

## The Place of Spinal column of Civil Law in Islam and Iran's Law Jurisprudence and Legal Analyses on The Division of Rights in Rem and Rights in Personal

Nasrolah Jafari Khosroabadi<sup>1</sup>

Received: 30/10/2016; Accepted: 16/10/2017

### Abstract

In the Roman-Germanic legal system, in a general classification and on the basis of separation of property rights from obligations, the property rights are divided into rights in rem and rights in personam. Owing to the structural significance of this classification, it is referred to spinal column of this legal system. Currently, however, by domination of material approach and the change occurred in the concept of property, this classification has been criticized and some claim of its disappearance. Having no legal basis, this classification has been extended to Iranian legal system, and has been accepted by most of the jurists and has affected many of the legal institutions. While in accordance with numerous reasons including adapting the theory of ownership of unsatisfied property and ownership of benefits, which constitute the essential and key institutions of Islamic law, existence of this classification is extremely doubtful and on the presumption of adaption of this classification, examples of rights in rem and chose in action are not the same in foreign law. In this respect, returning to traditional and domestic classification of "right and property" is suggested by the author.

**Key words:** Rights in Rem, Rights in Personam, Right and Property, Debt, Unsatisfied Property.



<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology, University of Meybod; Email: nasrjafari@meybod.ac.ir.



## جایگاه ستون فقرات نظام حقوقی رومی ژرمنی در حقوق اسلام و ایران:

### تحلیل فقهی حقوقی تقسیم بندی حقوق عینی و دینی

نصراله جعفری خسروآبادی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت ۹۵/۰۸/۱۰ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۷/۲۴

#### چکیده

در نظام حقوقی رومی ژرمنی در یک تقسیم بندی کلی، و بر مبنای تفکیک حقوق اموال از تعهدات، حقوق مالی به دو قسم عینی و شخصی تقسیم بندی می‌شوند که نظر به اهمیت ساختاری این تقسیم بندی، از آن به عنوان ستون فقرات این نظام حقوقی یاد می‌شود. اما در حال حاضر با غلبه رویکرد مادی و تغییر مفهوم مال، این تقسیم بندی مورد انتقادات شدیدی واقع شده و برخی ادعای ناپدید شدن آن را دارند. این تقسیم بندی بدون اینکه مبنای قانونی داشته باشد، به نظام حقوق ایران نیز سرایت کرده و مورد پذیرش اغلب حقوقدانان واقع شده و بسیاری از دیگر تاسیس های حقوقی را تحت تاثیر خود قرار داده است، در حالی که به موجب دلایل متعددی از جمله پذیرش نظریه مالکیت مال کلی و مالکیت منافع که از جمله تاسیس های اساسی و کلیدی حقوق اسلامی می‌باشند، وجود این تقسیم بندی به شدت مورد تردید است و بر فرض پذیرش این تقسیم بندی، مصادیق حقوق عینی و دینی، با حقوق خارجی یکسان نخواهند بود. در این راستا، بازگشت به تقسیم بندی سنتی و بومی «حق و ملک» مورد پیشنهاد نگارنده است.

**واژگان کلیدی:** حقوق عینی و دینی، حق و ملک، دین، مال کلی بر ذمه.



<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد؛ رایانامه: nasrjafari@meybod.ac.ir



## مقدمه

بر اساس یک سنت دیرین و بر مبنای حقوق رم، در نظام حقوقی رومی ژرمنی، در یک تقسیم بندی کلی، حقوق مالی به دو قسم حقوق عینی و شخصی و یا دینی، تقسیم می شوند. حقوق عینی مصادیقی را دربر می گیرند که موضوع آن اشیاء معین است و رابطه ناشی از این حق نظیر مالکیت مال معین، رابطه مستقیم با شی می باشد. در مقابل، جنبه مثبت تعهدات، حق شخصی نام دارد که اولاً، متعلق آنها شی معین نیست، بلکه انجام کار است و ثانیاً، سلطه ای که برای دارنده آن ایجاد می شود، سلطه علیه یک شخص است و نه سلطه نسبت به یک شی.

از این رو در کشورهای تابع حقوق نوشته حقوق عینی تشکیل دهنده نظام حقوق اموال و حقوق شخصی، حقوق تعهدات را تشکیل می دهند. در واقع حقوق تعهدات که جنبه نسبی دارند و در بردارنده حقوق شخصی است، کاملاً متمایز با حقوق عینی هستند که در مقابل همگان قابل استناد می باشند و جنبه مطلق دارند (Van, 2011: vol3:12, Faber & Lurger, 2011: 12, Erp, 2006). گفتنی است حقوق عینی تعبیری دیگر از حقوق اموال می باشد (Micheler, 2007: 27) و تنها حقوقی را در بر می گیرد که موضوع آن شی معین باشد. (Samuel, 2001:88)

نظر به اهمیت ساختاری این تقسیم بندی که در اکثر کشورهای تابع نظام حقوقی رومی ژرمنی وجود دارد و بر اساس آن ماهیت تأسیس های حقوقی دیگر سنجیده می شود و مبنای آن تفکیک حقوق اموال از تعهدات است (Faber & Lurger, 2011: vol3, 12) از نظر برخی از حقوقدانان، این تقسیم بندی ستون فقرات این نظام حقوقی را تشکیل می دهد (سنهوری، ۱۹۹۷: ۷) که این عنوان خود گویای اهمیت و کاربرد گسترده ای آن است و نگاره حاضر را نیز بر این مبنا نام نهادیم.





در این راستا روشن نمودن جایگاه این تقسیم بندی در حقوق ایران و پاسخ به سوالاتی از این قبیل هدف نگارنده می باشد: مبنای پذیرش این تقسیم بندی در حقوق ایران چیست؟ آیا مبنای قانونی دارد؟ نظریه مالکیت مال کلی و مالکیت بر منافع چه تاثیری بر پذیرش و تفسیر این تقسیم بندی دارد؟ علاوه بر ایرادات وارد بر این تقسیم بندی در حقوق خارجی، در نظام حقوقی ایران با چه اشکالات دیگری مواجه است؟ آیا تقسیم بندی دیگری می توان ارائه داد که با اصول و مبانی حقوق ایران (یعنی فقه امامیه) سازگارتر باشد که در این تحقیق پس از بیان اجمالی سیر تحولات این تقسیم بندی در حقوق غرب، سعی در پاسخ به این سوالات و تبیین جایگاه آن در حقوق داخلی داریم.

#### ۱. سیر تحولات تقسیم بندی حقوق عینی و دینی در حقوق غرب

همان گونه که گذشت بر اساس یک سنت دیرین و بر مبنای حقوق رم، در نظام حقوقی رومی ژرمنی، در یک تقسیم بندی کلی، حقوق مالی به دو قسم حقوق عینی و شخصی و یا دینی، تقسیم می شوند. حق عینی<sup>۱</sup> حقوقی را تشکیل می دهد که موضوع آن اشیاء معین است و رابطه ناشی از این حق، رابطه مستقیم با شی می باشد؛ نظیر مالکیت مال معین. (Pretto-sakmann, 2005: 90)

در مقابل جنبه مثبت تعهدات، حق شخصی نام دارد که اولاً، متعلق آنها شی معین نیست، بلکه انجام کار است و ثانیاً، سلطه ای که برای دارنده آن ایجاد می شود، سلطه علیه یک شخص است و نه سلطه نسبت به یک شی (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۲) و این حقوق هیچ نشانی از مالکیت در خود ندارند زیرا بر اساس اصول این نظام حقوقی، رابطه اعتباری مالکیت تنها نسبت به اشیاء معین بر قرار می گردد. (Samuel, 2001:88)

بر اساس این رویکرد جوهره اصلی تعهد، همان «رابطه ی حقوقی شخصی<sup>۲</sup> بین متعهد و متعهد له» است. (عبدی پور، ۱۳۹۱: ۶۹) رابطه قانونی دست کم بین دو شخص با یک نیروی الزام آوری که اجرای اجباری تعهد را ممکن می سازد.



