

## تملك به نفع ثالث در حقوق ايران و فقه

رضا كاشانی<sup>۱</sup>

دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران

حورا كاشانی

دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران

### چکیده

مالکیت از موضوعات مهم اقتصادی است و هدف از جعل آن اعطای حق تصرف به مالک است. زمین در طی قرون و اعصار همواره یکی از اساسی‌ترین منابع تأمین ثروت بشر بوده و از این جهت، ایجاد و اکتساب مالکیت آن شایان توجه است. انتقال مالکیت غالباً به وسیله توافق دو اراده آزاد تحقق می‌پذیرد و این امر که بتوان با اراده انشایی یک طرف، مالی را به دیگری منتقل نمود، به نحوی که بدون اعمال اراده منتقل‌الیه آن مال، وارد ملکیت و دارایی وی شود، به دلیل تعارض با استقلال و آزادی افراد مورد اقبال واقع نشده است. با بررسی متون فقهی و قوانین موضوعه‌ی ایران، این نتیجه به دست می‌آید که مهم‌ترین اسباب تملک اراضی برای اشخاص حقیقی، عقود به ویژه عقد بیع است. پس از عقود، شایع‌ترین سبب تملک اراضی برای اشخاص حقیقی ارث است. برای اشخاص حقوقی عقد بیع و نص قوانین موضوعه از مهم‌ترین اسباب تملک اراضی است. در مورد تملک اراضی موات از طریق احیای آن‌ها، در قوانین موضوعه‌ی ایران تعارض آشکاری دیده می‌شود. از نظر برخی نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز، قانون مدنی همچون نظر مشهور فقها اراده انشایی یک طرف را به طور ابتدایی در ایجاد ملکیت برای دیگری، خلاف قاعده می‌داند و جز در موارد استثنایی آن را طرد می‌نماید، اما اینکه این نظر تا چه اندازه در سیستم حقوقی ایران پذیرفته شده، قابل تأمل است.

واژگان کلیدی: ملک، تملک، شخص ثالث، حقوق ایران، فقه

<sup>۱</sup> نویسنده مسئول: rezakashani462@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۲/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۱۹

انتقال مالکیت به وسیله توافق دو اراده تحقق پیدا می‌کند و این امر که بتوان با اراده انشایی یک طرف، مالی را به دیگری منتقل نمود، به نحوی که بدون اعمال اراده منتقل‌الیه آن مال، وارد ملکیت و دارایی او گردد، به دلیل تعارض با استقلال و آزادی افراد مورد قبول واقع نگردیده است. در حقوق ایران قانون‌گذار در ماده ۱۹۶ قانون مدنی ایجاد تعهد به سود ثالث را در قالب شرط ضمن عقد پذیرفته است. حقوقدانان اصل نسبی بودن قراردادها را محترم می‌شمارند. از طرفی تملک نیازمند واسطه‌ای که همان اعمال اراده است برای تملک می‌باشد. شهید اول (ره) در کتاب «القواعد و الفوائد» قاعده‌ای را به این شرح مطرح کرده است: «الغالب فی التملیکات تراضی اثنین و قدیکفی الواحد فی مواضع...» مطابق این قاعده، غالباً در تملک اموال تراضی دو کس و دخالت دو اراده لازم است. اراده کسی که مال از ملکیت او خارج می‌شود و اراده کسی که مال بر ملکیت او در می‌آید اما در بعضی از موارد رضایت یک تن کافی است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۴).

باید توجه داشت که بر خلاف تصور برخی از نویسندگان که مفاهیم مختلف اصل اثر نسبی بودن قرارداد را از یکدیگر تفکیک نکرده‌اند، مقصود از این قاعده اصل اثر نسبی قرارداد به مفهوم کنونی آن نیست. شهید اول اصل لزوم تراضی در تملیک را نه به عنوان قاعده‌ای غیر قابل استثناء بلکه به عنوان الغالب مطرح کرده و پس از ذکر آن بلافاصله موارد استثناء را، یعنی مواردی را که با یک اراده تملیک و تملک صورت می‌پذیرد، احصاء کرده است؛ مانند اخذ به شفعه، مقاصه، استفاده از طعام غیر از باب اضطرار در مخمسه، لقطه، فسخ یک‌جانبه قرار داد، حیازت مباحات و احیاء اموات (طالب احمدی، ۱۳۹۰، ص ۲۴). در طول تاریخ مالکیت نقش مؤثری بر زندگی انسان‌ها گذاشته، عامل بسیاری از حرکات و تحولات بزرگ در جهان شده است. بسیاری از افراد برای رفع نیازها و دستیابی به امکانات تلاش و فعالیت می‌کنند و برای تملک اموال منقول و غیرمنقول دست به هر اقدامی زده، در این راه جنگ‌ها و قتل و غارت‌هایی به راه انداخته‌اند، چرا که در ظاهر داشتن اموال و مالکیت، آسایش و رفاه ظاهری را به دنبال دارد، اما در واقع مالکیت سرمنشأ بسیاری از گرفتاری‌های انسان‌هاست و قانون‌گذاران نیز همواره در تلاش بوده و هستند تا با وضع قوانین مناسب به این گرفتاری‌ها پایان بخشند؛ در ایران نیز با اینکه حقوق مدنی بر یکی از غنی‌ترین سوابق تاریخی نهاده شده است و از آراء و نظریات علمای اسلامی برخوردار است لیکن با توجه به سختی‌ها و دشواری‌های زندگی مدرن امروز در برخی موارد با تنگناها یا نواقصی همراه است و همین امر باعث ارائه استدلال‌ها و نظرات متفاوت و مختلفی از جانب فقها و حقوقدانان شده است.

یکی از مظاهر بارز این اختلافات در بحث تعیین زمان انتقال مالکیت ظهور و نمود یافته است که منجر به بیان دیدگاه‌های مختلفی نیز شده است. یکی از موارد بحث‌برانگیز؛ اختیار طرفین قرارداد در تعیین زمان دلخواه خود برای انتقال مالکیت می‌باشد که رایج‌ترین نمونه آن را در حقوق ایران می‌توان در بحث خرید و فروش ساختمان‌های ساخته نشده یافت. از مدت‌ها پیش زمان انتقال مالکیت در حقوق ایران منشأ بحث و اظهارنظرهای متفاوتی بوده است، عده‌ای از حقوقدانان انتقال مالکیت را همزمان با بیع و ایجاب و قبول دانسته‌اند؛ اما برخی دیگر بر این باورند که برخلاف آنچه بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران مقرر کرده است؛ انتقال مالکیت همزمان با بیع و ایجاب و قبول واقع نمی‌شود بلکه طرفین قرارداد می‌توانند با توافق خویش آن را تغییر دهند.

