

## شیوه اجرا:

### «ایفاء» در حقوق یا «تسلیم مال» در فقه\*

- مصطفی کربلایی آقازاده<sup>۱</sup>
- جلیل قنواتی<sup>۲</sup>

#### چکیده

در حقوق، مباحث تحصیل اموال ذیل شیوه «ایفاء» تعهد، و در فقه، مباحث تحصیل اموال ذیل شیوه «تسلیم مال» قرار می‌گیرند؛ طریقه‌های متفاوتی در تحصیل اموال که موجبات حقوقی برمی‌گزینند. حقوق بر مبنای «نظریه تعهد» و فقه بر مبنای «نظریه ملکیت» می‌خواهند به اموال دست پیدا کنند. بر پایه این نظریات، شیوه حاکم در اجرا در حقوق برای دستیابی به حق «ایفاء تعهد» و شیوه حاکم در اجرا در فقه برای دستیابی به ملک «تسلیم مال» است. طریقه‌های متفاوتی که نظر به تمایز مبنایی میان آن‌ها، شکل و فرم حل دیگر مسائل حقوقی نیز متفاوت خواهد بود؛ از جمله اینکه حقوق براساس «نقض تعهد» و «قائم‌مقامی در فوت»، و فقه براساس «نقض ملک» و «بقاء ذمه بعد از فوت»

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه مفید (نویسنده مسئول) (mkaghazadeh64@gmail.com).

۲. دانشیار دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران (ghanavaty@ut.ac.ir).

که هریک دارای آثار و احکام متفاوتی هستند، مسائل را حل خواهند نمود. بنابراین مراتب حقوق مدنی ایران که ملهم از دو منبع فقه و حقوق رومی است، همچون یک تن با دو شخصیت متفاوت است؛ زیرا در باب «عقود و تعهدات به‌طورکلی» از حقوق رومی اقتباس نموده است که مبنای تعهد است و در باب «عقود معین و ضمانات قهری» از فقه امامیه اقتباس نموده است که مبنای ملکیت است. ازاین‌رو، هرگونه تلاش برای جمع میان این دو به تعارضات مبنایی، شکل‌ها و فرم‌ها دامن می‌زند.

**واژگان کلیدی:** تعهد، ملکیت، قائم‌مقام، ذمه، نقض تعهد، نقض ملک.

### مقدمه

فقیهان در تقسیم‌بندی قواعد و احکام مربوط به اجرای تعهدات، مبحث «ایفاء» در حقوق را ضمن مباحث بیع و اجاره و به‌مناسبت «قول در قبض یا تسلیم» و ذیل عنوان وجوب «قبض (تسلیم مال)» که این مال به انواع عین و منفعت تقسیم می‌شود، سامان‌دهی می‌کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۶/۲۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷۵؛ موسوی خویی، بی‌تاب): ۵۹۲/۷؛ ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۸۱/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۵۹/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۳۶: ۵۳/۵). عین در تقسیم‌بندی‌های بعدی در دسته‌های فرعی‌تر به «عین معین، کلی در معین و کلی در ذمه» و منفعت به «منفعت اشیاء، منفعت انسان و منفعت حیوان» تقسیم می‌شود. در مقابل، در حقوق مدنی مطابق مواد ۲۶۵ تا ۲۸۲ و کتب اندیشمندان حقوقی، قواعد و احکام مربوط به اجرای تعهدات حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی ذیل مبحث «ایفاء» قرار می‌گیرد (امامی، ۱۳۴۰: ۳۱۴/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱/۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷). سؤال بسیار مهمی که در این باره در ذهن تداعی می‌شود، این است که آیا چنین شیوه‌هایی نزد فقیهان و نویسندگان قانون مدنی و شارحان آن، حمل بر مسامحه می‌شوند و می‌توان هر دوی «تسلیم مال» و «ایفاء» را به‌جای یکدیگر به کار برد یا آنکه این طرح نه به‌علت اختلاف در تعبیر، بلکه ناشی از ماهیت متفاوت این دو شیوه در مبنا در دو نظام حقوقی اسلامی و رومی ژرمنی است،<sup>۱</sup>

۱. نویسندگان قانون مدنی، اگرچه در محتوا و قواعد سعی کرده‌اند مواد قانونی را مطابق فقه اسلامی وضع نمایند، اما چون در تنظیم و نگارش این مواد، تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه بوده‌اند، همین امر عاملی شد که «نظریه تعهدات» مطابق مباحثی همچون «در خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات» و «در وفای به عهد» در حقوق مدنی ما رخنه کند و براساس آن فرم و شکل قانون مدنی در قسمت قواعد عمومی سامان‌دهی شود.

که یکی از شیوه «تسلیم مال» و دیگری از شیوه «ایفاء تعهد» در مقام دستیابی به محصول موجبات حقوقی هستند؟

با طرح این سؤال اصلی، سؤالات فرعی متعدد دیگری نیز مطرح می‌شود؛ اینکه برفرض تفاوت شیوه‌ها، این تمایز چه تأثیری بر قواعد، آثار و احکام عقود و ضمانات قهری بر جای خواهد نهاد؟ آیا تشریفات «مطالبه» در ایفاء تعهدات که در هر حالتی باید رعایت شود (یزدانیان، ۱۳۹۸: ۲۱۰)، در وجوب تسلیم مال نیز لازم است؟ آیا همان‌گونه که در «ایفاء» جبران خسارت ناشی از «تقصیر» است (ژوردن، ۱۳۹۱: ۸۱)، در «تسلیم مال» نیز جبران خسارت ناشی از تقصیر است؟ آیا همان‌گونه که در حقوق، بیشتر حقوق‌دانان معتقد به تفکیک مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی هستند، در فقه اسلامی نیز این تفکیک پذیرفته شده است یا فقه اسلامی وحدت و یگانگی این دو نوع مسئولیت را می‌پذیرد و اصل را بر ضمان قهری می‌گذارد.

فرضیه مقاله حاضر آن است که عامل اصلی در به‌کارگیری شیوه «ایفاء»، اقتباس نویسندگان قانون مدنی ما از حقوق فرانسه و محور قرار گرفتن «نظریه تعهدات» در باب «عقود و تعهدات به‌طورکلی» است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۹/۲). این در حالی است که فقیهان در ابواب عقود معین و ضمانات قهری که در آن مباحث قواعد عمومی حقوق مدنی بحث می‌شود، بر محور «نظریه ملکیت» شیوه تسلیم مال را فهم می‌کنند؛ زیرا به نفس تملیک، طرف دیگر مالک مال (عین، منفعت و عمل) می‌شود و به تبع ملکیت، وجوب تسلیم مال به ملکیت درآمده، مطرح می‌شود. بر همین اساس، ضمان متعهد نه به سبب «نقض تعهد»، بلکه به سبب «نقض ملک» از اقسام وضع براساس «موجبات ضمان قهری» حاصل می‌شود.

در این مقاله، نخست مفهوم و جایگاه «ایفاء» در حقوق و «تسلیم مال» در فقه بررسی شده، سپس به تأثیر هریک از این دو شیوه بر آثار و قواعد حاکم در اجرا پرداخته خواهد شد. در خاتمه نیز به منظور اثبات فرضیه، نمونه‌هایی از مصادیق بحث در فقه اسلامی آورده می‌شود.

## ۱. مفهوم و جایگاه ایفاء در حقوق

تعهد به‌عنوان «محور اصلی» و به‌منزله «چهارراه» حقوق مدنی (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵: ۳۶/۱)، در نزد حقوق‌دانان ما در دو معنای «مصدری» و «اسم مصدری» مورد استفاده قرار می‌گیرد. در معنای مصدری، تعهد عبارت است از «به عهده گرفتن انجام عمل یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۲)؛ معنایی که مقصود از آن در حقوق «عقد یا ایقاع» و در فقه «جعل یا قرار» است؛ معنای گسترده از تعهد، خواه مجعول امر تکلیفی، وضعی، معاملی یا غیرمعاملی قرار گیرد یا خیر (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۷). در مقابل، تعهد در معنای اسم مصدری که مطمح‌نظر در حقوق است، «وظیفه‌ای است که مطابق قانون بر عهده شخص متعهد ثابت و در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به‌وسیله مرجع قضایی ملزم به انجام می‌شود» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۲).

تعهدات در معنای اسم مصدری که در بیان فریتز شولز، «یگانه و بزرگ‌ترین دستاورد تاریخ مدنیت بشر است» (Schulz, 1951: 463)، در سیر تطور، تغییرات و اصلاحات زیادی را به خود در حقوق غرب دیده است. تعهد برگردان عبارت obligation، ملهم از واژه لاتینی obligato که سابقه تاریخی آن به «سیسرو» برمی‌گردد، اقتباس شده است (Ibid.: 455). ریشه obligation به کلمه tie بازگشت دارد که در زبان انگلیسی به bind و link و در زبان فارسی به «ربط، رشته، علاقه و طناب» معنا می‌شود که این bind و link در حقوق به «شیء»<sup>۱</sup> یا «شخص»<sup>۲</sup> متصل می‌شود (Ibid.: 455; Zimmermann, 1992: 1). این معنا از obligation به‌طور روشن نیز در تعریف مطرح انستیتو ژوستینین منعکس است،<sup>۳</sup> جایی که در تعریف obligation از آن به «juris vinculum»<sup>۴</sup> یاد می‌کند (Zimmermann, 1992: 1). «juris vinculum» واژه‌ای است که از دو کلمه vincio و

1. Obligare rem = to bind a thing.

2. Obligare personam = to impose a duty upon a person.

3. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.

۴. رابطه حقوقی.

ulum به معنای chain, rope, bond, link, fetter در زبان انگلیسی<sup>۱</sup> تشکیل شده است (Birks, 2014: 3; Dedek & Schermaier, 2011: 1).