<sup>1</sup> right in rem

<sup>2</sup>Juris vinculum legal chain



در مقابله با دیدگاه شخصی تعهد و اغراق در آن، حقوقدانان آلمانی به سردمداری شیرک، نظریه دیگری ارائه دادند. دیدگاه آلمانی‌ها در مسأله تعهد، برخلاف حقوق رومی، رابطه شخصی را اصل نمی‌داند، که به موضوع تعهد، جدای از رابطه شخصی، به عنوان عنصر اساسی می‌نگرد و تعهد به عنصر مالی بیشتر نزدیک می‌شود تا یک رابطه شخصی؛ یعنی از شخص متعهد و متعهدله منفصل می‌گردد و با موضوع خود عجین می‌گردد و به یک شی‌مادی تبدیل می‌شود که اعتبار آن به ارزش مالی اوست (السنهوری، ۱۹۵۸: ۲۵) و این عنصر از متعهد و متعهدله قابل تفکیک و همانند حقوق عینی می‌تواند مورد تصرفات حقوقی دیگر واقع شود. (فرج‌الصدہ، ۱۹۷۴: ۵)

در این راستا ژینوسار، حقوقدانان فرانسوی، فراتر می‌رود و همه‌ی حقوق را عینی می‌داند و بیان می‌دارد حقوق عینی ویژگی قانع‌کننده‌ای برای تمایز از حقوق شخصی ندارند و حق شخصی نیز همانند حق عینی علیه شخص ثالث قابل استناد بوده و ثالث در صورت دخالت و نقض حق، به وسیله دعوی مسئولیت مدنی مجازات می‌شود. به بیان دیگر، هیچ‌کس نمی‌تواند رابطه الزام‌آوری که بین دو طرف تعهد وجود دارد را به خطر اندازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵) از طرف دیگر، «ژینوسار» در رساله دکترایش در سال ۱۹۶۰، دامنه و قلمرو مال را به منظور شمول اموال غیر مادی همچون حقوق شخصی، گسترش می‌دهد و طلبکار را مالک طلب و حق شخصی قراردادی اش می‌داند. (Faber & Lurger, 2011, vol4:202) در این راه، تغییر و تحدید سلطه متعهدله به اموال متعهد و عدم سلطه به شخص وی و امکان توقیف اموال او در واقع نوعی حق عینی است که طلبکار پیدا می‌کند و دارائی مدیون وثیقه عمومی مطالبات اشخاص قرار می‌گیرد. (Henri Mazeaud, 1995: 9)

لذا از جمله مهمترین آثاری که می‌توان بر نظریه مادی تعهد بار نمود و برخی از سردمداران این مکتب همچون ژینوسار فرانسوی بر آن اصرار دارند، تغییر مفهوم مال و به دنبال آن نسخ تقسیم و تفکیک حقوق عینی و دینی است که بعدها «زناتی» نیز در سال





۱۹۸۱ در رساله ای با موضوع «ماهیت حقوق مالی» به تقویت آن پرداخت. (Faber & Lurger, 2011, vol4:202)

بنابراین در حال حاضر در نظام حقوقی رومی ژرمنی به دلیل نفوذ مکتب مادی تعهد و همچنین ظهور اموال نوظهوری همچون حقوق مالکیت فکری تقسیم بندی حقوق عینی و شخصی، به شدت قابل مناقشه است تا جایی که برخی نیز با توجه به تغییر مفهوم مال و thing و اینکه thing می تواند هر شی ای حتی اشیاء غیر مادی و غیر قابل لمس و اعتباری نظیر حقوق قراردادی باشد، ادعای ناپدید شدن این تقسیم بندی را دارند (Worthington:917). از این رو در حال حاضر این تقسیم بندی اهمیت سابق خود را ندارد و امروزه می توان آن را ستون فقرات بی مهره یا شکسته ی حقوق رومی ژرمنی دانست که شرح و بررسی مفصل جایگاه آن در حقوق خارجی در این مجال نمی گنجند.

## ۲. جایگاه تقسیم بندی حقوق عینی و دینی در حقوق ایران

این تقسیم بندی توسط گروهی از حقوقدانان ما مورد پذیرش قرار گرفته و نظام حقوق مدنی ایران را نیز تحت تأثیر خود قرار داده است. این گروه به دلیل خلط دو مفهوم «دین» و «تعهد» و عدم پذیرش نظریه مالکیت مال کلی، همانند حقوق غرب، حقوق اموال را به دو قسم حقوق عینی و دینی تقسیم می کنند و همه آثار مترتب بر این تقسیم بندی را در حقوق ایران نیز جاری می دانند. به عنوان مثال حقوق عینی که مهمترین مصداق آن رابطه ی اعتباری مالکیت است، تنها نسبت به اشیا معین و خارجی قابل تحقق می دانند و سایر اموال از جمله دیون و منافع را در دسته حقوق دینی قرار می دهند. (هاشمی و تقی زاده، بی تا: ۴۴)

غافل از آن که شباهت مفهوم دین با تعهد در حقوق ایران یک شباهت ظاهری است زیرا به تبع فقه امامیه، دین در حقوق ایران، «مال کلی بر ذمه» است (سبزواری، بی تا: ۳۵۳/ گلپایگانی، ۱۳۷۱: ۶۵/ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۱۱/ زین الدین، ۱۴۱۳: ۶). دین از مصادیق اموال (البته از اموال اعتباری) محسوب می شود و حداقل از لحاظ نظری رابطه دین با دین رابطه ی شخصی نیست بلکه رابطه ی مالک با مملوک است. بنابراین تاسیس دین ارتباطی با





تاسیس تعهد و حق شخصی در حقوق غرب ندارد و ماهیت متفاوتی دارد که این ماهیت متفاوت تاثیری به سزایی در این تقسیم بندی خواهد داشت و در ادامه به شرح آن خواهیم پرداخت.