از اسباب تملیک که می‌توان نفعی را برای ثالث قرارداد می‌توان به احیای اراضی اموات و حیازت اشیاء مباحه، عقود و تعهدات، اخذ به شفعه و ارث نام برد که به موجب نظریه ایقاع در فقه امامیه، این امکان وجود دارد که با یک اراده حقی برای انشاء کننده به وجود آید یا دینی بر عهده او قرار گیرد یا رابطه حقوقی غیر نافذی تنفیذ یا رابطه نافذی گسسته شود و مانند این‌ها. بسیاری از فقیهان، با ابتناء بر این نظریه در مواردی مانند وقف، وصیت، جعاله و اخذ به شفعه، آثار ناشی از عمل حقوقی را منبعث از یک اراده می‌دانند.

در این تحقیق به مصادیق، اسباب و احکام تملک به نفع ثالث و جایگاه آن در حقوق ایران و فقه خواهیم پرداخت.

## ۱- بررسی حق مالکیت

امامی در تعریف حق مالکیت آورده‌اند: «مالکیت حقی است که شخص نسبت به عین خارجی دارد و می‌تواند هرگونه تصرف در آن بنماید و هرگونه انتفاع از آن ببرد، مگر آن که قانون استثنا کرده باشد» (امامی، ۱۳۸۵، ص ۳۵). در تعریفی دیگر آمده: «مالکیت حقی است که به مقتضای آن چیزی در تحت اراده‌ی شخصی قرار گیرد به طوری که حق به او اختصاص داشته، به موجب آن بتواند هرگونه انتفاعی از آن برده و در حد قانون در آن تصرف نماید.» از مالکیت تعاریف متعددی شده، از جمله آن: «مالکیت از لحاظ حقوقی و از دید قانونی یعنی حق و سلطه بر شی برای به کار بردن و استفاده از آن یا واگذار کردن به دیگری تحت هر عنوان مانند فروش، صلح، اجاره دادن یا تعویض آن به مال دیگر و حتی از بین بردن آن.» تعریف فوق بیشتر بر جنبه مطلق بودن مالکیت به عنوان یکی از اوصاف مالکیت تأکید دارد. گرچه در قانون مدنی تعریفی از حق مالکیت نیامده است، ولی ماده ۳ آن قانون در خصوص اوصاف مالکیت بیان می‌دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» طبق صراحت این ماده قانونی، مالک حق هرگونه تصرف را در ملک خود دارد و استثنای این قاعده باید در قوانین مصرح باشد، «در حقوق کنونی این استثناءها چنان فراوان است که به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت» (کاتوزیان، کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۴۹).

در تعریف جامع‌تر از حق مالکیت، ذکر چند نکته ضروری می‌باشد. نخست اینکه مالکیت کامل‌ترین حق عینی است که انسان می‌تواند در مال داشته باشد و سایر حقوق عینی از شاخه‌های این امر است، چنانکه حقی ارتفاق و حق انتفاع که از حقوق عینی اصل هستند از شاخه‌ها و توابع مالکیت به شمار می‌روند. دوم اینکه، مال و ملک دارای تعاریف متفاوتی هستند. «مال چیزی است که له علت شرایط خاص خود از نظر عقلاً دارای ارزش و اعتبار شده است، اعم از آنکه به کسی اضافه داشته یا نداشته باش، اما ملک احاطه و تسلطی است که کسی بر چیزی دارد، اعم از آنکه بالفعل دارای ارزش باشد یا نباشد.» مالکیت دارای اوصافی متعدد است از جمله مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن. مطلق بودن مالکیت که در مطالب قبا بدان اشاره شد. در خصوص تعریف انحصاری بودن حق مالکیت می‌توان گفت: «مالک می‌تواند هر تصرفی را که مایل باشد در ملک خود بکند و مانع از تصرف و انتفاع دیگران شود، هر چند که این امر زیانی هم به مالک وارد نکند.» مطابق ماده ۳۱ ق.م؛ «هیچ مالی را از تصرف مالک آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.» و مواد ۳۸ ق.م در باب ضمانت اجرای حق مالیت، غاصب به رد عین ملک و منافع آن مکلف می‌نماید و در قوانین جزایی نیز ضمانت‌اجراهای مؤثری در دفاع و حمایت از حق مالکیت لحاظ گردیده است. دائمی بودن مالکیت نیز به عنوان یکی از اوصاف مالکیت بدین معنا است که طبیعت آن با موقتی بودن منافات دارد و فقط ممکن است به یکی از اسباب انتقال به دیگری واگذار شود. وقتی فردی مالک چیزی باشد تا زمانی که مالک است بدون مقید بودن به زمانی خاص، حق استفاده و بهره برداری از آن چیز را دارد.

در حقوق ما، ارتباط عین مال با حق مالکیت نیز گاه قطع می‌گردد. موضوع حق مالکیت از بین می‌رود و دیگری زمانی است که مالک عین مال را وقف می‌نماید و مال موقوفه از مالکیت او خارج می‌شود و حتی به منتفعان نیز انتقال نمی‌یابد. همچنین مواردی که مالک از حق خود اعتراض نماید، حق مالکیت گرچه انتقال نمی‌یابد ولی مال در شمار مباحات در می‌آید و در اثر حیات، حق مالکیت برای دیگری ایجاد می‌شود. از نتایج دائمی بودن مالکیت، دیگر اینکه حق مالکیت در اثر معطل ماندن از بین نمی‌رود، یعنی مرور زمان در اصل حق تأثیری ندارد. البته در خصوص مالکیت زمین بر این قاعده استثنائات متعدد وارد آمده که غالباً نیز منشأ شرعی دارد، از جمله در خصوص املاکی که با حیات تملک می‌شود، برخی بر این نظر هستند که بر اثر بایر شدن اراضی، این نوع مالکیت از بین می‌رود و در زمره اموال عمومی در می‌آید که البته نوعی انتقال قهری مالکیت است و نه از بین رفتن مالکیت (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۱۳).

