

A comparative study of the effects of contracts transmitter into contract property transmitter and the contract imposing obligations in islamic jurisprudence and Iranian and French law

Alireza Yazdanian*

Received: 2018/10/08

Accepted: 2019/02/14

One of the subdivisions of the contracts among the works of the authors is the division of contracts into the contract property transmitter and the contract imposing obligations. This division is not in French civil law and in Iran and it has always been believed that contracts in the French are contracts imposing obligations and there is no division of contracts into the contract property transmitter and the contract imposing obligations. As it may be based on the viewpoint of some individuals that ownership of the obligation and the property transmitter nature of contract of sale generally may be based on the belief that the division in Iran is not necessary. Nevertheless, there are indications of the existence of the contract property transmitter in the doctrine and even in French law. Also, in Iran and France, the objects are divided into a definite and general, and this division is not impartial with the contract property transmitter and the contract imposing obligations. Although it can not be said that the division of the objects into a definite and general is the same as the division of contracts into a contract property transmitter and the contract imposing obligations but this could indicate the difference between the effects of the contract property transmitter and the contract non property transmitter. Although this is not a comprehensive division, this division does not prevent other divisions. It can be argued that the issue of the place of the dispute raised the question as to whether in Iran's law the division of the subject of contracts into the definite and general is based on what ruling and what works there? Is it possible in Iran's law to divide this division as an indication of the division of contracts into contract property transmitter and the contract imposing obligations, and what effect does it have on the division of contracts into a into contract property transmitter and the contract imposing obligations? It seems that in Iranian and French law, the division of the subject of contracts is not without effect, and it seems that both Iranian and French law can not be denied the division of contracts into into contract property transmitter and the contract imposing obligations. In the French civil law and in Iran, the effects of this division, regardless of acceptance or non-acceptance, have not been collected and perhaps this article will be the beginning of a future doctrine study that will be examined in a comparative way.

Keywords: Contract, property transmitter, obligation, object definite.

* Associate Professor, Department of Law, University of Isfahan, Iran.

a.yazdanian@ase.ui.ac.ir

مطالعه تطبیقی آثار تقسیم قراردادهای ناقله به تملیکی و عهدی در فقه، حقوق ایران و فرانسه

علیرضا یزدانیان*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۲۵

چکیده

یکی از تقسیم‌بندی‌های قراردادهای ناقله، تقسیم قراردادهای ناقله به تملیکی و عهدی است. این تقسیم در قانون مدنی فرانسه نیست و در ایران همواره اعتقاد بر این بوده که قراردادهای در فرانسه عهدی بوده و تقسیم به عهدی و تملیکی منتفی است. همچنان که بر مبنای نظر برخی مبنی بر تملیکی بودن بیع کلی ما فی‌الذمه ممکن است این اعتقاد شکل گیرد که تقسیم مزبور در ایران نیز لازم نیست و همه عقود ناقله تملیکی هستند. با وجود این، در دکترین و نیز در قوانین مدنی فرانسه و ایران نشانه‌هایی از وجود قرارداد تملیکی و عهدی به چشم می‌خورد. همچنین در ایران و فرانسه اعیان به معین و کلی تقسیم شده و این تقسیم بی‌ارتباط با قراردادهای تملیکی و عهدی نیست. هر چند نمی‌توان گفت تقسیم اعیان به معین و کلی ما فی‌الذمه همان تقسیم قراردادهای تملیکی و عهدی است، اما این امر می‌تواند نشان از تفاوت آثار قراردادهای ناقله داشته باشد. می‌توان به عنوان یک مسئله محل نزاع این پرسش را مطرح کرد که آیا در حقوق ایران تقسیم موضوع قراردادهای ناقله به معین و کلی بر چه حکمتی مبتنی است؟ آیا می‌توان در حقوق ایران این تقسیم را به عنوان نشانه‌ای برای تقسیم قراردادهای تملیکی و عهدی مطرح کرد یا نه و چه اثری بر تقسیم قراردادهای تملیکی و عهدی مترتب می‌شود. به نظر می‌رسد در حقوق ایران و فرانسه تقسیم موضوع قراردادهای بی‌حکمت نبوده و به نظر می‌رسد هم در حقوق ایران و هم فرانسه نمی‌توان منکر تقسیم قراردادهای تملیکی و عهدی شد. در حقوق ایران و فرانسه آثار این تقسیم، صرف‌نظر از پذیرش یا عدم پذیرش آن جمع‌آوری نشده و شاید این مقاله بتواند آغازی برای دکترین در آینده باشد که به شیوه تطبیقی در فقه و فرانسه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

واژگان کلیدی: قرارداد، تملیک، تعهد، عین معین، حقوق فرانسه، حقوق ایران.

مقدمه

ماده ۸۲۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی». این تقسیم‌بندی در فقه هر چند با تردید در مورد وصیت مطرح شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۵) و با توجه به ماده ۸۲۵ می‌توان این سؤال بنیادین را طرح کرد که آیا نسبت به کل قراردادهای یا حداقل نسبت به قراردادهای ناقله می‌توان چنین تقسیم‌بندی را مطرح کرد یا نه؟ از این‌رو در صورتی که پاسخ سؤال مثبت باشد، قراردادهای ناقله یا تملیکی است و یا عهدی. از سویی مطالعه آثار نویسندگان ایرانی، حاکی از این اعتقاد است که همه قراردادهای در فرانسه به تبع از نظام رومی منشاء اقتباس آن، عهدی است. با وجود این با مطالعه یک قسمت از حقوق فرانسه نمی‌توان حکم کلی بر عهدی بودن همه قراردادهای نمود و در حقوق فرانسه نیز رد پای هر چند مبهم از این تقسیم‌بندی به چشم می‌خورد. در فرانسه نیز اصطلاح «قراردادهای ناقل مالکیت» (contrats translatifs de propriété) اصطلاح شناخته شده‌ای است که در مقابل عقود موجد تعهد می‌باشد.^۱ (Delebecque and Jérôme pansier, 2016, p. 349) چنانکه برخی به استناد ماده ۱۱۳۸ ق.م. ف ۱۸۰۴ معتقد به تملیکی بودن قرارداد بودند. (Mazeud and Fabre-Magnan, 1996, p.85 et T2, 1978, p.32) اصلاحات سال ۲۰۱۶ در مورد حقوق قراردادهای در قانون مدنی فرانسه ظاهراً این تقسیم را پذیرفته و با ورود ماده ۱۱۹۶ اصلاحات سال ۲۰۱۶ تردیدی در تملیکی بودن برخی از قراردادهای نیست. طبق ماده مزبور: «در قراردادهایی که موضوع آن انتقال مالکیت یا هر حق دیگری است به محض انعقاد قرارداد، انتقال محقق می‌شود» حتی عده‌ای اثر عقد را در برخی از عقود نه ایجاد تعهد، بلکه مستقیماً انتقال مالکیت می‌دانند.^۲ (Fabre-Magnan, 1996, p.85) نکته دیگر اینکه در حقوق مدنی ایران و فرانسه مواردی وجود دارد که به نظر می‌رسد جز در سایه تقسیم عقد به تملیکی و عهدی قابل توجه نیست. چنانچه دو نظام حقوقی مزبور، در مواردی عین را به عین معین و کلی تقسیم کرده و این تقسیم بی‌ارتباط با قراردادهای تملیکی و عهدی نیست و به نظر برخی در قراردادهای ناقله، هر جا عین معین وجود دارد، مالکیت به صرف عقد منتقل می‌شود و عقد تملیکی به همین معناست و هر جا موضوع کلی باشد، انتقال با عقد نبوده و با تسلیم است که معنی عقد

عهدی نیز همین است. (Malaurie and Aynes, 1998, p.181؛ سنه‌وری، ۱۹۹۸م، ج ۴، ص ۴۰۹) البته نمی‌توان گفت تقسیم اعیان به معین و کلی ما فی الذمه همان تقسیم قراردادها به تملیکی و عهدی است، اما این امر می‌تواند نشانی از تفاوت آثار قراردادهای ناقله باشد. همچنین موادی در قوانین مدنی هر دو نظام حقوقی وجود دارد که به تفکیک آثار عقد عهدی و تملیکی مبتنی بر تقسیم موضوع قراردادها به عین معین و کلی ما فی الذمه دامن می‌زند و به نظر می‌رسد بهتر است بین دو دسته از عقود ناقله و غیرناقله قائل به تفکیک شویم. در برخی از عقود غایت و هدف طرفین انتقال مالی یا به تعبیری انتقال یک حق مالی است مانند هبه یا صلح مال معین یا بیع و قرض که همگی ناقله هستند. اما در برخی از عقود، هدف انتقال مال یا حق مالی نیست. مانند وقف یا حق انتفاع و عاریه و وکالت. عقود ناقله از یک منظر می‌توانند به دو گروه تقسیم شوند: عقود ناقله تملیکی که لحظه عقد، یعنی ایجاب و قبول، اصولاً مال به منتقل الیه منتقل می‌شود مانند بیع عین معین و در برخی از عقود نیز مانند هبه که عقد عینی است و عقد دارای سه رکن شامل ایجاب و قبول و قبض بوده و لحظه اتمام سه رکن، مالکیت منتقل می‌شود. اما در عقود ناقله عهدی مانند بیع کلی ما فی الذمه، ایجاب و قبول فقط موجد تعهد ناقل بوده و با وفای به عهد یعنی تسلیم مصداق، مالکیت مصداق به منتقل الیه منتقل می‌شود. در حقوق اسلامی قدرت ناقله عقود تملیکی مانند بیع مورد شناسایی قرار گرفته (سنه‌وری، ج ۴، ۱۹۹۸م، ص ۴۰۹) بر خلاف حقوق رم که قراردادهایی مانند بیع فقط موجد تعهد بودند (Lévy Castaldo, 2002, p.726) و انتقال بعد از تسلیم رخ داده و با بیع تا زمان تشریفات تسلیم، مالک باقی می‌ماند. چنانچه هنوز برخی سیستم‌ها مانند آلمان وفادار به نظام رومی باقی مانده‌اند^۳ (Zenati-Castaing, 2009, p.211). بعدها با کم‌رنگ شده چهره مادی اعمال حقوقی تسلیم تا حدودی چهره سمبلیک یافت و حقوق فرانسه این تحول را کامل نمود. در حقوق فرانسه به زعم اندیشمندان، اراده‌ای که قادر است تعهد ایجاد نماید، می‌تواند ناقل ملکیت نیز باشد. به عقیده ایشان اراده در قراردادی مانند بیع هم موجد تعهداتی برای طرفین است و هم می‌تواند ناقل مالکیت باشد (Mazeud and T2, 1978, p.32 et. 64). از مجموع مقدمات فوق می‌توان چند پرسش اساسی مطرح نمود که اولاً، تقسیم موضوع قراردادها به عین معین، کلی در