اما متأسفانه در ادبیات حقوقی ایران به دلیل خطای در ترمینولوژی و مفهوم شناسی دو اصطلاح دین و تعهد، مرتبط و وابسته پنداشته و در نتیجه، مفهوم دین و تعهد در یکدیگر خلط و حق ناشی از تعهدات و آنچه در حقوق غرب به حق شخصی مشهور است، حق دینی و یا طلب نامیده شده است. از این دیدگاه، طلب یا حق دینی، جنبه مثبت تعهدات و جنبه منفی آن دین نامیده می شود و در تقابل با حق عینی قرار دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۵۳/ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ش ۲۵۲۹/ هاشمی و تقی زاده، بی تا: ۴۴/ شعاریان، ۱۳۸۸: ۲۸۶-۲۸۷/ یزدانیان و یزرگمهر، ۱۳۹۰)

نکته جالب توجه اینکه در حقوق خارجی اضافه‌ی این نوع حق به دین، سابقه ای ندارد و از ابداعات نویسندگان و حقوقدانان ایرانی است که امروزه استفاده از ترکیب «حق دینی» در ادیان حقوقی ما یک تعبیر رایج و ترکیب «حق شخصی» مطرود شده و مجاز، جای حقیقت را گرفته است (به گونه ای که نگارنده را نیز مکرراً ناچار به استفاده از آن نمود) که به نظر، شباهت ظاهری مفهوم دین و تعهد، عمده دلیل این استفاده غلط می باشد. عجیب آنکه از نظر برخی، این حق به تبعیت از فقه امامیه «دینی» نامیده شده است! (هاشمی و تقی زاده، بی تا: ۴۴)

بنابراین به دلیل عدم توجه به ماهیت دین در حقوق اسلامی توسط این گروه و عدم بررسی نقش آن در تقسیم بندی مزبور، این دیدگاه شدیداً مورد انتقاد است. در عین حال با وجود پذیرش نظریه مال کلی می توان نظریه های دیگری پیرامون پذیرش یا عدم پذیرش این تقسیم بندی ارائه نمود که در ادامه به شرح هر یک خواهیم پرداخت.

<sup>۱</sup> - برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به مقاله «خلط نظری ناشی از خطای در واژه شناسی» در مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۱ (بهار و تابستان)، تابستان و پاییز ۱۳۹۳ اثر دکتر ابراهیم عبدی پور و راقم سطور





## ۲-۱. پذیرش نظریه مال کلی و تقسیم ثنائی

برخی دیگر از حقوقدانان آشنا به فقه و مفهوم مالکیت مال کلی نیز این تقسیم بندی را در حقوق ایران صحیح می‌پندارند. (سعیدی، ۱۳۸۷: ۴۲۹) این گروه علیرغم اینکه در تعریف عین، ملموس و مادی بودن را از ذاتیات اعیان نمی‌دانند و عین را به کلی فی الذمه و معین تقسیم نموده و دین را به عنوان یک مال اعتباری می‌پذیرند (سعیدی، ۱۳۸۷: ۱۷) بر این عقیده اند که: «بین دو مفهوم مالکیت و حق عینی رابطه عام و خاص من وجه است. مصادیقی یافت می‌شود که از اقسام مالکیت محسوب می‌شود (دین و طلب)، اما افراد نسبت آن حق عینی ندارند و از این رو خصایص و آثار حق عینی نیز در عمل وجود نخواهد داشت. طلبکار اگرچه مالک طلب است و حق هر گونه دخل و تصرف در ملک خود دارد، ولی این حق، یک حق عینی نیست؛ چرا که سایر عناصر حق عینی، یعنی فوریت و بی واسطه بودن در آن منتفی است. ذمه واسطه حق است و از حق استناد در مقابل غیر مدیون و حق تعقیب برخوردار نیست». (سعیدی، ۱۳۸۷: ۷۴) در نهایت ایشان با استدلال پیشگفت و بار دیگر سایر انتقاداتی که بر این تقسیم بندی وارد است، بقای تقسیم مزبور را در حقوق موضوعه ایران و حقوق فرانسه مورد تأیید قرار می‌دهند. (سعیدی، ۱۳۸۷: ۴۲۹)

اما به نظر می‌رسد این نظریه به دلایل متعددی از جمله به دلیل پذیرش مالکیت مال کلی قابل مناقشه است که در ادامه به نقد آن می‌پردازیم.

## ۲-۲. بطلان پذیرش تقسیم ثنائی

در پاسخ به دیدگاه سابق و همچنین دیدگاه رایج در حقوق ایران که بدون شناخت و تفکیک دین و تعهد، تقسیم بندی فوق را پذیرفته اند می‌توان به دلایل ذیل اشاره نمود و قائل به بطلان پذیرش این تقسیم بندی شد:

۱. در حقوق اسلامی به تبع پذیرش نظریه مال کلی بر ذمه و از حیث تحلیل نظری، رابطه بین دائن و مدیون برخلاف تاسیس تعهد، یک رابطه صرفاً شخصی نیست و حق ناشی از این رابطه نیز، یک حق شخصی محسوب نمی‌شود، بلکه دائن، مالک مال کلی بر ذمه است و همانند سایر اموال، می‌تواند در آن هر گونه تصرف حقوقی انجام دهد. (خمینی، ۱۴۲۱: ۴۴/اصفهان‌ئی، ۱۴۱۸: ۳۰). قانون مدنی نیز به تبع فقه امامیه صراحتاً دیون را از اقسام اموال دانسته





و در ماده ۲۰ دیون را در ذیل عنوان اموال منقوله قرار داده است. در مواد دیگری نیز دیون مال تلقی شده اند و تنها به یک ماده قانونی ختم نمی شود. به عنوان مثال مقتن در ماده ۷۷۵ مقرر داشته است: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود...»، که در این ماده نیز دین مال کلی بر ذمه محسوب شده است.

فراموش نشود یکی از مهمترین دلایل پذیرش این تقسیم بندی در حقوق رومی ژرمنی، قواعد و اصول خاص حقوق اموال این نظام و نظریه محدود و محصور مالکیت عین معین است. امتیازات حقوق عینی نظیر حق انحصاری و مطلق و دائمی، نسبت به حق شخصی یا طلب (به مفهوم خاص این نظام) اصلاً قابل تصور نیست. حق شخصی یک رابطه نسبی و شخصی است و هیچ نشانی از مالکیت در آن نیست. (سعد، ۱۹۹۸: ۳۳۹ / Samuel, 1992: 88/); در حالی که در حقوق اسلامی مسلماً رابطه اعتباری مالکیت نسبت به طلب نیز بر قرار می گردد.

۲. در حقوق اسلامی بر خلاف حقوق خارجی که عین یا thing تنها شامل اشیاء مادی معین می گردد، شامل اعیان کلی نیز می گردد و دین نیز یکی از اقسام عین است. بر خلاف دیدگاه حقوقدان خارجی (و البته برخی از حقوقدانان ایران از جمله اولین شارح قانون مدنی) که عین را مال خارجی قابل لمس می دانند، (عدل، ۱۳۷۸: ۱۰۰) فقها عین را محصور در مال خارجی نمی دانند و در تعریف عین بیان می دارند «عین چیزی است که اگر در عالم خارج یافت شد، جسمی می باشد که دارای طول و عرض و ارتفاع است» (خویی، ۱۴۱۷: ۱۶). بنابراین عین به سه قسم معین، کلی و کلی در معین تقسیم می شود. از این رو بر فرض پذیرش تقسیم مزبور دین یا طلب به حقوق عینی نزدیک تر است تا حقوق دینی. فراموش نشود عنوان حق دینی عنوان دقیقی نیست و عنوان صحیح حق شخصی است که دین یا مال کلی بر ذمه ماهیتاً حق شخصی نیست بلکه یک حق مالکانه و یک حق عینی از نوع اعتباری آن است.