۲- تملک

صاحب جواهر ملک را اهلیت و شایستگی مالک شدن می‌داند و وجود ملکیت حقیقی در آن را انکار می‌کند (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۳۶۴). ولی اهلیت به معنای وضعیتی کلی است که شرع و قانون برای شخص در نظر می‌گیرد و بر اساس آن، وی می‌تواند دارنده حق و تکلیف شود (اهلیت تمتع) و نیز حق و تکلیف خود را اعمال کند (اهلیت استیفا)؛ اما ملک ملک توانایی و حق مالک شدن نسبت به شیء خاصی است. افزون بر این، می‌توان گفت اهلیت از زمره احکام است؛ ولی ملک از زمره حقوق است. محقق کرکی ملک را قدرت بر تملک به واسطه یک سبب نزدیک معنا می‌کند و در توضیح آن اضافه می‌کند که در مورد آن، سببی (مُعِدَّ) که با وجود آن، حصول ملکیت بسیار نزدیک است. توضیح مذکور این شبهه را پیش می‌آورد که در این صورت، تفاوت آن با اهلیت تملک که هر انسان کاملی از آن برخوردار است، چیست؟ ایشان در پاسخ می‌گویند در موارد ملک ملک، قدرت به تملک شیء خاصی تعلق گرفته است؛ مانند تملک غنیمت که اختصاص به غنمین دارد. در تعریف اسباب تملک گفته شده «وسایل قانونی که شخص از طریق آنها می‌تواند مالی به‌عنوان مالکیت به دست آورد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۸). در این خصوص باید گفت، در روزگاری که قانون مدنی ایران در حال تدوین و نگارش بود، شهرت قانون مدنی فرانسه به اندازه‌ای بود که قانون‌گذاران سایر کشورها کم و بیش از آن نمونه الهام گرفته و نخستین قانون مدون را می‌ستودند.<sup>۲</sup>

۲-۱- حق تملک

رابطه دارنده ملک با مال، اولاً، رابطه حقیقی است؛ ثانیاً، موضوع این حق، عمل تملک است. در بسیاری از متون فقهی، از ملک ان‌یم‌ملک به «استحقاق تملک» تعبیر شده است. شهید ثانی حق شفعه را که از مصادیق آشکار ملک است، به «استحقاق تملک» تفسیر می‌کند و آن را در مقابل «استحقاق ملک» قرار می‌دهد. علامه حلی درباره مصادیق مهم این مسئله یعنی حق شفعه، حق واهب در رجوع، حق رجوع زوج، حق عامل در مضاربه و وصیت تعبیر «حق تملک» را به کار برده، محقق کرکی از تعبیر «حق مؤکد» استفاده کرده است. اطلاق واژه ملک بر حق، در فقه شایع است (حلی، ۱۴۰۹ ه. ص ۷۶). بر اساس مطالب پیش‌گفته، حق خیار را به «ملک فسخ‌العقد» تعریف کرده‌اند و واژه ملک در این تعریف، به سلطنت تفسیر شده است، نه به معنای متعارف آن یعنی اختصاص داشتن چیزی به کسی؛ بنابراین رابطه دارنده ملک ان‌یم‌ملک با مالی که موضوع آن است، رابطه حقیقی می‌باشد؛ یعنی مقصود از واژه ملک در «یم‌ملک»، ملکیت به معنای خاص و اصطلاحی آن در فقه است. مورد بحث اینجاست که مقصود از واژه ملک که در ابتدای این نظریه به کار رفته است، چیست؟ با توجه به آنچه در توضیح نظریه اول (ملکیت) گفته شد، به نظر می‌رسد حمل واژه ملک، بر معنای اصطلاحی آن یعنی اختصاص داشتن موضوع ملک به مالک نیز صحیح است؛ زیرا متعلق ملک در اینجا عمل تملک است، نه مالی که موضوع تملک باشد؛ پس مقصود نهایی از این نهاد این است که عمل تملک به دارنده ملک اختصاص دارد و وی نسبت به دیگران در تملک اولویت دارد. در نتیجه، از لحاظ فقهی و فنی، دارنده ملک پیش از اعمال اراده خود، رابطه مالکانه با مال موضوع ملک ندارد و مالک شدن وی نیازمند واسطه‌ای است که همان اعمال اراده است؛ ولی چون این واسطه به دست خود اوست و به عوامل خارجی وابسته نیست، عرف ممکن است این واسطه را نادیده یا کمرنگ تلقی کند و وی را دارای سلطه مستقیم بر موضوع حق بداند؛ زیرا به طور معمول، اغلب یا همه اشخاص این سلطه را اعمال می‌کنند و مالک می‌شوند. شاید با توجه به همین نکات باشد که برخی فقها ملک ملک را ملکیت بالقوه دانسته‌اند و برخی آن را گاه از مراتب ملک و گاه از پایین‌ترین مراتب ملک به شمار آورده‌اند. از سوی دیگر، عدم تحقق ملکیت فعلی و منوط بودن آن به خواست و اراده دارنده ملک را

<sup>۲</sup> - در همین رابطه باید گفت نظریه اهمیت ویژه ای که در قرن هجدهم میلادی برای مالکیت خصوصی و این حق قائل بودند، نویسندگان قانون مدنی فرانسه نظریه اسباب تملک راچنان آراستند که ارث وقواعد عمومی تعهدات وقراردادها نیز درزمره این اسباب قرارگیرد (مواد ۷۱۱ به بعدقانون مدنی فرانسه).

نمی‌توان نادیده گرفت. شاهد مدعا اینکه درباره برخی مصادیق این بحث مانند حق شفعه و لقطه، تعبیر به اختیار تملک شده است. همچنین در مورد حق غانمین، تعبیر اختیار ملک نیز به کار رفته است (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ه.ق، ص ۱۴۹).

#### ۲-۱-۱- اسباب تملک ارادی

با عنایت به همین ریشه است که کسی که گره‌ای در زندگی او به وجود آمده و بر شخصیت وی تأثیر گذاشته است، «عقده‌ای» گویند و یا آوردن الفاظ گنگ و نامأنوس در کلام را که باعث گره خوردن معانی و سر در گمی مخاطب در یافتن معنای سخن می‌شود، «تعقید در کلام» می‌نامند.

