواد متعددی از قانون مدنی نیز به کار رفته است از جمله مواد ۲۹۱، ۲۹۷، ۳۲۱، ۳۲۲، ۷۰۷، ۷۲۴ و... با این حال تعریفی از ذمه در قانون مدنی ارائه نشده است. به همین جهت برخی با پذیرش ظرف بودن ذمه، آن را محلی (وعاء اعتباری) برای موضوع التزاماتی می دانند که متعلق آن می تواند امور معنوی یا مادی باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۹) همچنین ذمه را محلی می دانند که در زمان ثبوت و ایجاد، دیون و تکالیف شخص در آن اعتبار می شود؛ آنگاه در زمان اجرا طبق آنچه که در ذمه

بود به رها یافتن از قید شخص سوق پیدا نمود به گونه‌ای که به هدف اصلی ظروف اعتباری که همانا نظم بخشی اعتباری موجودات حقوقی و قابلیت نقل و انتقال آنهاست نزدیک شد همان هدفی که سابقاً فقها با خلق ظرف ذمه و عهد به آن دست یافته بودند. با این تفاوت که در ذمه اموال خارجی قرار نمی‌گیرد اما در دارایی همه اموال خارجی و غیر آن اعم از ایجابی (حقوق) و سلبی (تکالیف) در آن مستقر می‌شود. (حائری، پیشین، ص ۵۴)

با این حال به نظر می‌رسد از آنجا که ذمه ظرف دیون است و از لحاظ فقهی دین نوعی مال تلقی می‌گردد نمی‌توان تعهد و دین را یکی دانست از این رو ذمه با دارائی قرابتی ندارد اما عهد به جهت آنکه محل استقرار احکام تکلیفی می‌باشد و تعهد نیز حکمی تکلیفی محسوب می‌شود لذا از جهاتی می‌توان عهد و دارائی را به یکدیگر نزدیک دانست. بنابراین ظرف عهد در میان ظروف اعتباری جایگاه خاصی دارد هم به ذمه نزدیک است هم به دارائی در مفهوم غربی، به همین دلیل نقش رابط را در میان دارائی و ذمه ایفاء می‌نماید.

۵-۱-۲. اقسام ضمان و آثار آن در فقه

ضمان به معنای «التزام به پرداخت دین ثابت در ذمه یا احضار نفس دیگری» است که سبب آن گاهی، عقد و گاهی امور دیگر از قبیل غصب و اتلاف و تسبیب است تا منافع مشروع افراد در تعهدات مالی تامین شود. به عقیده فقهای امامیه، لغت ضمان مشتق از «ضمن» است و وجود حرف «نون» در کلیه مشتقات آن، مانند ضامن، ضمین، مضمون، تضامن، و تضمین مؤید این ادعاست و چون ضمن به معنی طی و خلال چیزی است، ضمان، دلالت بر نقل ذمه می‌کند و سبب می‌شود

تأکید بر اعتباری بودن ذمه و عهد معتقدند تفاوت اصلی در محتویات آنها می‌باشد و از حیث ظرف بودن تفاوتی میان آنها نیست.

در خصوص مافی‌العهد یکی از اعمال و تکالیفی که بر عهده‌ی شخص مستقر می‌شود تکلیف به رد عین اعم از عین خارجی و عین کلی است. این امر در اثر ایجاد وضعیتی برای شخص به وجود خواهد آمد. که حاصل تصرف نامشروع او بر عین متعلق به دیگری می‌باشد. در واقع نوعی التزام شخص در مقابل شخص محسوب می‌شود که در حقوق غرب به رابطه انسان به انسان و حق شخصی تعبیر شده است. (حائری، پیشین، ص ۵۳) همچنین عهد ظرف تعهدات یا تکالیف غیر مالی نیز می‌باشد. زیرا الزام به تمکین زوجه به عنوان یکی از تکالیف زوجین از مصادیق بارز آن خواهد بود (مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۸ قانون مدنی) علاوه بر آن با توجه به تفاوت عالم اعتبار با عالم ماده نباید عهد را ظرفی برای اعیان خارجی تلقی کرد زیرا این امر مستلزم خلط ماهیت این دو عالم است لذا باید عهد را ظرفی اعتباری حاوی تکالیفی دانست که انجام آن بر انسان لازم می‌شود و برای طرف مقابل ایجاد حق الزام کند خواه تکلیف به رد عین خارجی باشد خواه تکلیف به رد مال کلی.

از میان ظروف اعتباری دارایی دو مفهوم عرفی و حقوقی است. در عرف مردم آن کسی که ثروتمند و دارای مال و منال است را به عنوان شخصی دارا شناخته و برعکس کسی که فاقد هر گونه مال باشد را ندار می‌شناسند بنابراین در دیدگاه مردم مفهوم دارایی چیزی جز ثروت نیست. اما مفهوم حقوقی آن زاییده یک نوع تفکر تغییر یافته از مکتب شخصی به مکتب مادی در حقوق فرانسه است. این تغییر از وابستگی بی قید و شرط دارایی که مبتنی بر غلبه دیدگاه شخصی

فقهی و در معنای مصدری متعلق التزام یا امر مادی است یا امر اعتباری؛ که در این صورت و در فرض اخیر به واسطه ی اراده‌ی شخص یا به حکم قانون در عهده‌ی او ثابت می‌شود. و موضوع آن نیز تسلیم مال یا عمل اعم از فعل یا ترک فعل خواهد بود. (همان) این تفکیک برگرفته از دو نوع دیدگاه می‌باشد.

مفهوم مصدری تعهد که آن را مترادف با عقد دانسته‌اند، با در نظر گرفتن دیدگاه شخصی تعریف می‌شود. از اینرو فقها به دلالت التزامی عقد را صرف نظر از موضوع، ناشی از دو التزام و نیز التزام را به معنای پایبندی به مفاد آن می‌دانند. (نائینی، ۱۳۷۳، ص ۱۹۸ و شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۰۹ و ۵۱۰ و بهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۷۴ و ۸۸) البته التزام به معنای مصدری صرفاً با رویکرد شخصی تبیین نمی‌شود؛ بلکه آنجا که بحث از متعلق التزام به میان می‌آید، رویکرد از شخصی به موضوعی و مادی تغییر خواهد نمود. لذا از این حیث، موضوع التزام در معنای مصدری، مبتنی بر حکم وضعی می‌باشد. در این صورت اگر به معنای به ذمه گرفتن مال کلی باشد مصداق آن حواله یا ضمان است. و اگر مبتنی بر حکم تکلیفی و به معنای بر عهده گرفتن عمل باشد مصداق آن جعاله و کفالت می‌باشد که در هر دو مورد، این نوع التزام با رویکرد و با نگاه موضوعی تبیین می‌گردد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص ۳۱۵ و ۳۸۶ و شهیدثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۱۳ و ۱۴۹ و عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۳۹۰ و ۴۱۳ و ۵۶۳ و نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۲۶ و ۱۸۵) بنابراین در نگاه موضوعی ظرف عهده محلی است برای التزامی که متعلق آن مال یا عمل می‌باشد.

همین حالت در خصوص التزام با کاربرد اسم مصدری نیز حاکم است چون در این نوع کاربرد

که ذمه مدیون اصلی، ضمن ذمه ضامن قرار گیرد. محقق عاملی در این باره می‌گوید: «ضمان در نزد ما، همان طور که علامه در تذکره و شهیدین و دیگران گفته‌اند، مشتق از «ضمن» است؛ زیرا مالی را که در ذمه قرار دارد، ضمن و خلال ذمه دیگری قرار می‌دهد، یا به این علت که ذمه ضامن متضمن حق می‌شود. پس «نون» در این کلمه اصلی و جزء کلمه است. بنابراین، ضمان موجب انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر می‌شود» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۷۱-۱۵). اما فقهای اهل سنت معتقدند: «ضمن مشتق از ضم است و «الف» و «نون» آن زائد است؛ همان طور که در دوران و جریان (واژه‌هایی که حاوی مفهوم حرکت و دگرگونی است) الف و نون زائد است و بنابراین، معنی ضمان، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی است» (عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱۰-۲۱۱).

