

## تحلیلی بر نسبت نظریه ملکیت در نظام حقوقی اسلام و نظریه تعهدات در نظام حقوقی رومی ژرمنی معاصر

مصطفی کربلانی آقازاده • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران. (نویسنده مسئول)  
mkaghazadeh64@gmail.com

جلیل قنواصاتی • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فزارایی، دانشگاه تهران، قم، ایران.  
ghanavaty@ut.ac.ir

نعمت‌الله الفت • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.  
olfat@mofidu.ac.ir

### چکیده

بر اساس دیدگاه سنتی حاکم در نظام حقوقی رومی ژرمنی، که در حقوق تعهدات از ایجاد، تبدیل و سقوط تعهد بحث می‌شود، قرارداد و مسئولیت مدنی جزئی از «حقوق تعهدات» محسوب شده‌اند. قسیم حقوق تعهدات در این دیدگاه، «حقوق اموال» است که در آن از تحصیل، انتقال و سقوط ملکیت بحث می‌شود. جدایی قرارداد و مسئولیت مدنی از باب حقوق اموال که بازگشت به جدایی حقوق شخصی از حقوق عینی در نظام حقوقی رومی ژرمنی دارد، از نقاط مهم افتراق نظریه سنتی تعهدات رومی ژرمنی و نظریه ملکیت در نظام حقوقی اسلام است؛ زیرا در نظام حقوقی اسلام، تمایز اصلی میان دسته‌های عام عقود و ضمانات قهری است که رابطه آن‌ها با حقوق اموال به‌عنوان دسته فرعی، جدا نیست. آنچه از فقه اسلامی و قانون ایران استنباط می‌شود، این است که گفتمان حاکم بر حقوق اموال به‌عنوان دسته فرعی در ارتباط با دسته‌های اصلی عقود و ضمانات قهری، نظریه عمومی ملکیت یا به‌تعبیری نظریه عمومی تملیک است. در نظام سنتی رومی ژرمنی، «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» به‌عنوان بخش‌هایی از حقوق تعهدات، جدا از «حقوق اموال» محسوب می‌شوند؛ اما طی تحولات رخ داده معاصر و با اعتباری‌گشتن رابطه اشخاص با دسته‌های اموال و از بین رفتن تمایزات میان «حق عینی» و «حق شخصی»، دیگر رابطه قراردادی و مسئولیت مدنی از حقوق اموال جدا نیست؛ بنابراین، می‌توان ادعا کرد نظام حقوقی رومی ژرمنی با گذر از نظریه «تعهد» در حقوق قرارداد و مسئولیت مدنی به سمت مفهومی نزدیک به نظریه «ملکیت» در حقوق اسلام می‌رود که مباحث قرارداد و مسئولیت مدنی عموماً در دسته‌های کوچک‌تر به‌عنوان بخشی از نظریه عمومی ملکیت، به بیان «تحصیل»، «انتقال» و «سقوط» ملکیت می‌پردازند.

واژگان کلیدی: حقوق تعهدات، حقوق اموال، منبع حقوقی، ملکیت.



#### مقدمه

هر علمی از مسائل گوناگون تشکیل شده است. اندیشمندان به منظور نظام‌مند نمودن آن علم هر گروه از مسائل را که رابطه نزدیک‌تری با هم دارند، در یک باب جای می‌دهند و سپس سعی می‌کنند بین فصول، ترتیب منطقی ایجاد کنند. علم حقوق از این قاعده مستثنا نیست. از زمان‌های گذشته بزرگان حقوق مدنی غربی بنا بر یک الگوی متداول و به طور مستدل بر اساس مبانی مورد قبول خود، مسائل حقوق مدنی را به دسته‌های اصلی «حقوق تعهدات» و «حقوق اموال» تقسیم کرده و ذیل آن مباحث کوچک‌تر را در دسته‌های فرعی طبقه‌بندی کرده‌اند که هر یک اهداف متفاوتی را دنبال می‌کنند. غرض از «حقوق اموال» که رابطه میان شخص و مال است، تعیین فرم‌ها و شکل‌های تحصیل، انتقال و سقوط ملکیت است. در مقابل آن، «حقوق تعهدات» قرار دارد که غرض از آن، بیان فرم‌ها و شکل‌های ایجاد، تبدیل و سقوط تعهدات یا به عبارت دیگر رابطه میان متعهد و متعهدله است.

در این بین پرسشی که مطرح می‌شود این است که رابطه میان دسته‌های اصلی «حقوق اموال» و «حقوق تعهدات» با دسته‌های فرعی «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» چیست؟ از آنجایی که به طور سنتی درک عمومی در نظام حقوقی رومی-ژرمنی این است که حقوق تعهدات قسیم و مقابل حقوق اموال قرار دارد و ذیل حقوق تعهدات مباحث «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» می‌آید، رابطه قراردادی و مسئولیت مدنی از حقوق اموال جدا است. ساختار حقوق مدنی آلمان بر این ایده بنا شده است که میان ساختار حقوق تعهدات که در آن مباحث قرارداد و مسئولیت مدنی می‌آید از حقوق اموال، جدایی روشنی وجود دارد. شواهد این تفکیک مفهومی، می‌توان در برخورد با قراردادهایی یافت که شخص را ملزم به انتقال ملک می‌کند. قانون مدنی آلمان این گونه قراردادها را جدا و مجرد از عمل «انتقال مال» تلقی می‌کند و قرارداد را در چارچوب حقوق تعهدات، و شکل‌گیری و انتقال مالکیت را کاملاً مجرد از قرارداد و در چارچوب حقوق اموال قرار می‌دهد (Van vliet, 2017, p. 7؛ p. 148 , Faber, Lurger, Volume 3 , p. 73؛ Markesinis, ۲۰۰۶) بر اساس ساختار تعهدات مطابق قاعده، بیشترین حقوق ایجادشده برای متعهدله به واسطه عقود و مسئولیت مدنی، آن است که متعهد را در معرض اجرای عین تعهد یا فسخ قرارداد می‌دهد.

برخلاف باور مرسوم در میان حقوق‌دانان برجسته ما که اعتقاد به حاکمیت نظریه عمومی تعهدات بر قرارداد و مسئولیت مدنی در حقوق اسلامی داشته یا دارند، نویسندگان نوشتار پیش رو اثبات می‌کنند در حقوق اسلامی «عقود» و «ضمانات قهری» عنوان‌های اصلی مطالعه در روابط اشخاص است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۱۶). آنچه موجب ارتباط ساختاری این عنوان‌های اصلی به صورت نظام‌مند با دسته اموال در حقوق مدنی می‌شود، نظریه «ملکیت» یا به تعبیری «تملیک» است (قنواتی، ۱۳۹۹، ص. ۳۸۹؛ قنواتی، ۱۴۰۰، ص. ۲۱۶؛ قنواتی، کربلائتی، ۱۴۰۲، ص. ۷۲). در مقابل در نظام حقوقی رومی-ژرمنی «حقوق اموال» و «حقوق تعهدات» عنوان‌های اصلی مطالعه در روابط اشخاص است که «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» به عنوان‌های فرعی ذیل حقوق تعهدات تبویب می‌شود. این جدایی قرارداد و مسئولیت مدنی از حقوق اموال به تفاوت و تمایز بنیادین آثار و احکام حقوق عینی و حقوق شخصی، یعنی مطلق و نسبی بودن آنها بازگشت دارد.

در این مقاله نشان داده می‌شود با وجود اینکه به طور سنتی دسته‌های «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» در بخش‌های متمایز و جدایی از «حقوق اموال» در حقوق رومی ژرمنی قرار داشتند، اما تحولات حقوقی نشان می‌دهد رفته رفته با از بین رفتن تمایز میان حقوق عینی و شخصی و قرارگیری آنها به عنوان زیرمجموعه‌هایی از دسته عام حقوق اموال که در واقع در آن تمایز میان حقوق عینی و شخصی تمایز بین دو نوع مختلف از حقوق اموال با آثار متفاوت است، نظام حقوقی رومی ژرمنی با گذر از نظریه عمومی تعهدات رومی ژرمنی به سمت نظریه ملکیت در حقوق اسلام حرکت کرده است.

در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که چرا و چگونه و در چه شرایطی می‌توان محصول منبع حقوقی (عقد، ایقاع و ضمان قهری) را ملکیت دانست و آثار و احکام مربوط به منبع حقوقی را بر اساس ملکیت تبویب کرد؟ برای پاسخ به این پرسش، نخست دلایل و شرایط نظریه عمومی ملکیت به عنوان نظریه حاکم در حقوق اسلام در دسته-های اصلی عقود و ضمانات قهری تبیین می‌شود و سپس عوامل و دلایل جدایی دسته‌های فرعی «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» از دسته اصلی «حقوق اموال» در نظام حقوق رومی-ژرمنی بیان می‌شود. پس از آن، اثبات می‌شود با اینکه در نظام حقوقی رومی ژرمنی در ابتدا تمایز میان «حقوق شخصی» از «حقوق عینی» موجب گردید مباحث «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» ذیل حقوق تعهدات و جدا از حقوق اموال قرار گیرند، اما در سیر

تطورات به دلیل آنکه حقوق شخصی در کنار حقوق عینی در زیرمجموعه حقوق اموال قرار می‌گیرند که بدون واسطه تعهدات و مستقیماً به واسطه قرارداد و مسئولیت مدنی در ملکیت اشخاص قرار می‌گیرند، دیگر رابطه «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» جدا از حقوق اموال نیست، بلکه آنها به عنوان بخش‌های فرعی از حقوق اموال محسوب می‌شوند.

### ۱. مفهوم منبع حقوقی

در مباحث حقوقی، واقعۀ حقوقی در معنای عام (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱) با سه رکن مهم در ارتباط است: ۱- منبع حقوقی، ۲- رابطه حقوقی، ۳- موضوع رابطه حقوقی (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۲). وقایع حقوقی را که در قانون برای ایجاد، تغییر و ازیبن رفتن رابطه حقوقی در نظر گرفته می‌شوند، «منابع حقوقی» می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱) که نباید آن را با «منبای» رابطه حقوقی خلط کرد (شهابی، ۱۳۹۶، ص. ۲۴)؛ زیرا مینا، چستی وضع منبع حقوقی و نسبت آن با سایر منابع حقوقی را تعیین می‌کند. بنابراین، مقصود از منبع حقوقی، وقایعی است که عوامل ایجاد، تغییر و ازیبن رفتن رابطه حقوقی است و حقوق هر کشوری بر حسب مینا آن را برمی‌گزیند و این مینا است که نسبت آن را با دیگر منابع حقوقی تعیین می‌کند.

این گروه از منابع حقوقی در نخستین تقسیم به «اعمال حقوقی» و «وقایع حقوقی» در معنای خاص، و در دومین تقسیم، اعمال حقوقی به «عقد» و «ایقاع»، و وقایع حقوقی به «اتلاف (مباشرت یا تسبیب)»، «غصب» و «استیفاء» تقسیم می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۱۰۶).

### ۲. طرح نظریه ملکیت در باب اموال در نظام حقوقی اسلام

برخی از حقوق‌دانان به‌رغم اینکه در تعبیری گفته‌اند: «در حقوق رُم و حقوق اسلام در مورد تعهدات<sup>۱۷</sup> دو جریان معکوس مشاهده می‌شود... . در حقوق رُم تلاش می‌شود مهما ممکن به همه اعمال حقوقی رنگ تعهدات داده شود؛ حتی بیع که عرفاً برای تملیک ساخته و پرداخته شده و در حقوق اسلام نیز کوشش می‌شود تا به همه اعمال حقوقی تا سر حد قدرت (و بلکه بیشتر از آن) صبغۀ تملیک داده شود؛ حتی به بیع سلف که نمونه بی‌چون و چرای تعهد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶، ص. ۴۸). اما در آثار دیگر خود بر پایه روایت صحیحۀ ابن‌سنان یعنی «العقود هی العهود» و عبارات برخی از فقیهان مانند محقق اصفهانی که معتقدند «تكون مضامین العقود جميعا

عهدودا» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص. ۱۰۷) و تقسیم‌بندی نویسنده منیة الطالب (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۳۳) از عقد به «اذنی و عهدی» به‌طور کامل «ملکیت» در حقوق مدنی را نفی می‌کنند و بر این باورند که:

اولاً در فقه امامیه عقود را به «تملیکی» و «عهدی» تقسیم نکرده، بلکه به دو قسم «اذنی» و «عهدی» تقسیم می‌کنند. از دیدگاه ایشان از این تقسیم‌بندی فقها از عقد، تنها یک حقیقت فهمیده می‌شود و آن اینکه فقها عقدی را که موضوع آن تعهد نباشد، عقد نمی‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص. ۱۱۷).

