

عمومیت شرط قدرت بر تسلیم از منظر فقه امامیه و حقوق ایران^۱

علمی - پژوهشی

سید امیرمهدی امین *

سید حسن شبیری زنجانی **

چکیده

مفهوم «قدرت بر تسلیم» در فقه امامیه و قانون مدنی، در بحث بیع مطرح است، ولی اختصاصی به بیع ندارد و عنصر ضروری همه مسؤولیت‌های قراردادی است. النهايه، چون در فقه، تعهدات قراردادی به صورت عام تبیین نشده، عمومات حقوق تعهدات از جمله «قدرت بر تسلیم» ذیل عقد بیع تبیین می‌شود؛ یعنی مال باید طوری تحت اختیار متعهد له قرار بگیرد که تصرف و انتفاع از مورد تسلیم مقدور شود. پژوهش حاضر، روشنگر ابهامات قدرت تسلیم در ایقاعات یا لوازم اداری و ثبتی و مالیاتی در اقسام تعهدات است که با روش توصیفی - تحلیلی، عمومیت این شرط را در فقه امامیه و حقوق ایران از عقد بیع به همه تعهدات قراردادی تسری می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که قدرت بر اجرای تعهد، شرط صحت هر عمل حقوقی اعم از عقود تملیکی و عهدی، عقود معین و غیرمعین، و هم چنین ایقاعات است. از آن جا که عبارات قانون مدنی در خصوص این شرط خالی از اجمال نیست، اصلاح مواد مرتبط با آن به قانونگذار پیشنهاد می‌گردد.

کلید واژه‌ها: شرط قدرت انجام تعهد، تسلیم مبیع، اعمال حقوقی، اجرای تعهدات، عقود و قراردادها

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۰/۰۸/۱۶) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۶/۳۰)

* دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران.

Amirmahdi.amin@gmail.com

** دانشیار، گروه حقوق خصوصی و مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

ShShobeiri@yahoo.com

۱- مقدمه

مفهوم «قدرت بر تسلیم» دارای سابقه فقهی می باشد و تقریباً تمام فقهای امامیه هنگام ورود در بحث بیع از این مفهوم، به عنوان عنصر ضروری معاملات و قراردادهای سخن گفته اند، اما تحقیق جامعی در خصوص عمومیت داشتن این اصل و تسری آن به همه عقود اعم از عهده و تملیکی و مغایبه ای و مسامحه ای و حتی ایقاعات نه در فقه و نه در حقوق مدنی انجام نشده و فقط برای نمونه، در مقاله «قدرت بر تسلیم مورد معامله» مهدی شهیدی (مجموعه مقالات حقوقی، ۱۳۷۵)، مقاله «خیار تعذر تسلیم در فقه امامیه» عبدالحسین شیروی (مقالات و بررسی ها، ۱۳۸۳)، پایان نامه «خیار تعذر تسلیم» مهدی ادهم (دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰) و غیره به طور محدود و موردی - نه عام و جامع - به آن پرداخته شده است. متون فقهی و شروح قانون مدنی نیز در برخورد با قدرت تسلیم، اکثراً به جای توضیح و تحلیل خود مفهوم، به ذکر امثله، شواهد و مصادیق برای آن بسنده نموده اند. در حقوق ایران، قانون مدنی تحت تأثیر فقه امامیه بسیاری از قواعد معاملات را در بحث عقد بیع جای داده است؛ زیرا در سنت تدوین کتاب های فقهی، ترتیب تبویب و بخش بندی مباحث، بر اساس عقود معین صورت پذیرفته و به خلاف نظامات حقوقی مدرن، فقه سنتی اسلامی قواعد عمومی و اصول حقوق قراردادهای را تدوین نکرده اند و ناچار این قواعد عام از جمله مفهوم «قدرت بر تسلیم» را در ذیل عقد بیع آورده اند، زیرا شایع ترین مصداق شرط قدرت بر اجرای تعهد، قدرت بر تسلیم مبیع در عقد بیع است که به صراحت در قانون مدنی بیان شده است. قانون مدنی به طور کلی دلالت بر لازم بودن قدرت بر تسلیم مورد معامله دارد، ولی تعریف کاملی از این مفهوم نیاورده و عبارات قانون در خصوص این شرط خالی از اجمال نیست.

بنا بر این وجه افتراق پژوهش حاضر با ادبیات حقوقی موجود، تأکید بر عمومیت جریان قدرت تسلیم در همه تعهدات و پاسخ به پرسش های جدید در این زمینه است. برای مثال، آیا قابلیت اجرا در عقد معلق برای معلق علیه نیز مطرح است و معلق علیه باید دارای وضعیت و حالتی باشد که قابلیت تحقق داشته باشد؟ درباره جایگاه قدرت بر اجرای تعهد در عقود رضایی و عینی، شاید تصور شود که قلمرو شرط به عقود رضایی محدود می گردد، چون در عقود عینی، قبض شرط

صحت است و با قبض عقد کامل می‌شود. در این میان، به نظر می‌رسد که پیش فرض گفتگو در جهت اثبات عمومی و مشترک بودن قاعده قدرت بر تسلیم بین تمامی عقود، وجود عقدی معوض و مبتنی بر مغاینه بوده و در خصوص شمول قاعده نسبت به عقود مبتنی بر مسامحه هم چون صلح بلاعوض صحبتی به میان نیامده است. علاوه بر این، قانون مدنی ایران درباره پذیرش قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت ایقاع، حکم صریحی ندارد. از طرف دیگر، قدرت بر اجرای تعهد به معنی عام و گسترده آن در تمامی مراحل ایجاد و استمرار و پایان تعهد قابل بررسی است؛ ولی در هر یک از مراحل فوق، چهره شرط قدرت بر اجرای تعهد و ماهیت و آثار آن متفاوت خواهد بود. هدف از این پژوهش، پاسخگویی به تمامی پرسش‌های مرتبط (مثل قدرت بر تسلیم در انتقال غیرمنقول یا خودرو مخصوصاً از طریق دادن وکالت به خریدار می‌باشد که علاوه بر تسلیم فیزیکی مستلزم ثبت رسمی و تهیه مقدمات و تسویه حساب و غیره) است. بر این اساس، در این پژوهش، با روش توصیفی - تحلیلی، از منظر فقه امامیه و حقوق ایران، ابتدا عمومیت این شرط در عقود بررسی شده، و سپس در ایقاعات تبیین گردیده و در نهایت نیز در مراحل مختلف تعهد و در برخی از انواع تعهد مورد مطالعه قرار گرفته است.

۲- تعریف قدرت بر تسلیم در فقه امامیه و عمومیت مصادیق آن

به طور کلی منظور از مقدورالتسلیم بودن این است که انتقال دهنده مال یا حق یا تعهد، توانایی تسلیم مورد قرارداد، به منتقل الیه یا متعهد له را داشته باشد. در متون فقهی امامیه (مانند منیه الطالب، مکاسب و کتاب البیع)، دیرینه‌ترین و شایع‌ترین مصداق شرط قدرت بر اجرای تعهد، قدرت بر تسلیم مبیع در عقود بیع است؛ زیرا مبیع بارزترین و قدیمی‌ترین مال عینی است که مورد داد و ستد قرار می‌گرفته و عقد بیع نیز از کاملترین عقود تملیکی است که قواعد آن به بسیاری از عقود معین دیگر نیز قابل تسری می‌باشد.

