




## Critical Analysis of the Theory of “Obligation and the Financial Rights of the *Dhimmi*” Regarding the Condition of the Financial Act

**Dr. Esfandiar Safari** , Assistant Professor, Department of Intellectual Property Law , Faculty of Law, University of Qom

Email: e.safari@qom.ac.ir

### Abstract

There is a difference of opinion in response to the question of the essential effect of the condition of financial act and the guarantee of its enforcement in case of breach. Some of the prominent contemporary authors hold opposing views with well-known jurisconsults and the apparent content of the provisions regarding the Iranian Civil Code. They believe that the condition of a financial act leads to the establishment of ownership in favor of the conditional beneficiary in the possession of the conditional obligor upon its establishment, similar to the consequential condition. Therefore, breaching the condition is not possible in such conditions of financial act. This opinion is referred to as the theory of "Obligation and Financial Rights of the *Dhimmi*" regarding the condition of the financial act, and scholars such as 'Allāmiḥ Ḥilli and Muḥaḥiq Ṭabāṭabā'i Yazdi are also attributed to being advocates of the theory. To prove the correctness of the theory, references have been made to the interpretation of the two parties' intentions, customary practice (*zuq-i 'urfī*), and religious reasons for commitment and obligation. After elucidating the theory and mentioning its eightfold shortcomings, the present study will demonstrate that attributing the theory to the two aforementioned jurisconsults is invalid.


**Keywords:** Obligation, rights, *dhimmi*, property, condition of the act





HomePage: <a href="https://jfiqh.um.ac.ir/">https://jfiqh.um.ac.ir/</a>	سال ۵۶ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۶ - بهار ۱۴۰۳، ص ۱۳۵ - ۱۰۹	
شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲		شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۷	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۰۳	تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۱
DOI: <a href="https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.78359.1427">https://doi.org/10.22067/jfiqh.2023.78359.1427</a>		نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی انتقادی نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی

دکتر اسفندیار صفری 

عضو هیأت علمی گروه حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق دانشگاه قم

Email: e.safari@qom.ac.ir

### چکیده

در پاسخ به چستی اثر ماهوی شرط فعل مالی و ضمانت اجرای تخلف از آن، اختلاف نظر پدید آمده است. بعضی از نویسندگان نامدار معاصر، برخلاف مشهور فقیهان و ظاهر مواد باب شروط قانون مدنی ایران معتقدند: شرط فعل مالی به محض انشا، همچون شرط نتیجه، سبب ثبوت ملکیت به نفع مشروط له در ذمه مشروط علیه می شود؛ ازین رو، در چنین شرط فعل هایی هیچ وقت خیار تخلف از شرط فعل محقق نمی شود. از این دیدگاه به عنوان نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» در باره شرط فعل مالی یاد شده و علامه حلی و طباطبایی یزدی نیز موافق این نظریه قلمداد شده و برای اثبات نظریه، به تفسیر قصد طرفین، ذوق عرفی و سبب دین بودن التزام و تعهد استناد شده است. در این جستار با به کارگیری روش توصیفی تحلیلی پس از تبیین نظریه مذکور و بیان اشکالات هشت گانه آن، عدم صحت انتساب نظریه مذکور به دو فقیه یاد شده نیز اثبات شده است.

واژگان کلیدی: تکلیف، حق، ذمه، ملک، شرط فعل.

## مقدمه

شرط در گستره مباحث قراردادها در یک تقسیم کلی، سه نوع است: ۱. شرط فعل، ۲. شرط صفت، ۳. شرط نتیجه. شرط فعل یکی از نهادهای کلیدی در حوزه حقوق معاملات در فقه امامیه است. در صورتی که مشهور فقها شرط ابتدایی را می‌پذیرفتند، اکنون در حوزه حقوق تعهدات که در دانش حقوق مطرح است، گنجینه بسیار پربهایی داشتیم که از هر نظر راهگشا بود. مشهور فقیهان، در خصوص اعتبار شرط ابتدایی مناقشه کرده‌اند؛ باین وجود، در حوزه شرط فعل، مواد خام بسیار ارزشمندی وجود دارد که برای کشف احکام حقوق تعهدات، تکیه‌گاه مناسب و درخور استفاده‌ای است. به دلیل مذکور، هر چه درباره شرط فعل از جنبه‌های گوناگون تحقیق شود، سودمند و در راستای غنای ادبیات فقهی حقوقی است. در هر صورت، شرط فعل شرطی است که مشروط‌علیه در ضمن عقدی ملتزم می‌شود فعلی مادی یا حقوقی را انجام دهد یا ترک کند. برای مثال، تعهد به ساختن یک باب خانه با مشخصات معین در ضمن عقدی، التزام به انجام فعلی مادی است. تعهد به انتقال ملکیت یک باب خانه معین در ضمن عقدی، تعهد به انجام عملی حقوقی است. تعهد به نساختن یک باب خانه معین یا تعهد به عدم انتقال ملکیت یک باب خانه معین، به ترتیب، تعهد به انجام ندادن فعلی مادی و حقوقی است.

شرط نتیجه عبارت است از: تحقق عملی حقوقی یا نتیجه عملی حقوقی، در عالم اعتبار، متعلق شرط واقع شود. برای مثال، در ضمن عقد بیع یک باب خانه معین شرط شود خریدار، وکیل فروشنده در فروش ماشین او باشد یا شرط شود ملکیت ماشین فروشنده به خریدار منتقل شود. در ادامه، برای روشن شدن پرسش اصلی این جستار چهار مثال بیان می‌شود:

مثال اول: الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط نتیجه توافق کنند ملکیت هزار کیلوگرم برنج موجود در خارج به ب منتقل شود. مثال دوم. الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط نتیجه توافق کنند ب مالک هزار کیلوگرم برنج در ذمه الف شود. تفاوت مثال اول و دوم در این است که در مثال اول، عین معین خارجی «متعلق مشروط به» واقع شده، ولی در مثال دوم، کلی فی الذمه «متعلق مشروط به» قرار گرفته است.

مثال سوم. الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط فعل توافق کنند الف هزار کیلوگرم برنج از انبار برنج موجود و معین به ب تحویل دهد.

مثال چهارم. الف و ب در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط فعل توافق کنند الف هزار کیلوگرم برنج به ب تملیک کند. تفاوت مثال سوم و چهارم در این است که در مثال سوم «متعلق مشروط به» تحویل عین معین خارجی است، ولی در مثال چهارم «متعلق مشروط به» انجام فعلی حقوقی نسبت به هزار کیلوگرم

برنج است. بعد از وقوع شرط، مشروط‌علیه باید هزار کیلوگرم برنج آماده کند و آن‌ها را به مشروطه تملیک کند. بعد از تحقق تملیک مذکور، مشروطه مالک برنج‌ها می‌شود.

شرط فعل و شرط نتیجه، از نظر آثار ماهوی و ضمانت اجرا تفاوت‌های مهمی دارند. این تفاوت‌ها از ماهیت مختلف این دو شرط نشئت می‌گیرد. به بعضی از این تفاوت‌ها به کوتاهی اشاره می‌شود:

۱. طبق نظر نزدیک به اتفاق فقیهان و حقوق‌دانان، شرط نتیجه سبب می‌شود به محض اشتراط، ملکیت «متعلق مشروطه» (یک تن برنج در مثال مذکور) در عالم اعتبار به ب منتقل می‌شود. در مثال اول، به محض اشتراط، مشروطه مالک یک هزار کیلوگرم برنج خارجی می‌شود. در مثال دوم، مشروطه به محض اشتراط در ذمه مشروط‌علیه مالک هزار کیلوگرم برنج کلی می‌شود.

در صورتی که شرط طرفین قرارداد، شرط فعل باشد، تا زمانی که مشروط‌علیه «متعلق مشروطه» را به مشروطه تحویل ندهد، ملکیتی برای مشروطه حاصل نمی‌شود. در زمان انشای شرط، مشروطه صرفاً حق مطالبه ایفای شرط از مشروط‌علیه را دارد. در مثال سوم، هنگام تسلیم «متعلق مشروطه» (هزار کیلوگرم برنج)، ملکیت برای مشروطه حاصل می‌شود. در مثال چهارم، بعد از آماده کردن برنج و تملیک آن به مشروطه، تازه ملکیت متعلق مشروطه برای مشروطه واقع می‌شود.

۲. تخلف از ایفای شرط نتیجه، سالبه به انتفای موضوع است؛ به دلیل اینکه به محض اشتراط شرط نتیجه، در صورتی که شرایط صحت عقد و شرط رعایت شده باشد، ملکیت مشروطه نسبت به متعلق مشروطه واقع می‌شود. در شرط نتیجه، مشروط‌علیه تعهدی ندارد تا بتواند از ایفای آن تخلف ورزد. در مثال اول در صورتی که مشروط‌علیه مانع تسلیم مشروطه نسبت به هزار کیلوگرم برنج شود، از نظر حقوقی غاصب شمرده می‌شود؛ زیرا مانع تصرف مالک (مشروطه) در ملک خود («متعلق مشروطه») = هزار کیلوگرم برنج خارجی می‌شود. در صورتی که مشروط‌علیه همان برنج‌ها را به شخص دیگری از طریق قرارداد انتقال دهد، انتقال مذکور به دلیل تصرف در ملک دیگری فضولی خواهد بود. در مثال دوم نیز به محض اشتراط شرط نتیجه، مشروطه در ذمه مشروط‌علیه مالک هزار کیلوگرم برنج می‌شود. هرگونه تصرفات حقوقی؛ از قبیل انتقال طلب، ثمن قرارداد، مهر قرارداد و... را نسبت به ملک مذکور می‌تواند انجام دهد. از سوی دیگر، وظیفه شرعی و قانونی مشروط‌علیه نیز این است که هزار کیلوگرم برنج تهیه کند و با تحویل آن‌ها به مشروطه ذمه خود را اِفراغ کند. وظیفه مذکور ربطی به ماهیت شرط نتیجه ندارد، بلکه از احکام قانونی آن شمرده می‌شود.

