

بررسی ویژگی شخصی و اقتصادی تعهدات با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه

علیرضا یزدانیان*

استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

چکیده

در سیستم‌های حقوقی رومی - ژرمنی تعهدات دارای ویژگی‌های واحدی شده‌اند که در حقوق کنونی جهان سخن از حقوق تعهدات عام برای همه سیستم‌های حقوقی کار بیهوده‌ای نیست. با این وجود در مواردی خلط کاری‌هایی در حقوق رم و فرانسه شده که بر حقوق تعهدات جهان و از جمله ایران اثر گذاشته و به همین دلیل امروزه در کتب حقوق تعهدات جدید در حقوق فرانسه قبل از پرداختن به مطالب به مطالعه جایگاه تعهد توجه می‌شود تا حقوقدانان از خلط کاری دیرین بهره‌مند شوند. در حقوق ایران نیز خلط عقد و تعهد در قانون مدنی که یادگاری از نیاکان بوده سبب شده که حتی در سطوح عالی عقد با تعهد خلط گردد و بنابراین از نظر علمی و از منظر قانون نویسی باید مفهوم تعهد و جایگاه آن روشن گردد. بدیهی است نیل به این امر می‌طلبد تا در سایه نظریه‌های موجود مفهوم و جایگاه تعهدات روشن شود که در این مقاله با مطالعه تطبیقی به آن پرداخته می‌شود.

واژه های کلیدی: ویژگی، تعهدات، عقد، نظریه شخصی، نظریه مادی

طبقه‌بندی JEL: K10, K11, K12

The study of Characteristic personal and economic of the Obligations in Civil Law with Comparative Study in French Law

Alireza Yazdanian

Assistant Professor of Isfahan University

In the legal systems of Rome - Germanic, there is unique sources and unique elements for the obligations that talking of obligations commons isn't useless. In spit of this there was confused reasoning in law of Rome and French law that it has been effective on law of obligations of the other country end Iran and nowadays in news books of obligations in French law before of the other topics and for prevention of confused reasoning there is a topic of the place of obligations. In the law of IRAN there is confused reasoning between obligation and contract. Therefore it is necessary that the place of obligation is became clear with the theories that comparatively is be studied in this article.

Keywords: characteristic, obligations, Theory, subjective, objective theory

JEL: K1 ,K10 ,K11 ,K12

طرح مسأله

یکی از اموری که در حقوق رم خلط شد مفهوم عقد و تعهد بود که به حقوق فرانسه سرایت کرد و در حقوق ایران نیز این خلط کاری منعکس گردید. یکی از نشانه‌های این خلط کاری تنظیم بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م.ا است که به تبع از ماده ۷۱۱ ق.م.ف^۲ مقرر می‌دارد: «تملک حاصل می‌شود: ۱- به احياء اراضی موات و حيازت اشیاء مباحه ۲- به وسیله عقود و تعهدات ۳- به وسیله اخذ به شفعه ۴- به ارث». در کنار هم نهادن دو واژه عقد و تعهد در بند ۲ ماده ۱۴۰ نشانه‌ای از

۱- ق.م. علامت اختصاری قانون مدنی ایران و ق.م.ف. علامت اختصاری قانون مدنی فرانسه می‌باشد.

2- Art. 711

Créé par : Loi 1803-04-19 promulguée le 29 avril 1803 La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.

خلط کاری نویسندگان قانون مدنی است. زیرا اگر قانونگذار مدعی شود که این دو به یک مفهوم هستند، نشان خلط دو واژه است و اگر هم ادعا شود که در این بند تعهد و عقد به یک مفهوم نبوده و عقد یکی از منابع تعهد می باشد، اشکال بزرگ تری مطرح خواهد شد و آن این است که چرا قانونگذار از بین منابع تعهد، فقط به عقد اشاره داشته و به دیگر منابع تعهد یعنی اداره مال غیر، ایفاء ناروا، غصب، اتلاف، تسبیب، و استیفاء اشاره ای ننموده است. از دیگر نشانه های خلط بین عقد و تعهد این است که در حقوق مدنی فرانسه مباحث مربوط به سقوط تعهدات در میان مسایل تعهدات قراردادی تنظیم شده و در حقوق ایران نیز با تقلید از قانون مدنی فرانسه مسایل سقوط تعهدات از ماده ۲۶۴ تا ماده ۳۰۰ در باب اول مربوط به تعهدات قراردادی تنظیم شده و این سوال مطرح می گردد که تعهدات غیر قراردادی مانند ضمان ناشی از اتلاف یا تسبیب چگونه ساقط می گردد. در حالی که ضمان ناشی از تلف یا تسبیب نیز یا با وفای به عهد یا ابراء یا مالکیت مافی الذمه یا تهاتر یا تبدیل تعهد قابل اسقاط است.