معین و کلی مافی‌الذمه بر چه حکمتی استوار است؟ چه آثاری در قانون مدنی بر عین معین و کلی مترتب می‌شود؟ آیا می‌توان این تقسیم را نشانه‌ای بر وجود تقسیم قراردادها به تملیکی و عهدی انگاشت؟ و در صورتی که بتوان تقسیم قراردادها به تملیکی و عهدی را در نظام حقوق تعهدات مطرح نمود چه آثاری بر این تقسیم مترتب خواهد بود؟ در پاسخ به این پرسش‌های بنیادین ساختار این مقاله را به دو قسمت عمده عقود تملیکی و عقود عهدی تقسیم نموده و بر حسب موضوع معین و یا کلی آثاری را بر هر یک مطرح نموده و در آخر به نتیجه‌گیری پرداخته‌ایم. در مقاله حاضر، نظام فقهی و حقوق ایران را با حقوق فرانسه مقایسه نموده و به عبارتی با استفاده از نظام فقهی و حقوق فرانسه به شرح آثار می‌پردازیم.

۱. عقود تملیکی

۱-۱. تعریف

عقد تملیکی، عقدی است که «اثر مستقیم» آن انتقال مالکیت یا دیگر حقوق مالی به منتقل‌الیه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۶۷). مانند بیع عین معین که اصولاً به محض اتمام ایجاب و قبول، مالکیت یا به عبارتی حق عینی بایع، به خریدار منتقل می‌شود (سنهوری، ۱۹۹۸م، ج ۴، ص ۴۲۵). قرارداد واگذاری حق انتفاع می‌تواند در زمره عقود تملیکی به حساب آید. زیرا گرچه ناقل منفعت نیست اما موجب حق مالی در دارایی ذینفع می‌باشد. در حقوق فرانسه با تقسیم حقوق به عینی و دینی یکی از آثار این تقسیم را این می‌دانند که در حق انتفاع، حق عینی وجود دارد، ولی اجاره با تحلیل فرانسویان نوعی عقد موجب حق دینی است (Carbonnier, 1998, p.63). برخی معتقدند که همه قراردادهای فرانسه عهدی است و گویا نظام حقوقی فرانسه با قرارداد تملیکی چندان سازگاری ندارد. این نظر گرچه با ماده ۱۱۰۱ق.م. ف سازگار است، اما در حقوق فرانسه نیز در بیع عین معین، اعتقاد به تملیکی بودن قرارداد چندان خالی از قوت نیست (Malaurie and Aynes, 1998, p.181). ماده ۵۸۳ق.م. ف نیز به همین امر اشاره کرده که صرف‌نظر از تسلیم مبیع و پرداخت ثمن، مالکیت به محض اتمام ایجاب و قبول به مشتری منتقل می‌گردد. به همین دلیل برخی نیز که بیع را تعهد به تسلیم عین تلقی کرده‌اند، در بیع عین معین معتقدند این تعهد هم زمان با انعقاد عقد

ساقط می‌گردد و در برخی از توجیهات عقد را ناقل ملکیت مبیع به خریدار می‌دانند^۴ (Weill and Terré, 1975, p.559).

۲-۱. ماهیت حق منتقل الیه در قرارداد تملیکی

در عقود تملیکی به محض اتمام ایجاب و قبول در دارایی منتقل الیه «حق عینی» (سنهوری، ۱۹۹۸م، ج ۴، ص ۴۲۶) و در عقود ناقله عین معین، این حق عینی «حق مالکیت» است (در ایران ماده ۳۳۸ق.م. و در فرانسه ماده ۵۸۳ق.م.ف). در قرارداد مربوط به حق انتفاع و ارتفاق نیز در دارایی منتقل الیه حق عینی پدید می‌آید. هر چند این حق عینی در مقایسه با حق مالکیت در درجه ضعیف‌تری قرار دارد. اکنون می‌توان این سؤال را مطرح نمود که حق منتقل الیه در انتقال حق در قرارداد تملیکی چگونه است؟ در مواردی که در قرارداد تملیکی مانند بیع عین معین، حق عینی مالکیت منتقل می‌گردد، در این موارد مشتری بر عین معین، حق عینی مالکیت داشته و می‌تواند حق عینی خود را که بر عین معین دارد، قبل از تسلیم مال به وی از طریق عقد «بیع» به دیگری انتقال دهد (سنهوری، ۱۹۹۸م، ج ۴، ص ۴۲۶). زیرا موضوع حق مشتری، «عین» بوده و عین می‌تواند با «بیع» به دیگری منتقل گردد. اما هر گاه در قرارداد تملیکی حق عینی دیگری جز مالکیت منتقل شود، مانند قرارداد ایجادکننده حق انتفاع که در دارایی ذینفع حق عینی است، ولی با توجه به اینکه حق مالکیت نیست، وی فقط باید بتواند در صورت مجاز بودن حق انتفاع خود را به دیگری با قراردادی مانند ماده ۱۰ق.م. «انتقال» دهد. اما ماهیت این انتقال دیگر نمی‌تواند «بیع» باشد، بلکه نوعی «واگذاری» است. در مواردی نیز که موضوع قرارداد تملیکی منفعت باشد، مستأجر می‌تواند با عقد اجاره منافع را منتقل نماید نه با بیع.

۳-۱. ضمانت

در قراردادهایی که موضوع آن انتقال حق عینی به دیگری است، مانند عقد بیع عین معین یا اجاره عین معین که موجد حق عینی و موجد تعهد بر تسلیم موضوع می‌باشد، نمی‌توان از بایع یا مؤجر در خصوص تعهد به تسلیم مبیع یا مورد اجاره عین معین ضمانت کرد. زیرا موضوع تعهد بایع و مؤجر، «عین معین» بوده و عین معین، نمی‌تواند

به ذمه ضامن منتقل شود. در دیگر عقود ناقل حق عینی که قبض شرط صحت است، موضوع ضمانت از تعهد ناقل به تسلیم موضوع عقد، منتفی است. زیرا قبل از قبض، عقدی نیست تا تعهدی به بار آید تا نوبت به ضمانت از آن رسد. بعد از قبض نیز عقد هست، اما دیگر تعهد به تسلیم وجود ندارد.

۴-۱. وفای به عهد

در این موارد، باید بین عقود ناقل عین و منفعت و حق قائل به تفکیک شد. در قرارداد ناقل عین مانند بیع عین معین، هنگام تسلیم موضوع قرارداد، بایع مال مشتری را که قبلاً در «زمان تشکیل عقد» و در اثر عقد به وی تملیک شده، به وی تسلیم می‌نماید و به عبارتی موضوع تعهد بایع، دادن مال متعلق به مشتری به خود اوست که مشمول ماده ۲۷۸ق.م. می‌شود (ماده ۲۷۸ق.م. به تبع از ماده ۱۲۴۵ق.م. ف ۱۸۰۴ و ماده ۵-۱۳۴۲ سال ۲۰۱۶). به همین دلیل در بیع عین معین، بایع نمی‌تواند میبعی جز همان میبع زمان قرارداد را به مشتری تسلیم کند (Malaurie and Aynes, 1998, p.202). در قراردادهای دیگر نیز که حق عینی انتقال می‌یابد و قبض شرط صحت است مانند حق انتفاع، مالک باید امکان بهره‌برداری از ملک را برای منتفع فراهم نماید که در این موارد مال خود را جهت انتفاع در اختیار ذینفع قرار می‌دهد. یا در عقد اجاره مؤجر منافع را با تسلیم عین متعلق به خود به مستأجر جهت بهره‌برداری تسلیم وی می‌نماید. همان‌گونه که در اجاره اشخاص در صورت اعتقاد به تملیکی بودن، مؤجر با انجام کار، منفعت تملیک شده را به صاحب کار تحویل می‌دهد.

۵-۱. حق تعقیب

در قراردادهای تملیکی ناقل عین مانند بیع عین معین، با عقد، حق عینی بایع به خریدار منتقل شده و از آثار حق عینی، حق تعقیب است (Malaurie and Aynes, 2007, p.92). که بر مبنای آن مشتری مال خود را هر جا دید، می‌تواند تصرف کند. یکی از موارد حق تعقیب، اختیار قبض موضوع عقد توسط مشتری است. طبق ماده ۳۷۴ق.م: «در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند میبعی را بدون اذن قبض کند».