اگر شرط مقرر بین طرفین، شرط فعلی باشد؛ چنان که در قالب مثال سوم و چهارم بیان شد، طبق نظر مشهور فقیهان صرفاً یک التزام و تعهد به عهده مشروط‌علیه می‌آید. در مثال سوم، هزار کیلوگرم برنج معین

خارجی همچنان در ملکیت مشروط‌علیه باقی می‌ماند؛ تا زمانی که او برنج‌ها را به مشروط‌له تحویل ندهد، مشروط‌له مالک آن‌ها نمی‌شود. در مثال چهارم نیز تا زمانی که مشروط‌علیه برنج‌ها را آماده و تملیک نکرده باشد، مشروط‌له ملکیتی در خصوص آن‌ها نخواهد داشت. طبق نظر مشهور فقیهان، هم در مثال سوم و هم در مثال چهارم، مشروط‌له حق مطالبه ایفای تعهد از مشروط‌علیه را دارد، ولی اگر مشروط‌علیه تخلف از ایفای تعهد کند، ضمانت اجرای این تخلف چیست؟ در متون فقه اختلاف نظر وجود دارد. در مجموع، در این باره حداقل پنج دیدگاه وجود دارد. دیدگاه سوم و چهارم مهم‌ترین دیدگاه‌هاست. دیدگاه اول و دوم نیز از جهت تاریخی بازگو می‌شود. بررسی دیدگاه پنجم، مسئله اصلی این مقاله است. دیدگاه پنجم، شرط فعل‌های مذکور در مثال سوم و چهارم را طوری تحلیل می‌کند که ماهیت آن‌ها منطبق با شرط نتیجه شود و تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع شود. این دیدگاه، تفاوت بنیادین با نظر مشهور فقیهان دارد. مسئله اصلی این نوشتار نیز این است: آیا تحلیل ارائه‌شده در دیدگاه پنجم مبنی بر عدم تفاوت شرط فعل مالی با شرط نتیجه، از نظر ضمانت‌اجرا درست است یا خیر؟ در ادامه، به بازگویی دیدگاه‌های فقهی در ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل می‌پردازیم. پس از بیان دو مقدمه کلیدی، نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی بودن» شرط فعل مالی و آثار آن را تبیین می‌کنیم و به پنج تفاوت آن با نظریه مشهور فقیهان امامیه اشاره می‌کنیم. در ادامه، نظریه مورد نقد، بر پنج مسئله فقهی حقوقی تطبیق داده می‌شود. در قسمت دوم نیز نظریه مذکور با بیان هشت اشکال نقد و رد می‌شود.

**دیدگاه نخست:** عمل به شرط فعل واجب نیست، بنابراین صرفاً ضمانت اجرای تخلف از آن، خیار تخلف از شرط است. این نظریه، مربوط به شهید اول است اما در این باره به دو نکته باید دقت کرد. در نوشتارهای مربوط به شروط، از این دو نکته غفلت شده است: نکته اول، شهید اول شرط فعل‌های گنجانده‌شده در ضمن عقد نکاح را واجب می‌داند؛ نکته دوم، شهید اول برخلاف نظر پیشین، در بعضی از آثار خود، عمل به شرط را واجب می‌شمارد.<sup>۴</sup>

**دیدگاه دوم:** عمل به شرط فعل از نظر تکلیفی بر مشروط‌علیه واجب است، اما اجبار وی در خصوص انجام شرط ممکن نیست؛ بنابراین، اگر مشروط‌علیه ترک واجب کند، مشروط‌له صرفاً حق فسخ عقد مشروط را دارد.

۱. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۱۲۰ و ۱۳۰ و ۱۳۱.

۲. نک: محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۲۳۴ و ۳۰۳؛ علیدوست و سنجرانی، «آثار شروط ضمن عقد نکاح»، ۱۰۷ و ۱۰۸.

۳. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۱۸۴.

۴. شهید اول، الدروس الشرعیة، ۲۱۴/۳ و ۴۱۱.

۵. طوسی، المبسوط، ۱۵۱/۲؛ امحقوق حلی، شرائع الإسلام، ۳۴/۲.

**دیدگاه سوم:** عمل به شرط فعل برای مشروط‌علیه واجب است. در فرض تخلف او، مشروط‌له مختار است مشروط‌علیه را از طریق حاکم اجبار به ایفای شرط کند یا اینکه عقد مشروط را فسخ کند. به عبارت دیگر، طبق این نظر، حق اجبار و حق فسخ در عرض هم هستند، نه در طول هم.<sup>۱</sup>

**دیدگاه چهارم:** عمل به شرط فعل واجب است. تا زمانی که امکان اجبار مشروط‌له بر ایفای شرط ممکن باشد، مشروط‌له نمی‌تواند عقد مشروط را به استناد خیار تخلف از شرط فسخ کند. به عبارت دیگر، حق فسخ در طول اجبار مشروط‌علیه است. قانونگذار نیز در تدوین مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی ایران متأثر از این دیدگاه بوده است. لازم به ذکر است حداقل طبق دیدگاه‌های سوم و چهارم، شرط فعل سبب ثبوت التزام وضعی و مضمون ادله لزوم عقد مشروط می‌شود. طبق مفاد شرط فعل، عنوان متعهد (ملتزم) بر مشروط‌علیه صدق می‌کند، هر چند تعهد و التزامش به صورت تبعی و در ضمن یک عقد حادث می‌شود، نه به صورت مستقل.

**دیدگاه پنجم:** افزون بر دیدگاه‌های چهارگانه مذکور، نظریه‌ای دیگر نیز در خصوص اثر ماهوی و ضمانت اجرای شرط فعل مالی مطرح شده است. این نظریه درصدد است تفاوت شرط نتیجه و شرط فعل مالی را از نظر ضمانت اجرا منتفی سازد. طبق این نظریه، همچنان‌که در شرط نتیجه به محض اشتراط، مشروط‌له در خارج یا در ذمه مشروط‌علیه، مالک متعلق مشروط‌به شده است و تخلف از تعهد برای مشروط‌علیه، سالبه به انتفای موضوع است، شرط فعل مالی نیز دقیقاً چنین است. صاحب این نظریه، از نویسندگان نامدار فقهی حقوقی است. اسم نظریه خود را «نظریه تکلیف و حق مالی ذمی» نامیده است. نخست، نظریه مذکور را به تفصیل تبیین می‌کنیم و در ادامه، به نقد آن می‌پردازیم. در ادبیات فقهی حقوقی ایران، این نظریه هنوز آن‌چنان‌که شایسته است تبیین و نقد نشده است. تبیین و نقد نظریه مذکور و اثبات نادرستی آن موضوع اصلی این مقاله در ادامه مباحث است. در کنار آن، آثار عملی نظریه مذکور نیز به صورت روشن نشان داده شده است. جنبه نوآوری این است که تاکنون نظریه مذکور به صورت مستقل بررسی و نقد نشده است و بعضی از نویسندگان صرفاً در حد اشاره به نظریه مذکور پرداخته‌اند، بدون اینکه آن را به صورت مستقل تبیین و نقد کرده باشند. پیش فرض‌هایی که سبب شده است نظریه مذکور به عنوان رقیب نظریه مشهور فقیهان ارائه شود، نقد شده است. با زدودن زوایای مبهم شرط فعل، ضمن فربه‌شدن

۱. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۵۲/۱۰؛ نراقی، مستند الشیعه، ۴۱۲/۱۴؛ طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۳۳۷ تا ۳۳۷/۲؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۳۰۳/۳ و ۳۰۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۳۲۸/۵؛ خونی، التفتیح، ۹۱/۵ تا ۹۳.

۲. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۷۴/۲؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۷۱/۶؛ آل کاشف الغطاء، شرح خیرات الملمعة، ۲۵۱ و ۲۵۲.

۳. جعفری خسروآبادی، «شرط فعل از تکلیف محض تا اشتغال ذمه»، ۹۶۵ تا ۹۶۸.

ادبیات فقهی حقوقی شرط فعل ثابت شده است. این پیش فرض ها که شرط فعل مالی صرفاً سبب اشتغال عهده مشروط علیه و بیانگر حکم تکلیفی محض است، درست نیست؛ بلکه شرط فعل مالی با همان ماهیتی که در متون فقهی براساس نظریه مشهور تقریر و تثبیت شده است را می توان موجب تحقق مصداقی از حکم وضعی (حق) در عالم اعتبار شمرد. این موجود اعتباری، معاوضه شدنی است و سبب اشتغال ذمه مشروط علیه در گستره منشأ خود می شود. در صورت وفات وی نیز می توان حق مذکور را از ترک مشروط علیه استیفا کرد. برای رسیدن به نتیجه مطلوب نباید شرط فعل مالی را مصداقی از شرط نتیجه تلقی کرد و تمام مرزهای این دو نهاد فقهی حقوقی مستقل را نادیده گرفت. بدون آمیختن مرزها با تحلیل دیگر و با ادله ای استوارتر، پیش فرض هایی را باید کنار نهاد که بدون پشتوانه محکم، مسلم تلقی شده اند. این امر سبب می شود شرط فعل مالی با همان ماهیت مشهور خود، با نظریه عمومی حقوق تعهدات سازگار و بیش از پیش کاربردی تر شود. درست است در نقد نظریه مذکور از مواد خام متعدد ادبیات فقهی موجود بهره برداری شده است، ولی گزینش و پالایش و چینش و کشف دلیل از آن ها در راستای نقد نظریه موضوع مقاله، مخصوص این جستار است و در سایر نوشته های فقهی حقوقی وجود ندارد. کوتاه سخن اینکه، این نوشتار می تواند ادبیات فقهی حقوقی در حوزه شروط را توسعه دهد و دقت مطالعه کنندگان در این حوزه را دوچندان کند.

## ۱. مفاهیم

بعضی از نویسندگان نامدار، «نظریه تکلیف و حق مالی ذمی» را به عنوان اثر ماهوی شرط فعل مالی و ضمانت اجرای آن، وارد گستره ادبیات فقهی حقوقی کرده و علامه حلی و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی را نیز از طرفداران این نظریه شمرده اند.<sup>۱</sup> با توجه به آثار متعدد این نظریه در گستره حقوق معاملات، جا داشت بعد از ارائه شدن نظریه مذکور، نویسندگان فقهی و حقوقی به تبیین و نقد آن بپردازند. با این همه، نگارنده تاجایی که اطلاع دارد تاکنون از این امر مهم غفلت شده است. امید است این نوشتار فتح بابی شود تا محققان بعدی نواقص را مرتفع سازند و در این باره گام های بهتری بردارند. پیش از تبیین نظریه محل بحث، لازم است به دو مقدمه خیلی کوتاه اشاره شود.

**مقدمه نخست؛ اشاره به مفهوم ذمه و عهده:** طبق نظر بعضی از فقیهان، بین ذمه و عهده تفاوت است. ذمه، ظرف دین و عهده، ظرف تکلیف است. وقتی ذمه الف در برابر ب مشغول می شود، به همان میزان دینی که به ذمه الف تعلق گرفته است، ملکیت ب در دارایی اش افزایش پیدا می کند؛ بنابراین ب

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۰۵.

می‌تواند ملک مذکور را به‌عنوان مهر در عقد نکاح یا به‌عنوان ثمن در قرارداد بیعی قرار دهد. اما وقتی عهده الف در برابر ب مشغول می‌شود، صرفاً مشروط‌علیه تکلیف به انجام فعلی یا ترک آن در برابر مشروط‌له را دارد، بدون اینکه مدیون وی باشد؛ برای مثال، وقتی شخصی طبق قانون ملزم به پرداخت نفقه اقارب می‌شود، خویشاوند فقیر در ذمه خویشاوند مستطیع، راجع به نفقه پرداخت ملکیت پیدا نمی‌کند؛ بلکه خویشاوند دارای استطاعت مالی، صرفاً از نظر تکلیفی ملزم به پرداخت نفقه است. کوتاه سخن، ذمه، ظرف مصادیق حکم وضعی از قبیل ملکیت است، ولی عهده، ظرف مصادیق حکم تکلیفی است.