۱-۲- عقود معینه

شرط قدرت بر تسلیم مبیع در عقد بیع به صراحت در قانون مدنی، طی مواد ۳۴۸، ۳۷۰، ۳۷۱ و ۳۷۲ بیان شده و قانون مدنی هم تحت تأثیر فقه امامیه بسیاری از قواعد معاملات را

در بحث عقد بیع جای داده است. در معاملات جاری هم برابر عرف مسلم بازار و البته دفاتر اسناد رسمی و نهایتاً رویه قضایی، صلاحیت فروشنده برای انتقال قانونی و رسمی مبیع و نیز قدرت وی بر تسلیم عملی آن به خریدار، از طریق بنگاه های معاملات ملکی و نمایشگاه های خرید و فروش خودرو مخصوصاً از طریق وکالت دادن فروشنده به خریدار، شرط لازم و پیش نیاز صحت معامله محسوب می شود و در صورت عدم توانایی تسلیم در زمان مقرر، حقوقی برای خریدار لحاظ می شود که از جمله می تواند به صورت تعیین ضرر و زیان قراردادی برای هر روز تأخیر در تسلیم مشخص شود و این امر عقلایی در عرف مسلم بازار در همه معاملات لحاظ می شود، زیرا شرط قدرت بر تسلیم ویژه عقد بیع نیست، بلکه قاعده ای عمومی و عقلایی می باشد که مورد تأیید شرع نیز قرار گرفته است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۲۳، ۸۴/۴). یکی از حقوقدانان از ماده ۳۴۸ قانون مدنی، اصلی را استخراج کرده و بیان می دارد: تعهد به تسلیم چیزی که مقدر نباشد اساساً باطل است و این ماده ۳۴۸ قانون مدنی، یک اصل و شامل همه تعهدات ناشی از عقد می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۵۲).

در عقد اجاره نیز که نمونه کامل برای تملیک منفعت است، قدرت بر تسلیم عین مستأجره، شرط صحت اجاره در نظر گرفته شده است (السان، ۱۳۹۳، ۴۵) و مصداق آشکاری برای شرط قدرت بر اجرای تعهد به شمار می رود (ماده ۴۷۰ قانون مدنی).

علاوه بر «قدرت بر تسلیم مبیع» و «قدرت بر تسلیم مورد اجاره» در عقد بیع و اجاره، در قانون مدنی مصادیق دیگری نیز برای شرط قدرت بر اجرای تعهد در عقود وقف، کفالت، هبه، رهن، وکالت، قرض، مضاربه، مزارعه، جعاله و صلح وجود دارد.

یکی از فقهاء عظام امامیه نیز معتقدند: قدرت بر انجام مورد معامله، شرط صحت هر عقد است و آن چه که ناممکن بودن اجرای آن را می توان حدس زد، نباید تعهد کرد (انصاری، ۱۳۷۶، ۲۰۷/۲). در نتیجه، این شرط در تمامی عقود وجود دارد.

۲-۲- جایگاه قدرت بر اجرای تعهد در عقود معلق

عقد معلق در برابر عقد منجز قرار دارد و مطابق ماده ۱۸۹ قانون مدنی «عقد منجز آن است

که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود». در عقود معلق هر چند تعهد ایجاد می‌شود ولی تأثیر آن منوط به تحقق امر خارجی در آینده است و این تعهد نیز باید قابلیت اجرا داشته و مقدور باشد. البته در صحت عقد معلق بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقهاء امامیه با ادعای اجماع، قائل به بطلان عقد معلق هستند (گرجی، ۱۳۸۵، ۱۰/۱؛ امامی، ۱۳۷۱، ۱۶۶/۱-۱۶۷؛ انصاری، ۱۳۷۶، ۳۷۷/۱-۳۷۸؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۳۳۵/۱). اهل تسنن بیشتر به صحت عقد معلق قائل هستند ولی اختلاف آن‌ها در زمان اثر عقد مشهود است (موسوی، ۱۹۵۸، ۴۴۶ و ۶۶۳).

به هر حال، در صورت قبول صحت عقد معلق، باید معلق علیه مقدور باشد و حتی اگر تحقق آن در محدوده زمانی معینی شرط شده باشد، عدم تحقق معلق علیه و نامقدور بودن آن عقد را باطل می‌کند. بنابراین معلق علیه باید دارای وضعیت و حالتی باشد که قابلیت تحقق داشته باشد، در غیر این صورت عقد معلق باطل است. چون از یک طرف، تحقق اثر و نتیجه عقد منوط به وجود معلق علیه بوده و با فقدان آن عقد بی‌اثر خواهد بود؛ از طرف دیگر، نفوذ قرارداد با عدم تحقق معلق علیه هم عدول از قصد است. زیرا آن چه مورد قصد و توافق طرفین قرار گرفته، مبنی بر این است که اثر عقد موقوف به تحقق معلق علیه گردد و با نامقدور بودن معلق علیه «ما وقع لم یُقصد و ما قصد لم یقع».

در نتیجه، «قدرت بر اجرای تعهد»- تحت عنوان قابلیت اجرا- علاوه بر آن که درباره مورد تعهد قابل بررسی بوده، در عقد معلق برای معلق علیه نیز مطرح است و معلق علیه باید دارای وضعیت و حالتی باشد که قابلیت تحقق داشته باشد. به عبارت دیگر، معلق علیه باید مقدور باشد و نامقدور بودن معلق علیه عامل بطلان عقد معلق است.

۳-۲- جایگاه قدرت بر اجرای تعهد در عقود رضایی و عینی

اصل بر رضایی بودن عقود است. بر این اساس در مقام شک، عقد بر عقد رضایی حمل می‌شود. به این معنا که صرف توافق- اگر دارای اثر حقوقی باشد- برای تحقق آن کافی است. در این میان، قراردادهایی که وقوع آن‌ها موقوف به تسلیم یا قبض است و قبض از

شرایط انعقاد آن هاست، یعنی برای ایجاد آن‌ها تراضی کافی نیست بلکه تسلیم یا قبض در محل عقد یا معقود علیه لازم است، عقود عینی نامیده می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۸۹/۱-۹۰). در قانون مدنی ایران، پاره‌ای از عقود به طور صریح جزء عقود عینی تلقی شده‌اند.^۱ شاید تصور شود که قلمرو شرط قدرت بر اجرای تعهد به عقود رضایی محدود می‌گردد، چون در عقود عینی، قبض شرط صحت است و با قبض عقد کامل می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ۳۱۹) و به اصطلاح فقهاء، عدم قدرت باعث غرری شدن عقد نمی‌شود (انصاری، ۱۳۷۶، ۲۰۴/۲).

ولی در عقود عینی، با وجود این که قبل از قبض، برای طرفین التزامی به وجود نمی‌آید و هیچ انتقال و تملیکی نیز صورت نمی‌گیرد، قدرت بر تسلیم شرط صحت است و قبول شرط فوق، با قبول قبض به عنوان شرط صحت تعارضی ندارد. البته در عقود عینی، قدرت بر تسلیم، زمان قبض شرط عقد است نه زمان ایجاب و قبول.

عده‌ای بر این عقیده‌اند که بدون قدرت بر اجرای تعهد، چون هیچ قبضی صورت نمی‌گیرد، پس عقد به علت عدم قبض باطل است و احتیاجی به شرط قدرت بر تسلیم نیست؛ حال آن که این شرط در عقود عینی چهره آشکارتری دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱۹۰).

مفهوم تسلیم و قدرت بر تسلیم کاملاً متفاوت هستند. در عقود عینی، قبض و قدرت بر تسلیم، به طور جداگانه هر دو شرط صحت عقد می‌باشند، به طوری که اگر قبض عملی (عرفی) ظاهراً صورت گیرد ولی بعداً معلوم گردد که این قبض غیرقانونی بوده؛ یعنی مورد معامله به علت منع قانونی یا شرعی قابلیت تسلیم نداشته و متعهد قادر بر تسلیم نبوده است، عقد عینی به علت عدم قدرت بر تسلیم (تعذر اصلی) باطل می‌گردد، هر چند در عالم خارج قبض صورت گرفته باشد.