ثانیاً نظریه تملیک از فقه اهل سنت وارد فقه امامیه شده و فقه امامیه با نظریه تملیک کاملاً بیگانه بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۲۰۲).

ثالثاً نظریه عمومی تعهدات مختص حقوق رومی - ژرمنی نیست و در فقه امامیه مضمون هر عقدی یک تعهد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۲۰۲).

رابعاً در فقه امامیه همانند حقوق رومی - ژرمنی، «منشأ» همه عقود از جمله بیع، «تعهد» است که در قانون مدنی، متأثر از فقه اهل سنت به‌عنوان منابع تملیک آورده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۲۰۴-۲۰۵). به‌نظر می‌رسد این دیدگاه مبتنی بر تحلیل ناقصی از نظریات فقهی بیان شده است. زیرا، با مراجعه به تعاریف فقیهان مشخص می‌شود منظور فقیهانی که عقد را عهد معنا کرده‌اند، معنا عهد متفاوت از عهد در حقوق رومی است (بیگدلی، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۳).

اولاً محقق نائینی که عقد را به عهدی و عقد اذنی تقسیم می‌کند، هر عقد دارای دو مدلول است: یک مدلول مطابقی عقد که منظور از آن تبدیل اضافه ملکیت است، دوم مدلول التزامی عقد که به موجب آن، عاقد با انشای خویش می‌فهماند به تبدیل اضافه ملکیت ملتزم است. اگر عقدی مدلول التزامی نداشته باشد، بلکه صرفاً به طرف مقابل اذن در تصرف اعطاء کند، عقد اذنی خواهد بود (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص. ۶۴؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱۳۴، نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳، ص. ۳۵). بر این اساس تفاوت عقد عهدی مورد نظر نائینی با اصطلاح عقد عهدی حقوقی در این است که بر اساس اصطلاح محقق نائینی، التزام در عقد منافاتی با ملکیت ندارد و با آن قابل جمع است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص. ۸۱)، همچنانکه این فقیه تقسیم عقد به تملیکی و غیرتملیکی را به‌صورت یک تقسیم فرعی برای عقد عهدی ذکر می‌کند (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص. ۹۶؛ محقق داماد، نعمت‌اللهی، ۱۳۸۵، ص. ۲۸؛

محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱۳۹؛ در حالی که منظور از عهد در اصطلاح عقد حقوقی نه التزام به مدلول مطابقی عقد، بلکه «رابطه حقوقی میان متعهد و متعهدله» به عنوان منشأ عقد است ( Birks, 2014, p.13) که یک‌سوی آن بر عهده متعهد، «Duty/تکلیف» و سوی دیگر آن برای متعهدله، «Rights in Personam / حق مطالبه یعنی حق بر عمل متعهد» ایجاد می‌شود که بر اساس آن متعهدله می‌تواند الزام به انجام عمل، ترک انجام عمل یا انتقال مال را از متعهد بخواهد (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص. ۱۱).

ثانیاً اینکه محقق اصفهانی در تعریف عقد تمام عقود را «عهدی» توصیف می‌کند؛ توصیفی از عقد که سبب می‌شود حقوق دانان فقید بر اساس آن و روایت صحیحۀ ابن‌سنان که عقد را «العقود هی العهود» معرفی می‌کند، اثر اولی و اصلی تمام عقود را عهدی همانند سیستم رومی بدانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۲۰۲ به بعد). به نظر می‌رسد مبنای تلقی حقوقدان فقید از تعهد از این ققیه به‌عنوان امری که مترداف با تعهد رومی است، برداشت غیردقیقی است. زیرا، با ملاحظه معنای عقد نزد این ققیه که عقد را «ارتباط قرار متعاملین» معنا می‌کند و ارتباط قرار متعاملین (عقد) را به «عهد و التزام» تعبیر می‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۱۵۹) و موضوع این قرار می‌تواند تکلیف، وضع، معاملی یا غیرمعاملی باشد؛ روشن است، مقصود این ققیه از تعهد، ایجاب و قبول به عنوان عناصر عمومی تمامی عقود در حقوق اسلام است (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص. ۷)، نه تعهد رومی به عنوان منشأ که همه عقود بر بنیاد آن شکل می‌گیرد. به تعبیر دیگر منظور از عهد در عقد مورد نظر محقق اصفهانی به حمل اولی، یعنی ایجاب و قبول است نه تعهد به حمل شایع که تمامی عقود بر بنیاد آن تشکیل می‌شوند (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص. ۹۰؛ الشریف، ۱۳۹۳، ص. ۴۴). بر همین اساس است این ققیه در ادامه بیانات خود ملکیت را همانند ققیهان گذشته در بیع و اجاره در تمام وجوه آن بدون توسل به تعهد درک می‌کند (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص. ۷).

نواقص تحلیل حقوقدان مزبور موجب شد وی در آخرین تحولات فکری خود از انتساب نظریه تعهدات رومی به فقه امامیه عدول نموده، نظریه «التزامات» را برای فقه امامیه در عقود و ایقاعات برگزیند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص. ۶۶، ۱۸۲، ۱۹۲)؛ اما این عدول متضمن چند اشکال است.

اولاً نظریه پذیرفته شده در فقه امامیه نظریه ملکیت است نه نظریه التزامات. زیرا، التزام همانطور که محقق نائینی فرمودند، امری فرعی و فرع بر مدلول مطابقی است.

ثانیا چنانکه محقق نائینی تصریح کردند التزام به معنای پای بندی به مفاد مطابقی عقد، نتیجه پذیرش نظریه ملکیت است.

از آنجایی که عقود و ضمانات قهری برای اهداف متنوعی در نظام حقوقی اسلام طراحی شدند و بر این اساس در این نظام حقوقی تمایز اصلی میان دسته‌های عام عقود و ضمانات قهری است (بیگدلی، ۱۳۹۳، ص. ۷۳؛ قنوتی، ۱۴۰۳، ص. ۶۲) به دلایل ذیل در پیوند آنها با باب اموال نظریه حاکم در حقوق مدنی نظریه ملکیت است.

### ۱.۲. مفهوم موسع از مال

در نظام حقوقی اسلام با وجود اینکه میان مال و آنچه عارض بر آن می‌شود، یعنی ملکیت یا حق تمایز قائل می‌شوند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص. ۹؛ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۱۶۵؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۳۴۰؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص. ۱۱)؛ اما در تقسیم مسائل به دلیل آنکه عقود و ضمانات قهری برای اغراض متنوعی آمدند، این عقود و ضمانات قهری هستند که قسیم و مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند (بیگدلی، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۸). به عبارت دیگر برخلاف حقوق مدنی جدید که حقوق تعهدات قسیم حقوق اموال قرار می‌گیرد و ذیل حقوق تعهدات در دسته‌های فرعی مباحث قرارداد و مسئولیت مدنی می‌آید، در فقه اسلامی تقسیم مباحث بر پایه ضوابط، مبانی و کارکرد مورد قبول فقیهان تقسیم عقود و ضمانات قهری باشد. عاملی که موجب می‌شود برخلاف حقوق رومی ژرمنی که عقود و مسئولیت مدنی ذیل مباحث کلی حقوق تعهدات می‌آیند، در این نظام حقوقی به دلیل آنکه عقود و ضمانات قهری حوزه‌های عام‌تری محسوب می‌شوند ذیل آنها مباحث اموال یا تعهدات در دسته‌های فرعی آید.

فقیهان با اعتباری دانستن مفهوم مال (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص. ۱۶) تصریح کردند منظور از مال در این نظام حقوقی آن چیزی است که «موجب رغبت عقلا شود و در ازای چنین رغبتی، عقلا بها و ارزشی پرداخت کنند» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۳۷؛ شاهرودی، ۱۴۱۷، ص. ۷۱)؛ تحلیلی موسع از مال که موجب می‌شود در حقوق مدنی جدید ذیل باب اموال دسته‌های متعددی از اموال قرار گیرد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۳۷؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص. ۵) و مال در نخستین تقسیم به «عین» و «منفعت»، و در دومین تقسیم، عین به «عین معین، کلی در معین و کلی در ذمه» و منفعت به «منفعت اشیا، منفعت انسان و منفعت حیوان» ذیل دسته‌های باب اموال قرار می‌گیرند (حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص. ۱۰۷؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۲۶)

### ۲.۲. تعریف ملکیت

ملک با فتح، کسر و ضم میم<sup>۱</sup> در لغت عموماً به معنای «احتوا و استیلاء بر شیء» است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص. ۴۹۲؛ الزرقا، ۱۴۲۵، ج ۱، ص. ۳۳۳). در اصطلاح، نظر به اختلاف عالمان درباره ماهیت آن در معانی‌ای همچون «اعتبار اضافه بین مالک و مملوک» (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۳۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ص. ۳۱)، «علقه بین مالک و مملوک که منشأ سلطنت بر مال است» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۵۴)، «اعتبار احاطه مالک بر مملوک» (خویی، بی تا، ج ۲، ص. ۴۴)، «اعتبار عموم سلطنت مالک بر مملوک» (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۷۳) و «اختصاص شیء» (رشتی، بی تا، ص. ۱۰۶) به کار می‌رود.

اصطلاح ملکیت در فقه در چهار مرتبه مختلف «ملکیت حقیقی یا اضافه اشراقی»، «ملکیت به ذات»، «ملکیت مقولی» و «ملکیت اعتباری» به کار می‌رود (قمی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص. ۳۳۵). در این نوشتار معنای چهارم از ملکیت، یعنی «ملکیت اعتباری» محل بحث است<sup>۲</sup>. مراد از اعتبار چیزی است که معتبر در عالم اعتبار برای آن چیزی که مصداق حقیقی ندارد، وجود اعتباری قائل می‌شود (خویی، بی تا، ج ۲، ص. ۲۰؛ جزائری، بی تا، ص. ۱۱۶ به بعد). میان قبهان متعارف است که ملکیت را در کنار حقیقت، زوجیت، حریت و رقیت، با این توجه که اگر شخصی از این‌ها برخوردار باشد، «دارا» شمرده می‌شود (رشاد، درس خارج اصول، ۱۳۹۵/۱۰/۲۵). به مثابه یک گروه و یک قسم از احکام وضعی در کنار هم قرار می‌دهند؛ درحالی که حقیقت این است که معتبر هر یک از آنها را برای اغراض متفاوتی جعل کرده است؛ به گونه‌ای که نمی‌توان آنها را به یک موضوع واحد ارجاع داد. این اعتبار در وضع ملکیت، رابطه انسان با «مال» است؛ زیرا مال مختص انسان و معتبر، نسبتی بین انسان و مال برقرار می‌کند که از آن به ملکیت یاد می‌شود. خاصیت این رابطه مخصوص بین مالک و مملوک این است که برای فرد مالک در مالی که مختص اوست، ثابت و شخص دیگری در آن نمی‌تواند تصرف کند. اینکه ملکیت<sup>۱۷</sup> مجعول

<sup>۱</sup>. المَلِك، المَلِك و المُلْك.

<sup>۲</sup>. برای مطالعه این دیدگاه که ملکیت در حقوق اسلامی از مقولات واقعی است، نک: «الحقُّ أنَّ المَلِكِيَّةَ المَرْتَبَةَ عَلٰی أَسْبَابِهَا العَقْلَانِيَّةُ لَيْسَتْ مَجْعُولَةً للعَقْل، بل المَلِكِيَّةُ أَمْرٌ وَاقِعٌ يَدْرِكُهُ العَقْلُ عِنْدَ الحَيَاةِ وَ نَحْوَهَا، وَ ذَلِكَ لِأَنَّ العَقْلَ لَا يَنْوِنُ عَلٰی شَيْءٍ بِالتَّعْبُدِ وَ التَّنْزِيلِ، وَ لَمْ يَجْتَمِعُوا فِي مَحَلِّ وَلَا فِي زَمَانٍ لِيَجْعَلُوا المَلِكِيَّةَ عِنْدَ الحَيَاةِ وَ نَحْوَهَا، بَلْ يَدْرِكُونَ المَلِكِيَّةَ عِنْدَ أَسْبَابِهَا؛ وَعَلٰی هَذَا فَالْمَلِكِيَّةُ أَمْرٌ وَاقِعٌ، غَايَةُ الأَمْرِ أَنَّهَا أَمْرٌ اِعْتِبَارِي لَا عَيْنِي، وَ لَيْسَتْ مِنَ المَجْعُولَاتِ العَقْلَانِيَّةِ الَّتِي أَمْضَاهَا الشَّارِعُ، وَ كَذَا الحَالُ فِي سَائِرِ الأُمُورِ العَقْلَانِيَّةِ، فَإِنَّهَا أُمُورٌ وَاقِعِيَّةٌ أَدْرِكُهَا العَقْلُ عِنْدَ تَحْقِيقِ بَعْضِ الأَشْيَاءِ، وَ لَيْسَتْ مِمَّا اِعْتَبَرَهَا العَقْلُ حَتَّى تَكُونَ مِمَّا أَمْضَاهَا الشَّارِعُ» (نتائج الأفكار في الأصول، ج ۶، ص. ۱۱۵).