۵-۲. مبنای استقرار مافی العهده

ثبوت و استقرار ما فی العهده در فضای ظرف اعتباری به عنوان جایگاه احکام تکلیفی به لحاظ مبنایی اساساً برگرفته از تقابل و گاهی تعامل دیدگاه‌های شخصی و موضوعی و همچنین مفاهیم مصدری و اسم مصدری است. در تبیین مفاهیمی مانند تعهد و یا التزام دو مکتب شخصی و مادی تاثیرگذار می‌باشند. این دو دیدگاه نه تنها در حقوق نوشته بلکه در نظام حقوق اسلام نیز سایه افکنده و بسیاری از مباحث تعهدات و حقوق مالی متأثر از همین دو دیدگاه هستند. از لحاظ فقهی نیز تعهدات یا التزامات به دو معنای مصدری و اسم مصدری تقسیم می‌شوند. (عبدی پور و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۸۹) که بررسی این دو معنا می‌تواند به بیان مبنای استقرار ما فی العهده در ظرف اعتباری عهده کمک کند. از دیدگاه

مسبق به اشتغال عهده را ضمان عهدی و حق ناشی از آن را حق مطالبه یا وجوب حقی می نامند. (محقق داماد، تقریرات درس فقه استدلالی نقل از قربانیور، ۱۳۹۱، ص ۳۷ و ۳۸ و ۴۷) با این حال برخی التزامات مسبوق به حکم وضعی نیستند و به عنوان تکلیف محض شناخته می شوند بدون آنکه برای طرف مقابل ایجاد حقی بنماید. نفقه‌ی اقارب که به دلیل عدم ثبوت در ذمه یک نوع الزام قانونی می‌باشد این گونه است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۹۴ و عاملی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۴۸۴)

۵-۲-۱. وابستگی حق و تکلیف در مرحله وجودی (ثبوت)

میان حق و تکلیف در فضای ظروف اعتباری یک نوع پیوستگی و وابستگی وجود دارد به گونه‌ای که در یک رابطه حقوقی دو طرفه، یک سو صاحب حق و در سوی دیگر شخصی ایستاده که به حکم قانون یا قرارداد مکلف است موضوع حق را برای ذیحق اجرا نماید. در همین راستا شخصی که به عنوان ذیحق شناخته می‌شود دارای حق مالی خواهد بود که برخی آنرا با تمرکز بر فلسفه حق به عنوان امتیازی که حقوق هر کشور با هدف تامین نیازهای مادی اشخاص به آنها داده، دانسته اند. (حیاتی، ۱۳۸۸، ص ۳۷) و عده‌ای دیگر آنرا ماهیت اعتباری و امتیازی می‌دانند که به مالی از اموال تعلق گرفته است (باریکلو، ۱۳۹۰، ص ۹۹) در هر حال این حق که به آن حق مالی گفته می‌شود یکی از اجزاء دارایی می‌باشد. و محل آن در قسمتی واقع شده که دارایی در حالت انتظار برای الحاق متعلق به خود به سر می‌برد؛ ولی موضوع و متعلق این حق در دارایی طرف مقابل است. بنابراین حق مالی را باید حقی برای ذیحق در دارایی طرف مقابل دانست به این صورت که

اساساً نگاه موضوعی می‌باشد و تکالیف شخص با لحاظ منشاء آن تعیین می‌گردند. لذا متعلق آن عبارت است از فعل یا ترک فعل و یا تسلیم مال (عبدی پور، پیشین). در حقیقت موضوع التزام در کاربرد اسم مصدری، همان مال یا عملی است که در کاربرد مصدری گفته شد، با این تفاوت که عمل به مفاد التزام در معنای مصدری به معنای پایبندی و عدم رفع یا فسخ امر اعتباری است؛ ولی در معنای اسم مصدری به معنای انجام متعلق آن خواهد بود (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۴۵۳ و نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۳۸۶ و ج ۲، ص ۴ و اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۹۱) بنابراین التزام در رویکرد موضوعی در کاربرد مصدری و در کاربرد اسم مصدری تکلیفی است که در ظرف اعتباری عهده ثابت شده خواه این استقرار به صورت ارادی و در مفهوم مصدری باشد و خواه به حکم شرع در کاربرد اسم مصدری.

مع الوصف به نظر می‌رسد التزام از نظر فقهی و با رویکرد موضوعی نتیجه و اثر ضمان باشد چون آنچه که مسبوق به حکم وضعی مالکیت است یعنی (عین یا دین) ابتدا اگر دین باشد به صورت وضعی در ذمه‌ی مدیون مستقر می‌شود و اگر عین است در عهده‌ی شخص ثابت می‌شود. (رشتی، بی تا، ص ۴۷، و اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۲۵) لذا تا این مرحله، ضمان ثبوتاً ایجاد می‌گردد. آنگاه در مرحله‌ی بعد تکلیف به افراغ ظرف اعتباری به وجود می‌آید که این تکلیف ناظر به مرحله‌ی اجرا و افراغ خواهد بود. بنابراین آنچه به عنوان التزام در فقه مطرح گردیده اغلب حکم تکلیفی وجوب افراغ ظروف اعتباری است چه موضوع آن مال باشد چه عمل. به همین دلیل برخی التزامات مسبوق به اشتغال ذمه را ضمان تملیکی و متقابلاً حق ناشی از آن را حق ذمی و نیز التزامات

ذیحق می‌تواند معادل حق خود را از دارایی‌های مثبت مقابل برداشته و به دارایی خویش ملحق کند.

در مقابل چنین حقی، تکلیفی نیز معادل و در راستای آن وجود دارد لذا او مکلف است آنچه که موضوع حق بوده به دارایی ذیحق ملحق کند. بنابراین حقی را می‌توان حق مالی تلقی نمود که حداقل دو خصیصه داشته باشد؛ نخست، امکان مطالبه از شخص مکلف و دوم امکان برداشت از دارایی او. البته مشروط بر آن که در این خصوص مانعی وجود نداشته باشد. این رابطه دو سویه که ناشی از حق و تکلیف است به عنوان فعلی از افعال مکلفین و از احکام تکلیفی محسوب می‌گردد. (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص ۱۷ و ۱۹) پس اگر حق مطالبه و تکلیفی وجود نداشته باشد در این صورت ارتباط اعتباری میان دارایی‌ها منتفی خواهد بود و اگر ظرف اعتباری عهده نیز وجود نداشته باشد انتقال موضوع حقوق ثابت شده به دارایی ذیحق امکان پذیر نمی‌باشد. به دلیل آنکه ظرف عهده رابطنی مهم میان دارایی ذیحق و شخص مکلف است؛ بنابراین جایگاه آن از دیدگاه فقهی ظرف اعتباری عهده می‌باشد.

حال سوالی که مطرح می‌گردد این است که اگر حق مطالبه به دلیلی از قبیل مانعی قانونی یا قراردادی از بین رفته باشد آیا موضوع حق که در دارایی طرف مقابل است از بین خواهد رفت؟ پاسخ منفی است زیرا موضوع حق درون دارایی مکلف یا متعهد قرار دارد و اگر خودش طوعاً موضوع حق را به دارایی ذیحق ملحق کند صحیح خواهد بود. همین امر در ماده ۲۶۶ قانون مدنی مورد تاکید واقع شده است. بنابراین اگر کسی حق مطالبه‌اش به دلیلی از بین رفته باشد، نمی‌توانیم بگوییم اساساً حقی ندارد. دلیل آن هم

این است که حق ثبوتاً در دارایی ذیحق استقرار یافته و از بین رفتن حق مالی جز با رضایت صاحب حق امکان ندارد. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۴، ص ۷۳) بنابراین حق و تکلیف تا قبل از مرحله اجرا، ثبوتاً به یکدیگر وابسته هستند و آنچه پیرامون انفکاک این دو گفته می‌شود ناظر به مرحله اجرا خواهد بود.

۵-۲-۲. استقلال حق از تکلیف در مرحله

اجرا

غایت و هدف نهائی استقرار حق در دارایی، رسیدن به متعلق آن در مرحله اجراست. اما برخلاف مرحله ثبوت، در این مرحله امکان جدایی حق از تکلیف وجود دارد لذا از جهت تحلیلی می‌توان گفت در چرخه میان دارایی‌ها باید بین دو مسیر تفکیک گردد؛ در مسیر نخست، عهده به عنوان ظرف حاوی موضوع تکلیف میان دو دارایی واقع شده که در یکی از این دارایی‌ها حق مالی موجود اعتباراً انتظار متعلق خود را می‌کشد. آن سو نیز موضوع حق در دارایی بدهکار قرار دارد. بنابراین مسیر نخست شامل دو دارایی می‌باشد که از ظرف اعتباری عهده می‌گذرد. این مسیر که مبین مرحله ثبوت و استقرار حق است حکمی وضعی می‌باشد ولی در مرحله اجرا انتظار دارایی ذیحق با فعل مادی متعهد خاتمه می‌یابد. مسیر دوم مسیری می‌باشد که ذیحق با داشتن حق مطالبه از شخص متعهد انجام تکلیفی که بر عهده او مستقر است را می‌طلبد. در واقع مسیر دوم مبین مرحله اجرای حق می‌باشد. و از آنجا که به فعلی از افعال مکلفین تعلق گرفته حکمی تکلیفی محسوب می‌شود. (فیض، ۱۳۸۹، ص ۱۱۴ و ۱۱۵)

حال در اینجا سوالی مطرح می‌شود که آیا این دو مسیر به یکدیگر وابسته‌اند؟ به عبارت دیگر اگر کسی که حق مطالبه دارد حقتش را به هر دلیلی