اینکه چنین علاقه‌ای در دادخواهی علیه اشخاص ذیل دسته «حقوق اموال»<sup>۲</sup> و یا «حقوق تعهدات»<sup>۳</sup> قرار می‌گیرد، همچنان محل بحث است.<sup>۴</sup> این اختلاف از آنجا ناشی می‌شود که تحت تأثیر قوانین «گایوس»<sup>۵</sup> و «ژوستینین»<sup>۶</sup> حقوق خصوصی ذیل ابواب سه گانه «حقوق اشخاص / law of persons»، «حقوق اشیاء / law of things» و «حقوق دعاوی / law of actions» قرار می‌گیرد (Birks, 2014: 6) و براساس آن، روابط حقوقی بین اشخاص تنظیم می‌شود (Birks & Grant, 1987: 39; Gordon & Trans, 1988: 39). بر مبنای اینکه باب things مساوی و برابر با دسته «حقوق اموال / law of property» است یا تنها بعضی از زیرمجموعه‌های things مساوی و برابر با دسته «حقوق اموال / law of property» است و بقیه ذیل دسته «حقوق تعهدات / law of obligation» قرار می‌گیرند، این موضوع همچنان محل مناقشه است. جان آستین، سالموند، بوکلند، نیکولاس و پیتر بریکس با تقسیم باب things به دو بخش «حقوق تعهدات» و «حقوق اموال»، obligation را در قلمرو «حقوق شخصی» و در مقابل «حقوق اموال» قرار می‌دهند و پیتر بریکس می‌گوید: تعهد عبارت از «الزام حقوقی به انجام دادن عمل مطابق قانون موضوعه» است (Birks, 2014: 2); به این صورت که در تعهدات

۱. اینکه از تعهد با واژگان chain, rope, bond, link یاد می‌شود، منظور از آن، استعاره‌ای از طناب یا زنجیری است که یک طرف طناب یا زنجیر بر روی گردن شخصی و طرف دیگر طناب یا زنجیر بر روی دست دیگری است (Birks, 2014: 3).

2. Rights in property.

3. Rights in personam.

۴. در تمایز میان این دو می‌توان گفت: اگر رابطه حقوقی به‌مثابه یک طناب فرض شود، جایی که طناب در دست یک طرف در انتها بر روی یک مال گره می‌خورد، از آن رابطه به «ملک» یاد می‌شود؛ زیرا شخص با در دست داشتن طناب، بر روی آن مال سلطه و احاطه دارد. اما جایی که طناب در دست یک طرف در انتها بر روی شخصی دیگر گره می‌خورد، از آن رابطه به «حق شخصی» یاد می‌شود که وجود این طناب کنایه از آن است که متعهد تحت سلطه و احاطه متعهدله، مکلف به انجام عمل یا عدم انجام عمل است (Ibid.: 13).

5. Gaius.

6. Justinian.

صرفاً یک رابطه قانونی<sup>۱</sup> میان «متعهد»<sup>۲</sup> و «متعهدله»<sup>۳</sup> شکل می‌گیرد که به سبب این رابطه که همچون طناب<sup>۴</sup> فرضی است، این دو به هم «مرتبط»<sup>۵</sup> می‌شوند (3: Birks, 2014: امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵: ۵۴/۱؛ عبدی پورفرد، ۱۳۹۲: ۶۷؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۵۲/۱) و به موجب آن، متعهدله «حق» دارد «تکلیف» پیشین را از متعهد مطالبه کند (1: Zimmermann, 1992). مطابق تعریف انستیتوی ژوستینین، موضوع «*juris vinculum*» عبارت است از «*alicuius solvendae rei*». براساس دیکشنری لاتین آکسفورد، از *solvendae* بیست و دو معنای متفاوت استفاده می‌شود. بنابر یک معنا، منظور از آن *loosen*، *release* و در فارسی «گشودن» و «باز کردن» طناب است. از آنجایی که این معنای متبادر عبارت نیست، بلکه معنای غیرمستقیم آن است، مطابق معنای متبادر منظور از *solvendae*

1. Relation.
2. Obligor.
3. Obligee.
4. Tie.
5. Connect.

۶. با گذشت زمان، مقوله obligation به‌عنوان یک رابطه (relation) میان «obligor / متعهد» و «obligee / متعدهله» جای خود را به اصطلاح دیگری تحت عنوان debt که از مشتقات آن «debtor / بدهکار» و «debtee / طلبکار» است، داد (1: Zimmermann, 1992). اینکه در این نظام حقوقی، debt تأسیسی مستقل از obligation است، مطابق یک معنا، تعهد برای obligor یک debt و برای obligee یک «rights in personam» ایجاد می‌کند. براساس این معنا بدون اینکه به‌وسیله debt تأسیسی مستقل از obligation ایجاد شود، در واقع debt عنصری از عناصر obligation همان duty است (عبدی پورفرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۹۴؛ همان‌ها، ۱۳۹۲: ۳۹؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۱۷). اما مطابق معنای دیگر به‌موجب debt در راستای گسترش مفهوم حقوق اموال، یک «رابطه» جدید و مستقل از obligation شکل می‌گیرد. براساس آن، نه یک تکلیف برای موضوع تعهد همچون obligation، بلکه یک تأسیس متفاوت از obligation از جنس ملکیت بین شخص و مال به‌وسیله debt شکل می‌گیرد که به‌موجب آن به‌جای اصطلاحات obligor و obligee از واژگان «debtor / بدهکار» و «debtee / طلبکار» استفاده می‌شود.

Loxton v Moir, [1914] HCA 89; 18 CLR 360: p. 379 (A right to sue for a sum of money is a chose in action, and it is a proprietary right), Yanner v Eaton, (1999) 201 CLR 351, p. 388 (common law debt, albeit not assignable, was nevertheless property), Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. [1991] A.C. 548. p. 74 (A debt owed by a bank constitutes a chose in action which is a species of property).

«ایفاء»<sup>۱</sup> است. مطابق اطلاق «rei / موضوع / چیز» که «ایفاء» بر روی آن قرار می‌گیرد، موضوع ایفاء ممکن است پرداخت پول، انجام عمل و تسلیم شیء باشد (Birks, 2014: 4). مطابق مواد ۱۱۰۱<sup>۲</sup> و ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه<sup>۳</sup> قبل از اصلاحات ۲۰۱۶، «ایفاء» عبارت بود از ۱- دادن شیء / donner / give / ۲- انجام عمل / act / faire / ۳- ترک عمل / ne pas faire / not to act. منظور از donner<sup>۴</sup> در اینجا «انتقال مال»<sup>۵</sup> است (لوی، ۱۳۸۶: ۴۹؛ Faber & Lurger, 2011: Volume 4/76). اینکه حقوق اموال در چه زمانی ایجاد می‌شود، بسته به اینکه انتقال مال، عملی «مادی»<sup>۶</sup> یا «ذهنی»<sup>۷</sup> است، کشورهای تابع نظام رومی ژرمنی متمایز از یکدیگر عمل می‌کنند (Faber & Lurger, 2011: Volume 4/75). آنچه مشخص است، این انتقال در ابتدای امر با «تسلیم»<sup>۸</sup> مادی در مدل تشریفات «تردیشن» و در مدل‌های همراه با تشریفات «مانسیپاسیون»<sup>۹</sup> و «این جور سیسو»<sup>۱۰</sup> صورت می‌گرفت (امامی، ۱۳۸۴: ۱۱۱/۱؛ قنواتی، ۱۳۸۲: ۳۱؛ ۱۲۹؛ Mousourakis, 2012). موردی که همچنان در مقررات آلمان حاکم است و با تسلیم<sup>۱۱</sup> انتقال مال صورت

1. Performance.
2. Article 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose/ A contract is an agreement by which one or several persons obligate themselves to one or several others to give, to do, or not to do something.
3. Article 1126: Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire/ A contract has for its object a thing that a party obligates himself either to give, to do, or not to do.
۴. ریشه donner به کلمه لاتین dare بازگشت دارد که به صورت خاص برای "transfer to ownership" به کار می‌رود.
5. Transfer to ownership.
6. Intellectual.
7. Physically.
8. Tradition.
9. Mancipatio.
10. In jure cessio.
۱۱. به این صورت که انتقال مال، علاوه بر انعقاد قرارداد - که شکل آن حسب اینکه مال منقول و غیرمنقول باشد، متفاوت از دیگری است - نیازمند عمل مادی نیز هست. این عمل مادی در مورد اموال منقول، تسلیم، و در مورد اموال غیرمنقول، ثبت ملک است.

می‌گیرد (Faber & Lurger, 2011: Volume 4/75). اما در حقوق فرانسه در تحولات بعدی به یک «عمل ذهنی»<sup>۱</sup> بدل شد (Pignarre, 2007: 384; Id., 2001: 41; Courdier-Cuisinier, 2005: 521; Fabre-Magnan, 1996: 85; Tallon, 1992: 68; Zenati et Revet, 2008: 299-301). به این ترتیب که ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه به روشنی اعلام می‌کند با توافق طرفین بدون اینکه به تسلیم نیاز باشد صرفاً با قصد متعاقدين، مال از شخصی به شخص دیگر منتقل می‌شود.<sup>۲</sup>

اینکه «انتقال مال» در شکل جدید خود همچنان ذیل مفهوم تعهد در حقوق فرانسه تحت عنوان «تعهد به انتقال»<sup>۳</sup> قرار می‌گیرد یا خیر، چه در گذشته، انتقال زمانی عملی مادی بود و چه با توجه به ماده ۱۵۸۳ که به عملی ذهنی بدل شد، عمل انتقال مال با توجه به ماده ۱۱۰۱ و ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات و ماده ۱۵۸۲ این قانون ذیل مفهوم تعهد تحت عنوان «تعهد به انتقال» قرار می‌گیرد؛ امری که زناتی این عمل ذهنی را «نوعی دیگر از مدل تسلیم بدون تشریفات تردیش» در هبه می‌شمارد.<sup>۴</sup> انتقال ملکیتی که همانند عمل و عدم انجام عمل، نه قسمی مجزا از تعهد، بلکه از انواع «تعهدات» به شمار آمده (Birks, 2014: 4) و مطابق قاعده ذیل مفهوم حقوق تعهدات سامان‌دهی می‌شود. در نتیجه شیوه حاکم بر مبنای نظریه تعهدات، «ایفاء» از باب حق مطالبه خواهد بود نه از باب «تسلیم مال»، هرچند با انعقاد قرارداد هم‌زمان تعهد به انتقال ایفاء شود (Huet, 2001: 425; Bloch, 1988: 673-677; Ancel, 1999: 771; Blanluet, 2004: 409; Chazal & Vicente, 2000: 477).