**مقدمه دوم؛ عدم امکان برداشت هزینه‌های شرط فعل مالی از ترکه طبق:** بعضی معتقدند: شرط فعل‌های مالی، مثل تحویل هزار کیلوگرم برنج یا ساختن یک باب خانه بر عهده مشروط‌علیه قرار می‌گیرد، نه در ذمه‌اش. بنابراین، شرط فعل، سبب حدوث تکلیف برای مشروط‌علیه و حق مطالبه انجام متعلق مشروط به برای مشروط‌له می‌شود، بدون اینکه دارایی مشروط‌له به‌اندازه متعلق مشروط به افزایش پیدا کند. طبق این دیدگاه، چنانچه به هر دلیلی مشروط‌علیه قبل از انجام شرط فعل بمیرد، نمی‌توان هزینه‌های اجرای شرط فعل مالی را از ترکه متوفای برداشت کرد؛ زیرا صرفاً دیون از ترکه برداشت می‌شود، نه تکالیفی که مستقر بر عهده مشروط‌علیه شده است.<sup>۲</sup>

بررسی و نقد تفصیلی مبانی ذکر شده در دو مقدمه مذکور از حوصله این مقاله خارج است. در ادامه، به اختصار به نقد آن‌ها می‌پردازیم.

## ۲. تبیین نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی

خلاصه نظریه مذکور چنین است: عقد، گاهی عهده‌ای است و گاهی تملیکی. خرید یک تن برنج به صورت عین معین از فروشگاه، مصداق عقد تملیکی است و سبب افزایش دارایی خریدار به همان اندازه می‌شود. در صورتی که خریدار، یک تن برنج را به صورت کلی فی‌الذمه بخرد، طبق متون فقهی، عقد تملیکی است، به همان اندازه خریدار در ذمه فروشنده مالک مبیع می‌شود. برخلاف حقوق فرانسه که چنین عقود را عقد عهده‌ای می‌شمارد. مالکیت در ذمه، مخصوص حقوق اسلام است. دقیقاً تفاوت شرط فعل و شرط نتیجه نیز مثل تفاوت عقد عهده‌ای و عقد تملیکی است. در مثال قبل، اگر در ضمن عقد بیع یک دستگاه خودرو، ملکیت هزار کیلوگرم برنج به صورت کلی علیه خریدار به صورت شرط نتیجه گنجانده شود، به محض پایان عقد، فروشنده در ذمه خریدار یک تن برنج را مالک خواهد بود؛ بنابراین در صورت

۱. نک: صدر، «حواله»، ۴ تا ۷.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۵ و ۳۲۳ و ۵۱۰.



مرگ مشروط‌علیه، مشروط‌له می‌تواند تقاضا کند متعلق مشروط‌به از ترکه وی برداشت و به وی تسلیم شود. در همین مثال سابق، در صورتی که در قالب شرط فعل، مشروط‌علیه ملتزم شده باشد یک تن برنج به مشروط‌له تملیک کند، طبق دیدگاه بعضی از فقیهان، مشروط‌له، مالک متعلق مشروط‌به (یک تن برنج) در ذمه مشروط‌علیه نمی‌شود؛ بلکه صرفاً تکلیف به انجام شرط بر عهده مشروط‌علیه مستقر شده است. مشروط‌له تنها حق دارد وفای به شرط را مطالبه کند. در صورتی که مشروط‌علیه قبل از وفای به شرط از دنیا برود، متعلق مشروط‌به از ترکه برداشت‌شدنی نیست؛ چون مفاد شرط فعل یادشده، تنها تکلیف بوده است. روشن است تکلیف هم به صرف وفات مشروط‌علیه منتفی می‌شود. دارنده دیدگاه پنجم بیان می‌کند: دیدگاه بعضی از فقیهان که معتقدند شرط فعل مالی صرفاً بر عهده قرار می‌گیرد، نه در ذمه، پذیرفتنی نیست؛ زیرا می‌توان گفت: ذوق عرفی، بین شرط فعل تملیک یک تن برنج با شرط نتیجه ملکیت یک تن برنج تفاوتی نمی‌گذارد، عرف، همچنان که شرط تملیک یک تن برنج در قالب شرط نتیجه را ملکیت‌آور می‌شمارد، شرط تملیک یک تن برنج در قالب شرط فعل را نیز در ذمه مشروط‌علیه مستقر می‌شمرد و مشروط‌علیه را به اندازه متعلق مشروط‌به مدیون می‌داند. طبق این مبنا، به محض اشتراط شرط فعل مالی، مشروط‌له به میزان متعلق مشروط‌به ملکیت در ذمه مشروط‌علیه پیدا می‌کند.

### ۳. تفاوت آثار نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی با نظریه

#### مشهور فقیهان

آثار متعددی بر این نظریه است که در مباحث بعدی اشاره خواهد شد. این نظریه، دو تفاوت با نظریه مشهور فقیهان درباره ضمانت‌اجرای تخلف از شرط فعل مالی دارد. به تفاوت‌های دوگانه مذکور اشاره می‌شود.

**تفاوت نخست؛ امکان برداشت متعلق مشروط‌به در شرط فعل مالی از ترکه:** طبق نظریه پنجم، چون شرط فعل مالی سبب ملکیت در ذمه مشروط‌علیه می‌شود، بنابراین حتی در فرض وفات مشروط‌علیه نیز متعلق مشروط‌به از ترکه وی برداشت‌شدنی است، اما طبق دیدگاه مشهور فقیهان، شرط صرفاً سبب حدوث تکلیف و حق مطالبه، علیه مشروط‌علیه می‌شود؛ چون به محض وفات مشروط‌علیه تکلیف منتفی می‌شود، به تبع، حق مطالبه نیز از بین خواهد رفت. در ضمن، چون مفاد شرط فعل مالی صرفاً تکلیف است و بر عهده مشروط‌علیه قرار گرفته است، روشن است امکان برداشت آن از ترکه نیست.

**تفاوت دوم؛ عدم امکان تحقق خیار تخلف از اشتراط در شرط فعل مالی:** طبق دیدگاه پنجم، به محض اشتراط شرط فعل مالی، به میزان متعلق مشروط‌به، مشروط‌له، ملکیت در ذمه مشروط‌علیه پیدا

می‌کند. بنابراین، مفاد شرط فعل مالی که وقوع ملکیت باشد، به محض اشتراط واقع می‌شود، دیگر تخلف از شرط فعل مالی معنا ندارد. در واقع، طبق این دیدگاه شرط فعل مالی دقیقاً مثل تملیک یک تن برنج در قالب شرط نتیجه خواهد شد. تخلف از شرط نتیجه معنا ندارد؛ زیرا شرط نتیجه یا صحیح است و به محض اشتراط در عالم اعتبار واقع می‌شود یا باطل است و واقع نمی‌شود. بنابراین، تخلف مشروط‌علیه از آن معنا ندارد. باتوجه به مطالب مذکور، طبق این دیدگاه در شرط فعل مالی، خیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است، البته اگر مشروط‌علیه ذمه خود را که در اثر شرط فعل مالی مشغول شده است اِفراغ نکند، می‌توان اجبار وی را از دادگاه مطالبه کرد؛ چنان‌که اگر ملتزم در عقدی تملیکی، مال مورد تملیک را تسلیم نکند، می‌توان وی را از طریق دادگاه ملزم به تسلیم متعلق موضوع قرارداد کرد. در واقع، در فرض امتناع مشروط‌علیه از ادای دین، با وی دقیقاً مثل مدیون ممتنع رفتار می‌شود؛ به این معنا، اگر مالی از وی در دسترس باشد، بازداشت و طلب از آن‌ها وصول می‌شود؛ در صورتی که مشروط‌علیه ثابت کند مالی ندارد، مشمول احکام اعسار می‌شود.

برخلاف دیدگاه پنجم، طبق نظریه مشهور فقیهان، شرط فعل مالی، سبب حدوث ملکیت نمی‌شود؛ بلکه آن صرفاً سبب حدوث تکلیف و حق مطالبه برای مشروط‌له بر عهده مشروط‌علیه می‌شود. بنابراین، امکان دارد مشروط‌علیه به تکلیف مذکور عمل نکند و تخلف از شرط کند. در این صورت، طبق دیدگاه سوم، مشروط‌له مخیر است مشروط‌علیه را از طریق دادگاه ملزم به ایفای شرط کند یا با استفاده از خیار تخلف از شرط، عقد را فسخ کند. طبق دیدگاه چهارم، همان‌طوری که در ماده ۲۳۹ ق.م.آ.م آمده است، حق فسخ از طریق خیار تخلف از شرط در فرض عدم امکان اجبار مشروط‌علیه ثابت می‌شود. هر چند صاحب نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی بودن شرط فعل» به دو تفاوت عمده نظریه خود با نظریه مشهور فقیهان اشاره کرده است؛ ولی برای نشان دادن تمایز این نظریه با نظریه مشهور فقیهان، به سه تفاوت دیگر نیز صرفاً برای نمونه اشاره می‌شود.

**تفاوت سوم؛ امکان تحقق بیع دین به دین در بعضی از فروض:** اگر شرط فعل مالی را طبق نظریه پنجم سبب ثبوت دین در ذمه مشروط‌علیه به نفع مشروط‌له بدانیم، این طلب قابلیت معامله را دارد. چنانچه طلب مذکور به‌عنوان ثمن در قرارداد بیع دیگری که مبیع کلی فی‌الذمه است قرار داده شود، مباحث مربوط به فروش دین در برابر دین پیش می‌آید که مطابق نظر مشهور فقیهان باطل است، ولی طبق دیدگاه مشهور فقیهان، شرط فعل مالی صرفاً سبب ثبوت حق به نفع مشروط‌له می‌شود. می‌توان حق مذکور را ثمن

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۰۱ تا ۳۲۲.

۲. شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲/۳۲۷ و ۳۵۳.

قرار داد، بدون اینکه اشکال خرید و فروش دین در برابر دین پیش بیاید.