شود که سررسید آن برسد به همین دلیل تا قبل از سررسید امکان تهاتر وجود نخواهد داشت. (ماده ۲۹۶ قانون مدنی) همین موضوع از ماده ۳۷۷ قانون مدنی نیز به روشنی قابل استنباط می‌باشد که کانال رابط از عهد به سمت دارائی زمانی گشوده می‌شود که مانع قانونی یا قراردادی (مانند شرط تأجیل) وجود نداشته باشد. از این رو در مورد دیون طبیعی چون عهده‌ای مشغول نیست و به اصطلاح کانال مزبور مسدود است مشمول تهاتر قرار نخواهد گرفت. زیرا از شرایط تهاتر آن است که دو شخص در مقابل یکدیگر هم طلبکار و هم مدیون شوند به عبارت دیگر تهاتر تنها میان دیونی حاصل می‌شود که ذمه و عهده هر یک از طرفین را مشغول کند (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۱۷۳)

بنابراین عهد به عنوان ظرفی عمل می‌کند که از طریق تکالیفی که در آن تعریف شده کانالی ارتباطی بعضاً دو طرفه و بعضاً یک طرفه در چرخه میان دو دارائی ایجاد کند. منظور از رابطه دو طرفه این است که از یک سو تکلیف به اداء و از سوی دیگر حق مطالبه وجود داشته باشد. پر واضح است که بر این رابطه دو طرفه ممکن است قیودی قانونی از سوی قانونگذار مانند مرور زمان، اعسار، ورشستگی، (ماده ۴۱۸ قانون تجارت)، فوت، حجر و خروج از حجر (مواد ۶۲۸، ۶۲۹، ۶۳۰ قانون مدنی) اعمال شود؛ که اثر آن مسدود شدن موقتی و یا حتی دائمی (ماده ۲۶۶ ق.م) کانال ارتباطی مذکور می‌باشد. همین قیود بطور ارادی نیز توسط طرفین قابل اعمال است به عنوان مثال شروطی مانند شرط تأجیل (تأخیر) (ماده ۳۴۱ ق.م) یا شرط تعلیق (م ۶۹۹ ق.م) یا شرط تحدید (ماده ۲۳۰ ق.م) از این قبیل هستند. این قیود بعضاً مانع از تهاتر (ماده ۲۹۶ ق.م) و بعضاً مانع حق حبس (ماده ۳۷۷ ق.م) می‌گردند. گوئی درب خروجی

مطالبه نکند آیا این به منزله از بین رفتن تکلیف به اداء و سبب فارغ شدن عهد او می‌شود؟ در پاسخ باید گفت خیر اگر کسی که حق مطالبه دارد حقش را مطالبه نکند دلیل بر این نیست که تکلیف به اداء از بین رفته است زیرا متعلق و موضوع حق همچنان در دارایی مکلف موجود بوده و خود موضوع تکلیف که انجام عمل و یا تسلیم مال می‌باشد نیز اعتباراً در ظرف عهد قرار دارد بنابراین مسیری که از اتصال ظروف دارایی و عهد می‌گذرد مستقل از مسیری می‌باشد که از آن طریق مطالبه حق یا طلب از شخص متعهد یا مدیون صورت پذیرفته است. پس عهد ثبوتاً حاوی موضوع احکام تکلیفی می‌باشد و عمل مطالبه نیز در مرحله اجرای حقی خواهد بود که در دارایی طلبکار ثابت شده است. لذا تنها در صورت اسقاط از بین خواهد رفت. وگرنه در حالت وجود موانع قانونی یا قراردادی از قبیل شرط تعلیق یا تأجیل اصل حق از بین نمی‌رود. مگر آنکه مانع قانونی به منزله از بین رفتن اصل حق باشد مانند حکم نامشروع بودن آن (بند ۳ ماده ۲۳۲ و ماده ۳۴۸ قانون مدنی) این موضوع اثبات می‌کند مسیر اول (ثبوت حق و تکلیف) و مسیر دوم (اجراء) از یکدیگر منفک می‌باشند و اثر این انفکاک این است که تمامی قیود و شروط و موانع صرفاً به مسیر دوم و اجرا وارد شده و خللی به حقوق ثابت شده در دارایی وارد نخواهد آورد.

۵-۲-۳. اعمال قیود بر مافی العهد

بطور کلی احکام تکلیفی و به تبع آن ظرف عهد را می‌توان به یک کانال رابط میان ظروف اعتباری در فضای عالم اعتبار تشبیه کرد. مثلاً در دین مؤجل تا پیش از سررسید هیچ تکلیفی به اداء وجود ندارد در واقع هیچ کانال ارتباطی با دارائی طلبکار وجود ندارد و زمانی این رابطه ایجاد می

فضای اعتباری عهده را به فضای اعتباری دارائی ذیحق یعنی همان دارائی که انتظار متعلق خود را می کشد بطور موقت یا دائم می بندند.

این کانال ارتباطی و این رابطه گاهی تنها از یکسو باز است مثلاً در نفقه اقارب که به عنوان تکلیف محض شناخته می شود ظرف عهده صرفاً از طرف مکلف مشغول است بدون آنکه در آن سو حق مطالبه‌ای در دارایی ذیحق مستقر شده باشد. (مواد ۱۱۹۶، ۱۱۹۹، ۱۲۰۰ ق.م) عکس موضوع نیز وجود دارد مثلاً حق مطالبه برای ذیحق از یکسو وجود دارد ولی در آن سو عهده صغیری که خسارتی وارد کرده و خودش تکلیف به اداء ندارد مشغول نیست و مسدود می‌باشد. البته قیود مذکور ناظر به مرحله اجرای تکلیف ثابت شده در عهده می‌باشند نه مرحله ثبوت تکلیف؛ زیرا همانگونه که قبلاً گفته شد عهده همانند سایر ظروف اعتباری در وهله اول دارای ظرفیتی جدای از صاحب آن است که تکلیف در آن ثابت می شود.

بنابراین تا این مرحله تفاوتی میان اشخاص دارای اهلیت و فاقد اهلیت نیست زیرا این مرحله همان مسیر اول و ثبوت حق و تکلیف است که اعتباراً میان آنها پیوستگی و وابستگی وجود دارد اما تفاوت در مرحله اجرای موضوع یا مافی العهده می‌باشد که شامل مسیر دوم و اجرای حق و تکلیف خواهد بود لذا در این مرحله اشخاص فاقد اهلیت استیفاء از شمول آن خارج هستند به همین دلیل است که بعد از زوال حجر مانع برداشته شده و تکلیف برقرار می شود (ماده ۶۲۹ قانون مدنی) اما اگر قائل به این باشیم که اشخاص فاقد اهلیت اساساً تکلیفی بر عهده آنها استقرار نمی یابد چنین چیزی نمی‌تواند صحیح باشد زیرا منشأ تکالیف یا قراردادهای هستند یا حکم مستقیم

قانون. در خصوص قراردادهای مطابق بند ۲ ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شروط صحت وجود اهلیت در زمان انعقاد عقد می باشد که از آن پس به دلالت ماده ۲۱۹ قانون مدنی تکالیف (تعهدات) بر عهده طرفین مستقر خواهد شد؛ حال اگر مانع حجر حادث شود اصل تکالیف ساقط نمی‌شود و بر عهده محجور باقی می ماند زیرا تحقق تعهدات یا تکالیف مقارن با انعقاد عقد ایجاد شده است.

همین استدلال در خصوص تکالیف قانونی نیز وجود دارد (ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی) بنابراین عنصر وضعی در ظرف عهده یا همان مرحله ثبوت تکالیف بر عهده شخص منوط به اهلیت وی نیست بلکه آنچه از قیود و اعراض وجود دارد ناظر به مرحله اجرای تکالیف می باشد «قاعده فقهی عدم شرطیه البلوغ (اهلیت) فی الاحکام الوضعیه» مؤید این مطلب است. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۱ و موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۷۳) مضافاً آنچه که ولی یا سرپرست به جای مولی علیه انجام می‌دهد از مال خودش نیست بلکه از دارائی مولی علیه صورت می‌پذیرد و همین موضوع اثبات می‌کند که چرخه ذکر شده در خصوص دارائی‌ها ارتباطی به محجوریت شخص نخواهد داشت. فقط تفاوت در اینجاست اکنون که خود شخص قادر به انجام تکالیف و پایان دادن به انتظار دارائی ذیحق نیست این موضوع را ولی یا سرپرست او انجام می‌دهد و دارائی ولی یا قیم در این چرخه اصولاً دخیل نمی‌باشد. مگر آنکه به حکم قانون عهده وی به دلایلی از جمله تقصیر او نیز مشغول شده باشد که در این صورت جبران آن از دارائی اش انجام خواهد شد. (ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۵۳).