<sup>۱</sup> «المراد من العین ما إذا وجد فی الخارج کان جسماً مشتملاً علی الأبعاد الثلاثة: العرض، و الطول، و العمق»



۳. اگر چه در خصوص تاسیس دین و طلب در حقوق اسلامی نیز پای مدیونی به میان است و به نوعی این حق سه عنصری می باشد و نه دو عنصری، لیکن دانستیم حداقل از لحاظ نظری ذمه‌ی مدیون، نقش ظرفیت را دارد و از نظر گروهی از فقها اعتبار مالکیت برای مال کلی ناشی از اضافه دین به ذمه نیست و اعتبار مستقلی محسوب می شود. در واقع سلطه ای که دائن نسبت به دین دارد، یک سلطه مستقیم و فوری نسبت به یک مال اعتباری است منتها به دلیل اعتباری بودن این مال و تعلق آن به ذمه مدیون، مدیون باید آن را به مالکش تسلیم نماید، همانند تصرفاتی که ثالث نسبت به عین مال دیگری دارد. بنابراین ذمه مدیون صرفاً ظرف وجود مال است نه اینکه طرف اضافه ملک باشد. (خمينی، ۱۳۸۶: ۵۰)

۴. اگر چه در خصوص دین به دلیل اعتباری بودن ماهیت آن و عدم امکان سرقت و تصرف غیر، حق تعقیب مطرح نمی شود، اما مالک دین نیز به نوعی دارای حق تعقیب است و می تواند مال اعتباری خود را از هر کسی که به ذمه وی قرار گرفته باشد، مطالبه کند؛ به عنوان مثال اگر در اثر انتقال دین، یا عقد ضمان و یا حواله دین به ذمه دیگری منتقل شود، دائن می تواند مال اعتباری خود را از مدیون جدید مطالبه نماید. البته شکی نیست که مال دائن به دلیل اعتباری بودن آن قابلیت نقل و انتقال از طرف اشخاص غیر مالک را ندارد و این مالک است که می تواند انتقال آن را به ذمه دیگری بپذیرد، ولی در هر حال حق تعقیب مال قابل تصور است. در تأیید این مطلب می توان به تحقق معامله فضولی نسبت به «دین» اشاره نمود. همانگونه که یکی از آثار حق تعقیب در اموال فیزیکی، عدم صحت تصرفات حقوقی غیر مالک است و در صورت فروش و یا انتقال، انتقال فضولی محسوب می شود، در این اموال اعتباری نیز تحقق معامله فضولی امکان پذیر است (خمينی، ۱۴۱۸: ۴۶۶). به عنوان مثال اگر شخصی طلب «الف» را به «ب» منتقل نماید این تصرف فضولی است و نیازمند تنفیذ مالک.



<sup>۱</sup> «أنه لا فرق فی ما ذکر فی البیع الفضولی بین أن یبیع الفضولی عیناً شخصیة من مال الغیر، أو کلیاً فی ذمة الغیر ولا یخفی أن بیع الدین الثابت فی ذمة المدیون، یحتاج إلى إجازة الدائن، و لا فرق فی ذلك بینة و بین بیع العین شخصیة»



۵. مطلق و قابل استناد بودن بودن دین و طلب نسبت به عموم جامعه: در حقوق رومی ژرمنی یکی از مهمترین ویژگی های حقوق عینی را مطلق بودن آن (در مقابل نسبی بودن حقوق شخصی) می دانند که در خصوص این ویژگی تعبیری مختلفی از سوی حقوقدانان ارائه شده است. از نظر برخی منظور از مطلق بودن حقوق عینی این است که این حق در مقابل همگان قابل استناد می باشد، در حالی که حق دینی به علت خصیصه نسبی، منحصراً در مقابل مدیون قابل استناد و نسبت به «شخص متعهد» قابل اجراست. (سعیدی، ۱۳۸۷: ۲۰۰)

لیکن در این خصوص باید گفت: حقوق، خواه عینی و خواه دینی، در برابر همه قابل استناد هستند و در خصوص مطلق بودن حق عینی دو مسأله «قابل استناد بودن»<sup>۱</sup> و اثر نسبی خلط شده است. (یزدانیان، ۱۳۹۲: ۸۸) از حیث قابلیت استناد تفاوتی بین این دو حقوق نیست و هر حقی در برابر هر فردی قابل استناد و سایر افراد ملزم به رعایت آن و محترم شمردن آن می باشند.

ولی در خصوص اثر نسبی دیون و اثر مطلق حقوق عینی و اینکه برای وصول طلب تنها به مدیون می توان مراجعه کرد، باید گفت، این امر ناشی از اعتباری بودن موضوع و عدم امکان تصرف و انتقال فیزیکی آن است؛ ملک دائن بدون اراده وی از ذمه مدیون منتقل نمی گردد؛ از این رو مطلق بودن حق مالک در خصوص اموال مادی اهمیت بیشتری دارد نه اینکه قابل تصور نباشد و همان گونه که در رابطه با حق تعقیب بیان شد اگر دین دائن به دیگری منتقل شده از مدیون جدید قابل مطالبه است.

۶- مبنای اصلی این تقسیم بندی در نظام حقوقی رومی ژرمنی بر تفکیک حقوق اموال از حقوق تعهدات استوار است (Faber & Lurger, 2011, vol 3:11) و تعهدات یا همان حقوق شخصی یا دینی ذاتاً جایگاهی در حقوق اموال یا همان حقوق عینی ندارند. در عین حال دانستیم در حقوق اسلامی اولاً دین یا طلب ذاتاً مال است، بنابراین از حقوق اموال منفک نیست و ثانیاً تفکیک حقوق اموال از حقوق تعهدات به معنای خاص خود وجود ندارد

<sup>1</sup>opposabilite

<sup>2</sup>effetrelatif





و ثالثاً حقوق تعهدات در نظام حقوق اسلام و ایران کاربرد چندانی ندارد و مفهوم دین که مال کلی بر ذمه است، نقش تعهدات را ایفا می کند و به جای نظریه عمومی تعهدات می توان نظریه عمومی دیون را ارائه داد؛<sup>۱</sup> لذا با توجه به کاربرد اندک آن، ضرورت تفکیک حقوق تعهدات از حقوق اموال چندان احساس نمی شود تا مبنای تقسیم بندی حقوق مالی این نظام حقوقی را بر آن بنا نهاد.

۷- در نظام حقوقی رومی ژرمنی مالکیت (مهمترین مصداق حقوق عینی) مقسمی از حق می باشد و از این رو در قسم حقوق عینی جای می گیرد اما در حقوق اسلامی و به تبع آن در حقوق ایران، ملک مقسمی از حق نیست تا مصداقی از آن محسوب شود، بلکه اضافه‌ی ملکی و اضافه‌ی حقی، دو نوع رابطه‌ی اعتباری مستقل محسوب می شوند و تقسیم یکدیگرند. (یزدی، ۱۴۲۳: ۵۵/نایینی، ۱۴۱۸: ۴۲) حال چگونه می توان تقسیم بندی حقوق عینی و دینی را پذیرفت و مالکیت را مقسمی از حق عینی دانست؟

علاوه بر این، اصطلاح «حق مالکیت» در هیچ یک از مواد قانون مدنی استفاده نشده و در ادبیات فقهی، تعبیری نامانوس و بلکه نادرست به حساب می آید و جز به صورت تسامح نمی تواند مورد استفاده قرار گیرد (الشریف، ۱۳۹۲: ۶۴۱) اما در حقوق فرانسه «حق مالکیت» اصطلاح رایجی می باشد و در ماده (۵۴۳) قانون مدنی فرانسه اینگونه مقرر شده است: «شخص می تواند نسبت به یک مال، حق مالکیت یا صرفاً حق انتفاع و یا تنها حق ارتفاق داشته باشد».<sup>۲</sup> بنابراین از این حیث نیز این تاسیس وارداتی هیچ گونه سازگاری با بنیان های حقوق اسلامی ندارد.