عرفی است یا شرعی، به نظر می‌رسد بنا بر یک دیدگاه ملکیت امری «عقلایی» است که عقلا گاهی به «استقلال» و در مواردی به «انتزاع» آن را از احکام تکلیفی جعل می‌کنند.

«مالی» که این اختصاص بر آن تعلق گرفته به سبب نفس اضافه، از آن به «ملکیت» و به علت اینکه تعلق چیزی را به مالک نشان می‌دهد، از آن به «مالکیت» و به دلیل اینکه چیزی به مالک اضافه می‌گردد، از آن به «مملوک» یاد می‌شود (سوری، خطیب، ۱۴۲۱، ص. ۶۶؛ مصلح، ۱۴۸۸، ص. ۲۸). از این رو، ملکیت به اعتبار منابع ملکیت، نوع مملوک و مالک به اقسام متعددی تقسیم می‌شود. بر اساس این معنا از شاخصه‌های اصلی ملکیت که «حکم وضعی» است اموال بدون توسل به تعهد در معنای رومی آن و حتی افزون بر آن، بدون «تسلیم» مادی می‌تواند در ملکیت اشخاص قرار گیرند.

از دیگر شاخصه‌های اصلی ملکیت آن است که آنچه در صدق ملکیت لازم است رابطه اعتباری شخص بر مال است؛ خواه موضوع آن «عین» باشد یا «منفعت» (حسین شوپائی جویباری، ۱۴۰۱، ج ۱، ص. ۵۵)، زیرا، فقیهان تصریح می‌کنند: «ملکیت از اعراض خارجی نیست تا نیازمند معروض در عالم خارج باشد؛ بلکه از اعتبارات عقلایی است که چنین امری مانع از اعتبار ملکیت بر موضوع اعتباری دیگر نخواهد شد؛ زیرا کلی در ذمه و دیگر اعتبارات، معدوم مطلق نیستند که ملکیت نتواند بر روی آن قرار گیرد؛ بلکه به دلیل اینکه توقع حصول آن می‌رود، دارای وجود اعتباری هستند که در ظرف ذمه قرار می‌گیرند» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۳۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص. ۵؛ خوبی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۲). تحلیلی که موجب می‌شود ملکیت با اعتبار بیشتری علاوه بر مال جزئی و موجود در عالم خارج، شامل مال کلی موجود در ذمه به معنای دین شود که در دسته‌های فرعی تر ذیل دسته‌های عین و منفعت قرار می‌آید (بیگلری، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۷؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۴، ص. ۷؛ زرقا، ۱۴۲۵، ص. ۳۴۹).

### ۲.۳. سلطنت منبع عام ملکیت

با ملاحظه منابع حقوقی ملکیت که ذیل ملکیت مبتنی بر یک تقسیم به اسباب اولیه ملکیت، که ایجاد ملکیت می‌کنند و اسباب ثانویه ملکیت، که سبب نقل و جابه‌جایی ملکیت می‌شوند، و نیز اسباب اولیه و ثانویه ملکیت به اعتباری دیگر به اسباب ارادی (عقود) و قهری (ضمان قهری یا ارث) ملکیت تقسیم می‌شود، از تسلط شخص به مال است که علاقه و رابطه میان شخص و مال پدیده می‌آید (جوان، ۱۳۲۷، ج ۲، ص. ۲۸). به عبارت دیگر،

سلطنت در لغت که مراد از آن «تمکن» و در اصطلاح «قدرت یا احاطه بر تغییر و تحول» است و به انواع مختلفی تقسیم می‌شود از این سلطنت است که یک نوع اختصاص از مال برای شخص حاصل می‌شود.

توضیح اینکه مال در باب اموال به انواع متعددی از جمله مال بدون مالک و مال دارای مالکیت تقسیم می‌شود و به واسطه سلطنت اشخاص بر آن، یعنی اسباب اولیه ملکیت در ملکیت شخص قرار می‌گیرد؛ به این صورت که مال در عالم خارج در مالکیت شخصی قرار ندارد با سلطنت مادی شخص بر مال در مواردی نظیر حیات، در ملکیت شخص قرار می‌گیرد. در ادامه، آنچه مانع نقل چنین مالی میان اشخاص می‌شود، همین سلطنت شخص بر مال است؛ همین که این سلطنت به دیگری منتقل شود، انتقال مال محقق می‌گردد. این مهم با تعویض سلطنت اعتباری به واسطه اسباب ثانویه ملکیت، یعنی نظیر بیع و معاوضه صورت می‌گیرد (قنواتی، کربلائی، ۱۴۰۲، ص. ۷۱-۹۱).

همین مهم در ملکیت عمل و مال در ذمه صادق است. آنچه موجب می‌شود عمل شخص در ملکیت وی قرار گیرد، تسلط شخص بر عمل خود است و آنچه مانع نقل چنین عملی خواهد شد، همین سلطنت شخص بر عمل خویش است که شخص یا قانون می‌تواند به واسطه منابع حقوقی نظیر اجاره آن را به دیگری منتقل کند. بنابراین، می‌توان گفت این سلطنت است که اساس ملکیت اولیه را تشکیل داده و در منابع حقوقی ثانویه گسترش پیدا می‌کند و عاملی می‌شود که مال در ملکیت اشخاص قرار گیرد.

در پاسخ به این سؤال که آیا منابع موجب ملکیت محدود به موارد معین و اسباب مشخص است یا محدودیتی در منابع حقوقی وجود ندارد، دو دیدگاه در بین فقیهان اسلامی مطرح شده است، برخی فقیهان اسباب ایجاد، انتقال و اسقاط ملکیت را محدود به موارد مذکور در شرع کرده‌اند (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص. ۲۳۷؛ انصاری، ۱۴۱۰، ج ۹، ص. ۲۲۷؛ خویی، ۱۴۱۸، ج ۲۳، ص. ۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص. ۲۰۸؛ ابوزهره، ۱۹۹۶، ص. ۶۴؛ شبیری، ۱۴۳۰، ص. ۱۱۷؛ مصلح، ۱۴۸۸، ص. ۳۲). در مقابل، برخی دیگر بر این باورند که افراد بدون هیچ گونه محدودیتی از جهت منابع حقوقی می‌توانند اسباب ایجاد، انتقال و اسقاط ملک را محقق سازند. (ر.ک: کاشف الغطاء، ۱۴۲۶، ص. ۱۵۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۳۱۲)، به همین دلیل در تعبیری آمده است: «توقیفیه اسباب المعاملات لآنها أسباب شرعیة، فی غایة السقوط» (خیمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص. ۳۲۳).

به نظر می‌رسد دیدگاه دوم مورد پذیرش بیشتر فقیهان اسلامی است. آنان معتقدند همه عقود معین یا غیرمعین در صورتی که توسط عقلا مورد عمل قرار گیرد، با توجه به تأیید بنای عقلا یا عدم ردع آن توسط شارع هیچ محدودیتی در انشای هر عقدی وجود ندارد. می‌توان به استناد عمومات لفظی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره/ ۲۷۵) هر عقود عقلایی را مورد تأیید شارع بوده یا ردعی از آن به عمل نیامده است مشروع دانست. وضعیتی که در قلمرو ضمانات قهری نیز صادق است (دریائی، کربلائی، ۱۳۹۳، ص. ۹۳-۱۲۵؛ قنواتی، ۱۴۰۳، ص. ۶۳-۸۲).

#### ۲.۴. انواع ملکیت

پس از تحول مال به ملکیت به واسطه سلطنت، نیازهای نامحدود انسان موجب می‌شود ذیل آن انواع گوناگونی از ملکیت ایجاد شود. مبتنی بر یک تقسیم، ملکیت نیز به اعتبار محل، یعنی شی‌ای که به آن تعلق می‌گیرد به ملکیت عین، ملکیت منفعت و ملکیت دین؛ و مبتنی بر تقسیم دیگر به اعتبار صورت، یعنی کیفیت تعلق آن به مملوک به ملکیت مفروز و ملکیت مشاع تقسیم می‌شود (زرقا، ۱۴۲۵، ص. ۳۴۷).

اما اینکه نیازهای انسان موجب می‌شود تمام اشکال متنوع رابطه با مال یا برخی از اشکال آن ذیل مفهوم ملکیت قرار گیرد یا خیر، این مهم نیز تأثیر بسزایی در توسعه بیشتر مفهوم ملکیت در این نظام حقوقی دارد. توضیح اینکه با ملاحظه نظریات فقیهان مشخص می‌شود آنها به جای مفاهیم غیربومی «حق عینی» و «حق شخصی» (سنهوری، ۱۴۱۷ ج ۱، ص. ۱۳-۲۵) در ارتباط با اموال از مفاهیم بومی «ملک» و «حق» (حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۵۷؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۲؛ قنواتی، ۱۴۰۰، ص. ۲۲۷) در حقوق مدنی استفاده می‌کنند. اینکه در این مفاهیم حق قسمی از ملک یا مجزا از آن در نظام حقوقی است، معركة آرا و انظار میان فقیهان است که بیان تفصیلی آنها از حوصله این مقاله خارج است (برای مطالعه بیشتر رک: قنواتی، جاور، جعفری هرنیدی، ۱۳۹۲، ص. ۵۳-۶۷؛ حکمت‌نیا، ۱۳۹۱، ص. ۷-۳۶؛ فروغی، ۱۳۹۱، ص. ۷۹-۱۰۶). در این بین دو دیدگاه در رابطه با اموال اهمیت بیشتری دارد، اختلاف دیدگاه‌هایی که موجب می‌شود حسب هر یک از آنها قلمرو ملکیت در این نظام حقوقی مضیق یا موسع شود.

#### ۲.۴.۱. مفهوم مضیق از ملکیت

مطابق این مفهوم تسلط شخص به مال وقتی از همه جهات باشد، یعنی سلطنت مختلف و شئون مختلف از سلطنت را شامل شود، ملک نامیده می‌شود. زیرا، تسلط مالک از همه جهات است. در مقابل، وقتی تسلط شخص به مال به بعضی جهات و حیثیات باشد به نام حق تعبیر می‌شود (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۷۳)؛ به عبارت دیگر، اگر قلمرو سلطه بر مال، تام باشد، آن رابطه، ملکیت و اگر قلمرو سلطه بر مال ناقص باشد، آن رابطه، حق محسوب می‌شود. بنابر این دیدگاه، تنها آن دسته از رابطه با مال ذیل ملکیت قرار می‌گیرند که سلطه شخص بر مال، تام باشد. تحلیلی که موجب می‌شود اشکال رابطه با مال در نظام حقوقی به دو قسم «ملکیت» و «حق» تقسیم شود و ذیل مفهوم ملکیت تنها آن رابطه با مال قرار گیرد که سلطه شخص بر مال، تام باشد.

#### ۲.۴.۲. مفهوم موسع از ملکیت

به اعتقاد برخی از فقیهان: «حق مرتبه ضعیفی از ملک، بلکه نوعی از ملک است و صاحب حق مالک آن شیء تلقی می‌شود و اختیار آن شیء به دست او است». (طباطبایی یزدی، ج ۱، ۱۴۲۱: ۵۵) با کمی تفاوت محقق نائینی نیز حق را مرتبه ضعیفی از ملکیت معرفی می‌کند (نائینی، ج ۱، ۱۳۷۳: ۴۲). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، مطابق این دیدگاه تمام اشکال متنوع رابطه با مال حتی حق که مطابق دیدگاه پیشین مجزا از ملک بود، ذیل مفهوم ملکیت قرار می‌گیرد و دامنه ملکیت وسیع می‌شود و بر این اساس می‌توان ادعا کرد تمایز میان ملک و حق در نظام حقوقی در واقع تمایز دو نوع مختلف از ملکیت است و تفاوتی میان آنها جز شدت ضعف و قوی بودن سلطنت چیزی نیست.