۵-۳. آثار حقوقی عدم استقرار مافی‌العهد

در چرخه ارتباطی میان ظروف اعتباری دو مسیر تفکیک شده از یکدیگر وجود دارند مسیر اول مسیر عالم ثبوت است که در آن چهار ظرف اعتباری قرار دارند. ابتدا ثبوتاً حقی مالی به سببی از اسباب در دارائی ذیحق قرار می‌گیرد که استقرار آن باعث ایجاد حالت انتظار در دارائی ذیحق می‌شود. آنچه اهمیت دارد وجود ظرف عهد به عنوان کانال رابط میان دارائی ذیحق و بدهکار است و سبب انتقال اعتباری متعلق حق از دارائی بدهکار به دارائی ذیحق یا طلبکار گردیده و به انتظار آن خاتمه می‌دهد. در این مرحله محتویات ظروف اعتباری با سازوکاری که ذکر شد بسته به موضوع در ظروف مختلف ذمه و عهد و دارائی استقرار می‌یابند. اما مسیر دوم مسیر اجرا می‌باشد با این توضیح که ذیحق یا طلبکار با داشتن حق مطالبه از شخص متعهد، انجام تکلیف مستقر در عهد و از مدیون نیز تحویل معادل دین مستقر در ذمه را از محل دارائیش مطالبه می‌نماید. آنچه اهمیت دارد این است که به لحاظ فقهی مسیر اول مبین حکم وضعی و مسیر دوم مبین حکم تکلیفی می‌باشد.

حال آنچه به عنوان ضمان مالم یجب گفته می‌شود مربوط به مسیر اول است زیرا هنوز محتویات ظروف اعتباری در آن استقرار نیافته‌اند. لازم به توضیح است که، ضمان مالم یجب، یعنی ضمانت مال ثابت نشده در ذمه. اما به نظر می‌رسد مبنای پذیرش ضمان از مظروفات استقرار نیافته استقرار مظروفات نباشد بلکه هر سببی که بتواند در دارائی ذیحق حالت انتظار ایجاد کند می‌تواند منشأ ایجاد آثار حقوقی باشد (غزالی، المستصفی، ج ۲، ص ۵۴، نقل از فیض پیشین) بنابراین مبنای آثار حقوقی وجود حالت انتظار در دارائی ذیحق یا

طلبکار است. حتی اگر خود حق در دارائی او مستقر نشده باشد. لذا با این تحلیل نیز اسقاط چنین حقی از شمول اسقاط مالم یجب خارج خواهد بود.

۵-۳-۱. شمول حکم ضمان مالم یجب بر محتویات عهد

برای آنکه ضمان مالم یجب محقق شود سه نظریه در فقه وجود دارد نظر اول، می‌گوید ضمان در طول تعهد یا دین مضمون عنه است. بنابراین برای تحقق عقد ضمان هم باید سبب تعهد یا دین باشد هم خود تعهد با این تفاوت که تعهد مورد نظر باید از نوع کلی و ساکن در ذمه مضمون عنه باشد و گرنه مشمول حکم ضمان مالم یجب خواهد شد. (جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۱۴ و العناوین، ص ۳۳۰، نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۲) طبق این نظریه عقد ضمان، فقط مافی‌الذمه را در بر گرفته و شامل ضمان از احکام تکلیفی و تعهدات جزئی که عهد را مشغول می‌کند نمی‌گردد. به عبارت دیگر مطابق این نظریه از آنجا که عدم اشتغال عهد هیچ گونه تکلیفی را بر عهد شخص استوار ننموده لذا دیگران نیز نمی‌توانند به جهت عدم اشتغال عهد، از مافی‌العهد شخص ضمانت کنند حتی اگر سبب آن ایجاد شده باشد.

۵-۳-۲. عدم شمول حکم ضمان مالم یجب بر محتویات عهد بدون قید

نظر دوم در راستای نظر اول ارائه شد و وجود سبب دین یا تعهد را همانند پیروان نظر اول لازم دانسته با این تفاوت که نسبت به تعهد قیدی نیآورده است. لذا تفاوتی میان تعهدات کلی و جزئی در تحقق عقد ضمان قائل نیستند (حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۹۰ و شهید الثانی، ج ۸، روضة البهیة، ج ۴، ص ۱۲۴، نقل از لطفی، ۱۳۷۹،

خلاصه آنکه بر مبنای نظرات مذکور ضمان مالم
یجب یعنی عدم وجود دو چیز؛ نخست، عدم
وجود سبب و دیگری عدم وجود خود تعهد اعم از
کلی (مافی الذمه) و جزئی (مافی العهده).

۵-۳-۳. قانون مدنی مؤید عدم شمول حکم ضمان مالم یجب بر محتویات عهده

اما در این خصوص نظر سومی نیز ارائه شده که به
نظر می‌رسد قانون مدنی از این نظر پیروی نموده
است. پیروان این نظر فقط عدم وجود سبب را
نشانه ضمان مالم یجب می‌دانند یعنی از دو شرط
مطرح شده در نظریات مذکور فقط شرط اول
ملاک تحقق ضمانت مالم یجب است؛ که ماده
۶۹۱ قانون مدنی نیز مؤید آن می‌باشد. از این
نظریه حداقل دو نتیجه حاصل می‌شود اولین
نتیجه‌ای که از این نظریه می‌توان بدست آورد این
است که با لحاظ مبنای مطرح شده در خصوص
وجود حالت انتظار در دارایی ذی حق صرف وجود
سبب حتی اگر مسبب و متعلق آن در عهده یا
ذمه استقرار نیافته باشد هم می‌تواند صحت
ضمان را در پی داشته باشد و هم اسقاط آن را
تجویز کند. دوم اینکه صحت ضمان منوط به
تحقق سبب است لذا نسبت به مسبب و متعلق
ضمان قیدی وجود ندارد لذا هم می‌تواند عین
باشد (مال جزئی) و هم دین (مال کلی) به بیان
دیگر موضوع ضمان هم می‌تواند مافی الذمه باشد
هم مافی العهده. پس مواد ۶۹۷ و ۷۰۸ قانون
مدنی که در بخش مربوط به عقد ضمان آورده
شده اند حاصل دقت نظر قانونگذار در تأیید نظریه
اخیر الذکر هستند. بنابراین ضمان از مال الجعالة
پیش از انجام عمل (م ۵۶۱ ق.م) و ضمان از نفقه
آینده زوجه، ضمان حسن انجام کار، ضمان از
اعیان مضمونه و غیرمضمونه و بطور کلی ضمان از
مظروفات ذمه و عهده بعد از حصول سبب نمی

ص ۲۶۰) بنابراین مطابق این نظر، عقد ضمان هم
نسبت به مافی الذمه صحیح است هم مافی
العهده. پس مواردی مانند ضمان عهده که موضوع
آن مافی العهده شخص است نیز مشمول عقد
ضمان قرار خواهد گرفت. در فقه، ضمان عهده به
معنی تضامن در رد اعیان است. مثلاً اگر مبیع
مستحق للغير درآمد، بایع باید ثمن را به مشتری
برگرداند و اگر ثمن مستحق للغير درآمد، مشتری
مبیع را به بایع برگرداند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۱۱۲-
۱۱۳). ضمان عهده از جمله تأسیسات حقوق
اسلامی است که علاوه بر فقه امامیه در قانون
مدنی نیز پذیرفته شد، فقهای حنفی آن را با
عنوان «کفالت درک» تجویز نموده اند. ضمان
عهده بر خلاف تعریف فقهای امامیه از ضمان
موجب بری الذمه شدن مضمون عنه نمی‌گردد
(حائری، ۱۴۲۳، ۱۲۷-۱۲۹). ضامن عهده در این
تأسیس فقهی- حقوقی متعهد می‌گردد، در
صورتی که مبیع یا ثمن مستحق للغير درآید. در
فرض مشخص بودن بدل و در فرض کلی بودن
مصدق دیگری از آن را به مضمون له تسلیم و
استرداد نماید و عهده دار خسارات ناشی از امر
گردد. خسارات ناشی از درک حادث در صورت
تصریح قطعا و در صورت اطلاق ظاهراً داخل در
قلمرو مسئولیت ضامن عهده می‌باشد. همچنین
اگر معامله به واسطه عیوب سابق بر عقد ضمان
عهده دستخوش حدوث بطلان گردد ضامن عهده
مسئول خواهد بود کما اینکه در مورد (ارش) و
خسارات ناشی از (نقصان، نامرغوب بودن و
صنجه) بنا به مورد عهده از استرداد مورد معامله و
جبران خسارات است. ضمانت عهده الزاماً باید از
سوی ثالث صورت بگیرد چرا که ضمانت از نفس
باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۱).

صورت گیرد. (ماده ۳۲۲ قانون مدنی و امامی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۱۷۶).