۶-۱. ضمان درک

ضمان درک، در قراردادهای تملیکی با عین معین مانند مبیع عین معین، قابل تصور است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۲۶) و حکم ماده ۳۹۰ ق.م.مختص، بیع عین معین یا در حکم معین است و در کلی ما فی الذمه راه ندارد. در قراردادهای دیگر تملیکی مانند قرارداد واگذاری حق انتفاع نیز در صورتی که شخصی حق انتفاع ملک خود را به دیگری واگذار نموده و در ازای آن مبلغی دریافت دارد و موضوع حق انتفاع مستحق للغیر در آید، باید مبلغ گرفته شده را مسترد دارد. همچنان که اگر مورد اجاره عین معین مستحق للغیر در آید، مؤجر باید اجاره بهاء را به مستأجر مسترد دارد. در حقوق فرانسه نیز فروش مال غیر به استناد ماده ۱۵۹۹ باطل است که به زعم دکتربین حکم ماده در بیع ناقل مالکیت یعنی عین معین بوده و در کلی جاری نیست (Malaurie and Aynes, 2007, p.92).

۷-۱. ماهیت وفای به عهد

در حقوق ایران ماهیت وفای به عهد را واقعه‌ای حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۳۴۵) و در فرانسه برخی واقعه حقوقی و برخی عمل حقوقی از نوع عقد (Weill and Terré, 1975, p.1015) و برخی نیز ایقاع (Benabant, 2007, p.555) و برخی نیز امروزه با توجه به ماهیت پرداخت‌های الکترونیکی متفاوت می‌دانند (Malaurie; Aynes and Stoffel-Munck, 2007, p.596). اما به نظر می‌رسد ماهیت در عقود عهدی و تملیکی، واحد نیست. به عنوان مثال در بیع عین معین، ماهیت «وفای به عهد» از یک منظر نوعی «عمل مادی» است (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۴). در فرانسه نیز این نظر قابل مشاهده است^۵ (Fabre-Magnan, 1996, p.85). زیرا در بیع عین معین، متعهد یعنی بایع در مقام وفای به عهد، مبیع عین معینی را که قبلاً به محض اتمام ایجاب و قبول به ملکیت مشتری در آورده، در زمان وفای به عهد به وی تسلیم می‌کند. همچنین در عقد اجاره عین معین، تعهد مؤجر به تسلیم عین مستأجره، عملی مادی است که با این تصور نیاز به قصد انشاء ندارد. زیرا مؤجر در لحظه عقد منافع را تملیک کرده و در زمان تسلیم عین مستأجره نیازی به قصد انشاء نمی‌باشد. در قراردادهای دیگر ناقل حق عینی که قبض

شرط صحت است، به نظر می‌رسد قبض تعهد جداگانه‌ای نبوده که صحبت از وفای به عهد باشد و موضوع منتفی است.

۸-۱. وفای به عهد توسط غیر

نهاد «ایفاء دین از ناحیه ثالث» (ماده ۲۶۷ ق.م)، در عقود تملیکی مانند بیع عین معین منتفی بوده و ثالث نمی‌تواند مبیع عین معین را به مشتری بدهد. اگر هم ثالث، مبیع را بدون اذن بایع تحویل مشتری دهد، نمی‌توان این عمل را «ایفاء تعهد» نامید، هر چند نوعی «سقوط تعهد» می‌باشد و بدیهی است که بین «ایفاء تعهد» و «سقوط تعهد» تفاوت وجود دارد. این حکم به نظر می‌رسد در دیگر عقود تملیکی ناقل عین نیز مصداق دارد. در حقوق فرانسه نیز مانند فرض مزبور که متعهدله در اجرای تعهد توسط خود متعهدله ذینفع است، شخص ثالث نمی‌تواند به جای او وفای به عهد کند (Carbillac, 2008, p.307 et; Starck, 1972, p.719).

۹-۱. وجود موضوع در زمان قرارداد

در عقود تملیکی مانند بیع عین معین، لازم است تا مبیع در لحظه عقد که لحظه انتقال مالکیت است، وجود داشته باشد و الا عقد، «باطل» است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۰۵). (ماده ۳۶۱ ق.م) در حقوق فرانسه در قرارداد ناقل وجود موضوع ضروری است. (Malaurie; Aynes and Stoffel-Munck, 2007, p.306) در دیگر قراردادهای تملیکی ناقل حق عینی نیز مانند اجاره عین معین، همین حکم جاری است. همچنان که در انتقال طلب یا انتقال هر حقی وجود طلب یا حق در لحظه انعقاد قرارداد لازم است. در حقوق فرانسه، فقدان موضوع، بطلان قرارداد را به دنبال دارد (Terré, Simler,) (Lequette, 2005, p.280).

۱۰-۱. تلف موضوع قبل از قبض

حکم تلف مبیع قبل از قبض، مختص مبیع عین معین است (حائری، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۲۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۱). (ماده ۳۸۷ ق.م) و در مبیع کلی مافی الذمه، قابل تصور نمی‌باشد. در قراردادهای دیگر ناقل حق عینی نیز گاهی همین حکم جاری

است؛ در اجاره عین معین اگر مستأجر اجاره بهای کل زمان عقد را پرداخته و قبل از تسلیم مورد اجاره به وی، عین مستأجره تلف شود به نظر می‌رسد همین حکم جاری باشد. (ماده ۴۹۶ ق.م) در فرانسه اجاره عهدی بوده و در صورت تلف موضوع اجاره مستأجر از تعهد به پرداخت اجاره بهاء معاف شده و گویا تلف بر عهده مؤجر است^۶ (Delebecque and Jérôme pansier, 2016, p.349). در قراردادهای تملیکی که قبض شرط صحت است به نظر می‌رسد بحث تلف موضوع قبل از قبض، منتفی است. زیرا با تلف موضوع قبل از قبض عقد محقق نمی‌گردد. در حقوق فرانسه بیع عین معین تملیکی بوده (Carbonnier and T. 4, 1998, p.336) و تلف موضوع قرارداد به گونه‌ای تفسیر شده که در عقود تملیکی مانند بیع عین معین با انتقال مالکیت، گویا ریسک تلف نیز به مشتری منتقل می‌گردد (Weill and Terré, 1975, p.561). در حقوق ایران به نظر عده‌ای ماده ۳۸۷ ق.م. موافق قواعد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۸۸) اما به نظر برخی مخالف قاعده تملیکی بودن عقد بیع (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۶۷؛ آل بحر العلوم، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۱۵۰) و مخالف قاعده توجه سود و زیان ناشی از مال به مالک و ملازمه بین سود و زیان مال می‌باشد (قاعده من له الغنم فعلیه الغرم) (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۰۴؛ شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۳۴۴). آنچه در مقام داوری بین نظرات فوق قابل طرح و بحث می‌باشد، این است که به نظر می‌رسد باید بین عقود عهدی و عقود تملیکی قایل به تفکیک شد که در این قسمت قراردادهای تملیکی مورد بحث قرار می‌گیرد.

از نظر تحلیلی اصولاً عقد تملیکی، لازم است مانند عقد بیع با موضوع عین معین (ماده ۳۳۸ ق.م) که گذشته از ایجاد حق عینی برای مشتری، موجب حق دینی نیز بوده و با بیع متعهد خواهد شد تا مبیع را تسلیم کند. مقتضای قاعده همبستگی بین عوضین این است که در صورت تلف موضوع عقد قبل از تسلیم، مدیون آن تعهد یعنی با بیع، ضمان معاوضی را تحمل نماید (ماده ۳۸۷ ق.م. و ماده ۴۳۷ ق.م. مصر) (سنه‌وری، ۱۹۹۸ م. د، ص ۶۰۶). با اینکه عقد بیع، تملیکی است. (سنه‌وری، ۱۹۹۸ م. د، ص ۶۱۱؛ ۱۹۹۸ م. ج، ص ۸۲۱). اما نکته قابل تأمل اینکه در عقود تملیکی با تحقق عقد، موضوع عقد به ملکیت طرف مقابل در می‌آید و با توجه به اینکه «تلف هر مال بر عهده مالک آن است» (Res Perit domino) و نیز قاعده من له الغنم فعلیه الغرم، قاعده باید این باشد که خطر

تلف مال در عقود تملیکی بر عهده مالک یعنی منتقل الیه قرار گیرد و به عبارتی باید بر عهده متعهدله باشد نه متعهد تعهدی که موضوع آن تلف شده. همان گونه که در فرانسه ریسک تلف در بیع عین معین بر عهده مشتری است. در حالی که ماده ۳۸۷ق.م. خلاف این بوده و به همین دلیل به زعم عده‌ای خلاف قواعد است.^۷

۱۱-۱. اثر مطالبه در عقود تملیکی

در عقود تملیکی مانند بیع عین معین، اثر اصلی عقد، انتقال حق مالکیت بوده و تعهد به تسلیم مبیع در این عقود، تعهدی فرعی و تبعی است. همچنین ضمان معاوضی یا خطر تلف مبیع بر دوش مدیون این تعهد یعنی بایع است (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۱۳؛ علامه حلّی، بی تا.الف، ج ۱، ص ۵۸۹). بنابراین ماده ۳۸۷ق.م. موافق با مقتضای اصل همبستگی بین عوضین است (سنه‌وری، ۱۹۹۸م. د، ص ۶۱۲)، هر چند چنین حکمی مخالف قاعده تملیکی بودن عقد بیع است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۷۷). در حقوق ایران در خصوص اثر مطالبه مشتری از بایع در چنین وضعیتی تصریحی به عمل نیامده اما به نظر می‌رسد اثر مطالبه در عقود تملیکی ناقل عین خواه بیع و خواه دیگر عقود این است که از تحقق «ضمان معاوضی» جلوگیری نموده و زمینه را برای «ضمان قهری» یا «مسئولیت مدنی» فراهم نموده و این ضمان قهری یا مسئولیت را بر عهده بایع، بار می‌نماید.^۸