اگر مورد معامله قابلیت قبض و اقباض دارد ولی عملاً هیچ قبضی در عالم خارج صورت نگرفته باشد، چون قبض شرط صحت عقد عینی است، پس هنوز قبل از قبض هیچ التزام و

۱. حبس در ماده ۴۷، وقف در ماده ۵۹، بیع صرف در ماده ۳۶۴، رهن در ماده ۷۷۲ و هبه در ماده ۷۹۸. در این موارد، غالباً قبض به عنوان شرط صحت عقد آمده، ولی در هبه و وقف به صراحت به آن اشاره نشده است. به هر حال، در تمامی مواردی که قبض شرط صحت یا وقوع و تحقق عقد است، آثار آن از زمان قبض به وجود می‌آید.

انتقال و تملیکی نیز تحقق نیافته است.

در عقود عینی بهتر است تا قدرت بر تسلیم را در کنار قبض به صورت جداگانه شرط صحت بدانیم. رابطه این دو شرط، عموم و خصوص من وجه است که مصداق مشترک آن‌ها حالتی است که مورد معامله قابلیت قبض دارد و قبض عملی نیز صورت پذیرفته است. ملاک قابلیت قبض و قبض عملی هم عرف است. پس شرط قدرت بر اجرای تعهد شامل عقود عینی یا تعهدات عینی^۱ نیز می‌گردد (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ۱/۲۳۴؛ برای دیدن نظر مخالف رجوع کنید به: انصاری، ۱۳۷۶، ۲۰۳/۲-۲۰۵؛ اراکی، ۱۴۱۵، ۲/۲۳۷).

۴-۲- جایگاه قدرت بر اجرای تعهد در عقود مسامحه‌ای

پیش فرض گفتگو در جهت اثبات عمومی و مشترک بودن قاعده قدرت بر تسلیم بین تمامی عقود، وجود عقدی معوض و مبتنی بر مغاینه بوده و در خصوص شمول قاعده نسبت به عقود مبتنی بر مسامحه هم چون صلح بلاعوض صحبتی به میان نیامده است. گویا این که هدف تنها اجرای تعهدات موجود در عقد معوض مغاینه‌ای در عالم خارج بوده و در اختیار گرفتن موضوع تعهد، لازمه حصول مقصود طرفین از انعقاد این عقد می‌باشد.

اکثریت فقها نیز این شرط را در ذیل مبحث «شروط عوضین» مطرح نموده و در ضمن، برای اثبات بطلان معامله‌ای که مورد آن مقذورالتسلیم نمی‌باشد، به غرری بودن معامله و نیز برخی از روایات در این خصوص استناد نموده‌اند. در باب شرطیت قدرت بر تسلیم مورد معامله نیز در بیانی کلی، مقذورالتسلیم بودن را به عنوان شرطی لازم برای صحت «معاوضات» در نظر گرفته‌اند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ۴/۸۴).

نکته قابل توجه این است که آیا همان گونه که قدرت بر تسلیم مبیع از عناصر عقد بیع برشمرده شده و به تبع آن با توجه به وحدت ملاک موجود، این شرط قابل تسری به سایر معاوضات دانسته شده و به عنوان قاعده‌ای عمومی در تمامی عقود در نظر گرفته شده است، می‌توان آن را به عقود مبتنی بر مسامحه هم چون صلح نیز تسری داده و از عناصر تشکیل

۱. Obligation réelle

حتی می‌توان قبض را در عقود عینی به عنوان رکن پذیرفت و قدرت بر تسلیم را به عنوان شرط صحت.

آن عقود به شمار آورد؟

با توجه به منتفی بودن عنصر غرر در عقود مبتنی بر مسامحه (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ۱۵۲/۱)، کفایت علم اجمالی به موضوع تعهد در انعقاد آن (مواد ۲۱۶، ۵۶۳ و ۵۶۴، ۶۹۴ ق.م. و این که معلوم بودن موضوع از هر جهت، از جمله شرایط صحت عقد به شمار نمی‌آید، قدرت بر تسلیم نیز از عناصر تشکیل قراردادهای مسامحه ای نبوده و بدون وجود آن هم می‌توان عقد را صحیح قلمداد نمود.

برخی از فقها نیز ضمن بحث از عقد صلح تصریح کرده‌اند که قدرت بر تسلیم، از عناصر عقد صلح نیست و به همین جهت، معلوم بودن عوضین هم به عنوان یک شرط عمومی در جمیع اقسام صلح محسوب نمی‌شود (همان، ۱۴۳-۱۴۴).

بنابراین در مورد عقد صلح، قدرت بر تسلیم همه جا شرط صحت عقد نمی‌باشد (همان، ۱۵۲). تنها در مواردی که صلح، معوض و مبتنی بر مغاینه بوده و هدف از ایجاد آن داد و ستد یعنی به دست آوردن سود اقتصادی بیشتر و منافع مادی افزون‌تر است (نه تسامح و احسان و نوع دوستی)، شرط مذکور ملاک اعتبار خواهد بود. برای مثال، هنگامی که صلح در مقام بیع یا اجاره واقع می‌شود، در حقیقت هدف این است که تملیک یا ایجاد تعهد به نحو دلخواه انجام پذیرفته و گریز از اجرای قوانین و آثار خاص عقود آسان گردد. در این موارد، مسلماً می‌بایست: اولاً موضوع تعهد معلوم و معین بوده و ثانیاً امکان اجرای تعهد در عالم خارج وجود داشته باشد.

هر چند که بیشتر عقود معاوضی، مغاینه‌ای هستند؛ اما این گونه نیست که هر عقد معاوضی، حتماً عقدی مبتنی بر مغاینه باشد. مثلاً صلح محاباتی در صورتی که عوض شیء معتنا به باشد، یا صلح دعوا در صورتی که معوض باشد، یک عقد مسامحی است و در عین حال یک عقد معاوضی هم محسوب می‌شود.

از سوی دیگر نیز تمامی عقود غیرمعاوضی متضمن احسان نیستند. به طور مثال، مشارکت‌ها در زمره عقود غیرمعاوضی‌اند و در عین حال می‌توان آن‌ها را عقد مغاینه‌ای هم دانست (قنوتی، ۱۳۷۹، ۱۸۲/۱-۱۸۳).

بنابراین در هر قراردادی که مبتنی بر تسامح نبوده و غرر در آن راه پیدا کند، وجود قدرت بر

تسلیم موضوع تعهد، ضروری بوده و شرط صحت آن معامله قلمداد می‌گردد. شاید بتوان این موضوع را به گونه‌ای دیگر نیز مطرح نمود؛ به طوری که در عین لازم دانستن قدرت بر اجرای تعهد در عقود مبتنی بر مسامحه و ارفاق، مجموعه‌ای مرکب از امید و تصور بر اجرای تعهد را همراه با وجود قدرت واقعی، برای تحقق شرط مقدور التسلیم بودن کافی دانست و معامله را در چنین وضعیتی صحیح و نافذ قلمداد نمود.

پس همان گونه که در عقود مبتنی بر مسامحه، وجود علم اجمالی به موضوع تعهد کفایت نموده و ضرورتی بر وجود علم تفصیلی و همه جانبه نسبت به موضوع تعهد نمی‌باشد؛ علم و اطمینان بر وجود توانایی انجام تعهد نیز در این موارد ضروری نبوده و صرف وجود امید و تصور بر اجرای تعهد در تحقق شرط قدرت بر تسلیم کفایت می‌نماید. پس در این گونه موارد، همین که معامله از حالت سفهی خارج گردیده و عرف آن را قابل قبول بدانند، حکم به صحت معامله - ولو با احتمال ضعیف توانایی انجام تعهد - خالی از اشکال خواهد بود.

پس طبق این دیدگاه، «قدرت مرکب» مورد نظر در تحقق شرط قدرت بر اجرای تعهد، مجموعه‌ای از قدرت واقعی و احتمال عرفی معقول است که در بعضی مصادیق امید و تصور به اجرای تعهد نیز قابلیت جایگزینی با احتمال عرفی معقول را خواهد داشت.