از سوی دیگر حقوق مالی مظلوف دارائی محسوب می شوند یعنی جایگاه حقوق مالی، ذمه یا عهده شخص نیست بنابراین قاعده این است که حق بایستی ابتدائاً در دارائی شخص مستقر شود تا قابل اسقاط باشد. اصل اسقاط یا سلب حق صرف نظر از قیود مصرح در ماده ۹۵۹ و نیز ۹۶۰ قانون مدنی مورد پذیرش قانونگذار واقع گردیده است. اما سوالی که مطرح می شود این است که آیا همانند ضمان مالیم يجب که مورد بحث قرار گرفت صرف تحقق سبب و بدون استقرار فعلی حق در دارایی آثار حقوقی مترتب می شود یا آنکه برای فرار از حکم اسقاط مالیم يجب استقرار فعلی حق لازم است؟ به نظر می رسد در خصوص اسقاط مالیم يجب نیز باید تابع نظر اخیر بود زیرا در اغلب موارد و با تحلیلی که از تفاوت میان علت یا سبب فلسفی و سبب حقوقی شد نقش شرط به عنوان یکی از اجزاء علت تامه تنها در ترتب و یا تأثیر سبب می باشد لذا با وجود سبب و عدم استقرار فعلی حق در دارائی، اسقاط حق امکانپذیر است (جعفری لنگرودی، پیشین، ش ۲۴۱، ضمان عقدی، ص ۲۷۵) به عبارت دیگر با تحقق سبب، در دارائی ذیحق، بلافاصله حالت انتظار برای الحاق متعلق خود ایجاد می شود و متعهد مکلف به رساندن موضوع حق از دارایی خود به دارائی ذیحق می باشد. لذا نقش فعال عهده به عنوان رابط میان دو دارائی با اسقاط حق توسط ذیحق منتفی شده و از انجام موضوع تکلیف (متعلق حق) رهائی می یابد. بنابراین مواردی از قبیل اسقاط نفقه آینده توسط زوجه، اسقاط وصیت زائد بر ثلث توسط وراث قبل از فوت موصی، به دلیل وجود سبب (نکاح در نفقه زوجه و قرابت در ارث)،

تواند از مصادیق ضمان مالیم يجب باشد بلکه طبق نظریه اخیر و به تائید مواد مذکور، قانون مدنی نیز برای ذمه و عهده ای که مظلوف در آن استقرار نیافته آثار حقوقی قائل شده است.

۵-۳-۴. اسقاط حق متقابل و اثر آن بر مافی العهده

در مقابل تکلیفی که عهده مکلف را مشغول ساخته حقی نیز متقابلاً به عنوان یکی از حقوق مالی در دارائی ذیحق استقرار یافته است. بنابراین هنگامی که سخن از ضمان مالیم يجب می کنیم از آنجائی که ضمان حکمی وضعی محسوب می گردد بدیهی است در پی خود تکالیفی را بر عهده شخص استوار و مستقر خواهد نمود لذا متقابلاً در آن سو نیز حقی در دارائی استقرار خواهد یافت. پس اسقاط حق مستقر در دارائی اثر مستقیم بر مافی العهده می گذارد. از اینرو در خصوص اسقاط مالیم يجب از حیث مظلوف بودن، اندکی میان مافی الذمه و مافی العهده تفاوت وجود دارد. هر چند اثر اسقاط موجب انتفاء عهده شخص نیز می گردد؛ اما اسقاط ویژگی حق است لذا تا حقی نباشد اسقاط معنا ندارد این ویژگی به عنوان «قاعده اسقاط حق» نزد فقها پذیرفته شده است. (بهرامی احمدی، پیشین، ص ۶۷) اگر حق را به لحاظ اختصاص به مسیر اول یعنی ثبوت، «حق تمتع» بدانیم و از جهت اختصاص به مسیر دوم یعنی مرحله اجرای حق، به «حق استیفاء» تعبیر نمائیم، اسقاط اولی باعث حذف کلی حق می گردد ولی اسقاط دومی تنها اجرای آن را متوقف می نماید لذا نافی حق سابق نخواهد بود. از این جهت اسقاط می تواند با لحاظ قید ماده ۹۵۹ قانون مدنی به صورت شرط نتیجه (حذف ثبوتی حق تمتع) و شرط فعل (عدم اجرای حق استیفاء)

اسقاط مالم یجب نبوده و صحیح خواهد بود. (لطفی، ۱۳۷۹، ص ۲۶۲ و جعفری لنگرودی، پیشین) ۴-۵. نقش آفرینی ظرف اعتباری عهده نسبت به تحقق برخی آثار حقوقی مهم

۴-۵-۱. نقش عهده متوفی بر مراحل ثبوت و اجرای حق و تکلیف

هنگامیکه شخص متعهد و مکلف فوت می‌کند اثر این حادثه ناظر به آینده خواهد بود زیرا تکالیف در زمان حیات او بر عهده‌اش ثابت شده ولی پیش از اجرا فوت نموده است. در واقع فوت او پس از ثبوت حق و تکالیف اتفاق افتاده و سبب قطع رابطه میان مرحله ثبوت و مرحله اجرا گردیده است. حال سؤال این است با توجه به فلسفه ظروف اعتباری که اثر آن ایجاد حداقل وابستگی موضوعات حقوقی به اشخاص پیرامون آن می‌باشد آیا فوت شخص می‌تواند سبب انتقال مافی العهده‌اش به ورثه گردد و ورثه به قائم مقامی مورث خویش اداء تکلیف نمایند؟ در پاسخ ابتدائاً باید گفت با توجه به مطلب پیش گفته در اینجا از میان دو شاخه و مسیر مذکور تنها یک شاخه از بین می‌رود یعنی همان شاخه ای که متعلق به مرحله اجرا بود. بنابراین بایستی تکلیف حق مالی مستقر در دارایی ذیحق و نیز تکالیف مستقر در عهده متوفی که اختصاص به مسیر اول داشت، مشخص گردد.

۴-۵-۱-۱. نقش ورثه در قائم مقامی انجام مافی العهده مورث با لحاظ عدم وحدت دارائی:

اصل وحدت دارائی به عنوان یکی از نتایج نظریه کلاسیک در حقوق فرانسه شناخته می‌شود مطابق مواد ۲۲۸۴ و ۲۲۸۵ قانون مدنی فرانسه هر فرد موظف است بدهی‌های خود را با املاک فعلی و

آینده خود بپردازد و همه دارائی او وثیقه طلب طلبکاران می‌باشد. در نتیجه در مقابل طلبکاران اجزاء دارائی در مفهوم غربی غیرقابل استثناء و تفکیک هستند و طلبکار قادر است از تمام دارائی بدهکار، طلب خود را استیفاء نماید یکی از نتایج اصل وحدت دارائی این است که در صورت فوت، تمامی دارائی متوفی بدون استثناء به دارائی ورثه انتقال می‌یابد. لذا در حقوق غرب هم حقوق و هم تکالیف مستقر بر دارائی مورث بدون کم و کاست به ورثه انتقال می‌یابند و او عملاً جانشین و قائم مقام مورث خود خواهد شد. (حیاتی، ۱۳۸۸، ص ۴۸) اما از دیدگاه فقهی ما فی العهده به تنهایی قابلیت انتقال ندارد زیرا نقل احکام برخلاف اموال در اختیار مکلفین نیست (الشریف و دیگران، ۱۳۹۶، ص ۳۷) و تنها می‌تواند یا به عهده شخص دیگر ضمیمه شود مانند ضمان عهده (ماده ۶۹۷ قانون مدنی) و یا آنکه به تبعیت از یک حکم وضعی، شخص ثالثی ملتزم به تأدیه دین دیگری گردد. (ماده ۷۲۳ قانون مدنی) لذا با این فرض مافی العهده اساساً به صورت مستقل به شخص دیگر انتقال نخواهد یافت.

از آنجا که اجرای تکالیف مستقر در عهده نتیجه ای جز الحاق متعلق حق به دارائی ذیحق ندارد بنابراین تحقق این نتیجه در فقه و حقوق تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند. دلیل تفاوت دو دیدگاه فقهی و حقوقی این است که دارائی در مفهوم فقهی فقط شامل اموال مثبت می‌شود و دیون در ذمه و تکالیف در عهده قرار می‌گیرند. هنگامیکه شخص فوت می‌کند دارائی او در قالب ترکه که بعضی معتقدند واجد شخصیت حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۸) تا قبل از تصفیه، یعنی تعیین دیون و تکالیف مستقر بر عهده و ذمه متوفی و سپس اداء و پرداخت آن از ماترک وی،

متعهدله حق دارد ضمن فسخ عقد از محل ترکه خسارت عدم انجام تعهد را مطالبه نماید در واقع در این مرحله خسارت به عنوان دین به ترکه متوفی تعلق خواهد گرفت. (مواد ۲۲۱ و ۲۲ و ۸۶۹ قانون مدنی و ۲۶۰ قانون امور حسبی)

۵-۴-۱-۱-۲. ما فی العهده تسلیم مال باشد

اگر موضوع تعهد و مافی العهده تسلیم مال اعم از عین و دین باشد، در این خصوص نیز باید میان دو مورد تفکیک قائل شد اگر متوفی متعهد به تسلیم مال از دارائی خود باشد مثلاً قبل از فوت عقدی تملیکی منعقد کرده ولی قبل از تسلیم فوت نموده باشد در اینصورت ورثه به حکم مواد ۸۶۹ قانون مدنی و ۲۶۰ امور حسبی مکلف به تحویل آن از محل ترکه می‌باشند. اما اگر مورث ورثه مکلف به رد مال غیر بوده به عبارتی غاصب یا در حکم غاصب باشد در این صورت چون عهده ورثه صرفاً به تصفیه ماترک متوفی مشغول می‌باشد. بنابراین نسبت به مال غیر که جزء ترکه محسوب نمی‌شود تکلیفی نخواهند داشت. دلیل آن هم این است که موضوع عهده‌ی ورثه با موضوع عهده متوفی متفاوت می‌باشد مگر آنکه آن مال در ید و تصرف ورثه باشد که در این صورت به مقتضای ضمان ید نه از باب انجام تکلیف متوفی بلکه به واسطه اشتغال عهده خود مکلف به رد آن به مالک خواهند بود. بدیهی است که تسلیم مال کلی به عنوان مافی الذمه از قاعده کلی تصفیه دیون از ماترک متوفی تبعیت می‌نماید.

