

حقوق خصوصی

دوره ۱۱، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳

صفحات ۱۰۸ - ۸۱

خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی

(بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق شخصی)

ابراهیم عبدی پور فرد^{۱*}، نصراله جعفری خسروآبادی

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه قم

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۹۳/۰۲/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۹۳/۰۹/۲)

چکیده

از تأسیس‌های مهم نظام حقوقی رومی-ژرمنی، که در ترجمه و بومی‌سازی آن دقت کافی نشده است، سه اصطلاح مرتبط «obligation» «dette» و «droit personnel» است. Dette در نظام یادشده عنصری از عناصر obligation است و droit personnel جنبه مثبت این رابطه حقوقی است. ترجمه نامناسب این اصطلاحات در متون حقوقی ایران و متمایز نکردن آن‌ها از اصطلاحات رایج در متون فقهی مانند «تعهد و التزام» و «دین و طلب» موجب خلط مفاهیم خاص دو نظام بزرگ حقوقی شده است. در عمل، خطا در واژه‌شناسی و مفهوم‌شناسی اصطلاحات بنیادین به خلط نظری تأسیس‌های حقوقی و قواعدی منتج شده است که اهمیت و گستره کاربردی زیادی دارند. اختلاف دیدگاه‌ها در زمینه تملیکی بودن یا عهدی بودن بیع کلی، مناقشه در تقسیم‌های حقوق مالی، اختلاط اسباب سقوط تعهدات با اسباب سقوط و انتقال دین، در نهایت، سردرگمی دکترین حقوقی در مباحث‌های ضمان قهری در فقه اسلامی و مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه، مصادیق خطاهای نظری ناشی از خطاهای مفهوم‌شناسی است که در این پژوهش بررسی می‌شود.

کلیدواژگان

تعهد، حق دینی، حق شخصی، دین مال کلی، مالکیت.

مقدمه

از جمله ممیزات هر نظام حقوقی، اصطلاحات حقوقی خاص آن نظام است اصطلاحات و عبارتهایی که بیانگر موضوعات، قواعد و تأسیس‌هایی است که باید در چارچوب همان نظام حقوقی درک و تفسیر شوند. بی‌توجهی به این واقعیت مهم بسیار زیان‌آور است، زیرا شباهت موضوع‌ها یا تأسیس‌های حقوقی در نظام‌های حقوقی مختلف می‌تواند ما را به اشتباه جبران‌ناپذیر در درک بنیان‌های حقوقی آن‌ها دچار کند. یکی از بنیان‌های مهم حقوقی در نظام‌های رومی - ژرمنی، تأسیس «obligation» است که در متون حقوقی مصر به «التزام» و در متون حقوقی لبنان به «موجب» و در متون حقوقی ایران به «تعهد» ترجمه شده است. در حالی که در پیشینه فقهی، تعهد در مفهوم مصدری و اسمی کاربردها و معانی متعددی دارد. در حقوق رومی - ژرمنی، اصطلاح^۱ «dette» را به عنوان عنصری از تعهد به کار می‌گیرند که از قضا نویسندگان حقوقی فارسی آن را به معنای «دین» ترجمه کرده‌اند. در حالی که از نظر ماهیت و آثار کاملاً متفاوت با «دین» در مفهوم مصطلح و رایج آن در فقه امامیه است. همچنین، droit personnel که جنبه مثبت تعهد در حقوق رومی - ژرمنی است، در حقوق ما به حق دینی ترجمه شده است و با مفهوم طلب یکسان پنداشته می‌شود، در حالی که این دو مفهوم نیز ماهیت یکسانی ندارند.

انتخاب معادل‌های نامناسب فارسی برای اصطلاحات حقوقی غربی نه تنها موجب خلط ناموجه اصطلاحات حقوقی بیگانه و بومی می‌شود بلکه به درک نادرست تأسیس‌ها و قواعد حقوقی آن نظام‌ها در مطالعات تطبیقی منجر می‌شود. در این پژوهش با ریشه‌شناسی اصطلاح دین، حق دینی و تعهد در دو نظام حقوقی رومی - ژرمنی و اسلامی، و تبیین و تطبیق آن، ثابت می‌شود که خطا در واژه‌شناسی و درک نادرست این اصطلاحات، چگونه موجب خلط نظری تأسیس‌ها و قواعد حقوقی می‌شود، به طوری که در کاربرد و اجرای قواعد مرتبط با این دو تأسیس در حوزه حقوق

۱. معادل انگلیسی آن: debt

اموال و حقوق تعهدات و قراردادهای آثار نامطلوبی به دنبال داشته است. پژوهش ما فرض می‌کند که اصطلاحات حقوقی از ممیزات هر نظام حقوقی است و مفهوم و آثار آن را باید در چارچوب همان نظام بررسی کرد.

تبیین مفهوم تعهد، دین و حق شخصی در نظام حقوقی رومی - ژرمنی

تعریف لغوی و اصطلاحی تعهد (obligation) و دین (dette)

(Obligation)، در زبان انگلیسی به معنای تکلیف^۱ و یا تکلیف قانونی (Longman Handy Learners Dictionary, 2003) و در زبان فرانسوی به معنای الزام و اجبار قانونی است (Oxford French Dictionary, 2006) که به نظر ریشه آن «lig» است و بر چیزی یا کسی که مقید و موظف شده باشد، دلالت می‌کند (Zimmermann, 1992, p.1). dette که لغت معادل آن در زبان انگلیسی debt است و در متون حقوقی فارسی به دین ترجمه شده است، نیز به معنای چیزی (نوعاً پولی) است که شخص بدهکار یا ملتزم به آن است (Oxford Dictionary of Law, 2006)^۲ و یا حالت و وضعیت بدهکاری که چیزی را بدهکار است^۳ (Longman Handy Learners Dictionary, 2003). ریشه لغوی آن واژه لاتین debtum به معنی بدهی است. این لغت، در لغت‌نامه‌های فرانسوی و آلمانی نیز تعریف یکسانی به معنای debt دارد^۴ (Oxford French Dictionary, 2006). اما در اصطلاح حقوق، obligation که در منابع فارسی «تعهد»، و در منابع عربی «التزام» و «موجب» ترجمه شده است، تأسیس حقوقی است که از واژه لاتین obligatio مشتق شده است (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ص ۶۷) و تعریف‌های متعددی از آن در نظام‌های حقوقی مختلف بیان شده است.

1. Duty
2. Oxford Dictionary of Law, Sixth Ed. (UK: Oxford university press, 2006) something, typically, money, that is owe or due.
3. Longman Handy Learners Dictionary, Fifth Ed. (British Library Cataloguing, 2003): Something owed state of owing or person who owes money.
4. Oxford French Dictionary, Third Ed. (UK: Oxford university press, 2006) A sum of money that is owed or due.

در حقوق روم تعهد این‌گونه تعریف شده است: «تعهد یک رابطه حقوقی است که ما را ملزم به انجام کاری به نفع دیگری بر اساس قانون می‌نماید.» (Helge, 2011, p.1) برخی نیز آن را رابطه حقوقی^۱ میان متعهد و متعهدله تعریف می‌کنند که یک طرف را قادر می‌کند از دیگری چیزی بخواهد (Malaurie, 2007, p.1). لذا از نظر واژه‌شناسی رومی «تعهد یک رابطه حقوقی» دوطرفه بین دو شخص است (Zimmermann, 1992, p.2) و این رابطه قانونی یا حقوقی شخصی، جوهره و ماهیت اصلی تعهد را تشکیل می‌دهد (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ص ۶۷).

جوهره شخصی این رابطه حقوقی سیر تطور پیچیده‌ای را پیموده است به گونه‌ای که در ابتدا، دائن، بر جسم مدیون سلطه می‌یافت و می‌توانست او را حبس و در برخی موارد به بردگی بکشد و در مواردی هم می‌توانست او را اعدام کند تا این سلطه به حد حبس مدیون رسید و بعد از مدت‌های طولانی، براساس نظریه مادی تعهد، تا حد سلطه بر اموال مدیون، کاهش پیدا کرد (Zimmermann, 1992, p.26). از این رو، براساس ماده ۲۲۸۴ قانون مدنی فرانسه، دائن حق زندانی کردن مدیون را ندارد (Mazeaud, 1995, t2, p.8). بر این اساس، به دنبال سیر تکامل نظریه تعهد، ابتدا نظریه شخصی تعهد، سپس، نظریه مادی تعهد شکل گرفت.