در اصطلاح حقوقی، عقد یکی از مصادیق «اعمال حقوقی» است و مصداق دیگر آن، ایقاع است. مراد از اعمال حقوقی نیز آن دسته از پدیده‌های حقوقی‌اند که آنچه در درجه اول در ترتب آثار حقوقی بر آنها نقش دارد، اراده اشخاص است؛ برخلاف «وقایع حقوقی» که آثار حقوقی آنها به اراده شخص مربوط نشده، بلکه به حکم قانون مترتب می‌گردند و به نوبه خود ممکن است واقعه‌ای ارادی باشد؛ مثل غصب و اتلاف، یا واقعه‌ای غیر ارادی باشد، مثل فوت، تولد، حوادث قهری و...

اولین ماده در قانون مدنی ایران که مواد مربوط به قواعد عمومی قراردادها به طور مشخص از آنجا شروع می‌شود، ماده ۱۸۳ می‌باشد. این ماده در تعریف عقد این‌گونه گفته است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد» این ماده ترجمه و اقتباسی از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه است. قانون‌گذار فرانسه در این ماده عقد را این‌گونه تعریف می‌کند: «عقد عبارت است از تراضی دو طرف بر تعهد انتقال مالکیت و یا تعهد انجام عمل یا تعهد ترک عمل معینی»

با توجه به ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران باید گفت، به وسیله عقد رابطه‌ای حقوقی بین دو یا چند نفر به وجود می‌آید. پذیرفتن عقد به عنوان یکی از اسباب ایجاد تملک و حق، ناشی از اصل حاکمیت اراده است. در فرهنگ حقوقی ایران به پیروی از عقیده حاکمیت اراده، تعهد تنها از عقد و قرارداد حاصل می‌شود. عقد سبب ایجاد تعهد و تعهد، مسبب آن است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۵۸).

#### ۲-۱-۲- اسباب تملک قهری

درباره تملک قهری باید گفت، در حقیقت مالک شدن است که در آن شخصی که مالک چیزی می‌گردد، قصد مالک شدن آن را نکرده است، بلکه به موجبی که قانون‌گذار وضع کرده است مالک آن شیء می‌گردد، به‌عنوان مثال در مورد تملک وراثت به سبب ارث، وارث، قصد مالک شدن ترکه را نکرده است لیکن مقررات فقه اسلام او را به‌صورت قهری و بدون اینکه اراده کند مالک برتر که شناخته است. در ادامه به دو مورد از مهم‌ترین این اسباب اشاره خواهیم کرد.

ارث یکی از اسباب تملک است که به موجب آن اموال شخص بعد از مرگ به خویشاوندان وی خواهد رسید و همان طور که در بالا بیان شد، از این جهت در دسته اسباب تملک قهری جای می‌گیرد که در حقیقت وارث بدون اینکه قصد تملک ترکه را داشته باشد پس از فوت مورث مالک ترکه می‌شود.

در روزگاران گذشته، مالکیت فردی را حقی مقدس می‌دانستند و قانون‌گذاران از تجاوز به آن بیم داشتند و سلب آن را، به ویژه بدون پرداخت قیمت عادلانه، مخالف حقوق فطری می‌دانستند، لیکن در شرایط فعلی اقتضای حفظ مصالح عمومی بر آن است که محدودیت‌هایی بر «اصل آزادی مالکیت»<sup>۳</sup> اجرا شود زیرا همانطور که پیش‌تر بیان شد، مالکیت به معنی سلطه و استیلاء مالک بر مال می‌باشد و چنانچه هر مالک بتواند هر نوع استیفاء از مال خویش ببرد و سلطه مالکانه او مهار نگردد این امر، نقض غرض قانون‌گذار جهت حفظ نظم عمومی و تأمین عدالت در اجتماع می‌باشد که با توجه به موارد یاد شده

<sup>۳</sup> در تعریف اصل آزادی مالکیت گفته اند: «آزاد بودن اشخاص (حقیقی و حقوقی) در مرحله تملک (ارادی یا قهری) مال‌های منقول و غیرمنقول و نیز آزاد بودن در اداره اموال خود می‌باشد.»

قانون‌گذار جدید در راه حفظ مصالح اجتماعی در مواردی بسیار، تصرفات مالک را محدود و حتی سلب مالکیت را تجویز کرده است.

قوانین و مقررات خاصی در موضوعات مختلف، همچون اصلاحات ارضی، ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، سهم شدن کارگران در سود کارخانه‌ها، حفظ و حراست آب‌های سطحی و زیرزمینی، بهره برداری از معادن، روابط مالک و مستأجر، حفظ آثار ملی، توسعه معابر و ... اختیارات مالک را محدود و یا سلب مالکیت را در راه مصلحت عمومی پیش‌بینی کرده است و تخلف از این مقررات و عدم رعایت حدود مزبور در حقیقت تجاوز از حق به شمار می‌آید نه اعمال حق (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۱۷۵). البته برخی از حقوقدانان (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۳۴)؛ به شدت بر این موضوع تاخته و آن را این‌گونه مورد انتقاد قرار داده‌اند: «اگر در شوروی سابق بر پایه اندیشه‌های مارکسیستی و با ارتکاب جنایاتی که در کارنامه سیاه نظام کمونیستی این کشور به ثبت رسیده است؛ از مردم سلب مالکیت شد و اقتصاد دولتی در آن کشور استقرار یافت، این سلب مالکیت‌ها با اندیشه‌های مارکسیستی که رژیم کمونیستی این کشور پرچم آن را به دست گرفته بود همخوانی داشت. ولی در کشور ما که نظام سیاسی موجود خود را زیر پرچم اسلام قرار داده است با چه مجوزی و با چه توجیهی حقوق مالکانه مردم؛ که در فتاوی فقهی برای آن تقدس قائل شده و احترام به آن در قانون اساسی مشروطیت و جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده است این چنین مورد تجاوز قرار گرفته است؟ از نظر تاریخی احترام به مالکیت، ستون فقرات بسیاری از احکام فقهی است و پا در هم شکستن آن بخش عمده‌ای از فتاوی فقهی لگدمال شده‌اند.»