۵-۴-۱-۲. نقش ورثه در قائم مقامی انجام مافی العهده مورث با لحاظ اصل وحدت دارائی در حقوق غرب

این دیدگاه که مبتنی بر عدم تغییر محتویات ظرف اعتباری دارایی بوده و معتقد است با فوت

وارد دارائی ورثه نخواهد شد. (ماده ۸۶۹ قانون مدنی و ماده ۲۶۰ قانون امور حسبی) بنابراین مستفاد از ماده ۲۶۰ قانون امور حسبی ترکه مفهومی فراتر از دارائی در مفهوم فقهی دارد. حال باید دید که حالات مختلف مافی العهده متوفی چه تأثیری بر تکالیف ورثه دارد:

۵-۴-۱-۱-۱. ما فی العهده متوفی انجام عملی باشد

در این خصوص نظر مشهور فقها بر فارغ شدن عهده متوفی است؛ زیرا انجام عمل، حکمی تکلیفی محسوب می‌شود و حکم تکلیفی با فوت شخص مکلف ساقط خواهد شد و به عنوان دین به ترکه اش تعلق نخواهد گرفت مگر آنکه نسبت به آن وصیت کند. (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۵۱) اما به نظر می‌رسد باید بین تکالیفی که مسبوق به حکم وضعی هستند و تکالیفی که اصطلاحاً تکلیف صرف نامیده می‌شوند تفاوت قائل شد. در مواردی که تکلیف قائم به شخص بوده و یا مانند نفقه اقارب تکلیف صرف محسوب شود و به عبارتی مسؤولیت بدون مدیونیت باشد از آنجا که انجام تکلیف صرف، ناظر به آینده است دو اثر در پی خواهد داشت: نخست، با فوت شخص تکلیف ساقط شده و به قائم مقام منتقل نمی‌شود؛ دوم اینکه، تکلیف گذشته قابل مطالبه نیست. (ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی).

اما تکالیفی که مسبوق به حکم وضعی هستند با لحاظ قاعده فقهی «عدم شرطیه البلوغ و العقل فی الاحکام الوضعیه» (بهرامی، احمدی، پیشین) در صورتی که به موجب قرارداد، شخصی متعهد و مکلف به انجام عملی باشد مطابق ماده ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی اگر عمل مزبور قابلیت انجام توسط ورثه را داشته باشد باید به قائم مقامی آنرا انجام دهند اما اگر قابلیت انجام نداشته باشند

۵-۴-۲-۱. نقش عهده در تسلیم عین معین

در چرخه ارتباط میان دو دارایی که ظرف عهده حلقه میانی و اتصال را تشکیل می‌دهد ممکن است موضوع تعهد یا تکلیف صرف نظر از منشأ قراردادی یا غیرقراردادی مانند عقد بیع یا استرداد مال تصرف شده، عین معین باشد. در این چرخه گفته شد که دو مسیر وجود دارد یک مسیر ظروف اعتباری دارایی را به عهده متصل می‌کند و دیگری مسیر مطالبه از شخص است. که مسیر دوم در مواردی که موضوع تعهد عین معین می‌باشد عمل حقوقی محسوب نشده و صرفاً عملی مادی تلقی می‌گردد زیرا مالک به مقتضای قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» نسبت به مایملک خود سلطه مستقیم که نتیجه مالکیت اوست داشته به همین دلیل برای قبض عین معین نیازی به اذن هیچکس ندارد (ماده ۳۰ و ماده ۳۷۴ و ۳۱۷ قانون مدنی).

بنابراین شخصی که عهده‌اش به تسلیم عین معین مشغول گشته در تحقق مالکیت مالک و نیز تعلق عین معین به دارائی مالک نقشی نخواهد داشت. بلکه صرفاً مالک را از نظر مادی به مالش می‌رساند. دلیل آن هم این است که قبل از آن مالکیت مالک در عالم اعتبار تحقق یافته و جزئی از دارائی او شده بود (بند یک ماده ۳۶۲ قانون مدنی). حال سؤال این است آیا کسی که عهده اش خواه با منشأ قراردادی و خواه غیر قراردادی به تحویل عین معین مشغول شده می‌تواند این تکلیف را به دیگری واگذار کند یا به عبارت دیگر این تکلیف را شخص ثالثی می‌تواند بر عهده بگیرد؟ در پاسخ باید گفت که این موضوع در فقه مسبوق به سابقه است مباحثی از قبیل ضمان اعیان و ضمان عهده از مصادیق بارز اشتغال عهده به عین معین می‌باشند و در قانون مدنی نیز در

متعهد یا مدیون ورثه جایگزین او می‌شوند برگرفته از حقوق روم می‌باشد. زیرا بر اساس آن ورثه ادامه دهنده شخصیت مورث هستند و دارایی مورث به ورثه رسیده و از آنجا که طبق اصل وحدت دارایی هر شخص فقط یک دارایی می‌تواند داشته باشد بنابراین دارایی مورث در دارایی ورثه ادغام می‌گردد. از این جهت تمامی اموال مثبت، دیون و تعهدات مورث به ورثه منتقل شده و در صورتی که دارایی مثبت مورث نتواند جوابگوی بدهی او گردد در این صورت ورثه از دارایی خود که اکنون با دارایی مورث ادغام گشته مکلف خواهد بود که آن را جبران کند. (کولن و کاپیتان ج ۳ ص ۸۵۴، نقل از توکلی کرمانی، ۱۳۸۹، ص ۴۴) و مقاله دارایی کلاسیک و مدرن علاوه بر آن یکی از اوصاف دارایی وابسته بودن آن به شخص نیز می‌باشد. اما وابستگی به شخصیت را قوانین انگلوساکسون نپذیرفته‌اند و قوانین آلمان و سوییس نیز آنرا رها کرده‌اند نتیجه اش این می‌شود که دارایی برخلاف گذشته در زمان حیات قابل انتقال باشد (همان) لذا امروزه انتقال تکالیف و تعهدات به عنوان جزئی از دارایی چه در زمان حیات و چه بعد از فوت شخص مورد پذیرش است بنابراین قائم مقامی منتقل الیه یا ورثه قابل توجیه خواهد بود.

۵-۴-۲. نقش عهده در تسلیم عین معین و**عین کلی**

گفته شده که موضوع تعهد گاهی تسلیم و انتقال مال و گاهی انجام یا عدم انجام عمل می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۴۷ به بعد) و با توجه به استقرار موضوع تعهد در عهده شخص متعهد باید میان تسلیم عین معین و عین کلی و نیز انجام عمل معین و عمل کلی از حیث موضوع تفکیک نمود.

خارج و به حیطة اعمال اعتباری وارد می‌گردد. به تعبیر برخی از حیث اشتغال عهده و محل تأدیه که دین از دارائی چه کسی باید تأدیه گردد میان دو اصطلاح «التزام به تأدیه کردن» و «التزام به تأدیه شدن» تفاوت وجود دارد. (عبدی پور، ۱۳۹۴، ص ۷۸) در اولی عهده و ذمه و دارائی از آن مدیون بوده اما در دومی درست است که دارائی و ذمه از آن مدیون می باشد اما با عهده شخص ثالث از باب تضامن ضمیمه می‌گردد و یا مستقلاً عهده شخص ثالث نسبت به تأدیه شدن دین از دارائی مدیون مشغول خواهد شد.