بر اساس نظریه شخصی، جوهره اصلی تعهد، شخصی بودن رابطه حقوقی طرفین است. این رابطه در ابتدا، چنان به شخصیت دو طرف وابسته بود که از یک طرف، امکان جداشدن آن از طرفین اولیه وجود نداشت و انتقال آن به دیگری امکان‌پذیر نبود و از این رو، با مرگ طرفین پایان می‌یافت و به ورثه نیز منتقل نمی‌شد (Zimmermann, 1992, p.5)، از طرف دیگر، این رابطه بین دو شخص ایجاد می‌شد و هیچ ارتباطی با دارایی آن‌ها نداشت، به همین دلیل در دوران ابتدایی، طلبکار مجبور بود دست روی بدهکار بگذارد و او را دستگیر کند و در صورت انجام‌ندادن تعهداتش، او را به بردگی بگیرد تا به این عنوان برای طلبکار کار کند. بنابراین، نظر «ملزم‌بودن» (در یک مفهوم استعاره‌ای) به‌طور ضمنی، دلالت بر امکان اجرای توقیف واقعی و بردگی جسمی دارد.

1. legal tie

سپس، این سلطه، کم‌رنگ‌تر شد و به تسلط بر جسم و بدن مدیون و زندانی کردن او محدود شد. این وضعیت مدتی طولانی ادامه یافت تا به سلطه بر اموال مدیون محدود شد (سنهوری، ۱۳۸۲، ص ۲۳). اما در عین حال لغت تعهد همیشه خاطره به‌بندکشیدن مدیون را به یاد حقوقدانان می‌آورد و امروزه نیز به‌طور ضمنی، بر نوعی طناب نامرئی به دور گردن مدیون دلالت می‌کند که او را به شخص معینی بسته است و ملزم است برای او کاری انجام دهد (Zimmermann, 1992, p.5). به بیان دیگر، الزام‌آور بودن تعهد در متون حقوقی امروز، ریشه در به‌بندکشیدن فیزیکی مدیون در رم باستان دارد و می‌توان گفت این رابطه در حال حاضر شکل کوچک‌شده‌ای از بردگی است که ابتدا او را ملزم به انجام دادن کاری به نفع دیگری می‌کند. سپس، این سلطه بر اموال او تعلق می‌گیرد. همچنین، شایان ذکر است بر اساس این نظریه، دین (dettes) عنصری از عناصر تعهد و به معنای تکلیف به پرداخت پول یا دادن مال یا انجام دادن کار و خدمت است (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ص ۶۹).

برخلاف نظریه شخصی تعهد، شیرک آحقوقدان آلمانی، با «رابطه شخصی حقوقی» در تعهد مقابله می‌کند. شیرک برخلاف حقوق رومی، رابطه شخصی را اصل نمی‌داند و به موضوع تعهد، جدای از رابطه حقوقی، به عنوان عنصری اساسی می‌نگرد، تا جایی که تعهد به عنصر مالی بیشتر نزدیک می‌شود تا به رابطه‌ای شخصی، یعنی از شخص دائن و مدیون منفصل می‌شود و با موضوع خود عجین و به یک شیء مادی تبدیل می‌شود (سنهوری، ۱۳۸۲، ص ۲۵). به بیان دیگر، محل و موضوع تعهد را باید عنصر اساسی دانست که از دائن و مدیون تفکیک‌شدنی است و مانند حقوق عینی می‌تواند مورد تصرف‌های حقوقی دیگر واقع شود (فرج‌الصدده، ۱۹۷۴، ص ۵). براساس این نظریه، برخی تعهد را اینگونه تعریف کرده‌اند: «قیمه مالیه تکنون حقاً فی ذمه الدائن و دیناً فی ذمه المدین» (الکسوانی، ۲۰۰۸، ص ۲۵) تعریفی که تأسیس ذمه در فقه اسلامی را به غلط برای تبیین مفهوم و ماهیت تأسیس رومی «obligation» به عاریت گرفته است.

1. Obligation
2. Gierke

به هر حال، در نظریه اخیر تعهد صرفاً رابطه بین دو شخص نیست، بلکه رابطه بین دو دارایی است و آنچه جوهره تعهد را تشکیل می‌دهد عنصر مالی و مادی تعهد است که حقی برای دائن و دینی برای مدیون محسوب می‌شود. از این نظر، این نظریه به نظریه مادی تعهد مشهور می‌شود. این نظریه به حقوق آلمان محدود نمی‌شود و از سوی سالی^۱ در فرانسه هم گسترش می‌یابد، اما در آنجا با اقبال گسترده مواجه نمی‌شود (سنهوری، ۱۳۸۲، ص ۲۶).

در ادامه، حیات نظریه موضوعی یا مادی تعهد، و برای کمک به این نظریه، نظریه‌های دیگری از جمله نظریه حق بر شیء (Jus in rem)، نظریه دارایی (patrimoine) و نظریه آلمانی تفکیک عنصر مدیونیت (schuld) از مسئولیت (Haftung) نیز از سوی حقوقدانان مطرح شد که شرح آن از حوصله این مقاله خارج است. براساس نظریه تفکیک مدیونیت و مسئولیت، تعهد به دو عنصر مدیونیت و مسئولیت تجزیه می‌شود. عنصر اول، عبارت است از تکلیف قانونی متعهد به ادای اختیاری موضوع تعهد، و عنصر دوم، الزام و اجبار به ایفای تعهد در صورت اجرانکردن اختیاری آن متعهد است که این مسئولیت بر مال مدیون اعمال می‌شود و نه جسم او (انورسلطان ۱، بی‌تا، ص ۱۵؛ فرج‌الصدده، ۱۹۷۴، ص ۵).

در واقع، عنصر الزام که سابقاً به‌طور کامل، رنگ شخصی داشت و به معنای «بند برگردن متعهد» محسوب می‌شد و در حال حاضر نیز از دیدگاه طرفداران مکتب شخصی، نوعی طناب نامرئی محسوب می‌شود، دیگر مثل گذشته نیست و در تحولات حقوق تعهدات این بند از عهده مدیون برداشته شده است و به دارایی او پیوند خورده است. براساس این نظریه نیز، دین عنصری از عناصر تعهد محسوب می‌شود، اما که عنصر مسئولیت از آن تفکیک شده است. از این دیدگاه، دین به معنای تکلیف متعهد به دادن مال یا انجام‌دادن عمل یا انجام‌ندادن عمل است و عنصر تکلیف جوهره آن را تشکیل می‌دهد و اجرانکردن این تکلیف، موجب مسئولیت متعهد می‌شود (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ص ۷۰).

تبیین اصطلاح حق شخصی^۱ (droit personnel)

براساس نظریه شخصی تعهد، ماهیت تعهد رابطه‌ای حقوقی شخصی است که به واسطه جنبه ایجابی آن، یعنی حق ناشی از آن به حق شخصی نیز معروف شده است (سعد، ۱۹۹۸، ص ۳۳۹؛ Samuel, 1992, p. 88). در واقع، ماهیت تعهد رابطه‌ای قانونی بین دو شخص است که اثر آن، یک حق شخصی است (Ghestin, 2005, p. 3). براساس این حق، یکی از طرفین مستحق مطالبه اجرای تعهد و دیگری، به اجرای آن ملزم می‌شود (Faber and Lurger, 2011, p. 200). به بیان دیگر، اگر از جنبه مثبت و از طرف متعهدله به این رابطه حقوقی نگریسته شود، حق شخصی و اگر جهت منفی و از سوی متعهد نگریسته شود، «تعهد» نام دارد (الکسونی، ۲۰۰۸، ص ۲۵). شایان ذکر است در اکثر نظام‌ها غلبه و توجه به جنبه سلبی تعهد است تا ایجابی آن، لذا نظریه «تعهد» مشهورتر از نظریه «حق شخصی» است، به هر حال، تعهد و حق شخصی در حقوق نوشته رابطه‌ای تنگاتنگ دارند و دو روی یک سکه محسوب می‌شوند و در تقابل با حقوق عینی‌اند و به واسطه این تقابل، تقسیم‌بندی حقوق عینی و شخصی شکل می‌گیرد که از نظر برخی حقوقدانان این تقسیم‌بندی ستون فقرات حقوق اموال در نظام حقوقی رومی - ژرمنی است (سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۷).

براساس این تقسیم‌بندی ساختاری، حقوق مالی به دو قسم عینی و شخصی تقسیم می‌شود. حق شخصی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و بر اساس آن می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را متعهد و یا طلبکار و کسی که ملزم است، متعهدله یا بدهکار می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ش ۹) و به دلیل اینکه موضوع حق دینی یا شخصی صرفاً از شخص متعهد مطالبه‌شدنی است، سه عنصر دارنده حق، متعهد و موضوع حق دارد. اما حق عینی حقی است که شخص به طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به شیء معینی پیدا می‌کند و می‌تواند آن را به کار گیرد. از این رو، دو عنصر دارنده حق و موضوع حق دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ش ۶).