**تفاوت چهارم؛ اشتغال ذمه مستعیر، به محض اتلاف عین مستعاره توسط ثالث در عاریه به شرط ضمان:** در صورتی که در عاریه شرط ضمان مستعیر در قالب شرط فعل شود، در فرضی که ثالث عین مورد عاریه را تلف کند، طبق دیدگاه پنجم به محض اتلاف، ذمه مستعیر در برابر معیر به میزان مال تلف شده مشغول می‌شود. در واقع، معیر به همان میزان مال تلف شده، ملکیت در ذمه مستعیر پیدا می‌کند و مال تلف شده در عالم اعتبار جبران می‌شود، صرفاً اِفراغ ذمه باقی می‌ماند. مشروطه از نظر قضایی امکان مطالبه بدل مال تلف شده از ثالث را ندارد. ثالث در برابر مستعیر ضامن خواهد بود، نه در برابر مالک عین مستعاره، ولی طبق دیدگاه مشهور فقها، شرط برای مشروطه صرفاً حق مطالبه ایجاد می‌کند. طبق قاعده شروط، مالک می‌تواند از مستعیر مطالبه بدل کند و نیز براساس قاعده اتلاف می‌تواند به ثالث رجوع کند. روشن است پذیرش هر کدام از این نظریه‌ها، در تنظیم دادخواست و صدور حکم و اجرای آن تأثیر اساسی دارد.

**تفاوت پنجم؛ تحقق جرم فروش مال غیر توسط مشروط‌علیه در بعضی از فروض:** اگر متعلق مشروطه به، عین معین خارجی مثلاً یک دستگاه ماشین باشد، در صورتی که مالک در قالب شرط فعل ملتزم به تملیک آن به مشروط‌له شده باشد، اگر آن را مشروط‌علیه به ثالث بفروشد، طبق دیدگاه پنجم مرتکب جرم فروش مال غیر شده است؛ چون به محض اشتراط، ملکیت آن به مشروط‌له منتقل شده است، ولی طبق دیدگاه چهارم، شرط سبب زوال ملکیت مشروط‌علیه نمی‌شود؛ بلکه وی ملتزم می‌شود متعلق مشروطه را به مشروط‌علیه تملیک کند.

#### ۴. تطبیق نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» در پنج مسئله فقهی و بیان تمایز آن با سایر نظریه‌ها

نویسنده طرفدار نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در ادامه سخن خود به ثمره دیدگاه خود در پنج مسئله فقهی نیز اشاره می‌کند که در اینجا به چکیده پنج مسئله مذکور اشاره می‌شود. ناگفته نماند برای روشن شدن هر چه بیشتر آثار نظریه‌ها، مباحثی نیز به عنوان تبیین افزوده شده است، ولی تلاش بر این است کوچک‌ترین انحرافی در توضیح دیدگاه پنجم رخ ندهد.

**مسئله نخست؛ شرط نفقه اجیر بر عهده مستأجر:** اگر نفقه اجیر بر عهده مستأجر شرط شود، ولی مشروط‌علیه از انجام شرط خودداری ورزد، طبق نظریه سوم، مشروط‌له مختار است یا الزام مشروط‌علیه را از دادگاه مطالبه کند یا اینکه عقد مشروط را از باب خیار تخلف از شرط فعل فسخ کند. طبق نظریه چهارم

نیز حق فسخ از باب خیار تخلف از شرط در فرض عدم امکان اجبار مشروط‌علیه وجود دارد. براساس نظریه پنجم، حق فسخ از باب خیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا به محض اشتراط پرداخت نفقه، اجیر در ذمه مستأجر به میزان متعلق مشروط به ملکیت پیدا می‌کند. همچنین طبق دیدگاه‌های سوم و چهارم، در فرض وفات مشروط‌علیه، متعلق مشروط به از ترکه برداشت‌شدنی نیست ولی براساس دیدگاه پنجم، متعلق مشروط به از ترکه وصول‌شدنی است.

**مسئله دوم؛ شرط نفقه در عقد موقت:** اگر در عقد نکاح موقت، طبق ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی شرط نفقه علیه زوجه شود، طبق دیدگاه پنجم، زوجه به اندازه نفقه، ملکیت در ذمه زوج (مشروط‌علیه) پیدا می‌کند؛ بنابراین حتی در صورت اعسار زوج، مشروط‌علیه به استناد خیار تخلف از شرط فعل، حق فسخ عقد موقت را ندارد؛ چون به محض اشتراط پرداخت نفقه، هر چند در قالب شرط فعل مالی، ملکیت خود به خود حاصل می‌شود؛ بنابراین تخلف از شرط فعل، سالبه به انتفای موضوع است. طبق این دیدگاه، قاعداً باید به مدیون برای ادای دین تا زمان پیدا کردن استطاعت مالی مهلت داده شود. طبق دیدگاه سوم و چهارم، مشروط‌له می‌تواند عقد نکاح موقت را در فرض اعسار زوج به استناد خیار تخلف از شرط فعل فسخ کند، مگر اینکه معتقد باشیم خیار تخلف از شرط فعل، به طور مطلق هم در نکاح دائم و هم نکاح منقطع تخصیص خورده است. در این صورت، مسئله مبنایی خواهد بود. همچنین طبق دیدگاه پنجم در فرض وفات مشروط‌علیه، نفقه زوجه موقت همچون نفقه زوجه دائم، دین و از ترکه وصول‌شدنی است، ولی براساس دیدگاه‌های سوم و چهارم، به محض وفات مشروط‌علیه، برداشت نفقه شرط‌شده از ترکه ممکن نیست؛ زیرا مفاد شرط فعل مالی صرفاً تکلیف است و به محض وفات مشروط‌علیه از بین می‌رود.

**مسئله سوم؛ شرط اعطای مال در عقد مزارعه:** اگر طبق ماده ۵۲۰ قانون مدنی در عقد مزارعه شرط شود یکی از طرفین افزون بر حصه معین از حاصل، مال دیگری (مثلاً یک تن برنج) نیز به طرف مقابل بدهد، در صورت تخلف مشروط‌علیه، آثار مبنای منتخب درباره تخلف از شرط فعل مالی ظاهر خواهد شد. طبق دیدگاه پنجم، خیار تخلف از اشتراط برای مشروط‌له ایجاد نمی‌شود؛ بلکه صرفاً با مشروط‌علیه همچون مدیون ممتنع رفتار می‌شود. همچنین در فرض وفات، متعلق مشروط به از ترکه وصول‌شدنی است، ولی طبق دیدگاه‌های سوم و چهارم، مشروط‌له خیار تخلف از شرط دارد. در ضمن، مشروط به نیز از ترکه برداشت‌شدنی نیست.

**مسئله چهارم؛ شرط تملیک مال علیه مضارب:** در ماده ۵۵۸ قانون مدنی آمده است: «اگر شرط شود مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است، مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً

به مالک تملیک کند.» محقق داماد معتقد است: قانونگذار در این ماده از نظریه تکلیف و حق ذمی عدول کرده و به جای آن نظریه، نظریه تکلیف و حق مطالبه را ترجیح داده است؛ زیرا اگر از نظر نویسندگان قانون مدنی، شرط فعل مالی سبب ثبوت حق ذمی می‌شد، به صورتی که در دیدگاه پنجم مطرح است؛ در این صورت تفاوتی بین صدر و ذیل ماده مذکور باقی نمی‌ماند تا شرط به شیوه مطرح شده در صدر ماده باطل شمرده شود ولی به صورت مذکور در ذیل ماده صحیح اعلام شود؛ زیرا طبق مبنای مذکور، شرط فعل مالی در هر دو صورت سبب افزایش دارایی مشروطه و ثبوت دین در ذمه مشروط‌علیه می‌شود. نتیجه اینکه، نویسندگان قانون مدنی، مفاد شرط را چیزی جز تعهد الزام‌شدنی نمی‌دانسته‌اند. همین امر سبب شده است قانونگذار در صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را باطل اعلام کند در فرضی که شرط سبب اشتغال ذمه مشروط‌علیه می‌شود، ولی در ذیل ماده، شرط تملیک رایگان به مقدار خسارت یا تلف را صحیح بداند؛ زیرا شرط مذکور در ذیل ماده، صرفاً تعهدی الزام‌شدنی بر عهده مشروط‌علیه می‌گذارد، بدون اینکه منجر به اشتغال ذمه وی شود و دارایی مشروطه را فزونی بخشد.<sup>۱</sup>

**مسئله پنجم؛ شرط پرداخت هزینه انتفاع از عین مستأجره علیه مستأجر:** اگر طبق ماده ۴۸۶ قانون مدنی هزینه انتفاع از عین مستأجره به صورت شرط فعل بر عهده مستأجر گذاشته شود، در این فرض نیز آثار نظریه تکلیف و حق مالی با نظریه مشهور فقیهان تفاوت اساسی خواهد داشت. آنچه‌چنان‌که در نمونه‌های پیشین به تفصیل بیان شد، همان تفاوت‌ها راجع به مسئله پنجم نیز جاری است. با توضیحات کامل ارائه‌شده، دیدگاه پنجم تبیین شد و در ادامه، پنج ثمره مذکور را نقد خواهیم کرد.

## ۵. نقد نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی

نظریه مذکور اشکالات متعددی دارد که به ترتیب به بیان آن‌ها می‌پردازیم. اشکالات، چند نوع است: اشکال‌های شکلی، نقد نسبت مطرح‌شده به فقها در کلام صاحب نظریه پنجم و اشکال‌های ماهوی.

### ۵. ۱. اشکال نخست؛ دقیق نبودن عنوان نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی»

با تبیین نظریه پنجم، روشن شد طبق این نظریه، شرط فعل مالی سبب می‌شود مشروطه مالک مشروطه در ذمه مشروط‌علیه شود. طبق این مبنا مناسب نبود مهم‌ترین طرفدار این نظریه از واژه حق در عنوان نظریه منتخب خود استفاده کند که نظریه تکلیف و حق مالی ذمی است؛ زیرا همچنان‌که خودش در جای دیگر نوشته است: ویژگی‌های ملک کاملاً با ویژگی‌های حق متفاوت است؛ از جمله اینکه، ملک قابل

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۰۵ تا ۳۰۳.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۸ تا ۳۲۲.

هرگونه دادوستد است، درحالی که حق نمی تواند مبیع واقع شود. ملک، اعراض شدنی است اما حق در اغلب موارد، اسقاط شدنی است.<sup>۱</sup> ماده ۲۹ قانون مدنی نیز حق را قسیم ملک قرار داده و در واقع، تفاوت آن دو را پذیرفته است؛ نتیجه اینکه مناسب بود ایشان از عباراتی همچون «دین بودن شرط فعل مالی» یا «ملکیت آوردن شرط فعل مالی» استفاده کند. این تعبیر، نظریه مذکور را بهتر بیان می کرد. لازم به ذکر است در حقوق اسلام، «دین» سبب ثبوت ملکیت داین در ذمه مدیون به میزان دین می شود.