۵-۴-۳. نقش عهده در استقرار مالکیت

مرتهن بر عین مرهونه بدون اعطای وکالت

نباید از نظر دور داشت که در خصوص مال کلی گاهی علاوه بر آنکه عهده شخص مدیون به تأدیه ما فی الذمه خود مشغول شده به تبع اشتغال ذمه، مالی معین نیز از دارائی اش به عنوان وثیقه و رهن، مقید می‌گردد به عبارت ساده تر طلبکار نسبت به طلب خود نسبت به دارائی مدیون از حیث مقدار ما فی الذمه دو حق خواهد داشت؛ یک حق اصلی که مدیون باید به تکلیف خود مبنی بر اداء دین از دارائی اش اقدام کند و یک حق تبعی که خود مالک می‌تواند در صورت عدم تحقق مورد اول نسبت به تملک یا فروش مال معین از دارائی مدیون استیفاء طلب کند. (مواد ۷۷۷ و ۷۸۰ قانون مدنی) اگر حق عینی تبعی منتسب به مرتهن را منوط به عدم پرداخت دین از سوی مدیون یا راهن بدانیم این سوال پیش می‌آید که نقش فعال عهده در این خصوص چیست؟ پاسخ ما بستگی به آن دارد که استقرار حق راهن بر عین مرهونه را در صورت عدم پرداخت دین قهری بدانیم یا ندانیم. اگر اینگونه تحلیل کنیم که پرداخت دین مانعی بوده بر استقرار مالکیت مرتهن بر عین

برخی مواد از جمله ماده ۶۹۷ و ۳۹۰ و ۳۶۶ و ۳۰۳ و ۳۱۱ به این موضوع اشاره شده و البته در مواردی هم که به موجب قرارداد، عین معین متعلق به غیر با اذن او و بصورت امانی در ید متصرف است عهده‌اش به رد عین به مالک مشغول خواهد بود (ماده ۶۱۹ قانون مدنی).

بنابراین عهده‌ای که به تسلیم عین معین مشغول گشته گاهی همانند ضمان اعیان مضمونه و ضمان درک و غیره منشأ قهری و غیر قراردادی داشته و گاهی همانند تکلیف بایع به تسلیم مبیع (بند ۳ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) ریشه قراردادی دارد و گاهی نیز مانند عقد ودیعه و عاریه پس از فسخ یا خاتمه عقد به واسطه انقضاء مدت، عهده‌آمین به رد عین مشغول می‌شود. (مواد ۶۱۲ و ۶۱۹ قانون مدنی) بنابراین همانطور که ملاحظه می‌گردد عهده در موارد مذکور صرفاً به انجام فعل مادی محدود خواهد شد؛ زیرا حتی اگر شخص مکلف به تکلیف خود نسبت به تسلیم عین معین عمل نکند باز هم مالک به واسطه حق عینی و حق تعقیب ناشی از آن شخصاً می‌تواند عین معین را تصرف کند و در واقع خود عمل مادی تسلّم را انجام دهد (دانش پژوه، ۱۳۹۱، ص ۱۷۴) از عبارت اخیر ماده ۳۴۸ قانون مدنی استنباط می‌گردد که عمل تسلیم موضوعیت نداشته بلکه با تسلّم آن، طریقت این فعل اثبات می‌شود.

۵-۴-۲. نقش عهده در تسلیم عین کلی

اما در خصوص اموال کلی و تأدیه دیون اینگونه نیست در چنین حالتی مدیونی که ذمه‌اش مشغول شده عهده‌اش نیز به تعیین مصداق ما فی الذمه از دارائی خود مشغول گردیده لذا در اینجا بر خلاف عبارت ماده ۳۴۸ قانون مدنی فعل «تسلیم» موضوعیت می‌یابد و طلبکار خود قادر بر تسلّم نخواهد بود. لذا از شمول اعمال مادی

شود مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت را تصویب نمود. لذا از آنجا که این شرط از حیث نتیجه همان نتیجه مورد نظر در بیع شرط را می‌تواند داشته باشد، بنابراین شرط تعلق یا تملک عین مرهونه به مرتهن از مصادیق شرط نامشروع و به دلالت مواد مذکور و ماده ۳۹ از قانون ثبت و بند یک ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل و از درجه اعتبار ساقط خواهد بود. (دلشاد، ۱۳۹۵، ص ۱۰۸ و ۱۰۹ و ۱۱۰) در فقه نیز اگر مدیون دین خود را نپردازد قرار دادن عین مرهونه را به صورت مبیع باطل می‌دانند؛ زیرا برای رهن در این خصوص شرط مدت قرار داده‌اند و قرار دادن مدت مغایر با فلسفه رهن است و مفاد شرط به منزله تعلیق بیع به شرط می‌باشد و تعلیق موجب بطلان عقد خواهد بود. (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۲۲۶ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۳، نقل از دلشاد، همان، ص ۱۱۱).

صرف نظر از حکم قوانین مذکور به نظر می‌رسد نیازمند تحلیلی مبنائی در این خصوص باشیم پر واضح است که علم حقوق علم اعتباریاتی می‌باشد. لذا روابط موجودات اعتباری و حقوقی تابع مبنائی تحلیلی از پیش پذیرفته خواهد بود. هدف رهن از مقید نمودن عین مرهونه نزد مرتهن آن است که به عنوان وثیقه یک نوع حق عینی تبعی نسبت به مال معین برای وی ایجاد کند یعنی از لحاظ مرتبه، حق عینی مرتهن نسبت به عین مرهونه پس از ناممکن شدن متبوع حاصل می‌شود و پس از تحقق، قطعاً اوصاف حق عینی مانند حق تعقیب و حق اختصاص و حق تقدم را خواهد داشت لذا این را نیز می‌دانیم که رابطه ذیحق نسبت به موضوع حق در حق عینی رابطه‌ای مستقیم است پس در صورت وجود شرایط تحقق نیازی به اعطاء وکالت و یا اجبار قانون طبق مواد

مرهونه در این صورت با عدم پرداخت دین در موعد مقرر عهده مدیون یا رهن صرفاً به تسلیم مادی عین مرهونه مشغول و محدود می‌شود. البته با این فرض که مرتهن قبض اولیه را انجام داده ولیکن به جهت عدم لزوم استمرار قبض، عین مرهونه را به رهن مسترد نموده باشد وگرنه عهده رهن نسبت به این موضوع فارغ خواهد بود. (ماده ۷۷۲ قانون مدنی) در غیر این صورت عهده رهن به انجام تکلیف مقرر در مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ قانون مدنی مشغول خواهد شد.

در چرخه ارتباطی میان دو دارائی و در تحلیل موارد فوق باید بگوئیم که در عقد رهن تا زمانی که دین پرداخت نشده ذمه مدیون در این چرخه وجود دارد ولی در صورت عدم پرداخت دین در موعد مقرر ذمه مدیون از این رابطه حذف و رابطه مستقیم مرتهن نسبت به عین مرهونه در دارائی رهن برقرار می‌شود و به نظر می‌رسد همانطور که در رابطه مالکیت فعل تسلیم موضوعیت ندارد در این فرض نیز به واسطه وجود حق عینی که به تبع کنار رفتن مانع ذمه حاصل گردیده مرتهن شخصاً قادر بر تسلیم عین مرهونه باشد. و مافی العهده رهن فقط محدود به تسلیم مادی آن خواهد بود. پذیرش این تحلیل می‌تواند به عنوان سیر تحقق اثر عقد رهن مطرح گردد. با این حال قانون مدنی در مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ این موضوع را نپذیرفته و صرف عدم پرداخت دین از سوی مدیون را موجب تحقق مالکیت مستقیم مرتهن بر عین مرهونه نمی‌داند. حال سوال این است که آیا علیرغم مواد فوق الذکر می‌توان این موضوع را به صورت شرط نتیجه در قرارداد گنجانده؟

قانونگذار به منظور ممانعت از سوء استفاده ربا خواران از تأسیس بیع شرط که می‌توانست سبب تملک اموال وام گیرنده در مقابل مبلغ ناچیزی

یابد به نحوی که التزام شخص بر انجام تکالیف ثابت شده در عهده در مفهوم مصدری، با لحاظ متعلق مادی یا امر اعتباری و به دلیل ارادی بودن، مبین تحقق عقد است. همچنین در مفهوم اسم مصدری، ثبوت تکالیف در عهده ممکن است علاوه بر عقد، منشأ غیر قراردادی نیز داشته باشد. اما از لحاظ فقهی به نظر می‌رسد مبنای ثبوت تکالیف در عهده، ضمان باشد. زیر متعهد، ملتزم به اجرای تکلیفی خواهد بود که قبل از آن ثبوتاً به عنوان ضمان دین بر ذمه و ضمان عین بر عهده اش استقرار یافته است.

۲- مبنای پذیرش ضمان از مظروفات استقرار نیافته، ایجاد حالت انتظار در دارائی ذیحق جهت الحاق متعلق مستقر در دارائی متعهد است. برای پذیرش ضمان از تکالیفی که هنوز در عهده مستقر نشده‌اند حداقل سبب آن باید ایجاد شده باشد لذا کارکرد سبب، ایجاد حالت انتظار در دارائی ذیحق با لحاظ مبنای گفته شده می‌باشد و قانون مدنی نیز در مواد ۶۹۱، ۶۹۷ و ۷۰۸، به آن صحه گزارده است. و همین قاعده نیز بر اسقاط مالم یجب و اثر مستقیم بر مافی العهده حاکم خواهد بود.