۳- قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت ایقاع

قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت هر عمل حقوقی، شامل عقد و ایقاع هر دو می‌شود. هدف نهایی از ایجاد هر تعهدی، اجرای آن است؛ پس اگر مورد تعهد قابلیت اجرا نداشته باشد تعهد به وجود نمی‌آید و هیچ اثری بر آن مترتب نیست و عمل حقوقی - چه عقد و چه ایقاع - اگر بدون تأثیر حقوقی باشد محکوم به بطلان است.

از قواعد عمومی و کلی حاکم بر اعمال حقوقی، آن است که مورد تعهد قابلیت اجرا داشته باشد. این قاعده مختص به قرارداد نبوده و شامل ایقاع نیز می‌شود. به ویژه اگر مبنای شرط قدرت بر اجرای تعهد را احتراز از غرر بدانیم، نهی مندرج در حدیث نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» حتماً شامل ایقاع نیز خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱/۱۷۲-۱۷۳).

قانون مدنی قدرت بر اجرای تعهد را به صراحت در شرایط صحت ایقاع قرار نداده، ولی

اتحاد مبانی در عقد و ایقاع اقتضا دارد که شرایط صحت عقد و ایقاع یکنواخت باشد. بنابراین قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت عمل حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد و عقد و ایقاع در شرایط صحت تفاوت اساسی با همدیگر ندارند. اخذ به شفعه - به عنوان یک ایقاع - هنگامی می‌تواند تعهد به پرداخت ثمن را به وجود آورد که ثمن قابلیت پرداخت به خریدار را داشته باشد (ماده ۸۰۸ ق.م.ا). زیرا اخذ به شفعه مشروط به دادن ثمن به خریدار است، پس قدرت بر پرداخت ثمن که معادل قدرت بر اجرای تعهد ناشی از ایقاع است، شرط صحت اخذ به شفعه محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۴۶۸).

فقه‌های امامیه نیز بدون تصریح به لزوم قدرت بر تسلیم در ایقاعات، توان تسلیم ثمن به خریدار را شرط نفوذ شفعه دانسته و عجز دارنده حق شفعه از پرداخت ثمن را باطل کننده شفعه می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۷۹/۳۷ و ۳۳۲؛ حلی، ۱۴۰۸، ۲۰۱/۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ۲۷۷/۱۲ و ۲۸۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۹/۹).^۱ باید گفت از آن جا که در بیشتر ایقاعات، تسلیم موضوع نقشی در تحقق عمل حقوقی و انگیزه انجام دادن آن نداشته و مصداقی برای تسلیم در اکثریت قریب به اتفاق آن‌ها (مانند طلاق، ابراء، اعراض و ...) نمی‌توان متصور شد، فلذا ضرورتی جهت بحث در خصوص قدرت بر تسلیم در این باره احساس نشده و در واقع محلی هم برای بحث نداشته است.

قانون مدنی درباره پذیرش قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت ایقاع، حکم صریحی ندارد؛ ولی قبول این شرط در مطلق معاملات و اعمال حقوقی، با مواد قانون مدنی و روح آن تضادی ندارد، بلکه از آن قابل استنباط است.

۴- قلمرو قدرت بر اجرای تعهد در مراحل مختلف تعهد

تعهد در سه مرحله قابل بررسی می‌باشد: ۱- مرحله پیدایی و شرایط ایجاد آن ۲- مرحله وجود و چگونگی استمرار آن ۳- مرحله ایفاء یا انحلال تعهد که مرحله پایانی آن است. قدرت بر اجرای تعهد به معنی عام و گسترده آن در تمامی مراحل ایجاد و استمرار و پایان

۱. شهید ثانی و مقدس اردبیلی در کتب فوق، نسبت به قدرت شفع بر تسلیم ثمن ادعای اجماع نموده‌اند.

تعهد قابل بررسی است؛ ولی در هر یک از مراحل فوق، چهره شرط و ماهیت و آثار آن متفاوت خواهد بود.

قلمرو شرط قدرت بر اجرای تعهد در مرحله ایجاد تعهد نباید به مراحل استمرار و پایان تعهد سرایت نماید.

در مرحله نخست، قدرت بر اجرای تعهد حالت نوعی داشته و شرط صحت است. یعنی بدون قابلیت اجرا هیچ تعهدی به وجود نمی‌آید و منبع به وجود آورنده آن - که عمل حقوقی است - محکوم به بطلان است. در این مرحله، فقدان قدرت بر اجرای تعهد، به صورت تعذر اصلی جلوه می‌کند و باعث می‌شود تا تعهد وجود حقوقی پیدا نکند، زیرا یکی از شرایط ایجاد آن منتفی شده است؛ ولی در مراحل بعدی، فقدان قدرت، تحت عنوان تعذر عارضی یا طاری ظهور پیدا می‌کند که معادل سلب قدرت است.

تعذر عارضی در مرحله دوم باعث جلوگیری از استمرار تعهد شده و تعهد را متوقف می‌کند. تعذر در مرحله سوم عاملی برای سقوط تعهد و پایان دادن به اجرای تعهد است.

تأثیر تعذر در مراحل ایجاد تعهد و اجرای آن و رفع مسؤولیت کاملاً با هم متفاوت است. بنا بر این در مراحل دوم و سوم تعهد، اصلاً نباید به علت عدم قدرت بر اجرای تعهد حکم به بطلان عقد و قرارداد بدهیم. زیرا عدم قابلیت اجرا در مراحل بعد از ایجاد تعهد، حالت عارضی یا طاری داشته و عامل سقوط تعهد و فسخ و انفساخ عقد است. قدرت بر اجرای تعهد فقط در مرحله پیدایی تعهد، شرط صحت عمل حقوقی است و فقدان آن عامل بطلان خواهد بود.

۵- قلمرو قدرت بر اجرای تعهد در برخی از انواع تعهد

اصولاً برای ایجاد هر تعهدی باید مورد تعهد قابلیت اجرا داشته باشد. زیرا هدف نهایی از ایجاد هر التزامی، اجرای آن است.

علاوه بر این که قدرت بر اجرای تعهد برای ایجاد هر تعهدی لازم و ضروری است، به عنوان شرط صحت عقد نیز مورد توجه است. با این توضیح که اگر یکی از تعهدات اساسی ناشی از عقد قابل اجرا نباشد، و از طرفی، اجرای این تعهد، هدف عقد بوده باشد، این عدم

قابلیت اجرا باعث بطلان عقد خواهد شد.

اجرای عقد، به معنای اجرای تمام تعهدات ناشی از آن است و بر این اساس، عدم قدرت بر اجرای یکی از تعهدات ناشی از عقد، برای تحقق عدم اجرای عقد کافی است. بنابراین عدم قدرت بر اجرای تعهد، عامل بطلان عقد نیز می‌باشد.

به عبارت دیگر، تعهدات ناشی از عمل حقوقی که جنبه اساسی دارد، یعنی اجرای آن با هدف و فلسفه ایجاد عقد رابطه داشته به گونه‌ای که توافق طرفین به علت اجرای این تعهد صورت گرفته است، باید قابلیت اجرا داشته باشد و در صورت عدم قدرت بر اجرای تعهد، اولاً تعهد مزبور ایجاد نمی‌شود؛ ثانیاً عقد مولد آن نیز باطل است.

