



حق عینی و دینی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب

محمود کاظمی^۱ ✉، رحیم پیلووار^۲

۱. نویسنده مسئول: دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، رایانامه: makazemy@ut.ac.ir

۲. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکده‌گان فارابی)، قم، ایران، رایانامه: rahimpilvar@ut.ac.ir

چکیده

حق عینی سلطه‌ای است که شخص نسبت به یک عین خارجی دارد و می‌تواند آن را به‌طور مستقیم و بدون نیاز به همکاری دیگری اعمال کند؛ در مقابل، حق دینی به دارایی شخص معین به‌عنوان یک کل تعلق می‌گیرد و صاحب حق بر مال معینی از دارایی مدیون سلطه‌ای ندارد. ریشه این تقسیم‌بندی در حقوق روم است و طی دوره طولانی وارد نظام‌های حقوقی غربی از جمله فرانسه شده است. مبنای این تقسیم‌بندی، آیین اقامه دعوا، احقاق حق و تشریفات دادرسی بوده است، چنانکه هم‌اکنون نیز ثمره اصلی پذیرش این تفکیک در دادرسی و نحوه اعمال حق آشکار می‌شود، اما به مرور و با گذشت زمان احکام متعددی بر آن مترتب شده است. در این مقاله مبنای این دسته‌بندی و سیر تاریخی و احکام آن را در حقوق روم و غرب (= حقوق فرانسه) بررسی و تلاش کرده‌ایم جایگاه آن را در حقوق اسلام و ایران تبیین کنیم. به اعتقاد نگارندگان در حقوق اسلام نیز حق عینی از دینی متمایز است و احکام و آثار آن وجود دارد. همچنین در حقوق موضوعه ایران تمییز حق عینی از دینی از قانون مدنی قابل استنباط است. البته در خصوص مفهوم عین و دین و قلمرو حقوق عینی و دینی تفاوت‌هایی بین نظام حقوقی اسلام و غرب وجود دارد که به تفصیل بررسی کرده‌ایم.

کلیدواژه‌ها: حق تقدم، حق تعقیب، حق عینی و دینی، دارایی، عین و دین، عین معین.

* **استناد:** کاظمی، محمود؛ رحیم پیلووار. (بهار ۱۴۰۳) «حق عینی و دینی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ۵۴: ۱-۱۲۲-۸۹
DOI: 10.22059/JLQ.2024.359028.1007768
تاریخ دریافت: ۳۰ خرداد ۱۴۰۲، تاریخ بازنگری: ۷ بهمن ۱۴۰۲، تاریخ تصویب: ۱۷ اردیبهشت ۱۴۰۳، تاریخ انتشار: ۱۸ اردیبهشت ۱۴۰۳



۱. مقدمه

حق در فقه اسلامی یکی از مفاهیم پیچیده است که به‌رغم بحث‌های زیاد، همچنان مفهوم و ماهیت آن و نیز تمییز آن از مفاهیم مشابه، از جمله ملک مبهم است و می‌توان آن را معرکه آرا دانست. در حقوق اسلام حق رابطه‌ای است که بر مبنای آن، شخص سلطه‌ای خاص نسبت به چیزی (= عین، عقد یا شخص معین) پیدا می‌کند؛ مانند حق تحجیر، حق خیار و حق قصاص. اگرچه موضوع حق حسب مورد متفاوت است، ولی ماهیت حق در تمام موارد، یکسان بوده و عبارت از سلطه‌ای است که برای شخص ایجاد می‌شود و او می‌تواند در متعلق آن تصرف کند (گرجی، ۱۳۷۵: ۳۱۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۵۴). این رابطه حقوقی در صورتی که بین دو شخص اعتبار شود، از طرف مقابل تکلیف نامیده می‌شود؛ حق و تکلیف دو روی یک سکه‌اند. حتی در فرضی که موضوع حق، عین خارجی است، حق زمانی معنا پیدا می‌کند که شخصی به‌عنوان طرف حق وجود داشته باشد (گرجی، ۱۳۶۴: ۳۰). در حقوق موضوعه نیز منظور از حق امتیازی است که قانون به شخص اعطا کرده و او قادر به اعمال و برخورداری از آن است.

در یک تقسیم‌بندی کلی و برحسب اینکه متعلق آن دارای ارزش اقتصادی باشد یا خیر، حق به مالی^۱ و غیر مالی (= معنوی)^۲ تقسیم می‌شود و قانون مدنی ایران نیز بر این بنیاد و با اقتباس از قانون مدنی فرانسه در دو بخش (=جلد) تحت عناوین «اموال» و «اشخاص» تنظیم شده است.^۳ قانون مدنی فرانسه هم اگرچه در ظاهر به سه بخش یا کتاب^۴ تقسیم شده، اما دقت در آن، ثابت می‌کند که برخلاف ظاهر آن، مواد قانون فرانسه از دو بخش کلی؛ یعنی «اشخاص» و «اموال» (=حقوق اشخاص و حقوق اموال) تشکیل شده است. زیرا کتاب نخست قانون مدنی فرانسه در مورد «اشخاص» و کتاب دوم و سوم، هر دو در مورد «اموال» است؛ به این بیان که کتاب دوم در مورد اموال و مالکیت و حقوق عینی دیگر (=حق انتفاع و ارتفاق) است، و کتاب سوم در مورد اسباب تحصیل مالکیت است و به این مناسبت احکام تعهدات (حقوق دینی) و قراردادهای به‌عنوان یکی از منابع تحصیل مالکیت، بیان شده است.

حق مالی از جهات مختلف تقسیم‌بندی شده، اما یکی از بنیادی‌ترین آنها، تقسیم‌بندی آن به «عینی»^۵ و «دینی» یا «شخصی»^۶ است.^۱ ریشه و تاریخچه این تقسیم‌بندی در حقوق روم دانسته

1. Droit patrimonial

2. Droit extrapatrimonial

۳. البته قانون مدنی ایران مشتمل بر سه جلد (=بخش) است، ولی جلد سوم که در خصوص ادله اثبات دعواست، طرداً للباب در قانون مدنی آمده، و الا جایگاه اصلی آن در قانون آیین دادرسی مدنی است؛ در واقع قانون مدنی دو بخش دارد: اموال و اشخاص (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۴۹-۲۷۶).

4. Livre

5. Droit réel-Jus in rem

6. Droit personnel-Jus in personam

شده است (Mazauds, 2000: 263; Lévy et Castaldo, 2010: 287). در آنجا دعاوی بر حسب اینکه موضوع آن، عین معین (= موجود در خارج) یا تعهد (= حق دینی) بود که بر عهده خواننده قرار داشت، به دو دسته تقسیم می‌شد. در دعوی که موضوع آن مال موجود در خارج بود، ضرورت نداشت خواهان نام کسی را به‌عنوان خواننده ذکر کند، اما در دعاوی ای که موضوع آن طلب یا دین بود باید نام خواننده در دادخواست ذکر می‌شد (Lévy et Castaldo, 2010: 288).

این تمایز با تغییراتی در حقوق غرب از جمله فرانسه پذیرفته شد. اگرچه این دسته‌بندی از سوی برخی حقوقدانان مورد انتقاد قرار گرفت، به‌گونه‌ای که آن را بی‌مبنا دانسته و منکر آن شدند، اما آثار عملی و مفید مترتب بر آن سبب شد که در بیشتر قوانین مدنی کشورها به

۱. اصطلاح «حق عینی» و «دینی» ترجمه فارسی برای دو معادل فرانسوی «droit réel» و «droit personnel» است و تقریباً در ادبیات حقوقی ما جاافتاده و متواتر است و بیشتر استادان حقوق آن را استعمال کرده‌اند. برخی فرانسویان استفاده از واژه «حق دینی» (droit créance) را مناسب‌تر از «حق شخصی» (droit personnel) دانسته‌اند (weill, 1971). اما به‌نظر می‌رسد دست‌کم در حقوق ما استعمال واژه «حق شخصی» در مقابل «حق عینی» دقیق‌تر باشد؛ زیرا بر خلاف حقوق غرب که «عین» در مقابل «دین» استعمال می‌شود، در حقوق اسلام «عین» لزوماً مقابل «دین» نبوده، بلکه اغلب در مقابل «منفعت» قرار می‌گیرد؛ چون متعلق دین حسب مورد می‌تواند «عین» باشد (= عین کلی)؛ به‌عبارت دیگر در حقوق اسلام «عین» اعم از «عین کلی» و «عین معین» است؛ به «عین کلی» که در ذمه قرار دارد، «دین» اطلاق می‌شود. براین اساس در حقوق اسلام «دین» مقابل «عین معین» است نه مطلق «عین». از این جهت اصطلاح «حق شخصی» ترجیح دارد. با این حال به دلیل شیوع استعمال واژه «حق دینی» در ادبیات حقوقی ما از یک سو و احتراز از اشتباه «حق شخصی» با «حقوق اشخاص» که غیرمالی است از سوی دیگر، ما هم واژه «حق دینی» را ترجیح دادیم و آن را استعمال کردیم.

۲. منتقدان تقسیم‌بندی حق به عینی و دینی دو دسته‌اند؛ عده‌ای که در رأس آنان پلینول استاد شهیر فرانسوی قرار دارد، تمام حقوق را دینی دانسته و حق عینی را نیز یک نوع حق دینی می‌دانند که طرف آن تمام اشخاص جامعه هستند (Mazauds, 2000: 263 et s.). به نظر این گروه حق عینی از دینی تنها در تعداد اشخاص متعهد متفاوت است؛ در حق دینی متعهد شخص یا اشخاص معینی هستند، ولی در حق عینی و تمام افراد جامعه متعهدند و باید آن را محترم بشمارند (Mazauds, 2000: 264). در مقابل برخی دیگر با توجه به نظریه عینی تعهد و اینکه تعهد نیز ذاتاً دارای ارزش مالی مستقل از شخص متعهد بوده و مال تلقی می‌شود، آن را به‌مثابه شیء مادی دانسته و حق دینی را نیز یک نوع حق عینی دانسته‌اند. طرح این دیدگاه ابتدا توسط دوگی حقوقدانان فرانسوی بود و سپس از سوی سالی دیگر حقوقدانان فرانسوی توسعه پیدا کرد (et Marty Raynaud, 1988: 5 et s). بعداً نیز مورد متابعت دیگر حقوقدانان فرانسوی از جمله ژینوسار قرار گرفت. ژینوسار معتقد بود که بین حق عینی و دینی تفاوت بنیادین وجود ندارد؛ به اعتقاد او حق تقدم و تعقیب که در نظریه مرسوم از مختصات حق عینی ذکر شده، نتیجه قابلیت استناد آن در برابر دیگران است، ولی حق دینی هم در مقابل دیگران قابل استناد است؛ هیچ‌کس نمی‌تواند رابطه حقوقی الزام‌آوری که بین دو شخص ایجادشده را خدشه‌دار کرده، از بین ببرد (Flour, 2014: 11, n°17). همچنین به نظر او طلب به‌عنوان یک مال می‌تواند موضوع مالکیت قرار گیرد و باید طلبکار را مالک آن دانست (Ibid).^۱ و تلاش کرد تفاوت‌های ذکرشده بین حق عینی و دینی را بی‌اهمیت نشان دهد. و برای مطالعه بیشتر در این خصوص (رش: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۱ به بعد). به هر حال به رغم انتقادهایی که در طول تاریخ بر این تقسیم‌بندی از حق از سوی نویسندگان حقوقی وارد شده است، تفاوت‌های انکارناپذیری که در خصوص نحوه اعمال و اجرای این دو نوع حق در عمل وجود دارد، سبب شده که این تقسیم‌بندی از حق همچنان به‌عنوان یک تقسیم‌بندی بنیادین پذیرفته شود و باقی بماند (Flour, 2014:12, n°17).

صراحت یا به طور ضمنی ذکر شود (السنهوری، ۲۰۰۰: ۱۸۶) و تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی دنیا آثار آن پذیرفته شده است. در قانون مدنی ایران، همانند قانون مدنی فرانسه، به صراحت این تقسیم‌بندی ذکر نشده است، اما هم در آن قانون و هم در قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان آثار آن را مشاهده کرد. بخش‌بندی مواد قانون مدنی که به تأسی از قانون مدنی فرانسه صورت گرفته بر بنیاد این تقسیم‌بندی از حق، قرار دارد.

قانون مدنی ایران به تبعیت از قانون مدنی فرانسه بر مبنای تقسیم‌بندی حق به مالی و شخصی (=حقوق اموال و اشخاص) به دو بخش کلی، تحت عنوان «جلد» تقسیم شده و جلد اول که در مورد اموال (=حق مالی) است، حاوی سه قسمت با عنوان «کتاب» است.^۱ این تقسیم‌بندی با تغییراتی، تحت تأثیر تقسیم‌بندی کتاب دوم و سوم قانون مدنی فرانسه (در مورد اموال و اسباب تملک) است؛ با این تفاوت که کتاب دوم قانون مدنی فرانسه به چهار عنوان: یکم، «در انواع اموال»^۲؛ دوم، «در مالکیت»^۳؛ سوم، «در حق انتفاع، استعمال و سکنی»^۴ و چهارم، «در حق ارتفاق»^۵ تقسیم شده؛ اما جلد اول از قانون مدنی ایران به سه بخش (کتاب) تقسیم شده است؛ کتاب اول «در اموال و مالکیت به طور کلی» است؛ کتاب دوم «در اسباب تملک» و کتاب سوم در مقررات مختلف است. کتاب اول قانون مدنی ایران، که مقتبس از کتاب دوم قانون مدنی فرانسه است به دو باب تقسیم شده است؛ باب اول «در بیان انواع اموال» است و در باب دوم، برای انطباق با فقه امامیه، تمام آن سه عنوان قانون مدنی فرانسه را تحت یک عنوان کلی «در حقوق مختلفه‌ای که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود»، بیان کرده است. به نظر می‌رسد این عنوان هم تحت تأثیر ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه انتخاب شده است. بر این اساس کتاب اول از جلد اول قانون مدنی ایران، بر خلاف قانون مدنی فرانسه، به دو بخش تحت عنوان «باب» تقسیم شده که در باب دوم با عنوان «در حقوق مختلفه‌ای که برای اشخاص نسبت به اموال ایجاد می‌شود»، قانونگذار در واقع به بیان انواع حقوق عینی پرداخته که با توجه به مبانی فقهی به سه فصل تقسیم شده است: فصل اول «در مالکیت» (مواد ۳۰-۳۹)، فصل دوم، «در حق انتفاع» (مواد ۴۰-۹۲) و فصل سوم «در حق ارتفاق نسبت به ملک غیر و در احکام و آثار املاک نسبت به املاک مجاور» (مواد ۹۳-۱۳۹) است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۳). با این توضیح که همان‌طور که بعداً خواهیم گفت بر خلاف حقوق فرانسه که «مالکیت» منحصرأً به عین معین تعلق می‌داشت و منفعت و عین کلی متعلق

۱. کتاب سوم از جلد اول قانون مدنی، تحت عنوان «در مقررات مختلف»، حاوی شش ماده است؛ پس می‌توان گفت که جلد اول قانون مدنی در واقع به دو قسمت کلی تقسیم شده است.