۸- در نظام حقوقی رومی ژرمنی، حق مالکیت که مهمترین مصداق حقوق عینی است تنها می تواند به عین معین و مشخص در خارج تعلق گیرد؛ در حالی که در فقه اسلامی، متعلق مالکیت می تواند هر مالی اعم از عین و منفعت باشد و نه تنها مراد از عین در تقسیم



<sup>۱</sup> برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: اثر نگارنده، نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه آن با حقوق غرب، فصلنامه پژوهش های تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲ شماره ۴، زمستان ۱۳۹۴

<sup>۲</sup> On peut avoir sur les biens، ou un droit de propriété، on simple droit de jouissance، ou seulement des، ou seulement des services fonciers a pretender.



مشهور و شناخته شده عین و منفعت، اعم از عین معین و کلی فی الذمه و کلی در معین است ، بلکه مراد از منفعت نیز منفعت اشیا اعم از منفعت عین معین و کلی و کلی در معین و منفعت اشخاص می باشد. بنابراین در فقه اسلامی ، علاوه بر عین معین، در مورد سایر اقسام عین و همچنین منفعت اشياء و منفعت اشخاص نیز می توان از رابطه اعتباری مالکیت سخن گفت که این رابطه اعتباری مسلماً در قسم حقوق عینی قرار می گیرد و نه دینی.

گفتنی است با توجه به مالکیت بر منافع ، بدون تردید مستاجر از حق تعقیب برخوردار و در صورت غصب عین مستاجر حق مراجعه به غاصب را دارد (میرزای قمی ۱۳۷۱: ۱۴۶ / سبحانی تبریزی، ۱۳۸۶: ۴۰۸) اما در حقوق خارجی با توجه به شخصی بودن رابطه بین موجر و مستاجر و عدم تصور مالکیت بر منافع ، بر خلاف صاحب حق انتفاع، مستاجر از حق تعقیب برخوردار نیست. (Johnston, 2004: 67)

در رابطه با حق تعقیب صاحب حق انتفاع در حقوق اسلام گفتنی است گروهی کثیری از فقها بر این عقیده اند که غصب حقوق حتی حقوق مالی ضمان آور نیست (صافی، ۱۴۱۶: ۳۱۸ / فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۷: ۲۰ / مرعشی، ۱۴۰۶: ۱۵۰) و از این رو سلطه‌ی مستاجر به مراتب قوی تر از حق منتفع است (کاملاً برعکس نظام رومی ژرمنی) .

۹- ویژگی و خصوصیت دیگری که از نظر برخی مانع ورود طلب و دین به حقوق عینی است، (سعیدی ، ۱۳۸۷: ۴۱۳) ویژگی حق تقدم حقوق عینی می باشد.

لیکن این ویژگی و خصوصیت نیز به تنهایی نمی تواند مانع ورود طلب و دین به قلمرو حقوق عینی و سبب پذیرش تقسیم ثنائی در حقوق ایران گردد. اگر مراد از تقدم حق عینی بر دینی، تقدم حق عینی اصلی از نوع مالکیت بر عین معین بر طلبکار باشد، که این تقدم نه تنها بدیهی بلکه می توان گفت بی معنیست زیرا مالی که به دیگران منتقل شده باشد از کیسه دارایی فروشنده خارج شده و بعد از آن اگر نزاعی بین خریدار مال و طلبکاران فروشنده صورت گیرد ، نزاع بر سر اثبات مالکیت خریدار است و اگر این امر به اثبات برسد، نزاع خاتمه می یابد و روشن است که طلبکاران فروشنده حقی بر مال منتقل شده ندارند.

اگر مراد از تقدم حق عینی بر دینی، تقدم حق عینی تبعی بر حق دینی باشد (طلبکار با حق وثیقه و طلبکار عادی) باز این تقدم ارتباطی با تفاوت مالکیت بر عین معین و عین کلی بر ذمه





ندارد که آنرا بهانه ای برای پذیرش تقسیم مزبور دانست و حق دائن را عینی محسوب نکرد. به عنوان مثال اگر نزاع بین طلبکار با حق وثیقه و طلبکار عادی باشد، تقدم حق طلبکار با حق وثیقه (دارنده حق عینی تبعی به لسان حقوقی) نیز ناشی از خصوصیت رهن و وثیقه و حکم قانون گذار است و الا اصل حق هر دو طلبکار، ماهیت و جوهره یکسانی دارند و به لسان حقوقی حق دینی و به لسان فقهی مالکیت مال کلی بر ذمه نامیده می شوند. همچنین که برخی اوقات قانونگذار به دلیل حمایت برخی از طلبکاران یا به مصلحتی خاصی، آنان را بر سایر طلبکاران مقدم می دارد که نویسنده طرفدار تقسیم مزبور، خود واقف به این امر بوده و بیان داشته است: «حق تقدم گاهی بر روی مال یا اموال خاصی از مدیون اعمال می شود و گاه به مجموع دارایی شخص تعلق می گیرد. اولویتی که برای بستانکاران مندرج در چهار طبقه اول ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی قرار داده شده از نوع دوم است... این نوع تقدم بر روی هیچ یک از اجزای دارایی او اعمال نمی شود بلکه محل تعلق آن مجموع بدهکار است. به همین دلیل این نوع تقدم از ویژگی های حقوق عینی نیست بلکه به عکس اختصاص به حقوق دینی دارد. اگر حق تقدم به مال یا اموال مشخصی از مدیون تعلق گیرد، از اقسام حقوق عینی است» (سعیدی، ۱۳۸۷: ۴۲۶)

آنچه از این گفته در رد تقسیم مزبور و تایید آن قابل برداشت است این که، طلبکاران نیز برخی اوقات دارای حق تقدم هستند، با این تفاوت که حق تقدم آنها بر مال معین و خاصی اعمال نمی گردد و بلکه بر مجموع دارایی مدیون تعلق می گیرد.

۱۰- ویژگی دیگر حقوق عینی در برابر حقوق شخصی یا دینی، انحصاری بودن مصادیق حقوق عینی است که در برخی از کشورها از جمله ماده (۹۷۳) قانون مدنی یونان، ماده (۱۳۰۶) قانون مدنی پرتغال و ماده (۳۸) قانون مدنی هلند، به صراحت بیان شده است. با توجه به اثر مطلق حقوق عینی، این دسته از حقوق، توسط قانونگذار معین و مشخص شده و به رسمیت شناخته شده و از این رو مصادیق آن محصور و اشخاص با اراده خود قادر به ایجاد حقوق جدید عینی نیستند چرا که این حقوق در برابر همه قابل استنادند و افراد باید پیشاپیش مصادیق این حقوق را بشناسند. در مقابل، در خصوص حقوق شخصی که اثر آنها نسبی





است، اصل آزادی قراردادی مطرح و اشخاص قادر به ایجاد هر نوع حق شخصی می باشند. (Faber & Lurger, 2011, vol4: 21)<sup>۱</sup>

لیکن در حقوق اسلامی متعلق مالکیت که مهمترین حق عینی محسوب می شود، همه اقسام عین و منفعت اعم از منافع اشخاص و منافع اشیاء است و لذا انحصاری یا محدود بودن حقوق عینی سخن گزافی است چرا که افراد می توانند در قالب این عقود و قراردادها (از جمله اجاره اشخاص) هر عملی را به ملکیت خود در آورند و در قالب انواع عقد بیع و اجاره اشخاص و اشیاء، می توانند حقوق مالکانه متعددی و غیر محصور را ایجاد کنند.