اینکه کدام‌یک از دیدگاه‌ها مختار نظام حقوقی اسلام است، آنچه مسلم است به لحاظ سلبی مفهوم حق در فقه اسلامی با مفهوم ملکیت سنتی متفاوت است؛ به طوری که همه شاخه‌های ملکیت از جهت اینکه مالک بر مال سلطنت تام دارند مشترک هستند و می‌توان بر آن ملکیت اطلاق نمود. اما صرف این جهت سلبی برای تمایز و جدایی حق از ملک کافی نیست. زیرا، چه بسا ذیل ملکیت نهادهای متفاوتی با ساختارهای متفاوتی وجود داشته باشند. از این رو برای اینکه اثبات شود ملکیت و حق متمایزند یا خیر، باید اثبات شود بر اساس مناط و معیار تمایز ساختارهای حقوقی در نظام حقوقی نظیر، معیار موضوعی، معیار اغراض، معیار غرض مدون، معیار هم سنخ بودن قضایا، معیار اعتباری بودن ملاک و شباهت خانوادگی (حکمت نیا، ۱۴۰۰، ص. ۲۷۵-۲۸۴)، یعنی بر اساس ضوابط، مبانی و کارکرد مشخص این دو از یکدیگر متمایز و جدا هستند یا خیر. چنانچه در نظام حقوق رومی

ژرمنی به دلیل تفاوت بنیادین حق شخصی و عینی در ضوابط، مبانی و کارکرد مشخص بر اساس اینکه حقوق عینی مطلق و حقوق شخصی نسبی است، در این نظام حقوقی حقوق اموال قسیم و مقابل حقوق تعهدات قرار دارد. آنجایی که پیتر بریکس می‌گوید: «در حقوق رومی، دو نوع دعوا مجزا وجود داشت: دعوای عینی (actions in rem) و دعوای شخصی (actions in personam) ... در حقوق جدید، ضمن حفظ دوگانگی دعوای عینی و شخصی، این تمایز به مفاهیم حقوق و تکلیف منتقل می‌شود. دعوای عینی تبدیل به حق در یا بر روی یک شیء می‌شود که در برابر عموم مردم در دسترس است و در مقابل، دعوای شخصی تبدیل به حق بر شخص یا اشخاص خاص می‌شود» (Birks, 1985, p. 20). یا اینکه «پرتو ساکن» تصریح می‌کند چون با از بین رفتن تمایز بین حقوق اموال و حقوق تعهدات، اوصاف حقوق اموال به حقوق تعهدات تسری پیدا می‌کند و چنین امری زمینه ساز نگرانی‌های متعددی در آثار و احکام ورشکستگی می‌شود. حقوق اموال محصور به حقوق عینی است و حقوق تعهدات از قلمرو آن خارج است (Sakmann, 2002, p. 79) و اشخاصی مانند «چمبرز» بیان کنند حقوق مدنی به واسطه این تقسیم به دو بخش متقابل حقوق اموال و حقوق تعهدات تقسیم می‌شود؛ به طوری که نیمی از آن به حقوق اموال و نیمی دیگر به حقوق تعهدات اختصاص پیدا می‌کند (Chambers, 2004, p. 127- 128).

اما آنچه در نظام حقوقی اسلام به نظر می‌رسد این است که تفاوت میان ملک و حق در تام و ضعیف بودن سلطنت در رابطه با اموال موجب تفاوت در ضوابط، مبانی و کارکرد آنها از یکدیگر نخواهد نشد؛ به طوری که نیمی از حقوق مدنی به نظریه ملکیت و نیمی دیگر به نظریه حق، اختصاص پیدا کند. زیرا، میزان تفاوت‌های شمارش شده از سوی برخی فقیهان به حدی نیست که به لحاظ سلبی حق از ملک متمایز و جدا شود. آنچه در اینجا به نظر می‌رسد این است که ملکیت در نظام حقوقی اسلام دارای دو هسته مرکزی است. هسته اول ملکیت تام است که چون سلطنت شخص در آن تام است در اصطلاح به آن ملک می‌گویند. هسته دوم حق است که چون سلطنت شخص در آن ناقص است در اصطلاح به آن ملکیت ناقص می‌گویند. بنابراین می‌توان ادعا نمود تمایز میان ملکیت و حق در نظام حقوقی اسلام در واقع تمایز میان دو نوع مختلف از ملکیت است که جز تفاوت جزئی در تام و ضعیف بودن سلطنت تمایزی میان آنها در ضوابط، مبانی و کارکرد نیست.

### ۳. عزیمت از نظریه تعهد به نظریه ملکیت در نظام حقوقی رومی - ژرمنی

در نظام‌های غربی به‌طور سنتی حقوق مدنی به دسته‌های اصلی «حقوق اموال» و «حقوق تعهدات» تقسیم می‌شود که «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» در دسته‌های فرعی حقوق تعهدات می‌آیند و بخش‌های متمایز و جدایی از «حقوق اموال» محسوب می‌شوند؛ زیرا، آنچه در حقوق اموال قرار می‌گیرد دسته‌های «تحصیل»، «انتقال» و «سقوط حق عینی» است که متفاوت از «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» است. این جدایی و تمایز تا آنجا پیش رفته که در حقوق آلمان اصولاً انتقال حق عینی مجرد از قرارداد است (Van vliet, 2017, p. 7). برخلاف سیستم علی که در حقوق فرانسه و اسلام حاکم است، در حقوق آلمان تعهد ناشی از قرارداد هیچ تأثیری در اعتبار انتقال مال ندارد و عمل انتقال<sup>۱۷</sup> معتبر باقی خواهد ماند (هوشمند، قنواتی، حسین زاده، ۱۴۰۲، ص. ۱۲۰)؛ حتی اگر قرارداد انتقال<sup>۱۸</sup> باطل یا قابل ابطال محسوب شود. این نگاه بر این مقدمات استوار است که اولاً نفس قرارداد قادر به انتقال «حقوق عینی» که حقوق اموال بر اساس آن بنا می‌شود، نیست. زیرا، تحقق حقوق عینی به امری فراتر از قرارداد، یعنی «تسلیم مادی مال» نیاز دارد؛ ثانیاً حقوق شخصی که حقوق تعهدات مبتنی بر آن بنا می‌شود، متمایز از حقوق اموال است (Faber, Lurger, Vol. 3, p. 11).

در اینجا این رابطه مجزا بین دسته‌های فرعی قرارداد و مسئولیت مدنی با دسته اصلی «حقوق اموال» مبتنی بر مقدمات بالا مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرد. اثبات می‌شود انواع مال در نظام حقوقی رومی-ژرمنی بر پایه مفاهیم مختص آن، یعنی «حق عینی» و «حق شخصی» (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۲؛ قنواتی، ۱۴۰۰، ص. ۲۲۷؛ الشریف، ۱۳۹۳، ص. ۳۵؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۱۸) که ستون فقرات نظام حقوقی رومی ژرمنی را تشکیل می‌دهد به‌واسطه دسته‌های قرارداد و مسئولیت مدنی و بدون تعهد در مالکیت اشخاص قرار می‌گیرد.

#### ۱.۴. طرح نظریه ملکیت در نظام رومی-ژرمنی

در صورتی که مستقیماً و بدون واسطه تعهد، مال به مالکیت اشخاص درآید، گفته می‌شود ملکیت<sup>۱۹</sup> موضوع منبع حقوقی است و این مهم حاصل نخواهد شد جز با درک این واقعیت که انواع متفاوتی از «مال» به‌موجب «منابع حقوقی» مستقیماً به مالکیت اشخاص درمی‌آید. در این قسمت انواع متفاوتی از مال اعم از اشیای «ملموس» و «غیرملموس»، که در نظام حقوقی رومی-ژرمنی همچون حقوق اسلام بدون واسطه تعهد و مستقیم با منبع حقوقی به ملکیت درمی‌آیند، تبیین و اثبات می‌شود که نظام حقوقی رومی ژرمنی با گذر از نظریه تعهد به سمت مفهومی نزدیک به نظریه ملکیت در حقوق اسلام می‌رود.

#### ۱.۱.۴. ملکیت درباره اشیا ملموس

نخستین عامل جدایی میان حقوق اموال و قرارداد و مسئولیت مدنی از آنجا ناشی می‌شود که انتقال اشیا ملموس، نه به واسطه منبع حقوقی، بلکه به واسطه عملی دیگر، یعنی تسلیم، صورت می‌گیرد. بنابراین، لازمه درک ملکیت درباره اشیا «ملموس» این است که مال بدون واسطه تعهد و بدون عمل تسلیم مادی از شخصی به شخص دیگر مستقیم با قرارداد و مسئولیت مدنی منتقل شود و این مهم جز با درک اعتباری بودن رابطه شخص با اشیا ملموس حاصل نخواهد شد. از لوازم توسعه ملکیت آن است که متعاقدين همانند آنچه در حقوق تعهدات گفته می‌شود، حقوق عینی را خارج از قالب‌های محصور خلق کنند. در این بند، دو متغیر مهم (عمل تسلیم مادی و محصور نبودن قالب‌های انتقال حقوق عینی) و اینکه چگونه ملکیت در خصوص اموال ملموس درک می‌شود، تبیین می‌شود.

#### الف. اعتباری شدن حقوق عینی

در حقوق روم حق مالکیت به‌عنوان کامل‌ترین و مهم‌ترین حقوق عینی تنها می‌توانست به شیوه‌های معین تحصیل شود. برخی از این شیوه‌ها از «حقوق مدنی»<sup>۱</sup> که خاص رومیان بود، و برخی دیگر از «حقوق بشر»<sup>۲</sup> که قواعد عمومی برای تمام ملت‌ها بود، نشئت می‌گرفت (Mousourakis, 2012, p. 127). همچون رویکرد حقوق جدید که روش‌های کسب مالکیت را به «اسباب اولیه»<sup>۳</sup> و «اسباب ثانویه»<sup>۴</sup> تقسیم می‌کند، در این سیستم نیز اسباب کسب مالکیت به «اسباب اولیه» و «اسباب ثانویه» تقسیم می‌شد. منظور از اسباب «اولیه» اسبابی است که طی آن مال بدون دخالت یا وابستگی به شخص دیگری، به ملک درآید و به دو دسته «حیازت»<sup>۵</sup> و «مالکیت

<sup>۱</sup>. Ius civile.

<sup>۲</sup>. Ius gentium.

<sup>۳</sup>. Modes original.

<sup>۴</sup>. Modes derived.

<sup>۵</sup>. «Occupatio» روشی از کسب مالکیت که به‌وسیله آن شخص با اولین تصرف در چیزی که قبلاً متعلق به فرد دیگری نبوده است، مانند یک پرندۀ وحشی مالکیت مطلق آن را به‌دست آورد (Garner, 2004, p. 1184).

تبعی<sup>۱</sup> تقسیم می‌شود (Mousourakis, 2012, p. 128). منظور از اسباب «ثانویه» اسبابی است که طی آن مال از ملکیت شخصی به شخص دیگر منتقل شود. آشکال عمده کسب مالکیت «ثانویه» عبارت‌اند از: «مانسیپاسیون»<sup>۲</sup>، «اینجور سیسیو»<sup>۳</sup> و «تردیشن»<sup>۴</sup> (Mousourakis, 2012, p. 128).

مطابق رویکرد سنتی و حاکم در حقوق رومی «حقوق اموال» محدود به اعیان بیرونی است (Schulz, 1951, p. 338)<sup>۵</sup>، ایجاد حقوق اموال به اسباب مادی «حیازت» و «مالکیت تبعی» که یک نوع از اعمال فیزیکی و مادی هستند، روی می‌دهد (Schulz, 1951, p. 338) در مرحله بعد، انتقال مال از شخصی به شخص دیگر با سه روش فیزیکی و مادی<sup>۶</sup> «مانسیپاسیون»<sup>۷</sup>، «اینجور سیسیو»<sup>۸</sup> و «تردیشن»<sup>۹</sup> حاصل می‌شود؛ آیین‌هایی که در سیر تحولات و در زمان حقوق «ژوستینیان» نسخ شدند (Mousourakis, 2012, p. 130) و تنها مفهوم «تردیشن» باقی ماند (Schulz, 1951, p. 347).

تردیشن بی‌شک مهم‌ترین روش از اسباب مشتق انتقال مالکیت است. منظور از «تردیشن» که از سیستم «حقوق بشر»<sup>۱۰</sup> سرچشمه می‌گیرد، انتقال بدون تشریفات و غیررسمی سلطنت یک شیء مادی یا همان تسلیم ساده مال است. در اصل، این شیوه از انتقال مالکیت در خصوص انتقال مالکیت اشیای قابل انتقال (Res mancipi) مورد استفاده قرار می‌گرفته است؛ اما هنگامی که در امپراتوری بعدی شیوه‌های رسمی انتقال، یعنی «مانسیپاسیون» و «اینجور سیسیو»، به همراه تمایز میان اشیای قابل انتقال (Res mancipi) و غیرقابل انتقال (Res nec

<sup>۱</sup>. «Accessio» روشی از کسب مالکیت که به وسیله آن چیزی با ارزش یا اهمیت کمتر به چیزی با ارزش یا اهمیت بیشتر ملحق می‌شود (Garner, 2004, p. 15).

<sup>۲</sup>. Mancipatio.