### 1. Transfer of intellectual.

۲. آنچه بیان شد، در رابطه با اثر انتقالی قرارداد میان طرفین در حقوق فرانسه است. مقنن فرانسوی در رابطه با اشخاص ثالث با درک این وضعیت که انتقال یک عملی ذهنی است، به جهت حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت، قرارداد انتقال را زمانی قابل استناد در برابر شخص ثالث می‌داند که با یک عمل مادی همراه شود. در مورد اموال منقول، این عمل مادی تسلیم، و درباره اموال غیرمنقول، این عمل مادی ثبت ملک است که قرارداد انتقال را در برابر شخص ثالث قابل استناد می‌کند.

### 3. Obligation de donner/ Duty to give/ Obligation of the transferor.

4. Zenati-Castaing et Revet, 2008: 284, n° 178, referring also to article 938 of the Civil Code that excludes expressly “any other form of traditio”.



تغییراتی که در برخی از مواد قانون مدنی فرانسه نظیر ماده ۱۱۶۳ جایگزین ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی شده است؛ این گونه به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۶۳ با این دیدگاه که انتقال حقوق اموال هم‌زمان با عقد را یک امر تملیکی بدانند، همخوانی دارد (یزدانیان، ۱۳۹۷: ۳۴۴؛ پورسید و نجف‌آبادی فراهانی، ۱۳۹۹: ۳۸۷)؛ زیرا در این ماده بدون اشاره به مفهوم «تعهد به انتقال»، موضوع تعهدات را صرفاً از نوع «عمل»<sup>۱</sup> می‌داند. «تعهد به انتقالی» که قبل از اصلاحات قانون مدنی در سال ۲۰۱۶، مجزا از «عمل» و در کنار آن قرار داشت؛ اما در تحولات جدید «انتقال مال» چون به عمل ذهنی تبدیل شده و به کارگیری مفهوم تعهدات در آن، چهره‌ای تصنعی و مجازی به خود گرفته است. مقنن فرانسوی با حذف آن، انتقال ملکیت را مستقیماً اثر انعقاد عقد تلقی کرده و تملیکی بودن برخی عقود را به صراحت پذیرفته است؛ اما چنین برداشتی از ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی با ملاحظه سایر مواد قانون همخوانی و سازگاری ندارد؛ زیرا ماده ۱۱۰۱ جدید همچنان همه عقود را عهدی می‌داند و تمامی اقدامات در عقود را متفرع بر تعهد، و تعهد را موضوع اصلی عقد می‌شمارد و حتی حقوق اموال را نیز تحت عنوان «انتقال تعهد»<sup>۲</sup> در ماده ۱۱۰۱ جدید قانون مدنی ذیل تعهدات قرار می‌دهد.<sup>۳</sup> امری که سبب می‌شود «ایفاء» در تحولات جدید علاوه بر اعمال، شامل انتقال مال فوری نیز شود. نگاهی که همچنان در ماده ۱۲۴۰ جدید در مسئولیت خارج از قرارداد نیز وجود دارد و نشان می‌دهد که هنوز در این نظام حقوقی، نظریه تعهدات گفتمان اصلی است.

از این رو، به نظر می‌رسد این قاعده رومی ژرمنی که اصل تعهد است، در متون قانونی باقی و پابرجا است؛ اما باید یادآور شد چنین اصلی با توسعه مفهوم حقوق اموال و از بین رفتن مرزهای میان حقوق تعهدات و حقوق اموال، بر پایه آرای سوهم، نویس، ورستیگ، اِمَت، لیندی و پِنِر در حال تحول است؛ زیرا در میان اندیشمندان حقوقی این

1. Act of performance.
2. Transfer... obligations.

۳. برای ملاحظه انتقادات از وضعیت موجود ر.ک:

Zenati-Castaing et Revet, 2008: 299-301, n° 187; Tallon D, Le surprenant reveil de l'obligation de donner, D. 1992: 68; Fabre-Magnan, 1996: 85; Courdier-Cuisinier, 2005: 521; Comp. Pignarre, 2001: 41; Also. Id., 2007: 384.

نظام حقوقی با درک انتقال ذهنی که از آن تحت عنوان «افسانه تعهد به انتقال مال» یاد می‌کنند (Fabre-Magnan, 1996: 85; Ancel, 1999: 771)، تحولات حقوقی به این سمت می‌روند که یا با حفظ دکترین حقوق تعهدات و حقوق اموال، مرزهای میان این دو ناحیه، نظر به توسعه حقوق اموال ناپدید شود یا هرآنچه در زیر مجموعه *things* قرار می‌گیرد تماماً حقوق اموال شناسایی شود؛ حقوق اموالی که به دو نوع متمایز «حق عینی / حقوق اموال در معنای سنتی» و «حق شخصی / حقوق تعهدات» تقسیم می‌شوند (Tarrant, 2011: 678; Worthington, 2007: 919).

قانون مدنی ما مطابق ماده ۲۱۴ در بخش «عقود و تعهدات به‌طور کلی»، با این عبارت که «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین، تعهد تسلیم<sup>۱</sup> یا ایفای آن را می‌کنند»، در زیر عنوان مورد معامله که در واقع به مورد تعهد نظر دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۶/۲)، مورد تعهد را مال یا عمل می‌داند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۲/۱). وضعیت مزبور ناشی از اقتباس مندرجات ماده ۲۱۴ قانون مدنی از ماده ۱۱۲۶ کد ناپلئون یا قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ میلادی است که در آن گفتمان اصلی در «انتقال مال» و «انجام عمل» از سنخ تعهد است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۱). وضعیتی که سبب می‌شود در نظام حقوقی ما نیز همانند حقوق رومی، تملیک یعنی انتقال مال ذیل نظریه تعهدات همانند «عمل» و «ترک عمل» جای گیرد. مبنایی که در آن بر عهده متعهد، «تکلیف» و «حق مطالبه» برای متعهدله ایجاد می‌شود و براساس آن، شیوه حاکم در اجرا «ایفاء تعهد» است. به همین مناسبت نیز جملگی آثار و قواعد حاکم بر عقود و مسئولیت مدنی در حقوق ما در بخشی از قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی همچون نظام رومی ژرمنی ذیل «نظریه عمومی تعهدات» جای می‌گیرند و به تبع آن، شیوه حاکم در اجرا نیز «ایفاء» است.

۱. در حقوق داخلی مطابق ماده ۲۱۴ قانون مدنی، کلمه «تسلیم» جایگزین کلمه *donner* شده است. همین امر سبب شده برخی تسلیم را در معنای تحت‌اللفظی آن «تسلیم فیزیکی» معنا کنند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷)؛ درحالی که نظر به منشأ اقتباس این ماده از ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی قدیم فرانسه، مراد واقعی از آن «انتقال مال» است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۹/۲؛ الشریف، ۱۳۸۹: ۸۶).

## ۲. مفهوم و جایگاه تسلیم (قبض) مال در فقه

در فقه اسلامی، «قبض» که به جای آن در قرون اخیر، بیشتر فقها از اصطلاح «تسلیم» استفاده می‌کنند،<sup>۱</sup> در کتب لغت عربی در عبارات «الأخذ مطلقاً»، «الأخذ بالید» و «الأخذ بجمع الکف» به ترتیب در معانی «مطلق گرفتن»، «گرفتن با دست» و «گرفتن با کف دست» آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۱۴/۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۵۰/۵؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۲۲۶-۲۲۵/۴) که کلمه «گرفتن» معادل آن در فارسی است (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۴۸۵/۴). از آنجایی که قبض حقیقت شرعی و متشرعه ندارد، نزد فقهای اسلامی در همان معنای عرفی آن یعنی «استیلاء بر مال» به کار رفته است که حسب موارد مختلف، در مصداق<sup>۲</sup> متفاوت از دیگری خواهد بود (امامی خوانساری، بی تا: ۵۸۰؛ موسوی خویی، بی تا(ب): ۵۹۱/۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۵۷۰/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۲۵/۴؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۱۴۷/۱۶).

فقیهان به مناسبت «قول در قبض یا تسلیم»، مسائلی مانند «بالقبض یتقل الضمان إلی القابض، إذا لم یکن له خیار» و «لا یتبع ما لیس عندک» را مطرح می‌کنند و با بیان اینکه عقد «مقتضی» آن است که متعاقدين آنچه را طرف دیگر به «سبب بیع یا اجاره» مستحق است تسلیم کنند، مسائل ایفاء در حقوق را به همین مناسبت ذیل عنوان وجوب «تسلیم مال» و در ضمن مباحث «بیع» و «اجاره» از موجبات «تملیک» عین، دین،<sup>۳</sup> منفعت یا عمل مطرح می‌کنند (علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۳۳۴/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۱/۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۵۹۵/۲).

اینکه در حقوق اسلامی، تسلیم مال به طرف مقابل بر چه مبنایی است، با تتبع در آراء اندیشمندان فقهی، سه دیدگاه در این زمینه قابل مشاهده است:

بنابر دیدگاه اول، نظر به اینکه موجب حقوقی چیزی جز «انشاء تملیک در برابر تملیک» نیست و التزام به تسلیم و تسلّم امری مجزا و منفک از ملکیت است، علت

۱. قانون مدنی در ماده ۳۶۷، بین «تسلیم» و «قبض» تفاوت قائل شده و تسلیم را «دادن مبیع به مشتری» و قبض را «استیلاء مشتری بر مبیع» تعریف نموده است که مطابق ماده ۳۶۸ قانون مدنی، تسلیم زمانی محقق می‌گردد که با قبض نیز همراه شود.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص کیفیت تسلیم منفعت در اجاره، ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۳۶: ۵۳/۵؛ پارساپور و عیسائی تفرشی، ۱۳۹۵: ۷۵-۵۹؛ الشریف، ۱۳۸۹: ۸۹-۹۳.