۱۱- در قانون مدنی ایران هیچ گونه ذکر از این تقسیم بندی و ویژگی های آن نشده است و اصطلاح حق عینی و دینی یا حق شخصی در هیچ یک از مواد قانون مدنی وجود ندارد؛ در حالی که در اکثر کشورهای تابع نظام رومی ژرمنی صراحتاً این تقسیم بندی و مصادیق و ویژگی های آن ذکر شده است. (Christian Von, 2004: 321/ Faber & Lurger 2011, vol4: 202) از این رو اصل این تقسیم بندی هیچ مبنای قانونی ندارد و بر اساس تفسیر نه چندان دقیق حقوقدانان وارد سیستم حقوقی ایران شده است.

بنابراین دلیلی برای پذیرش این تقسیم بندی باقی نمی ماند و باید یا قائل به بطلان آن بود و یا آن را به شکل دیگری پذیرفت که در ادامه به بررسی شکل اصلاح شده تقسیم مزبور خواهیم پرداخت.

#### ۲-۳. تقسیم ثلاثی

از جمله تقسیم بندی های دیگری که می توان از آن یاد کرد، تقسیم ارائه شده از سوی استاد گرانقدر جناب آقای دکتر محقق داماد است. ایشان که استادانه با مفهوم مال کلی در حقوق اسلام و همچنین اثر وضعی التزامات و تعهدات شخصی آشنا می باشند، جهت جلوگیری اختلاط دین با حق مالی ناشی از تعهدات، حقوق مالی را سه قسم می دانند: ۱- حق

<sup>1</sup> The number of different types of obligations is in principle unlimited, whereas rights in rem are generally created by statute so that there is a limited number (numerus clausus) of different types of such rights in rem. Rights in rem can be enforced against everyone in the world and therefore have an absolute character (caractère absolu) whereas obligations can only be enforced against the debtor (effet relatif). This means in particular that the absolute right is effective against every other person, whereas a relative right only grants a restricted right towards a certain person. Ibid. vol4. p21







عینی ۲- حق شخصی ۳- حق دینی (ذمی). از نظر ایشان در حقوق اسلامی نیز، رابطه‌ی بین شخص متعهد و متعهد له، حق شخصی است و بر خلاف حق دینی و یا ذمی هیچ مال و مالکیتی در کار نیست. (محقق داماد، ۱۳۸۶) در واقع ایشان از یک طرف حق دینی (ذمی) را همردیف حق عینی نمی‌دانند و از طرف دیگر حق وضعی ناشی از تعهدات (یا جنبه مثبت آن) را برخلاف رویه رایج سایر حقوقدانان، به درستی حق شخصی می‌دانند و نه حق دینی. از این رو حقوق مالی را به سه قسم فوق‌الذکر تقسیم می‌کنند.

اما به نظر این تقسیم بندی نیز قابل مناقشه است زیرا اولاً با وجود پذیرش مالکیت مال کلی در حقوق اسلامی، تفکیک حق دینی یا ذمی از حقوق عینی چندان قابل قبول نیست. دین نیز یکی از اقسام عین می‌باشد و از این رو تفکیک حق دینی از حق عینی با اشکال مواجه است. ثانیاً همان‌گونه که گذشت دین و طلب در حقوق اسلامی همه اوصاف مالکیت را دارد و همردیف سایر حقوق عینی است. ثالثاً اصل تقسیم بندی حق عینی و دینی ریشه در حقوق خارجی دارد و با مفاهیم حقوق اسلامی سازگار نیست تا بتوان از این مبنا در تقسیم بندی حقوق اموال استفاده نمود. رابعاً تقسیم بندی ثلاثی ارائه شده هیچ‌گونه سابقه‌ای در حقوق اسلامی ندارد و همان‌گونه که در ادامه بیان خواهیم داشت، تقسیم بندی حق و ملک، تقسیم بندی سنتی و سازگارتر با نهاد های حقوق اسلامی است. خامساً برخی از حقوق مالی همچون حق خیار، حق شفعه، حق تالیف، حق اختراع و ... در این تقسیم بندی قرار نمی‌گیرند زیرا این حقوق نه عینی، نه ذمی و نه شخصی می‌باشند؛ در حالی که این حقوق به سادگی مشمول تقسیم بندی «حق و ملک» هستند. بنابراین دلیلی برای پذیرش این تقسیم بندی باقی نمی‌ماند؛ بدون تردید، استاد نیز در موضع ارائه تقسیم بندی جامع و مانع از حقوق مالی نبوده‌اند، بلکه هدف اصلی ایشان از این تقسیم بندی، تفکیک حق شخصی یا همان حق مطالبه‌ی ناشی از تعهدات، از مفهوم دین بوده است و از این حیث نه تنها قابل نقد نیست، بلکه از جمله اهداف نگارنده در این تحقیق می‌باشد.

#### ۲-۴. پذیرش تقسیم حقوق عینی و دینی به صورت اصلاح شده

با وجود پذیرش نظریه مالکیت مال کلی بر ذمه و نظریه مالکیت منافع، می‌توان راهکار دیگری برای حفظ تقسیم ثنائی مزبور در حقوق ایران اندیشید. با توجه به اینکه دین یا طلب





و منافع از ویژگی مالکیت بهره مند می باشند و دائن مالک طلب و مستأجر مالک منفعت محسوب می شود، می توان دیون و منافع را جزء حقوق عینی محسوب نمود، (همچنین که برخی از فقهای آشنا به حقوق موضوعه نیز حق مستاجر بر منافع را حق عینی می دانند) جمعی از پژوهشگران، (۱۴۲۳: ۱۵) در عین حال می توان مصادیقی نیز برای حقوق شخصی در نظر گرفت و از این رو اصل تقسیم بندی را همچنان باقی دانست.

در این راستا حق وضعی ناشی از التزامات و تعهدات نظیر شرط فعل و یا شروط ابتدائی (جنبه مثبت تعهدات) مسلماً دین محسوب نمی شود و از این اوصاف بی بهره اند و مسلماً، در دسته حقوق عینی قرار نمی گیرد، و حق شخصی محسوب می شوند که منشا آن ها تعهدات قانونی و قراردادی است. از این رو می توان تقسیم بندی مزبور را به صورت اصلاح شده بپذیریم.

البته در صورت پذیرش این نظریه، حقوق شخصی مصادیق محدودی پیدا می کند و اکثر حقوق مالی در دسته حقوق عینی قرار می گیرند در حالی که در حقوق غرب، حقوق عینی مصادیق محصوره دارند و اغلب حقوق، شخصی می باشند. همچنین اصل تقسیم بندی حقوق به عینی و شخصی یادگار سیستمی است که در آن مهمترین مصداق حقوق عینی (یعنی مالکیت) تنها نسبت به اعیان معین برقرار می گیرد و نظریه مالکیت مال کلی و مالکیت بر منافع غیر قابل تصور است. بنابراین به نظر می رسد در نظام حقوق اسلام و به تبع آن حقوق ایران، می بایست در پی تقسیم بندی دیگری بود و از ستون فقرات شکسته حقوق خارجی، دل برکند. فراموش نشود این مهمان ناخوانده امروز در زادگاه خود نیز طرفداران چندانی ندارد و برخی ادعای ناپدید شدن آن را کرده اند، چه رسد در سرزمین ما، که انتقادات دوچندان است و هیچ شک و تردیدی نیست از همان ابتدا نیز تقسیم ناقصی بوده و شامل برخی حقوق (از جمله حق سرقتی، حق تحجیر، حق شفعه، حق خیار) نمی شده است.