<sup>۳</sup>. In iure Cessio.

<sup>۴</sup>. Tradition.

<sup>۵</sup>. «a corporeal thing capable of being in dominio».

<sup>۶</sup>. Acts inter vivos by ownership might be transferred.

<sup>۷</sup>. Mancipatio

<sup>۸</sup>. In iure Cessio

<sup>۹</sup>. Tradition

<sup>۱۰</sup>. منظور از حقوق بشر، قواعد عمومی است که برای همه ملت‌ها به‌کار می‌رود.



(mancipi) از میان رفت، این امکان فراهم شد که مالکیت اشیای مادی (corporals Res)، در همه اقسام آن، با روش «تردیشن» منتقل شود. بر این اساس، «تردیشن» تنها شکل انتقال مالکیت بود که در قانون «ژوستینیان» به رسمیت شناخته شد (Mousourakis, 2012, p. 131).

با وجود این، وقتی شیء ای که باید تسلیم شود، بسیار بزرگ و سنگین یا غیرقابل حرکت باشد، مانند مال غیرمنقول، مشکلاتی به وجود می آید و به تدریج بر بنیاد اینکه در مواردی خاص اگر انتقال گیرنده در موقعیت کنترل (طبق دیدگاه جامعه) بدون تماس فیزیکی واقعی با آن شیء قرار گیرد، برای احراز تسلیم یا همان «تردیشن» کافی است. چندین روش تردیشن اعتباری از قبیل «Traditio longa manu»، «Traditio brevi manu»، «Constitutum possessorium» و «Traditio symbolica» در کنار تحویل فیزیکی یا دست به دست، یعنی تردیشن مادی به وجود آمد (Mousourakis, 2012, p. 132).

«Traditio longa manu» به معنای تسلیم با دست بلند، به عملی اطلاق می شود که تحویل شیء بدون لمس آن از انتقال دهنده به انتقال گیرنده انجام می شود. زمانی این امر رخ می دهد که فروشنده به شیئی که به خریدار فروخته می شود اشاره می کند که مال به او منتقل شده است (Mousourakis, 2012, p. 132).

«Traditio brevi manu» به معنای تسلیم با دست کوتاه، به عمل تحویلی اطلاق می شود که شخصی که کالا به او انتقال می یابد، از قبل آن کالا را در اختیار دارد و به این ترتیب از تحویل دوباره آن جلوگیری می شود. برای مثال این اتفاق زمانی رخ می دهد که شیء مورد نظر قبلاً به انتقال گیرنده امانت یا اجاره داده شده و درحالی که هنوز در اختیار اوست، به او فروخته، اهدا شده یا به نحو دیگری به وی واگذار گردیده است. برای جلوگیری از مشکلات ناشی از بازپس گیری مال از انتقال گیرنده و سپس تسلیم مجدد آن به وی، تشخیص داده شد که صرف اراده طرفین کافی است تا مالکیت آن مال بلافاصله از یکی به دیگری منتقل شود (Mousourakis, 2012, p. 133).

روش دیگر «Constitutum possessorium» به معنای قرارداد تملک است و مربوط به مواردی است که شخصی که می خواهد یک شیء را انتقال دهد، به دلیل توافق تکمیلی با مالک جدید، پس از واگذاری، مال همچنان در کنترل فیزیکی وی باقی می ماند. در چنین حالتی، با اینکه انتقال فیزیکی صورت نگرفته، اما تصدیق

می‌شود که در نتیجه آن مالکیت شیء منتقل شده است. برای مثال، شخصی زمینی را منتقل می‌کند، اما همچنان در تصرف وی باقی می‌ماند، زیرا، با خریدار توافق کرده است که به‌عنوان مستأجر در این زمین به کار خود ادامه دهد. بر این اساس می‌توان گفت بار دیگر اراده صرف طرفین برای انتقال مالکیت کافی است ( Mousourakis, 2012, p. 133).

در نهایت «Traditio symbolica» به معنای تسلیم سمبلیک است و در زمانی رخ می‌دهد که نمادی از چیزی که مالکیت آن در حال انتقال است، به‌جای خود آن چیز تحویل داده شود. برای مثال این موضوع زمانی رخ می‌دهد که قرارداد انتقال مالکیت بر یک شیء در سندی ثبت شود؛ سندی که متعاقباً به‌عنوان نمادی از شیء به انتقال‌گیرنده تحویل داده می‌شود، یعنی امری که سبب تمایل گسترده به نوشتار در اعمال حقوقی گشت و به‌طور کلی نوشتن اسناد به‌عنوان وسیله‌ای برای انتقال مالکیت پذیرفته شد، به‌طوری که در آن زمان توافق میان طرفین به‌عنوان یک ماهیت برای انتقال مال در نظر گرفته شد. از آنجا که چنین قراردادی معمولاً در یک سند گنجانده می‌شد، انتقال مالکیت با تحویل سند مربوط رخ می‌داد (Mousourakis, 2012, p. 133؛ حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص. ۱۷۹)؛ عواملی که سرانجام موجب شد انتقال مال بدون توسل به عمل مادی تسلیم، به انتقال‌گیرنده منتقل شود و تبدیل به قاعده‌ای عمومی گردد، به‌طوری که حسب مواد ۱۱۳۸، ۷۱۱، ۹۳۸ و ۱۱۵۳ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴، انتقال مال به‌عنوان «اثر مستقیم» قصد متعاقدين ( Danos, 2007, p. Bloch, 1988, p. 673;363) بدون اینکه به عمل دیگری همچون «تردیشن» نیاز باشد، به خودی خود منتقل شود. وضعیت خاصی که حقوق فرانسه را مقابل سنت‌های رومی و حقوق آلمان که در آنها انتقال مال به تسلیم نیاز است، قرار می‌دهد. امری که به‌طور طبیعی معنای آن این است که دیگر تعهدی وجود ندارد و این امر به‌واقع حرکت به سمت نظریه‌ای شبیه ملکیت است. اما از سوی دیگر در برخی از مواد قانون مدنی فرانسه نظیر ماده ۱۱۰۱ مصوب ۱۸۰۴ که در آن از عمل انتقال مال به «تعهد به انتقال مال»<sup>۱</sup> یاد می‌کند، مشاهده می‌شود که همچون سنت گذشتگان زیربنای فکری انتقال مال، نظریه تعهدات است. زیرا، مطابق سه‌گانه «دادن مال/Donner/Give»، «انجام عمل/Faire /Act» و «ترک عمل/Ne pas /Not to Act»

<sup>۱</sup>. Duty to give/Obligation de donner.

**Faire** که از سوی «پوتیه»<sup>۱</sup> و «دوما»<sup>۲</sup> در قانون مدنی فرانسه بنیان نهاده شد و منظور از «Donner»<sup>۳</sup> در آن، «انتقال مال»<sup>۴</sup> است (فیلپلو، کاستادلو، ۱۳۸۶، ص. ۴۹). انتقال مال حتی در آنجا که یک عمل ذهنی است، به واسطه یک «تعهد» فوری- نه عقد- انجام می‌شود (Zenati, 1994, p. Simler, 2011, p. 192; Chazal, Vicente, 2000, p. 477; Blanluet, 2004, p. 409; Ancel, 1999, p. 132; Bloch, 1998, p. 673; Huet, 2001, p. 425; p. 771; حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص. ۱۷۹).  
 یعنی مطابق این ماده، قانون مدنی فرانسه با حفظ سنت‌های رومی، همچون گذشته، تعهد را به‌عنوان یک واسطه بین عقد و انتقال مال معرفی می‌کند (الشریف، ۱۳۹۳، ص. ۵۰). بنابراین، نوعی تنافی و تهافت میان این مواد مشاهده می‌شود (Zenati, Revet, 2008, p. 299-301; Tallon, 1992, p. 68; Magnan, 1996, p. 85; Courdier, 2005, p. 521; Comp, 2001, p. 41; Pignarre, 2007, p. 384). این ناهمخوانی بین مواد، زمانی قابل رفع است که دیدگاه برخی از حقوق‌دانان فرانسوی مورد پذیرش قرار گیرد که گفته‌اند آنچه در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی در انتقال مال آمده است، بیشتر شبیه افسانه‌ای است که از نقاب تعهد برخوردار است (Fabre, 1996, p. 85; Ancel, 1999, p. 771). بنابراین آن دیدگاهی که از کلیت و روح قانون مدنی فرانسه قابل برداشت است، دور شدن از نظریه تعهدات و نزدیک شدن به نظریه ملکیت است. به همین دلیل در اصلاحات قانون مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶ در ماده ۱۱۹۶ آن، نظریه ملکیت مورد توجه قرار گرفته است.

#### ب. توقیفی نبودن حق عینی

مشخصه سنتی تمایز حقوق اموال از حقوق تعهدات این است که برخلاف آنچه در حقوق تعهدات مطرح است در حقوق اموال تعداد محدودی از حقوق عینی وجود دارد. «Number of Forms» یا «Numerus Clausus» به معنای توقیفی بودن، انواع حقوق عینی را از جهت «مفهوم» و «منبع حقوقی»، به موارد موجود در قانون یا رویه قضایی محدود می‌کند؛ به‌صورتی که طرفین تنها می‌توانند از بین انواع حقوق عینی که

1. Potier

2. Domat

۳. ریشه واژه «Donner» به واژه لاتین «Dare» برمی‌گردد که به‌صورت خاص برای «Transfer to ownership» به‌کار می‌رود.

4. Transfer to ownership.

به صراحت در قانون یا رویه قضایی تعیین شده است، یکی را انتخاب کنند و نمی‌توانند خارج از منابع حقوقی پیش‌بینی شده، به حق‌هایی که خود تعریف می‌کنند ویژگی حقوق اموال را اعطاء کنند یا آن را انتقال دهند.<sup>۱</sup>

چرایی محدودیت حقوق اموال را می‌توان در توصیف حقوق عینی به عنوان «حقوق مطلق» یافت که در برابر اشخاص ثالث، یعنی همگان، قابل اعمال است. اگر همه اشخاص ملزم به رعایت حقوق مطلق باشند، پیش‌نیاز چنین امری آن است که همه در موقعیتی قرار گیرند که بتوانند از محتوای این حقوق آگاه شوند. بر این اساس نمی‌توان ایجاد چنین حقوقی را در محتوا و منبع به تک‌تک اشخاص واگذار کرد. بر این اساس، فرم‌ها یا شکل‌های به‌دست آمده به موجب قاعده «Numerus clausus»، از پیدایش حقوق عینی جدید جلوگیری کرده، در نتیجه منافع عمومی از چنین فرم‌های قانونی حمایت می‌کند. در مقابل، آزادی خلق رابطه قانونی از ویژگی‌های اصلی حقوق تعهدات است که طرفین آن می‌توانند تعهدات را در یک دریای بی‌کران از شیوه‌ها و راه‌ها بیافرینند.

محدود کردن خلق حقوق اموال که سیستم‌های مختلف از آن با عنوان اصل «Number of Forms» یا «Numerus Clausus» یاد می‌کنند، موجب می‌شود خلق حقوق اموال تنها در قالب و منابع حقوقی پیش‌بینی شده ممکن شود (Faber, Lurger, Vol. 3, p. 14) و این امر مانع از توسعه ملکیت در نظام حقوقی شود. بررسی علت منطقی موضوع که این مانع چگونه رفع خواهد شد، به ما در حل مسئله کمک می‌کند. مطابق وصف «مطلق بودن»<sup>۲</sup> حقوق عینی<sup>۳</sup>، حقوق اموال «علیه تمام مردم» با عنوان «Good Against the World» یا «Multital» توصیف می‌شود. در مقابل، حقوق تعهدات «تنها علیه متعهد» با عنوان «Good Against the Obligee» یا «Paucital» توصیف می‌شود. مطابق مشخصه «توقیفی بودن»، از آن جهت که حق عینی در برابر همگان دارای «اثر» است و مالک می‌تواند «حق عینی» خود را در برابر همگان اعمال کند، شکل‌های معینی بر مبنای «انحصاری بودن» حقوق عینی ایجاد شده که اجازه خلق حقوق عینی را خارج از محدوده و چارچوب معین نمی‌دهد. بنابراین ایده توقیفی بودن بیش از آنکه مبتنی بر مشخصه «مطلق بودن

<sup>۱</sup>. برای دیدن اختلاف نظرها راجع به توقیفی بودن حقوق عینی، نک: قناتی، شیرخانی، ۱۳۹۶، صص ۱۲۵-۱۵۰؛ پلوار، صفری، ۱۳۹۹، صص ۲۱۳-

<sup>۲</sup>. Excludability.

<sup>۳</sup>. Rights in rem.