### ۲-۲- عقود تملیکی

همان‌طور که دیده شد قانون‌گذار ایران در تعریفی که در ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد ارائه داده است هنگام استفاده از کلمه‌ی «تعهد» به تقسیم بندی عهدی و تملیکی عقود توجه نداشته و معنی عهد و پیمان بین یک یا چند نفر را دنبال می‌کرده است که می‌تواند هم اثر عهدی و هم اثر تملیکی داشته باشد. البته باید گفت که در فقه امامیه، عقود هیچ‌گاه به عهدی و تملیکی تقسیم نشده‌اند، بلکه هر عقدی به نوعی تملیکی است زیرا مفهوم تملیکی بودن عقد با آنچه که در نظر اغلب حقوقدانان می‌باشد متفاوت است، در حقیقت در فقه مفهوم تملیک نزدیک به مفهوم تسلط است. لذا هر عقدی برای متعهد له نوعی تسلط ایجاد می‌کند.

با این توضیح باید گفت علاوه بر تقسیم بندی عقود به لازم و جایز، خیار، منجز و معلق که در ماده ۱۸۴ قانون مدنی ایران آمده است می‌توان تقسیم بندی های دیگری را هم در نظر گرفت. مثلاً با توجه به اثر اصلی و مستقیم عقد پس از انعقاد می‌توان عقود را دسته‌بندی نمود، درباره اینکه اثر اصلی و مستقیم عقد پس از انعقاد، انتقال مالکیت باشد یا ایجاد تعهد و یا ایجاد اذن باشد قراردادها به سه دسته تقسیم می‌گردد: تملیکی، عهدی و اذنی.

نویسندگان حقوق مدنی در تعریف عقد تملیکی گفته‌اند: «عقد تملیکی، عهدی است که موجب انتقال مالکیت از یک طرف به طرف دیگر می‌شود.» (امامی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۳). همان‌طور که ملاحظه می‌شود در این تعریف تکیه اصلی بر معنای لغوی واژه تملیک (انتقال حق مالکیت) شده و عقد تملیکی، قراردادی معرفی گردیده که فقط با حق مالکیت سروکار دارد؛ اما باید در نظر داشت که حق مالکیت، تنها یکی از حقوق عینی به شمار می‌رود، لذا نظم در تقسیم بندی عقود ایجاب می‌کند که تعریف عقد تملیکی تنها حق مالکیت را در برنگیرد، بلکه به نظر می‌رسد که تعریف عقد تملیکی بهتراست چنان باشد که علاوه بر حق مالکیت، شامل سایر حقوق عینی نیز گردد. توضیح اینکه تقسیم عقود به تملیکی، عهدی و اذنی که در پیش‌تر بیان شد اختصاص به حقوق مالی دارد یعنی قراردادهایی که با حق مالی سروکار دارند و حق مالی نیز از دیرباز به ۲ دسته؛ حق عینی و حق دینی تقسیم شده است. این حقوق برای ایجاد، انتقال یا زوال نیاز به اسباب ویژه‌ای دارند. مهم‌ترین سببی که موجب ایجاد و یا انتقال حقوق مالی می‌گردد، قرارداد است و بنابراین تقسیم عقود به تملیکی و عهدی و اذنی، بیشتر از لحاظ ارتباط این قراردادها با ایجاد و انتقال حقوق مالی می‌باشد.

از آنجاکه اثر عقد اذنی، اذن و اباحه است و نه حق، ایجاد و انتقال حقوق مالی را باید در چارچوب عقود تملیکی و عهدی بررسی نمود و در تعریف عقد عهدی گفت «عقد عهدی قراردادی است که سبب ایجاد و یا انتقال حقوق دینی می‌شود». لذا برای آنکه ایجاد و یا انتقال آن دسته از حقوق عینی که در چارچوب عقد قرار می‌گیرد به نظم کشیده شود، شایسته است عقد تملیکی را اینگونه تعریف نمود: «عقد تملیکی عقدی (قراردادی) است که موجب ایجاد و یا انتقال حق عینی می‌گردد.» (شهبازی، ۱۳۸۵، ص ۶۲). باتوجه به این تعریف عقد تملیکی را به دودسته می‌توان تقسیم نمود:

۱- عقد تملیکی موجب حق عینی:

در قانون مدنی ایران چهار عقد وجود دارد که اثر اصلی آنها، ایجاد حق عینی برای طرف قرارداد می‌باشد و این چهار عقد عبارتند از: عقد موجب حق انتفاع، عقد وقف، عقد موجب حق ارتفاق و عقد رهن.

۲- عقد تملیکی ناقل حق عینی:

با بررسی قراردادهای موجود در قانون مدنی ایران، به نظر می‌رسد که در تمامی عقود که موجب انتقال حق عینی می‌شوند؛ حق مالکیت، موضوع عقد می‌باشد که این قراردادها عبارت‌اند از: بیع، اجاره (اشیاء و حیوان)، معاوضه، قرض، هبه و وصیت تملیکی.

درباره خصوصیات عقد تملیکی و تفاوت‌های آن با عقد عهدی نیز می‌توان گفت:

الف) موضوع عقد تملیکی همواره مال است، به علت اینکه تملیک همواره روی مال صورت می‌گیرد اما موضوع عقد عهدی می‌تواند مال یا انجام فعل یا ترک فعل باشد.

ب) موضوع عقد تملیکی همواره عین معین و مال ملموس خارجی است و یا منفعت مال معین است.

ج) بر اساس آنچه که ماده ۳۶۱ قانون مدنی ایران<sup>۴</sup> مقرر داشته است، در عقد تملیکی موضوع عقد باید حین العقد موجود باشد و الا عقد باطل است، اما در آن عقد عهدی که موضوع آن مال می‌باشد، اگر در زمان انعقاد عقد مال موضوع قرارداد وجود خارجی نداشته باشد عقد باطل نمی‌شود و مهم این است که در زمان اجرای تعهد مال موجود باشد.

د) عقد تملیکی ایجاد حق عینی می‌کند در حالی که عقد عهدی حق دینی ایجاد می‌کند.

در خاتمه این بحث ذکر این نکته نیز خالی از لطف نیست که از نظر برخی حقوقدانان، عقود تملیکی را به اعتباری می‌توان در سه دسته تقسیم بندی نمود (گرچی، ۱۳۸۷، ص ۳۴).