۳. منظور از «دین» در نزد فقها در این کتب، «مال کلی در ذمه» است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۶۸۹/۱۴).

و جوب تسلیم، ساختار عقود معاوضی است؛ زیرا در عقود معاوضی بناء طرفین بر تسلیم مال است. در واقع هریک از متعاقدين بر مبنای «التزام و شرط ضمنی» در قبال آنچه به او تسلیم شده است، باید آن را به طرف دیگر تسلیم کند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۴/۲؛ ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۸۱/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۲۶/۴).

بنابر دیدگاه دوم، از آنجایی که موجبات حقوقی طریقی برای وصول به عوضین است، تسلیم و تسلّم از احکام عقلایی مترتب بر موجبات حقوقی است. این گونه که هریک از طرفین از تسلیم عوضین امتناع نماید، برای هریک از متعاقدين «حق»، نه از باب «امر به معروف» و نه از باب «ملکیت»، بلکه از باب «حق مطالبه» ایجاد می‌شود که می‌تواند تسلیم مال را بخواهد. «حق مطالبه» امری عقلایی مترتب بر معاوضه است که اگر هریک از طرفین از تسلیم مال امتناع نماید، از باب ثبوت «حق» برای هریک از طرفین، این امکان وجود دارد که الزام ممتنع را از حاکم مطالبه کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۶۲/۵).

بنابر دیدگاه سوم، وجوب تسلیم مال بر مبنای «ملکیت» است و تسلیم از آثار و لوازم مرتب بر ملکیت است. در صورتی که هریک از متعاقدين از تسلیم ملک دیگری امتناع نماید، چنین امری مشمول «اداء ملک غیر» می‌شود (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۰۴/۸؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷۵؛ امامی خوانساری، بی‌تا: ۵۸۶؛ موسوی خویی، بی‌تا(ب): ۵۹۲/۷). توضیح اینکه به نفس تملیک، ملکیت برای هریک از متعاقدين ایجاد می‌شود. از لوازم ملکیت و شئون آن، ایجاد سلطنت بر مال است؛ به نحوی که مالک از باب ملکیت می‌تواند ملک خود را در ید هر شخصی که یافت، مطالبه نماید (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۷۲/۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۴۳۹/۱۷). در مقام بررسی و ارزیابی دیدگاه‌ها، آنچه مشخص است این است که مطابق دیدگاه اول و دوم، آنچه موجب می‌شود طرف مقابل ملزم به «تسلیم مال» به طرف دیگر شود، ماهیت آن در هر دو دیدگاه «تعهد» در مفهوم رومی آن است؛<sup>۱</sup> با این تفاوت که بنابر دیدگاه اول، سبب آن «اراده ضمنی متعاقدين» و بنابر دیدگاه دیگر، سبب آن «بنای عقلا» است. مفهومی از تعهد که در ساختار فقهی، برخلاف حقوق رومی آن به جهت

۱. جهت ملاحظه تفاوت مفهومی و ماهوی میان دین و تعهد، ر.ک: حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۵۲/۱؛ عبدی پورفرد، ۱۳۹۲: ۷۳؛ عبدی پورفرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱: ۸۱-۱۰۸؛ دیلمی، ۱۳۹۸: ۲۸۰.

اینکه ماهیت آن نه تملیک عمل، بلکه داشتن حق بر روی عمل غیر است، بقاء و دوام آن مقید به وجود فاعل است و با فوت مکلف از بین می‌رود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۸۵/۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۵).

از نظر تحلیلی به جهت اینکه مُنشأ یا موضوع موجب حقوقی تابع قصد «مُعْتَبِر» است و برای تعیین چستی هر اعتباری باید به خواست «مُعْتَبِر» رجوع کرد، با مراجعه به مُنشأ در نهادهای مهم حقوقی همچون بیع و اجاره و متعلق ملکیت که علاوه بر «اعیان بیرونی» شامل «عمل»، «ترک عمل»، «منفعت» و «کلی در ذمه» می‌شود، می‌توان بر مبنای عقل عملی و وجدان دریافت<sup>۲</sup> که وقتی شخصی در باب در اموال از ضروریات فقه در برابر دیگری ناشی از موجبات حقوقی ملزم می‌شود، معنای آن چیزی بیش از تملیک مال نیست و این ملکیت است که موضوع برای تکلیف می‌شود و به همین مناسبت در فقه در بیشتر موارد، سخن از وجوب «تسلیم مال» به ملکیت درآمده است نه وجوب «ایفاء» از باب تعهدات.

توضیح اینکه برخلاف باور غالب اندیشمندان حقوقی که «ملک» را تنها بر اعیان بیرونی فهم می‌کنند، نظر به مفهوم گسترده از «ملک» در نزد فقیهان امامیه، چنین

۱. در تمایز میان «حق بر روی عمل» با «تملیک عمل» می‌توان گفت: در حق بر روی عمل، بدون اینکه عمل در ملکیت طرف دیگر درآید، متعهدله تنها حق بر روی عمل متعهد دارد. این حق با وجود اینکه در شمار احکام وضعی قرار می‌گیرد و همانند ملک العمل، قابل انتقال به غیر و وراثت است، اما به جهت اینکه محل آن بر روی عمل متعهد قرار دارد، با فوت متعهد نظر به منتفی شدن محل، حق مطالبه از بین خواهد رفت؛ درحالی‌که در تملیک عمل، عمل جزء ملک مستأجر به حساب آمده و پس از مرگ مستأجر به ورثه‌اش منتقل می‌شود و فوت اجیر مطابق قاعده تأثیری در بقاء آن ندارد و باید از محل ترکه همچون سایر دیون، عمل ادا شود (موسوی خویی، بی‌تا(الف): ۱۳۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۴۸/۱۹؛ برای دیدن این احتمال که با فوت، مورد از مصادیق تلف قبل از قبض است و اجاره منفسخ می‌شود، ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۵). تنها در اجیر خاص که اجاره مقید به وقت معین است و قبل از انقضاء مدت، اجیر فوت کند، اجاره باطل می‌شود (موسوی خویی، بی‌تا(الف): ۱۳۴؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۵).

۲. جعفری لنگرودی در این باره می‌گوید: «در فقه امامیه نیز همانند نظام رومی ژرمنی نظریه تعهدات... ضبط شده است و... نظریه عقد بدون تعهد قابل تصور نیست و تقسیم عقد به عقد تملیکی و عهدی معنی ندارد؛ زیرا همه عقود، تعهدات هستند و هر عقدی، عقد عهدی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۳۶؛ همو، ۱۳۸۲: ۲۰۲؛ همو، ۱۳۸۸: ۱۷۹/۲)، یا کاتوزیان بیان می‌کند: «اثر عقود تملیکی نیز ایجاد تعهد است، منتها هرگاه این تعهد به محض ایجاد اجرا شود، عقد تملیکی اما اگر به تأخیر افتد، عقد عهدی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۱/۱؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۸۵: ۳۶/۱).

رابطه حقوقی حتی بدون پایگاه مادی مال در باب عقود معین شناسایی می‌شود. همین نگاه در باب موجبات ضمانات قهری وجود دارد؛ به طوری که برخلاف نگاه اندیشمندان حقوقی که تحت تأثیر طبقه‌بندی «حق عینی» و «حق شخصی» در نظام حقوقی رومی ژرمنی،<sup>۱</sup> ماهیت ضمان قهری را «تعهدی» می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۶؛ هاشمی و تقی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۹۵)، از نظر تحلیلی براساس طبقه‌بندی سنتی و بومی «ملک» و «حق»، که این حق نیز در باب در اموال ذیل ملک عموماً مطابق دیدگاه غالب قرار می‌گیرد (فروغی، ۱۳۹۱: ۱۰۲)، ملکی که به دو نوع «ملک تام» و «ملک ناقص یا حق» تقسیم می‌شود، در مواردی که زیان‌زننده «سبب» از بین رفتن یا نقصان «مال» غیر می‌شود، ماهیت ضمان قهری «تملیکی» است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۸/۱؛ قنوتی، ۱۴۰۰: ۲۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۱؛ دریائی و کربلانی آفازاده، ۱۳۹۹: ۱۰۱؛ همان‌ها، ۱۳۹۸: ۲۱۹) که عقود معین و ضمانات قهری، موضوع برای اعتبار ملکیت هستند.<sup>۲</sup>

از این رو، در باب در اموال در فقه بدون اینکه تفاوتی بین موجبات حقوقی متصور شود، خواه موجب حقوقی ذیل ضمان قهری و خواه ذیل عقود معین و یا ارث قرار گیرد، حسب صورت‌های مختلف، چه مورد موجب حقوقی «عین» و اقسام آن باشد و چه مورد آن منفعت قرار گیرد، در اندیشه فقهی تملیک حاصل می‌شود و در ادبیات فقهی موجبات اصلی ذیل «ملکیت» تحلیل می‌شوند که «تسلیم مال» در آن نیز مبنا و معنایی جز اداء ملک غیر ندارد (الشریف، ۱۳۸۹: ۸۸). خلاصه اینکه در کلیه موارد عین،

۱. برای مطالعه در این باره، ر.ک: نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۰۹-۱۳۲.  
 ۲. از آنجایی که از نگاه مشهور فقهای امامیه، ماهیت ضمان چیزی غیر از «ملکیت» نیست، زیان‌دیده مالک مافی‌الذمه زیان‌زننده می‌شود. مشهور فقهای امامیه در تحلیل ضمان ناشی از «علی‌الید»، ماهیت آن را نیز کماکان حکم وضعی ملکیت دین می‌دانند؛ اما نه ملکیت دین به صورت منجز، بلکه ملکیت شأنی و تقدیری که در آن رد بدل، معلق به تلف مال است (قریبان‌پور، ۱۳۹۱: ۵۱؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۶۳-۱۶۴). بر این تحلیل، آثار مهمی مترتب است؛ از جمله اینکه اگر غاصب فوت کند و عین مال مغضوب موجود باشد و وراثت وی استیلائی بر آن نداشته باشند، امکان الزام وراثت به رد مال مزبور از محل ترکه نیست؛ زیرا از یک سو تکلیف به رد عین مغضوبه، قائم به شخص غاصب بوده است و از سوی دیگر، عدم استیلائی وراثت بر عین مغضوب موجب می‌شود که تکلیف وجوب رد مال متوجه آن‌ها نشود. این در حالی است که اگر رابطه میان غاصب و مالک را قبل از تلف به رابطه «ملکیت دین یا حق ذمی» تحلیل کنیم، این حکم وضعی با فوت غاصب به ترکه او تعلق می‌گیرد و وراثت او مکلف به ادای آن از محل ترکه هستند.