«پنر» گفته است آنچه موجب تمایز «اشخاص» از «اشیا» می‌شود، «شخصیت» آنهاست ( Penner, 2000, p. 181). بر اساس معیار پنر، آن چیزی ذیل حقوق اموال قرار می‌گیرد که وجودی مجزا از شخصیت فرد داشته باشد. وی به‌منظور تمییز آنچه وابسته یا مجزا از شخصیت اشخاص است، بین روابط «قوی» با شخصیت و «ضعیف» با شخصیت تفاوت قائل می‌شود و استدلال می‌کند «برای اینکه امری به‌عنوان حقوق اموال در نظر گرفته شود، نباید آن را جنبه‌ای از خود شخص یا رابطه قوی شخصیت وی تلقی کرد» ( Penner, 2000, p. 126). «پنر» این معیار را ارائه داده است تا نشان دهد که بعضی از روابط قراردادی بیانگر حقوق اموال هستند و برخی نیستند (Penner, 2000, p. 129). او استدلال می‌کند که «بدهی» اعم از پولی یا غیرپولی، منعکس‌کننده یک رابطه ضعیف و مجزا از شخصیت افراد و حق مالکانه است؛ درحالی که قرارداد ارائه خدمات، نشانگر یک رابطه قوی و وابسته به شخصیت افراد است و نه یک حق مالکانه؛ تمایزی که موجب می‌شود امکان واگذاری حقوق ناشی از رابطه ضعیف شخصیت وجود داشته باشد، اما در مقابل، امکان واگذاری حقوق ناشی از رابطه قوی شخصیت وجود نداشته باشد (Penner, 2000, p. 131)؛ تحلیلی که سبب می‌شود طیف وسیعی از امور در قلمرو حقوق اموال قرار گیرد. آنچه کمک بیشتری به این تحلیل می‌کند، ورود چند مصداق به قلمرو آن است. برای مثال وقتی درباره اموال یک شرکت یا شخص ورشکسته صحبت می‌کنیم، نه تنها در مورد اموال قابل لمس آنان، بلکه درباره هر نوع تعهد دیگری نیز صحبت می‌شود؛ به عبارت دیگر در مورد یک شرکت یا شخص ورشکسته که اموال آنها باید بین دائین تقسیم شود، این بحث صورت می‌گیرد که اموال قابل دسترس نه تنها شامل اموال قابل لمس، بلکه فراتر از آن، شامل اموال غیرقابل لمس نیز می‌شود؛ امری که موجب می‌شود اموال، شامل مجموعه‌ای از «اعیان» و «تعهدات» شود ( Worthington, 2007, p. 924).

#### اول. تعهدات پولی

در این زمینه که آیا تعهدات پولی قسمی از حقوق مالکانه است، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. «بریکس» و «چمبرز» استدلال می‌کنند که بدهی یک حقوق مالکانه نیست ( Birks, 2005, p. 29; Chambers, 2008, p. 7)؛ در مقابل، رویه قضایی بدهی پولی را یک حقوق مالکانه می‌داند. در استرالیا بدهی پولی از همان ابتدا از سوی دادگاه عالی به‌عنوان حق مالکانه به رسمیت شناخته شد (Tarrant, 2008, p. 55). در سال

۱۹۱۴ در پروندهٔ لکستون بطرفیت مویر قاضی رأی داد که «حق اقامهٔ دعوا برای دریافت مبلغی پول حق مالکیت نسبت به اموالی است که در تصرف شخص نیست و این یک حق مالکانه است». در دعوی یانر بطرفیت ایتون در سال ۱۹۹۹، دادگاه اعلام کرد در کامن‌لا بدهی پولی هرچند غیرقابل واگذاری باشد، اما حق مالکانه محسوب می‌شود. در سال ۱۹۹۱ در انگلیس در پروندهٔ لیکین بطرفیت شرکت با مسئولیت محدود کارپ نیل، لرد «گاف»<sup>۱</sup> اظهار داشت بدهی یک بانک «به‌منزلهٔ حق مالکیت نسبت به اموالی است که در تصرف فرد نیست و این خود نوعی از حقوق اموال محسوب می‌شود».

گرچه موارد یادشده به بدهی پولی به‌عنوان حقوق مالکانه اشاره می‌کنند، اما توضیح نمی‌دهند که چرا بدهی، حقوق مالکانه است. یکی از ابزارهای توجیه دیون پولی به‌عنوان حقوق مالکانه، شناسایی چیزی است که موضوع حق مالکیت است. لرد «رید»<sup>۲</sup> در پروندهٔ دی پی پی بطرفیت ترنر در سال ۱۹۷۳، ابراز داشت: «بدهی معمولاً دارای یکی از این دو معنا است: می‌تواند به معنای تعهد به پرداخت پول یا به معنای مبلغی از پول بدهکار باشد؛ یعنی بدهی می‌تواند ناظر به تعهد یا منفعت ناشی از تعهد باشد. بنابراین، تعهد پولی می‌تواند هم به «تکلیف» بازگردد و هم به «منفعت». اگر تعهد بدهکار به‌عنوان موضوعی مجزا از او دیده شود، بدهی پولی را می‌توان به‌مثابه یک حق مالکانه تصور کرد. در این روش، تعهد، موضوع حقوق مالکانه می‌شود؛ ایده‌ای که پندر بر اساس آن اموالی را که در تصرف فرد نیست، مانند سهام شرکت، مانده‌های بانکی و بدهی‌ها، به‌عنوان نوع خاصی از اموال توصیف می‌کند که در آنها مالکیت تصور می‌شود (Penner, 2000, p. 129).

#### دوم. تعهدات غیرپولی

هنگامی که پذیرفته شود بدهی پولی، حق مالکانه است، می‌توان استدلال کرد که همهٔ تعهدات قانونی نیز می‌توانند موضوع حقوق مالکانه قرار گیرند. در مورد نوعی از منافع تعهدی که در ابتدا در پول منعکس نیست، این پرسش مطرح می‌شود که آیا حقی مالکانه است یا خیر؟ در این زمینه پاسخ‌های متفاوتی ارائه شده است. در پروندهٔ کمیسیون استامپ دیویترز بطرفیت بیند در سال ۱۹۲۹، این پرسش که آیا حق قراردادی انحصاری برای فروش نوشیدنی‌های یک باشگاه برای مدت سه سال، حق مالکانه است یا خیر، قضات پرونده، یعنی «ناکس سی

<sup>1</sup>. Lord Goff

<sup>2</sup>. Lord Reid



جی»<sup>۱</sup>، «گاوان دافی»<sup>۲</sup>، «ریچ»<sup>۳</sup> و «دیکسون جی جی»<sup>۴</sup> معتقد بودند این نوعی حق مالکانه نیست. زیرا، تمام آنچه وجود دارد وعده‌های متقابلی است که حقوق قراردادی ایجاد می‌کند. به عبارت دیگر، قضات پرونده بین منافع تعهداتی که قبلاً به صورت پولی درآمده و منافع تعهداتی که به صورت پولی درنیامده، تفصیل داده‌اند و اولی را حقوق مالکانه و دومی را حق قراردادی - نه حقوق مالکانه - تلقی کرده‌اند.

با وجود این، درک این موضوع که منفعت یک تعهد پولی را حقوق مالکانه تفسیر کنیم، درحالی که منفعت سایر تعهدات را حقوق مالکانه ندانیم، دشوار است. از این رو، برخلاف پرونده کمیسیون استامپ، مواردی وجود دارد که نشان می‌دهد حقوق قراردادی غیرپولی یک حق مالکانه است. برای مثال در سال ۱۹۰۱ در پرونده شرکت آبجوسازی منچستر در مقابل کومبز، قاضی «فارول جی»<sup>۵</sup> اعلام کرد منفعت تعهدی که نقض نشده از حقوق مالکانه است. در دعوای تورکینگتون علیه مگی در سال ۱۹۰۲ نیز دادگاه استیناف اعلام کرد منفعت ناشی از قرارداد حقی مالکانه است. موارد پیش گفته برخلاف پرونده کمیسیون استامپ از این دیدگاه حمایت می‌کند که حق بهره‌مندی از تعهد غیرپولی، حقی مالکانه است، همچنان که دیوان عالی استرالیا اعلام کرد که حق بهره‌مندی از تعهد غیرپولی، حق مالکانه شمرده می‌شود (Tarrant, 2008, p. 58).

با وجود چنین دیدگاه‌های متعارضی، دیدگاهی که معتقد است منافع تعهدات غیرپولی حقوق مالکانه است، از قدرت بیشتری برخوردار است. زیرا، وضعیت مشترک حاکم بر تعهدات غیرپولی این است که این تعهدات عادتاً قائم و وابسته به اراده متعهد نیست که با تغییر یا زوال اراده متعهد از بین رود، بلکه در حالت عادی حقی به وسیله این تعهدات به متعهدله منتقل می‌شود که قائم به اراده متعهد نیست و متعهدله می‌تواند آن را منتقل کند. بنابراین به‌عنوان ضابطه می‌توان گفت در جایی که تعهد، قائم و وابسته به اراده متعهد باشد، حقوق<sup>۱</sup> غیرمالکانه است، ولی در جایی که تعهد، قائم و وابسته به اراده متعهد نباشد، حقوق<sup>۱</sup> مالکانه است. به‌منظور تمییز آنچه وابسته یا

1. Knox CJ

2. Gavan Duffy

3. Rich

4. Dixon JJ

5. Farwell J

مستقل از متعهد است، چیزی که به ذهن می‌رسد این است که در جایی که تعهد مقید به شخصیت متعهد است، حقوق<sup>۱۷</sup> غیرمالکانه است، ولی در جایی که تعهد مقید به شخصیت متعهد نباشد، حقوق<sup>۱۸</sup> مالکانه خواهد بود.

#### **ب. حقوق تعهدات نوعی دیگر از حقوق اموال**

حقوق اموال در معنای سنتی آن، یعنی حقوق عینی از ویژگی‌هایی برخوردار است که مانع از ورود حقوق تعهدات یا به عبارت دیگر، حقوق شخصی و دیگر مصادیق به قلمرو آن می‌شود. در این جا نشان داده می‌شود چگونه در سیر تحولات این ویژگی‌های حقوق عینی تعدیل و زمینه ساز آن شد تا قلمرو حقوق اموال در نظام حقوقی وسیع شود.

#### **اول. تسری وصف مطلق بودن حق عینی به حق شخصی**

بر مبنای تفکیک حق عینی از حق شخصی (حق عینی تشکیل دهنده دسته حقوق اموال و حق شخصی تشکیل دهنده دسته حقوق تعهدات)، با توجه به اینکه حق عینی مطلق است و در برابر همگان قابل اعمال است و در مقابل حق شخصی نسبی است، آثار تمایز دسته‌های حقوق اموال و حقوق تعهدات این است که دارنده حقوق اموال می‌تواند موضوع حق خود را دست هر شخصی که یافت، از او بگیرد یا صاحب حق عینی می‌تواند بدون اینکه وارد حصره غرما شود، عین حق خود را مقدم بر دیگر طلبکاران دریافت کند. در مقابل دارنده حق شخصی تنها می‌تواند موضوع حق خود را از متعهد مطالبه نماید و در صورت ورشکستگی متعهد در راستای اصل تساوی میان طلبکاران طلب خود را بدون هیچ حق تقدمی در برابر طلبکاران و به نسبت سهم از کل مطالبات وصول کند (Worthington, 2007, p. 927; Faber, Lurger, Vol. 3, p. 16). این ویژگی متمایز حق عینی از حق شخصی موجب شده است کسانی مانند «پرتو ساکن» که با تسری مطلق بودن وصف حقوق اموال به حقوق تعهدات نگران این بودند حق شخصی همانند حق عینی علیه شخص ثالث قابل اعمال شود، تصریح کنند حقوق اموال همچنان محصور در حقوق عینی است و نباید با تعریف گسترده از حقوق اموال تمایز میان حقوق تعهدات و حقوق اموال از بین برود (Sakmann, 2002, p. 79).