2. De la distinction des biens

3. De la propriété

4. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation

5. Des services fonciers

مالکیت نبود، در فقه امامیه، عین کلی و «منفعت» هم می‌تواند متعلق مالکیت قرار گیرد. به این دلیل در بند ۱ ماده ۲۹، قانونگذار ایران عبارت توضیحی «اعم از عین و منفعت» را بعد از واژه «مالکیت» آورده است که در ماده معادل آن در قانون مدنی فرانسه وجود ندارد. ناگفته نماند که حقوق فرانسه از زمان تصویب قانون مدنی در سده نوزدهم تاکنون تغییرات زیادی به خود دیده و در حال حاضر مالکیت «طلب» پذیرفته شده است (Emerich, 2004: 38 et s).

اما کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی ایران در اسباب مالکیت است. ماده ۱۴۰ ق.م. - نخستین ماده این کتاب - از ماده ۷۱۱ ق.م. فرانسه - نخستین ماده از کتاب سوم آن قانون، در خصوص اسباب تملک - با تغییراتی جهت انطباق با فقه امامیه، اقتباس شد است. این کتاب به چهار قسمت تقسیم شده است؛ قسمت اول، «احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه» (مواد ۱۴۱-۱۸۲)؛ قسمت دوم، «عقود و معاملات و الزامات» (مواد ۱۸۳-۸۰۷)؛ قسمت سوم، «اخذ به شفعه» (مواد ۸۰۸-۸۲۴) و قسمت چهارم، «ارث» (مواد ۸۲۵-۹۴۹) است. قسمت دوم آن به سه باب، تقسیم شده که عبارتند از: باب اول، «در عقود و تعهدات به‌طور کلی» (مواد ۳۰۰-۱۸۳)؛ باب دوم، «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» (مواد ۳۳۷-۳۰۱) و باب سوم، «در عقود معینه مختلفه» (مواد ۳۳۸-۸۰۷).

بر این اساس نویسنده قانون مدنی ایران در حقیقت در کتاب اول از جلد اول قانون مدنی در باب دوم، تحت عنوان «در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال ایجاد می‌گردد» (ماده ۲۹) انواع حق عینی را ذکر کرده، سپس در کتاب دوم از جلد اول در قسمت دوم، تحت عنوان «در عقود، معاملات و الزامات» (ماده ۱۸۳ به بعد) قواعد حاکم بر تعهدات و حقوق دینی را بیان کرده است؛ همانند آنچه در قانون مدنی فرانسه وجود داشته است. حقوقدانان و مفسران قانون مدنی هم بدون استثنا این تقسیم‌بندی را از قانون مدنی ایران و قواعد حقوقی حاکم بر آن استنباط کرده و آن را به عنوان یک تقسیم‌بندی بنیادین از حق مالی بیان کرده‌اند (عدل، ۱۳۹۴: ۳۵ به بعد؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۷ به بعد؛ امامی، ۱۳۷۲ ج ۱: ۳۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۳ به بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۹۹ به بعد).

این تقسیم‌بندی از حق به‌صراحت در حقوق اسلام بیان نشده، اما از احکام پراکنده موجود در فقه اسلامی می‌توان استنباط کرد که فقیهان اسلامی، به‌ویژه فقیهان امامیه به تمایز بین این دو حق توجه داشته و آثار و احکام آن را پذیرفته‌اند، هرچند اصطلاح «حق عینی» و «حق دینی» به‌صراحت توسط آنان استعمال نشده است و به این دلیل نمی‌توان مدعی شد که تمییز حق عینی از دین از حقوق غرب وارد نظام حقوقی ایران شده و در حقوق اسلام وجود نداشته است، بلکه این موضوع در حقوق اسلام هم سابقه داشته و درک بسیاری از احکام و قواعد حقوقی و توجیه رویه جاری در محاکم جز بر این بنیاد، امکان‌پذیر نیست.

به علت تفاوت‌های موجود میان دو نظام حقوقی اسلام و غرب، بعضاً چند خلط نابجا در حقوق ایران صورت گرفته است که باید توجه داشت تا در دامان آن نیفتاد: نخست، خلط بین مفهوم «عین» و «شیء موجود در خارج» است؛ در حالی که در حقوق غرب، منظور از «عین» شیء موجود در خارج است (=عین معین) و آن را مقابل «دین» می‌دانند، در فقه اسلامی و به تبع، حقوق ایران، «عین» اعم از عین معین موجود در خارج (=شیء) و کلی در ذمه است که در عالم خارج وجود نداشته و جایگاه آن در ذمه است. دوم، در حقوق غرب، مالکیت صرفاً، رابطه بین شخص و شیء موجود در خارج است^۱ و به این دلیل آن را مصداق بارز حق عینی دانسته‌اند. اما در حقوق اسلام مالکیت رابطه بین شخص و مال است و مال اعم از عین موجود در خارج یا در ذمه است؛ یعنی شخص ممکن است مالک مال موجود در ذمه دیگری باشد (مالکیت ما فی الذمه). دشواری وقتی بیشتر می‌شود که بدانیم مال کلی در ذمه همان «دین» است. بنابراین در حقوق اسلام به‌ویژه فقه امامیه، مالکیت لزوماً (در تمام مصادیق) حق عینی نیست، بلکه تنها مالکیت عین معین حق عینی است. همچنین متعلق مالکیت می‌تواند «منفعت» باشد، و در صورتی که منفعت عین معین باشد، حق عینی است و الا حق عینی نیست؛ سوم، خلط بین مفهوم «قابلیت اعمال» در برابر همگان که مهم‌ترین امتیاز حق عینی است با مفهوم «قابلیت استناد» که دارندگان حق عینی و دینی، به‌طور برابر از آن بهره‌مندند؛ البته این تفاوت به مرور زمان واضح و متفح شده است؛ چهارم، در حقوق غرب مالکیت قسمی از حق (=عینی) است، در حالی که در حقوق اسلام اصولاً مالکیت متمایز از حق است؛ «ملک» سلطه مطلق بر یک شیء است و «حق» سلطه ضعیف‌تر از آن است (حسینی حائری، ۱۴۲۸ق، ج ۱: ۱۲۳ و ۱۲۴). به این دلیل نویسنده قانون مدنی در مقام وضع ماده ۲۹ با تغییراتی که در ماده ۵۴۳ ق.م. فرانسسه داده است، «ملک» را قسیم «حق» قرار داده است (الشریف، ۱۴۰۰: ۴۶۱ به بعد). بر فرض که «مالکیت» یک نوع حق باشد، لزوماً حق عینی نیست، بلکه تنها مالکیت عین معین، حق عینی است.

در این مقاله تلاش کرده‌ایم ضمن بررسی مفهوم، تاریخچه و مبنای تمییز حق عینی از دینی در حقوق غرب، جایگاه این تفکیک و آثار و احکام آن در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران را بازپژوهی کنیم و با توجه به آخرین تحولات حقوق غرب (=فرانسه) و فقه امامیه، مرز بین آنها را در حقوق ایران ترسیم و با بررسی مهم‌ترین مصادیق آن، آثار مهم عملی این تمایز را بیان کنیم.

۱. دست‌کم در حقوق کلاسیک غرب چنین بوده است، هرچند به مرور تحولاتی ایجاد شده و در حال حاضر اولاً، مال منحصر به شیء موجود در خارج نیست و طلب یا دین هم مال تلقی می‌شود؛ ثانیاً، موضوع مالکیت منحصرأ اشیای خارجی نیست، بلکه طلب یا اموال فکری هم می‌تواند متعلق مالکیت قرار گیرد.

۲. مفهوم حق عینی و دینی؛ پیشینه تمییز بین آن دو در حقوق غرب

۱. مفهوم حق عینی و دینی

به‌رغم بحث‌های زیادی که در خصوص تقسیم‌بندی حق به عینی و دینی وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۶ به بعد- Terré et Simler, 2018: n° 47)، این امر در نظام‌های حقوقی مدرن جهان، امری مسلم و در بیشتر قوانین مدنی کشورهای غربی یا متأثر از حقوق غرب پذیرفته شده است.^۱

۲.۱.۱. مفهوم حق عینی

حق عینی سلطه‌ای است که شخص به‌طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به عین معین موجود در خارج پیدا می‌کند؛ یعنی رابطه‌ای که شخص با شیء موجود در خارج دارد و می‌تواند بدون واسطه شخص دیگر از آن منتفع و بهره‌مند شده، حق خود را اعمال کند (Mazeauds, 1976: 3; Flour, 2014: 7, n°11; کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۴). افزون بر این حق جز از طریق تسلیم یا تسلّم عین معین قابل وصول و استیفا نیست؛ مثلاً وقتی عین متعلق به غیر غصب شده، یا عین معین فروخته می‌شود، فروشنده یا غاصب باید عین آن را مسترد کند به‌گونه‌ای که جز از طریق تسلیم آن عین، حق مالک یا خریدار ایفا نمی‌گردد. این حق به این دلیل «عینی»^۲ نامیده شده که متعلق آن یک شیء موجود در خارج (=واقعی و قابل حس) است و حق در آن تعین دارد؛ به‌گونه‌ای که اگر آن شیء تلف شود، حق نیز از بین می‌رود. همچنین در مقابل شخص صاحب حق، شخص دیگری که حق علیه وی مستقیماً ایجاد شده و او مکلف به چیزی باشد (=من علیه الحق)، وجود ندارد.^۳ به‌عبارت دیگر در حق عینی تنها دو عنصر وجود دارد؛ صاحب حق و شیء متعلق حق (Terré et Simler, 2018: 79, n° 47).

حق عینی بر حسب میزان و قوت سلطه شخص بر یک شیء دارای انواعی است؛ بارزترین و قوی‌ترین حق عینی مالکیت شخص نسبت به عین معین است؛ یعنی شخص هم مالک عین و هم منافع آن است و می‌تواند هر نوع استفاده‌ای از آن ببرد؛ مالکیت سلطه مطلق است، چون

۱. در قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه به‌صراحت این تقسیم‌بندی از حق نیامده است، هرچند از برخی مواد قابل استنباط است؛ برای مثال ماده ۵۲۳ حقوق عینی را بیان و احصا کرده (Bergel, 2000, 22 et seq) و مواد ۱۱۰۱ به بعد در زمینه حقوق دینی است. همچنین در قانون مدنی مصر مواد ۷۹-۸۰۱ راجع به حقوق دینی و مواد ۸۰۲-۱۱۴۹ درباره حقوق عینی است (فرج الصده، بی‌تا: ۴).

2. réel

۳. هرچند مطابق یک نظر اصولاً حق رابطه بین اشخاص است و حتی در حق عینی هم شخصی باید باشد که من علیه الحق نامیده شود (این اندیشه، هم در حقوق غرب وجود دارد (Waldron, 2002: 26, 160, 267) و هم در حقوق اسلام بیان شده است (حسینی حائری، ۱۴۲۸ق، ج ۱: ۱۲۰ به بعد؛ گرجی، ۱۳۷۵: ۳۱۲). اما آنچه مسلم است در برابر حق عینی، شخص معینی که موضوع حق خود او یا دارایی (ذمه) او باشد وجود ندارد، درحالی‌که موضوع حق دینی دارایی یا خود شخص معین است و اصولاً تصور این حق بدون شخص طرف مقابل، ممکن نیست. این نکته است که اصالت این تقسیم‌بندی را آشکار می‌کند. به این دلیل برخی در فقه این گفته را که «تصور حق بدون من علیه الحق ممکن نیست» رد کرده‌اند.

مالک حق هر نوع تصرف در ملک خود را دارد (م.۳۰ق.م.). اما درجهٔ خفیف‌تر از آن در حقوق اسلام، مالکیت منفعتِ عین معین و خارجی است^۱ و در درجهٔ بعد، حق انتفاع و ارتفاق از عین معین قرار دارد (نائینی، ۱۴۲۴ق، ج: ۱، ۱۰۶). حق تحجیر، حق شفعه و حق الرهانه نیز مصداقی از حق عینی در حقوق اسلام هستند (نائینی، ۱۴۲۴ق، ج: ۱، ۱۰۹). ویژگی این حق با شناخت نهاد مقابل آن، که حق دینی است، روشن‌تر می‌شود. حق عینی به دو دستهٔ اصلی و تبعی تقسیم می‌شود؛ حق عینی اصلی، حقی است که اصالتاً و مستقیماً نسبت به یک عین معین موجود در خارج ایجاد می‌شود، مانند مالکیت؛ و حق عینی تبعی حقی است که به تبع یک حق دینی و برای تضمین اجرای آن ایجاد می‌شود مانند حق الرهانه (Terré et Simler, 2018: n° 79).