#### ۵. ۲. اشکال دوم؛ نادرستی انتساب نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» به علامه حلی

مدافع نظریه تکلیف و حق مالی ذمی معتقد است: علامه حلی اولین فقیهی است که نظریه تکلیف و حق مالی ذمی بودن شرط فعل مالی را پذیرفته است؛ زیرا وی در موردی که عامل در عقد مساقات از انجام متعلق مشروطه تخلف می ورزد، نوشته است: مشروطه می تواند عقد را فسخ یا اجرت عمل را مطالبه کند. اعطای حق مطالبه اجرت به مشروطه به دلیل این است که ایشان متعلق مشروطه را ملک مشروطه در ذمه مشروط علیه می دانسته است.

**دلیل اول؛ ثبوت خیار اشتراط برای مشروطه طبق نظر علامه حلی:** ادعای مذکور درست نیست؛ زیرا علامه حلی، به صراحت قائل به حق فسخ ناشی از خیار تخلف از شرط در عرض حق مطالبه اجرت است، درحالی که طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، خیار مذکور سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا به محض اشتراط، مفاد شرط فعل مالی که ثبوت ملکیت در ذمه مشروط علیه باشد، محقق می شود. تخلف از شرط و در نتیجه، ثبوت خیار تخلف از اشتراط ممکن نیست.

**دلیل دوم؛ دیدگاه های گوناگون علامه حلی:** نظرات علامه حلی درباره ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل گوناگون است. ایشان گاهی برای مشروطه حق فسخ یا اجبار مشروط علیه به انجام شرط را در عرض هم ثابت دانسته است، اما درباره شرط عتق، حق اجبار را نپذیرفته و صرفاً برای مشروطه حق فسخ قائل شده است، بدون اینکه کمترین سخنی از دریافت عوض شرط بکند، ولی گاهی شرط عتق را قابل ارزش گذاری مالی دانسته و معتقد شده است: در فرضی که شرط عتق علیه مشتری می شود ولی عبد قبل از عتق بمیرد، مشروطه می تواند ارزش شرط را مطالبه کند؛ بنابراین با این همه گوناگونی دیدگاه ها و عدم صراحت، نمی توان علامه حلی را از قائلان به این دیدگاه شمرد.

۱. محقق داماد، قواعد فقه، ۲۶۸ و ۲۶۹.

۲. علامه حلی، تحریر الأحكام، ۱۵۲/۲.

۳. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۵۲/۱۰.

۴. علامه حلی، قواعد الأحكام، ۹۱/۲؛ علامه حلی، تحریر الأحكام، ۳۵۵/۲.

۵. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۶۹/۱۰.

**دلیل سوم؛ مفاد مستقیم شرط نبودن حق مطالبه بهای متعلق مشروطه:** طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، به محض اشتراط شرط فعل مالی؛ مثل شرط عمل برای عامل مساقات، متعلق مشروطه دست کم به صورت معلق در عالم اعتبار محقق می شود و مشروطه به میزان آن در ذمه عامل به صورت معلق ملکیت پیدا می کند. به محض تخلف مشروطعلیه، خودبه خود ذمه وی مشغول به پرداخت اجرت عمل می شود. نتیجه مذکور با دیدگاه علامه حلی تطبیق شدنی نیست؛ زیرا طبق ظاهر کلام ایشان، به صرف اشتراط، ملکیتی هرچند معلق برای مشروطه در خصوص عمل عامل در ذمه مشروطعلیه پیدا نمی شود؛ بلکه در فرض تخلف مشروطعلیه از شرط، در صورتی که مشروطه خیار تخلف از شرط خود را اعمال نکند می تواند اجرت عمل عامل را مطالبه کند. به عبارت دیگر، طلب مذکور در نظر علامه حلی در صورت نقض پیمان ناشی از شرط و عدم اعمال خیار اشتراط متصور است، در حالی که طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، مفاد مستقیم شرط، ثبوت دین برای مشروطعلیه و ملکیت برای مشروطه است؛ مدعایی که به هیچ عنوان کلام علامه حلی نسبت به آن دلالت ندارد.

**دلیل چهارم؛ عدم تلازم بین امکان مطالبه بهای متعلق مشروطه و نظریه مورد نقد:** تلازمی بین پذیرش امکان مطالبه اجرت با دیدگاه پنجم وجود ندارد. ممکن است طبق نظر مشهور فقیهان که شرط را موجب ثبوت حق مطالبه نسبت به ایفای تعهد به نفع مشروطه می دانند نیز قائل به مطالبه ارزش متعلق مشروطه در شرط فعل مالی شد؛ به دلیل اینکه عرف ممکن است در بعضی از فروع، تخلف مشروطعلیه را سبب ورود ضرر به مشروطه شمرد و جبران آن را صرفاً با پرداخت بهای متعلق مشروطه ممکن بداند. ادله شرعی و قانونی مسئولیت ناشی از نقض تعهدات قراردادی نیز مثبت این مدعاست. ملاک ماده ۲۲۱ قانون مدنی در این باره درخور استفاده است.

### ۵. ۳. اشکال سوم؛ نادرستی انتساب نظریه تکلیف و حق مالی ذمی به محقق طباطبایی یزدی

محقق طباطبایی یزدی نیز از طرفداران نظریه تکلیف و حق مالی ذمی شمرده شده است؛ توضیح اینکه، محقق طباطبایی یزدی نوشته است: اگر عامل مساقات، به شرایطی عمل نکند که ملتزم شده است، در صورتی که وقت آن عمل هنوز فوت نشده است، مالک می تواند اجبار وی بر عمل را مطالبه کند و در صورتی که اجبار ممکن نباشد یا وقت عمل گذشته باشد، مالک می تواند مساقات را به استناد خیار تخلف از شرط فسخ کند. اما آیا مالک می تواند بدون فسخ عقد مساقات، اجرت المثل عمل فوت شده به میزان حصه خود را از عامل مطالبه کند؟ پاسخ، دو قول است؛ نظر قویتر آن است که مشروطه مخیر است یا

عقد مساقات را فسخ کند یا اجرت المثل مطالبه کند.<sup>۱</sup>

لازم به ذکر است اجرت المثل عمل فوت شده به میزان حصه، در کلام محقق طباطبایی یزدی به صورت مبهم بیان شده است. در توضیح آن باید گفت: در عقد مساقات برای هر یک از طرفین حصه ای تعیین می شود. فرض کنید حصه مالک، نصف محصول در صورت تحقق آن بوده است. عامل، ترک فعل می کند و محصولی به دست نمی آید. منظور محقق طباطبایی یزدی این است: کاری که قرار بوده عامل انجام دهد، همان کار مقرر شده، به میزان درصد مالک از محصول، تعلق به وی دارد؛ در نتیجه در فرض یادشده مالک می تواند نصف اجرت عمل عامل را از وی مطالبه کند. دقت شود سخن محقق طباطبایی یزدی هیچ ارتباطی به امکان مطالبه محصول فوت شده ندارد.

محقق طباطبایی یزدی در ادامه کلام قبلی خود به اشکال بعضی از فقهای دیگر اشاره می کند و به آن اشکال، به صورت مصادره به مطلوب پاسخ می دهد؛ به این معنا، ایشان هیچ تحلیلی برای درستی نظریه خود ارائه نکرده، بلکه صرفاً مدعای خویش را در پاسخ تکرار فرموده است. اشکال این است: شرط، سبب تملیک عمل نمی شود؛ بلکه حداکثر مشروط علیه را ملتزم به انجام متعلق مشروط به می کند و سبب می شود بتوان وی را اجبار بر عمل کرد. در فرض عدم امکان اجبار، مشروطه می تواند عقد مشروط را فسخ کند.<sup>۲</sup>

پاسخ محقق طباطبایی یزدی به اشکال مذکور چنین است: اگر متعلق مشروط به عمل باشد، شرط سبب می شود مشروطه مالک آن شود، حتی در صورتی که شرط قید معامله باشد، نه جزئی از عوضین؛ باز با ملکیت عمل مشروط به منافات ندارد. مطلب مذکور به عنوان قاعده ای در قراردادهای دیگر نیز جاری است. برای مثال، بایع اگر در عقد بیع بر مشتری شرط کند وی لباسی را در وقت معینی بدوزد، با انقضای وقت، بایع مخیر است بیع را فسخ یا اجرت خیاطت را مطالبه کند.<sup>۳</sup>

محقق طباطبایی یزدی در جای دیگری هم نوشته است: بدون تردید مشروط علیه را می توان اجبار بر انجام شرط کرد؛ چون بعید نیست ادعای اجماع شود که شرط سبب پیدایش حق برای مشروطه می شود، حتی می توان گفت: در بعضی موارد، شرط سبب می شود مشروطه مالک عملی در ذمه مشروطه شود؛ زیرا تفاوت بین التزام جاری (اجیر شدن بر انجام عملی از طریق عقد اجاره) و التزام شرطی نیست.<sup>۴</sup>

دلیل اول؛ ثبوت خیار اشتراط برای مشروطه طبق نظر محقق طباطبایی یزدی: هر چند محقق

۱. طباطبایی، العروة الوثقی، ۳۶۱/۵ و ۳۶۲؛ طباطبایی، العروة الوثقی، ۷۴۰/۲.

۲. صاحب جواهر، جواهر الکلام، ۶۹/۲۷.

۳. طباطبایی، العروة الوثقی (المحشی)، ۳۶۱/۵ و ۳۶۲؛ طباطبایی، العروة الوثقی، ۷۴۰/۲.

۴. طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۳۳۰/۳.



طباطبایی یزدی دیدگاه خود را در این باره تا حدودی با صراحت بیشتری به ویژه در نظریه اخیر خود بیان کرده است، ولی با این همه نمی توان وی را طرفدار نظریه تکلیف و حق مالی ذمی دانست؛ زیرا ایشان معتقد است اگر عامل مساقات از انجام شرط تخلف کند، مالک دارای خیار تخلف از شرط است، در حالی که طبق نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، استناد به خیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است، به ویژه اینکه این مسئله باید در جای خود به صورت مستقل تحلیل شود؛ چراکه بعضی از فقیهان در عرض حق فسخ، در موارد خاصی امکان مطالبه اجرت فعل مشروطه را نیز جایز شمرده اند. قبل از محقق طباطبایی یزدی، فقهای نامدار دیگری نیز گرایش به این دیدگاه در بعضی از مصادیق پیدا کرده اند. کوتاه سخن اینکه، به نظر می رسد پیش بینی حق، مطالبه اجرت در چنین مواردی گاهی به دلیل این است که فسخ عقد مشروط سبب دفع یا رفع ضرر مشروطه عرفاً نمی شود. برای مثال، فسخ عقد مساقات در فرض مثال مذکور در اشکال سوم، در موارد متعددی ممکن است عرفاً سبب جبران ضرر مشروطه نشود. پیش بینی حق مطالبه اجرت در چنین مواردی در صورت تخلف مشروط علیه، کاملاً عقلایی و توجیه شدنی است. گاهی هم به دلیل حکم قانونگذار امکان فسخ عقد مشروط ممکن نیست. برای مثال، شرط فعلی در ضمن عقد نکاحی گنجانده شده و ایفای آن مقید به زمانی خاص بوده است. در صورت تخلف مشروط علیه، موجه ترین ضمانت اجرا، مطالبه اجرت فعل است؛ زیرا به دلیل قید بودن زمان، مطالبه ایفای شرط در حال حاضر برای مشروطه ممکن نیست. گاهی حتی ممکن است در حال حاضر، مطالبه ایفای آن برای مشروط علیه به دلیل خصوصیت داشتن زمان انجام، منفعت عقلایی نداشته باشد و از سوی دیگر، امکان فسخ عقد نکاح به دلیل تخلف از شرط فعل ممکن نیست.