۱. این اصطلاح در متون حقوقی فارسی به حق دینی مشهور شده است که در ادامه آن را شرح می‌دهیم. در متون حقوقی انگلیسی تعبیرهای مختلفی از آن وجود دارد. مانند:

Personal right, Right in personam, Right in action, Chose in action

به بیان دیگر، حقی که براساس وجود و موقعیت یک شیء مطالبه‌شدنی باشد، حق عینی یا right in rem است (Sakmann, 2005, p.90). از این نظر، موضوع حق عینی از جمله مالکیت که مهم‌ترین مصداق آن محسوب می‌شود، همیشه یک شیء مادی مشخص، مفروض، معین و رؤیت‌شدنی است (سنه‌وری ۱۹۹۷، ج ۲، ص ۱۳) و از این رو، تعلق رابطه اعتباری مالکیت نسبت به اموال کلی و اعتباری، همچنین، منافع، تصورنشده‌ی است. در مقابل، حق شخصی غالباً ناظر به انجام‌دادن یا ترک عمل است و نمی‌توان آن را مشاهده کرد (هاشمی و تقی‌زاده، بی‌تا، ص ۴۴). شایان ذکر است، در نظام رومی - ژرمنی حقوق عینی در قلمرو حقوق اموال و حقوق شخصی در قلمرو حقوق تعهدات قرار می‌گیرد و تقابل حقوق عینی و شخصی، جلوه‌ای از تقابل حقوق اموال و تعهدات است. بنابراین، در این نظام حقوقی نسبت میان دین، تعهد و حق شخصی کاملاً روشن است و مناقشه‌ای بر آن نیست. تعهد که رابطه حقوقی میان متعهد و متعهدله است، برای متعهد تکلیف به دادن مال یا انجام‌دادن عمل یا خودداری از عمل است که از آن به دین تعبیر می‌شود و برای متعهدله حق مطالبه موضوع تعهد است که از آن به حق شخصی تعبیر می‌شود. بدین ترتیب، «دین» و «حق شخصی» دو روی سکه «تعهد» هستند. به عبارت دیگر، تعهد از منظر متعهد، دین است و از منظر متعهدله یک حق شخصی یا به تعبیر برخی مؤلفان حق دینی است.

تبیین ماهیت دین و تعهد در حقوق اسلامی

در حقوق اسلامی بر خلاف نظام حقوقی رومی ژرمنی، دین و تعهد دو ماهیت کاملاً مستقل محسوب می‌شوند و ارتباط جوهری با یکدیگر ندارند. لذا به‌طور مستقل این دو اصطلاح حقوقی را تبیین می‌کنیم. ناگفته نماند در فقه و حقوق کشورهای عربی به‌جای واژه تعهد بیش‌تر واژه التزام به‌کار گرفته می‌شود (سعدی، ۱۹۹۸؛ فرج توفیق، ۲۰۰۹؛ انور سلطان ۱، بی‌تا)، در این تحقیق، ما به تاسی از حقوقدانان فارسی واژه تعهد را به‌کار می‌گیریم و هر دو واژه را به یک معنا در نظر می‌گیریم.

مفهوم التزام یا تعهد

تعهد در زبان فارسی و عربی از ریشه «عهد» است و مصدر باب تفاعل و به معنای ضمانت، برعهده‌گرفتن، پیمان بستن و خود را مدیون و موظف کردن است (شهیدی، ۱۳۸۴، ش ۱۵، و از نظر برخی به معنای تازه کردن پیمان و شرط یا عهدی را پذیرفتن است (طاهری، ۱۳۸۶، ص ۷۱۱). همچنین، لغت عهد، به معنای امان سوگند، ذمه یا حفاظ و وصیت است (جوهری، ۱۳۷۶، ص ۵۱۵)، و در برخی لغت‌نامه‌ها به معنای حفظ شیء و نگهداری و مراعات آن بیان شده است. برای مثال «اوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا» که به معنای وفا به حفظ ایمان ترجمه شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۵۹۱). پس، اصل عهد، نگهداری و مراعات است و پیمان را از جهت لازم‌المراعات بودن، عهد گفته‌اند و اگر به معنی امر و توصیه و غیره آید، از جهت لازم‌الحفظ بودن آن است (قرشی، ۱۴۱۲، ص ۶۰).

در اصطلاح، تعهد یا التزام، معانی متعددی دارد. التزام یا تعهد یک معنای مصدری و یک معنای اسم مصدری دارد. تعهد در معنای مصدری این گونه تعریف شده است: «به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد.» (شهیدی، ۱۳۸۴، ش ۱۶) براساس این تعریف، موضوع تعهد یکی از سه امر است، دادن مال، انجام دادن عمل اعم از مادی یا حقوقی و خودداری از انجام دادن عمل معین، اعم از مادی، یا حقوقی. اما از دیدگاه فقهی تعهد یا التزام ممکن است به امر اعتباری و انشایی تعلق گیرد یا عمل مادی. در قلمرو شروط و التزامات عقدی، شرط نتیجه مصداق اولی و شرط فعل مصداق دومی است. نمونه و مثال برای تعهد در مفهوم مصدری این تعریف از کفالت در برخی منابع فقهی است «و هی التعهد و الالتزام لشخص باحضار نفس له علیه حق» (خمينی، بی‌تا، ص ۳۰).

برخی مؤلفان با درک تمایز رویکرد نظام رومی-ژرمنی و حقوق اسلامی در مقوله تعهدات و التزامات تأکید کرده‌اند: عهد و التزام در این معنا در صورتی که موضوع آن یک «مضمون انشایی و اعتباری» و بر عهده گرفتن موضوع اعتباری تراضی باشد، تشکیل‌دهنده مفهوم عقد است. از همین رو، از نظر فقهی هر عقدی مرکب از دو تعهد یا دو التزام است، خواه موضوع عقد تملیک باشد، یا

نباشد و خواه حاصل عقد، تعهد (به معنای مسببی) برای هر دو طرف یا یک طرف یا هیچ یک باشد، که در این معنا ارتباطی با تعریف مرسوم از تعهد در حقوق غرب ندارد (الشریف، ۱۳۹۲، ص ۶۶۶).

تعهد به معنای اسم مصدری، عبارت از وظیفه و تکلیف حقوقی است که به طور قانونی بر عهده متعهد ثابت شده است (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۶۸). تعهد به این معنا ممکن است به اراده شخص، یعنی از طریق تعهد به معنای اول بر عهده او قرار گیرد و یا بدون اراده او و به طور مستقیم به حکم قانون ثابت شود. بنابراین، در این معنا التزام یا تعهد، به معنای تکلیف شخص به دادن مال، انجام دادن عمل یا خودداری از انجام دادن عمل است (عبدی پور، ۱۳۹۱، ص ۷۲). لذا در برخی عبارات‌های فقها، شرط فعل به التزام معنا شده است، چنان که شرط یا اشتراط عدم تصرف به معنای التزام عدم تصرف تلقی شده است (مراغی، ۱۴۱۷، ص ۲۴ و ۲۹۳).

در این مفهوم، از نظر حکم وضعی و تکلیفی، تعهد انواع مختلفی دارد. برخی التزامات و تعهدات، به ویژه التزامات قانونی، از دیدگاه فقهی صرفاً حکم تکلیفی است و اثر وضعی ندارد. نظیر حکم وجوب پرداخت نفقه اقارب که به اعتقاد برخی فقیهان حکم تکلیفی محض است و هیچ گونه اثر وضعی ندارد (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۷۵؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۳۵؛ اشتهاوردی، ۱۴۱۷، ص ۴۹). اما تعهداتی مانند شروط و التزامات قراردادی هم که اثر وضعی دارند، ماهیت تکلیفی و وضعی آنها مورد بحث و تناظر آرای فقیهان قرار گرفته است. برای مثال درباره ضمانت اجرای شرط فعل که در تعریف فقهی به «التزام در ضمن التزام اصلی یعنی عقد» توصیف شده است، به طور کلی سه دیدگاه وجود دارد:

۱. عدم وجوب تکلیفی بر مشروط علیه و صرف ایجاد حق فسخ برای مشروط له (شهید اول،

۱۳۰، ص ۴۰۶)؛

۲. صرف وجوب تکلیفی بر مشروط علیه (شیخ طوسی، ۱۳۵۱، ص ۱۵۱)؛

۳. وجوب تکلیفی بر مشروط علیه و امکان الزام یا اجبار او در صورت امتناع (کرکی، ۱۴۰۸،

ص ۴۲۳؛ نجفی، ۱۳۶۵، ص ۲۱۸).

در دیدگاه دوم، چنین التزامی صرفاً حکمی تکلیفی است اما دیدگاه سوم که اکثر فقیهان امامیه از آن تبعیت می‌کنند، علاوه بر جنبه تکلیفی شرط یعنی وجوب وفای به آن، جنبه وضعی نیز برای آن قائل است، اگرچه در تحلیل و توجیه آن اختلاف دیدگاه وجود دارد، اما به‌طور منطقی مبتنی بر فرض وجود «حقی» برای مشروطه است.