۲.۱.۲. مفهوم حق دینی

حق دینی سلطه‌ای است که فرد بر دارایی و ذمه^۲ شخص دیگر پیدا می‌کند؛ در این نوع حق اگرچه مطابق نظریهٔ عینی تعهد، نفس دین یا تعهد جدای از شخصیت مدیون دارای اصالت و ارزش مالی بوده و قابل دادوستد است؛ اگرچه داین حق وصول طلب خود را از تمام اجزای دارایی متعهد دارد^۳، اما او به هیچ وجه بر مال معینی از اموال مدیون سلطه خاص یا حق تقدم ندارد (Terré, 1999: 3; Lévy et Castaldo, 2010: 675). بر این اساس اگر مدیون مالی از دارایی خود را به دیگری انتقال دهد، طلبکار نمی‌تواند مانع آن شده یا آن را ابطال نماید، مگر در موارد خاص بر مبنای معامله به قصد فرار از دین که امری استثنایی است.^۴ در واقع حق دینی حق بر دارایی یا ذمهٔ شخص است نه حق بر عین معین و با توجه به اینکه دارایی بدون شخص قابل تصور نیست، در هر حق دینی لاجرم یک شخص طرف حق وجود دارد؛ یعنی

۱. ممکن است این ایراد مطرح شود که متعلق مالکیت در «مالکیت منفعت»، «منفعت» است نه «عین»؛ بنابراین حق عینی دانستن «مالکیت منفعت» درست به نظر نمی‌رسد؟ در پاسخ به این ایراد باید گفت چون منفعت بدون عین قوام و وجودی ندارد، احکام آن نوعاً بر حسب عین موضوع آن تعیین می‌شود. چنانکه در مادهٔ ۴۸۲ق.م. هم تصریح شده که متعلق اجاره می‌تواند منفعت کلی هم باشد، و به اعتبار عین مستأجره است که کلی یا جزئی بودن منفعت مشخص می‌شود؛ یعنی در صورتی منفعت کلی است که عین مستأجره کلی باشد؛ و منفعت عین کلی هم کلی است. بر این قیاس مالکیت نسبت به منفعت عین معین هم، به اعتبار اینکه به عین معین تعلق دارد، حق عینی است و در مقابل مالکیت منفعت عین کلی، حق عینی نیست.

۲. دارایی یک اصطلاح حقوق غربی است که به «مجموع حقوق و تعهدات مالی یک شخص به طور کلی» تعریف شده است (Lévy et Castaldo, 2010: 310, n°221). در حقوق اسلام اصطلاح ذمه وجود دارد. اگرچه بین این دو اصطلاح تفاوت بنیادین وجود دارد که بررسی آن از حوصلهٔ این مقاله خارج است، اما ذمه تقریباً نهاد متناظر دارایی در حقوق اسلام است (حسینی حائری، ۱۴۲۸ق، ج: ۱، ۵۰ به بعد).

۳. گفته می‌شود که دارایی هر شخص وثیقهٔ عام دیون اوست (Lévy et Castaldo, 2010: 675).

۴. در حقوق فرانسه در صورتی که مدیون با فریب و سوءنیت و به قصد فرار از دین اموال خود را به غیر انتقال دهد، طلبکاران هم می‌توانند بطلان آن معامله را درخواست کنند که «Action paulienne» نامیده می‌شود (Terré, 1999: 966 et s.).

برخلاف حق عینی، در حق دینی سه عنصر وجود دارد؛ صاحب حق (=طلبکار یا متعهدله)، متعلق حق (=دین یا تعهد) و شخص طرف حق (=مدیون یا متعهدله). تنها مصداق حق دینی، تعهد یا به تعبیری دین^۱ است. به عبارت دقیق‌تر حق دینی همان طلب است که به اعتبار صاحب حق (=متعهدله)، «طلب» و به اعتبار من علیه الحق (=متعهد) «دین» نامیده می‌شود. وجه تسمیه آن نیز روشن است؛ به اعتبار آنکه موضوع آن، مال در ذمه (=دین) یا عهده (=تعهد) است «حق دینی» نامیده شده و به اعتبار اینکه در مقابل آن شخص معینی به عنوان مدیون (=متعهد) وجود دارد «حق شخصی» گفته می‌شود.^۲

۲.۲. تفاوت‌های حق عینی و دینی

مبنای تمییز حق عینی از دینی را باید در آیین احقاق حق دانست؛ اما تجلی عملی این امر را می‌توان در جهات زیر خلاصه کرد:

۱. از لحاظ موضوع و متعلق؛ درحالی‌که موضوع حق عینی، عین معین یا شیء موجود در خارج است، موضوع حق دینی، «دین» (=مال کلی در ذمه) یا تعهد (=مال در عهده) است و متعلق دین در حقوق غرب حسب مورد، تملیک شیء، فعل یا ترک فعل است (Lévy et Castaldo, 2002: 675). به عبارت دیگر حق دینی حق بر دارایی یک شخص است، نه بر مال معین؛ داین بر دارایی مدیون یک حق کلی و عام دارد و بر آن مبنای می‌تواند از محل آن، طلب خود را وصول کند. به این دلیل گفته می‌شود «دارایی شخص مدیون وثیقه عام برای پرداخت دیون اوست»

۱. تعهد و دین در حقوق فرانسه به‌طور معمول مترادف استعمال می‌شود (Ghestin, 2005: 1). برخی نویسندگان تلاش کرده‌اند بین آن دو تمییز قائل شوند؛ آنها دین را اثر تعهد دانسته‌اند (Ghestin, 2005: 1). اما در حقوق اسلام بین «دین» و «تعهد» تفاوت وجود دارد، نه به آن مفهومی که در حقوق غرب اخیراً مطرح شده است. اجمالاً، دین دارای دو جنبه است: نخست جنبه اقتصادی آن است که مال کلی است و در ذمه شخص قرار دارد؛ جنبه دیگر آن الزام به پرداخت آن به دائن است؛ یعنی بر مدیون واجب است تا آن را به دائن بپردازد؛ به این «وجوب تکلیفی» در اصطلاح «تعهد» یا «التزام به تأدیه» گفته می‌شود. به‌طور معمول این دو جنبه در هر دینی وجود دارد، ولی گاهی این دو از هم تفکیک می‌شوند. نمونه تفکیک این دو، در مواد ۶۸۴ و ۷۲۳ ق.م. دیده می‌شود که بر مبنای فقه امامیه تنظیم شده است. آیت‌الله سیستانی در مقام تفکیک بین ضمان نقل ذمه و التزام به تأدیه این‌گونه اظهار کرده است: «ضمان بر دو گونه است: یکی به‌صورت نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن، و دیگری به صورت التزام ضامن به تأدیه دین مضمون عنه به مضمون له، که نتیجه آن جز وجوب تکلیفی به ادای دین مضمون عنه بر عهده ضامن نیست. فرق بین این دو روشن است در نوع اول ذمه ضامن به نفس مال مضمون به مشغول می‌گردد و اگر ضامن قبل از پرداخت فوت کند از ترکه او پرداخت خواهد شد؛ اما در ضمانت به‌صورت دومی ذمه ضامن مشغول نمی‌شود، بلکه او صرفاً متعهد به پرداخت دین دیگری است؛ در این فرض اگر او قبل از پرداخت فوت کند، تعهد او ساقط شده و از ترکه او پرداخت نمی‌گردد (سیستانی، ۱۳۹۷ق، ج ۲: ۳۵۱). تفصیل این مطلب از حوصله این مقاله خارج است. «تعهد» در حقوق فرانسه این‌گونه تعریف شده: «یک رابطه حقوقی است که دو شخص را به هم مرتبط می‌کند و بر مبنای آن، یکی از آنها (=متعهدله) می‌تواند از دیگری (=متعهد) چیزی را بخواهد» (Ghestin, 2005: 1).

۲. شایان ذکر است که در مفهوم عام دین مترادف با تعهد است، ولی در معنای خاص از آن متمایز است؛ ذمه ظرف دین و عهده ظرف تعهد است.

(ماده ۲۰۹۲ ق.م. فرانسه) (Lévy et Castaldo, 2002: 675; Terré, 1999: 920; Mazeauds, 2000: 271). درحالی که حق عینی صرفاً نسبت به یک مال معین است و در طرف مقابل، شخصی به عنوان مدیون وجود ندارد؛ تا صاحب حق سلطه‌ای بر اموال و اجزای دارایی او داشته باشد (Terré, 1999: 2). به این دلیل اگر مدیون مالی از دارایی خود را به غیر انتقال دهد، طلبکار حق ابطال معامله و وصول طلب خود از آن را ندارد، مگر در موارد استثنایی که مصداق معامله به قصد فرار از دین باشد.

۲. از لحاظ قلمرو؛ حق عینی در برابر همه قابل اعمال است.^۱ بر این اساس گفته می‌شود حق عینی «مطلق»^۲ است و همه مکلف‌اند امکان بهره‌مندی دارنده حق را فراهم کنند (Weil, 1971: 7). از آثار این ویژگی حق عینی، آن است که صاحب حق عینی، حق تعقیب^۳ و حق تقدم^۴ دارد؛ او مال خود را در دست هر کس که دید می‌تواند خلع ید او را از دادگاه درخواست کرده و آن را از تصرف ذی‌الید خارج نماید؛ به علاوه او برای وصول حق خود، بر سایر طلبکاران مقدم است (Lévy et Castaldo, 2010: 287). این ویژگی حق عینی چنانکه ریپر و پیکار حقوقدانان بزرگ قرن بیستم فرانسه گفته‌اند، همیشه جنبه سلبی ندارد و در برخی موارد انجام فعلی بر دیگران تحمیل می‌شود؛ نظیر امکان الزام همسایه به نشانه‌گذاری حد ملک خود، موضوع ماده ۶۴۶ قانون مدنی فرانسه (Planiol et Ripert, 1952: 49).^۵

اما حق دینی فقط در برابر مدیون و متعهد قابل اعمال است. به دیگر سخن حق دینی حقی «نسبی»^۶ است (Terré et Simler, 2018: n° 47) و در برابر اشخاص ثالث قابل اعمال نبوده و هیچ‌یک از دو ویژگی حق تعقیب و تقدم برای صاحب آن وجود ندارد.^۷ تمام دارندگان حق دینی نسبت به مدیون و دارایی او در وضعیت برابر قرار دارند و تقدمی بر یکدیگر ندارند.

۱. بعضاً گفته می‌شود «قابل استناد» که تعبیری غیر دقیق و حتی گمراه‌کننده است. مرحوم استاد دکتر کاتوزیان از عبارت «قابلیت استناد» به جای «قابلیت اعمال» در کتاب *اموال و مالکیت* استفاده کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۸). اگرچه ظاهراً در کتاب *حقوق تعهدات* به این تمایز توجه داشته‌اند (برای دیدن کاربرد صحیح این اصطلاح از: شمس، ۱۳۹۷: ۶۷۳).

2. absolu

3. Droit de suite

4. Droit de préférence

5. Art 646: «Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.»

6. relatif

۷. در حقوق اسلام که مالکیت به مال کلی و دین هم تعلق می‌گیرد، در صورتی که شخصی طلب دیگری را بدون اذن مالک به غیر انتقال دهد، معامله فضولی واقع شده و در صورت تعاقب معاملات مالک (طلبکار) حق دارد هر یک از معاملات را که بخواهد تنفیذ نماید؛ اما این به معنای وجود حق تعقیب که در مورد عین معین قابل تصور است، نیست. حق تعقیب در حق عینی به صرف انتقال عین به غیر به وجود نمی‌آید، بلکه با تصرف عین از سوی غیر محقق می‌گردد؛ خواه این تصرف در قالب معامله باشد یا بدون آن. بنابراین چون در مورد «طلب» مادام که در قالب مصداقی معین، فردی از آن تسلیم نشود، قبض و اقباض، محقق نمی‌گردد و در آن صورت هم مال تسلیم شده دیگر طلب و دین نیست، بلکه عین معینی است که فردی از افراد

شایان ذکر است که مفهوم «قابلیت استناد» در حقوق فرانسه به تدریج از سده نوزدهم و در راستای تحدید اصل نسبی بودن قراردادها شکل گرفته و حدود آن مشخص شده است (ایرانلو، ۱۳۹۱: ۳۵ به بعد؛ قبولی درافشان، ۱۳۸۹: ۲۵۶ به بعد). اکنون پذیرفته شده است که قراردادها خواه موجد حق دینی (=عهدی)، یا حق عینی (=تملیکی) باشند، باید از سوی اشخاص ثالث محترم شناخته شده و در برابر آنان به عنوان یک پدیده حقوقی قابل استناد است. این امر به تعبیر برخی قدر مشترک حق عینی و دینی است (Bergel, 2000: 36). اما چنانکه گفته شد حق عینی موجد امتیازی بیش از قابلیت استناد است و به این دلیل «مطلق» نامیده می‌شود. البته این امر در حقوق فرانسه سال‌ها به این شکل تنقیح نشده بود و تحولات بعدی آن را روشن کرد (Terré et al., 2018: n° 48).

۳. حق عینی که رابطه بین شخص و شیء است، دارای دو عنصر صاحب حق و متعلق یا موضوع حق است، اما در حق دینی که رابطه بین دو شخص است سه عنصر وجود دارد؛ صاحب حق، متعلق حق و من علیه الحق (Weil, 1971: 7).

۳.۲. پیشینه تاریخی تمییز حق عینی از دینی

منشأ تمییز بین حق عینی و دینی حقوق روم است (Mazeauds, 2000: 270). در آن نظام حقوقی از دیدگاه آیین دادرسی، دعاوی به دو دسته عینی^۱ و شخصی^۲ تقسیم می‌شدند. در دعاوی عینی خواهان در زمان اقامه دعوا تنها به ذکر نام خود به عنوان دارنده حق و شیء موضوع دعوا (حق) اکتفا می‌کرد و لازم نبود از شخص دیگری به عنوان خوانده یا طرف دعوا یاد کند؛ به محض آنکه این حق ثابت و حکم به نفع او صادر می‌شد، در برابر تمام اشخاص قابل اعمال بود. برعکس در دعاوی شخصی خواهان می‌باید علاوه بر نام خود (=خواهان) و موضوع دعوا (=حق) نام خوانده یا طرف دعوا را هم ذکر می‌کرد (Lévy et Castaldo, 2010: 278). این دعوا در صورت اثبات صرفاً در برابر خوانده قابل اجرا بود.