بنابراین قلمرو شرط قدرت بر اجرای تعهد، تمامی تعهدات ناشی از عمل حقوقی را در برمی‌گیرد؛ البته تعهداتی که اجرای آن‌ها با اجرای عمل حقوقی رابطه داشته و مورد قصد مشترک طرفین قرار گرفته باشد. برای نمونه، از عقد بیع تعهدات زیادی ناشی می‌شود ولی مقنن از آن همه، «قدرت بر تسلیم مبیع» را اشاره نموده است. زیرا تسلیم مبیع، به منزله اجرای قسمتی از عقد بیع است و با هدف و فلسفه عقد بیع پیوند دارد و مشتری برای رسیدن به مبیع حاضر بر توافق و انعقاد عقد شده است. البته تسلیم ثمن نیز تفاوتی با تسلیم مبیع ندارد. چرا که هدف بایع از انعقاد بیع، دستیابی به ثمن بوده است.

به هر حال، قدرت بر تسلیم ثمن و قدرت بر تسلیم مبیع، اولاً برای ایجاد تعهد به تسلیم ثمن و تعهد به تسلیم مبیع لازم است و ثانیاً چون این تعهدات جنبه اساسی داشته و با هدف ایجاد عقد بیع در ارتباط است، قدرت بر تسلیم ثمن و قدرت بر تسلیم مبیع، شرط صحت عقد بیع نیز می‌باشند.

در ادامه، برای آشنایی بیشتر با قلمرو شرط قدرت بر اجرای تعهد به بررسی جایگاه شرط مذکور در برخی از انواع تعهد می‌پردازیم.

۱-۵- قدرت بر اجرای تعهد در تعهد اصلی و تبعی

برخی از نویسندگان، تعهدی را اصلی می‌دانند که اثر مستقیم عقد باشد و در اولین مرحله مورد نظر طرفین بوده است، مثل «تعهد به انتقال» یا «تعهد به تملیک» در عقد بیع؛ اما اگر

تعهدی وابسته به تعهد اصلی باشد جنبه تبعی پیدا می‌کند مانند تعهد به تسلیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۱۱۱/۱ و ۱۱۳).

در بیع عین معین، تعهد به تملیک در یک لحظه ایجاد و اجرا می‌شود. اگر بایع قادر بر تملیک مبیع به مشتری نباشد (مانند این که وی مالک مبیع نبوده و مالک اصلی نیز اجازه ندهد)، بیع به علت عدم قدرت بایع نسبت به تملیک یا عدم قدرت بر انتقال باطل است. در برداشت فوق از تعهد اصلی و تبعی به نظر می‌رسد که در «تعهد به تملیک» تصور تعذر عارضی بی معنی است، زیرا تعهد سریعاً ایجاد و اجرا می‌شود؛ ولی تصور تعذر اصلی به راحتی میسر است، زیرا لحظه‌ای برای ایجاد تعهد قابل فرض است که در همان لحظه باید قدرت بر انتقال موجود باشد. بنابراین شرط قدرت بر اجرای تعهد، شامل تمام تعهدات اصلی به مفهوم مذکور می‌گردد و درباره تعهدات تبعی نیز مانند تعهد به تسلیم مبیع یا تعهد به تسلیم ثمن و... قدرت بر اجرای تعهد، هم برای ایجاد تعهد و هم به عنوان شرط صحت عقد قابل بررسی است.

البته مباحث فسخ و انفساخ و سقوط تعهد و خيار تعذر تسلیم حاکی از این مطلب است که تعذر عارضی نیز درباره تعهد به تسلیم قابل تصور است.

تعهد اصلی و تبعی گاهی معادل تعهد ناشی از عقد و تعهد ناشی از شرط ضمن عقد است، ولی در اطلاق تعهد اصلی به «تعهد به تملیک» و تعهد تبعی به «تعهد به تسلیم»، مفهوم رایج تعهد تبعی مورد نظر نبوده است.

پس تعهد تبعی به معنای رایج خود، تعهد ناشی از شرط ضمن عقد است که از آن، به التزام تبعی و التزام شرطی تعبیر شده و در مقابل التزام اصلی یا التزام معاملی قرار دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ۲۷۱/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ۵۳/۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱۰).

شرط ضمن عقد به مانند یک قرارداد جداگانه، دارای شرایط اساسی صحت معاملات بوده و قدرت بر اجرای تعهد ناشی از شرط ضمن عقد، شرط صحت شرط ضمن عقد است. اصولاً ماهیت تعهد اصلی با تعهد تبعی تفاوتی نداشته و لذا شرایط صحت عقد و شرایط صحت شرط ضمن عقد فرقی با هم ندارد.

فقها شرایط صحت شرط ضمن عقد را به تفصیل بیان داشته و قانون مدنی ایران نیز به

تأثیر از فقه امامیه، فصلی مستقل را به شروط ضمن عقد اختصاص داده و شرط نامقدور را در ماده ۲۳۲ باطل اعلام کرده است.

در صحت شرط ضمن عقد هیچ شک و تردیدی وجود ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۵۳/۳). شرط ضمن عقد از مصادیق اصلی آزادی قراردادها است و متعاملین مقاصد گوناگون خود را به این وسیله تحقق می‌بخشند (حائری، ۱۳۷۰، ۵۴).

قدرت بر اجرای تعهد تبعی به عنوان شرط صحت برای شرط ضمن عقد مطرح شده است، همان طور که قدرت بر اجرای تعهد اصلی به عنوان شرط صحت عقد نیز مورد بررسی قرار گرفته است. پس قلمرو قدرت بر اجرای تعهد شامل شروط صحت شرط ضمن عقد نیز می‌شود.

اگر در عقد بیعی شرط شود که انتقال مالکیت نسبت به زمان گذشته صورت بگیرد، به صراحت ماده ۳۳۹ ق.م. عقد بیع با توافق طرفین در مبیع و قیمت آن، به ایجاب و قبول واقع می‌شود. بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. هم اشعار می‌دارد که: به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود. در نتیجه، انتقال مالکیت به محض وقوع عقد انجام می‌شود.

پرسش این است که آیا طرفین با شرط ضمن عقد می‌توانند زمان انتقال مالکیت را به قبل از عقد تسری دهند؟ مثلاً اگر بایع در اول ماه مهر ماشین خود را به مشتری بفروشد، آیا آن‌ها می‌توانند به صورت شرط ضمن عقد توافق کنند که انتقال مالکیت از اول تیر ماه انجام گرفته باشد؟

عده‌ای بر این باورند که تسری اثر عقد نسبت به زمان گذشته باعث تناقض گویی است، زیرا مبیع در آن واحد در مالکیت فروشنده و خریدار است. بدیهی است که قبل از انعقاد عقد، مبیع در مالکیت فروشنده بوده و به موجب شرط در ملکیت خریدار نیز هست. پس چنین شرطی صحیح نمی‌باشد و باطل است.

ولی باید گفت که انتقال، امری اعتباری و تابع اراده طرفین است. فروشنده با انتقال ملکیت نسبت به زمان قبل از عقد می‌خواهد کلیه امتیازات گذشته را نیز به خریدار انتقال دهد. مثلاً اگر در مرداد ماه شخص ثالثی به ماشین خسارتی وارد کرده، خریدار بتواند به عنوان مالک،

مطالبه خسارت و اقامه دعوا کند؛ و یا اگر وسیله نقلیه مزبور سهمیه خاصی از لوازم یدکی و... داشته و فروشنده آن را دریافت نکرده، خریدار جدید بتواند تحویل بگیرد.

بر این اساس است که توافق بر عقد بیع به طور جداگانه با توافق بر انتقال حق مالکیت به گذشته مطرح می‌شود، و قدرت بر اجرای تعهد اصلی و تبعی باید در دو زمان مختلف مورد بررسی قرار گیرد. در اول ماه مهر، مورد معامله باید قابلیت تسلیم و انتقال داشته باشد (قدرت بر اجرای تعهد اصلی) و در اول تیر ماه نیز این قابلیت باید موجود بوده باشد (قدرت بر اجرای تعهد تبعی). پس اگر معلوم شود که بایع در اول تیر مالک ماشین نبوده و یا ماشین در آن زمان دارای حالت و وضعیتی بوده که انتقال مالکیت مقدر نبوده، در این صورت شرط ضمن عقد به علت نامقدور بودن، طبق بند ۱ ماده ۲۳۲ ق.م. باطل است.