مؤلف مکاسب در تحلیل مبنای حق الزام مشروط له، پس از استناد به عموم ادله نقلی و وجوب وفای به عقد و شرط، می‌افزاید: همانا عمل به شرط چیزی مانند تسلیم عوضین است زیرا مشروط له به اقتضای عقد مقرون به شرط، مالک شرط شده است و می‌تواند مشروط علیه را به تسلیم آن اجبار کند (انصاری، ۷۰، ص ۴۲۸). محقق خوئی ضمن تأیید این قسمت از دیدگاه شیخ که وفای به شرط مجرد تکلیف محض نیست و مشروط له حق مطالبه آن و اجبار مشروط علیه را دارد، فرضیه ملک بودن آن را با این استدلال که شرط موجب اشتغال ذمه مشروط علیه نمی‌شود، رد می‌کند و معتقد است که شرط برای مشروط علیه التزام و برای مشروط له حقی از حقوق ایجاد می‌کند و هدف از اشتراط امری بر عهده یکی از متعاقدین، صرف اثبات حکم تکلیفی بر عهده او نیست و غرض ملزم شدن او به این شرط است به گونه‌ای که مشروط له حق مطالبه آن را داشته باشد و در صورت لزوم، از طریق دادگاه او را الزام کند. از دیدگاه محقق خوئی این «وجوب حقی» که از یک سو، برای مشروط علیه التزام و از سوی دیگر، برای مشروط له حق مطالبه و الزام را فراهم می‌کند، حکم وضعی است که از سیره عقلا نشأت می‌گیرد و روایت المومنون عند شروطهم تأیید همین روش و سیره عقلاییه است (خوئی، ۱۴۱۷، ص ۳۶۶). به بیان دیگر، اثر وضعی ناشی از این التزامات، اگر چه ملک محسوب نمی‌شود اما در قسم حقوق جای می‌گیرد و حق الشرط یا حق مطالبه و یا حق الزام نامیده می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۷۰؛ یزدی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۱۲۶؛ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۶۷).

بنابراین، تعهد یا التزام بر حسب مورد ممکن است حکم تکلیفی محض یا دربردارنده حقی به نفع متعهد له باشد که در فرض اخیر به‌طور مفهومی با تأسیس obligation در حقوق نوشته شباهت دارد. اما همان‌گونه که مشاهده شد، ماهیت و آثار یکسانی ندارد.

تبیین مفهوم دین

دین که جمع آن دیون است، از نظر لغوی در زبان فارسی و عربی به قرض دارای اجل و مهلت معین گفته می‌شود (فراهیدی، ۱۴۱۴، ص ۷۲) و از نظر برخی هر شیء غیرحاضر را دین می‌گویند (ابن منظور، ۱۴۰۸، ص ۴۵۹). که به نظر می‌رسد مراد از شیء غیرحاضر مالی است که شخص در اختیار ندارد و در اختیار دیگری قرار داده است. برخی هم گفته‌اند که دین همان قرض و ثمن مبیع است (فیومی، ۱۴۱۴، ذیل واژه دین). از نظر برخی لغت‌شناسان نیز مالی را که اجل دارد، دین می‌گویند و در مقابل آن مالی را که اجل ندارد، قرض می‌گویند (واسطی زبیدی، ۱۳۰۶، ج ۱۰، ذیل واژه دین).

اما در اصطلاح فقها، دین دو تعریف عمده دارد: از نظر برخی فقها، «هر چیزی که در ذمه ثابت باشد، دین می‌گویند. خواه سبب آن قرض، یا بیع یا اتلاف و یا نذر و یا حکم شرعی نظیر نماز بر ذمه باشد» (خوانساری، ۱۳۱۱، ص ۴۳۴؛ آملی، ۱۳۸۰، ص ۱۴۲). از منظر این دیدگاه، دین بر واجبات مالی الهی و حق‌الله نیز اطلاق می‌شود. به بیان دیگر، هر حقی که به سبب آن ذمه انسان مشغول به آن باشد، دین می‌گویند، چه حق‌الله و چه حق‌الناس (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۶۶). حتی از دیدگاه برخی فقها واجبات الهی مانند حج و روزه و نماز که ذمه مکلف به آن‌ها مشغول می‌شود، ملک خدا محسوب می‌شوند و در واقع، همه واجبات شرعی ملک خداوند است. البته مراد از ملک و مالکیت، ملکیت رایج بین مردم نیست بلکه از حیث مناسبتی که بین مکلف و خداوند برقرار می‌شود، ملک خدا نامیده می‌شوند. همانگونه که در آیه قرآن بیان شده است «لله علی الناس حج البيت من استطاع الیه» (طباطبائی قمی، ۱۴۱۵، ص ۳۲۶).

اما در تعریفی دیگر، دین عبارت است از «هر مال کلی که ثابت بر ذمه می‌باشد» (سبزواری، بی‌تا، ص ۳۵۳؛ گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص ۶۵، حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۱). برخی هم در تعریفی نسبت مشابه دیگری دین را اینگونه تعریف کرده‌اند «دین مالی است که ذمه انسانی در مقابل دیگری به آن مشغول می‌شود» (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ص ۶). از این منظر، دین نوعی مال است و اوصاف اموال از جمله قابلیت نقل و انتقال را با خود دارد.

شایان ذکر است از منظر این گروه که دین را مال کلی بر ذمه می‌دانند، دین خود دو معنی عام و خاص دارد که معنی عام آن هر مال کلی ثابت بر ذمه است و معنای خاص آن قرض است (نراقی، ۱۴۱۵، ص ۲۹۷). تعریف خاص دین همان تعریف لغوی دین است زیرا در لغت دین به قرضی که اجل و مهلت معین دارد، گفته می‌شود (فیروزآبادی، ۱۴۲۴، ص ۳۲۰).

به هر حال، دین در حقوق اسلامی، نوعاً به معنای مال کلی در ذمه است و از مصادیق اموال محسوب می‌شود. البته این مال، یک مال اعتباری است و نه خارجی. فقها به این اشکال هم که اموال کلی موجود و قابل تملک نیستند، به سادگی پاسخ داده‌اند: «مالکیت عرض خارجی نیست، بلکه از اعتبارات عقلانی است و لذا مانعی از اعتبارکردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد. دین و یا مال کلی بر ذمه، معدوم مطلق نیست بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه، اعتبار می‌شود و با این وصف و داشتن موجودیتی اعتباری، عقلاً آن را ملک و قابل تملک می‌دانند» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۷).

شایان ذکر است اعتبار مالکیت برای مال کلی اعتباری عقلانی مستقل محسوب می‌شود و نقش ذمه مانند نقش عالم خارج است و دخالتی در اعتبار مالکیت ندارد و به هر حال اضافه مالکیت اضافه بین مالک و مملوک است (صاحب جواهر، به نقل از موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۴۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۰).^۱ به بیان دیگر، ذمه مدیون ظرف اعتباری است که به‌طور عقلی، به عنوان موطن اموال کلی که وجود خارجی ندارند، فرض می‌کنند (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ص ۷۰).

بنابراین، دین از مصادیق اموال (البته از اموال اعتباری) محسوب می‌شود و رابطه دین با دین رابطه شخصی نیست، بلکه رابطه مالک با مملوک است. بنابراین، ارتباط جوهری با مفهوم تعهد

۱. «الملك في جميع الموارد إضافة بين المالك والمملوك، حتى في ملكية شيء في ذمه الغير؛ لأن الملكية متقومة بالإضافة الحاصلة المذكورة، و تكون ذمه المديون كمحفظه للمال، لا دخاله لها في اعتبار الملكية، و إن شئت قلت: حال الذمه حال الخارج بالنسبة إلى الأعيان الخارجيه المملوكه، فكما أن الخارج ظرف للمملوك من غير دخاله له في اعتبار الملكية، كذلك الذمه» نقل از موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۴۴. در توضیح دیگر: «المراد إضافة الكلي إلى الذمه بنحو إضافة المظروف بظرفه»: (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۰).

ندارد و این دو، آثار و احکام متفاوتی دارند. برای مثال، بر خلاف التزامات و تعهدات که جوهره آن حکم تکلیفی است، اشتغال ذمه ناشی از دیون یا همان مدیونیت، حکم وضعی است و از این رو، شرایط تکلیف در تحقق آن دخالتی ندارد. بنابراین، هر شخصی حتی اشخاص فاقد اهلیت نیز می‌توانند مشغول‌الذمه شوند. علاوه بر آن، بی‌تردیدی در قابلیت نقل و انتقال «دین» در حقوق اسلامی وجود ندارد و بیع دین و حواله دین با هیچ اشکالی مواجه نیست. در حالی که در نظام‌های حقوقی غربی اعم از رومی-ژرمنی و کامن‌لایی مدت‌های طولانی تعهد قابل انتقال نبود و متعهدله برای انتقال حق خود صرفاً ناگزیر به به‌کارگیری تأسیس نمایندگی یا سازوکار تبدیل تعهد بود. در سده اخیر با بروز مکتب مادی تعهد، قابلیت انتقال تعهد و حق دینی ناشی از آن در این نظام‌ها با شرایطی به رسمیت شناخته شد. لیکن هنوز به دلیل عدم تصور مالکیت مال کلی و وجود برخی سنت‌های رومی، نظریه تعهد در این نظام‌ها در مقایسه با قابلیت‌های کاربردی نظریه دین در حقوق اسلامی، همچنان کاستی‌ها و نقص‌هایی دارد.