به عبارتی ید بایع پس از بیع و قبل از تسلیم، امانی است. زیرا اگر ید وی ضمانتی می‌بود، بایع باید ضمان قهری یا بدلی می‌داشت و در صورتی که مال تلف می‌شد باید «بدل اعم از مثل یا قیمت» را به مشتری می‌داد (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۱۳). در حالی که طبق ماده ۳۸۷ق.م. اگر مبیع بدون اهمال بایع تلف شود، بایع فقط «ضمان معاوضی» دارد و فقط باید «ثمن» را به مشتری مسترد دارد نه «مثل یا قیمت» مال را. به همین دلیل وجود ضمان معاوضی بر عهده بایع، خود دلیل امانی بودن ید بایع پس از بیع و قبل از تسلیم می‌باشد. در این فرض با مطالبه مشتری از بایع برای تسلیم و تأخیر بایع در تسلیم مبیع به مشتری، بایع در وضعیت تأخیر قرار می‌گیرد و ید او ضمانتی شده و مسئول هر تلف یا نقصانی خواهد بود، گرچه مستند به فعل بایع نباشد (مستفاد از مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ق.م.) (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۱۵۶). بنابراین پس از مطالبه و امتناع وی از تسلیم با امکان تسلیم، ید او در حکم ید غاصبانه است و در صورت تلف، ملزم به

رد مثل یا قیمت می باشد و این یعنی تبدیل ضمان معاوضی به ضمان قهری^۹ (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۴). در حقوق فرانسه نیز با مطالبه، ریسک تلف به طرف مقابل منتقل می شود. (Delebecque and Jérôme pansier, 2016, p.349) در عقود تملیکی دیگر مانند اجاره عین معین نیز که قبض شرط صحت نیست، همین وضعیت حاکم بوده و پس از عقد اجاره، مستأجر مالک منافع عین شده و در صورت تلف قبل از قبض، عقد منفسخ شده و مؤجر باید اجاره بهاء را به مستأجر مسترد دارد. اما در صورتی که مستأجر بعد از عقد از مؤجر تسلیم مورد اجاره را مطالبه کرده باشد و مؤجر با قدرت بر تسلیم از تحویل امتناع نموده باشد، به نظر می رسد بهتر است گفته شود که عقد منفسخ نشده و اثر این مطالبه باید این باشد که مؤجر باید بدل منافع تلف شده را به مستأجر بپردازد نه اجاره بهاء را. اما در عقود تملیکی دیگر مانند قرارداد واگذاری حق انتفاع عین معین که قبض شرط صحت است، تلف موضوع قبل از قبض موجب تسری حکم ضمان معاوضی نبوده و در این موارد عقد تشکیل نشده و اگر مالک عین، عوض را قبلاً گرفته باشد، با توجه به قاعده ید ضمانی باید بدل را به پرداخت کننده بدهد.

۲. عقود عهدهی

۲-۱. تعریف

گاهی «اثر مستقیم» عقد، ایجاد تعهد یا سقوط یا انتقال تعهد می باشد که به این گونه عقود، عقد عهدهی گویند. مانند وکالت، ودیعه، عاریه و به تعبیری بیع مال کلی. در این عقود، حتی اگر علت غایی عقد، انتقال مالی باشد به صرف عقد چنین غایتی صورت نمی پذیرد و عمل حقوقی دیگری لازم است. مانند بیع عین کلی مافی الذمه که گرچه هدف غایی قرارداد انتقال مالکیت مبیع می باشد، اما عقد موجب این انتقال نبوده و با تسلیم مبیع انتقال رخ می دهد (سنهوری، ۱۹۹۸م، ج ۴، ص ۴۲۸). در اجاره کلی نیز تملیک با عقد نبوده و منوط به تسلیم مورد اجاره است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۵۱).

۲-۲. ماهیت حق متعهدله در قرارداد عهدهی

در عقد عهدهی، با اتمام ایجاب و قبول، در دارایی متعهدله «حق» ایجاد می شود، اما این

حق «حق دینی» است نه حق عینی یا مالکیت. به عنوان مثال در بیع مال کلی، بایع، متعهد می‌شود مصداقی از مبیع کلی را تهیه و به مشتری تحویل دهد (ماده ۲۷۹ ق.م). در این موارد، مبیع در لحظه عقد کلی بوده و وجود خارجی ندارد و به همین دلیل علی‌رغم برخی از نظرات مخالف که معتقدند بیع کلی ما فی‌الذمه نیز تملیکی است (حسینی حائری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص ۵۲). بهتر است قائل به این امر شد که مبیع به مالکیت مشتری در نیامده است. البته این به این معنا نیست که در دارایی مشتری حقی نیست. بلکه در دارایی مشتری حق دینی از نوع «طلب» به وجود آمده و در نتیجه مشتری قادر بر برخی از تصرفات در آن است.^{۱۰} در حقوق فرانسه نیز در بیع کلی ما فی‌الذمه مالکیت مشتری تا زمان تحویل به تعویق افتاده و در دارایی منتقل‌الیه «حق دینی» پدید آمده است (Malaurie and Aynes, 1998, p. 150).

اکنون می‌توان این سؤال را مطرح نمود که حق متعهدله در انتقال حق در قرارداد عهدی چگونه است؟ در قراردادهای عهدی متعهدله می‌تواند حق مالی خود یعنی طلب خود را به دیگری انتقال دهد. زیرا طلب نیز مال است (Fabre-Magan, T1, 2008, p.2). در حقوق فرانسه نیز متعهد له می‌تواند در قالب «انتقال طلب»^{۱۱} حق خود را به دیگری منتقل نماید. البته در ماده ۱۶۹۲ق.م. ف ۱۸۰۴ نوعی «بیع طلب»^{۱۲} پیش‌بینی شده بود که (Benabant, 2007, p.518) ظاهراً در اصلاحات ۲۰۱۶ حذف گردیده است. به نظر می‌رسد در بیع عین کلی مشتری می‌تواند قبل از تسلیم مال به وی، حقی را که بر ذمه بایع دارد به دیگری از طریق «حواله» یا «انتقال طلب» یا «صلح» منتقل کند. اما بهتر است به این نظر قائل شویم که وی نمی‌تواند آن را با «بیع» منتقل کند. زیرا حق مالی مشتری نوعی «حق» یا «طلب» یک مال کلی است نه «عین» یک مال و بدیهی است که موضوع «بیع» باید «عین» باشد خواه عین معین و یا عین کلی. در حالی که در بیع عین معین، قبل از تسلیم مال به مشتری، مشتری می‌تواند مبیع را که با عقد مالک شده است، به دیگری با «بیع» منتقل نماید.

۲-۳. ضمانت

در قراردادهای عهدی اگر انجام تعهد به قید مباشرت نباشد، دیگری می‌تواند از متعهد ضمانت نماید. به عنوان مثال بر خلاف بیع عین معین، در بیع عین کلی در خصوص

تعهد بایع می‌توان گفت که شخص دیگری نیز می‌تواند از بایع ضمانت کند و تعهد بایع به تهیه مال کلی، به ذمه ضامن منتقل می‌گردد.

۲-۴. وفای به عهد

در قراردادهای عهدی ناقل مانند بیع عین کلی، هنگام تسلیم، یعنی وفای به عهد، بایع مال متعلق به «خود» را در مقام وفای به عهد به مشتری، تسلیم می‌نماید و به عبارتی موضوع تعهد بایع، دادن مال متعلق به خود، به مشتری است که مشمول ماده ۲۶۹ ق.م. می‌شود (ماده ۲۶۹ ق.م. به تبع از ماده ۱۲۳۸ ق.م. ف ۱۸۰۴). طبیعی است نمی‌توان تصور کرد که بایع لحظه عقد، مبیع کلی را تملیک کرده و دوباره لحظه تسلیم، خود، مالک آن باشد. (ماده ۱۲۳۸ که در مورد تعهد به انتقال^{۱۳} بوده (Marty; Raynaud and Jestaz, 1989, p.180) در اصلاحات ۲۰۱۶ حذف گردیده). در حالی که وفای به عهد در بیع عین معین، مشمول ماده ۲۷۸ ق.م. می‌شود و بایع، عین معینی را با عقد بیع به «مشتری» تملیک کرده، و به عبارتی مال «مشتری» را به وی تسلیم می‌کند. در حقوق فرانسه نیز در موردی که موضوع تعهد عین معینی است، ماده ۱۲۴۵ ق.م. ف ۱۸۰۴ پیش‌بینی کرده بود که با تسلیم موضوع به منتقل الیه متعهد، بری می‌گردد (Marty; Raynaud and Jestaz, 1989, p.182) که در سال ۲۰۱۶ تبدیل به ماده ۵-۱۳۴۲ شده است. در عقود عهدی دیگر که ناقل نمی‌باشد مانند تعهد وکیل در مقابل موکل، وکیل با انجام کار موضوع عقد وکالت به تعهد خود وفا می‌کند.

۲-۵. حق تعقیب

در حق عینی، حق تعقیب وجود دارد، اما در حق دینی مانند قراردادهای عهدی، تصور حق تعقیب، غیرممکن است (Flour; Aubert and Savaux, T1. 2008, p.7). به عنوان مثال در بیع عین کلی، با توجه به اینکه مبیع، عین کلی می‌باشد، عقد تملیکی نبوده و فقط ایجاد تعهد می‌نماید و به عبارتی حق دینی ایجاد می‌شود و بدیهی است که در حق دینی، حق تعقیب وجود ندارد تا مشتری مال خود را هر جا دید بتواند تصرف کند. به همین دلیل ماده ۳۷۴ ق.م. شامل مبیع کلی مافی‌الذمه نبوده و این ماده قانونی مختص مبیع عین معین می‌باشد. در حقوق فرانسه نیز تصور حق تعقیب در حقوق دینی غیرممکن است (Malaurie and Aynes, 2007, p.92).