### ۳. بازگشت به تقسیم سنتی حق و ملک در حقوق اسلامی

همان گونه که در حقوق غرب تقسیم بندی حقوق به عینی و شخصی، یک تقسیم بندی سنتی و با سابقه است و بر قامت این نظام راست آمده، در فقه اسلامی نیز تقسیم بندی سنتی حق و ملک یک تقسیم کاملاً سازگار با سایر مفاهیم و تاسیس های حقوقی است. فقها در





یک تقسیم بندی کلی اموال و حقوق مالی اشخاص را به ملک و حق تقسیم بندی می کنند. (حسینی، بی تا: ۳۳) در واقع در حقوق اسلامی اشخاص نسبت به اموال دو نوع علقه و رابطه اعتباری می توانند داشته باشند. البته در خصوص ماهیت این علاقه ها اختلافات گسترده ای وجود دارد و تبیین اقوال مختلف فقها، در این مقال نمی گنجد.

مالکیت رابطه ای اعتباری میان مالک و مملوک در هر سه قسم اعیان و منافع است (جزائری، بی تا: ۵۵) و لازمه ای آن سلطه مالک بر مال می باشد و از این رو، مالک می تواند انواع تصرفات را در آن انجام دهد (خمینی، ۱۴۲۱: ۱۱۶). در مقابل سلطه یا رابطه اعتباری از نوع «حق» ماهیت مستقلی دارد و اعتباری است بین «ذی حق و من علیه حق» و قائم به دو طرف می باشد. به بیان دیگر ملک، حتی در خصوص ملک بر ذمه ی غیر (دین بر ذمه مدیون) اعتبار و اضافه ای است بین مالک و مملوک (خمینی، ۱۴۲۱: ۴۳) از این رو دین و یا طلب در حقوق اسلامی مقسم «حق» محسوب نمی شود بلکه مقسمی از ملک است. بر این اساس به اعتبار تعلق روابط اعتباری افراد نسبت به اموال، اموال و حقوق مالی به دو قسم «حق و ملک» تقسیم می شوند که این تقسیم بندی، با مبانی حقوق اسلامی و سایر مفاهیم و نهاد های آن سازگار تر می باشد.

در این تقسیم بندی املاک خود به دو قسم اعیان و منافع تقسیم (کاشف الغطاء ۱۳۵۹: ۱۲۸) و هر یک از این اقسام به سه قسم معین و کلی و کلی در معین تقسیم می گردند. (خمینی ۱۳۸۶: ۴۰) حقوق نیز از جهات مختلف تقسیم بندی می شوند. از حیث ذیحق، فقها حق را به حقوق الله و حقوق الناس تقسیم می کنند (محقق حلی ۱۴۰۸: ۱۲۶ / صیمری ۱۴۲۰: ۲۹۳ / شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۴۵) که این تقسیم، در حقوق مدنی کاربرد چندانی ندارد. از حیث اوصاف و ویژگی های حق (از جمله قابلیت اسقاط و انتقال) مشهور فقها حقوق را به چهار قسم تقسیم بندی می کنند:

۱. حقوقی که قابل اسقاط و انتقال و همچنین با فوت به وراثت منتقل می شوند. همانند حق خیار، قصاص و رهن و تحجیر. (یزدی، ۱۴۲۳: ۵۶)
۲. حقوقی که قابل اسقاط و وراثت هستند، اما قابل انتقال نیستند.
۳. حقوقی که قابل اسقاط و وراثت هستند و تنها به طرف مقابل قابل انتقال اند.
۴. حقوقی که نه قابل انتقال و نه وراثت اند و تنها قابل اسقاط می باشند.





تقسیم بندی چهارگانه دیگری نیز از سوی مرحوم محقق نائینی ارائه شده که به نظر می‌رسد از سایر تعاریف، جامع تر است. (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۱۹). به نظر ایشان تمام اقسام حقوق، قابل اسقاط است و آنچه محل بحث است قابلیت نقل و انتقال آن به غیر است و از این رو می‌تواند آن‌ها را به این نحو چهار قسم دانست: ۱. حقوقی قابل اسقاط، مثل حق قذف. ۲. حقوق قابل اسقاط و نقل بلاعوض، مانند حق قسم. ۳. حقوق قابل اسقاط و نقل اعم از تبرعی و معوض، مثل حق تحجیر. ۴. حقوق قابل اسقاط و انتقال قهری در عین حال غیر قابل نقل ارادی، مثل حق خیار (نائینی، ۱۳۷۳: ۴۲) که این تقسیم بندی مورد تأیید فقهای دیگری نیز واقع شده است.

لازم به ذکر است برخی حقوق را از حیث مالیت داشتن به مالی و غیر مالی نیز تقسیم کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۷) که این تقسیم بندی در فقه اسلامی طرفداران چندانی ندارد. در هر حال آنچه غیر قابل مناقشه است، اینکه در صورت پذیرش هر یک از نظریات فوق، تقسیم کامل تری نسبت به تقسیم حقوق به عینی و دینی را پذیرفته ایم و هیچ یک از انتقادات سابق بر آن وارد نیست؛ به عنوان مثال کلیه اموال نوظهوری همچون حقوق مالکیت فکری و یا سهام شرکت‌ها نیز به سهولت در قسم حقوق قابل اسقاط و انتقال معوض قرار می‌گیرند و نیاز به اضافه دسته مستقلی احساس نمی‌شود. همچنین فهم مفاهیم حقوق اسلامی نظیر مال کلی فی‌الذمه و بیع کلی و ماهیت عقد اجاره اعم از اجاره عین معین و کلی و... به انحراف کشیده نمی‌شود.

### نتیجه گیری:

اگر چه سابقاً تقسیم بندی حقوق عینی و دینی در نظام حقوقی رومی ژرمنی از اهمیت بالایی برخوردار بوده لیکن امروزه، انتقادات گسترده‌ای بر آن وارد است و در این نظام نیز، رنگ و بوی سابق خود را ندارد و برخی ادعای ناپدید شدن آن را دارند. این تقسیم بندی در حقوق ایران اگر چه هیچ مبنایی قانونی ندارد اما اکثر حقوقدانان به تاسی از حقوق غرب، بدون هیچ گونه قید و شرطی آن را پذیرفته‌اند، در حالی که بر اساس نظریه مالکیت مال کلی بر ذمه و منافع، پذیرش این تقسیم بندی در حقوق ایران با موانع گسترده تری مواجه





است چرا که اولاً دین مال کلی بر ذمه است و از اوصاف مالکیت بهره مند است و ثانیاً دین (مال کلی بر ذمه) یکی از اقسام عین است و به حقوق عینی نزدیک تر است تا حقوق شخصی. با وجود پذیرش نظریه مال کلی و منافع، چهار نظریه قابل تصور است: ۱- پذیرش نظریه مال کلی به همراه پذیرش تقسیم حقوق عینی و دینی ۲- پذیرش نظریه مالکیت مال کلی مانع پذیرش تقسیم مزبور ۳- پذیرش مالکیت مال کلی و ارائه تقسیم بندی ثلاثی ۴- پذیرش مالکیت مال کلی و به همراه پذیرش تقسیم حقوق عینی و دینی به صورت اصلاح شده؛ که نظریه اخیر با مبانی حقوق اسلامی سازگارتر است، در عین حال توصیه نگارنده، بازگشت به تقسیم بندی سنتی حق و ملک است که از سایر نظریات کامل تر و انتقاد چندانی بر آن وارد نیست.