از توضیحات یادشده معلوم شد در حقوق اسلامی، «دین» از نظر ماهیت، متفاوت از «تعهد» یا «التزام» است و این دو تأسیس حقوقی تفاوت‌های بنیادین دارند و نه تنها یکسان نیستند، بلکه رابطه آن‌ها با یکدیگر از نظر مفهومی تباین است. دین مال کلی بر ذمه مدیون و یک حکم وضعی است و مهم‌ترین وصف اموال یعنی قابلیت نقل و انتقال را با خود دارد و مالک آن که داین نامیده می‌شود به راحتی می‌تواند این مال خود را به وسیله عقد بیع یا عقود دیگر، به ثالث انتقال دهد.

خطاهای واژه‌شناسی در متون حقوقی ایران

دانستیم که در حقوق رومی-ژرمنی دین (dettes) عنصری از عناصر تعهد (obligation) محسوب می‌شود. همچنین، جنبه مثبت تعهدات «حق شخصی» (droit personnel) نامیده می‌شود. از این رو دین، تعهد و حق شخصی با یکدیگر رابطه تنگاتنگی دارد. اما در حقوق اسلامی از یک سو، دین ماهیت کاملاً مستقلی دارد و نوعی مال اعتباری محسوب می‌شود و از سوی دیگر، تعهد به معنای اسم مصدری یا همان وظایف و تکالیف و التزامات قانونی و قراردادی، به‌طور ذاتی حکم تکلیفی است و برخی مصادیق آن مانند شرط فعل و التزامات قراردادی، اثر وضعی دارد، لیکن اثر وضعی

ناشی از این التزامات، ملک محسوب نمی‌شود و در قسم حقوق جای می‌گیرد و حق الشرط یا حق مطالبه یا حق الزام نامیده می‌شود.

اما متأسفانه در متون حقوقی ایران به دلیل خطا در واژه‌شناسی و مفهوم‌شناسی واژه‌های یادشده، این مفاهیم در یکدیگر خلط شده‌اند. در نتیجه، مفهوم دین و تعهد در یکدیگر خلط شده 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 می‌شود. از این منظر، تعهد دو چهره متفاوت دارد: ۱. جنبه مثبت، که شخص حق مطالبه پیدا می‌کند و آن را «حق دینی» یا طلب می‌گویند؛ ۲. جنبه منفی، که شخص را ملزم می‌کند و تعهد نامیده می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ش ۵۳). در این تعریف، طلب مترادف با حق شخصی یا حق دینی است که در مقابل حق عینی قرار دارد.

در این زمینه عبارت‌هایی از منابع حقوقی فارسی ذکر می‌شود: «تعهد ایجاد یک رابطه شخصی و دینی است و به جا بود که در شمار دیون قرار گیرد». «تعهد در حق کنونی به دو معنی به‌کار می‌رود: ۱. معنی عام، که شامل تمام حقوق دینی می‌شود؛ ۲. معنی خاص که ناظر به دیون ناشی از عقد است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ش ۶). «دین تعهدی که بر ذمه شخص به نفع دیگری وجود دارد که از حیث انتساب آن به بستانکار، طلب و از حیث نسبتی که با بدهکار دارد، دین یا بدهی نام دارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ش ۲۵۲۹). «دین غالباً جنبه منفی رابطه تعهد است، یعنی آنچه بسته به متعهد است و در مقابل، طلب است. طلب، جنبه مثبت تعهد است که وابسته به متعهدله است...» (هاشمی و تقی‌زاده، بی‌تا، ص ۴۴)؛ «در اصطلاح حقوقی دین غالباً به معنای تعهد به‌کار می‌رود... کلمه تعهد در حقوق کنونی دو معنی دارد: یکی معنی عام که شامل تمام حقوق دینی است و دیگری، معنی خاص که ناظر به دیون ناشی از عقد است...؛ واژه دین معمولاً در خصوص تعهداتی که موضوع آن وجه نقد می‌باشد، مورد استفاده قرار می‌گیرد» (شعاریان، ۱۳۸۸، ص ۲۸۷-۲۸۶)؛ «تعهد اعم است از طلب و دین؛ جنبه مثبت این رابطه در جانب بستانکار قرار دارد و به طلب موسوم است و طرف منفی آن «دین» خوانده می‌شود که جانب مدیون را نشان می‌دهد» (یزدانیان و بزرگمهر، ۱۳۹۰). این عبارت به‌طور کامل گویای خلط دو مفهوم دین و تعهد در

حقوق ایران و نادیده گرفتن ماهیت مستقل دین به عنوان مال کلی در حقوق اسلامی است که منبع اصلی تأسیس‌ها و قواعد حقوق موضوعه ما را تشکیل می‌دهد.

گفتنی است در حقوق نوشته اصطلاح «حق دینی» وجود ندارد، بلکه اصطلاح رایج حق مطالبه، حق اجرا یا حق شخصی^۱ است و عبارت حق دینی از ابداعات حقوقدانان ماست که دلیل عمده آن، همان خطای در ترمینولوژی مفاهیم یاد شده و تشابه مفهوم دین و طلب با حق شخصی است. فارغ از خطای در معرفی اصطلاحات، حق دینی یعنی اضافه «حق» که دلالت بر امتیاز و سلطه می‌کند، به «دین» که از دیدگاه یادشده دلالت بر جنبه منفی تعهد دارد، چندان مناسب به نظر نمی‌رسد.

شایان ذکر است، از این جهت که دین در اصطلاح فقهی آن یعنی «مال کلی»، بر ذمه شخص مدیون است و پای مدیونی نیز به میان است، با مفهوم حق شخصی در حقوق غرب مشترک است و به همین دلیل نیز حقوقدانان ایران، طلب را که جنبه مثبت دین است، با حق شخصی در حقوق غرب خلط، و عبارت حق دینی را ابداع کرده‌اند. اما دانستیم که دین از نظر ماهیت «مال کلی بر ذمه» است و با آن مانند اموال دیگر رفتار می‌شود. دائن مالک آن محسوب می‌شود و حق هر گونه دخل و تصرفی را در ملک خود دارد و اگرچه پای مدیونی به میان است و دین صرفاً از او قابل مطالبه است، اما مدیون طرف اضافه و رابطه نیست، و رابطه داین با دین، رابطه مستقیم مالکیت است و نه حق شخصی صرف، به بیان دیگر، دائن مالک مال اعتباری می‌شود نه اینکه صرفاً حقی شخصی علیه مدیون داشته باشد. پس بی تردید دین ارتباط ذاتی با تعهد ندارد و عنصری از عناصر آن محسوب نمی‌شود و از این رو، به کارگیری اصطلاح طلب برای جنبه مثبت تعهد هم صحیح نیست.

آن گونه که از عبارت‌های یادشده مشهود است خطای انجام گرفته دیگر، نادیده گرفتن ماهیت التزامات و تعهدات وفق حقوق اسلامی و پذیرش ماهیت مشابه حقوق غرب و قائل شدن اثر

1. Personal right, right in action, right to performance, droit personnel.

وضعی حق دینی یا حق شخصی، برای همه التزامات و تعهدات است. در حالیکه در بخش قبل درباره ماهیت تعهد گفتیم براساس مبانی فقه امامیه، جوهره تعهدات حکم تکلیفی است و از دیدگاه مشهور فقهای امامیه، برخی التزامات مانند حکم وجوب پرداخت نفقه اقارب، حکم تکلیفی است و هیچ گونه اثر وضعی ندارد (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۷۵؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۳۵، اشتهاوردی، ۱۴۱۷، ص ۴۹) و مستحق نفقه نیز صرفاً از باب امر به معروف و نهی از منکر می‌تواند از حاکم اجبار مُنْفِق را بخواند (قمی، ۱۴۰۰، ج ۴، ص ۳۹۹). البته درباره نفقه اقارب نظریه فقهی دیگری وجود دارد که در مقابل تکلیف منفق، قائل به وجود حقی برای منفق‌الیه است که از آن به «حق الانفاق» تعبیر کرده‌اند و براساس آن منفق‌الیه حق مطالبه نفقه و الزام منفق را دارد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۳۳؛ حلی سیوری، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۲۸۵).