نخست عقود که موجب تملیک و تملک عین است مانند عقد بیع

دوم عقود که موجب تملیک و تملک منفعت است مانند عقد اجاره نسبت به منافع عین مستأجره

سوم عقود که موجب تملیک و تملک انتفاع هستند مانند عاریه

۲-۳- ماهیت تملک به نفع ثالث

ممکن است با توجه به ظاهر الفاظ به کاررفته در این نهاد - یعنی واژه ملک - تصور شود که حق دارنده ملک ملک نسبت به موضوع آن، حق مالکیت است. همان‌گونه که در مقدمه دیدیم، شهید اول و برخی فقهای دیگر، ملک ملک را در ردیف ملک عین، ملک منفعت و ملک انتفاع، از اقسام ملک برشمردند. بعضی از حقوقدانان نیز آن را «سلطه مالکانه ناقص» تلقی کرده‌اند: «با اینکه طعم مالی دارد و جزء ارقام ماترک می‌تواند باشد، غالب آثار مالکیت را ندارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۰). این نظر قابل پذیرش نیست؛ زیرا بر فرض که واژه ملک در عنوان این نهاد به معنای خاص و اصطلاحی آن در فقه و حقوق به کار رفته باشد، باید توجه کرد متعلق آن فعل «تملك» است، نه عین یا منفعت یا انتفاع و همان‌گونه که میرزای رشتی تصریح کرده است، اگر متعلق ملک، یکی از افعال باشد، ملک به معنای قدرت و اهلیت شرعی است؛ به عنوان نمونه، اینکه گفته

<sup>۴</sup> ماده ۳۶۱ قانون مدنی: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.»

می‌شود مورد وکالت باید مملوک باشد، به این است که باید مقدور باشد (رشتی گیلانی نجفی، ص ۱۹). برخی فقها نیز تصریح کرده‌اند که ملک ملک، ملک حقیقی نیست. صاحب جواهر ملک را اهلیت و شایستگی مالک شدن می‌داند و وجود ملکیت حقیقی در آن را انکار می‌کند (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۸، ص ۳۶۴)؛ ولی اهلیت به معنای وضعیت کلی است که شرع و قانون برای شخص در نظر می‌گیرد و براساس آن، وی می‌تواند دارنده حق و تکلیف شود (اهلیت تمتع) و نیز حق و تکلیف خود را اعمال کند (اهلیت استیفا)؛ اما ملک توانایی و حق مالک شدن نسبت به شیء خاصی است. افزون بر این، می‌توان گفت اهلیت از زمره احکام است؛ ولی ملک ملک از زمره حقوق است.

محقق کرکی ملک ملک را قدرت بر تملک به واسطه یک سبب نزدیک معنا می‌کند و در توضیح آن اضافه می‌کند که در مورد آن، سببی (مُعِدَّة) که با وجود آن، حصول ملکیت بسیار نزدیک است. توضیح مذکور این شبهه را پیش می‌آورد که در این صورت، تفاوت آن با اهلیت تملک که هر انسان کاملی از آن برخوردار است، چیست؟ ایشان در پاسخ می‌گویند در موارد ملک، قدرت به تملک شیء خاصی تعلق گرفته است؛ مانند تملک غنیمت که اختصاص به غانمین دارد (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۰۹).

## ۲-۴-حق تملک

در بسیاری از متون فقهی، از ملک ان‌یملک به «استحقاق تملک» تعبیر شده است (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۴). شهید ثانی حق شفعه را که از مصادیق آشکار ملک ملک است، به «استحقاق تملک» تفسیر می‌کند و آن را در مقابل «استحقاق ملک» قرار می‌دهد. علامه حلی درباره مصادیق مهم این مسئله یعنی حق شفعه، حق واهب در رجوع، حق رجوع زوجه (علامه حلی، ۱۴۲۲، ج ۱۲، ص ۲۷۲)، حق عامل در مضاربه تعبیر «حق تملک» را به کار برده، محقق کرکی از تعبیر «حق مؤکد» استفاده کرده است (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۸، ص ۱۲۸). اطلاق واژه ملک بر حق، در فقه شایع است.

حق خیار را به «ملک فسخ‌العقد» تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۱) و واژه ملک در این تعریف، به سلطنت تفسیر شده است، نه به معنای متعارف آن یعنی اختصاص داشتن چیزی به کسی (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۴۳)؛ بنابراین رابطه دارنده ملک ان‌یملک با مالی که موضوع آن است، رابطه حقی می‌باشد؛ یعنی مقصود از واژه ملک در «یملک»، ملکیت به معنای خاص و اصطلاحی آن در فقه است. مورد بحث اینجاست که مقصود از واژه ملک که در ابتدای این نظریه به کار رفته است، چیست؟ با توجه به آنچه در توضیح نظریه اول (ملکیت) گفته شد، به نظر می‌رسد حمل واژه ملک، بر معنای اصطلاحی آن یعنی اختصاص داشتن موضوع ملک به مالک نیز صحیح است؛ زیرا متعلق ملک در اینجا عمل تملک است، نه مالی که موضوع تملک باشد؛ پس مقصود نهایی از این نهاد این است که عمل تملک به دارنده ملک اختصاص دارد و وی نسبت به دیگران در تملک اولویت دارد. در نتیجه، از لحاظ فقهی و فنی، دارنده ملک پیش از اعمال اراده خود، رابطه مالکانه با مال موضوع ملک ندارد و مالک شدن وی نیازمند واسطه‌ای است که همان اعمال اراده است؛ ولی چون این واسطه به دست خود اوست و به عوامل خارجی وابسته نیست، عرف ممکن است این واسطه را نادیده یا کم‌رنگ تلقی کند و وی را دارای سلطه مستقیم بر موضوع حق بداند؛ زیرا به طور معمول، اغلب یا همه اشخاص این سلطه را اعمال می‌کنند و مالک می‌شوند. شاید با توجه به همین نکات باشد که برخی فقها ملک ملک را ملکیت بالقوه دانسته‌اند و برخی آن را گاه از مراتب ملکو گاه از پایین‌ترین مراتب ملک به شمار آورده‌اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۸۹). از سوی دیگر، عدم تحقق ملکیت فعلی و منوط بودن آن به خواست و اراده دارنده ملک را نمی‌توان نادیده گرفت. شاهد مدعا اینکه درباره برخی مصادیق این بحث مانند حق شفعه<sup>۵</sup> و لقطه<sup>۶</sup>، تعبیر به اختیار تملک شده است. همچنین در مورد حق غانمین، تعبیر اختیار ملک نیز به کار رفته است.