اما به لحاظ ماهوی نیز بین حق عینی و دینی تفاوت وجود داشت. در گذشته در مورد حق دینی شخص مدیون در صورت عدم ایفای تعهد به متابه یک شیء تلقی می‌شد و داین بر او سلطه کامل می‌یافت؛ داین حق به زنجیر کشیدن یا زندانی کردن و حتی کشتن او را می‌داشت و می‌توانست او را به عنوان برده به فروش برساند و از محل آن طلب خود را وصول کند (Mazeauds, 2000, 270).

طلب است. صرف انتقال طلب غیر به دیگری سبب تحقق حق تعقیب به معنای مصطلح نمی‌شود؛ بر این اساس روشن است که حق تعقیب از ویژگی‌های حق عینی است که به عین معین تعلق می‌گیرد.

1. in rem-réelle

2. in personam- personnel

مطالعه ریشه واژه «obligation» که معادل حق دینی در حقوق غرب است، این حقیقت را روشن می‌کند. این واژه از ریشه لاتین «obligatio» و مرکب از دو جزء «ob» و «ligatus» است^۱ که از جمله به معنای «بستن» و زنجیر کردن» بابت یک دین است (Mazeauds, 2000: 2:270; Ghestin, 2005).

این حق را «شخصی» نامیده‌اند، چون طلبکار بر جسم شخص مدیون مسلط بود و می‌توانست او را حبس کند یا به بردگی بکشد. مع الوصف این حق، حق «مالکیت» بر شخص مدیون نبود، بلکه صرفاً تضمینی برای پرداخت دین بود و به محض آن‌که مدیون دین خود را می‌پرداخت از بند و سلطه داین رها می‌شد (Mazeauds, 2000: 270). اما به مرور و با طرح نظریه عینی تعهد، پذیرفته شد که حق دینی به‌عنوان یک عنصر مثبت در دارایی طلبکار و یک عنصر منفی در دارایی بدهکار است و بدهکار در برابر طلبکار ملزم به اجرای آن است. به‌رغم آن حق اعمال فشار بر جسم و بدن مدیون از ناحیه داین و در قالب حبس همچنان وجود داشت. در پی پای گرفتن قواعد حقوق بشری و احترام به شخصیت و تمامیت جسمانی انسان در نظام‌های حقوقی، آخرین نشانه‌های آن که حبس مدیون بود، از میان رفت و قوانینی در جهت منع بازداشت بدهکاران مالی در کشورهای جهان به تصویب رسید (Mazeauds, 2000: 271).

به اعتقاد نویسندگان فرانسوی این تفکیک در نظر نویسندگان قانون مدنی فرانسه هم بوده و طرح‌ریزی قانون مدنی فرانسه بر آن بنیاد صورت گرفته است. در قانون آ.د.م. فرانسه هم در مورد دعاوی در ماده ۵۹ قانون قدیم و ماده ۴۴ جدید^۳ به این تفکیک توجه شده است (Mazeauds, 2000: 270).

در حال حاضر دارنده حق دینی (داین) بدون اینکه سلطه‌ای بر جسم مدیون داشته باشد، بر دارایی او یک حق کلی دارد که از آن به وثیقه عام تعبیر می‌کنند (ماده ۲۰۹۲ ق.م. فرانسه)؛ به این معنا که داین حق دارد از دارایی مدیون طلب خود را وصول کند و مدیون حق ندارد این وثیقه عام را از بین ببرد. در مقابل، حق عینی است که نسبت به شیء معین و موجود در خارج چنین حقی وجود دارد و صاحب حق نه بر شخص معین و نه بر دارایی او، بلکه بر عین معین حق دارد.

1. Obligatus

۲. در حقوق ایران قانون منع توقیف بدهکاران مالی در سال ۱۳۵۳ به تصویب رسید. اما همچنان در خصوص بدهکارانی که به‌رغم توانایی در پرداخت، از ایفای دین خود امتناع می‌کنند امکان بازداشت و حبس مدیون وجود دارد (ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوب ۱۳۹۴).

3. Art.44: “En matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente”.

۳. تمییز حق عینی از دینی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران

در قانون مدنی ایران به صراحت این تقسیم‌بندی از حق ذکر نشده، اما از نحوه تنظیم قانون و برخی مواد آن استنباط می‌شود که نویسندۀ قانون مدنی به این امر اعتقاد داشته است. افزون بر این دکترین نیز به صراحت آن را پذیرفته و رویه قضایی هم در جهت پذیرش آن گام برداشته است. اما برای اظهار نظر دقیق و مطمئن باید وضعیت این موضوع در حقوق اسلام به ویژه فقه امامیه بررسی شود. اگر این تفکیک در فقه امامیه قابل پذیرش باشد وجود داشته باشد، بی‌تردید در حقوق موضوعه ایران هم قابل قبول خواهد بود.

۱.۳. نشانه‌های تمییز حق عینی از دینی در فقه امامیه

در حقوق اسلام اصطلاح «حق عینی» و «دینی» (=شخصی) از سوی فقیهان اسلامی استعمال نشده، هرچند «عین» و «دین» اصطلاحی شناخته شده در میان آنها بوده است. بر این بنیاد برخی نویسندگان حقوقی در کشورهای اسلامی منکر وجود چنین تفکیکی در حقوق اسلام شده‌اند (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۸). این گروه از نویسندگان نظر کسانی را که به وجود این تفکیک در حقوق اسلام معتقدند، ناشی از اشتباه بین مفهوم «عین» و «دین» از یک سو و «حق عینی» و «دینی» از سوی دیگر دانسته‌اند (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۹). به عبارت دیگر این گروه معتقدند در حقوق اسلام آنچه حقیقت دارد تمییز بین «عین» و «دین» است، نه «حق عینی» و «دینی». اما گروه دیگر از حقوقدانان اسلامی معتقدند که تمییز بین حق عینی و دینی در حقوق اسلام هم وجود دارد (الزرقا، ۱۹۶۰ ج ۲: ۳۵).

به نظر می‌رسد اگرچه اصطلاح «حق عینی» و «دینی» از سوی فقیهان استعمال نشده، اما در فقه اسلامی احکام و نشانه‌هایی وجود دارد، حاکی از آن که فقیهان به این تفکیک آگاهی داشته و به آثار آن پایبند بوده‌اند. به عبارت دیگر احکام و آثار تمییز بین حق عینی و دینی از سوی فقیهان پذیرفته شده است (معروف الحسني، ۱۴۱۶ق: ۴۹؛ حسینی حائری، ۱۴۲۸ق: ۱۵۶ به بعد). به علاوه برخی فقیهان معاصر امامیه به صراحت تمییز بین این دو نوع حق را بیان کرده‌اند.^۱ یکی از فقیهان در این خصوص تعبیر گویایی دارد که حاکی از اندیشه تمییز بین حق عینی و دینی در حقوق اسلام است؛ وی گفته است: «حقی که شخص بر عهده دیگری دارد، یا عین است یا دین؛ اگر عین باشد او می‌تواند مستقلاً و بدون نیاز به همکاری و رضایت مدیون آن را استیفا نماید...، اما اگر دین باشد بدون رضایت و همکاری مدیون امکان استیفا آن وجود ندارد»

۱. شیخ محمد هادی تهرانی از فقیهان معاصر و از شاگردان شیخ انصاری در کتاب البیع خود که در شرح بیع شرایع نگاشته شده، به صراحت از حق عینی و دینی سخن گفته است. وی در این زمینه گفته است: «سلطۀ شخص (حق) یا بر عین است یا بر شخص...» (محمد هادی تهرانی، کتاب البیع: ۱۷ و ۱۹، به نقل از: معروف الحسني، نظریة العقد فی الفقه الجعفری: ۴۹).

(عراقی، ۱۴۲۱ق: ۴۳۱ و ۴۳۲). همچنین تعبیر دیگری از مرحوم شیخ محمدحسین اصفهانی در این خصوص وجود دارد که در خور توجه است. ایشان در شرح عبارت مکاسب که از حق به سلطنت تعبیر کرده، گفته است: «سلطنت از جمله مفاهیمی است که با حرف استعلاء متعدی می‌شود؛ گاه متعلق آن، عین است مانند زمینی که تحجیر شده که صاحب حق تحجیر نسبت به احیا و تملک آن سلطه دارد؛ و گاه متعلق آن شخص است، مانند حق ذی‌الخیار که در برابر من علیه‌الخیار سلطه بر انحلال عقد [با] او را دارد» (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ۵۴).

سید محمدکاظم یزدی در مقام توضیح این فرع که هرگاه شخصی زمینی را خریداری نماید و در آن بنا احداث کند هر گاه بعد از آن بیع فسخ شود آیا او باید بنا را قلع و زمین را به بایع تحویل دهد، تحلیل جالبی دارد. ایشان در خصوص ماهیت خیار فسخ یا اقاله این‌گونه اظهارنظر کرده است که: «اگر بگوییم که حق خیار یا شفعه به عین تعلق می‌گیرد نه به عقد، نظیر حق الرهن، در این صورت باید معتقد به جواز قلع بنا باشیم؛ زیرا مقتضای تعلق حق ذی‌الخیار به عین آن است که او بتواند هر چیزی که با آن منافات دارد، رفع کند» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۲: ۵۵۹).

این دست عبارت که در فقه بسیار است، حاکی از آن است که فقیهان به مفهوم حق عینی و دینی توجه داشته‌اند. مع‌الوصف برای اثبات یا نفی این موضوع باید در این زمینه تحقیق بیشتری انجام گیرد.

۲.۳. مفهوم عین و دین در حقوق اسلام و ایران

در فقه اسلامی و به تبع، حقوق موضوعه ایران، مال بر حسب آنکه متعلقش در عالم خارج به وجود آمده باشد یا اینکه صرفاً در عالم اعتبار و ذهن موجود باشد، به دو دسته تقسیم می‌شود؛ مالی که در عالم خارج موجود و قابل لمس و اشاره باشد «عین معین» نامیده می‌شود.^۱ اما به مالی که در عالم ذهن اعتبار شده و ایجاد می‌شود، «مال کلی» یا «مال در ذمه» می‌گویند (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ۳۴۸)؛ همچنین به مال کلی در ذمه در اصطلاح «دین» می‌گویند. بر این بنیاد می‌توان دین را این‌گونه تعریف کرد: «مال کلی در ذمه» (لنکرانی، ۱۴۲۵ق: ۱۹۰)؛ عناصر «دین» را می‌توان این‌گونه برشمرد: «دین» مال است، و به امر غیرمالی دین اطلاق نمی‌شود؛ «دین» مال

۱. شیخ طوسی و ابن‌براج از واژه «عین مرثیه»؛ یعنی «قابل مشاهده» استفاده کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷۶؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق: ۳۵۱).

کلی است^۱؛ یعنی در عالم خارج وجود ندارد و صرفاً در عالم ذهن و اعتبار موجود است^۲ و سرانجام اینکه ظرف وجودی «دین»، «ذمه» است.^۳

اما در حقوق اسلام مال بر حسب موضوع و متعلق آن نیز، سه نوع است: عین، منفعت و عمل؛ «عین» به مالی گفته می‌شود که اگر در عالم خارج به وجود آید در قالب جسم تعین پیدا می‌کند، مانند تمام اشیای خارجی از قبیل اتومبیل و... «عین» شامل عین معین و عین کلی می‌گردد. «منفعت» مالی است که در طول زمان از عین ایجاد شده و اگر استفاده نشود، نابود می‌گردد و امکان ایجاد مستقل آن (=جدای از عین) یا ذخیره کردن آن در عالم خارج وجود ندارد؛ یعنی یا از منفعت استفاده می‌شود یا خودبه‌خود از بین می‌رود؛ مانند سکونت در یک منزل. البته گاه منفعت خود، عین است، اما به اعتبار اینکه از عین دیگر حاصل شده، منفعت نامیده می‌شود؛ مانند ذراتی که به تدریج از عین مالی به وجود آمده و تبدیل به عین دیگری می‌شود؛ مانند میوه درخت (گرجی، ۱۳۷۵: ۳۰۷). این نوع منفعت را ثمره و محصول می‌نامند. اما «عمل» به فعل شخص اطلاق می‌شود؛ در واقع عمل هم نوعی «منفعت» است، اما منفعت شخص نه عین.

با توجه به متعلق یک مال و اینکه در عالم خارج یا ذمه موجود باشد، می‌توان گفت که عین، منفعت و عمل ممکن است جزئی و حسب مورد موجود در خارج باشد، یا کلی و موجود در ذمه؛ عین معین و کلی روشن است، اما منفعت و عمل هم به تبع عین می‌توانند جزئی (=منفعت عین یا شخص معین موجود در خارج)، یا کلی (=منفعت عین کلی موجود در ذمه) یا منافع شخص بدون قید مباشرت باشند. از آنجا که عین کلی همان دین است، می‌توان نتیجه گرفت که متعلق «دین» حسب مورد ممکن است، «عین»، «منفعت» یا «عمل» باشد.

بدین سان روشن می‌شود که در حقوق اسلام بر خلاف حقوق فرانسه «عین» لزوماً به مال موجود در خارج و در مقابل «دین» اطلاق نمی‌شود، بلکه «عین» در مقابل «منفعت» است. البته نباید منکر شد که گاهی «عین» در مقابل «دین» هم استعمال می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶: ۹۰)، اما مراد از آن، «عین معین» است؛ «عین» به‌طور مطلق در مقابل «منفعت» استعمال می‌شود.