۲-۶. ضمان درک

در قراردادهای عهدی تصور ضمان درک، چندان آسان نمی‌باشد. در قراردادهای انجام کار تصور مستحق للغير درآمدن موضوع انجام کار و در بیع کلی مافی‌الذمه نیز حکم ضمان درک (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۲۶) راه ندارد. در حقوق فرانسه نیز فروش مال غیر به استناد ماده ۱۵۹۹ باطل است که به زعم دکترین حکم ماده در بیع با مبیع کلی جاری نیست (Malaurie and Aynes, 2007, p.92). با وجود این در «تعهد عینی» که انجام تعهد باید از محل خاصی انجام شود، تصور ضمان درک دور از ذهن نیست. به عنوان مثال اگر شخصی زمینی را با بیع‌نامه منتقل نموده و فقط با قولنامه نسبت به دیگری تعهد کند که در آینده آن را به وی منتقل کند و ثمن را دریافت دارد و سپس معلوم گردد که موضوع تعهد متعلق به دیگری است، متعهد باید ثمن گرفته شده را به متعهدله مسترد دارد. در این مورد قولنامه فقط عقد عهدی است و متعهدی که ثمن را دریافت کرده باید مسترد دارد.

۲-۷. ماهیت وفای به عهد

ماهیت وفای به عهد را برخی واقعه حقوقی و برخی عمل حقوقی (Weill and Terré, 1975, p.1015) و برخی با پرداخت‌های الکترونیکی این ماهیت را متفاوت توجیه کرده‌اند (Malaurie; Aynes and Stoffel-Munck, 2007, p.596) اما از نظر تحلیلی، ماهیت وفای به عهد در عقود عهدی محل تأمل است. چنانچه در فرانسه برخی آن را اجتماع دو ایقاع^{۱۴} دانسته‌اند (Benabant, 2007, p.555) در عقد تملیکی ناقل که قبض شرط صحت نمی‌باشد مانند بیع عین معین، ماهیت وفای به عهد، نوعی «عمل مادی» است، اما در بیع عین کلی مافی‌الذمه، ماهیت آن نوعی «عمل حقوقی» است، زیرا متضمن تملیک می‌باشد^{۱۵} (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۳).

۲-۸. وفای به عهد توسط غیرمدیون

در فرانسه وفای به عهد توسط ثالث به عنوان یک اصل بوده (Malaurie; Aynes and Stoffel-Munck, 2007, p.597) و در قراردادهای عهدی که موضوع تعهد انتقال مال کلی است، ثالث نیز می‌تواند طبق ماده ۲۶۷ق.م. ایفاء تعهد نماید. اما اگر موضوع

قرارداد عهدی، انتقال مال معین باشد مانند قولنامه فروش زمینی معین، شخص ثالث نمی‌تواند به تعهد عمل نماید. اما در دیگر قراردادهای عهدی که موضوع آن انجام کاری است مانند تعهدات وکیل در صورتی که قید مباشرت نشده باشد، ثالث می‌تواند به تعهد عمل نماید.

۲-۹. وجود موضوع در زمان قرارداد

در عقد عهدی ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا لازم است موضوع وجود داشته باشد یا نه. در پاسخ به این سؤال باید بین عقود عهدی ناقله و غیرناقله قائل به تفکیک شد. در عقد عهدی ناقله مانند بیع کلی مافی‌الذمه، لازم نیست تا مبیع در لحظه عقد، وجود داشته باشد و به همین دلیل ماده ۳۶۱ ق.م. فقط در مورد عین معین است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۱). ماده ۳۶۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است». اما در عقود عهدی غیرناقله در مواردی موضوع عقد باید در لحظه قرارداد وجود داشته باشد. به عنوان مثال اگر شخصی به دیگری وکالت دهد تا اتومبیل معین وی را به نقاشی دهد تا رنگ‌آمیزی کند و در لحظه انعقاد وکالت اتومبیل تلف شده باشد، چاره‌ای جز حکم به بطلان عقد وکالت نیست. در حقوق فرانسه نیز تعهدی صحیح است که موضوعی داشته باشد (Terré Simler and Lequette, 2005, p.279). بدیهی است وجود موضوع در زمان تشکیل قرارداد لازم است (Malaurie; Aynes and Stoffel-Munck, 2007, p.306). اما اگر موضوع وکالت فروش منزلی باشد که در آینده ساخته می‌شود، وجود منزل در حال حاضر شرط نیست.

۲-۱۰. تلف موضوع قبل از انجام

در قراردادهای عهدی می‌توان تصور نمود که موضوع تعهد قبل از انجام تلف شود یا انجام تعهد غیرممکن شود. مانند فرضی که موضوع وکالت قبل از انجام، تلف شود یا انجام موضوع وکالت غیرممکن گردد. با وجود این، تصور تلف مبیع قبل از قبض (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۱) در بیع کلی مافی‌الذمه غیرممکن است و فقط تعذر وفای به عهد قابل تصور است. در مواردی ممکن است

موضوع عقد عهدی در لحظه قرارداد قابل اجرا باشد، اما در زمان اجرای تعهد، غیر قابل اجرا شود که چند حالت قابل تصور است:

حالت اول اینکه عقد عهدی غیرناقله باشد که چند صورت قابل تصور است. صورت اول عقد عهدی غیرناقله این است که موضوع تعهد متعهد، رد عین به مالک آن باشد مانند عقد ودیعه که عقد عهدی غیرناقله است و امین متعهد به رد مال مورد ودیعه به مالک آن است. در این فرض، اگر تلف در اثر حادثه خارجی بوده و نه مالک، رد عین را مطالبه نموده و نه متعهد تقصیر نموده باشد، در این صورت در حدود ماده ۲۷۸ ق.م. و با توجه به مواد ۱۳۵۰ و ۱۳۵۰-۱ ق.م.ف تعهد، ساقط می‌شود. اگر هم متعهد، مرتکب تعدی و تفریط شده باشد، یا متعهدله تسلیم مال را مطالبه نموده باشد و با امکان رد، متعهد از تحویل مال خودداری کرده باشد، ید وی ضمانی شده و، دارای ضمانی گسترده خواهد بود. صورت دوم عقد عهدی غیرناقله این است که انجام کاری بر عهده متعهد قرار گرفته است. مانند اینکه نوازنده چیره دستی تعهد کرده تا در مقابل دستمزد معینی در زمان معینی در گروه کنسرتی نوازندگی کند و بر اثر تصادف دست وی قطع شود و انجام تعهد، ممکن نباشد، که چاره‌ای جز حکم به سقوط تعهدات و انفساخ قرارداد نیست.

حالت دوم فرضی است که عقد عهدی ناقله بوده و موضوع تعهد رد عین متعلق به مالک نباشد، بلکه موضوع آن تسلیم مال کلی باشد که قبلاً بایع تعهد کرده است تا مصداقی از آن را به مشتری بدهد مانند تعهد بایع به تسلیم یک تن گندم در عقد بیع کلی، که در صورت «غیر ممکن شدن وفای به عهد یا تعذر دائمی تسلیم»، اصولاً عقد منفسخ می‌شود. طبیعی است در بیع عین کلی با توجه به اینکه در لحظه بیع، مالکیت به مشتری منتقل نشده و در هنگام وفای به عهد یعنی تسلیم مال به مشتری است که مالکیت منتقل می‌گردد، تصور «تلف» مال قبل از تسلیم و یا «اتلاف» آن توسط بایع یا مشتری به نحوی که در مبیع عین معین قابل تصور بود، ممکن نمی‌باشد. بلکه فقط می‌توان تصور نمود که وفای به عهد یعنی اجرای تعهدات ناشی از قرارداد «غیرممکن یا متعذر» شود.

با این مقدمه می‌توان چنین تحلیل نمود که در عقود عهدی دو جانبه، همبستگی بین

تعهدات متقابل، اقتضا دارد تا خطر تلف یا ضمان معاوضی بر عهده متعهدی باشد که نتوانسته به عهد خویش وفا کند، و وی نتیجه را تحمل کند (سنهوری، ۱۹۹۸م.الف، ج ۲، ص ۷۰۰ و ۷۰۴). به همین جهت ماده ۵۶۷ق.م. مقرر می‌دارد: «عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد». به همین دلیل اگر نقاشی ضمن قراردادی در روز شنبه تعهد کرده باشد تا دیواری را در روز چهارشنبه به مبلغ یک میلیون ریال رنگ‌آمیزی کند و دیوار بر اثر وزش باد سقوط کرده و امکان وفای به عهد برای نقاش نباشد، نقاش حق گرفتن اجرت مزبور را نداشته و اگر قبلاً أخذ کرده باشد، باید به طرف مقابل مسترد دارد. به همین دلیل در اینجا ضمان معاوضی بر دوش متعهدی است که نتوانسته به عهد خود وفا کند. همچنین در بیع عین کلی مافی‌الذمه مانند فروش یک تن گندم به مبلغ ده میلیون ریال، اگر اجرای تعهد غیرممکن یا متعذر شود مانند فرضی که به عنوان مثال خرید و فروش گندم ممنوع شود و بایع نتواند به عهد خود وفا کند، خطر را متعهد یعنی بایعی تحمل می‌کند که نمی‌تواند به عهد خود وفاء کند. در نتیجه بایع نمی‌تواند ثمن را أخذ کند و اگر هم قبلاً ثمن را گرفته باشد باید مسترد دارد. در فرانسه نیز در عقود عهدی ریسک را متعهد تحمل می‌نماید (Delebecque and Jérôme pansier, 2016, p.349).

اما در عقود عهدی که فقط یک تعهد بر عهده یکی از طرفین می‌باشد، تحمل خطر بر عهده متعهدله است (سنهوری، ۱۹۹۸م.الف، ج ۲، ص ۷۰۰). به عنوان مثال اگر کسی طبق ماده ۱۰ق.م. در برابر دیگری تعهد نماید که در آینده منزل خویش را به وی به وسیله عقدی منتقل نماید و شخص مقابل بدون التزام به تعهدی این قرارداد را قبول کند و بر اثر زلزله آن خانه ویران شود، در واقع متعهدله چنین عقد عهدی، خطر تلف را تحمل می‌کند. زیرا متعهد چنین عقدی از وفای به عهد و انتقال منزل بری می‌شود و این متعهدله است که از بهره‌برداری از وفای به چنین تعهدی که به سود او شده، محروم می‌گردد (سنهوری، ۱۹۹۸م.الف، ج ۲، ص ۱۳۲). همچنان که اگر نقاشی تعهد می‌کرد تا دیواری را مجانی رنگ‌آمیزی کند و دیوار قبل از انجام تعهد ساقط می‌شد، تحمل خطر بر عهده متعهدله می‌بود. زیرا متعهدله از بهره‌برداری از اجرای چنین تعهدی محروم می‌شود.