<sup>۵</sup>قوله: ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح. لأنه لم يملك شيئاً، وإنما ملك أن يملك»



پس از آنکه ملک ملک را حق دانستیم، نوبت به تعیین نوع این حق می‌رسد. همان‌گونه که می‌دانیم، «حق» اقسام گوناگونی دارد و ضروری است جایگاه ملک ان‌یملک در میان آنها مشخص شود:

۱. حق باواسطه: برخی فقها (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۲۳۹- ۲۴۰) حق را به پنج دسته تقسیم کرده‌اند که چهار صورت از آنها برای بحث ما سودمند است: الف) حق مالی بدون واسطه؛ مانند حق مالکیت عین یا منفعت یا دین؛ ب) حق مالی باواسطه؛ مانند حق خیار، حق شفعه، حق تحجیر، حق دعوا و مانند آن. در این دسته، متعلق حق در ابتدا خود مال نیست، بلکه تسلط بر چیزی است که موجب حصول مال می‌شود؛ ج) حق انتفاع از غیر مال بدون واسطه؛ مانند حق زوجیت و حق نشستن در مسجد و مانند آن، برای کسی که زودتر به آنجا وارد شود؛ د) حق انتفاع از غیر مال باواسطه؛ مانند حق رجوع در طلاق که در واقع به معنای تسلط بر چیزی است که موجب انتفاع می‌شود. ملک ان‌یملک را باید با توجه به مصادیق آن از حقوق باواسطه - یعنی قسم دوم و چهارم از موارد پیش گفته - دانست. در برخی متون فقهی نیز ملک ملک را (حق) مطالبه ملک و سبب ملک دانسته‌اند (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۱۰، ص ۱۱۳/ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۰۹).

باید توجه داشت واسطه مورد بحث، فقط اعمال اراده دارنده در جهت تملک است و نه عمل حقوقی دیگری و اگر چنین واسطه‌ای در کار نباشد، ملک ملک را باید مالکیت شمرد، نه حق. علاوه بر این، اگر واسطه‌ای غیر از اعمال اراده در کار باشد، ملک ملک نخواهد بود؛ بنابراین مواردی مانند حق خیار که متعلق اولی آن فسخ عقد است، نه تملک، نباید از مصادیق ملک ملک به شمار آید.

۲. حق مالی: با توجه به برخی احکام حق ملک ملک مانند قابلیت انتقال و توارث، شکی نیست این حق از حقوق مالی است. میرزاحسین‌الله رشتی پس از شمارش ملک ملک به عنوان یکی از اقسام ملک، برای آن به حقوق مثال می‌زند و می‌گوید: «دارنده هریک از حقوق مالی مانند حق خیار و حق تحجیر، مالک ملک است» (رشتی گیلانی نجفی، ص ۱۹). از سخن فقها درباره برخی مصادیق این حق نیز مالی بودن آن استفاده می‌شود؛ از جمله، محقق کرکی پس از آنکه وصیت مفلّس در متعلق ملک ان‌یملک، مانند وصیت درباره زمینی که تحجیر کرده است یا مال گم‌شده‌ای که پیدا کرده باشد یا سهم خود از غنیمت پیش از قسمت را صحیح می‌داند و می‌گوید: «وصیت شخص مُبَدَّر نسبت به این امور، جایز نیست؛ زیرا تصرفات وی در اموال و آنچه در حکم مال است، صحیح نیست» (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۳۷). از این نکته معلوم می‌شود که موضوع ملک ملک، مال یا در حکم مال است.

۳. حق متعلق به عین: متعلق ملک ان‌یملک، اموال عینی است و به تعبیر حقوقی، حق مذکور از حقوق عینی محسوب می‌شود؛ به عنوان نمونه، حق عامل در مضاربه را متعلق به عین اموال مورد مضاربه دانسته‌اند و از آن نتیجه گرفته‌اند که اگر مالک سرمایه فوت شود، سهم عامل بر دیگر غرما مقدم است. همچنین حق موصی له (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۶۶/ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۱۸۶) و حق غانمین (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۸۹/ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۶۲) را متعلق به عین دانسته‌اند.

گفتنی است هرچند متعلق حقوقی مانند حق رجوع در طلاق یا حق خیار، عین اموال نیست؛ زیرا متعلق حق در این دو مورد، عقد است، نه عین مال مورد معامله؛ ولی این دو نوع حق، مصادیق ملک ملک نیستند؛ زیرا موضوع آنها تملک نیست. به رغم اینکه می‌توان بر سر برخی حقوق مانند حق فسخ، حق رجوع و حق انتفاع، واژه ملک یا ملک ملک را اضافه کرد، همان‌گونه که فخرالمحققین درباره حق رجوع زوج در طلاق تصریح می‌کند که زوج مالک بالفعل نکاح است و رجوع، ملک ملک نکاح است، یا حق خیار به ملک فسخ عقد تعریف شده است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۱۱)، یا از نکاح به ملک انتفاع تعبیر شده

است؛ ولی باید توجه داشت متعلق حق در این موارد، تملک نیست. اگر قرار باشد با اضافه کردن واژه ملک بر یکی از حقوق، آن را در نظریه ملک ملک داخل کرد، بسیاری از حقوق دیگر نیز در این نظریه داخل می‌شود و دیگر نامیدن این نظریه به حق تملک، نادرست و خارج از فرض خواهد بود.

گفتنی است برخی حقوقدانان عرب - مانند شفیق شحاته - حق تملک را حق شبه‌عینی دانسته‌اند (به نقل از سنه‌وری، ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۱۰)؛ ولی همان‌گونه که سنه‌وری گفته است، این سخن قابل پذیرش نیست (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ص ۹-۱۱) و نمی‌توان در تقسیم مرسوم حق به عینی و دینی، حق بینابینی در نظر گرفت.

۴. حق تکلیفی: در تقسیم دوگانه حق وضعی و تکلیفی، حق تملک را با توجه به موضوع آن که «توانایی» داراشدن است، باید نوعی حق تکلیفی به شمار آورد؛ بدین‌معنا که موضوع آن یکی از افعال است. با این حال، با توجه به اینکه موضوع این حق، عمل تملک است و چنان‌که گفتیم، عرف این واسطه را نادیده یا مفروض می‌گیرد و نیز با توجه به برخی خصایص و آثار آن - مانند ارزش مالی داشتن و قابلیت ارث باید تصدیق کرد این حق خصایص مشترکی با حق وضعی دارد.