از سوی دیگر ذکر تعهدات به عنوان وسیله کسب «ملکیت» در حقوق اموال چندان روشن نیست. در حالی که در حقوق فرانسه نیز با این که ذکر تعهدات در طرق کسب ملکیت مورد انتقاد حقوقدانان قرار گرفته است. اما حداقل این حسن را دارد که در حقوق فرانسه خود «تعهد» منبع کسب ملکیت نیست بلکه طبق ماده ۷۱۱ ق.م.ف این «اثر تعهدات»^۱ است که می تواند وسیله کسب ملکیت باشد. در حالی که در حقوق ایران خود تعهد، طریقه کسب ملکیت دانسته شده است که چندان صحیح نیست. از نظر عنوان مباحث قراردادها زیر عنوان باب اول و مباحث غصب و اتلاف و تسبیب و استیفاء زیر باب دوم و عقود معین زیر باب سوم و هر سه باب زیر عنوان «قسمت دوم»^۲ مطرح شده که همگی در شرح بند ۲ ماده ۱۴۰ است. حال این سوال مطرح خواهد شد به فرض که قرارداد منبعی برای کسب ملکیت باشد، اتلاف چگونه منبع کسب ملکیت است؟ در حالی که اتلاف منبع ایجاد تعهد به جبران خسارت است و تعهد به جبران خسارت مالکیت نیست بلکه اثر آن یعنی اجرای تعهد یعنی دادن مثل یا قیمت است که می تواند منتهی به مالکیت زیان دیده باشد.

1- l'effet des obligations

۲- رجوع کنید به صدر ماده ۱۸۳ ق.م که این قسمت دوم شامل سه باب بوده و همه در شرح بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م است.

همین خلط کاری‌هاست که مطالعه در مفهوم و جایگاه تعهد را اجتناب ناپذیر می‌کند در این مورد، مطالعه تطبیقی نیز گریز ناپذیر می‌باشد. فایده این بحث نیز از دو منظر عملی و نظری قابل تأمل است. از بعد نظری ایرادات وارد بر نحوه تنظیم قانون مدنی روشن خواهد شد و در آینده قانونگذار می‌تواند اشکالات قانون مدنی را رفع نموده و جایگاه تعهدات را در میان حقوق اموال تعیین کند. از بعد عملی نیز روشن نمودن قلمرو تعهد و تفکیک آن از قرارداد به حقوقدانان کمک می‌نماید تا در تحلیل‌های خود راه اشتباه طی نمایند و حقوق قراردادها و حقوق اموال و از جمله طرق کسب ملکیت را از حقوق تعهدات تفکیک نمایند.

گفتار اول: تعهد و ویژگی‌های آن

۱- مفهوم تعهد

در خصوص مفهوم تعهد در قوانین ایران و فرانسه مطلبی وجود ندارد. ولی در ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف واژه «عقد» چنین تعریف شده که: «عقد عبارت است از توافقی که به وسیله آن یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر تعهد می‌نمایند که مالی را انتقال داده یا کاری انجام دهند یا از انجام کاری خودداری کنند» (Colin, Capitant, 1935: 4). در حقوق ایران نیز در ماده ۱۸۳ با تقلید از ماده ۱۱۰۱ فقط عقد عهده‌ی مورد تعریف قرار گرفته است. بدیهی است عقد به مفهوم تعهد نبوده و عقد یکی از منابع تعهد به شمار می‌رود و به همان مقدار اعمال حقوقی مانند عقد و ایقاع منبع تعهد به شمار می‌روند که وقایع حقوقی مانند اتلاف و تسبیب و دیگر اسباب ضمان قهری می‌توانند منبع تعهد باشند. به همین دلیل مسئولیت مدنی قراردادی و قهری می‌تواند منبع تعهد باشند. (Bacache-Gibeili. 2007: 1 et Jourdain. 2007: 2) و امیری قائم مقامی، ج ۲، ۱۳۵۶: ۳۱ و قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۱۱ و مرقس. ج، ۱. ۱۹۹۲: ۱۱ و بدر، ۲۰۰۷: ۱۴ و عبدالله، ب، ۲۳) بنابراین از منظر قانون مدنی ایران^۱ و فرانسه تعهدات به دو قسم تعهدات قراردادی و تعهدات غیر