اما در عین حال، فقها نسبت به برخی مصادیق التزام یا تعهد مانند شروط ضمن عقد، قائل به اثر وضعی و ایجاد حق برای متعهدله است. اگرچه مشهور فقها برخلاف این که آن را «حق» می‌دانند ولی بر این عقیده‌اند که این حق به ذمه تعلق نمی‌گیرد و صرفاً حق مطالبه، یا حق الزام است. به بیان دیگر، چنین حقی عرفاً از مصادیق مالکیت و طلب محسوب نمی‌شود و همه احکام مالکیت را نمی‌توان بر آن بار کرد، هرچند که قابل ارزیابی به پول باشد (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۳۱۴).

در هر حال، در صورت پذیرش این دیدگاه و قائل شدن به اثر وضعی برای تعهدات، می‌توان حق نشأت گرفته از آن را مانند حق شخصی در حقوق غرب دانست، اما بایسته و شایسته است برای جلوگیری از اختلاط این حق با مفهوم «دین و طلب»، اصطلاح «حق دینی» یا حق ذمی به کار نگرفت و آن را «حق مطالبه»، «حق الزام» یا «حق مالی عهدی» نامید. البته مالی بودن حق، مسامحه در تعبیر و با ملاحظه متعلق حق است. همچنین، نباید فراموش کرد که نمی‌توان همه آثار و احکام حق شخصی در حقوق غرب را بر این نوع حقوق بار کرد و احکام و آثار خاص نظام حقوق اسلامی را دارد که شرح آن خارج از موضوع تحقیق است و آن را به مجالی دیگر وامی‌گذاریم.

مصادق‌هایی از خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی

خلط نظری مفاهیم یادشده صرفاً مسئله‌ای نظری فاقد اثر عملی نیست، بلکه در حقوق ایران آثار و توالی فاسد فراوانی به دنبال داشته است که شرح مفصل آن در این مقاله امکان‌پذیر نیست و تحقیقی مستقل نیاز است؛ از این رو، در این بخش فقط نگاهی گذرا به مهم‌ترین آثار نامطلوب خلط نظری این مفاهیم خواهیم کرد تا ابعاد کاربردی موضوع این پژوهش و اهمیت آن روشن‌تر شود.

نشناختن ماهیت حقوقی برخی عقود از جمله بیع مال کلی و اجاره کلی

برخلاف دیدگاه مشهور حقوقدانان که مانند حقوق رومی - ژرمنی عقد بیع کلی را عهدی می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۹، ش ۲؛ امامی، ۱۳۹۰، ص ۴۱۹)، یا اثر تملیکی بیع کلی را معلق بر تعیین مصداق می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ش ۷)، از منظر فقها، به واسطه نظریه مالکیت مال کلی فی‌الذمه (نظریه دین) تردیدی نسبت به تملیکی بودن بیع و اجاره کلی نیست، زیرا دو طرف رابطه اعتباری مالکیت، به‌ویژه موضوع مالکیت می‌تواند اعتباری باشد و لزوماً شیء مادی نیست. در واقع، مالکیت همان‌گونه که می‌تواند به اموال معین و خارجی تعلق گیرد، به اموال کلی نیز می‌تواند تعلق گیرد و رابطه مالک با ملک در مال کلی نیز نوعی رابطه مستقیم با مال است (محقق داماد، ۱۳۸۹، ص ۳۱۴).

همچنین، شایان ذکر است فقها عین را محصور در مال خارجی نمی‌دانند و در تعریف عین بیان می‌کنند: عین چیزی است که اگر در خارج وجود یافت، جسم و مشتمل بر ابعاد سه‌گانه است و در این معنا عین مقابل منفعت، حق و همه اعراض مقولیه قرار می‌گیرد (خویی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۶). بنابراین، عین به چهار قسم عین معین، عین کلی در ذمه، کلی مشاع و عین کلی در معین تقسیم می‌شود. از این رو، تعریف عقد بیع به «تملیک عین به عوض معلوم» با مناقشه‌ای روبه‌رو نیست و بیع کلی را نیز می‌شود. در پاسخ به این ایراد که مبیع کلی تعین و تشخیص خارجی ندارد و به لحاظ عدم وجود خارجی نمی‌تواند موضوع مالکیت و انتقال قرار گیرد، گفته شده است که این اشکال در «کلی در مشاع» نیز وجود دارد، اما دفع‌شدنی است، زیرا مالکیت از اعراض خارجی

نیست، بلکه از اعتبارات عقلانی است و مانعی نیست که در موضوع اعتباری دیگر اعتبار شود. به سخن دیگر، چنان که اصل رابطه، یعنی ملکیت، اعتباری است، طرفین رابطه یعنی مملوک و مالک نیز می‌توانند اعتباری باشند. کلی در ذمه و دیگر کلی‌ها معدوم مطلق نیستند، بلکه موجود اعتباری‌اند. علاوه بر آن، مصداق‌های آن‌ها وجود خارجی دارند و هنگام تسلیم مصداق تعیین و تشخیص پیدا می‌کنند (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۳۳؛ خویی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۷). با این همه، برخی حقوقدانان با نادیده گرفتن مبانی فقهی ماده ۳۳۸ ق.م. بیان کرده‌اند: «تعریف ماده ۳۳۸ قانون مدنی (که مقتبس از منابع فقهی است) برای عقد بیع جامع نیست و عقد بیعی را که موضوع آن کلی است، در بر نمی‌گیرد!» (شهیدی، ۱۳۸۵، ش ۲)، یا این‌گونه بیان کرده‌اند که «ماده ۳۳۸ قانون مدنی که احکام مبیع را بیان می‌نماید، ناظر به مبیع شخصی است و شامل مبیع کلی نمی‌شود و احکام بیع مزبور از مواد دیگر فصل بیع و تعهدات دانسته می‌شود!» (امامی، ۱۳۹۰، ص ۴۲۰). روشن است این عقیده نیز از توالی فاسد خلط مفهوم دین و تعهد و عدم توجه دقیق به مفهوم دین و مفهوم مالکیت در حقوق اسلامی است.

پذیرش تقسیم‌بندی رومی حقوق عینی و دینی و غفلت از تقسیم‌بندی بومی حق و ملک

در حقوق رومی - ژرمنی در یک تقسیم‌بندی سنتی که از آن به عنوان ستون فقرات این نظام یاد می‌شود (سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۷) حقوق مالی به حقوق عینی و دینی تقسیم می‌شود. مهم‌ترین مصداق حقوق عینی مالکیت است که موضوع آن صرفاً عین معین و شیء مادی است و در مقابل آن، حقوق شخصی قرار دارد که جنبه مثبت تعهدات است و ماهیت شخصی دارد و از اوصاف رابطه اعتباری مالکیت بی‌بهره است. در حال حاضر، حتی در حقوق غرب انتقادهای شدیدی به این تقسیم‌بندی وجود دارد و برخی ادعای ناپدید شدن آن را دارند (Worthington, p.917). با این وجود، اکثر نویسندگان حقوق مدنی این تقسیم‌بندی را وارد حقوق ایران کرده‌اند و حتی به دلیل خلط مفاهیم دین و تعهد، حق شخصی را نیز به حق دینی ترجمه کرده است و حقوق مالی را به دو قسم حقوق عینی و دینی تقسیم می‌کنند (امامی، ۱۳۹۰، ص ۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴، ش ۶؛ صفایی، ۱۳۹۰، ص ۱۴۲؛ هاشمی و تقی‌زاده، بی‌تا، ص ۴۲) و همه آثار مترتب بر این تقسیم‌بندی را

در حقوق ایران نیز جاری می‌دانند در حالی که با اندک تأمل در مباحث پیش‌گفته، نادرستی این رویکرد و عدم انطباق آن با واقعیت‌های حقوق موضوعه ایران مشخص می‌شود. بنابراین، انتقادهای وارد بر این تقسیم‌بندی در حقوق ایران نه تنها دوچندان است، بلکه به گسترش خلط نظری یادشده نیز دامن زده است. درحالی که تقسیم‌بندی سنتی، بومی و سازگار با مفاهیم حقوقی دیگر ما، همان تقسیم حق و ملک است (اصفهانی، ۱۴۱۹؛ مروج جزائری، بی‌تا) که تا کنون به آن غفلت شده است و مهجور مانده است.