۳- رابط بودن عهده در میان سایر ظروف اعتباری حداقل دو نتیجه مهم در پی دارد اولاً: ایجاد موازنه در جهت انتقال مظروفات از دارائی بدهکار و مدیون به دارائی طلبکار و ذیحق ثانیاً: اعمال قیود مختلف از قبیل شرط تعلیق یا تأجیل و سایر قیود مربوط به مرحله اجرا، بر ظرف اعتباری عهده وارد می‌شوند و بر انتقال مظروفات از ظرفی به ظرف دیگر اثر مستقیم می‌گذارند.

۴- بعد از فوت مورث، مافی العهده ورثه، تنها خروج دیون و تصفیه ترکه می‌باشد بنابراین برخلاف حقوق غرب که به جهت اصل وحدت

۷۷۷ و ۷۷۹ قانون مدنی نیست زیرا مرتهن اکنون به اندازه طلب خود مالک عین مرهونه شده که یا تمام آن معادل طلب اوست که در این صورت همه عین مرهونه به او تعلق دارد و یا کمتر است که در این صورت مرتهن به اندازه طلبش مالک سهم مشاع از عین مرهونه خواهد شد بنابراین دیگر چه نیازی است حق عینی که به موجب قانون برای او ایجاد شده و در دارایی‌اش مستقر شده مجدداً از سوی راهن بوسیله وکالت اعطاء گردد. در واقع وکالت ثانویه نسبت به حق مستقر در دارایی عملی لغو و بیهوده خواهد بود. لذا عهده راهن تنها محدود به تسلیم مادی عین مرهونه می‌باشد. و در تحقق اعتباری حق عینی برای طلبکار (مرتهن) هیچگونه نقشی ندارد.

حکم مواد فوق و حتی ماده ۳۴ و ۳۳ قانون ثبت نیز صرفاً اصالت بخشی به عهده راهن می‌باشد و گرنه تأثیری نسبت به حق مستقیم مرتهن نسبت به مال مرهونه ندارد و همانگونه که قبلاً گفتیم در مواردی که موضوع تکلیف تسلیم عین معین باشد شخص متعهد یا مکلف تنها فعل مادی رساندن مالک به مایملک خود را تسهیل می‌نماید و گرنه خود عمل تسلیم نیز در این خصوص موضوعیت نخواهد داشت. همچنین اگر عین مرهونه در دست مرتهن باشد عملاً عمل تسلیم نیز منتفی است. لذا با این تحلیل می‌توان گفت تملک عین مرهونه توسط راهن اثر طبیعی عقد رهن می‌باشد و نیازی به درج شرط مذکور نیست تا نیاز به تحلیل صحت یا بطلان چنین شرطی باشیم.

۶. نتیجه‌گیری

۱- ثبوت تکالیف در ظرف اعتباری عهده دارای دو مبنای فقهی و حقوقی می‌باشد. مبنای حقوقی آن براساس مکاتب شخصی و موضوعی تبیین می

۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع عربی:

قرآن کریم

- اصفهانی، محمدحسین کمپانی، الاجاره، ج ۱، قم، دفتر نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ ق
- -----، حاشیه مکاسب، ج ۱، قم، نشر انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ ق
- بهبهانی، محمدباقر، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، قم، گروه پژوهشی موسسه علامه مجدد و حید بهبهانی، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ ق
- حائری، سیدکاظم، فقه العقود، قم، نشر مجمع اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۳ هـ ق
- حسینی سیستانی، سیدعلی، منهج الصالحین، ج ۲، قم، دفتر آیت ... سیستانی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ هـ ق
- حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، ج ۴، قم، موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ ق
- سبزواری، عبدالعلی، مهذب الاحکام، ج ۲۱، قم، نشر موسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ ق
- شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۲، قم، نشر کتاب فروشی مفید، چاپ اول، ۱۴۰۰ هـ ق
- شهیدثانی، الروضة البهیة، ج ۳ و ۴، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۰۱ هـ ق
- -----، مسالک الافهام، ج ۴، قم، موسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ ق
- عاملی، سیدجواد، مفتاح الکرامه، ج ۱۶، قم، دفتر نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ ق

دارائی، محتویات دارائی مورث از جمله تعهدات و تکالیف او به دارائی ورثه منتقل می‌شوند و در آن ادغام می‌گردند، در حقوق ایران دارائی مورث با ورثه از یکدیگر منفک می‌باشد و آنچه به ورثه منتقل می‌شود ترکه خالی از اجزاء منفی (دیون و تعهدات) می‌باشد و چون متعلق مافی العهده مورث و ورثه با یکدیگر متفاوتند، لذا مافی العهده ورث در عهده ورثه وارد نخواهد شد.

۵- در خصوص تسلیم عین معین، چه در اعیان مضمونه و چه غیر مضمونه، مافی العهده صرفاً انجام فعل مادی تسلیم عین معین می‌باشد و از این حیث موضوعیت نداشته و هر کس عمل تسلیم را انجام دهد، عهده فارغ خواهد شد. اما اگر مافی العهده تسلیم عین کلی باشد، تعیین مصداق موضوعیت داشته و فقط باید توسط متعهد صورت گیرد زیرا تعیین مصداق مالی کلی باید از میان اجزاء دارائی شخص متعهد انجام پذیرد لذا با توجه به اصل عدم ولایت تحقق آن توسط دگیری امکانپذیر نیست.

۶- در خصوص عقد رهن از حیث ارتباط با ظروف اعتباری، تا زمانیکه دین رهن پرداخت نگردیده، ذمه او مشغول است و رهن تا زمان سررسید، نسبت به عین مرهونه حق مستقیمی ندارد. اما پس از سررسید و عدم پرداخت دین در موعد مقرر مافی الذمه حذف و رابطه مستقیم میان مرتهن و عین مرهونه برقرار می‌گردد. این رابطه مبین حق عینی با اوصاف مقرر از جمله حق تعقیب و غیره می‌باشد که به حکم قانون برای طلبکار (مرتهن) ایجاد شده است. و عهده رهن تنها تسلیم مادی عین مرهونه خواهد بود و در تحقق اعتباری حق عینی برای طلبکار هیچگونه نقشی ندارد.

- عاملی، محمدبن علی، نهایت المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام، ج ۱، قم، دفتر نشر اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ ق
- محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۵، قم، موسسه آل البیت(ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ ق
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقہیہ، ج ۴، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ ق
- نائینی، میرزا محمدحسین، منیة الطالب (تقریرات، خوانساری، موسی بن حمد)، تهران، المکتبۃ المحمدیہ، چاپ اول، ۱۳۷۳ هـ ق
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۶، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ ق
- نوری، فضل الله، قاعده ضمان ید، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ ق
- همدانی، آقارضا، حاشیه مکاسب، قم، ناشر مؤلف، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ ق
- منابع فارسی**
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲ و ۴، تهران، انتشارات اسلامیہ، چاپ هفدهم، ۱۳۸۳ هـ ش
- باریکلو، علیرضا، اموال و حقوق مالی، تهران، سمت، چاپ اول، ۱۳۹۰ هـ ش
- بهرامی احمدی، حمید، قواعد فقه، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، چاپ اول، ۱۳۹۴ هـ ش
- توکلی کرمانی، سعید، انتقال تعهد در حقوق ایران، تهران، نشر جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۹ هـ ش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۸ هـ ش
- ضمین عقدی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶ هـ ش
- حقوق تعهدات، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹ هـ ش
- الفارق، ج ۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ هـ ش
- علی عباس، اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸ هـ ش
- مصطفی، شناسه حقوق، دوره میانی، ج یک، نشر جنگل، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۱ هـ ش
- عقد رهن، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵ هـ ش
- مهدی، سقوط تعهدات، تهران، نشر مجد، چاپ اول، ۱۳۸۱ هـ ش
- ابراهیم، مباحثی تحلیل از حقوق تجارت، قم پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ چهارم، ۱۳۹۴ هـ ش
- علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۹ هـ ش
- امیرمهدی، مسؤولیت مدنی قراردادی، تهران، نشر مجد، چاپ اول، ۱۳۹۱ هـ ش
- ناصر، اموال و مالکیت، تهران، نشر دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۸۰ هـ ش
- نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۹ هـ ش
- قواعد عمومی قراردادهای، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰ هـ ش
- اسداله، موجبات و مسقطات ضمان قهری، تهران، نشر مجد، چاپ اول، ۱۳۷۹ هـ ش
- مقالات فارسی**
- الشریف، محمد مهدی و دیگران، تحلیل ماهیت و آثار ضمان اعیان در فقه و حقوق ایران، فقه و اصول، سال ۴۹، شماره ۳، پائیز ۹۶، صفحات ۵۰-۳۱
- عبدی پور فرد، ابراهیم ود یگران، مقاله خلط نظری ناشی از خطا در واژه شناسی، حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۱، بهار و تابستان، ۱۳۹۳، صفحات ۱۰۸-۸۱
- نعمت الهی، اسماعیل، تحلیل فقهی حق عینی و دینی و مفاهیم مرتبط، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره سوم، زمستان، ۱۳۸۹، صفحات ۱۳۲-۱۰۹



پښتونستان ښار علمي او مطالعاتي مرکز
پرتال جامع علوم انساني