این در حالی است که این نگرانی «پرتو ساکن» به دلایل ذیل قابل رفع است. زیرا:

اولاً: تمایز میان حقوق اموال و حقوق تعهدات، مبتنی بر مطلق بودن حقوق اموال و نسبی بودن حقوق تعهدات، ریشه در آرای «آستین»<sup>۱</sup> و در ادامه همفکران او مانند «سالmond»<sup>۲</sup>، «نیکلاس»<sup>۳</sup> و «بریکس»<sup>۴</sup> در زمینه تمایز حق عینی و حق شخصی دارد (Tarrant, 2011, p. 694). تقسیمی که موجب می‌شود حقوق خصوصی به‌واسطه این تقسیم به دو بخش متقابل حقوق اموال و حقوق تعهدات تقسیم شود، به‌طوری که نیمی از آن به حقوق اموال و نیمی دیگر به حقوق تعهدات اختصاص پیدا می‌کند (Chambers, 2004, p. 127-128). به نظر می‌رسد همان‌طور که «جان تارنت» گفته است تعریف حقوق اموال مبتنی بر حق عینی از سوی آستین، چیزی بیش از این ادعا نیست که حقوق اموال تنها آن دسته از حقوقی است که می‌تواند از جانب همه مردم مداخله شود. این ادعای آستین که تنها حقوق عینی قسمی از حقوق اموال است با واقعیت‌های حقوق امروزی مطابقت ندارد. او و همفکرانش تبارهای رومی «شیء» و «دعوا» را با یکدیگر درآمیختند و از آنها مفاهیم جدید و امروزی «حقوق اموال» و «حقوق تعهدات» را استخراج کردند (Tarrant, 2011, p. 686). آنان این کار را صرفاً برای اثبات این ادعا انجام دادند که حقوقی را که با دعاوی عینی حمایت می‌شوند «حقوق اموال» در نظر گرفته و حقوقی را که با دعاوی شخصی محافظت می‌شوند «حقوق تعهدات» بنامند، درحالی که رویکرد قابل قبول آن است که هر آنچه دارای «ارزش اقتصادی» است، ذیل دسته حقوق اموال قرار می‌گیرد. بر همین اساس، حقوق تعهدات نشان‌دهنده بخش کوچکی از عناصر گسترده حقوق اموال است (Tarrant, 2011, p. 687). همچنان که «پنر» و «تارنت» گفته‌اند، آنچه در درون یک سیستم قرار می‌گیرد، تنها «حقوق اموال» است و تمایز میان «حق عینی» و «حق شخصی» در واقع تمایز میان دو نوع مختلف از حقوق اموال با آثار متفاوت است که «حق عینی» با «وظیفه عدم مداخله» و «حق شخصی» با «تعهد» همراه است (Penner, 2000, p. 63-84, Tarrant, 2011, p. 687).

ثانیاً: اینکه بیان می‌شود حقوق شخصی نسبی است و تنها علیه متعهد قابل اعمال است، این ویژگی معیار قاطع بر تمیز حقوق تعهدات از حقوق اموال نیست. زیرا، اینکه حق شخصی بر همگان قابل اعمال نیست از «خطر» ناشی

1. Austin  
2. Salmond  
3. Nicholas  
4. Birks

از «بی‌اطلاعی» ایجاد حق شخصی است که چون شخص ثالث از وجود چنین حقی بی‌اطلاع است، چنین امری مانع از آن می‌شود که حق شخصی را بر همگان اعمال کرد؛ بنابراین همان‌طور که با شرط اطلاع، حقوق عینی از دایره حصار توقیفی بودن خارج می‌شوند و توسعه پیدا می‌کنند، در جایی که شخص ثالث از وجود حق شخصی مطلع است اما بدون حسن نیت آن را دریافت می‌کند، حقوق شخصی نیز از دایره حصار نسبی بودن خارج می‌شود و متعهدله می‌تواند حق خود را بدون تبدیل آن به تعهد از باب حق مالکیت دریافت کند. پرونده‌های مرتبط با این موضوع در رویه قضایی مثال مفیدی از این است که در آن دارنده حق شخصی می‌تواند حق خود را حتی علیه ثالث به مانند آنچه در حقوق عینی حاکم است، اعمال کند.

به‌عنوان نمونه در پرونده «فریدمن و شرکا بطرفیت بلک»، بلک که حسابدار فریدمن بود، پول‌های نقد متعلق به فریدمن و شرکا را دزدید. بلک، بخشی از این وجوه را به حساب بانکی همسرش واریز کرد. فریدمن و شرکا چون توانستند ثابت کنند حق مالکیت نسبت پول موجود در حساب بانکی خانم بلک دارد، دادگاه حکم به استرداد آن مبلغ داد. خانم بلک به دیوان عالی استرالیا اعتراض کرد، جایی که قاضی «اکاتر» اصلی را پذیرفت که پیش از این توسط دادگاه‌ها مورد پذیرش قرار نگرفته بود؛ اینکه وقتی پولی دزدیده می‌شود، «این پول در دست دزد امانی است» (Tarrant, 2011, p. 690). نمونه‌ای دیگر از این مورد پرونده بانک چیس مانهاتن در برابر بانک اسرائیلی است، جایی که بانک خواهان به اشتباه دو بار مبلغ ۲,۰۰۰,۶۸۷ دلار را پرداخت کرد و بانک دریافت‌کننده پس از دریافت هر دو پرداخت ورشکسته شد. قاضی «گولدینگ» بدون اینکه حکم به ورود خواهان در حصه غرما کند، حکم به استرداد مبلغ اضافی از باب مالکیت خواهان داد (Sakmann, 2005, p. 30). در حالی که مطابق قاعده نباید چنین امری صورت می‌گرفت. مواردی که اثبات می‌کند اینکه حق شخصی بر همگان قابل اعمال نیست مطلق نیست، بلکه از «خطر» ناشی از «بی‌اطلاعی» ایجاد حق شخصی است که چون شخص ثالث از وجود چنین حقی بی‌اطلاع است، نمی‌توان حق شخصی را بر همگان اعمال کرد؛ بنابراین در جایی که شخص ثالث از وجود حق شخصی مطلع است اما بدون حسن نیت آن را دریافت می‌کند، متعهدله می‌تواند حق خود را بدون تبدیل آن به تعهد از باب حق مالکیت از ثالث دریافت کند.

**دوم. تسری ویژگی «قابلیت واگذاری» حقوق اموال به حقوق تعهدات**

مطابق این مشخصه که ریشه در حقوق اموال دارد، تنها حقوق اموال قابل واگذاری به دیگران است و حقوق تعهدات از چنین قابلیت برخوردار نیست (Worthington, 2007, p. 927)، ولی تحت تأثیر قواعد زندگی مدرن هر دو قسم<sup>۱۷</sup> قابل واگذاری (Assignable) شدند (Worthington, 2007, p. 927) و زمینه برای اضافه شدن «حقوق تعهدات» در قلمرو «حقوق اموال» فراهم گردید.

اینکه بنابر رویه‌های عملی، حقوق موضوعه یا نظم عمومی بر حقوق اموال و نیز حقوق تعهدات محدودیت‌هایی برای انتقال تحمیل کنند، چنین محدودیت‌هایی به تمایز میان این دو منجر نمی‌شود. در واقع محدودیت‌هایی که بر اشیای «قابل لمس» قابل اعمال است، بر «حقوق تعهدات» نیز قابلیت اعمال دارد؛ به عبارت دیگر، همان سیاستی که حد و مرزهای حق را مشخص و اعلام می‌کند که آنها قابل واگذاری هستند یا نه، می‌تواند در هر دو قسم اشیای «قابل لمس» و «غیرقابل لمس» جریان داشته باشد، یعنی امری که سبب می‌شود مشخصه «قابلیت واگذاری» در حقوق اموال به حقوق تعهدات نیز تسری یابد (Worthington, 2007, p. 928).

#### سوم: جامع نبودن حقوق اموال

مطابق دیدگاه «آنوره» از جمله اوصاف حقوق اموال «جامع بودن» آن است (Honore, 1961, p. 108). به این معنا که آن‌جایی که شخص در مال، حق هر گونه تصرف را دارد، ملکیت نامیده می‌شود. بر اساس این مشخصه، تنها حقوقی وارد قلمرو حقوق اموال می‌شوند که سلطه جامع شخص بر مال را همراه دارد. ویژگی که پیش از آنکه از سوی حقوق دانان مطرح شود، اقتصاددانان آن را مطرح کرده بودند (Worthington, 2007, p. 924) بر اساس این مشخصه مالکیت همچون رشته فرضی بین شخص و شیء است که مالک حق کنترل و اداره آن مال را در گستره عظیمی دارد.

اشکالی که بر این نگاه وارد است، آن است که با از بین رفتن دیگر تمایزهای بنیادین میان حق عینی که تشکیل دهنده حقوق اموال و حق شخصی تشکیل دهنده حقوق تعهدات بودند، تمایز اخیر چیز بیشتری از تمایز ملک و حق در حقوق اسلام را که یکی اثرش سلطنت تام و دیگری اثرش سلطنت ناقص است، اثبات نمی‌کند (ملکیت تام و ملکیت ناقص). بنابراین می‌توان گفت با از بین رفتن تمایز میان حق عینی و شخصی که معیار تمایز میان «حقوق اموال» از «حقوق تعهدات» بود (Worthington, 2007, p. 924) و مبدل گشتن حقوق تعهدات به عنوان قسمی از حقوق اموال نظریه ملکیت به جای حقوق تعهدات قلب حقوق مدنی می‌شود.

## نتیجه

بر مبنای تفکیک حق عینی از حق شخصی با توجه به اینکه حق عینی مطلق است و در برابر همگان قابل اعمال است و در مقابل حق شخصی نسبی است و تنها علیه متعهد قابل اعمال است، در نظام حقوقی رومی ژرمنی حق عینی تشکیل دهنده دسته حقوق اموال و حق شخصی تشکیل دهنده دسته حقوق تعهدات است. به طوری که حقوق خصوصی در نظام حقوقی رومی ژرمنی به واسطه این تقسیم به دو بخش متقابل حقوق اموال و حقوق تعهدات تقسیم شود، نیمی از آن به حقوق اموال و نیمی دیگر به حقوق تعهدات اختصاص پیدا می‌کند. بر پایه این تقسیم در حقوق تعهدات از ایجاد، تبدیل و سقوط تعهد بحث می‌شود که در مقابل آن در حقوق اموال از تحصیل، انتقال و سقوط حقوق اموال بحث می‌شود.

در این نظام حقوقی تحت تأثیر سنت‌های دیرین که قرن‌ها اراده توانایی انتقال حق عینی ندارد و همچنان در برخی از کشورهای تابع این نظام حقوقی پابرجا است، نظریه حاکم در این نظام حقوقی نظریه عمومی تعهدات است که عقود و مسئولیت مدنی در دسته‌های فرعی ذیل آن می‌آید و انتقال حق عینی، یعنی حقوق اموال مرکب از دو عمل حقوقی مجزا، «قرارداد واقعی» که منشأ آن تعهد است و «عمل انتقال» است. عمل انتقالی که در اموال منقول به واسطه «تسلیم» و در اموال غیرمنقول به واسطه «ثبت» در دفتر املاک صورت می‌گیرد. درک عمومی در نظام حقوقی رومی-ژرمنی این است که مباحث «قرارداد» و «مسئولیت مدنی» در حقوق تعهدات می‌آید که رابطه آنها با حقوق اموال تحت نظام تجربدی، جدا است. زیرا، تعهد ناشی از قرارداد، هیچ تأثیری در اعتبار عمل انتقال مال ندارد و عمل انتقال معتبر باقی خواهد ماند، حتی اگر عمل تعهد به انتقال باطل یا قابل ابطال محسوب شود. ساختار حقوق مدنی آلمان بر این مبنا بنا شده است که میان ساختار حقوق تعهدات که در آن مباحث قرارداد و مسئولیت مدنی می‌آید از حقوق اموال، جدایی روشنی وجود دارد.

برخلاف باور مرسوم در میان حقوق‌دانان برجسته ما که اعتقاد به حاکمیت تقسیم حقوق اموال و حقوق تعهدات بر عقود و ضمانات قهری در حقوق اسلامی داشته یا دارند، نویسندگان نوشتار پیش رو اثبات کردند در حقوق اسلامی عنوان‌های اصلی مطالعه در روابط میان اشخاص «عقود» و «ضمانات قهری» است که مباحث حقوق اموال و حقوق تعهدات به صورت فرعی در آنها بحث می‌شود که رابطه آنها با حقوق اموال و حقوق تعهدات تحت نظام علی یا سببی، جدا نیست. در این نظام حقوقی بر پایه مفهوم موسع از مال که در نخستین تقسیم به

«عین» و «منفعت» و در دومین تقسیم، عین به «عین معین، کلی در معین و کلی در ذمه» و منفعت به «منفعت اشیا، منفعت انسان و منفعت حیوان» ذیل دسته‌های باب اموال قرار می‌گیرند و مفهوم موسع از ملک که تمایز میان ملکیت و حق در نظام حقوقی اسلام در واقع تمایز میان دو نوع مختلف از ملکیت (ملکیت تام یا ملکیت ناقص) است، نظریه حاکم در ارتباط دسته‌های اصلی عقود و ضمانات قهری با دسته فرعی باب اموال، نظریه عمومی ملکیت یا به تعبیری تملیک است.