**دلیل دوم؛ بیان سه قرینه مبنی بر ناسازگاری نظریه مورد نقد با دیدگاه محقق طباطبایی یزدی:** افزون بر اشکال پیشین، سه قرینه دیگری نیز وجود دارد که با توجه به مجموع آن ها می توان گفت: نظریه محقق طباطبایی یزدی همسان با نظریه تکلیف و حق مالی ذمی نیست. به بیان قرینه ها می پردازیم.

**أ. عدم ثبوت ملکیت برای مشروطه به سبب شرط نفقه ضمن عقد نکاح موقت:** محقق داماد پس از انتساب نظریه تکلیف و حق مالی ذمی به محقق طباطبایی یزدی در کتاب العروة الوثقی و ذکر ایشان به عنوان مهم ترین حامی این دیدگاه، پنج مسئله را به عنوان نمونه برای نشان دادن ثمره دیدگاه خود بیان کرده است که به اختصار در بخش قبلی بیان کردیم. مسئله دوم از آن پنج مسئله، شرط نفقه زوجه موقت در عقد نکاح بود. نویسنده مذکور اصرار دارد، شرط سبب می شود مشروطه به میزان نفقه، در ذمه مشروط علیه

۱. طباطبایی، العروة الوثقی (المحشی)، ۳۶۱/۵ و ۳۶۲؛ طباطبایی، العروة الوثقی، ۷۴۰/۲؛ طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۳۳۱/۳ تا ۳۳۷.

۲. نک: محقق کرکی، رسائل المحقق الکرکی، ۲۵۰/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴۷۰/۳.

مالک می‌شود و دیگر تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع می‌شود؛ بنابراین در فرض امتناع مشروط‌له از ایفای شرط، مشروط‌له مثل همه طلبکاران می‌تواند الزام مشروط‌علیه را بر اِفراغ ذمه از دادگاه مطالبه کند. اگر مدیون معسر باشد، باید برای ادای دین به وی مهلت داده شود.

طبق نظر ایشان، قاعداً محقق طباطبایی یزدی نیز طرفدار همین نظریه است، در حالی که واقعیت چنین نیست؛ چون محقق طباطبایی یزدی در مبحث وقف کتاب تکملة العروة الوثقی که آن را بعد از العروة الوثقی نوشته است، نظری را پذیرفته است که با نظریه تکلیف و حق مالی ذمی ادعا شده مطابقت نمی‌کند؛ توضیح مطلب اینکه، ایشان می‌نویسد: «اگر واقف شرط کند هزینه‌های فرزندان یا خویشاوندان دیگرش از منافع موقوفه پرداخت شود، شرط صحیح است؛ هر چند آن‌ها از کسانی باشند که پرداخت نفقه‌شان بر واقف واجب است و با عمل به این شرط، نفقه آن‌ها از عهده شرط‌کننده ساقط شود؛ زیرا چنین شرطی وقف بر نفس شمرده نمی‌شود؛ [تا باطل باشد.] همچنین در صورتی که واقف شرط کند نفقه زوجه موقت وی از منافع موقوفه پرداخت شود، شرط صحیح است، اما شرط پرداخت نفقه زوجه دائمه از منافع وقف درست نیست؛ زیرا وقف بر نفس می‌شود...»<sup>۱</sup> از مطالب مذکور برداشت می‌شود ایشان شرط نفقه در ازدواج موقت را سبب مدیون شدن شوهر و حدوث ملک در ذمه مشروط‌علیه به نفع مشروط‌له نمی‌داند، وگرنه طبق این مبنا لازم بود همانند ازدواج دائم، شرط پرداخت نفقه زوجه موقت از منافع موقوفه را از مصادیق وقف بر نفس بشمارد.

ممکن است در رد قرینه مذکور گفته شود: شرط مذکور ناظر به جایی است که شوهر از طریق شرط قبلاً متعهد به پرداخت نفقه زوجه موقت نشده است. شرط اتفاق زوجه موقت در فرض مذکور، مثل شرط اتفاق به نفع ثالث است. باین همه، اطلاق کلام محقق طباطبایی یزدی این احتمال را نفی می‌کند، به‌ویژه اینکه قراین دیگری نیز وجود دارد که ثابت می‌کند از نظر محقق طباطبایی یزدی، شرط فعل مالی سبب ثبوت ملکیت به نفع مشروط‌له در ذمه مشروط‌علیه نمی‌شود.

**ب. عدم تعلق دین به ذمه مشروط‌علیه در شرط فعل مالی:** از محقق طباطبایی یزدی پرسش شده است: اگر کسی به صورت شرط فعل ملتزم شده است در صورت کشف فساد در مصالح‌عنه، تا پنجاه سال، یک صد تومان به مشروط‌له بدهد، مشروط‌علیه بعد از پذیرش تعهد مذکور می‌تواند تمام مایملک خود را به فرزندش انتقال دهد یا نه؟ ایشان در پاسخ نوشته‌اند: «... صحت صلح و انتقال به قصد فرار از دین، محل اشکال است. لکن مورد سؤال معلوم نیست از این قبیل باشد؛ به دلیل اینکه تعلق دین به ذمه او معلوم

۱. طباطبایی، تکملة العروة الوثقی، ۱۹۹/۱.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۹۴/۲.

نیست. بل مقتضی الإستصحاب، العدم، ...» از این پاسخ نیز کشف می‌شود محقق طباطبایی یزدی، شرط فعل را سبب تحقق دین نمی‌داند به معنایی که در دیدگاه پنجم اصرار می‌شد، وگرنه لازم بود ایشان دست‌کم در فتوای مذکور به اشتغال ذمه مشروط‌علیه، هرچند به صورت معلق، به میزان مشروط‌به تصریح کند، به‌ویژه اینکه بیشتر فقیهان، از جمله محقق طباطبایی یزدی شرط معلق را برخلاف عقد معلق صحیح دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

**ج. عدم تعلق شرط فعل به ترکه:** محقق داماد پس از معرفی محقق طباطبایی یزدی به عنوان طرفدار اصلی نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، تأکید کرده است که طبق این مبنا، مفاد شرط فعل مالی صرفاً تکلیف نیست تا با مرگ مشروط‌علیه منتفی شود؛ بلکه سبب ثبوت دین در ذمه مشروط‌علیه می‌شود و می‌توان دین را از ترکه برداشت کرد. به نظر می‌رسد انتساب این مطلب نیز به محقق طباطبایی یزدی دشوار است؛ زیرا ایشان بدون اینکه بین شرط فعل مالی و غیرمالی تفصیل دهد، به‌طورکلی معتقد است در صورتی که شخصی در قالب شرط فعل ملتزم شود خیار مجلس خود را اسقاط کند ولی قبل از وفای به شرط بمیرد، وارثان مشروط‌علیه می‌توانند عقد را فسخ کنند؛ زیرا آن‌ها مشروط‌علیه نیستند تا انجام شرط بر عهده آن‌ها باشد. آدرس است شرط اسقاط خیار مجلس، شرط فعل حقوقی است، نه شرط فعل مالی؛ اما چنان‌که در متن بیان شد ایشان هیچ‌گونه تفصیلی در کلام خود قائل نشده است. دست‌کم نظر ایشان در موضوع محل بحث، دلیل هم نباشد، حداقل به‌عنوان مؤید درخور استناد است.

به‌طورکلی، از نوشتار محقق طباطبایی یزدی برداشت می‌شود که تعهد ناشی از شرط فعل، از طریق ترکه به وارثان مشروط‌علیه منتقل نمی‌شود؛ نتیجه اینکه، با استقرای بعضی از مسائل فقهی معلوم می‌شود سخن پیشین محقق طباطبایی یزدی هم که التزام شرطی را همچون التزام اجاری بیان کرده بود، صرفاً ناظر به امکان مطالبه عوض شرط بوده است، نه اینکه به‌طور مطلق احکام ملکیت و دین را همچون نظریه پنجم نسبت به شرط فعل مالی مترتب سازد.

#### ۵. ۴. اشکال چهارم؛ عدم نیاز به نظریه تکلیف و حق مالی ذمی برای اثبات استیفای متعلق

##### مشروط‌به از ترکه

به نظر می‌رسد نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در راستای تعدیل و ترمیم اندیشه‌ای است که شرط فعل را صرف تکلیف می‌داند و استیفای متعلق مشروط‌به را از ترکه مشروط‌علیه روا نمی‌شمارد! چنان‌که در

۱. طباطبایی، سؤال و جواب، ۲۲۴ و ۲۲۵.

۲. انصاری، کتاب المکاسب، ۵۷/۶ و ۵۸؛ طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۲۹۹/۳.

۳. طباطبایی، حاشیه کتاب المکاسب، ۴۱۳/۲.

گذشته ضمن مقدمه کوتاهی این مبنا توضیح داده شد. صاحب نظریه مذکور برای رهایی از اندیشه یادشده، راجع به شرط فعل مالی، مرزهای شرط فعل و شرط نتیجه را بر هم زده است تا بتواند برداشت متعلق مشروطه را از ترکه توجیه کند.

به نظر نگارنده، نیازی به توجیه یادشده نیست. می‌توان بدون برهم‌زدن مرز شرط فعل و نتیجه بر این باور بود که شرط فعل مالی از ترکه وصول‌شدنی است؛ زیرا پیمان ناشی از تعهد و شرط، به‌عنوان مصداقی از وجودی اعتباری و پیمان لازم، همواره به دارایی طرفین تعلق می‌گیرد. وجود اعتباری ناشی از التزام، صرف تکلیف نیست تا با مرگ مشروط‌علیه و متعهد از بین برود؛ بلکه سبب ثبوت حق به‌نفع مشروط‌له است. تعهد (به معنای اسم مصدری) و حق یادشده، از مصادیق حکم وضعی است، تا زمانی که دلیل معتبر قانونی بر زوال آن‌ها نباشد، مشروط‌علیه را متعهد می‌سازد. در فرض مرگ مشروط‌علیه، ایفای تعهد ناشی از آن موجود اعتباری (پیمان لازم)، از ترکه استیفاشدنی است.