فقها در یک تقسیم‌بندی سنتی اموال و حقوق مالی اشخاص را به ملک و حق تقسیم‌بندی می‌کنند (حسنی، بی‌تا، ص ۲۳). حق و ملک هر دو سلطه اعتباری‌اند که برای مالک یا ذی‌حق جعل شده‌اند. از نظر برخی، اگر سلطه و امتیاز یک سلطه تام و مطلق و شامل همه تصرفات باشد، ملک نامیده می‌شود. اما اگر سلطه، سلطه ناقص باشد مانند سلطه راهن و یا سلطه ذی‌الخیار و یا سلطه شفیع، حق نامیده می‌شود. لذا، حق را مرتبه ضعیفی از ملک دانسته‌اند (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۲). برخی حق را یکی از انواع ملک می‌دانند که اضافه و رابطه‌ای بین مالک و مملوک برقرار می‌کند و سلطه خاصی به ذی‌حق می‌دهد (یزدی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۵۰ و ۲۸۰). اما گروهی دیگر ارتباطی بین حق و ملک برقرار نمی‌کنند و حق را سلطه و اعتبار خاص می‌دانند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ص ۴۲).

خلط مباحث پیرامون سقوط تعهدات با مسائل پیرامون سقوط دیون

عدم توجه دقیق به ماهیت دین در حقوق اسلامی و تفکیک‌نکردن آن از مفهوم تعهد سبب شده است مباحث پیرامون سقوط دیون در فقه اسلامی با مباحث مربوط به سقوط تعهدات در حقوق نوشته در یکدیگر خلط شوند و یکسان پنداشته شوند (امامی، ۱۳۹۰، ص ۳۱۳؛ طاهری، ۱۴۱۸، ص ۱۳۱). در حالی که در حقوق اسلامی اسباب سقوط تعهدات و التزامات (بر فرض اینکه صرفاً حکم تکلیفی غیرقابل سقوط نباشند) با اسباب سقوط دیون یکسان نیست. برای مثال ابراء، مالکیت مافی‌الذمه و انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه دیگری (با سازوکارهایی مانند ضمان و حواله) مختص دیون است و ارتباطی با تعهدات ندارد. البته ممکن است گفته شود که در این زمینه قانونگذار خود مقصر اصلی است. زیرا اولاً، به‌صراحت دیون را از تعهدات تفکیک نکرده و

ماهیت آن را روشن نکرده است؛ ثانیاً، فصل ششم از قسمت دوم کتاب دوم قانون مدنی را «در اسباب سقوط تعهدات» نامگذاری کرده است و در ماده ۲۶۴ مقرر می‌کند «تعهدات به یکی از طریق ذیل ساقط می‌شود...» در حالی که اسباب یادشده در این ماده و ذیل این فصل، به‌طور عمده از اسباب سقوط دیون است و نه تعهدات. به بیان دیگر، قانونگذار خود نیز در این باب اسباب سقوط دین و تعهد را در یکدیگر خلط کرده است که علت آن، اقباس این بخش از قانون مدنی از قانون فرانسه است. در عین حال، نکته قابل توجه اینکه، قانونگذار در بحث سقوط تعهدات به انگیزه بومی سازی و رعایت موازین فقهی در مواد مقتبس از قانون مدنی فرانسه تصرفات و تغییرات گسترده‌ای کرده است (الشریف، ۱۳۹۲، ص ۶۵۳). قانون مدنی برخلاف فرانسویان، در ابراء، رضایت مدیون را بی‌اثر می‌شمارد و به جای نهاد «یکی شدن متعهد و متعهدله» از « مالکیت ما فی الذمه»، که در آن مدیون مالک مالی می‌شود که بر ذمه خود وی مستقر بوده، سخن گفته است. دگرگونی‌های که در مواد مربوط به تبدیل تعهد انجام گرفته و آن را با انتقال دین و طلب تطبیق کرده است، چندان آشکار است که برخی نویسندگان آن را بر اشتباه نویسنده قانون مدنی حمل کرده‌اند (امامی، ۱۳۹۰، ص ۳۴۰). بنابراین، تغییرات یادشده دلیل دیگری بر تفکیک مفهوم دین و تعهد است که قانون‌گذار نیز به آن توجه کرده است.

عدم شناخت دقیق مسائل مربوط به ضمان قهری در حقوق داخلی و خلط آن با مباحث مربوط به مسئولیت مدنی در حقوق غرب

در حقوق غرب، مسئولیت مدنی از مسائل مربوط به تعهدات است و اسباب مسئولیت مدنی از منابع تعهدات محسوب می‌شود و از این رو، از یک طرف مسئولیت مدنی سبب ایجاد حق شخصی (حق دینی) می‌شود و نه حق عینی، و از طرف دیگر، از جمله پیش شرط‌های مسئولیت مدنی، نقض همراه با تقصیر تکالیف پیشین قانونی است و از این رو، سابقاً در کشورهای تابع نظام رومی‌ژرمنی، افراد فاقد اهلیت، به دلیل ناتوانی در درک و قوه تمییز، مقصر محسوب نمی‌شدند و مسئولیت مدنی درباره آن‌ها مصداق نداشت (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۴) و در حال حاضر نیز افراد فاقد شرایط تکلیف و تعهد فاقد مسئولیت اخلاقی و کیفری‌اند.

در این زمینه، برخی حقوقدانان ایران نیز به واسطه خلط و خطای یادشده، مسائل ضمان قهری در حقوق داخلی را با مسائل مسئولیت مدنی در حقوق غرب یکسان می‌دانند و معتقد به آثار و احکام مشابهی اند (یزدانیان، ۱۳۸۸، ص ۳۰، ۵۴، ۲۵۵). در حالی که اولاً، به واسطه نظریه مالکیت مال کلی، اسباب ضمان قهری از اسباب دیون محسوب می‌شود و از این رو، حقوق ایجادشده ناشی از ضمان قهری، عمدتاً یک حق ویژه قابل انتقال از نوع مالکیت است و نه حق شخصی صرف، و ثانیاً به دلیل وضعی بودن حکم اشتغال ذمه، شرایط تکلیف در ایجاد اشتغال ذمه ضروری نیست (آملی، ۱۳۸۰، ج ۱۱، ص ۱۲) و بی‌تردید، افراد فاقد تکلیف نیز می‌توانند به واسطه اتلاف، تسبیب و غصب، مشغول‌الذمه و مدیون شوند. برای مثال، اگر مجنون یا کودکی مال غیر را تلف کند، خود کودک یا مجنون مدیون و ضامن پرداخت مثل یا قیمت آن است. البته به دلیل اینکه ایشان شرایط تکلیف را ندارند، ولی یا قیم آن‌ها مسئول پرداخت دین از محل اموال ایشان است.

نتیجه

دانستیم در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، تعهد و دین و حق شخصی، سه مفهوم کاملاً مرتبط با یکدیگرند. دین عنصری از عناصر تعهد است و حق شخصی نیز جنبه مثبت آن محسوب می‌شود. حق شخصی در مقابل حقوق عینی قرار می‌گیرد و تقسیم‌بندی حقوق عینی و شخصی (دینی) ستون فقرات این نظام را تشکیل می‌دهد.

اما در نظام حقوقی اسلام، دین مفهومی کاملاً مستقل از تعهد است و ماهیت مستقل دارد، دین نوعی مال کلی بر ذمه محسوب می‌شود و به این دلیل، طلب که جنبه مثبت دین است، ملک دائن محسوب می‌شود و از اوصاف مالکیت بهره‌مند است. در مقابل، تعهد یا التزام معانی متعددی دارد که در نزدیک‌ترین معنا به معنای رایج تعهد در حقوق غرب، ماهیتاً حکم تکلیفی است، اگرچه برخی مصادیق آن، اثر وضعی دارد، یعنی حق مطالبه یا حق الزام است. بنابراین، برخلاف آنچه در متون حقوقی ایران رایج است، «دین» و «تعهد یا التزام»، تفاوت ماهوی با یکدیگر دارند و تشابه آن‌ها صرفاً تشابه ظاهری است و از نظر مفهومی، رابطه آن‌ها با یکدیگر تباین است اگر از نظر مصداقی گاه همپوشانی دارند و نسبت میان آن‌ها عموم و خصوص من وجه است.

می‌توان گفت، تأسیس «دین» یا «مالکیت مال کلی در ذمه دیگری» از جمله شاهکارهای حقوق اسلامی است و از نظر کارکردی نتایج مثبت زیادی مانند تملیکی‌بودن بیع کلی، مالکیت منافع، تقسیم‌بندی حقوق مالی، و حل مسائل ضمان قهری دارد. با این وجود، تمایز ماهوی دین با تعهد و التزام از دید برخی حقوقدانان مغفول مانده است و به نظریه تعهدات که یک نظریه رومی - ژرمنی است، در متون حقوقی ما بیشتر توجه شده است. در نتیجه، برخی اصطلاحات و تأسیس‌های اصلی حقوق موضوعه ایران بدون ابتدا به مبانی فقهی آن معرفی شده است. به این مناسبت در مقابل «نظریه عمومی تعهدات» می‌توان نظریه‌ای با عنوان «نظریه عمومی دیون» مطرح کرد، نظریه‌ای که می‌تواند آب رفته را به جوی بازگرداند و از اختلاط بیشتر مفاهیم و تأسیس‌های حقوق بومی با تأسیس‌های حقوق غربی جلوگیری کند.