منفعت و عمل که در حقوق حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی مورد موجب حقوقی ذیل مفهوم مورد تعهد رومی فهم می‌شوند، بنابر اندیشه فقهی ذیل ملکیت قرار می‌گیرند که وجوب تسلیم در آن، مبنایی جز «اداء ملک غیر» ندارد (امامی خوانساری، بی‌تا: ۵۸۵). به عبارت دیگر، علی‌رغم آنکه در نظر اکثریت اندیشمندان حقوقی، عنوان «تسلیم مال» در فقه اسلامی قسمی از «ایفاء» در حقوق است، اما به لحاظ ماهیت متفاوت این دو از حیث مبنا، قیاس آن‌ها با یکدیگر مع‌الفارق است؛ زیرا در «تسلیم مال»، وجوب از باب ملکیت که از مشترکات است، می‌باشد؛ در حالی که در ایفاء، وجوب از باب تعهدات است.

### ۳. تأثیر شیوه اجرا در آثار و قواعد حاکم بر موجبات حقوقی

حسب آنکه شیوه حاکم در اجرا، ایفاء است یا تسلیم مال، این متغیر تأثیر متفاوتی بر آثار و قواعد حاکم بر اجرا و ضمانت اجرای نقض خواهد نهاد که تا حد امکان، این موارد به‌طور مختصر در زیر آورده خواهد شد.

#### ۳-۱. تأثیر سازوکار «ایفاء» در آثار و قواعد حاکم بر تعهدات

نظر به اینکه «نظریه تعهدات»، ستون فقرات حقوق مدنی ما را در عقود و تعهدات به‌طور کلی تشکیل می‌دهد، مورد معامله یا مسئولیت مدنی مال یا عمل است که باید ایفاء شود. همان‌طور که پیشتر بیان شد، سازوکار حاکم در اجرا از باب وجوب ایفاء است که اقتضا دارد بنا به درخواست متعهدله در تعهدات قراردادی، حاکم متعهد را ملزم به «ایفاء» آن می‌کند. بدین ترتیب در حقوق تعهدات از آنجایی که بر عهده متعهد «تکلیف» و برای متعهدله «حق مطالبه» وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۴)، لازمه مسئولیت مدنی متعهد در همه حال در تعهدات قراردادی به‌علت ماهیت تکلیفی تعهد، منوط به تشریفات «مطالبه»<sup>۱</sup> از سوی متعهدله مطابق ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ و ماده ۱۲۳۱ جایگزین آن در اصلاحات سال ۲۰۱۶ است. در چنین حالتی، آنچه

1. Notice to perform his obligation/ est en demeure.

متعهدله داراست، تنها «حق مطالبه»<sup>۱</sup> است که باید از سوی او مورد مطالبه گیرد تا حاکم بتواند متعهد را ملزم به جبران خسارت یا اجرای عین تعهد نماید. از آنجایی که شیوه اجرا، ریشه در «نظریه تعهدات» دارد که اجرا ذیل آن معنا می‌شود، مسئولیت مدنی به‌عنوان بدل از مبدل که در ازای «نقض ایفاء» محقق می‌شود، ماهیت آن همچون سطح زیرین نظر به عدم فهم ملکیت مال کلی در ذمه همچنان تعهدی شناسایی می‌شود. در تمامی موضوعات اعم از «قراردادی» یا «خارج از قرارداد»، مسئولیت مدنی هنگامی محقق می‌شود که «نقض تعهدی» روی داده و این نقض دارای شرایط ذیل باشد:

اولاً: تعهدی مبنی بر «۱- تعهد به انتقال مال: donner»، «۲- عمل: faire»، «۳- ترک عمل: ne pas faire» وجود داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۱/۱). تعهدی که در مسئولیت خارج از قرارداد از آن، تعهد به عدم اضرار به غیر یاد می‌شود. ثانیاً: تعهد مزبور نقض شده باشد؛ نقضی که در مسئولیت ناشی از قرارداد با «مطالبه» و در مسئولیت خارج از قرارداد به نفس «اضرار به غیر» محقق می‌شود. ثالثاً: خسارت ناشی از نقض تعهد باشد (همان: ۲۳۹/۱).

در ادامه نیز در مسئولیت مدنی، وقتی مسائل و شرایط مربوط به آن در حقوق مطرح می‌شود، به‌دلیل اینکه مسئولیت مدنی ناشی از «نقض تعهد» است، علاوه بر «رفتار مکلف»، «رابطه استاد» و «ورود خسارت»، لازم است مکلف دارای شرایط عامه تکلیف (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۸۰/۱) و خسارت نیز ناشی از «رفتار توأم با تقصیر» متعهد، مطابق ماده ۱۲۴۰ مصوب ۲۰۱۶ قرار گیرد تا شخص ملزم به جبران خسارت دیگری شود.

به‌جهت اینکه قبل از نقض، موضوع معامله یا تکالیف قانونی، ماهیت آن تعهد است

۱. اینکه مفهوم «حق مطالبه» چیست؟ سه معنا پیش روی ما قرار دارد. مطابق یک نظر مراد از آن «اباحه»، مطابق نظر دیگر منظور از آن «اباحه حقی»، و مطابق احتمال سوم منظور از آن داشتن «حق بر روی عمل» است. در تعهد مدنظر در حقوق، مراد از تعهد، تکلیفی است که برای متعهدله حق بر روی عمل متعهد اعتبار می‌شود که ماهیت آن «حکم وضعی» است.

۲. لازم به توضیح است که با کشف «ملکیت اعتباری» در اندیشه غرب در قرون اخیر و در ادامه آن با حذف عمل مادی در ایجاد ملکیت، حقوق غرب به چیزی دست یافت که حقوق اسلام پیش از این به آن دست یافته بود. اینکه در مسئولیت قهری ناشی از اتلاف ملک، نظر به عدم نیاز به وجود عنصری به نام «تعهد»، حقوق مسئولیت مدنی به‌سوی «مسئولیت بدون تقصیر» در حرکت است.



و بعد از نقض نیز تکلیف بر عهده متعهد همچنان ذیل مفهوم حقوق اموال در حقوق رومی قرار نمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۴)، تنها رهاورد مسئولیت مدنی شناسایی «اعطاء حق مطالبه» دیگری برای متعهدله در قالب جبران خسارت است؛ رهاوردی که همچون اصل تعهد، خسارت ناشی از نقض تعهدات، ذیل حقوق اموال قرار نمی‌گیرد (Faber & Lurger, 2011: Volume 3/73). بنابراین در این ساختار، خسارت ترمیمی قابل مطالبه ذیل گونه‌های «عدم النفع» و «خسارت اعتماد» در فقه سامان‌دهی می‌شود (امینی و پیری، ۱۴۰۰: ۱۳۶).<sup>۱</sup>

مطابق دیدگاه سنتی حاکم در فقه، عدم النفع که در برابر نقض حقوق تعهدات حاصل می‌شود، همچون اصل تعهد است که برای متعهدله به ذات «مال» حاصل نمی‌شود.<sup>۲</sup> از این رو، تنها بر مبنای منطق اراده قراردادی همچون ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی فرانسه چنین خسارتی قابل جبران است. همان چیزی که سبب شده است برخی از اندیشمندان حقوقی ادعا کنند اعتبار مسئولیت «قراردادی» در برابر مسئولیت «غیرقراردادی» به این قرار است که معتبر می‌خواهد عدم النفع را که در مسئولیت غیرقراردادی قابل جبران نیست، به واسطه آن قابل جبران شمارد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۹۶).

در مسئله فوت متعهد که بر عهده او تنها تکلیف قرار دارد، به علت به کارگیری عقل‌گرایی فلسفی در امور اعتباری و همچنین شخصی بودن تعهدات، مدت‌ها این باور

۱. خسارت متوقع به دو قسم خسارت «مستقیم» و «غیرمستقیم یا مع‌الواسطه» تقسیم می‌شود. مراد از خسارت متوقع مستقیم به دست آوردن بدل مبدل، و منظور از خسارت متوقع غیرمستقیم به دست آوردن نفع ناشی از مبدل است. خسارت متوقع مستقیم در آنجایی مورد شناسایی قرار می‌گیرد که نظام حقوقی بنابر دلایلی بخواهد به جای مبدل، بدل آن را به متعهدله اعطا کند. برخی دیگر از حقوق‌دانان، دسته سومی تحت عنوان «خسارت استرداد» را به دو نوع کلی «خسارت اعتماد» و «خسارت متوقع» افزودند (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۷: ۱۶۴؛ عطاری، قنوتی و قاسمی عهد، ۱۳۹۸: ۱۰۳). خسارت استرداد به جهت اینکه ماهیت غیرترمیمی دارد، به کارگیری آن تحت عنوان خسارت همچون خسارات اسمی و تبیهی مسامحه در تعبیر است.

۲. در حقوق رومی به جهت اینکه در سیر تطورات سیستم انتقال مال در اعیان مادی، از عملی مادی به عملی ذهنی تبدیل شد، شکل خسارت نیز با عدم تسلیم، به تلف مال غیر تغییر نمود؛ زیرا در اثر قرارداد برای متعهدله بالفعل مال ایجاد می‌شود.