#### منابع:

۱. الشریف، محمد مهدی، ۱۳۹۲ش، منطق حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۲.
۲. اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، قم، انوار الهدی، بی جا، ج ۲.
۳. جعفری خسروآبادی، نصراله، زمستان ۱۳۹۴ش، نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه آن با حقوق غرب، فصلنامه پژوهش های تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، ش ۴.
۴. جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت علیهم السلام. قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ج اول، ج ۴.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۴ش، ترمینولوژی حقوقی، تهران، انتشارات گنج دانش.
۶. حسینی سیستانی، علی، ۱۴۱۵ق، منهاج الصالحین، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، بی جا، ج ۲.
۷. حسنی، هاشم معروف، بی تا، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مکتبه هاشم، بی جا.





۸. خمینی (امام)، روح الله، ۱۳۸۶ش، کتاب البيع (تقریرات قدیری)، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، بی جا.
۹. -----، ۱۴۲۱ق، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره) بی جا، ج ۱.
۱۰. خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۷ق، مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم، انصاریان، بی جا، ج ۲.
۱۱. زین الدین، محمدامین، ۱۴۱۳ق، کلمه التقوی، [بی جا]، مطبعه مهر، بی جا.
۱۲. سبزواری، عبدالاعلی (بی تا)، جامع الاحکام الشرعیه، قم، موسسه المنار، بی جا.
۱۳. -----، ۱۴۱۳ق، مهذب الاحکام، قم، موسسه المنار، بی جا، ج ۲۷.
۱۴. سعد، نبیل ابراهیم، ۱۹۹۸م، النظریه العامه للالتزام، بیروت، لبنان، دار النهضه العربیة، بی جا.
۱۵. سبحانی تبریزی، جعفر، ۱۳۸۶ش، توضیح المسائل، قم، موسسه امام صادق علیه السلام، بی جا.
۱۶. سعیدی، محمد علی، ۱۳۸۷ش، "حق عینی و دینی در حقوق ایران و فرانسه"، پایان نامه دوره دکتری، شهید بهشتی، بی جا.
۱۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۷م، مصادر الحق. بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی جا، ج ۲.
۱۸. -----، ۱۹۵۸م، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت - لبنان، داراحیاء التراث العربی، بی جا، ج ۱.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ج ۱۴.
۲۰. شعاریان، ابراهیم، ۱۳۸۸ش، انتقال قرارداد، تهران، انتشارات فروزش، ج ۱.
۲۱. صافی، لطف الله، ۱۴۱۶ق، هدایه العباد، قم، دار القرآن الکریم، بی جا، ج ۲.
۲۲. صیمری، مفلح بن حسن، ۱۴۲۰ق، غایه المرام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار الهادی، بی جا، ج ۴.
۲۳. عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، ۱۳۷۸ش، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات طه، بی جا.





۲۴. عبدی پور، ابراهیم ، ۱۳۹۱ش ، مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، قم ، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۱.
۲۵. عبدی پور، ابراهیم و نصراله جعفری ، ۱۳۹۳ش، خلط نظری ناشی از خطای در واژه شناسی « حقوق خصوصی، دوره ۱۱، ش ۱.
۲۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد ، ۱۳۸۷ش ، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار، بی چا.
۲۷. فرج الصده، عبدالمنعم، ۱۹۷۴م، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه. بیروت - لبنان، دارالنهضة العربیة، بی چا.
۲۸. کاتوزیان، ناصر ، ۱۳۸۴ش ، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران، میزان، بی چا.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۹ش، نظریه عمومی تعهدات. تهران، میزان، بی چا.
۳۰. کاشف الغطاء، محمدحسین ، ۱۳۵۹ق، ، تحریر المجله، قم، مکتبه النجاش-مکتبه الفیروزآبادی، بی چا، ج ۱.
۳۱. گلپایگانی، محمدرضا ، ۱۳۷۱ش، هدایه العباد، قم، دار القرآن الکریم، بی چا.
۳۲. محقق حلّی، جعفر ، ۱۴۰۸ق ، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان، بی چا، ج ۴.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی ، ۱۳۸۶ش ، "حق مطالبه از کدام حقوق است؟". ارائه شده در نشستهای قضایی، تهران، نشریه قضاوت، ش ۴۷.
۳۴. ———— ، ۱۳۸۱ش، قواعد فقه، تهران، انتشارات سمت، بی چا، ج ۱.
۳۵. مرعشی، شهاب‌الدین ، ۱۴۰۶ق ، منهاج المومنین، قم، کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره) ، بی چا، ج ۲.
۳۶. مروج، محمد جعفر ، ۱۴۱۶ق ، نظره فی الحقوق، احکامها و اقسامها، قم، موسسه دار الکتاب، بی چا .
۳۷. میرزای قمی، ابوالقاسم ، ۱۳۷۱ش ، جامع الشتات فی اجوبه السوالات، تهران، کیهان، بی چا، ج ۳.
۳۸. نایینی، محمدحسین ، ۱۴۱۸ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، قم، موسسه النشر الاسلامی ، بی چا، ج ۱.





۳۹. ———، ۱۳۷۳ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (طبع قدیم) تهران، المکتبه المحمدیه، بی چا، ج ۱.
۴۰. هاشمی، سید احمد، و ابراهیم تقی زاده، بی تا، حقوق اموال و مالکیت، تهران، دانشگاه پیام نور، بی چا.
۴۱. یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۲ش، درسهایی از حقوق مدنی تطبیقی، تهران، نشر میزان، ج ۱.
۴۲. یزدانیان، علیرضا، و داوود بزرگمهر، ۱۳۹۰ش، "بررسی فقهی- حقوقی طرق انتقال ارادی طلب با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه،" مجله علمی-پژوهشی حقوق خصوصی، دوره هشتم، ش ۱.
۴۳. یزدی، محمد کاظم، ۱۴۲۳ق، حاشیه کتاب المکاسب، بیروت، نشر دار المصطفی لاحیاء التراث، بی چا، ج ۱.
44. Christian Von, Bar (2004), the Internction of Contract Law and Tort and Property Law. European Law Publishers.
45. Faber, Wolfgang, & Brigitte Luger (2011), National Report on Transfer of Movables in Europe. European law publishers GmbH, Munich, vol 3 and 4.
46. Johnston, David (2004), Roman law in Context. UK: Cambridge University Press.
47. Micheler, Eva (2007), Property in Securities, a Comparative Study. London: Cambridge University Press.
48. Samuel, Geoffrey (2001), Law of Obligation and Legal Remedies. Second edition. London: Cavendish publishing limited.
49. Van Erp, Sjef (2006), "From Classical to Modern European Law." www.ssrn.com.
50. Worthington, Sara. "The Disappearing Divide between Property and Obligation." Texas International Law Journal 42 (917). www.ssrn.com.