منابع و مأخذ

۱. آملی، محمدتقی (۱۳۸۰ه.ق.)، مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی، جلد های ۱۱ و ۱۲، بی جا.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸)، لسان العرب، جلد چهارم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۹)، رساله فی تحقیق الحق و الحکم، قم، أنوار الهدی.
۴. اشتهازدی، علی (۱۴۱۷)، مدارک العروه، جلد ۲۲، چاپ اول، تهران، دارالاسوه للطباعه و النشر.
۵. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب المکاسب (ط- الحدیثه)، جلد ۲، قم، انوار الهدی.
۶. امامی، سیدحسن (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ ۳۱، تهران، نشر اسلامیه.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، رساله فی منجزات المریض، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ه.ق.)، المکاسب، جلد ششم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، ترمینولوژی حقوقی، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۷۶)، الصحاح: تاج اللغه و صحاح العربیه، جلد دوم، بیروت، دارالعلم للملایین.
۱۱. حسنی، هاشم معروف (بی تا)، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مکتبه هاشم.
۱۲. حسینی سیستانی، علی (۱۴۱۷)، منهاج الصالحین، جلد های ۲ و ۳، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی.
۱۳. حلّی سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ه.ق.)، التقیح الرائع لمختصر الشرائع، جلد دوم، چاپ اول، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی ره.
۱۴. خوانساری، رضی الدین محمد بن حسین (۱۳۱۱)، تکمیل مشارق الشموس فی شرح الدروس، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۵. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۳)، منهاج الصالحین، جلد سوم، قم، نشر مدینه العلم.
۱۶. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد دوم، قم، انصاریان.

۱۷. راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲)، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دارالشامیه.
۱۸. زین‌الدین، محمدامین (۱۴۱۳)، *کلمه التقوی*، [بی‌جا]، مطبعه مهر.
۱۹. سبزواری، عبدالاعلی (بی‌تا)، *جامع الاحکام الشرعیه*، قم، مؤسسه المنار.
۲۰. سعد، نبیل ابراهیم (۱۹۹۸)، *النظریه العامه للالتزام*، بیروت، لبنان، دارالنهضه العربیه.
۲۱. سعدی، ابوجیب (۱۹۹۸)، *القاموس الفقہی*، دمشق - سوریه.
۲۲. سلطان، انور (بی‌تا)، *مصادر الالتزام فی القانون المدنی*، عمان، دارالثقافه.
۲۳. سلطان، انور (بی‌تا)، *احکام الالتزام، الموجز فی النظریه العامه للالتزام*، بیروت، دارالنهضه العربیه.
۲۴. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲)، *اوسیط فی شرح القانون المدنی جدید*، ترجمه محمدحسین دانش‌کیا و سیدمهدی دادمرزی، چاپ اول، قم، انتشارات دانشگاه قم.
۲۵. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۷)، *مصادر الحق فی فقه الاسلامی*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۲۶. الشریف، محمدمهدی (۱۳۹۲)، *منطق حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۲۷. شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸)، *انتقال قرارداد، نظریه عمومی، عقود معین*، چاپ ۱، تهران، انتشارات فروزش.
۲۸. شهید اول (عاملی)، محمدبن مکی (۱۴۰۶ ه.ق.)، *اللمعه الدمشقیه*، قم، دارالناصر.
۲۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، انتشارات مجد.
۳۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، *حقوق مدنی ۶*، تهران، مجد.
۳۱. شیخ طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۵۱)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد دوم، تهران، مکتبه المرتضویه.
۳۲. صفائی، سیدحسین (۱۳۹۰)، *حقوق مدنی، اشخاص و اموال*، چاپ سیزدهم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۳۳. صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۸۹)، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۳۴. طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ ه.ق.)، *حقوق مدنی*، جلد‌های ۱ و ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۵. طاهری، محمدعلی (۱۳۸۶)، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: انتشارات محراب فکر.
۳۶. طباطبایی قمی، حسن (۱۴۱۵ ه.ق.)، کتاب الحج، جلد اول، قم، مطبوعه باقری.
۳۷. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۱)، مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، چاپ اول، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۳۸. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۴)، کتاب العین، جلد هشتم، قم، انتشارات اسوه.
۳۹. فرج الصده، عبدالمنعم (۱۹۷۴)، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه، بیروت - لبنان: دارالنهضة العربیه.
۴۰. فرج توفیق، حسن جمال (۲۰۰۹)، مصادر و احکام الالتزام، چاپ اول، بیروت - لبنان، منشورات الحلبي الحقوقیه.
۴۱. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۴)، القاموس المحيط، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۴۲. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، مؤسسه دارالهجره.
۴۳. قرشی بنایی، علی اکبر (۱۴۱۲)، قاموس قرآن، جلد پنجم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۴۴. قمی، سید تقی (۱۴۰۰ ه.ق.)، دراساتنا من الفقه الجعفری، جلد چهارم، قم، مطبوعه الخيام.
۴۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ دهم، تهران، میزان.
۴۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین ۱)، چاپ دهم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۴۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، نظریه عمومی تعهدات، چاپ چهارم، تهران، میزان.
۴۸. کرکی، علی بن الحسین (۱۴۰۸ ه.ق.)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، قم، مؤسسه آل‌البیت.
۴۹. الکسوانی، عامر محمود (۲۰۰۸)، احکام التزام، عمان، دارالثقافه.
۵۰. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ ه.ق.)، تحریر المجله، جلد دوم، چاپ اول، نجف اشرف، المكتبه المرتضویه.

۵۱. گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۷۱)، *هدایه العباد (الگلپایگانی)*، جلد دوم، قم، دارالقرآن الکریم.
۵۲. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۳. مراغی، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷ هـ. ق.)، *العناوین الفقهیه*، جلد دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۴. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر (بی تا)، *نظره فی الحقوق، أحكامها و أقسامها*، قم.
۵۵. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱)، *کتاب البیع*، جلد اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۵۶. موسوی خمینی، روح الله (بی تا)، *تحریر الوسیله*، جلد دوم، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۵۷. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸ هـ. ق.)، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، جلد اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۸. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۱۸ هـ. ق.)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد سی و یکم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، جلد ۲۳، چاپ نهم، تهران، اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۵۹. نراقی، احمد (۱۴۱۵)، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، جلد هیجدهم، مشهد، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۶۰. واسطی زبیدی، مرتضی محمد (۱۳۰۶)، *تاج العروس من جواهر القاموس*، چاپ دهم، بیروت، دارمکتبه الحیاه.
۶۱. هاشمی، سیداحمد؛ تقی زاده، ابراهیم (بی تا)، *حقوق اموال و مالکیت*، تهران، دانشگاه پیام نور.
۶۲. یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶)، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۶۳. یزدانیان، علیرضا؛ بزرگمهر، داوود (۱۳۹۰)، «بررسی فقهی - حقوقی طرق انتقال ارادی طلب با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه»، *مجله حقوق خصوصی*، دوره ۸، شماره اول، صفحات ۲۴-۵.
۶۴. یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ هـ. ق.)، *عروه الوثقی*، جلد های ۲ و ۵، چاپ اول، قم، نشر اسلامی.
۶۵. یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳)، *حاشیه کتاب المکاسب*، جلد اول، بیروت، نشر دارالمصطفی لاحیاء التراث.

66. Faber, Wolfgang; Brigitta, Lurger (2011), *National Report on Transfer of Movables in Europe*.
67. Ghestin, Jacques; M Billian (2005), *Le Regim des creanc et des dette*. Paris, LGDJ.
68. Helge, Dedek, Obligation (Greek and Romanh) (2011), In *Encyclopedia of Ancient History*, Edited by Bagnall, Roger, Oxford, Wiley & Blackwell. Longman Handy Learners Dictionary (2003), Fifth ed, British Library Cataloguing.
69. Malaurie, Philippe-Laurent Aynes (2007), *Droit Civil, Les Biens*, 3^e éd. Defrenois.
70. Mazeaud, Henri (1995), *Lecons de droit civil*, t2, Paris, Montchrestien.
71. *Oxford Dictionary of Law* (2006), Sixth ed, UK: Oxford university press.
72. *Oxford French Dictionary* (2006), Third ed, UK, Oxford university press.
73. Pretto-sakmann, Arianna (2005), *Boundaries of Personal Property*. USA, Hart Publishing.
74. Samuel, Geoffrey (1992), *Law of Obligation and Legal Remedies*, London, Cavendish Publishing Limited.
75. Worthington Sara (2007), "The disappearing Divide between Property and Obligation", *Texas International Law Journal*, 42(917), 917-940.
76. Zimmermann, Reinhard (1992), *The Law of Obligation: Roman Foundations of Civilian Tradition*, Johansburg: Juta co Ltd.