۲-۱۱. اثر مطالبه در عقود عهده

عقد در صورتی که عهده باشد، برای بررسی مطالبه چند حالت می‌توان تصور کرد. حالت اول اینکه عقد عهده غیرناقله باشد که به چند صورت قابل تصور است. صورت اول عقد عهده غیرناقله این است که موضوع تعهد متعهد، رد عین به مالک آن باشد مانند عقد ودیعه که امین متعهد به رد مال مورد ودیعه به مالک آن است. به عبارتی متعهد این عقود، گاه ملزم به رد عین مال متعلق به مالک آن است که مصداق آن تعهد امین به رد عین ودیعه است که، اثر مطالبه این است که زمان انجام تعهد را مشخص می‌نماید و نه تنها مبدأ شروع خسارت تأخیر در انجام تعهد قرار می‌گیرد، بلکه ید امانی متصرف را در صورت عدم رد، با امکان رد، به ید ضمانی تبدیل می‌نماید (سنهوری، ۱۹۹۸م.ب، ص ۷۸۷؛ علامه حلی، بی‌تاب، ج ۱، ص ۱۹۰)، (ماده ۲۷۸ق.م. و ماده ۶۳۱ق.م.).

صورت دوم عقد عهده غیرناقله این است که انجام کاری بر عهده متعهد قرار گرفته. مانند اینکه نوازنده چیره دستی تعهد کرده باشد تا در مقابل دستمزد معینی در گروه کنسرتی نوازندگی کند یا مانند قراردادی که طبق ماده ۱۰ق.م. بین دو نفر منعقد می‌شود که یکی از ایشان تعهد می‌نماید خانه‌ای را در برابر دستمزد معینی که دیگری متعهد به پرداخت آن می‌شود، طبق نقشه معینی برای او بنا نماید که در صورتی که اختیار موقع انجام تعهد با متعهدله بوده باشد، با مطالبه توسط متعهدله، متعهد در وضعیت تأخیر و استنکاف از اجرای تعهد قرار می‌گیرد و مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر در انجام تعهد پیدا می‌نماید. اما اگر زمان انجام تعهد مشخص باشد که طبق ماده ۲۲۶ق.م. نیازی به مطالبه نمی‌باشد و به صرف انقضاء زمان متعهد در حالت تأخیر قرار می‌گیرد. در این حالت که موضوع تعهد، فقط انجام کاری است، فرض بر این است که مالی از اموال متعهدله در اختیار متعهد نیست و به همین دلیل استیلائی وجود نداشته و بحث اثر مطالبه در تبدیل ید امانی به ضمانی منتفی است.

حالت دوم فرضی است که عقد عهده ناقله بوده و موضوع تعهد رد عین متعلق به مالک نباشد، بلکه موضوع آن تسلیم مال کلی باشد که قبلاً بایع تعهد کرده است تا مصداقی از آن را به مشتری بدهد مانند تعهد بایع به تسلیم یک تن گندم در عقد بیع

کلی، که اگر زمان انجام تعهد مشخص باشد، با انقضاء اجل متعهد در حالت تأخیر قرار گرفته و طبق ماده ۲۲۶ ق.م. بدون نیاز به مطالبه متعهد مسئول جبران خسارت قرار می‌گیرد. اما اگر زمان انجام تعهد به دست متعهدله باشد، مطالبه لازم بوده و با مطالبه متعهدله، متعهد در حالت تأخیر قرار گرفته و مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از تأخیر خواهد داشت. در این حالت نیز مالی از اموال متعهدله در اختیار متعهد نیست و به همین دلیل بحث اثر مطالبه در تبدیل ید امانی به ضمانی مطرح نخواهد شد.

نتیجه‌گیری

یکی از تقسیم‌بندی‌های مرسوم در کتب حقوق مدنی ایران، تقسیم قراردادهای تملیکی و عهدی است. با وجود این در حقوق ما این نکته مطرح می‌شود که همه عقود ناقله از منظر فقه عقد تملیکی است و این گفته نیز در بین حقوقدانان رایج است که همه عقود در فرانسه عهدی است و گفته می‌شود عقد تملیکی به مفهومی که در فقه و حقوق ایران وجود دارد، در نظام حقوقی فرانسه شناخته شده نیست. در نتیجه اگر این نظرات پذیرفته شود تقسیم قراردادهای عهدی و تملیکی از یک منظر نه در حقوق ایران لازم است و نه در حقوق فرانسه. از این منظر همه قراردادهای ناقله در نظام حقوقی فرانسه، عهدی و در نظام حقوقی ایران، تملیکی است. اما به نظر می‌رسد تقسیم‌بندی مزبور هر چند ممکن است دارای نواقصی باشد، اما برخی از قراردادهای ایران و فرانسه را پوشش می‌دهد. می‌توان نشانه‌هایی از ضرورت تقسیم قراردادهای تملیکی و عهدی را در وجود تقسیم موضوع قراردادهای عهدی، کلی در معین و کلی مافی‌الذمه مشاهده نمود. نگاهی گذرا به قوانین مدنی ایران و فرانسه نشان از تفکیک عین معین و کلی مافی‌الذمه است. گویا در ذهن قانونگذار این اندیشه موج می‌زده که اگر در عقود ناقله، موضوع بر حسب مورد معین یا کلی در معین یا کلی مافی‌الذمه باشد، قرارداد می‌تواند به عهدی یا تملیکی توصیف شود. در حقوق فرانسه دکتترین با تفکیک قراردادهای ناقله مالکیت و قراردادهایی که چنین اثری ندارند و نیز با تفکیک بین عین معین و عین کلی به تکمیل قانون مدنی این کشور پرداخته بودند و در اصلاحات ۲۰۱۶ نیز عقود ناقل ملکیت مطرح شده و حقوق فرانسه به تکامل خود ادامه داده است. در حقوق ایران نیز برخی از عقود تملیکی است و تردیدی نیست و صرف‌نظر از بیع کلی

که ممکن است به شیوه‌های متفاوت توجیه شود، برخی از عقود متضمن نقل حقی نبوده و صرفاً موجب تعهداتی بر ذمه طرفین است مانند عقد ودیعه که در این عقد نه مالکیتی بر عین است و نه بر ذمه اما در عین حال عهدی است. به همین دلیل در حقوق ایران به نظر می‌رسد این تقسیم‌بندی لازم بوده و دکت‌ترین می‌تواند تا زمان تدوین مقرراتی با تفسیر صحیح از قانون مدنی که بین عین معین و کلی قائل به تفکیک شده، رویه قضایی را در به کار بردن مواد قانونی در مجرای صحیح خود یاری نماید.

یادداشت‌ها

1. Remarquons que la distinction ainsi proposée entre les objets possibles des contrats - créer des obligations ou transférer la propriété.
2. Nous allons en effet essayer de montrer qu'en droit français, le transfert de propriété est un effet légal de certains contrats et qu'il ne peut être l'objet de l'obligation de l'une des parties.
3. Alors que le droit français voit dans la vente un contrat translatif de propriété, le droit allemand, fidèle au droit romain, n'y voit qu'une promesse de livrer, la tradition et non pas le contrat lui-même étant la source du transfert de propriété.
۵. به نظر این عده در بیع کلی تا زمان تسلیم مبیع، مالکیتی منتقل نشده و عقد ناقل مالکیت نبوده و با اجرای تعهدات یعنی تسلیم مبیع مالکیت منتقل می‌شود (Weill and Terré, 1975, p.562). اما در عین معین عقد را ناقل می‌دانند (Fabre-Magnan, 1996, p.85). با وجود این، تملیکی بودن عقود به این معنا نیست که هیچ تعهدی در قرارداد به وجود نمی‌آید. بلکه در عقود تملیکی نیز مانند بیع عین معین، «تعهدات فرعی» فراوانی می‌تواند بر ذمه طرفین به وجود آید. به عنوان مثال طبق بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. بایع متعهد می‌شود تا مبیع را که متعلق به مشتری شده، به وی تسلیم نماید. در حقوق فرانسه نیز در بیع عین معین به محض انعقاد قرارداد مشتری مالک مبیع می‌گردد هر چند هنوز به وی تسلیم نشده (Delebecque and Jérôme pansier, 2016, p.349). البته هر قراردادی که با حق عینی سروکار دارد، لزوماً تملیکی نیست. مانند رهن که در واقع «قرارداد موجب حق عینی تبعی» است. همچنان که در مواردی موضوع عقد عهدی عین معین است. مانند قولنامه که در آن یکی از طرفین تعهد می‌کند تا مال معینی را به طرف مقابل انتقال دهد.
5. Le débiteur n'est donc jamais directement obligé de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété ; il peut simplement être obligé de faire des actes matériels.
۶. در عقد تملیکی مانند بیع عین معین چند حالت قابل تصور است: حالت اول عدم انجام تعهد به سبب «تلف موضوع تعهد» در اثر «حادثه خارجی» است، که عقد «منفسخ» شده و «خریدار نیز از وفای به عهد یعنی تسلیم ثمن بری خواهد شد» و اگر هم بایع، قبلاً ثمن را گرفته، موظف به رد ثمن به خریدار است که این تعهد بایع به رد «ثمن المسمی» را «ضمان معاوضی» گویند (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۱۰۸؛ سنه‌وری، ۱۹۹۸م.الف، ج ۲، ص ۷۰۰)، (ماده ۳۸۷ ق.م.). همواره عقیده بر این بوده که «دادگری همین است؛ کسی که نخست چیزی داده است، باید چیزی هم

بگیرد» (هومر، ۱۳۹۰، ص ۴۱۶) ماده ۱۵۹ ق.م. مصر نیز مقرر می‌نماید: «در عقود عهده‌ی دو جانبه اگر انجام تعهدی غیرممکن شود عقد منفسخ شده و تعهدات طرف دیگر نیز منقضی می‌شود» (سنهوری، ۱۹۹۸م.د، ص ۶۱۱). نباید ضمان معاوضی را با ضمان درک، خلط کرد. در ضمان معاوضی، موضوع عقد بیع، عین معینی است که تلف شده و عقد «منفسخ» می‌گردد و با بیع اگر «ثمن المسمی» را از مشتری گرفته باید به وی رد کند. اما در ضمان درک، مبیع عین معین، مستحق للغیر در می‌آید که اگر مالک بیع را تنفیذ نکند و با بیع فضولی «ثمن المسمی» را اخذ کرده باشد، باید به مشتری رد کند. به در این وضعیت، بیع «باطل» است نه منفسخ.