وجود داشت که با فوت متعهد، اضافه تعهد از بین می‌رود و چون نمی‌توان بر عهده ورثه تعهدی ایجاد نمود، لذا امکان استیفای آن از ماترک منتفی می‌شود؛ نتیجه‌ای که اعتبار تعهدات را از بین می‌برد. این مهم سبب شد به منظور بقاء تعهد پس از فوت متعهد در کنار «اصل نسبی بودن تعهدات» در این نظام حقوقی به تأسیس «نظریه قائم‌مقامی ورثه»<sup>۱</sup> دست بزنند (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۶۸-۵۵؛ فاتحی، ۱۳۹۱: ۱). امری که سبب شد ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی منسوخ فرانسه قبل از اصلاحیه ۲۰۱۶ مقرر کند: «اصل بر این است که شخص برای خود و ورثه و قائم‌مقامانش قرارداد می‌بندد؛ مگر اینکه خلاف آن تصریح شود یا از ماهیت قرارداد برآید».

ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران نیز تحت تأثیر مقررۀ مزبور ذیل باب «در عقود و تعهدات به‌طور کلی» که بیانگر «نظریه تعهدات» در حقوق است، بر مبنای همین تأسیس بیان کرد: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین "متعاملین" و "قائم‌مقام قانونی" آنها مؤثر است...».

امری که سبب شد نهاد قائم‌مقامی که برای اعتبار تعهد در آن نظام حقوقی تأسیس شده بود، وارد ادبیات حقوقی ایران شود. نهادی که مطابق آنچه در ادامه خواهد آمد، بر مبنای نظریه ملکیت ضرورتی برای به‌کارگیری آن در حقوق اسلامی وجود ندارد.

#### ۴. تأثیر سازوکار «تسلیم مال» در آثار و قواعد حاکم بر ملکیت

نظر به اینکه «نظریه ملکیت»، ستون فقرات نظام حقوقی اسلام در باب در اموال را تشکیل می‌دهد، از این رو در بیشتر موضوعاتی که مورد معامله یا ضمان قهری، «عین» و «منفعت» قرار می‌گیرد، آن‌گونه که بیان شد، «تسلیم مال» مبنا و معنایی جز «اداء مال» غیر ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۴۵۱). بر این اساس، شیوه حاکم بر اجرا از لحاظ

۱. نهاد قائم‌مقامی بیانگر این موضوع است که بدون اینکه اصل رابطه حقوقی تغییر کند، شخصی جانشین شخص دیگر می‌شود، به صورتی که بتوان گفت منتقل‌الیه جای انتقال‌دهنده را گرفته و دارای همان حقوق و تکالیف است.

فقهی «تسلیم مال»<sup>۱</sup> است که از باب «ملکیت» بنا به درخواست مالک، حاکم دیگری را ملزم به «تسلیم مال» می‌کند (مامقانی، ۱۳۵۰: ۲۲۲). بر پایه چنین اندیشه‌ای، از آنجایی که ضمان قهری در سطح زیرین آن «نظریه ملکیت» قرار دارد، خسارت به جای فرارگیری ذیل گونه‌های «خسارت اعتماد و متوقع»، ذیل گونه‌های «تلف مال (عین یا منفعت) غیر» از صورت‌های نقض ملک سامان‌دهی می‌شود که به موجب آن ملکیت محقق می‌شود. عین و منفعت در تمام اقسام آن به جهت اینکه «مال» دیگری شناسایی می‌شوند (موسوی خراسانی، ۱۳۹۸: ۳۱۳)، این امکان را به زیان‌دیده می‌دهند به سبب اینکه مال وی از بین می‌رود، «بدل» آن را مطالبه نماید<sup>۲</sup> (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۵۲/۳)؛ بدلی که نظر به فهم ملکیت کلی در ذمه در نزد فقیهان امامیه براساس ضمان تملیکی، در شمار «اموال» زیان‌دیده همانند مبدل قرار می‌گیرد. از این رو، بدون آنکه نیاز به اعتبار «مسئولیت قراردادی» مجزا از «مسئولیت قراردادی» باشد، همان گونه که در ضمان قهری حسب «اتلاف»، «علی‌الید» و «استیفاء» از موجب ضمان تملیکی، عامل زیان ضامن استرداد و تلف مال غیر قلمداد می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲۳/۲۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶۷/۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۶۸/۵)، می‌توان بر مبنای موجبات قهری و صور نقض ملکیت، دیگری را در قراردادها نیز ضامن تلف مال (عین، منفعت و عمل) غیر شمرد (موسوی خراسانی، ۱۳۹۸: ۳۱۳) و تنها در مواردی به مسئولیت مدنی همچون حقوق رومی نیاز است که امکان جبران خسارت براساس ضمان تملیکی ممکن نباشد؛<sup>۳</sup> زیرا ضمان قهری در حقوق اسلامی ریشه در «نقض ملکی» دارد که مطابق آن ضمان تملیکی در مواردی محقق می‌شود که ملکیتی از میان رود تا به تبع آن بتوان ملک دیگری به عنوان بدل آن جای داد. در خسارت متوقع غیر مستقیم به دلیل عدم وجود ملکیت و در خسارت

۱. علاوه بر عین، منفعت یا عمل نیز در فقه اسلامی مال محسوب می‌شوند و سازوکار اجرا در هر دوی آن‌ها «تسلیم مال» است.

۲. دیدگاهی که در حقوق غرب بالاخص کامن‌لا بعد از تحول در مفهوم تعهد از رابطه شخصی به رابطه بر مال، این امکان را در این نظام‌های حقوقی فراهم ساخت تا همانند حقوق اسلامی به جبران خسارت متوقع مستقیم یا بدل از تعهد دست پیدا کنند.

۳. اینکه در کجا و در چه مواردی به سازوکار مسئولیت مدنی در حقوق نیاز است، در تحقیقی مستقل باید به آن پرداخته شود.

معنوی به دلیل اینکه خسارت قابلیت تبدیل به مال را ندارد، نمی‌توان شخص را تحت عنوان ضمان تملیکی ضامن خسارات وارده دانست.<sup>۱</sup> از این رو می‌توان گفت: در اندیشه فقه اسلامی، ضمان هنگامی محقق می‌شود که اولاً: ملکیتی موجود از بین برود؛ ثانیاً: خسارت ناشی از نقض ملکیت باشد؛ ثالثاً: خسارت قابلیت تبدیل شدن به مال و ملکیت را داشته باشد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۲۹۶؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۸۹).

امر دیگری که بر نظریه ملکیت مبتنی است، آن است که ملکیت از احکام وضعی است و احکام وضعی غیرمستقیم به اشخاص تعلق می‌گیرد و همانند تکلیف (فعل)، دارا بودن شرایط عامه در آن شرط نیست، ضمان قهری بر پایه «سببیت» از دیگر احکام وضعی، بدون نیاز به تقصیر و شرایط عامه تکلیف ایجاد می‌شود (کشاورز، ۱۳۹۸: ۲۱۷).

آن گونه که بیان شد، احراز عهدشکنی و مسئولیت مدنی متعهد در تعهدات قراردادی به علت ماهیت تکلیفی تعهد، در هر حال منوط به رعایت تشریفات «مطالبه» از سوی متعهدله است. با پذیرش ملکیت به مثابه نظریه حاکم، نقش تشریفات «مطالبه» کاملاً وارونه خواهد شد؛ چه اینکه وجوب تسلیم مال از آثار نظریه ملکیت است که غیر باید مالی را که به نفس تملیک در ملک دیگری قرار گرفته است، بدون مطالبه از «باب ملکیت» به مالک آن رد نماید. به عبارت دیگر، به علت ماهیت وضعی ملک، بدون آنکه نیاز به تشریفات مطالبه باشد، طرف دیگر باید ملک را به مالک آن مسترد نماید. از این رو، مطالبه تنها در مواردی ایفاء نقش می‌کند که مالک ملک خود را تحت اختیار طرف دیگر قرار داده باشد که استرداد آن در مواردی مانند امانت مالکی، نیازمند مطالبه از دیگری حسب قسمت اخیر ماده ۲۲۶ قانون مدنی است.

بنابراین، از آنجایی که بسیاری از مواردی که در حقوق در قالب مفهوم «تعهد» فهم می‌شود، فقیهان امامیه آن را در قالب مفهوم «دین» از اقسام مال و «ملکیت» شناسایی می‌کنند که مملوک به جای اینکه در ظرف «عالم واقع» قرار گیرد، در ظرف «ذمه» قرار می‌گیرد، فقیهان بدون درک تأسیس «قائم مقامی» در تعهدات، بر پایه بقاء ذمه بعد از فوت، حکم به بقاء دین بعد از فوت مدیون می‌نمایند و از این طریق اعتبار و اطمینان

۱. مگر آنکه مانند برخی فقیهان امامیه به قاعده لاضرر یا بنای عقلا تمسک کرده و حکم ضمان در این موارد را توجیه کنیم.

در روابط حقوقی ایجاد می‌کنند؛ زیرا این ملکیت است که «موضوع» برای تعهد قرار می‌گیرد. همان‌طور که عالم واقع بعد از فوت اشخاص از بین نمی‌رود و ملک مندرج در آن باقی است، ذمه نیز به‌عنوان محل استقرار دین بعد از فوت مدیون تا مادامی که معتبر حکم به بقاء آن کند، باقی است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۴۸/۱۹)؛ از این رو بر پایه تأسیس ذمه و بر بنیاد ملکیت، دیگر مجالی برای به‌کارگیری مفهوم «قائم‌مقامی وارث به‌جای مورث» مطابق نظریه تعهدات در حقوق رومی نیست.

## ۵. نمونه‌هایی از مصادیق تسلیم مال در حقوق اسلامی

برای نشان دادن این فرضیه در فقه اسلامی در نهاد مهم حقوقی «بیع»، «اجاره» و «ضمان قهری» به‌عنوان سه مصداق مهم در اندیشه اسلامی بررسی می‌شوند.