۱. کلی در معنای منطقی به مفهومی گفته می‌شود که بر افراد متعدد صادق است؛ «الکلی ما لم یمنع فرضاً صدقه علی اکثرین» (بزدی، ۱۳۶۳: ۵۲).

۲. از نظرگاه فلسفی تا یک شیء جزئی نباشد در عالم خارج ایجاد نمی‌شود؛ «الشیء مالم یتشخص، لم یوجد».

۳. ذمه یک ظرف اعتباری است که دین در داخل آن قرار می‌گیرد (حائری، ۱۳۷۹: ۴).

۳.۳. احکام ناشی از تمییز بین حق عینی و دینی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران در فقه اسلامی احکامی وجود دارد که جز بر مبنای تمییز بین حق عینی از دینی و احکام آن، توجیه پذیر نیست و این حاکی از آن است که فقیهان اسلامی به تمییز بین این دو حق آگاهی داشته و آن را پذیرفته‌اند. در اینجا برخی از آنها برای مثال ذکر می‌شود.

۳.۴. انفساخ عقد بیع به واسطه تلف مبیع قبل از قبض در بیع عین معین

علی‌رغم تملیکی بودن مطلق بیع در فقه و قانون مدنی (ماده ۳۳۸ ق.م.)، در بیع عین معین هر گاه مبیع قبل از قبض تلف شود، بیع منفسخ می‌شود. این حکم که مورد اجماع فقیهان امامیه است (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۴۵۶) و در قانون مدنی هم آمده (ماده ۳۸۷ ق.م.)، بر این بنیاد استوار است که در بیع عین معین طرفین مال معینی را مورد معامله قرار داده و درصدد ایجاد مالکیت نسبت به مال معین و موجود در خارج (=حق عینی) بوده‌اند. این گونه نیست که آن‌ها بخواهند در عالم اعتبار یا در ذمه برای مشتری حقی ایجاد کنند، بلکه سلطه خارجی مشتری بر مال موضوع بیع، جزء مقتضای آن است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ۱۵۷). به این دلیل با تلف مبیع قبل از قبض و عدم تحقق سلطه خارجی نسبت به مبیع، بیع منفسخ می‌شود. درحالی‌که اگر مبیع عین کلی در ذمه باشد چون تنها برای مشتری حق دینی (=کلی در ذمه) ایجاد شده و او تنها بر دارایی بایع حق پیدا می‌کند نه بر عین معین، هرگاه مصداقی از آن در عالم خارج معین شده و قبل از تسلیم به مشتری تلف شود، بیع منفسخ نمی‌گردد، بلکه بایع باید مصداق دیگری از آن را تسلیم او کند. با تسلیم مصداق آن مال کلی به مشتری حق دینی او به عینی تبدیل شده و در عین معین تجلی پیدا می‌کند و از آن زمان به بعد تلف آن موجب از بین رفتن حق عینی مشتری؛ یعنی مالکیت می‌شود (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ۳۴۵).

۳.۴.۱. الزام غاصب به رد عین مغبوبه و عدم قبول بدل در صورت وجود عین

از دیگر احکامی که به‌طور آشکار، تمییز حق عینی از دینی را در حقوق اسلام ثابت می‌کند، احکام غصب است. مستنبط از قوانین و احکام ضمان ید، اگر شخصی مال دیگری را من غیر حق غصب کند باید عین آن را به مالک رد کند (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۶: ۲۷۱)؛ نه او می‌تواند مالک را به قبول بدل آن ملزم نماید نه مالک می‌تواند از او بدل آن را مطالبه کند (مستنبط از ماده ۳۱۱ ق.م.). این حکم بر این مبنا توجیه می‌شود که حق مالک به عین معین تعلق گرفته است، نه به ذمه شخص غاصب؛ به عبارت دیگر حق مالک، یک حق عینی است، نه دینی؛ پس اجرای آن جز از طریق تسلیم عین معین امکان‌پذیر نیست.

۳.۴.۲. حق تقدم مرتهن نسبت به مال مرهونه بر سایر طلبکاران (دیان)

مرتهن برای وصول طلب خود بر سایر طلبکاران حق تقدم دارد (ماده ۷۸۰ ق.م.؛ یعنی تا او طلب خود را از عین مرهونه وصول نکند سایر طلبکاران حق ندارند آن را به عنوان مال مدیون توقیف کرده، از محل آن طلب خود را وصول کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۷۱). ماده ۷۷۴ قانون مدنی هم مقرر کرده: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است». چنانکه گفته شد یکی از آثار تمییز حق عینی از دینی، تقدم حق عینی بر دینی در مقام تعارض است؛ پس تقدم حق مرتهن بر سایر طلبکاران، دلیل شناسایی تمییز حق عینی از دینی در حقوق اسلام بوده و اینکه حق الرهانه یک حق عینی برای مرتهن است.

۳.۴.۳. انحلال عقد رهن و از بین رفتن حق الرهانه در صورت تلف عین مرهونه

یکی از اسباب انحلال عقد رهن تلف عین مرهونه است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶: ۲۹)؛ یعنی با تلف عین مرهونه حق الرهانه از بین می‌رود. از آنجا که با تلف عین موضوع حق عینی، حق از بین می‌رود، ثابت می‌شود که حق الرهانه یک حق عینی است.

۳.۴.۵. بطلان (عدم نفوذ) انتقال یا بیع مال مرهونه

در فقه امامیه بیع یا انتقال مال مرهونه از سوی راهن باطل است و در این امر اتفاق نظر وجود دارد (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۴: ۱۵۳)؛ هرچند در حقوق موضوعه ایران در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد و رویه قضایی هم متشکست است.^۱ در فقه برای توجیه بطلان بیع مال مرهونه، این گونه استدلال شده که وجود حق مرتهن در عین مرهونه مانع صحت و نفوذ بیع راهن است. عقد رهن سبب انتقال مالکیت عین مرهونه به مرتهن نیست، اما برای مرتهن حق تقدم در وصول طلب ایجاد می‌کند و روشن است که این حق یک حق عینی است که به عین مرهونه تعلق می‌گیرد و مانع تصرفات متعارض راهن نسبت به عین مرهونه می‌شود.

۱. در خصوص وضعیت بیع مال مرهونه، بدون اذن مرتهن، در حقوق موضوعه و رویه قضایی ایران اختلاف نظر زیادی وجود داشت و به رغم صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ در سال ۱۳۷۶، کماکان این اختلاف پابرجا بود؛ درحالی که برخی آن را صحیح می‌دانستند، عده‌ای معتقد به عدم نفوذ آن بودند و عده‌ای آن را از اصل باطل می‌دانستند. در تاریخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰ رأی وحدت رویه ۸۳۲ از سوی دیوان عالی کشور صادر شد که دعوی الزام با بیع مال مرهونه به فک رهن از سوی منتقل‌الیه را قابل پذیرش دانسته است و روشن نیست که این رأی به معنای پذیرش نظریه صحت بیع مال مرهونه و عدول از رأی قبلی هیأت عمومی است یا خیر؛ نقد و تحلیل این رأی مجال دیگر می‌طلبد. به هر حال نظر مشهور در فقه امامیه عدم جواز بیع مال مرهونه توسط راهن، بدون اجازه مرتهن است و حتی شیخ انصاری از قول شیخ طوسی نقل اجماع کرده و معتقد است که در عدم جواز بیع مال مرهونه بدون اجازه مرتهن، تردیدی نیست، اما در اینکه ضمانت اجرای آن بطلان بیع از اصل است، یا عدم نفوذ و با اجازه مرتهن یا فک رهن نافذ می‌گردد، اختلاف نظر است (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۴: ۱۵۳؛ مروج جزایری، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۴۸۳-۴۸۴)؛ برای مطالعه تفصیلی و نقد و تحلیل آرای موجود در این خصوص ر.ک: کاظمی، ۱۴۰۱: ۱۳۵-۱۵۸).

۳.۴.۶. انحلال اجاره و حق انتفاع با تلف عین موضوع آن

اثر عقد اجاره مالکیت منفعت است (ماده ۴۶۶ ق.م.). مالکیت منفعت در صورتی که ناظر به عین معین باشد، یک نوع حق عینی است که به عین مستأجره تعلق گرفته و آثار حق عینی بر آن مترتب است؛ به همین دلیل تلف عین مستأجره سبب انحلال عقد اجاره می‌شود (مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ ق.م.). همچنین مطابق بند ۲ ماده ۵۰ قانون مدنی در صورت تلف عین موضوع حق انتفاع، این حق از بین می‌رود؛ این حکم نیز از احکام حق عینی است و دلیل دیگری بر شناسایی تمیز بین حق عینی و دینی در حقوق اسلام و ایران است.

۳.۴.۷. بقای عقد اجاره و حق انتفاع در صورت انتقال مال موضوع آن به غیر

در صورتی که موجر عین مستأجره را به غیر انتقال دهد، این امر سبب انحلال عقد اجاره و زوال حق مستأجر نمی‌شود؛ مستأجر می‌تواند در مقابل منتقل‌الیه به حق خود استناد کند (ماده ۴۹۸ ق.م.). این حکم به این معناست که حق مستأجر نسبت به عین مستأجره، عینی است. همچنین انتقال عین موضوع حق انتفاع به غیر، خللی به حق انتفاع وارد نمی‌کند (ماده ۵۳ ق.م.). این حکم نیز از احکام حق عینی است.

موارد مذکور حصری نیست. با تتبع در ابواب مختلف فقه می‌توان به احکام دیگری دست یافت که آگاهی فقیهان به تمیز حق عینی از دینی را ثابت می‌کند.

۴.۴. مصادیق حق عینی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران

مصادیق حق عینی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: مصادیق مسلم و مورد اختلاف.

۴.۴.۱. مصادیق مسلم حق عینی

در اینجا برخی از مصادیق مسلم حق عینی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران ذکر می‌شود.

۴.۴.۱.۱. مالکیت نسبت به عین معین

در حقوق غرب چون مالکیت به «رابطه بین شخص و شیء موجود در خارج» تعریف شده، این حق همیشه یک حق عینی بوده،^۱ بلکه بارزترین مصادیق آن است (Planiol et Ripert, 1952: 48; Mazeauds, 1976: 1; 48). اما در حقوق اسلام و ایران، مالکیت لزوماً رابطه بین شخص و عین

۱. چنانکه قبلاً گفته شد در گذشته در حقوق غرب مالکیت رابطه بین شخص و شیء موجود در خارج بود، اما با تحولات جدید مالکیت مال در ذمه؛ یعنی طلب هم پذیرفته شده است.

موجود در خارج نیست؛ بلکه مالکیت رابطه بین شخص و مال است و مال اعم از مال موجود در خارج (= عین معین) و مال کلی در ذمه (= کلی) است (اصفهانى، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ۳۴۸)؛ پس موضوع مالکیت می‌تواند مال کلی در ذمه باشد.^۱ به این دلیل «مالکیت مافی الذمه» یک مفهوم شناخته شده در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران است. بر این اساس اگر متعلق «مالکیت» عین معین باشد، مالکیت حق عینی است و اگر متعلق آن مال کلی در ذمه باشد، تمام ویژگی‌های حق دینی را دارد؛ از این جهت که شخص بر مال (شیء) موجود در خارج حقی پیدا نکرده او حق عینی ندارد، پس حق او دینی خواهد بود. البته چون در عین حال یک نوع «مالکیت» نسبت به مال در ذمه وجود دارد، احکام مالکیت (نه حق عینی) هم بر آن مترتب می‌گردد؛ یعنی از یک سو، رابطه موجود «مالکیت» است و از سوی دیگر، «حق دینی»؛ تصور این امر برای اذهانی که مالکیت را تنها یک حق عینی دانسته‌اند مشکل است و سبب شده که منکر تمییز این دو حق در حقوق ایران و اسلام شوند.

۴.۱.۴. مالکیت منفعت عین معین

چنانکه گفته شد در حقوق اسلام و ایران موضوع مالکیت لزوماً شیء موجود در خارج (عین معین) نیست، بلکه منفعت هم می‌تواند باشد. اثر عقد اجاره تملیک منفعت است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۴۰؛ ماده ۴۶۶ق.م.). بر این اساس کسی که مالک منفعت عین معین می‌شود نسبت به آن حق عینی دارد و از امتیازات حق عینی بهره‌مند می‌گردد، مثلاً می‌تواند علیه مزاحم دعوی خلع ید مطرح کند (مواد ۴۸۸ و ۴۸۹ ق.م.).

۴.۱.۳. حق انتفاع و ارتفاق

حق انتفاع حقی است که به موجب آن شخص می‌تواند از مالی که عین آن متعلق به دیگری است استفاده کند (ماده ۴۰ ق.م.). بی‌تردید متعلق حق انتفاع، عین معین است. در اثبات این امر می‌توان به عینی بودن عقود مجرد حق انتفاع که از آنها به «احباس» تعبیر شده، استناد کرد (مواد ۴۷ و ۵۹ ق.م؛ امامی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۵۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۱۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۰). بنابراین در اینکه حق انتفاع یک حق عینی است تردیدی نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۴). دلیل دیگری که ثابت می‌کند حق انتفاع یک حق عینی است، آن است که تلف عین موضوع حق، سبب زوال حق انتفاع می‌شود (بند ۲ ماده ۵۱ ق.م؛ امامی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۶۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۶).

۱. قانون مدنی پس از آنکه در ماده ۳۳۸ بیع را یک عقد تملیکی تعریف کرده و موضوع آن را عین دانسته است، در ماده ۳۵۰ مقرر کرده که «عین» اعم از «عین معین» و «کلی» است.