حالت دوم عدم انجام تعهد، به سبب «اتلاف موضوع تعهد» از سوی «بایع» بوده و عدم وفای به عهده، منسوب به متعهد یعنی بایع باشد، این وضعیت، از موارد تحقق «مسئولیت مدنی» یا «ضمان قهری یا بدلی» است (ماده ۱ ق.م. م و مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ ق.م.) و متعهد یعنی بایع در این فرض، باید «مثل یا قیمت» را به متعهدله بپردازد که این ضمان، ضمان قهری است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۳۷۹؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۷). خواه مثل یا قیمت از مقدار ثمن بیشتر یا کمتر باشد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص ۳۱۱). برخی از فقها اتلاف مبیع توسط بایع را نیز مشمول حکم تلف دانسته و حکم به انفساخ داده‌اند (بکری، ۱۴۱۵ق، ص ۶۳). اما مستنبط از مفهوم مخالف عبارت «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع» مندرج در ماده ۳۸۷ ق.م. این است که در این فرض که بایع با تعدی و تفریط موضوع را تلف نموده، عقد «منفسخ نمی‌شود» و در نتیجه مشتری از دادن «ثمن المسمی بری نخواهد شد» و باید ثمن را به بایع بپردازد. اما با توجه به اینکه پس از بیع، مبیع به ملکیت مشتری در می‌آید، در واقع بایع، مال غیر (خریدار) را تلف نموده و با لحاظ عمومات و ماده ۱ ق.م.م. باید «مثل یا قیمت» را تأدیه نماید. عده‌ای از فقها، و حقوقدانان معتقدند که متعهدله یعنی مشتری مختار به مطالبه بدل به عنوان خسارت و یا حق فسخ عقد خواهد بود (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۶؛ سنهوری، ۱۹۹۸م.ج، ص ۸۲۱)، که به نظر می‌رسد با توجه به استثنایی بودن خیار فسخ و با توجه به اصل لزوم و ثبات قراردادها اعتقاد به حق فسخ برای مشتری، خالی از ایراد نمی‌باشد. در اجاره نیز اگر مؤجر خود به اتلاف مورد اجاره اقدام کند به نظر می‌رسد جبران خسارت مستأجر محل تأمل است. در این موارد یا باید قائل به این بود که مؤجر مقدار اجاره‌بها را به مستأجر مسترد دارد. یا مثل مال اجاره را تهیه و در اختیار مستأجر قرار دهد و یا معادل مقدار منفعت تلف شده را به مستأجر بپردازد که از بین سه امکان فوق تهیه مثل مورد اجاره و یا دادن معادل منفعت تلف شده، به قواعد مسئولیت مدنی و ضمانات قهری نزدیک‌تر است. راه حل اقتباس شده در اجاره می‌تواند در حق انتفاع پذیرفته گردد.

حالت سوم عدم انجام تعهد از سوی بایع در مورد تسلیم مبیع به خریدار، به سبب «اتلاف موضوع تعهد» از سوی «مشتری» است، که در حکم قبض مال است (ماده ۳۸۹ ق.م.). در این جا نیز عقد «منفسخ نمی‌شود» و در نتیجه مشتری از دادن «ثمن المسمی بری نخواهد شد» البته اگر با جهل

مشتری، بایع سبب غرور مشتری شده باشد، بایع به عنوان سبب اقوی از مباشر، مسئول خواهد بود. ولی اگر مشتری جاهل بوده ولی سبب این جهالت و تلف، غرور بایع نباشد، در حکم قبض است (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۱۴؛ خطیب شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۵۸؛ حجی الکردی، ۱۳۹۷، ص ۲۰۱؛ باز، ۱۹۲۳م، ص ۱۰۵). این راه حل در اجاره و حق انتفاع نیز هست. به عنوان مثال در اجاره اگر مستأجر به جای استفاده از منافع آنها را تلف کند، حقی بر مؤجر ندارد. جز اینکه اگر تلف منافع مورد اجاره به تلف عین مستأجره ملازم باشد باید خسارات مؤجر را جبران نماید.

۷. از نظر تحلیلی سخن از موافق قاعده بودن یا نبودن ضمان معاوضی بیشتر در عقود تملیکی محل تأمل است. چنانچه اگر از منظر تملیک عین معین به مسئله نگاه شود، اینکه تلف عین معینی که تملیک شده، چرا بر بایع تحمیل می شود، خلاف قاعده جلوه می نماید. اما در موردی که موضوع عقد تملیکی، عین معینی است که تلف گردیده یا موضوع عقد بیع عهدی، مال کلی است که اجرای آن غیر ممکن و متعذر شده، در همه این موارد اگر از منظر حقوق تعهدات به مسئله نگاه شود، این که متعهدی که نمی تواند به عهد خود وفاء کند نباید منتظر دریافت عوض باشد و اگر عوض قراردادی را گرفته باشد، باید به طرف مقابل مسترد دارد، امر خلاف قاعده ای نیست. به همین دلیل در بیع عین معینی که مبیع قبل از تسلیم تلف گردد و اجرای تعهد یعنی تسلیم مبیع غیر ممکن شود و بایع نتواند به عهد خود مبنی بر تسلیم مبیع عمل کند، نباید منتظر دریافت ثمن بوده و اگر هم گرفته باشد باید به مشتری مسترد دارد (ماده ۳۸۷ ق.م.ا). در بیع عین کلی نیز که مبیع نایاب یا تحویل آن از طرف مقنن ممنوع شود و بایع نتواند به عهد خود مبنی بر تسلیم مبیع عمل کند، نباید انتظار دریافت ثمن را داشته باشد و اگر ثمن را گرفته باشد باید به مشتری مسترد دارد که این امر هم خلاف قاعده نیست. اگر از این نقطه نظر به مسئله نگاه شود حکم مزبور مختص بیع نبوده و در دیگر عقود عهدی نیز می توان گفت که هر متعهدی که نتواند به عهد خود وفاء کند نباید عوضی دریافت دارد و اگر دریافت کرده باید مسترد دارد. در نتیجه مؤجری که نتواند عین مستأجره را به مستأجر تحویل دهد نباید اجاره بها را دریافت دارد و اگر گرفته باشد باید مسترد دارد (ماده ۴۸۳ ق.م.ا و ماده ۳۸۷ ق.م.ا). همچنین، اجیری که نتواند به عهد خود وفا کند، مشمول همین حکم است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۵۸۶). در عقود عهدی دیگر نیز مانند تعهد نقاشی به رنگ آمیزی یک دیوار، اگر وی نتواند به عهد خود وفاء کند، نباید منتظر اخذ عوض و دستمزد باشد و اگر قبلاً گرفته باشد، باید مسترد دارد. اکنون شاید بتوان فرمولی را به عنوان یک اصل به این شکل ارائه داد که هر گاه به واسطه تلف یا عامل دیگری که اراده متعهد و متعهدله در آن دخیل نباشد، اجرای تعهدی غیر ممکن شود، تعهد متعهد ساقط شده و تعهد طرف مقابل نیز به دادن عوض ساقط شده و اگر قبلاً ایفا شده، متعهدی که نتوانسته به عهد خود وفاء کند، باید عوض گرفته شده را مسترد دارد.

۸. تفاوت آثار ضمان معاوضی و قهری در بیع این است که در صورتی که بایع ضمان معاوضی داشته باشد، با تلف مبیع قبل از تسلیم، بیع منفسخ و ضمان معاوضی بایع یعنی از گرفتن «ثمن» محروم

می شود و در صورتی که قبلاً ثمن را از مشتری گرفته باشد، ملزم به استرداد آن به مشتری است. اما در صورتی که بایع ضمان قهری داشته باشد، عقد منفسخ نشده و ثمن باید به بایع داده شود و در مقابل در صورت تلف مبیع در صورت ضمانی بودن ید بایع، وی ملزم به دادن «مثل یا قیمت» مال تلف شده خواهد بود (انصاری، ۱۳۷۵، ص ۳۱۳). به عنوان مثال اگر بایعی کتاب عین معین خود را به مبلغ صد هزار ریال در روز شنبه بفروشد و شرط شده که آن را در روز چهارشنبه تحویل دهد و کتاب روز یکشنبه تلف شود، ضمان معاوضی به این ترتیب است که وی از گرفتن مبلغ ثمن یعنی صد هزار ریال محروم شده و اگر قبلاً گرفته باید به مشتری مسترد دارد. اما اگر بایع ضمان قهری یا بدلی داشته باشد، بیع منفسخ نشده و مشتری باید صد هزار ریال را به بایع داده و در عوض بایع نیز باید مال معین فروخته شده را به مشتری بدهد و با توجه به این که فعلاً مال تلف شده، باید بدل آن اعم از مثل یا قیمت را بدهد. هر چند قیمت آن کمتر یا بیشتر از ثمن باشد. به عنوان مثال اگر قیمت کتاب در بازار صدویست هزار ریال شده باشد، وی باید مثل کتاب را به قیمت صدویست هزار ریال خریداری کرده و به مشتری بدهد و اگر مثل مال نیز فعلاً در بازار نباشد و قیمت آن صدویست هزار ریال باشد، باید قیمت مزبور را به مشتری بپردازد.