۲-۵- اشتراط قدرت در شرط صفت

اگر مورد تعهد متصف به وصف خاصی گردد، قدرت بر اجرای تعهد توصیف شده شرط صحت عقد است. مثلاً اگر مبیع موصوف به یک وصف حالی باشد قدرت بر تسلیم آن شرط صحت عقد بیع است و نفس اتصاف به یک وصف حالی در مبیع را نمی‌توان به قدرت و عدم قدرت مرتبط ساخت (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ۱۰۲/۲).

مثلاً اگر مبیع حیوان حاملی باشد و شرط شود که نوزاد آن نر یا ماده باشد یا وضع حمل در شهر معینی اتفاق بیفتد و یا حتی شرط شود که حیوان مورد معامله در فلان شهر حامله گردد (انصاری، ۱۳۷۶، ۷/۳). نفس اشتراط که باردار شدن حیوان باشد از قدرت مشروط علیه خارج است و لذا شرط به علت عدم مقدوریت باطل و بلا اثر است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ۵۰۵/۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۵۸/۳؛ مامقانی، ۱۴۰۴، ۲۳۳). اصولاً در مثال مذکور، این که به فعل مشروط علیه شرط شود یا به غیر او، تفاوتی ندارد؛ و در هر صورت شرط مندرج به علت عدم مقدوریت باطل است (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۳۶۸/۸).

در مبحث قدرت بر تسلیم مبیع موصوف، به نظر بعضی از فقهاء، اگر اشتراط بر یک صفت فعلیه در مبیع باشد، مصداق التزام به امر غیرمقدور نیست؛ زیرا اتصاف مبیع به آن صفت به منزله التزام مشروط علیه به ایجاد آن نمی‌باشد تا اشتراط آن از باب عدم مقدوریت موجب

غرر شود (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ۳/۵۶۳-۵۶۴). بعضی دیگر قائل به تفکیک شده و می‌گویند که باید میان اتصاف مبیع به یک وصف‌حالی و متصف شدن آن به وصفی در زمان مستقبل تفاوت قائل شد. اشتراط بر نوع اول، غیرمقدور و باطل نیست ولی اشتراط در نوع دوم، از مصادیق شرط غیرمقدور است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۲۲۳).^۱

به نظر می‌رسد که اگر مورد تعهد متصف به وصف خاصی گردد، این مورد تعهد موصوف باید قابلیت اجرا داشته باشد. مثلاً اگر مبیع، فرش دستبافت کاشان است، قدرت بر تسلیم فرش دستبافت کاشان شرط صحت عقد بیع است. ملاک و معیار مقدوریت تسلیم و تسلّم مبیع متصف به صفت مورد اشتراط هم عرف است.

۳-۵- اشتراط قدرت در شرط نتیجه

اگر در ضمن عقدی، نتیجه‌ای شرط شود، برای تحقق آن صرف اشتراط کافی است؛ البته اگر حصول آن نتیجه، موقوف به سبب خاصی نباشد (ماده ۲۳۶ ق.م.ا). شرط نتیجه گاهی همراه با ایجاد سبب است و گاهی هم بدون ایجاد سبب، و ممکن است اشتراط بر غایت مقصود به نحو اطلاق باشد.

اگر نتیجه، مقید بر عدم ایجاد سبب باشد در حالی که سبب خاصی برای آن لازم است، هیچ شکی در غیرمقدور بودن شرط نتیجه و بطلان آن بین فقها وجود ندارد. مانند آن که اگر در ضمن عقد بیع بر خریدار شرط شود که بدون اجرای صیغه عقد نکاح، زوجه بائع باشد (انصاری، ۱۳۷۶، ۳/۱۰؛ مامقانی، ۱۴۰۴، ۲۳۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ۲/۱۰۸؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ۲/۱۰۳)؛ چنین شرطی باطل است. چون هیچ کس بدون ادای صیغه عقد نکاح نمی‌تواند زوجه دیگری بشود. پس تعهد تبعی فوق که در قالب شرط نتیجه آمده به علت عدم قدرت بر اجرای آن باطل است.

اگر حصول شرط نتیجه، بر سبب خاصی متوقف نباشد، آن نتیجه با نفس اشتراط تحقق یافته و متصف به مقدوریت نمی‌باشد؛ یعنی اساساً بحث قدرت و عدم قدرت در مورد آن منتفی است. اما اگر موضوع شرط ایجاد سبب و مقدمات لازم برای تحقق نتیجه باشد، این

۱. «يمكن الفرق بأن اشتراط الماضي أولى من المقدور، بخلاف اللاحق».

در واقع شرط فعل است که داخل در مقدوریت است؛ یعنی بررسی قدرت و عدم قدرت درباره آن معقول و منطقی است. اگر شرط نتیجه مقید بر عدم ایجاد سبب است، شرط ضمن عقد مزبور به علت عدم قدرت بر اجرای تعهد تبعی محکوم به بطلان است. زیرا اصولاً شرط نتیجه باید از جمله اموری باشد که به سبب اشتراط حاصل شود (ایروانی غروی، ۱۳۷۹، ۶۴).

عده‌ای از فقهاء معتقدند که اگر قصد ایجاد سبب نیز کشف گردد، شرط نتیجه داخل در شرط مقدور است هر چند مقدور با واسطه باشد (علامه، ۱۳۷۵، ۸۰).

شرط نتیجه، اگر مقید بر عدم ایجاد سبب باشد در حالی که سبب خاصی برای آن لازم است، تعهد تبعی مذکور به علت تعذر اصلی که حالت مطلق دارد باطل است. از وحدت ملاک و عدم اختلاف در ماهیت تعهد اصلی و تبعی استفاده می‌شود که در ایجاد هر تعهدی بدون سبب به وجود آورنده آن، مورد تعهد قابلیت اجرا ندارد و در نتیجه به علت عدم مقدوریت محکوم به بطلان می‌گردد. مثلاً هر توافقی - چه در قالب عقد و چه شرط ضمن عقد - مبنی بر وقوع طلاق زوجه بدون ادای صیغه مخصوص طلاق، یا وقوع ازدواج با کسی بدون ادای صیغه نکاح، به علت عدم قدرت مطلق محکوم به بطلان است.

۴-۵- قدرت بر اجرای تعهد در تعهدات مؤجل و حال

اگر طرفین برای ایفاء تعهد موعدی قرار داده باشند تعهد «مؤجل» است ولی اگر برای انجام آن مدت معین نشده باشد اصطلاحاً تعهد «حال» گفته می‌شود. قلمرو قدرت بر اجرای تعهد هر دو نوع تعهد مذکور را شامل می‌شود.

در صورتی که تعهد مؤجل باشد، برای مثال اگر طرفین عقد بیعی برای تسلیم موعدی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعده شرط است نه در زمان عقد (ماده ۳۷۰ ق.م.ا). حتی اگر عرف و عادت نیز برای اجرای تعهد موعدی را مقرر دارد، قدرت بر اجرای تعهد در آن موعده، شرط صحت عقد موله آن است.

اما اگر تعهد حال باشد، قدرت بر اجرای تعهد در زمان انعقاد عقد ملاک خواهد بود (مواد ۳۴۸ و ۴۷۰ ق.م.ا). یعنی قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت عقد در زمان ایجاد

تعهد باید موجود بوده و تعهد حال صورت گرفته، قابلیت اجرا با فوریت عرفی را داشته باشد. به هر حال، ماهیت شرط قدرت بر اجرای تعهد در تعهدات مؤجل و حال فرقی نداشته و قلمرو این شرط شامل هر دو قسم تعهد می‌شود. فقط زمان تأثیر و تحقق شرط در این دو نوع تعهد با هم متفاوت است.