حق ارتفاق نیز یک حق عینی است که در فقه اسلامی و قانون مدنی ایران پیش‌بینی شده است. حق ارتفاق، حقی است که به موجب آن صاحب ملکی به اعتبار مالکیت خود می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۸). متعلق حق ارتفاق به نسبت سایر حقوق عینی محدودتر است، زیرا علاوه بر اینکه متعلق حق ارتفاق یک عین معین و موجود در خارج است باید غیرمنقول هم باشد؛ یعنی حق ارتفاق صرفاً در مورد املاک است (امامی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۹۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۹). از ماده ۱۰۶ قانون مدنی که مقرر کرده، «صاحب ملکی که مورد حق ارتفاق غیر است نمی‌تواند در ملک خود تصرفاتی کند که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد مگر با اجازه صاحب حق»، می‌توان به‌وضوح استنباط کرد که حق ارتفاق نیز یک حق عینی است.

۴.۱.۴. حق الرهانه

چنانکه اشاره شد حق‌الرهانه نیز یکی از مصادیق حق عینی است که در فقه اسلامی و قانون مدنی پیش‌بینی شده است. حق‌الرهانه در قانون مدنی تعریف نشده، اما ماده ۷۸۰ قانون مدنی مقرر کرده که مرتهن برای استیفای طلب خود از محل مال مرهونه بر هر طلبکار دیگری حق تقدم دارد. بر این اساس می‌توان آن را این‌گونه تعریف کرد: سلطه‌ای است که طلبکار (=مرتهن) بر مال معینی پیدا کرده و می‌تواند از محل آن، مقدم بر سایر طلبکاران، طلب خود را وصول کند (نائینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱: ۱۰۹). در فقه اسلامی به‌صراحت بیان شده است که حق‌الرهانه یک حق عینی است و اتفاقاً یکی از مواردی که ثابت می‌کند فقیهان اسلامی به تمییز حق عینی از دینی آگاه بوده‌اند، حق‌الرهانه است. مرحوم سید حسن موسوی بجنوردی در کتاب *التواعد الفقہیہ* در ذیل فرعی با این عنوان که اگر راهن با اذن مرتهن مال مرهونه را بفروشد آیا ثمن در رهن قرار می‌گیرد، یا خیر؟ تعبیر گویایی دارد؛ وی در پاسخ این سؤال این‌گونه نوشته است: «شکی نیست که حق‌الرهانه به عین مرهونه تعلق گرفته و قوام آن به وجود عین است؛ به این دلیل با تلف عین مرهونه از بین می‌رود. [همچنین] اگر مالک با اذن مرتهن مال مرهونه را به دیگری بفروشد، حق‌الرهانه ساقط شده و مبیع به صورت طلق به مشتری منتقل می‌گردد؛ اما ثمن (عوض) هم در رهن قرار نمی‌گیرد، زیرا ایجاد حق‌الرهانه نسبت به عوض نیاز به سبب جدید دارد [که بنا به فرض منتفی است]» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶: ۴۹). وی در ادامه در توجیه این حکم اظهار کرده: «چون حق‌الرهانه به عین مرهونه تعلق گرفته و با نقل عین به غیر از بین رفته است و ایجاد حق نسبت به عوض، مصداق دیگری از حق است که مسبوق به عدم است [و اصل بر عدم آنست]» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶: ۴۹).

۴.۱.۵. حق اختصاص یا اولویت

حق اختصاص سلطه‌ای است که شخص نسبت به یک شیء پیدا می‌کند و به موجب آن نسبت به دیگران حق اولویت در تصرف و انتفاع از آن را دارد و می‌تواند دیگران را از تصرف در آن منع کند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۳: ۳۳۰). حق اختصاص، مالکیت نیست و در مورد اشیایی قابل تصور است که یا ذاتاً قابل تملک نیستند، یا هنوز به ملکیت درنیامده‌اند یا از مالیت شرعی افتاده‌اند. سبق تصرف نسبت به اموال عمومی و مشترکات نظیر پارک‌ها، مساجد یا راه‌ها؛ حق تحجیر و بالأخره حق میوه‌فروش نسبت به میوه فاسد شده، مصداق حق اختصاص است. در تمام این موارد یک نوع حق اولویت یا تقدم برای انتفاع یا تصرف شیء برای شخص ایجاد می‌شود که از آن به «حق اختصاص» یا «اولویت» تعبیر می‌کنند که مطابق نظر مشهور مصداق مالکیت نیست (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ۴۴).

۴.۲.۴. مصادیق اختلافی حق عینی

مصادیقی وجود دارد که در خصوص ماهیت آنها و اینکه حقی عینی هستند یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد و این امر سبب اختلاف در احکام آنها شده است. در این قسمت به‌اختصار به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

۴.۲.۴.۱. حق فسخ - خیار فسخ

یکی از حقوق مالی که در خصوص ماهیت آن در حقوق اسلام اختلاف نظر جدی وجود دارد «حق فسخ عقد» است. برای مثال در فرضی که مبیع عین معین بوده و بایع حق فسخ داشته باشد، این سؤال مطرح شده که آیا مشتری مجاز است در مبیع تصرفات ناقله انجام دهد یا آن را تلف کند یا تا انقضای مدت خیار از هر نوع تصرفی که مانع استرداد عین گردد، ممنوع است؛ مبنای این اختلاف به تحلیل ماهیت حق فسخ برمی‌گردد؛ به این بیان که آیا باید آن را حق استرداد عین مبیع دانست یا صرفاً حق فسخ عقد بوده و استرداد عین از آثار فسخ عقد است؛ به عبارت دیگر آیا ذی‌الخیار نسبت به مبیع حق عینی دارد یا خیر؛ اگر حق فسخ را یک نوع حق عینی نسبت به استرداد مبیع بدانیم، هر گاه مشتری (=من علیه الخیار) بعد از عقد و قبل از اعمال فسخ، تصرفات ناقله انجام داده، آن را به غیر انتقال دهد، با اعمال فسخ، بایع می‌تواند مبیع را در دست هر کس که پیدا کرد، مسترد نماید و معامله و هر نوع انتقال راجع به مبیع نسبت به او بی‌اثر خواهد بود؛ همانند وضعیتی که در مورد انتقال مال مرهونه وجود دارد، که نسبت به حق عینی مرتهن بی‌اثر است. اما اگر فسخ را حق عینی ندانیم، معاملاتی که مشتری بعد از عقد و قبل از فسخ نسبت به مبیع انجام داده، نافذ است و بعد از فسخ بیع توسط ذی‌الخیار، مبیع در حکم تلف بوده و مشتری ملزم به رد بدل آن به بایع است و بایع

نسبت به عین مبیع که به غیر انتقال یافته، حقی ندارد. این موضوع مورد اختلاف فقیهان امامیه بوده و بحث‌ها و استدلال‌های دقیقی در خصوص هریک از دو دیدگاه مطرح شده است. شیخ انصاری و سایر فقیهان در مقام بیان مبنای نزاع به صراحت بیان کرده‌اند که مبنای سخن کسانی که معتقد به منع تصرف هستند، آن است که حق فسخ به عین مبیع تعلق دارد، پس هر نوع تصرف مشتری که منافی این حق باشد، از جمله اتلاف یا انتقال به غیر، معتبر نیست (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶: ۱۴۸؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۷۵؛ عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۱۸۳).

گروهی از فقیهان، اغلب از متقدمان بر این عقیده‌اند که حق فسخ یک حق عینی است و تصرفات مشتری در مبیع باطل است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲: ۲۱۱؛ حلی، ۱۴۰۵ق: ۲۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۷۰؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۳۱۲؛ نائینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳: ۳۱۴؛ خوانساری، بی‌تا: ۵۳۰؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۷۵؛ خوئی، ۱۳۶۸ق، ج ۷: ۴۶۹). البته در خصوص اینکه این معاملات از اصل باطل است، یا غیر نافذ و با اجازه ذی‌الخیار تنفیذ می‌شود، همانند بیع مال مرهونه، اختلاف نظر وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳: ۴۴۸).

اما گروه دیگر که اغلب از متأخران هستند، معتقدند که حق فسخ یک حق عینی نیست، بلکه حق انحلال عقد است و این تصرفات را نافذ می‌دانند (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶: ۱۵۰؛ اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ۲۸۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳: ۴۴۶؛ عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۱۸۳؛ کاشف‌الغطا، ۱۳۵۹ق، ج ۱: ۱۱۷؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵: ۴۳۱).

البته برخی از این فقیهان به‌رغم آنکه حق فسخ را یک حق عینی نمی‌دانند، معتقدند اگر از قرائن و شواهد استنباط شود که بنای طرفین بر حفظ عوضین تا پایان مدت خیار بوده است، در این صورت مشتری حق تصرف ناقله در مبیع را ندارد که این، امری خارج از حقیقت خیار است (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶: ۱۵۰؛ اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ۲۹۱). چنانکه در مورد خیار شرط، ظاهر آن است که یک نوع شرط ضمنی وجود دارد که مشتری تا پایان مدت خیار، مبیع را حفظ کند و از تصرفات منافی خیار خودداری نماید و بر مبنای این شرط مشتری از تصرفات ناقله ممنوع است (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶: ۱۵۰؛ عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۱۸۳؛ کاشف‌الغطا، ۱۳۵۹ق، ج ۱: ۱۱۷).

بررسی تفصیلی این موضوع از حوصله این مقاله خارج است؛ به‌اجمال باید دیدگاهی را که حق فسخ را حق عینی نمی‌داند، تأیید کرد. بررسی ماهیت و احکام فسخ ثابت می‌کند که فسخ یک حق عینی که به عین عوضین تعلق گرفته باشد، نیست، بلکه به انحلال عقد به عنوان یک موجود اعتباری تعلق دارد. از جمله این احکام آن است که طرفین قرارداد حتی در صورت تلف عوضین می‌توانند قرارداد را تفاسخ نمایند و تلف عوضین مانع اعمال حق فسخ نیست (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶: ۱۴۹). افزون بر این مطابق نظر قاطع فقیهان، ارث «حق فسخ» از ارث «مال» موضوع عقد تبعیت نمی‌کند؛ یعنی در فرض فوت ذی‌الخیار، تمام ورثه از آن ارث می‌برند، حتی وارثی که از مال موضوع عقد ارث نمی‌برد؛ مانند زوجه در فرضی که ترکه مال غیرمنقول

باشد؛ یا حتی در فرضی که ترکه مستغرق دیون باشد و مالی به‌عنوان ترکه باقی نمانده باشد تا به ورثه به ارث برسد باز هم حق فسخ به ورثه می‌رسد (اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ۲۴۰-۲۴۴). از این احکام می‌توان استنباط کرد که حق فسخ، حق انحلال عقد است نه حق عینی که مستقیماً به عوضین تعلق گیرد و نباید آن را با حق الرهانه مقایسه کرد (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶: ۱۵۰). این، حکم کلی خیار از جمله خیار شرط است (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶: ۱۵۰).

به‌نظر می‌رسد قانون مدنی هم از این نظر پیروی کرده باشد، زیرا در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ مقرر داشته که اگر بعد از بیع و قبل از فسخ، مشتری مبیع را به اجاره دهد یا به رهن گذارد و بعد از آن، با بیع را فسخ کند اجاره و رهن معتبر است. اگرچه این ماده در مورد تصرف خاص مشتری (رهن و اجاره) است، ولی به‌نظر می‌رسد قانونگذار حکم کلی را در قالب مصداق بیان داشته است. از این مواد به‌ویژه قسمت دوم ماده ۴۵۴ که مقرر کرده: «...مگر آنکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد...»، استنباط می‌شود که از نظر قانونگذار حق فسخ، یک حق عینی نیست که به عین عوضین تعلق گرفته باشد، بلکه حق انحلال عقد است.

مع الوصف رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ که در تاریخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۴ از دیوان عالی کشور صادر شده، در مورد خیار تخلف از شرط، در صورت فسخ از سوی بایع تصرفات ناقله مشتری بعد از عقد و قبل از فسخ را باطل اعلام کرده است. این رأی که با اکثریت شکننده اعضای هیأت عمومی دیوان تصویب شده بدعت حقوقی بوده و قابل نقد است؛ مگر آنکه گفته شود که با توجه به اینکه در متن رأی به ماده ۴۵۴ق.م. استناد شده است هیأت عمومی دیوان در این مورد شرط ضمنی «عدم انتقال» را محرز دانسته و بر آن بنیاد، معامله مشتری را باطل اعلان کرده است. به هر حال نقد و تحلیل تفصیلی این رأی مجال دیگر می‌طلبد.

۲.۲.۴.۴. حق متعهدله نسبت به خرید یا تملک عین معین

در فرضی که مالک عین معینی نظیر یک قطعه زمین یا اتومبیل، تعهد می‌کند آن را به دیگری بفروشد در خصوص ماهیت این حق و اینکه آیا حق عینی نسبت به موضوع تعهد است یا صرفاً حق دینی است، اختلاف نظر وجود دارد.

در حقوق فرانسه نظر قاطع آن است که این حق صرفاً یک حق دینی است؛ یعنی تعهدی است که موضوع آن عین معین است (= تعهد عینی) (Maurie et, 2021: 127). بر این اساس اگر متعهد نقض عهده کند و مال موضوع تعهد را به دیگری بفروشد بیع او صحیح و نافذ است و متعهدله تنها می‌تواند مطالبه خسارت کند و حق ابطال معامله را ندارد (Mazeauds, 2000: 271).

در حقوق ایران هم بسیاری معتقدند در این فرض متعهده صرفاً دارای حق دینی بوده و برای او حق عینی ایجاد نمی‌شود، در نتیجه او نمی‌تواند بر این مبنا ابطال معامله را بخواهد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱: ۶۴). هرچند این نویسندگان تلاش کرده‌اند برای جلوگیری از این بی‌اخلاقی متعهد، مبانی دیگری برای بطلان معامله او با غیر بیانند؛ از جمله گفته‌اند اگر ثابت شود که این تعهد همراه با تعهد ضمنی منع انتقال به غیر بوده یا مصداق سوءاستفاده از حق باشد، معامله باطل خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۷؛ امینی، ۱۳۸۸: ۸۱)؛ در مقابل برخی دیگر معتقدند که در این فرض برای متعهده حق عینی ایجاد می‌شود و بر آن مبنا معامله را باطل دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۱: ۷۷).