### ۳- نتیجه گیری

نگرشی به عمده استدلال‌های حقوقی نشان دهنده این است که در خصوص «تملیک» در نظام حقوقی ایران اختلاف نظرها بسیار زیاد می‌باشد. آنچه را که به‌عنوان دلیل پذیرش تملیک در نظام حقوقی ایران می‌توان نام برد؛ عبارت است از سازگار بودن با قواعد فقهی و حقوقی انتقال مالکیت در حقوق ایران و نیز جلوگیری از تضییع حقوق پیش خریداران (مصرف‌کنندگان) و تضمین حقوق آنان در مقابل پیش‌فروشنده. درباره رابطه تملیک با موازین فقهی و حقوقی زمان انتقال مالکیت نیز به نظر می‌رسد با توجه به آنچه که در طی مباحث این تحقیق بررسی گردید؛ هم دارای پیشینه و سابقه فقهی بوده و هم مورد تأیید شورای نگهبان است و از دیگر سو همچنان که برخی حقوقدانان بر این عقیده هستند می‌توان آن را بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تحلیل نمود و درحقیقت به معنای ایجاد حق عینی برای پیش‌خبردار نسبت به هر جزء از مبیع پیش‌خرید شده دانست. یکی از بارزترین نشانه‌های وجود اصل آزادی اراده‌ها در نظام قراردادی این است که اشخاص می‌توانند در روابط قراردادی خود به صورت دلخواه و آزادانه عمل کرده و هرگونه تعهد و حقوقی را به وجود آورند؛ اما این آزادی اراده‌ها تا جایی قدرت پیشروی دارد که با حقوق اشخاص ثالث تعارضی پیدا نکند، چرا که به استناد اصل (۴۰ ق.ا) هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر و یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد در نتیجه، همان اشخاصی که قرارداد و به تبع آن حقوقی را در عالم اعتبار به وجود آورده‌اند، می‌توانند با همان اراده خود آن قرارداد و آثار آن را از بین ببرند. منتها گاهی این قرارداد منشأ ایجاد حقی برای اشخاص ثالث شده است که زوال این منشأ موجب می‌گردد که حقوق مکتسبه اشخاص ثالث را به خطر اندازد و زوال و انحلال قرارداد با حقوق اشخاص ثالث تعارض پیدا کند که همین موضوع موجب گردیده است که بین حقوقدانان ایجاد دوستگی شده و هر یک به حمایت از یک طرف پردازند. با این توضیح که گروهی از حقوقدانان متعاقبین را مقدم در اعمال حق خود به حساب آورده و به آنها اجازه هرگونه تصمیم‌گیری نسبت به حیات قرارداد داده‌اند، در مقابل گروهی به حمایت از اشخاص ثالث پرداخته و تضمین و تأمین حقوق اشخاص ثالث را مقدم بر اراده متعاقبین می‌دانند. در نتیجه منجر به ایجاد اختلاف نظرهای شدید و به تبع آن ارائه طرق و راهکارهای حقوقی متفاوت و متعارضی شده است.

از طرفی دیگر هرچند که مشروط له هیچ‌گونه تعهدی را در برابر شخص ثالث ندارد، اما نباید آنها را نسبت به یکدیگر بیگانه به حساب آورد، چرا که در فرضی که تعهد به صورت رایگان برای شخص ثالث وضع شده باشد و مشروط له قصد احسان به او را داشته باشد، نباید آن را تابع قرارداد عقد هبه و یا در صورتی که تملک به نفع شخص ثالث مشروط به مرگ مشروط له شده باشد تابع قواعد وصیت دانست و احکام این اعمال حقوقی را بر آن جاری دانست. اگر تعهد به قصد وفای به عهد

مشروط انجام پذیرد، مانند اینکه خریدار ملکی با مستأجر شرط می‌کند که اقساط اجاره را به فروشنده بدهد، اجرای تعهد در حکم وفای به عهد است و به همان اندازه که پرداخت می‌گردند دین مشروط له را از بین می‌برد.

#### منابع

قران کریم

قانون مدنی

- ابن‌ابی‌جمهور، محمد بن علی؛ الأقطاب‌الْفقهیة؛ ج ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۰ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، (۱۳۸۵)، چاپ بیست و ششم، ج ۱، تهران، انتشارات اسلامیة.
- انصاری، مرتضی؛ کتاب‌المکاسب؛ ج ۳ و ۶، ج ۲، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ق.
- بحرالعلوم، سید محمد؛ بلغة‌الْفقیه؛ ج ۴، ج ۴، تهران: انتشارات مکتبه‌الصادق، ۱۴۰۳ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ «آیا سرقفلی قابل توقیف است؟»؛ ماهنامه حقوق امروز؛ ش ۲، فروردین ۱۳۴۲، ۳۰-۳۲.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف؛ تذکره‌الْفقهاء؛ ج ۱۲، ج ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۲۲ق.
- خراسانی، محمد کاظم بن حسین؛ حاشیة‌المکاسب؛ ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- خمینی، سید روح‌الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰.
- رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله؛ کتاب‌الغصب؛ [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا].
- سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ مصادر الحق فی الفقه الإسلامی؛ ج ۱، ج ۲، بیروت: منشورات الحلبي، ۱۹۹۸م.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد، جلد ۴، چاپ اول، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
- طالب‌احمدی، حبیب، ماهیت حقوقی وصیت تملیکی در فقه و حقوق ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، شماره ۴، تابستان ۹۰.
- عاملی کرکی، علی بن حسین؛ جامع‌المقاصد؛ ج ۳، ۸ و ۱۰، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ق.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، (۱۳۸۳)، چاپ چهارم، ج ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (۱۳۸۴)، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان.
- نجفی (کاشف‌الغطاء)، محمد حسن؛ جواهر‌الکلام؛ ج ۲۸، ج ۶، تهران: دارالکتب‌الاسلامیة، ۱۳۹۴ق.
- نعمت‌اللهی، اسماعیل، بررسی نظریه مَلِکَ أَنْ یَمِیْلَکَ (حق تملک)، حقوق اسلامی، ۴۱ تابستان ۱۳۹۳.
- نراقی، مولی محمد بن احمد؛ مشارق‌الأحكام؛ ج ۲، قم: کنگره نراقیین (ملا مهدی و ملا احمد)، ۱۴۲۲ق.