البته لازم به ذکر است که حدوث قدرت بعد از موعد مقرر در تعهدات مؤجل و بعد از زمان انعقاد در تعهدات حال، قادر نخواهد بود بطلان عقدی را که به علت عدم قدرت باطل شده، مرتفع سازد.

۵-۵- قدرت بر اجرای تعهد در تعهدات مستمر و آنی

از مهم‌ترین مصادیق تعهدات آنی و مستمر به ترتیب، تعهد به تسلیم مبیع و عین مستأجره است. با توجه به این که قانون مدنی در مواد ۳۴۸ و ۴۷۰ قدرت بر تسلیم مبیع و عین مستأجره را به عنوان شرط صحت بیع و اجاره ذکر کرده، می‌توان ادعا کرد که قلمرو قدرت بر اجرای تعهد، شامل تعهدات مستمر و آنی هر دو می‌گردد.

در تعهد مستمر، عامل زمان به طور صریح یا ضمنی دخالت دارد؛ مانند اجاره، وقف و تعهد به ترک فعل. البته باید در این نوع تعهدات، عنصر زمان به طور مستمر در نظر گرفته شود؛ پس اگر کسی وام بگیرد که در رأس سه ماه پس بدهد، تعهد وام گیرنده مؤجل است نه مستمر.

تعهد مستمر - چه ناشی از عقد باشد (مثل اجاره) و چه ایقاع - باید قابلیت اجرا داشته باشد. تعهد آنی نیز در مقابل تعهد مستمر قرار دارد و باید قدرت اجرای آن موجود باشد. البته در تعهدات آنی، قدرت بر اجرای تعهد در زمان پیدایش لازم است و لکن در تعهد مستمر در تمام مدت استمرار باید قدرت بر اجرا موجود باشد. زیرا تعهد در آنات زمان در حال پیدایش بوده و هر لحظه خود زمان ایجاد تعهد نیز هست. پس فقدان قدرت در هر یک از لحظه‌ها، عاملی برای بطلان تعهد نسبت به آینده است، چرا که تعهدات قبل از تعذر به نحو صحیح انجام شده است.

در تعهدات آنی، ملاک مواد ۳۴۸ و ۳۷۲ قانون مدنی جاری است. به این معنا که عدم

قدرت اصلی (تعذر اصلی)، عامل بطلان کل تعهد یا قسمتی از تعهد خواهد بود که در صورت اخیر، اگر تعهد قابل تجزیه باشد، متعهد له بر اساس ماده ۴۴۱ ق.م. خیار تبعیض صفقه دارد. بنابراین تعذر اصلی در تعهد آنی، علت بطلان و گاهی هم باعث اجرای خیار تبعیض صفقه به علت بطلان قسمتی از تعهد می‌شود.

ولی در تعهدات مستمر، قدرت انجام تعهد مستمر در هر لحظه، شرط تحقق تعهد است و فقدان قدرت بر تسلیم در هر لحظه باعث بطلان عقد مولد آن نسبت به آینده می‌گردد.

مثلاً تعهد موجر یک تعهد مستمر است. او باید عین مستأجره را برای تمام مدت اجاره در اختیار مستأجر قرار دهد. قدرت بر تسلیم عین مستأجره نیز شرط صحت عقد اجاره است (ماده ۴۷۰ ق.م.). اگر موجر در زمان تسلیم، قادر بر تسلیم بعضی از عین مستأجره باشد (مثلاً اگر موجری قرار بوده ۱۰ دستگاه اتوبوس را به مدرسه‌ای اجاره داده و تسلیم نماید، ولی او فعلاً قادر بر تسلیم ۷ دستگاه است)، مستأجر به استناد ماده ۴۴۱ ق.م. - که مختص بیع نیست - می‌تواند از خیار تبعض صفقه استفاده کند. اما اگر در اثناء مدت اجاره یک دستگاه اتوبوس معیوب شده و از قابلیت انتفاع بیفتد، اجاره همان یک دستگاه از تاریخ عیب باطل خواهد بود (ماده ۴۸۱ ق.م.) و خیار تبعض صفقه نیز وجود ندارد. زیرا در تعهدات مستمر، قدرت بر تسلیم از آغاز تا پایان معتبر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۷۷/۱-۷۸).

به نظر می‌رسد که در زمان انعقاد عقد اجاره که تعهد مستمر موجر مبنی بر تسلیم عین مستأجره به وجود می‌آید باید قدرت بر تسلیم عین مستأجره موجود باشد (ماده ۴۷۰ ق.م.) و الا عقد اجاره باطل می‌گردد. البته فقط تعذر مطلق در اثناء مدت اجاره، عامل بطلان عقد اجاره نسبت به آینده است (ماده ۴۸۱ ق.م.) که عملاً تأثیر انفساخ را خواهد داشت (ماده ۴۸۳ ق.م.).

ولی تعذر نسبی در زمان انعقاد عقد، هیچ خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند و در اثناء مدت اجاره نیز هرگز عامل بطلان عقد - حتی نسبت به آینده - نخواهد بود، ولی می‌تواند عاملی برای خیار فسخ باشد (ماده ۴۸۰ ق.م.).

گاهی در بعضی از موارد به جهت وجود نص خاص، مستأجر موظف به دادن فرجه و فرصت تا حد متعارف به موجر برای تسلیم عین مستأجره جهت استفاده مستأجر است. مثلاً طبق

ماده ۱۵۷ قانون دریایی ایران، اگر فرمانده مجبور شود در ضمن مسافرت، کشتی را تعمیر کند، مستأجر باید به حد متعارف صبر کند و اگر فرمانده متوجه شد که ادامه سفر در مدت متعارف ممکن نیست باید کشتی دیگری کرایه کند و الاً مسوول پرداخت خسارت خواهد بود.

در ماده مذکور، تعذر نسبی باعث بطلان عقد اجاره نسبت به آینده نشده و باعث تحقق خیار نیز برای مستأجر نگردیده است؛ هر چند اصولاً می‌بایست این تعذر باعث پیدایش حق خیار برای مستأجر می‌شد.

ماحصل کلام آن که شرط قدرت بر اجرای تعهد در عقود یا تعهدات آنی و مستمر با هم متفاوت و محتاج تعیین تکلیف صریح از ناحیه قانونگذار است.

۶- نتیجه

قدرت بر تسلیم به طور خاص در فقه امامیه و قدرت بر انجام مورد معامله به طور عام در حقوق تعهدات، یکی از شرایط صحت عقد است و مال باید به گونه‌ای تحت اختیار متعهد له یا نماینده قانونی او قرار بگیرد که توانایی تصرف و انتفاع از مورد تسلیم وجود داشته باشد. مفهوم «قدرت بر تسلیم» دارای سابقه فقهی می‌باشد و تقریباً تمام فقها هنگام ورود در بحث بیع از این مفهوم، به عنوان عنصر ضروری معاملات و قراردادهای سخن گفته‌اند. قانون مدنی تحت تأثیر فقه امامیه بسیاری از قواعد معاملات - و از جمله شرط قدرت بر تسلیم - را در بحث عقد بیع جای داده است، در حالی که این شرط ویژه عقد بیع نیست، بلکه قاعده‌ای عمومی و عقلایی می‌باشد که مورد تأیید شرع نیز قرار گرفته است.