ناگفته نماند چنان‌که بپذیریم شرط فعل مالی، از ترکه وصول‌شدنی است، چنین نیست که نقد نظریه موضوع بحث این مقاله بی‌اثر باشد؛ بلکه در موارد متعددی نظریه سوم و نظریه چهارم با نظریه تکلیف و حق مالی ذمی تفاوت اساسی دارد، از جمله اینکه: طبق نظریه اخیر، خیار تخلف از شرط، سالبه به انتفای موضوع است، درحالی‌که مطابق نظر برگزیده شده، خیار تخلف از شرط یکی از احکام شرط فعل مالی است. به بعضی از تفاوت‌ها نیز در گذشته اشاره شد و نیازی به تکرار نیست.

## ۵.۵. اشکال پنجم؛ خروج از محل نزاع

طرفدار نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در توجیه اندیشه خود گفته است: «درست است در این‌گونه موارد [که شرط فعل مالی در قرارداد گنجانده می‌شود]، متن قرارداد به‌صورت شرط فعل تنظیم می‌شود ولی در واقع، اراده آنان قابل تفسیر به شرط نتیجه است.»<sup>۱</sup>

در نقد مدعای مذکور می‌توان گفت: طبق ماده ۲۲۴ قانون مدنی، الفاظ عقود، بر معانی عرفیه محمول است. با توجه به جداسازی شرط فعل و شرط نتیجه و تفاوت احکام قانونی آن دو، در صورتی که برای تفسیرکننده قرارداد روشن شود قصد باطنی طرفین با شرط نتیجه تطبیق می‌کند سخنی نیست، ولی این مطلب از محل نزاع بیرون است. آنچه محل گفت‌وگوست، شرط فعل مالی است که آیا سبب مدیون‌شدن ذمه مشروط‌علیه همانند شرط نتیجه مالی می‌شود یا نه. به عبارت دیگر، در واقع صاحب نظریه مورد نقد، با آوردن سخن مذکور، از محل نزاعی که خودش ترسیم کرده، خارج شده است.

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۸.

## ۵. ۶. اشکال ششم؛ عدم تلازم بین التزام شرطی و ثبوت ملک برای مشروطه

توجیه بیان‌شده دیگر برای اثبات نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، چنین است: «چه مانعی دارد تعهد و التزام به پرداخت مال را از اسباب ضمان و دین بدانیم...؛ زیرا درست است که تحقق خارجی شرط، بالقوه؛ یعنی پرداخت آن و ارتباطش با اموال خارجی، به صورت غیرمستقیم است، ولی تعهد و التزام، بدون تردید بالفعل است.»<sup>۱</sup>

در اشکال به مدعی یادشده باید گفت: تردیدی نیست به صرف انعقاد تعهد و شرط به معنای مصدری، تعهد به معنای اسم مصدری (مُشْتَأً)، به صورت منجز حاصل می‌شود؛ ولی این امر دلیل نمی‌شود ما معتقد باشیم شرط فعل مالی سبب می‌شود مشروطه در ذمه مشروط‌علیه به میزان متعلق مشروطه به ملکیت پیدا کند، درحالی‌که فرض بر آن است ملکیت مذکور مفاد مستقیم شرط فعل مالی نیست و در قصد انشای طرفین واقع نشده است؛ بلکه طبق ظاهر، مقصود طرفین انشای شرط فعل بوده است. به عبارت روشن، مشروط‌علیه متعهد به پرداخت یا انجام شرط فعل مالی شده ولی ملکیتی برای مشروط‌له در ذمه مشروط‌علیه انشا نشده است. نتیجه اینکه، شرط به طور مستقیم نمی‌تواند از اسباب دین (ثبوت ملکیت برای مشروط‌له در ذمه مشروط‌علیه) باشد، مگر اینکه موضوع انشای طرفین در قالب شرط نتیجه واقع شده باشد. در شرط فعل، فرض بر این است طرفین صرفاً التزام مشروط‌علیه در برابر مشروط‌له راجع به انجام متعلق مشروط‌به را انشا کرده‌اند. ناگفته نماند ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل ممکن است گاهی به تحقق ملکیت مالی برای مشروط‌له منتهی شود، اما این امر ارتباطی به ماهیت شرط فعل ندارد؛ بلکه از احکام آن است. برای مثال، مشروط‌له بعد از تخلف مشروط‌علیه با اذن دادگاه به هزینه خود، متعلق مشروط‌به را عملیاتی سازد، سپس معادل هزینه‌ها را از اموال مشروط‌علیه استیفا و تملک کند. ماده ۲۳۸ قانون مدنی<sup>۲</sup> و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی<sup>۳</sup> نیز در این باره در جای خود درخور تأمل و بررسی است و حتی با مباحث امکان‌سنجی مطالبه ارش از بابت شرط فعل مالی، مقایسه‌شدنی است.

## ۵. ۷. اشکال هفتم؛ نادرستی استناد به ذوق عرفی

دلیل ارائه‌شده دیگر برای اثبات نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، استناد به ذوق عرفی است؛ با این

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۸.

۲. «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.»

۳. «هرگاه محکوم‌به انجام عمل معینی باشد و محکوم‌علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم‌له می‌تواند تحت نظر دادورز (مامور اجرا) آن عمل را به وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل، هزینه لازم را به وسیله قسمت اجرا از محکوم‌علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت، با جلب نظر کارشناس میزان هزینه و معین می‌نماید...»

توضیح که، ذوق عرفی بین ضمانت ایجاد شده از طریق شرط نتیجه و شرط فعل مالی تفاوتی نمی‌بیند؛ هر چند به دقت عقلی این دو از هم تفاوت دارد.<sup>۱</sup> منظور از مطلب مذکور این است این دو مثال زیر، از نظر ذوق عرفی همسان هستند:

الف در ضمن عقدی لازم، به صورت شرط فعل ملتزم شود دین ب به ج را بپردازد (ضمانت در قالب شرط فعل)؛ الف در ضمن عقدی لازم به صورت شرط نتیجه، ضمانت دین ب به ج را بپذیرد؛ در این صورت، به محض اشتراط، ذمه الف به میزان دین ب به ج مشغول خواهد شد (ضمانت در قالب شرط نتیجه). مدعای نویسنده مذکور این است: ذوق عرفی در ضمانت محقق شده در قالب شرط فعل نیز ذمه مشروط علیه را مشغول می‌شمارد و تفاوتی بین دو مثال مذکور قائل نمی‌شود.

به نظر می‌رسد این استدلال نیز پذیرفتنی نیست. ذوق عرفی ممکن است خیلی از قواعد را در نظر ابتدایی همسان بداند، ولی این دلیل نمی‌شود از نظر علمی مرزهای اصطلاحات و احکام حقوقی آنها به هم آمیخته شود. ذوق عرفی، بین این دو کلام تفاوت نمی‌گذارد: ۱. الف به ب اعلام کند: خانه‌ام را به شما اجاره دادم به اجاره‌بهای ماهیانه صد هزار تومان، به شرط اینکه صد میلیون تومان قرض الحسنه به من بدهید؛ ۲. ب به الف بگوید مبلغ صد میلیون تومان به شما قرض الحسنه دادم، به شرط اینکه به مبلغ صد هزار تومان اجاره‌بهای ماهیانه، خانه‌ات را به من اجاره بدهید؛ دومی از مصادیق بارز قرض ربوی است، ولی اولی عقد اجاره صحیح به همراه شرط فعل مبنی بر اعطای قرض است. در ضمن، اگر ذوق عرفی در تفسیر قرارداد کمک کند، به طوری که مقصود طرفین از شرط فعل مالی را به شرط نتیجه تفسیر کند، این امر دیگری است و خروج از محل گفت‌وگوست.

#### ۵. ۸. اشکال هشتم؛ تفسیر نادرست از ماده ۵۸۸ قانون مدنی

چنان‌که در گذشته بیان شد، مدافع نظریه تکلیف و حق مالی ذمی نوشته بود: نویسندگان قانون مدنی به دلیل عدم اعتقاد به نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، در صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را به صورت شرط نتیجه پذیرفته‌اند، وگرنه با پذیرش نظریه مذکور، تفاوتی بین صدر و ذیل ماده پیدا نمی‌شد تا شرط ضمان مضارب به صورت مطرح شده در ذیل ماده صحیح و به شیوه‌ای که در صدر ماده آمده است، باطل باشد.<sup>۲</sup>

این شاهد مثال نیز درست نیست؛ زیرا صدر و ذیل ماده یاد شده ارتباطی به نظریه تکلیف و حق مالی ذمی ندارد، بلکه به دلیل روایاتی است که در باب مضاربه وارد شده و ضمان سرمایه را بر عهده مالک

۱. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۱۷.

۲. محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷ و ۳۲۸.

گذاشته است. مشهور فقیهان از روایات یادشده برداشت کرده‌اند که شرط ضمان مضارب، به صورت شرط نتیجه، مخالف مفاد روایات مذکور است. به تعبیر فقهی، قرارگرفتن ضمان سرمایه بر عهده مالک، حکمی شرعی است و شرط مخالف با آن خلاف حکم شرعی شمرده می‌شود. نویسندگان قانون مدنی نیز به دلیل یادشده در صدر ماده ۵۵۸ قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را سبب بطلان عقد مضاربه دانسته‌اند؛ اما شرط ضمان مضارب به صورت شرط فعل که در ذیل ماده مذکور آمده است، نه تنها مخالف با حکم روایات نیست، بلکه نوعی تأیید آن‌ها به حساب می‌آید؛ زیرا مفاد شرط یادشده این است که با وجود اینکه ضمان سرمایه بر عهده مالک است، ولی عامل متعهد می‌شود به مقدار مال تلف‌شده، مجاناً به مالک سرمایه تملیک کند.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

نظریه تکلیف و حق مالی ذمی، به عنوان دیدگاهی نو و مخالف نظر مشهور فقیهان امامیه، درصدد است با استناد به قصد طرفین و ذوق عرفی و از طریق سبب دین شمردن التزام و تعهد، اثبات کند به محض اشتراط شرط فعل مالی، شرط سبب می‌شود مشروطه به اندازه مشروطه به مالک ذمه مشروط علیه شود؛ بنابراین خیار تخلف از شرط فعل در شرط فعل مالی، سالبه به انتفای موضوع است و امکان استیفای متعلق مشروطه به از ترکه وجود دارد. طبق این دیدگاه، بر شرط فعل‌های مالی، احکام شرط نتیجه مترتب می‌شود. در صورت پذیرش این نظریه، آثار متعددی بر آن بار می‌شود که به بعضی از آثار به تفصیل در متن مقاله اشاره شد. با ادله متعدد ثابت شد نظریه مذکور صحیح نیست. در صورتی که قصد طرفین شرط بر این باشد که مشروطه به میزان متعلق مشروطه به، در ذمه مشروط علیه مالک شود، نباید شرط مذکور را شرط فعل نامید؛ بلکه شرط مذکور از مصادیق شرط نتیجه خواهد بود، در حالی که این نظریه محل گفت‌وگو را شرط فعل مالی قرار داده است. خروج از محل نزاع، پایه اصلی این نظریه را لرزان می‌سازد. از سوی دیگر، ذوق عرفی نمی‌تواند اثبات‌کننده احکام دقیق شروط باشد، نهایت اینکه در تفسیر قصد طرفین و قرارداد آن‌ها می‌تواند اثر داشته باشد. اگر با ذوق عرفی مشخص شود مقصود طرفین شرط فعل مالی، شرط نتیجه بوده است، دومین بار خروج از محل نزاع در این نظریه محقق می‌شود. در اینکه التزام عهده‌ی بتواند سبب ثبوت دین در ذمه مشروط علیه شود، اول ادعاست و دلیلی برای آن وجود ندارد؛ زیرا هیچ تلازم شرعی و قانونی یا عرفی بین التزام عهده‌ی و ثبوت دین در ذمه مشروط علیه (ملتزم) وجود ندارد. مطالبه هزینه‌های اجرایی متعلق مشروطه به در بعضی از موارد، از احکام شرط فعل مالی است و ارتباطی به ماهیت آن ندارد. انتساب

۱. طباطبایی، العروة الوثقی (المحشی)، ۱۶۲/۵ تا ۱۶۵.