### ۱-۵. تسلیم عین در عقد بیع

در اندیشه فقهی، خریدار به نفس انشاء عقد بیع، مالک مبیع می‌شود. مبیع که ممکن است «عین معین»، «کلی در معین» و «کلی فی الذمه» باشد، تسلیم یا همان «تردیشن» رومی هیچ نقشی در آن‌ها در ایجاد ملکیت ندارد و تنها اثر آن انتقال ضمان معاوضی است (محقق داماد و احمدی‌فر، ۱۳۹۲: ۹۶). مشهور فقهای امامیه و اکثریت اندیشمندان حقوقی در «عین معین» و «کلی در معین» بدون توسل به نظریه عمومی تعهدات با توسل به موجبات «ضمان قهری» و حسب گونه‌های «تلف مال (عین یا منفعت)» در صورت نقض ملکیت (علی‌الید، اتلاف و یا استیفاء)، حکم به جبران خسارت می‌کنند؛ زیرا در اثر عقد به نفس انشاء متعاقدین، «عین معین» و «کلی در معین» به ملکیت خریدار درمی‌آید و رابطه بایع با مبیع همچون «غیری» است که بر مبنای علی‌الید، اتلاف و یا استیفاء ضامن تلف آن است.

تنها مورد قابل مقایسه با «تردیشن» رومی، وضعیت «کلی فی الذمه» در فقه اسلامی است؛ زیرا همانند انتقال مال در حقوق که ایجاد ملکیت نیازمند تسلیم است، ممکن است بیان شود در «کلی فی الذمه» که حین تملیک مالی وجود خارجی ندارد، ملکیت (در فقه اسلامی) نیز نیازمند تسلیم است. بر همین اساس، نظر به عدم تشخیص مال

«کلی فی الذمه» در عالم خارج، آن را حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند»، در ردیف تعهدات و ذیل «ایفاء» در حقوق جای می‌دهند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۱؛ امامی، ۱۳۸۴: ۴۱۲/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۳/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷) و خسارات ماهوی ناشی از آن را ذیل «نقض تعهد» تحلیل می‌کنند. اما چنین شباهتی نباید موجب این باور شود که ماهیت خسارت قابل مطالبه در «کلی فی الذمه» همچون تعهدات است؛ زیرا در نزد فقیهان امامیه، «کلی فی الذمه» در ردیف «ملکیت» و «مال» قرار دارد که به نفس تملیک در ذمه مدیون، ملکیت ایجاد و وجوب تسلیم در آن از آثار و احکام مترتب بر «ملکیت» است نه «تعهد». از این رو، وضعیت «کلی فی الذمه» در فقه اسلامی با «تردیشن» در حقوق یگانگی ندارد؛ زیرا «تردیشن» در حقوق، ماهیت زیربنایی آن از مقوله «تعهدات»، اما «کلی فی الذمه» در فقه از مقوله «ملکیت» است. براین اساس در چهارچوب فقهی، «دائن» همچون مالکی می‌ماند که بی‌آنکه بر سر دوراهی فسخ و خسارت استرداد یا مطالبه عین مال بر مبنای «علی‌الید»<sup>۱</sup> قرار گیرد، می‌تواند حسب قواعد اتلاف، «بهاء» مال خود را همانند آنچه در نظام کامن‌لا مطرح است، مطالبه نماید (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۵). چنین امری ناشی از آن است که «دین» در نزد فقیهان امامیه برخلاف تعهدات در نظام رومی ژرمنی ذیل باب اموال و مفاهیم گسترده از ملک قرار می‌گیرد و رابطه حاکم بر آن از نوع «ملکیت» شناسایی می‌شود.

## ۲-۵. تسلیم منفعت در عقد اجاره

با وجود اینکه حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی، «عمل» نیز از موارد تعهد است، اما فقیهان امامیه با بیان اینکه «الموجر و المستأجر یملک... بنفس العقد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۵۹۵/۲)، «عمل» یا «منفعت» را ذیل عقد اجاره از موارد ملکیت قرار می‌دهند که مستأجر مالک منافع یا عمل بدون تسلیم و تسلیم می‌شود (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۸۲/۱۹) که هریک از طرفین باید مورد عقد را از باب «تسلیم مال»

۱. توضیح اینکه واژه «بد» در این روایت بیش از آنکه بر معنای «مادی» آن دلالت کند، منظور از آن «استیلاء و تسلط» است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۷/۱). براین اساس، علاوه بر اینکه استیلاء بر اعیان را در بر می‌گیرد، شامل استیلاء بر «کلی فی الذمه، عمل و منفعت» نیز می‌شود.

نه «ایفاء» تسلیم کنند.

فقه‌های امامیه در پاسخ به این اشکال که منفعت حین عقد وجود ندارد تا به مستأجر تملیک شود، با بیان اینکه ملک از جنس «مقولات حقیقی» نیست تا نیازمند عرض در خارج باشد، بلکه از «موجودات اعتباری» است و منفعت به تبع وجود عین یا شخص، قابل استیفاء و مقدر است (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۵)، برای منفعت وجود اعتباری قائل می‌شوند که به نفس عقد اجاره در ملک مستأجر درمی‌آید.

در این نگاه چون به نفس عقد، مستأجر مالک «منافع» و طرف دیگر مالک «اجاره‌بها» می‌شود، مستأجر همچون صور نقض ملکیت عین (اتلاف، استیفاء و علی‌الید) با «تلف منفعت» نیز به میزان تلف، مالک ذمه تلف کننده می‌شود؛<sup>۱</sup> زیرا به نفس عقد، عمل یا منفعت به ملکیت مستأجر درآمده است و رابطه طرف دیگر با منفعت یا عمل، همچون غیری است که بر مبنای قواعد کلی علی‌الید، اتلاف و یا استیفاء، ضامن تلف مال است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۷/۱) و با بطلان و فسخ قرارداد ضامن استرداد مال.

### ۳-۵. تسلیم دین در ضمانات قهری

قانون مدنی در فصل دوم از باب دوم تحت عنوان «موجبات ضمان قهری»، ضمان ناشی از «علی‌الید»، «اتلاف بالمباشره یا بالتسیب» و «استیفاء» را مطرح می‌کند. فقیهان امامیه نیز به طور معمول، این اسباب را در باب «موجبات ضمان» در فقه مطرح می‌کنند. برخلاف تصور اندیشمندان حقوقی که بر این باورند ماهیت ضمان قهری «تعهدی» است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۴/۱؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۷)، اما پیشینه تاریخی این عنوان در نزد فقیهان امامیه نشان خواهد داد که به جای کاربرد آن در ذیل «نظریه تعهدات»، آن را در باب در اموال ذیل «نظریه ملکیت» شناسایی می‌کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴/۳۷). چنین امری ناشی از آشنایی اندیشمندان فقه با مفهوم مال «کلی فی الذمه» یا «دین» از موارد «ملکیت» است (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۵). در غصب که قبل از تلف از باب ملکیت مال، عهده غاصب ملزم به «اداء مال غیر» بود، این «عهده» به موجب تلف مال

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص احکام مترتب بر ملکیت اعمال، ر.ک: حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۴۶/۱ به بعد.

با انشاء معتبر به «اشتغال» در «ذمه» منقلب می‌شود. در «اتلاف» و «استیفاء» که پیش از آن زیان دیده مالک عین و منفعت بود، به واسطه آن‌ها نیز مالک اما در ذمه مدیون می‌شود.

تنها مسئله قابل پرسش در اندیشه فقهی، چگونگی ملکیت در «ضمانات قهری» است که آیا به علت «معاوضه قهری یا شرعی» است یا «تدارک و غرامت»؟ (رشتی، بی تا: ۱۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۰۷/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۸۳/۲). مطابق مبنای معاوضه بر مبنای انشاء معتبر بین معدوم (مبدل) و موجود (بدل) معاوضه صورت می‌گیرد. به این صورت که «بدل» به عنوان قائم مقام «مبدل معدوم» به مضمون له تملیک، و معدوم به عنوان معوض در ملکیت ضامن قرار می‌گیرد (رشتی، بی تا: ۱۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۰۷/۱). اما در مقابل بر مبنای «تدارک و غرامت» بدون اینکه برای تالف یا غاصب، ملکی اعتبار شود، با انشای معتبر، تالف یا غاصب ملزم به تدارک و غرامت می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۸۳/۲).

تملیکی بودن ضمانات قهری موجب شده است فقها به جای به کارگیری سازوکار ایفاء، از سازوکار «تسلیم مال» همچون عقود تملیکی در ضمانات قهری استفاده کنند. اثر مهمی که به کارگیری چنین سازوکاری بر جای خواهد نهاد، آن است که برخلاف تعهدات فقهی که با فوت متعهد از بین می‌روند، دین از احکام وضعی با فوت مدیون از بین نمی‌رود و ورثه مکلف‌اند آن را از محل ترکه ادا نمایند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۸۵/۱).

### نتیجه‌گیری

هر نظامی بنا بر درک خود از موضوعات، طریقه، مسیر و روشی خاصی برای حل مسائل حقوقی انتخاب می‌کند. در باب «اشیاء / things» مطابق جریان حاکم در حقوق رومی، تنها بعضی از زیرمجموعه‌های «اشیاء» مساوی با «حقوق اموال»، و بعضی دیگر از زیرمجموعه‌های «اشیاء» مساوی با «حقوق تعهدات» است. حقوق اموال که با مفهوم «حق عینی» فهم می‌شود، نیازمند «عمل مادی تسلیم» در مدل‌های گوناگون آن است. براساس اینکه تعهد به عنوان یک محلل و واسطه بین عقد و انتقال مال عمل می‌کند، حقوق اموال در حقوق رومی نهاد اصیلی محسوب نمی‌شود، بلکه



این تعهد است که اصیل است که حقوق اموال از آن سرچشمه می‌گیرد. از این رو چون مبنا در این نظام حقوقی، نظریه تعهد است، به تبع آن، شیوه حاکم در اجرا «ایفاء» است. در مقابل در نظام حقوقی اسلام، در باب در اموال تمام زیر مجموعه‌های مال نظر به مفهوم گسترده از ملک ذیل ملکیت قرار می‌گیرند که بخشی از آن تحت «ملکیت تام» و بخشی دیگر تحت «ملکیت ناقص / حق» فهم می‌شوند. از این رو، چون مبنا در این نظام حقوقی در باب در اموال، نظریه ملکیت است، به تبع آن، شیوه حاکم در اجرا «تسلیم مال» است.