شرط یاد شده در عقود معلق، علاوه بر آن که درباره مورد تعهد قابل بررسی بوده، برای معلق علیه نیز مطرح است و معلق علیه باید دارای وضعیت و حالتی باشد که قابلیت تحقق داشته باشد. به عبارت دیگر، معلق علیه باید مقدور باشد و نامقدور بودن معلق علیه عامل بطلان عقد معلق است. در عقود عینی، بهتر است تا قدرت بر تسلیم را در کنار قبض و قباض به طور جداگانه شرط صحت بدانیم. در واقع، رابطه این دو شرط، عموم و خصوص من وجه است که مصداق مشترک آن‌ها حالتی است که مورد معامله قابلیت قبض دارد و

قبض عملی نیز صورت پذیرفته است. ملاک قابلیت قبض و قبض عملی هم عرف است. پس شرط قدرت بر تسلیم شامل عقود عینی یا تعهدات عینی نیز می‌گردد. در عقود مبتنی بر مسامحه، با توجه به منتفی بودن عنصر غرر، کفایت علم اجمالی به موضوع تعهد در انعقاد آن و این که معلوم بودن موضوع از هر جهت، از جمله شرایط صحت عقد به شمار نمی‌آید، قدرت بر تسلیم نیز از عناصر تشکیل این قراردادها نبوده و بدون وجود آن هم عقد صحیح تلقی می‌شود. البته لازم به ذکر است که می‌توان موضوع را این گونه نیز مطرح کرد که علم و اطمینان بر وجود توانایی انجام تعهد ضروری نبوده و صرف انتظار متعارف بر امکان اجرای تعهد در تحقق شرط قدرت بر تسلیم کفایت می‌نماید. علاوه بر این، قانون مدنی به صراحت قدرت بر اجرای تعهد را در شرایط صحت ایقاع قرار نداده، ولی اتحاد مبانی در عقد و ایقاع اقتضا دارد که شرایط صحت عقد و ایقاع به عنوان مصادیق مختلف عمل حقوقی یکنواخت باشد. بنابر این قدرت بر اجرای تعهد به عنوان شرط صحت عمل حقوقی مورد لحاظ قرار می‌گیرد و عقد و ایقاع در شرایط صحت تفاوت اساسی با همدیگر ندارند. از طرف دیگر، قدرت بر اجرای تعهد به معنی عام و گسترده آن در تمامی مراحل ایجاد و استمرار و پایان تعهد قابل بررسی است؛ ولی در هر یک از مراحل فوق، در عمل و با توجه به مصادیق قراردادهای مختلف چهره شرط و ماهیت و آثار آن متفاوت خواهد بود. بنابراین قلمرو شرط قدرت بر تسلیم، تمامی تعهدات ناشی از عمل حقوقی را دربرمی‌گیرد؛ البته تعهداتی که اجرای آن‌ها با اجرای عمل حقوقی رابطه داشته و مورد قصد مشترک طرفین قرار گرفته باشد.

نتیجه نهایی و پیشنهاد اساسی حاصل از همه این تحلیل فقهی و حقوقی و بررسی‌ها و نقدها این است که استقلال و عمومیت شرط قدرت بر اجرای تعهد، باید برای کلیه اعمال حقوقی لازم دانسته شود، زیرا شرط مذکور برای صحت کلیه اعمال حقوقی ضروری است و ایقاعات را نیز شامل می‌شود. پس در قبول شرط قدرت بر اجرای تعهد، هیچ فرقی در نوع عمل حقوقی (عقد یا ایقاع) و نوع عقد (تملیکی، عهدی، رضایی، عینی و...) و نوع مورد تعهد (انتقال مال، انجام عمل) وجود ندارد. لذا به قانونگذار پیشنهاد می‌شود که مواد مرتبط با شرط قدرت بر تسلیم در قانون مدنی اصلاح شود.

منابع

- ۱- اراکی، محمد علی (۱۴۱۵ق)، کتاب البیع، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، چ ۱، قم: مؤسسه در راه حق.
- ۲- اردبیلی (مقدس اردبیلی)، احمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹ (دوره ۱۴ جلدی)، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۳- السان، مصطفی (۱۳۹۳)، بررسی مبانی و شرایط اعمال خیار تفریس، مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ص ۲۹-۵۰.
- ۴- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۱۱، تهران: اسلامیه.
- ۵- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۶)، مکاسب، دوره ۳ جلدی، چ ۴، قم: انتشارات دهقانی (اسماعیلیان).
- ۶- ایروانی غروی، میرزا علی (۱۳۷۹ق)، حاشیه مکاسب، کتاب الخیارات، چ ۲، تهران: مطبعه رشديه.
- ۷- الجبعی العاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۳ (دوره ۱۰ جلدی)، قم: کتابفروشی داوری.
- ۸- الجبعی العاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۳ق)، مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱۲ (دوره ۱۵ جلدی)، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ۹- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۳)، حقوق تعهدات، ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۰- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۹)، رهن و صلح، ج ۱، چ ۱، تهران: ابن سینا.
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، عقد کفالت، چ ۳، تهران: گنج دانش.
- ۱۲- جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳ق)، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)، ج ۴ (دوره ۲۰ جلدی)، چ ۱، قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی.
- ۱۳- حائری، مسعود (۱۳۷۰)، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، چ ۱، تهران: کیهان.
- ۱۴- حلّی (محقق حلّی)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۸ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲-۳ (دوره ۴ جلدی)، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۱۵- قانون مدنی.
- ۱۶- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: حقوقدان.
- ۱۷- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ق)، هدایه الطالب الی اسرار مکاسب، ج ۳ (دوره ۳ جلدی)، چ ۱، تبریز: اطلاعات.

- ۱۸- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق)، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلالت*، ج ۸ (دوره ۱۷ جلدی)، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البتیت.
- ۱۹- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۰ش)، *حاشیه‌ی مکاسب*، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، چ ۴، قم: اسماعیلیان.
- ۲۰- علامه، سید مهدی (۱۳۷۵)، *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، چ ۱، اصفهان: انتشارات مانی.
- ۲۱- غروی اصفهانی (کمپانی)، محمد حسین (۱۴۱۹ق)، *حاشیه‌ی کتاب‌المکاسب*، چ ۱، قم: ذوی‌القربی.
- ۲۲- فنوانی، جلیل و دیگران (۱۳۷۹)، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، ج ۱، چ ۱، تهران: سمت.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، *اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع*، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *ایقاع*، چ ۴، تهران: میزان.
- ۲۵- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۱، چ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۶- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۲، چ ۳، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- ۲۷- کاشف‌الغطاء، علی (۱۴۲۲ق)، *شرح‌خيارات‌اللمعه*، چ ۱، قم: مؤسسه‌ی نشر الاسلامی.
- ۲۸- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۵)، *تعهدات ناشی از قرارداد در حقوق اسلامی*، مقالات حقوقی، ج ۱، چ ۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۹- مامقانی، عبدا... (۱۴۰۴ق)، *مناهج‌المتقین فی فقه‌ائمه‌الحق و‌الیقین*، قم: مؤسسه‌ی آل‌البتیت.
- ۳۰- موسوی بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۷۷ش)، *القواعد‌الفقهیه*، ج ۳ (دوره ۷ جلدی)، چ ۱، قم: نشر‌الهادی.
- ۳۱- موسوی خمینی، روح‌ا... (۱۴۲۱ق)، *کتاب‌البیع*، ج ۱ (دوره ۵ جلدی)، چ ۱، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار.
- ۳۲- موسی، محمد یوسف (۱۹۵۸م)، *الفقه‌الاسلامی: مدخل‌لدراسه‌نظام‌المعاملات‌فیه*، چ ۳، مصر: دار‌الکتاب‌العربی.
- ۳۳- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲ش/۱۴۰۴ق)، *جواهر‌الکلام فی شرح‌شراعی‌الاسلام*، ج ۳۷ (دوره ۴۳ جلدی)، چ ۷، بیروت: دار‌الاحیاء‌التراث‌العربی.
- ۳۴- نجفی خوانساری، موسی (۱۳۷۳ق)، *منیه‌الطالب فی حاشیه‌ی مکاسب (تقریرات میرزای نائینی)*، دوره ۲ جلدی، چ ۱، تهران: المکتبه‌المحمدیه.