نظریه تکلیف و حق مالی ذمی به علامه حلی و محقق طباطبایی یزدی نیز صحیح نیست. قراین متعدد در کلام آن دو فقیه نامدار وجود دارد که با نظریه مورد نقد منطبق نیست؛ از جمله اینکه، هر دو فقیه مذکور در شرط فعل مالی قائل به خیار تخلف از شرط فعل هستند، در حالی که طبق نظریه مذکور، صاحب نظریه مورد نقد، وقوع خیار مذکور را در شرط فعل مالی غیرممکن نمی‌داند؛ نتیجه اینکه، شرط فعل مالی همچون شرط فعل‌های دیگر، سبب ثبوت خیار تخلف از شرط فعل است. نمی‌توان با ادله مناقشه‌شدنی، شرط فعل مالی را به شرط نتیجه بازگرداند؛ زیرا تفاوت‌های این دو شرط از نظر احکام، اساسی است. نیازی نیست برای اثبات امکان استیفای متعلق مشروط به در صورت وفات مشروط‌علیه از ترکه، متمسک به نظریه مورد نقد شویم، بلکه می‌توان طبق مبنای مشهور فقها در باب شرط فعل مالی نیز از طریق دیگر به آن نتیجه دست یافت. با اثبات اینکه شرط فعل مالی با همان ماهیت پذیرفته‌شده مشهور فقها سبب می‌شود در عالم اعتبار، حق مالی مطالبه‌شدنی و درخور تقویم به نفع مشروط‌له ایجاد شود، نیازی به پذیرش نظریه مورد نقد نیست. البته لازم است ابهامات نظریه مشهور، زدوده و جنبه‌های کاربردی آن در حوزه حقوق معاملات برجسته شود و بعضی از پیش‌فرض‌های درخور نقد مطرح‌شده از سوی بعضی از فقها تبیین و نقد شود.

## منابع

- انصاری، مرتضی‌بن محمد امین. کتاب المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۲۲ق.
- آل کاشف‌الغطاء، علی‌بن جعفر. شرح خيارات اللمعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۲۲ق.
- بجنوردی، حسن. القواعد الفقهية. قم: الهادی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- جعفری خسروآبادی، نصرالله. «شرط فعل از تکلیف محض تا اشتغال ذمه»، پژوهش‌های فقهی. دوره ۱۳، ش ۴، زمستان ۱۳۹۶، ۹۵۹ تا ۹۷۶. <https://doi.org/10.22059/jorr.10.22059> / ۲۰۱۷/۲۰۸۲۰۵/۱۰۰۷۳۵۱
- خمینی، روح‌الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی. چاپ اول، ۱۳۷۹.
- خوئی، ابوالقاسم. التنقیح فی شرح المکاسب. مقرر: علی تبریزی غروی. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی. چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية. بیروت: دار التراث؛ الدار الإسلامية. چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: مجمع الفکر الاسلامی. چاپ دوم، ۱۴۲۶ق.
- صاحب‌جواهر، محمد حسن بن باقر. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دار الکتب الإسلامية. چاپ ششم، ۱۳۹۴ق.



صفری؛ بررسی انتقادی نظریه «تکلیف و حق مالی ذمی» بودن شرط فعل مالی / ۱۳۳

- صدر، محمدباقر. «حواله»، فقه اهل بیت (ع). دوره ۶، ش ۲۱، بهار ۱۳۷۹، ۱۶ تا ۳.
- طباطبایی، محمدکاظم. العروة الوثقی و بهامشها تعلیقات اعلام العصر و مراجع الشیعة الامامیة. تهران: المكتبة العلمیة الإسلامیة. بی تا.
- طباطبایی، محمدکاظم. العروة الوثقی؛ المحشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب فروشی داوری. چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. حاشیة کتاب المکاسب. قم: طلیعة نور. چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
- طباطبایی، محمدکاظم. سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- طوسی، محمدبن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة. ۱۳۸۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: امام صادق (ع). چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. تذکرة الفقهاء. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- علیدوست، ابوالقاسم؛ مهدی سنجرانی. «آثار شروط ضمن عقد نکاح»، مطالعات جنسیت و خانواده. دوره ۲، ش ۱، شهریور ۱۳۹۳، ۹۹ تا ۱۲۶.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: علمی. چاپ اول، ۱۳۸۹ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ یازدهم، ۱۳۸۳.
- محقق داماد، سیدمصطفی. نظریة عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۳۸۸.
- محقق داماد، سیدمصطفی. نظریة عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چاپ اول، ۱۳۹۷.
- محقق کرکی، علی بن حسین. رسائل المحقق الکرکی. قم: کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی. چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی احکام الشریعة. قم: آل البیت (ع). چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

### Transliterated Bibliography

Āl Kāshif al-Ghīṭā', 'Alī ibn Ja'far. *Sharḥ Khīyārāt al-Lum'a*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 2001/1422.

'Alidūst, Abū al-Qāsim; Mahdī Sanjarānī. "Āsār-i Shurūṭ-i Ḍimn-i 'Aqd-i Nikāḥ", *Muṭālī'āt Jinsiyat va Khānivadīh*. Durīh-yi 2, no. 1, Shahrivar 2014/1393, 99-126.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Qawā'id al-Aḥkām fi Ma'rifa al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1993/1413.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tadhkara al-Fuqahā*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1994/1414.

‘Allāmah Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. *Tahrīr al-Aḥkām al-Shar'īya 'alā Madhhab al-Imāmiya*. Qum: Imām Ṣādiq(AS). Chāp-i Awwal, 2000/1420.

Anṣārī, Murtaḍā ibn Muḥammad Amīn. *Kitāb al-Makāsib*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2001/1422.

Bujnūrdī, Ḥasan. *al-Qawā'id al-Fiqhiya*. Qum: al-Hādī. Chāp-i Awwal, 1998/1419.

Ja'farī Khusrū Ābādī, Naṣr Allāh. "Sharḥ Fi'l az Taklif-i Maḥẓ tā Ishtighāl Dhimmah", *Pazhūhish-hā-yi Fiqhī*. Durīh-yi 13, no. 4, winter 2017/1396, 959-976.

Khū'i, Abū al-Qāsim. *al-Tanqīh fi Sharḥ al-Makāsib*. Muqarr 'Alī Tabrizī Gharawī. Qum: Mū'assisa Iḥyā' Āṣār al-Imām al-Khū'i, Chāp-i Awwal, 2004/1425.

Khumaynī, Rūh Allāh. *Kitāb-i al-Bay'*. Tehran: Mū'assisah-yi Nashr va Tanzīm-i Āṣār-i Imām Khumaynī. Chāp-i Awwal, 2000/1379.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Nazariyah-yi 'Umūmī Shurūṭ va Iltizāmāt dar Huqūq-i Islāmī*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. Chāp-i Awwal, 2009/1388.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Nazariyah-yi 'Umūmī Shurūṭ va Iltizāmāt dar Huqūq-i Islāmī*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. Chāp-i Awwal, 2018/1397.

Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā. *Qawā'id Fiqh*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum Islāmī. Chāp-i Yazdahum, 2004/1383.

Muḥaqqiq Ḥillī. Ja'far ibn Ḥasan. *Sharā'i' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Tehran: A'lamī. Chāp-i Awwal, 1970/1389.

Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn. *Rasā'il al-Muḥaqqiq al-Karakī*. Qum: Kitābkhānah-yi Āyat Allāh al-'Uzmā Mar'ashi Najafī. Chāp-i Awwal, 1989/1409.

Narāqī, Aḥmad ibn Muḥammad Maḥdī. *Mustanad al-Shi'a fi Aḥkām al-Shari'a*. Qum: Āl al-Bayt(AS). Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Ṣadr, Muḥammad Bāqir. "Ḥawālah", *Fiqh Āl al-Bayt(AS)*. Durīh-yi 6, no. 21, spring 2000/1379, 3-16.

Ṣāhib Jawāhir. Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir. *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharā'y' al-Islām*. Tehran: Dār al-

Kutub al-Islāmiyya. Chāp-i Shishum, 1974/1394.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Durūs al-Shar'iyah fī Fiqh al-Imāmiyya*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1996/1417.

Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makkī. *al-Lum'a al-Dimashqiyya fī Fiqh al-Imāmiyya*. Beirut: Dār al-Tūrāth; Dār al-Islāmiyya. Chāp-i Awwal, 1989/1410.

Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. *al-Rawḍa al-Bahiyya fī Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya*. Qum: Majma' al-Fikr al-Islāmī. Chāp-i Duwwum, 2005/1426.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *al-Urwa al-Wuthqā wa bihāmishihā Ta'liqāt A'lām al-'Asr wa Marāji' al-Shi'a al-Imāmiyya*. Tehran: al-Maktaba al-'Ilmiyya al-Islāmiyya. s.d.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *al-Urwa al-Wuthqā; al-Muḥashshī*. Qum: Daftar-i Intishārāt-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1999/1419.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Hāshiyā Kitāb al-Makāsib*. Qum: Ṭalī'ah-yi Nūr. Chāp-i Duwwum, 2008/1429.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Su'āl wa Jawāb*. Tehran: Markaz-i Nashr-i 'Ulum-i Islāmī. Chāp-i Awwal, 1995/1415.

Ṭabāṭabāyī, Muḥammad Kāzim. *Takmila al-Urwa al-Wuthqā*. Qum: Kitābfurūshī Dāvārī. Chāp-i Awwal, 1994/1414.

Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan. *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyya*. Tehran: al-Maktaba al-Murtaẓawīya li-Iḥyā' al-Āsār al-Ja'fariyya. 1968/1387.