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در چنین معاملاتی موضوع تعهد عین معین است، برای متعهده نسبت به آن مال یک حق عینی علاوه بر حق دینی (=تعهد به فروش)، ایجاد می‌شود که عبارت از «حق تقدم در تملک» است^۱، زیرا برای مثال وقتی صحبت از اسقاط حق فروش می‌شود، لازمه آن الزام به فروش به متعهده است؛ یعنی متعهده حق تقدم در تملک آن عین را دارد و می‌تواند در برابر دیگران به آن استناد کند. محذور محدودیت ایجاد حق عینی که در حقوق قدیم فرانسه وجود داشت نیز، پذیرفته نیست. صرف نظر از اینکه اکنون این نظر تعدیل شده است، در حقوق ما در اصل چنین محدودیتی از ابتدا تردید بوده است، زیرا با وجود ماده ۹۴ قانون مدنی به دشواری می‌توان این محدودیت در ایجاد حق عینی را استنباط کرد. تنها ایرادی که ممکن است بر این نظر وارد شود ماده ۲۹ ق.م. است که به ظاهر، ایجاد حقوق عینی را محدود به موارد اعلامی در آن ماده کرده است. در پاسخ به این ایراد باید گفت که ماده ۲۹ ق.م. ایران از ماده ۵۴۴ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است؛ نویسندگان فرانسوی در تفسیر آن ماده اظهار کرده‌اند که موارد مذکور در این ماده حصری نیست (پیلوار و صفری، ۱۳۹۸: ۲۱۸ به بعد). همچنین حقوقدانان ایرانی در تفسیر ماده ۲۹ ق.م. ایران اظهار کرده‌اند موارد ایجاد حق نسبت به عین مال، محصور به موارد مذکور در این ماده نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۰۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۳). زیرا بسیاری از حقوق عینی مسلم وجود دارند که در قانون مدنی به آن تصریح شده، اما در این ماده نیامده است؛ از جمله حق رهن و حق تجبیر است. البته باید توجه داشت که حق عینی چون برای دیگران محدودیت ایجاد می‌کند و علیه آنها قابل اعمال است، دست کم در اموال غیرمنقول باید به ثبت برسد و دیگران امکان اطلاع از آن را داشته

۱. در حقوق فرانسه هم امروزه از نزدیکی دو حق عینی و دینی بالأخص بهره بردن هر دو حق از امتیاز قابلیت استناد قرارداد نام می‌برند (Malaurie, 2021: 123; Terré, 2018: n° 49).

باشند. آخرین اراده مقنن قانون الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول است که بعد مقاومت‌های بسیار بالأخره جایگاه ثبت را در حقوق ایران مستحکم کرد.

۵. آثار تمییز حق عینی از دینی

بر تمییز حق عینی از دینی آثار حقوقی مترتب است که بررسی تفصیلی آنها مجال دیگری می‌طلبد، اما به اختصار به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱.۵. برای احقاق و اعمال حق عینی، علیه هرکس که به نوعی مرتبط با آن بوده یا بر آن تصرف داشته می‌توان اقامه دعوا کرد، هرچند رابطه قراردادی یا حقوقی خاصی بین آن شخص و ذی‌حق وجود نداشته باشد؛ مانند دعوی خلع ید، تصرف عدوانی و... اما دعوی ناشی از حق دینی صرفاً علیه من علیه الحق قابل اقامه است و نه اشخاص دیگر (شمس، ۱۳۹۲: ۳۱۴). به بیان دیگر در حق عینی چون حق بر عین معین قرار گرفته است با انتقال عین به غیر قابل پیگیری است و تا هر جا که عین برود و در دست هر کس که باشد قابل اجرا خواهد بود. ماده ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی در این خصوص مقرر کرده است: «اگر عین محکوم به در تصرف کسی غیر از محکوم علیه باشد این امر مانع اقدامات اجرایی نیست...». اما حق دینی بر دارایی شخص معین قرار گرفته و صرفاً علیه آن شخص قابل اعمال و تعقیب است.

۲.۵. در حق دینی، شخص نسبت به مال معینی از مدیون، حق عینی و تقدم ندارد، بلکه تمام اموال مدیون وثیقه عام پرداخت دیون اوست و همه افراد دارای حق شخصی در بهره‌برداری از این حق، برابرند و هیچ‌یک را بر دیگری تقدمی نیست. اما در حق عینی برعکس، چون حق بر یک مال معین قرار گرفته است، شخص ذی‌حق بر دارایی شخص حقی ندارد و دارایی شخص محفوظ و مصون است.

۳.۵. متعلق حق عینی همیشه عین معین (=شیء موجود در خارج) است؛ درحالی‌که متعلق حق دینی علی‌الاصول کلی است (مال کلی در ذمه - دین) و ممکن است مربوط به عین معین باشد مانند تعهد به فروش عین معین. همچنین ممکن است موضوع تعهد عمل، اعم از فعل یا ترک فعل باشد؛ در این فرض نیز یا عمل به‌طور کلی، بدون قید مباشرت شخص عامل موضوع تعهد است که کلی (=دین) است و یا مباشرت او در انجام عمل شرط است که جزئی (=تعهد) است.

۴.۵. در قراردادهای بیع، هرگاه مبیع عین معین باشد در صورتی که مستحق للغير درآید بیع باطل است و یا اگر قبل از قبض تلف شود، بیع منفسخ می‌گردد. اما اگر مبیع عین کلی باشد و بایع فردی از آن را معین و تسلیم کند و بعد مستحق للغير درآید بیع باطل نشده، منفسخ هم نمی‌شود، بلکه بایع باید یک فرد دیگر از آن کلی را تعیین و تسلیم او کند. افزون بر

این اگر فرد معین شده قبل از قبض تلف شود، بیع منفسخ نمی‌گردد. همچنین در بیع عین معین اگر مبیع معیوب درآید یا در فاصله بین بیع و قبض معیوب شود، برای مشتری خیار عیب به وجود می‌آید، ولی اگر مبیع کلی باشد، این حکم جاری نیست و شخص باید فرد سالمی را تسلیم کند و مشتری نه حق فسخ دارد و نه می‌تواند تقاضای ارش نماید (ماده ۴۳۷ ق.م.ا). همین حکم در مورد اجاره هم وجود دارد (ماده ۴۷۶ ق.م.ا).

۵.۵. برای حق دینی می‌توان تضمین اعم از عینی و شخصی (ضمان و رهن) گرفت، اما برای حق عینی نمی‌توان تضمین گرفت، زیرا امکان وصول دین (اجرای عین تعهد) از طرق دیگر و از سایر اموال و دارایی متعهد یا شخص دیگر وجود دارد، ولی حق عینی جز از طریق عین معین قابل وصول نیست. البته متعارف است که برای تضمین اجرای حق عینی هم تضمینی تحت عنوان ضمانت حسن انجام کار می‌گیرند، اما اگر متعهد به تعهد خود عمل نکند، نمی‌توان از محل آن حق را وصول کرد، بلکه صرفاً می‌توان خسارت گرفت که ماهیتاً غیر از اجرای عین تعهد است.

۵.۶. در دعوای عینی نسبت به مال غیرمنقول، دادگاه محل وقوع مال صالح است، ولی در دعوی دینی علی‌القاعده دادگاه محل اقامتگاه خواننده. افزون بر این در مرحله اجرا وقتی حق عینی خواهان ثابت و حکم قطعی صادر شد، این حکم علیه هر کس که متصرف مال موضوع حکم باشد قابل اجراست، اگرچه نسبت به دادرسی، ثالث باشد؛ بر این اساس رأی خلع ید علیه هر متصرفی قابل اجراست هر چند طرف دعوی نباشد (شمس، ۱۳۹۲: ۳۱۴).

۵.۷. نظر به اینکه حقوق عینی در برابر دیگران قابل اعمال‌اند و در اموال غیرمنقول، تصرف و مالکیت مستقل از هم هستند، این حقوق نسبت به اموال غیرمنقول (همچنین اموال منقول ارزشمند) باید ثبت شوند تا دیگران امکان اطلاع از آن را داشته باشند، درحالی‌که در حقوق دینی علی‌الاصول تکلیفی برای ثبت آنها وجود ندارد.

۶. نتیجه

به‌عنوان نتیجه‌گیری از تحقیق انجام‌شده، باید گفت:

۱. تمییز حق عینی از دینی در حقوق غرب از جمله فرانسه یک امر مسلم است و ریشه در حقوق روم دارد و آثار و احکام متعددی بر آن مترتب است، به‌گونه‌ای که نحوه بخش‌بندی قانون مدنی فرانسه بر این بنیاد صورت گرفته است.

۲. در حقوق اسلام اگرچه فقیهان به‌صراحت این تقسیم‌بندی از حق را بیان نکرده‌اند و به‌جای آن از «حق» و «ملک» و همچنین «عین» و «دین» که یک تقسیم‌بندی از مال، بر حسب ظرف وجودی آن در عالم خارج و ذمه است، صحبت کرده‌اند، اما احکامی در فقه وجود دارد

که جز بر مبنای تمییز حق عینی از دینی توجیه پذیر نیست. این امر ثابت می‌کند که فقیهان از این تقسیم‌بندی آگاه بوده و آن را پذیرفته‌اند؛ احکامی نظیر حق تقدم مرتهن نسبت به مال مرهونه بر سایر دیان، عدم حقی برای دائن نسبت به اعیان دارایی مدیون، انحلال عقد رهن، اجاره و حق انتفاع در فرض تلف موضوع عقد به واسطه قوه قاهره و

۳. در حقوق موضوعه ایران، دکترین حقوقی نوعاً تحت تأثیر حقوق فرانسه، این تقسیم‌بندی از حق را در زمره مسلمات دانسته و آثار آن را پذیرفته است؛ همچنین احکام خاصی در قانون مدنی وجود دارد که ثابت می‌کند که نویسنده قانون مدنی هم به این دسته‌بندی معتقد بوده است، هرچند در خصوص مصادیق حق عینی بین دو نظام حقوقی ایران و غرب تفاوت وجود دارد.

۴. در حقوق غرب «مالکیت» یکی از بارزترین مصادیق حق عینی است، و بر این بنیاد متعلق آن همیشه عین معین خارجی است، اما در حقوق اسلام و ایران حق مالکیت بر مبنای موضوع آن، که عین خارجی یا کلی در ذمه باشد متفاوت است؛ اگر مال موضوع مالکیت در عالم خارج موجود باشد (عین معین)، مالکیت یک حق عینی است، اما از آنجا که مال کلی در ذمه هم می‌تواند موضوع مالکیت باشد، در این فرض مالکیت، حق عینی نیست؛ یعنی شخص ممکن است مالک مافی‌الذمه دیگری باشد؛ به عبارت دیگر هر دائنی مالک مافی‌الذمه مدیون خود است.

۵. در حقوق غرب «عین» در مقابل «دین» استعمال می‌شود و اصطلاح «حق عینی» و «حق دینی» هم بر این بنیاد وضع شده است؛ اما در حقوق اسلام، بین «عین» و «دین» چنین تقابلی وجود ندارد. به عبارت دیگر در حقوق غرب، «عین» مترادف با شیء مادی موجود در خارج است، اما در حقوق اسلام و ایران، «عین» هم به موجود در خارج (=شیء مادی) که «عین معین» است گفته می‌شود و هم به عین موجود در ذمه که «عین کلی در ذمه» است، اطلاق می‌گردد و «عین کلی در ذمه» در واقع همان «دین» است؛ دین به «مال کلی در ذمه تعریف شده است». این تفاوت بنیادین بین مفهوم «عین» در حقوق غرب و حقوق اسلام سبب شده که برخی نویسندگان در وجود حق عینی و دینی در حقوق اسلام، تشکیک کنند که دقیق نیست و در این مقاله، به این شبهه پاسخ داده شده است. در واقع در حقوق اسلام «دین» مقابل «عین معین» است و واژه «عین» به طور مطلق در مقابل «منفعت» استعمال می‌شود.

۶. در حقوق اسلام، بر خلاف حقوق غرب بین «دین» و «تعهد» تفاوت وجود دارد؛ اگر موضوع تعهد کلی باشد، «تعهد» «دین» هم هست در غیر آن صورت، تنها تعهد است. در حقوق غرب مطلق تعهد حق دینی بوده و احکام حق دینی بر آن مترتب می‌گردد، اما در حقوق اسلام با توجه به تمایز بین دین و تعهد برخی از احکام حق دینی صرفاً به دیون مترتب

می‌شود نه تعهد محض. برای مثال اخذ وثیقه یا تضمین صرفاً در مورد دین مجاز است نه تعهد. تفصیل این موضوع مجال دیگر می‌طلبد.