۹. به عنوان مثال اگر بایع در روز شنبه کتاب عین معین خود را به مشتری به مبلغ صد هزار ریال بفروشد، اگر شرط شده باشد که هر موقع مشتری خواست کتاب تحویل وی گردد و مال در روز یکشنبه تلف شود، عقد منفسخ شده و بایع ضمان معاوضی داشته و فقط باید ثمنی را که گرفته به مشتری مسترد دارد یعنی در مثال صد هزار ریال را. ولی اگر مشتری در روز دو شنبه مال را مطالبه کند و با امکان رد، بایع از تحویل مبیع خودداری کند، ید بایع ضمانی شده و در این صورت اگر در روز سه شنبه مال بر اثر سیل یا زلزله تلف گردد، بیع منفسخ نشده و مشتری باید ثمن را به بایع داده و بایع ضمان قهری یا بدلی داشته و باید مثل یا قیمت را بپردازد و به عبارتی ضمان معاوضی وی تبدیل به ضمان قهری یا بدلی خواهد شد. یعنی اگر در بازار قیمت به صدویست هزار ریال رسیده باشد، باید مبلغ صدویست هزار ریال را بپردازد. ممکن است این شبهه در ذهن شکل گیرد که ید بایع پس از بیع و قبل از تسلیم امانی است یا ضمانی. در پاسخ به سؤال مزبور به نظر می رسد ید بایع امانی است و ضمان معاوضی دلالت بر ید امانی بایع دارد. زیرا گرچه بعد از بیع و قبل از تسلیم ضمان معاوضی بر عهده بایع است، اما نباید ضمان معاوضی را با ضمان قهری یا بدلی که ناشی از اتلاف یا تسبیب یا ید ضمانی است، خلط کرد. در ضمان معاوضی در صورتی که مبیع با شرایط مندرج در ماده ۳۸۴ ق.م. تلف گردد، عقد منفسخ شده و فقط «ثمن» باید به مشتری مسترد شود. به عنوان مثال اگر بایع کتابی را به صد هزار ریال فروخته و پس از بیع و قبل از تسلیم، مال تلف گردد در حالی که تعدی و تفریط نکرده و مشتری نیز مال را مطالبه نکند، عقد منفسخ شده و بایع باید صد هزار ریال را به مشتری مسترد دارد. اما اگر مشتری مطالبه کرده ولی بایع مال را تسلیم نکند ید امانی بایع تبدیل به

- ید ضمانتی شده و در صورت تلف، بیع نباید منفسخ گردد و در عین حال بایع باید مثل یا قیمت آن را بدهد هر چند در بازار قیمت مال چند برابر شده باشد.
۱۰. تفاوت بیع عین معین و بیع عین کلی نیز از همین جا شروع می‌شود که پس از اتمام ایجاب و قبول در بیع عین معین، در دارایی مشتری «حق عینی» از نوع مالکیت ایجاد می‌شود، اما در بیع عین کلی مافی‌الذمه پس از اتمام ایجاب و قبول در دارایی مشتری «حق دینی» از نوع طلب به وجود می‌آید. در قراردادهای دیگر عهدی نیز که فقط تعهدی ایجاد شده و قرار نیست تا مالی به دیگری انتقال یابد مانند تعهد وکیل در مقابل موکل، در دارایی متعهدله حق دینی یعنی از نوع طلب ایجاد شده و متعهد یعنی وکیل باید عمل موضوع تعهد را انجام دهد و موکل می‌تواند وی را به انجام کار وادار نماید.
11. la cession de créance
12. vente de la créance
13. donner
14. Juxtaposition de deux actes unilatéraux
۱۵. به همین دلیل در این جا حتماً وفای به عهد باید از ناحیه متعهد یا شخص ثالثی صورت گیرد که دارای قصد انشایی باشد. به عنوان مثال اگر بایع یک تن گندم در روز شنبه به مشتری بفروشد و شرط شده باشد تا چهارشنبه تحویل دهد، در روز شنبه فقط حق دینی ایجاد می‌شود نه تملیک. در چنین عقود، تملیک در لحظه عقد نیست بلکه در لحظه وفای به عهد یعنی تحویل می‌باشد. به همین دلیل بایع باید در زمان تسلیم دارای قصد انشاء باشد.

کتابنامه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶ق)، حاشیه مکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. آل بحرالعلوم، سیدمحمد (۱۳۶۲)، *بلغة الفقیه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۳. امامی، سیدحسن (۱۳۷۱)، *حقوق مدنی*، تهران: چاپخانه اسلامیه.
۴. انصاری، مرتضی (۱۳۷۵)، مکاسب، تبریز: انتشارات اطلاعات.
۵. باز، سلیم رستم (۱۹۲۳م)، *شرح المجله*، بیروت: مطبعة الادبیه.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، *الحقائق الناظره فی احکام عتره الطاهره*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۷. بکری، ابی بکرعثمان بن محمد (۱۴۱۵ق)، *حاشیه اعانة الطالبین*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، *حقوق تعهدات*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۰. حائری، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم: مؤسسه آل البیت (علیه السلام).
۱۱. حجی الکردی، احمد (۱۳۹۷)، *بحوث فی الفقه الاسلامی*، بی‌جا: دارالمعارف للطباعة،

۱۲. خطیب شریبى، شمس‌الدین محمد بن محمد (۱۴۱۵ق)، *مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۳. خویى، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، *منهاج الصالحین*، بی‌جا: چاپ مهر.
۱۴. سنهورى، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م.الف)، *نظریه العقد*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۱۵. سنهورى، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م.ب)، *الوسیط، فى شرح القانون المدنى الجدید*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۱۶. سنهورى، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م.ج)، *الوسیط، فى شرح القانون المدنى الجدید*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۱۷. سنهورى، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م.د)، *الوسیط، فى شرح القانون المدنى الجدید*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۱۸. شهیدی، مهدى (۱۳۷۰)، *سقوط تعهدات*، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
۱۹. عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، *مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۰. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، *تذکره الفقها*، قم: مؤسسه آل بیت (ع).
۲۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (بی‌تا.الف)، *تذکره الفقها*، تهران: منشورات المكتبة المرتضویه للاحياء الآثار الجعفریه.
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف (بی‌تا.ب)، *قواعد الاحکام*، قم: منشورات الرضى.
۲۳. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق)، *انوار الفقاهه*، بی‌جا: نشر مؤسسه کاشف الغطاء.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸)، *حقوق مدنى، قواعد عمومى قراردادها*، تهران: انتشارات بهنشر.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، *حقوق مدنى، عقود معین*، تهران: شرکت انتشار.
۲۶. هومر (۱۳۹۰)، *اودیسه*، ترجمه: سعید نفیسی، تهران: انتشارات پارمیس.

27. Benabant, Alain (2007), *Droit civil, Les obligations*, 11. é. éd, Librairie général de droit et de jurisprudence, Montchrestien.
28. Carbillac, Remy (2008), *Droit des obligations*, 8é. Ed, Dalloz.
29. Carbonnier, Jean (1998), *Droit civil, Les Biens*, T.3, 18é. éd, Presses universitaires de France.
30. Carbonnier, Jean (1998), *Droit civil, Les obligations*, T.4, 21é. Ed, Presses universitaires de France.
31. Delebecque, Philippe and Jérôme pansier, Frédéric (2016), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7é. éd, LexisNexis.
32. Fabre-Magan, Muriel (2008), *Droit des obligations*, T.1, contrat et engagement unilateral, 1é. Ed, Presses universitaires de France.
33. Fabre-Magnan, Muriel (1996), «Le mythe de l'obligation de donner», *RTD Civ.*
34. Flour, Jaques; Aubert, Jean-Luc and Savaux, Eric (2008), *Droit Civil, Les Obligations*, T.1, L'acte juridique. 13 é. éd, sirey.
35. Lévy, Jean-Philippe and Castaldo, André (2002), *Histoire du droit civil*, 1é. éd, Dalloz.
36. Malaurie, Philippe and Aynes, Laurent (1998), *Droit Civil, Contrats speciaux*, 12é. éd, Cujas.

37. Malaurie, Philippe and Aynes, Laurent (2007), *Droit Civil, Les Biens*, 3é. éd, Defrenois.
38. Malaurie, Philippe; Aynes, Laurent and Stoffel-Munck, Philippe (2007), *Droit civil, Les obligations*, 3é. éd, Editions juridiques associées, Défrenois.
39. Marty, Gabriel; Raynaud, Pierre and Jestaz, Philippe (1989), *Droit civil, Les obligations*, T.2, 2é. éd, Paris, sirey.
40. Mazeaud, Henri and Léon, Jean (1978), *Leçons de Droit Civil, Obligations*, T.2, 6é. éd, Monntchrestien.
41. Starck, Boris (1972), *Droit. Civil, Obligations*, 1é. Ed, Librairie techniques.
42. Terré, François; Simler, Philippe and Lequette, Yves (2005), *Droit Civil, Les Obligations*, 9é. éd, Dalloz.
43. Weill, Alex and Terré, François (1975), *Droit civil, Les obligations*, 2é. éd, Paris Dalloz.
44. Zenati-Castaing, Frédéric (2009), «La proposition de refonte du livre II du code civil Etude critique», *RTD Civ.*