نظر به تمایز مبنایی بین این دو شیوه، آثار و احکام این دو شیوه همچون ضمانت اجرای نقض و سازوکار بقاء در فوت متعهد و مدیون متفاوت خواهد بود. بدین صورت که بر مبنای تعهد، مدل خسارت از نوع «خسارت متوقع» و «خسارت اعتماد» و مدل بقاء تعهد بعد از فوت متعهد، «قائم مقامی» است؛ در حالی که بر مبنای ملکیت، مدل خسارت از نوع «تلف مال» و مدل بقاء ملکیت در دیون بعد از فوت مدیون، بقاء «ذمه» اوست.

## فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۳. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ق.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الادهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، ۱۳۴۰ش.
۶. امامی خوانساری، محمد، *الحاشیه الثانية علی المکاسب*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۷. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ش.
۸. امینی، منصور، و جواد پیری، «ضابطه ارزیابی خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتم و پنجم، شماره ۱۱۴، تابستان ۱۴۰۰ش.
۹. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۱۰. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۱۱. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، مجلد ۱۳۸۰ش.
۱۲. پارساپور، محمدباقر، و محمد عیسائی تفرشی، «تحلیل فقهی حقوقی تسلیم منفعت در قرارداد اجاره»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۰، شماره ۲، ۱۳۹۵ش.
۱۳. پورسید، بهزاد، و مرتضی نجف‌آبادی فراهانی، «اثر انتقالی قرارداد در حقوق ایران و فرانسه مبتنی بر تحولات قانون مدنی ۲۰۱۶ میلادی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۹۲، زمستان ۱۳۹۹ش.
۱۴. تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۱۵. جعفری خسروآبادی، نصراله، *مطالعه تطبیقی ماهیت «دین» و «تعهد» و کارکرد آن در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی، کامن‌لا و اسلام*، به راهنمایی ابراهیم عدی پورفرد، رساله دکتری، دانشگاه قم، ۱۳۹۳ش.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ش.
۱۷. همو، *دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ش.
۱۸. همو، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ش.
۱۹. حسینی حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۲۰. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق (علیه السلام)*، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ق.
۲۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *ایصال الطالب الی المکاسب*، تهران، اعلمی، بی‌تا.
۲۲. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۳. حکمت‌نیا، محمود، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ش.

۲۴. دریائی، رضا، و مصطفی کربلانی آقازاده، «امکان‌سنجی فقهی و حقوقی جبران خسارت ناشی از مالکیت اشیاء خطرناک»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، سال یازدهم، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
۲۵. همان‌ها، «تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، سال دوازدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۲۶. دیلمی، احمد، «کالبدشناسی مفهوم تعهد»، *فصلنامه دانشنامه‌های حقوقی*، سال دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۲۷. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب الغصب*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۲۸. زوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۲۹. الشریف، محمد مهدی، «قواعد حاکم بر ایفای تعهد به انجام کار یا تسلیم عمل»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، سال هفتم، شماره ۱۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۳۰. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (جلد سوم: آثار قراردادها و تعهدات)*، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۳۱. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، سمت، ۱۳۹۵ ش.
۳۲. طباطبایی قمی، سیدتقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ق.
۳۳. همو، *عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب*، قم، کتاب‌فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ق.
۳۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، بیروت، مؤسسة الاعلمی، ۱۴۰۹ق.
۳۵. همو، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۶ق.
۳۶. همو، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۳۷. همو، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
۳۸. طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، کتاب‌فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
۳۹. عبدی‌پورفرد، ابراهیم، *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲ ش.
۴۰. عبدی‌پورفرد، ابراهیم، و نصراله جعفری خسروآبادی، «خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی (بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق شخصی)»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، سال یازدهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۴۱. همان‌ها، «نقده زوجة و اقارب، تقابل دو مفهوم "دین و تعهد"»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال دهم، شماره ۳۹، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۴۲. عطاری، نازنین‌زهر، جلیل قنوتی، و وحید قاسمی عهد، «تحلیل نفع متوقع به‌عنوان معیار ارزیابی خسارات قراردادی؛ مقایسه حقوق نوین قراردادهای اروپایی و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، سال بیست و سوم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۸ ش.
۴۳. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۴۴. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *الاجاره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۴۵. همو، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۴۶. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المکتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
۴۷. فاتحی، زینب، *تحلیل انتقادی مفهوم قائم‌مقامی در حقوق ایران و فقه امامیه*، به راهنمایی محمد مهدی

الشریف، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، ۱۳۹۱ش.

۴۸. فروغی، سیدعلیرضا، «بررسی فقهی - حقوقی مفهوم حق و ملک»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، سال چهارم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱ش.

۴۹. قربان‌پور، امیرمهدی، *مسئولیت قراردادی (ماهیت و مبانی)*، تهران، مجد، ۱۳۹۱ش.

۵۰. قنوتی، جلیل، «مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع»، *دوفصلنامه اندیشه‌های حقوقی*، سال اول، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۲ش.

۵۱. همو، «نظریه تملیک یا نظریه تعهد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال بیست و چهارم، شماره ۹۳، بهار ۱۴۰۰ش.

۵۲. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ش.

۵۳. همو، *حقوق مدنی؛ دوره عقود معین*، تهران، انتشار، ۱۳۸۴ش.

۵۴. همو، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۸۰ش.

۵۵. همو، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۸۵ش.

۵۶. همو، *حقوق مدنی؛ نظریه عمومی تعهدات*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ش.

۵۷. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۴ق.

۵۸. کشاورز، اسماعیل، *ساختار مسئولیت مدنی: بررسی حقوقی، تاریخی و فلسفی نظام‌های حقوق رومی، کامن‌لا، فقه امامیه و ایران*، تهران، مجد، ۱۳۹۸ش.

۵۹. لوی، ژان فیلیپ، و آندره کاستالدو، *تاریخ حقوق تعهدات*، ترجمه رسول رضایی، تهران، مهر و ماه نو، ۱۳۸۶ش.

۶۰. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهایة المقال فی تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ق.

۶۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ش.

۶۲. محقق داماد، سیدمصطفی، و رسول احمدی‌فر، «اثر تسلیم در انتقال مالکیت مبیع کلی فی‌الذمه (مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فقه اسلامی، حقوق مصر، حقوق انگلستان و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا)»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، شماره ۲۴ (پیاپی ۹۷)، تابستان ۱۳۹۲ش.

۶۳. موسوی خراسانی، سیدمحمدحسن، «کاوشی در نقش سیره عقلا در تعیین دامنه مسئولیت قراردادی با تکیه بر نظر امام خمینی و شهید صدر»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، دوره یازدهم، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ش.

۶۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.

۶۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی (الاجاره)*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا. (الف)

۶۶. همو، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا. (ب)

۶۷. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم، المنار - دفتر معظم‌له، ۱۴۱۳ق.

۶۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

۶۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «ذمه و عهده در فقه شیعه»، فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره ۹۰، پاییز ۱۳۹۱ش.
۷۰. همو، «عصر وضع و تکلیف در تعهد»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۵، تابستان ۱۳۸۹ش.
۷۱. همو، «منافع سه‌گانه در خسارت‌های قراردادی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال بیست و دوم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷ش.
۷۲. وحدتی شیرینی، سیدحسن، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق و فقه)، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵ش.
۷۳. هاشمی، سیداحمدعلی، و ابراهیم تقی‌زاده، حقوق مدنی (۲): حقوق اموال و مالکیت، تهران، مجد، ۱۳۹۴ش.
۷۴. یزدانین، علیرضا، «مطالعه تطبیقی آثار تقسیم قراردادهای ناقله به تملیکی و عهدی در فقه، حقوق ایران و فرانسه»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۲ (پیاپی ۴۸)، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ش.
۷۵. همو، «مفهوم و آثار مطالبه (Mise en demeure) در تعهدات: مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال یازدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۸ش.
76. Ancel, Pascal, «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», RTD civ. 1999.
77. Birks, Peter, *The Roman Law of Obligations*, Eric Descheemaeker (Ed.), Oxford University Press, 2014.
78. Blanluet, G., «Le moment du transfert de la propriété», in: *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.
79. Bloch, Pascale, «L'obligation de transférer la propriété dans la vente», RTD civ. 1988.
80. Chazal, Jean Pascal et Serge Vicente, «Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil», RTD civ. 2000.
81. Courdier-Cuisinier, Anne-Sylvie, «Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner», RTD civ. 2005.
82. Dedek, Helge & Martin J. Schermaier, «Obligation (Greek and Roman)», *Encyclopedia of Ancient History*, 2011.
83. Faber, Wolfgang & Brigitta Lurger (Eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe (Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary)*, European Law Publishers, 2011.
84. Faber, Wolfgang & Brigitta Lurger (Eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe (Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal)*, European Law Publishers, 2011.
85. Fabre-Magnan, Muriel, «Le mythe de l'obligation de donner», RTD civ. 1996.

86. Gaius, *Gaii Institutionum Iuris Civilis Commentarii Quattuor, or, Elements of Roman*, Clarendon Press, 1890.
87. Huet, Jérôme, «Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée», in: Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001.
88. Mousourakis, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, University of Auckland, 2012.
89. Pignarre, Geneviève, «A la redécouverte de l'obligation de praestare – Pour une relecture de quelques articles du Code civil», *RTD civ.* 2001.
90. Pignarre, Geneviève, «L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala – Analyse critique», *Recueil Dalloz*, 2007
91. Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, 1951.
92. Tallon, D., «Le surprenant reveil de l'obligation de donner», *D.* 1992, chr.
93. Zenati-Castaing, Frédéric et Thierry Revet, *Les biens*, 3e éd., Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 2008.
94. Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, Oxford University Press, 1992.