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوءرفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

منابع

الف) فارسی

۱. امامی، سیدحسین (۱۳۷۰). *حقوق مدنی*. ج ۱، تهران: اسلامیه.
۲. امینی، منصور (۱۳۸۸). «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول غیر منقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران». *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۹، ص ۲۱۱-۲۳۸. در: https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56408.html (۱۱ تیر ۱۴۰۲)
۳. ایزانلو، محسن و صادق، شریعتی نسب (۱۳۹۱). «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه». *مجله حقوق خصوصی*. ش ۲۱. پاییز و زمستان، ص ۳۵-۶۶. در: <https://doi.org/10.22059/jolt.2013.35159>
۴. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). *حقوق مدنی*. ج سوم، تهران: مجد.
۵. پیلوار رحیم و حاتمه صفری (۱۳۹۸). «قلمرو آزادی اراده در ایجاد حقوق عینی جدید از منظر حقوق اموال و مالکیت و ثبت». *مجله حقوق اسلامی سال شانزدهم*، ش ۶۳، ص ۲۱۳-۲۳۵. در: https://hoquq.iict.ac.ir/article_38141.html (۱۱ تیر ۱۴۰۲)
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). *محمسی قانون مدنی*. تهران: گنج دانش.
۷. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)*، ۳ جلد، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم - ایران.
۸. الشریف، محمد مهدی (۱۴۰۰). «ناخوانده نقش مقصود، درنگی در ناهمسویی سیر تقنین و تفسیر در قانون مدنی». مندرج در مجموعه مقالات یادنامه مرحوم سیدمحمد فاطمی قمی، به کوشش سیدناصر سلطانی و رحیم پیلوار، چ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. شمس، عبدالله (۱۳۹۲). *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*. ج ۳، بیست و چهارم، تهران: دراک.
۱۰. شمس، عبدالله (۱۳۹۷). *اجرای احکام مدنی*. ج ۲، چ اول، تهران: دراک.
۱۱. عدل، منصورالسلطنه (۱۳۷۳). *حقوق مدنی*. قم: بحرالعلوم.
۱۲. قبولی درافشان (۱۳۸۹) مفهوم و مبانی قابلیت استناد قرارداد، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (فصلنامه حقوق سابق)*، مقاله ۱۵، دوره ۴۰، ش ۱، ص ۲۵۵-۲۷۴. در: https://jfq.ac.ir/article_20858.html (۱۱ تیر ۱۴۰۲).
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳). *حقوق مدنی، عقود معین*. ج ۱، چ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *نظریه عمومی تعهدات*. تهران: دادگستر.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *حقوق اموال و مالکیت*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. کاظمی، محمود (۱۳۹۸). «قانون مدنی، یا فقه فارسی؛ جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران». *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، زمستان، ش ۲۹، ص ۲۴۹-۲۷۶. <https://doi.org/10.22054/jplr.2019.40851.2172>

۱۷. کاظمی، محمود و علی، احمدی بیاضی (۱۴۰۱). «جمع پراکنده؛ جستاری در وضعیت و احکام بیع مال مرهونه: مطالعه تطبیقی». *دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی*، اسفند ۱۴۰۱، دوره ۱۱، ش ۲، ص ۱۳۵-۱۷۸. در: <https://doi.org/10.30473/clk.2023.67261.3160>
۱۸. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۵). *مقالات حقوقی*. ج ۲، چ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۹. متین دفتری، احمد (۱۳۹۴). *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*. چ پنجم، تهران: مجد

ب) عربی

۲۰. اصفهانی، شیخ محمدحسین (۱۴۲۷ق). *حاشیه المکاسب*. ج ۱، چ دوم، قم: ذوی القربی.
۲۱. انصاری، مرتضی (شیخ انصاری) (۱۴۳۱ق). *کتاب المکاسب*. ج ۳، چ شانزدهم، قم: مجمع فکر اسلامی.
۲۲. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*. ج ۲، چ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۳. بحر العلوم، محمد بن محمدتقی (۱۴۰۳ق). *بلغه الفقهیه*. ج ۱، چ چهارم، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۲۴. بجنوردی، سید حسن موسوی (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیه*. ج ۶، چ اول، قم: نشر الهادی.
۲۵. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۸ق). *فقه العقود*. ج ۱، چ سوم، قم: مجمع فکر اسلامی.
۲۶. حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*. چ اول، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۲۷. حلّی، محقق، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۸. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال والحرام*. ج ۲، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. خمینی موسوی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. ج ۵، چ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۰. خوانساری، محمد امامی (بی تا). *الحاشیه الثانیة علی المکاسب (للخوانساری)*. چ اول، بدون تاریخ و محل انتشار.
۳۱. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸). *مصباح الفقاهه*. ج ۷، چ اول، قم: وجدانی.
۳۲. الزرقاء، مصطفی احمد (۱۹۶۰). *الفقه الاسلامی فی نوبه الجدید*. ج ۲، چ چهارم، دمشق: مطبعة جامعه دمشق.
۳۳. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین*. ج ۲، چاپ پنجم، قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
۳۴. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸). *مصادر الحق*. ج ۳-۱، الطبعة الثانیة، بیروت: منشورات الحلبي.
۳۵. طباطبایی یردی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۹ق). *حاشیه کتاب المکاسب*. تحقیق: شیخ عباس محمد آل سیبغ القطیفی، ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه طیبه لاحیاء التراث.
۳۶. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. ج ۲، چ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۳۷. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، علی کزازی (۱۴۱۴ق). *شرح تبصره المتعلمین*. ج ۵، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۸. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام فی شرح شرائع الإسلام*. ج ۶، چ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۳۹. عراقی، آقا ضیاء‌الدین، علی کزازی (۱۴۲۱ق). *کتاب القضاء (تقریرات، للنجم‌آبادی)*. چ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع).
۴۰. فرج‌الصدّه، عبدالمنعم (بی تا). *الحقوق العینیة الاصلیه، دراسه فی القانون اللبنانی والقانون المصری*. بیروت: دار النضه العربیه.
۴۱. کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا نجفی (۱۳۵۹ق). *تحریر المجله*. ج ۱، چ اول، نجف: المکتبه المرتضویه.
۴۲. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین عاملی (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
۴۳. لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۵ق). *تفصیل الشریعه - المضاربه، و...*. چ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۴۴. مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیه*. ج ۲، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. نائینی، میرزا حسین (۱۴۲۱ق). *منیه الطالب فی شرح المکاسب*. ج ۳، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۶. یزدی، ملا عبدالله (۱۳۶۳). حاشیه ملا عبدالله علی التهذیب. تعلیق: سیدمصطفی حسینی دشتی، ج دوم، قم: فیروزآبادی.

ج) خارجی

47. Bergel, J. et Bruschim, M., et Cimamonti, S. (2000). *Traité de droit civil*. Sous la direction de Jaques Ghestin, L.G.D.J., Paris.
48. Emerchi, Y. (2004). *La propriété des créances*. Approach comparative, Thèse de doctorat effectuée, Université de Montréal.
49. Flour, J., Aubert, J., Savaux, É. (2014). *Droit civil*. Les obligations, 1.L'act juridique, 16^è édition, Sirey, Paris.
50. Ghestin, J., Billiau, M., et Loiseau, G. (2005). *Traité de droit civil*. Le régime des créances et des dettes, 1^{er} édition, L.G.D.J., Paris.
51. Marty, G., et Raynaud, P. (1988). *Droit civil, Les obligations*, T.1, 2^{er} édition, Sirey, Paris.
52. Lévy, J.-P., et Castaldo, A. (2010). *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris.
53. Malaurie Philippe, Laurent Aynès, Maxime Julienne (2021), *Droit des biens*, 9^è édition, L.G.D.J., Paris.
54. Mazeaud, H., et Léon, J. (1976). *Leçons de droit civil, Biens T.2, V.2*, Par: Juglart, Montchrestien pub., Paris.
55. Mazeaud, H., Mazeaud, L., Mazeaud, J., Chabas, F. (2000). *Lecons de droit civil, Introduction a l'etude du droit*. T. 1, V. 1 & 12^è ed., Paris, Montchrestien, Paris.
56. Planiol, Marcel et Ripert, George Par Picard (1952). *Traité pratique de droit civil Français*, T 3, 2^{er} édition, Les biens, L.G.D.J., Paris.
57. Terré, F., et Simler, P.. (2018). *Droit civil, Les biens*. 10^è édition, Dalloz, Paris.
58. Terré, F., Simler, Ph. et Lequette, Y. (1999). *Droit civil, Les obligations*. 7^è édition, Dalloz, Paris.
59. Waldron, J. (2002). *The right to private property*. oxford, Reprinted, London.
Weill, Alex, *Droit civil, Les obligations* (1971). 1^{er} édition, Dalloz, Paris.



Research Paper

Researching the Distinction Between Real Right and Personal Right and Its Effects; A Comparative Study in Islamic and Western Law

Mahmoud Kazemy^{1✉} *, Rahim Pilvar² 

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Private Law and political science, University of Tehran, Tehran, Iran, Email: makazemy@ut.ac.ir

2. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Tehran (Farabi College), Qom, Iran, Email: rahimpilvar@ut.ac.ir

Abstract

The field of financial rights is divided in a number of ways within the context of legal knowledge. One of the most fundamental of these divisions is the distinction between "objective" and "personal" or "in personam" rights. The genesis of this distinction can be traced to Roman law. It subsequently permeated the Western legal system, including that of France, following a protracted journey. The foundation of this differentiation lies in the legal tenets governing litigation, the enforcement of rights, and the conduct of court proceedings. It has now become the primary consequence of embracing this differentiation in the proceedings and the exercise of rights.

However, over time, a substantial number of rulings have been issued on this matter. An objective right is a right that an individual possesses over an external object, which they are able to exercise independently, without the need for the involvement of others. In contrast, a personal right is attributed to the entirety of a particular individual's property, and the holder of the right does not possess dominion over a specific asset belonging to the debtor. This

* **How to Cite:** Kazemy, Mahmoud; Rahim Pilvar (2024, Spring) "Researching the Distinction Between Real Right and Personal Right and Its Effects; A Comparative Study in Islamic and Western Law" *Private Law Studies Quarterly*, 54,1: 89 – 122.

DOI: 10.22059/JLQ.2024.359028.1007768

Manuscript received: 20 June 2023 ; final revision received: 27 January 2024; accepted: 6 May 2024; published online: 7 May 2024



©2024 by the University of Tehran. Published by the University of Tehran Press.

article's focus is on examining the existence of the division of financial rights into objective and personal categories and its implications in Islamic and Iranian law, despite the existence of differing interpretations.

In examining this issue and related issues in this article, the descriptive analytical method is employed, and materials are collected through the library method. This is done with the aim of investigating the concept, history and distinction of objective right from personal in Western law, and of re-examining the place of this separation and its implications. In examining rulings in Islamic jurisprudence and Iran's law, as well as the latest developments in Western law (France) and Imamiyya jurisprudence, this article aims to delineate the border between them in Iranian law. It will then proceed to examine some of the most important examples of this distinction, and elucidate the significant practical effects that arise from it.

In response to this, the authors argue that in Islamic law, the objective right is distinct from the personal one, and that there are specific rulings and effects associated with each. This is because, within the field of jurisprudence, the financial right is not divided in this way. Additionally, the distinction between objective and personal rights in Iranian law can be discerned from the Civil Code and the Code of Civil Procedure. However, with regard to the concepts of object (*ein*) and debt (*dein*), as well as the scope of objective and personal rights, there are notable differences between the legal systems of Islam and the West, which have been the subject of extensive investigation.

In conclusion, it can be stated that the distinction between objective right and personal right in Western law, including in France, is a well-established concept with roots in Roman law. This distinction has significant implications and has shaped the structure of the French civil code.

In Islamic law, although the jurists have not explicitly articulated this distinction between rights and obligations, they have instead distinguished between "right" and "melk" as well as "ain" and "dain," which is a division of property based on its existence in the world.

In conclusion, it can be stated that the distinction between objective right and personal right in Western law, including in France, is a well-established concept with roots in Roman law. This distinction has significant implications and has shaped the structure of the French civil code.

However, there are rulings in jurisprudence that cannot be justified except on the basis of distinguishing between objective and personal rights. This demonstrates that the jurists were aware of this division and accepted it. Examples of such rulings include the mortgagor's right of precedence over the mortgaged property over other creditors, the dissolution of the mortgage contract, rent and usufruct in the event of the destruction of the subject of the contract due to force majeure, and so forth.

In conclusion, it can be stated that the distinction between objective right and personal right in Western law, including in France, is a well-established concept with roots in Roman law. This distinction has significant implications and has shaped the structure of the French civil code.

In Western law, "ownership" represents one of the most evident instances of an objective right, with its foundation invariably situated in an external

specific object. However, in Islamic and Iranian law, the ownership right exhibits a distinct character, contingent upon the object in question, whether external or general. If the property in question exists in the external world, In Islamic and Iranian law, ownership is an objective right. However, since general property can also be the subject of ownership, this assumption of ownership is not objective. This is to say that a person may be the owner of another person's liability (zemme). In other words, every creditor is the owner of the debtor's zemme. In conclusion, it is notable that in Western law, the term "object" is used in contrast to "obligation," and the concepts of "objective right" and "personal right" have been established as a foundation for this distinction. However, in Islamic law, there is no such contrast between "object" and "obligation." In other words, in Western law, the term "object" is synonymous with a material object that exists outside the legal system. However, in Islamic and Iranian law, the term "object" refers to both an external object, which is a material object and is a "definite object", and also to the object in zemme, which is the general object and "ein koli dar zemme" is actually the same as "debt". "Dein" is defined as "general property under zemme". This fundamental distinction between the concept of "object" in Western and Islamic law has prompted some scholars to question the existence of objective and personal rights in Islamic law. This article addresses these concerns and provides a comprehensive analysis of the subject. It should also be noted that in Islamic law, "dein" is the opposite of "specific object" (ein moayan) and the word "object" is used absolutely in contrast to "profit".

In conclusion, it can be stated that the distinction between objective right and personal right in Western law, including in France, is a well-established concept with roots in Roman law. This distinction has significant implications and has shaped the structure of the French civil code.

In contrast to Western legal systems, Islamic law distinguishes between the concepts of debt and obligation. In the event that the subject is a general obligation, the term "obligation" is also "debt"; otherwise, it is solely an obligation. In Western law, absolute obligation constitutes a personal right, with the rules of the personal right pertaining to it. However, in Islamic law, the distinction between debt and obligation means that some rules of the personal right are related only to debt, not pure obligation. From the perspective of civil procedure law, this division exists in Iranian law, with lawsuits divided into personal and objective lawsuits.

Furthermore, at the execution stage, once the claimant's objective right has been established and a definitive judgment has been issued, this judgment is enforceable against any individual or entity in possession of the property subject to the judgment, even if they are not a party to the proceedings. Consequently, the expropriation decree is enforceable against any possessor, even if they are not a party to the lawsuit. However, when the court judgment contains an individual condemnation of the obligor, it is enforced only against that same person.

Keywords: Object and debt, Definite object, Objective and personal right, Right of priority, Right of pursuit, Asset.

Declaration of conflicting interests

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.