اما آنچه در نظام حقوقی رومی ژرمنی به نظر می‌رسد این است که طی تحولات رخ داده و اعتباری گشتن رابطه حق عینی و با توسعه حقوق اموال و مبدل گشتن حقوق تعهدات به عنوان قسمی از حقوق اموال به واسطه از بین رفتن تمایزهای سنتی میان حق عینی و شخصی که تمایز حق عینی و شخصی در نظام حقوقی رومی ژرمنی چیز بیشتری از تمایز ملکیت و حق در حقوق اسلام را اثبات نمی‌کند (ملکیت تام و ملکیت ناقص)؛ این نظام حقوقی به سمت آن می‌رود که نظریه ملکیت قلب حقوق مدنی شود.

#### منابع

۱. ابن منظور، ابوالفضل (۱۴۱۴). لسان العرب. ج ۱۰، لبنان: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر
۲. ابوزهره، محمد (۱۳۷۷). اصول فقه. قاهره: دارالفکر عربی
۳. الزرقاء، مصطفی احمد (۱۴۲۵). الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید: المدخل الفقہی العام. ج ۱، دمشق: دارالقلم
۴. اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸). رساله فی تحقیق الحق و الحکم. قم: أنوار الهدی
۵. اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸). حاشیه کتاب المکاسب (للاصفهانی، ط - الحدیثه). ج ۱، ۳، ۵، قم: أنوار الهدی
۶. اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۰۹). الإجاره. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۷. الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۳). تعهد یا تملیک: تاملی بر تاثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱(۲)، صص. ۲۹-۵۸
۸. الشریف، محمدمهدی، خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۴). چالش‌های نظری بیع حق (تأملی بر امکان وقوع حق به عنوان مبیع یا ثمن در بیع). مطالعات حقوقی، ۷(۲)، صص. ۱-۲۶

۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰). کتاب المکاسب (المحشی). ج ۹، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب
۱۰. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی (۱۴۰۶). حاشیة المکاسب. ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
۱۱. بیگدلی، عطاء الله. (۱۳۹۳). تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی - ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادها ایران و فرانسه. رساله دکتری، تهران: دانشگاه امام صادق
۱۲. پیلوار، رحیم و صفری، حاتمه (۱۳۹۹). قلمروی آزادی اراده در ایجاد حقوق عینی جدید از منظر حقوق اموال و مالکیت و ثبت. حقوق اسلامی، ۱۶ (۶۳)، صص. ۲۱۳ - ۲۳۵
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶). وصیت. تهران: انتشارات گنج دانش
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵). حقوق تعهدات. تهران: انتشارات گنج دانش
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام. تهران: گنج دانش
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). الفارق. ج ۲، تهران: انتشارات گنج دانش
۱۷. جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۴). نظریه عمومی دیون در حقوق اسلام و مقایسه‌ی آن با حقوق غرب. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۲ (۴)، صص. ۱ - ۱۸
۱۸. جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۶). جایگاه ستون فقرات نظام حقوقی رومی ژرمنی در حقوق اسلام و ایران تحلیل فقهی حقوقی تقسیم بندی حقوق عینی و دینی. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴ (۴)، صص. ۱ - ۲۴
۱۹. جزائری، سید محمدجعفر مروج (بی تا). نظرة فی الحقوق. أحكامها و أقسامها. قم، بی نا
۲۰. جوان، موسی (۱۳۲۷). مبانی حقوق. ج ۲، تهران: چاپ رنگین
۲۱. حائری، سید کاظم حسینی (۱۴۲۳). فقه العقود. ج ۱، قم: مجمع اندیشه اسلامی
۲۲. حسین شوپائی جویباری، سیدمحسن (۱۴۰۱). فقه عقود مستحدثه: روش تحقیق و شیوه استنباط در مسائل مستحدثه، ماهیت ملک - اسباب حصول و زوال ملک. ج ۱، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم
۲۳. حکمت نیا، محمود (۱۴۰۰). نظام مالکیت فکری، خواستگاه، زیرساخت‌ها و ساختارها. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
۲۴. حکمت نیا، محمود (۱۳۹۱). نظریه حق از دیدگاه محمدحسین غروی اصفهانی (محقق اصفهانی). حقوق اسلامی، ۹ (۳۴)، صص. ۷ - ۳۶



۲۵. خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۱). کتاب البیع (للإمام الخمينی). ج ۱، ۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره
۲۶. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸). موسوعة الإمام الخوئی. ج ۲۳، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره
۲۷. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی تا). مصباح الفقاهة (المکاسب). ج ۲، بی جا: بی نا
۲۸. دریائی، رضا، کربلانی آقازاده، مصطفی (۱۳۹۹). تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران. مطالعات حقوقی، ۱۲(۳). صص. ۹۳-۱۲۵
۲۹. رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا). کتاب الغصب (للمیرزا حبیب الله). بی جا، بی نا
۳۰. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳). مهذب الأحكام (للسبزواری)، ج ۱۹، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله
۳۱. سوری، الطالب، خطیب، فرید محمد (۱۴۲۱). تحویل ملكيه العامه به ملكيه خاصه. قاهره: دارالعلم
۳۲. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۱۷). مقالات فقهیه. بیروت: مرکز الغدير للدراسات الإسلامية
۳۳. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۳۸۷). نتائج الأفكار فی الأصول. قم: آل مرتضی
۳۴. شبیر، محمد عثمان (۱۴۳۰). المدخل الى فقه المعاملات المالیة (المال-الملکيه-العقد). دارالنفاس
۳۵. شهابی، مهدی (۱۳۹۶). فلسفه حقوق. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
۳۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). مسالك الأفتام إلى تنقیح شرائع الإسلام. ج ۱۲، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية
۳۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱). حاشیه المکاسب (للیزدی). ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان
۳۸. فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۱). بررسی فقهی - حقوقی مفهوم حق و ملک، آموزه های فقه مدنی، ۵، صص. ۷۹-۱۰۶
۳۹. قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۲۹). منهاج الفقاهة (لروحانی). ج ۴، قم: انوار الهدی
۴۰. قنواتی، جلیل (۱۴۰۰). نظریه تملیک یا نظریه تعهد. تحقیقات حقوقی، ۲۴(۹۳)، صص. ۲۱۵-۲۴۹
۴۱. قنواتی، جلیل (۱۳۹۹). نظریه تملیک و نظریه تعهد از دیدگاه فقیهان. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۳(۲)، صص. ۳۸۹-۴۰۳
۴۲. قنواتی، جلیل (۱۴۰۳). ضمان قهری یا مسئولیت مدنی. تحقیقات حقوقی، ۲۷(۱)، صص. ۶۳-۸۲

۴۳. قنواتی، جلیل و شیرخانی، پوریا (۱۳۹۶). بررسی مفهوم توقیفی بودن حقوق عینی، مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه، آلمان، اسپانیا و حقوق اسلامی. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴(۳)، صص. ۱۲۵-۱۵۰

۴۴. قنواتی، جلیل، جاور، حسین، جعفری هرندی، مهشید (۱۳۹۲). بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ی ملکیت، حق و حکم. مطالعات اسلامی: فقه و اصول، ۴۵(۹۲)، صص ۵۳-۷۶

۴۵. قنواتی، جلیل، کربلانی آقازاده، مصطفی (۱۴۰۲). موجبات ایجاد، نقل و سقوط ملکیت در حقوق اسلامی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۵۳(۱)، صص. ۷۱-۹۱

۴۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها. ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار

۴۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). نظریه عمومی تعهدات. تهران: نشر میزان

۴۸. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. ج ۱ و ۲، تهران: المکتبة المحمدية

۴۹. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۴۱۳). المکاسب و البیع. ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم

۵۰. نعمت الهی، اسماعیل (۱۳۹۳). موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

۵۱. نعمت الهی، اسماعیل (۱۳۸۹). تحلیل فقهی حق عینی و دینی و مفاهیم مرتبط. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲(۳)، صص. ۱۰۹-۱۳۲

۵۲. نعمت الهی، اسماعیل (۱۳۹۱). تصرفات منافی با حق متعهده. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

۵۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی

۵۴. محقق داماد، سید مصطفی، قنواتی، جلیل، شبیری، سید حسن، عبدی پور، ابراهیم (۱۳۸۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه. ج ۱، تهران: انتشارات سمت

۵۵. محقق داماد، سید مصطفی، نعمت الهی، اسماعیل (۱۳۸۵). عهدی یا تملیکی بودن اجاره اشخاص. نامه حقوقی مفید، ۱۱(۱)، صص. ۲۳-۴۰

۵۶. مصلح، عبدالله بن عبد العزیز (۱۴۸۸). قیود الملكية خاصة. بیروت: موسسه الرساله بیروت

۵۷. هوشمند، سجاد، قنواتی، جلیل، حسین زاده، جواد (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی نظام انتقال مالکیت

اموال غیرمنقول در حقوق ایران و آلمان. پژوهشهای حقوق تطبیقی، ۲۷(۳)، صص. ۱۱۳-۱۳۶

۵۸. Ancel P (1999). Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ
۵۹. Bloch P (1988). L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTD civ
۶۰. Blanluet G (2004). Le moment du transfert de la propriété, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz
۶۱. Birks, Peter (2005). Unjust Enrichment, 2nd ed, Oxford University Press, Oxford
۶۲. Birks, Peter (1985). The Roman Concept of Dominium and the Idea of Absolute Ownership, 1 ACTA JURIDICA 1
۶۳. Buckland, W (1912). Elementary Principles of the Roman Private Law, Cambridge University Press, Cambridge
۶۴. Arianna, Arianna Pretto (2002). 'Primary Rights and Rights in Rem' in Peter Birks and Arianna Pretto (eds) Themes in Comparative Law (Oxford University Press)
۶۵. Sakmann, Arianna Pretto (2005). Boundaries of Personal Property: Shares and Sub-Shares (Hart Publishing)
۶۶. Schulz, Fritz (1951). Classical Roman Law, Clarendon Press
۶۷. Chambers, Robert (2004). Integrating Property and Obligation in Andrew Robertson the law obligation: connection and boundaries, (UCL Press)
۶۸. Chambers, Robert (2008) An Introduction to Property Law in Australia, 2nd ed, Lawbook Co, Pymont
۶۹. Chazal J.P, Vicente S (2000). Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, RTD civ
۷۰. Comp, Pignarre G (2001). A la redécouverte de l'obligation de praestare - Pour une relecture de quelques articles du code civil, RTD civ
۷۱. Courdier, Cuisinier A-S (2005). Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, RTD civ
۷۲. Danos F, Propriété (2007). possession et opposabilité, préf. L. Aynès, Economica
۷۳. Fabre, Magnan M (1996). Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ
۷۴. Faber, Wolfgang, Lurger, Brigitta, National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary: European law publishers
۷۵. Garner, Bryan A (2004). Blacks Law Dictionary, Ninth Edition, WEST
۷۶. Hohfeld, W (1917). 'Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning' 26 Yale L Jnl 710.
۷۷. Honor (1961). Ownership, in Guest (ed) ,Oxford Essays in Jurisprudence
۷۸. Huet J (2001). Des différentes sortes d'obligations et plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, in Mélanges Ghestin, LGDJ.
۷۹. Henry Hansmann & Reinier Kraakman (2002). property, contract, and verification :The Numerus Clausus problem and the Divisibility of Rights, 31 J.LEGAL STUD. 373, 418.
۸۰. Magnan M, Fabre (1996). Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ

٨١. Markesinis, Basil, Unberath, Hannes, Johnston, Angus,(2006), The German Law of Contract A Comparative Treatise, Second Edition, OXFORD AND PORTLAND, OREGON
٨٢. Mousourakis, George (2012). Fundamentals of Roman Private Law, University of Auckland
٨٣. Penner, James J E (2000). The Idea of Property in law, (Oxford University Press).
٨٤. Pignarre G (2007). L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala, Analyse critique
٨٥. Tallon D (1992). Le surprenant reveil de l'obligation de donner, D. ch
٨٦. Tarrant, John (2011). Obligation as Property, UNSW Law Journal
٨٧. Tarrant, John(2008). Characteristics of property rights
٨٨. Simler, Philippe (2011). Obligation de donner et transfert de propriété, R.J.T.
٨٩. Van vliet, Lars (2017). Transfer of Property Inter Vivos, Comparative Property Law: Global Perspectives, Research Handbooks in Comparative Law series, Edited by Michele Graziadei and Lionel Smith
٩٠. Worthington, Sarah(2007). The Disappearing Divide Between Property and Obligation: The Impact of Aligning Legal Analysis and Commercial Expectation, Texas International Law Journal
٩١. Zenati F (1994). Transfert de propriété par l'effet des obligations, RTD civ
٩٢. Zenati, Castaing F, et T. Revet (2013). Cours de droit civil. Obligations. Regime, PUF, Manuels, Droit fundamental