۱- ماده ۱۴۰ ق.م. مانند ماده ۷۱۱ قانون مدنی فرانسه در خصوص طرق کسب ملکیت مطرح شده است. ماده ۱۴۰ مقرر می‌دارد: «تملک حاصل می‌شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حیزات اشیاء مباحه ۲- به وسیله عقود و تعهدات ۳- به وسیله اخذ به شفعه ۴- به ارث» در قانون مدنی از مواد ۱۴۱ تا ۹۴۹ ق.م. در شرح این ماده تنظیم شده است. به عبارت دیگر این مواد در چهار قسمت

قراردادی تقسیم می‌شوند (Baudry-lacantinerie. 1921:5 et Starck. 1972:7). به همین دلیل در قوانین مدنی فرانسه و آلمان و حتی برخی دیگر از کشورها مانند ژاپن و ایران و غیره مسئولیت مدنی بخشی از حقوق تعهدات است. هرچند به لحاظ اهمیتی که پیدا نموده جداگانه و در کنار دیگر مطالب مانند حقوق قراردادها و دیگر بخش‌های حقوق مدنی مطرح می‌شود (Oda, 1999/195).

در خصوص مفهوم تعهد رومی‌ها از تعهد تعریفی ارایه دادند که هنوز به قوت خود باقی است (حسین. ابو الحسن، ۱۰: ۲۰۱۵). بر مبنای این تعریف تعهد یک رابطه حقوقی است که بر مبنای آن می‌توان انجام یا ترک کاری را بر دیگری الزام نمود^۱ (Mazeaud, 1978: 5 et. Lévy, 2002: 644). بنابراین به نظر می‌رسد می‌توان تعهد را چنین تعریف نمود: تعهد عبارت است از رابطه حقوقی، مالی و شخصی بین یک یا چند شخص که بر مبنای آن یک طرف بتواند طرف دیگر را وادار به انجام کار یا ترک کار یا انتقال چیزی کند. منبع این رابطه در قانون مدنی کنونی فرانسه طبق مواد ۱۱۰۱ و ۱۳۷۰ عبارتست از عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون و در قانون مدنی ایران طبق مواد ۱۸۳ و مواد ۳۰۱ تا ۳۳۷ عبارتند از عقد، ایفاء ناروا، اداره مال غیر، غصب، اتلاف، تسبیب و استیفاء. نکته دیگر این که بر خلاف زبان رایج که از واژه تعهد فقط دین و بدهکاری را

تنظیم شده است. قسمت اول از مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ در شرح بند اول ماده ۱۴۰ تحت عنوان «قسمت اول در احیای اراضی موات و حیات اشیاء مباحه» می‌باشد. قسمت دوم از ماده ۱۸۳ تا ماده ۸۰۷ در شرح بند دوم ماده ۱۴۰ تحت عنوان «قسمت دوم در عقود و معاملات و الزامات» تنظیم شده است. قسمت سوم از ماده ۸۰۸ تا ماده ۸۲۴ در شرح بند سوم ماده ۱۴۰ تحت عنوان «قسمت سوم در اخذ به شفعه» تنظیم یافته است. قسمت چهارم از ماده ۸۲۵ تا ماده ۹۴۹ در شرح بند سوم ماده ۱۴۰ تحت عنوان «قسمت چهارم در وصایا و ارث» می‌باشد. آنچه به موضوع بحث مربوط می‌باشد قسمت دوم قانون مدنی تحت عنوان «قسمت دوم در عقود و معاملات و الزامات» می‌باشد که شامل مواد ۱۸۲ تا ۸۰۷ ق.م.ی باشد و این قسمت خود به سه باب تقسیم شده است. باب اول تحت عنوان «در عقود و معاملات و الزامات» شامل مواد ۱۸۳ تا ۳۰۰ ق.م.است. باب دوم تحت عنوان «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» شامل مواد ۳۰۱ تا ۳۳۷ ق.م.است. باب سوم تحت عنوان «در عقود معینه مختلفه» شامل مواد ۳۳۸ تا ۸۰۷ ق.م.ی باشد. بدیهی است از این باب بندی که تقلیدی از قانون مدنی فرانسه است می‌توان دریافت که از منظر قوانین فعلی ایران و فرانسه تعهدات دو قسم است: تعهدات قراردادی و تعهدات غیر قراردادی که در دو مبحث مطرح خواهند شد.

1- Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvandae;
L'obligation est un lien de droit qui nous astreint a une prestation envers autrui

استنباط می کنند در ادبیات حقوق تعهدات، واژه تعهد دارای دو جنبه مثبت یعنی طلب و جنبه منفی یعنی دین می باشد (3: Starck, 1972: 1 et. Weill, Terré, 1975). به همین دلیل گرچه در فقه برای تعهدات غیر قراردادی واژه ضمانات به کار رفته (مانند ماده ۳۰۷ ق.م) اما ضمانات قهری نیز از نظر باب بندی در قانون مدنی ایران زیر عنوان بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م یعنی تعهدات به کار رفته است و استعمال واژه تعهد برای تعهدات قراردادی و غیر قراردادی ممکن است (سنهوری، الف، ۱۹۹۸: ۱۴). خواه موضوع تعهد عین معین باشد (ماده ۲۷۸ ق.م) و خواه کلی (ماده ۲۷۹ ق.م). حال برای تعیین جایگاه تعهد باید ویژگی های تعهد از جمله دو ویژگی شخصی و اقتصادی تعهد مورد مطالعه قرار گیرد.

۲- ویژگی های تعهد

۲-۱- رابطه حقوقی

تعهد یک «رابطه حقوقی»^۱ است که در حقوق رم نیز این رابطه حقوقی^۲ یکی از ویژگی های تعهد بود (2: Cabrillac, 006). در گذشته در حقوق رم این رابطه بیشتر در رابطه ای «مادی» ظاهر می شد. بدهکار در زنجیر و اسارت طلبکار می بود. چنانچه این رابطه مادی می توانست به مرگ یا اسارت بدهکار منتهی گردد (8: Mazeaud, Op.cit). به همین دلیل از نظر لغوی اصطلاح رابطه حقوقی متخذ از واژه (vinculi) بود (4: Baudry-lacantinerie, op.cit) که در لغت به معنی زنجیر و آهنی بود که با آن زندانی را در بند می کردند (1: Fabre-Magnan, T.1 2008). اما امروزه منظور از این ویژگی این است که نیروی الزام آوری بین دو یا چند شخص ایجاد خواهد شد که یکی از ایشان یعنی متعهد له می تواند متعهد را وادار به انجام کار یا ترک کار یا انتقال چیزی کند (فرج، جمال، ۲۰۰۹: ۱۹). به عبارتی تعهد حاوی یک «رابطه الزام آور»^۳ بین متعهد و متعهد له است و همین امر به تعهد یک «جنبه مثبت یا ایجابی»^۴ و یک «جنبه منفی یا سلبی»^۵ می دهد

1- Lien de droit

2- Vinculum juris

3- Rapport obligatoire

4- Coté actif

5- Coté passif

که جنبه مثبت در دارایی متعهدله و جنبه منفی در دارایی متعهد می‌باشد (Terré. 1: 2005, Simler: Lequette). در حالی که اگر این رابطه حقوقی نباشد در این صورت رابطه می‌تواند عاطفی یا اخلاقی باشد (Fabre-Magnan. T, 1, 2008: 1) به عنوان مثال پذیرفتن دعوت دوستانه دیگران نوعی رابطه هست اما این رابطه، نوعی «رابطه دوستانه و عاطفی» است. به همین دلیل اگر یکی از طرفین پس از اجابت بر دعوت دوستانه دیگری در خوردن عصرانه یا نهار از شرکت یا حضور در آن جلسه خودداری کند نمی‌توان وی را به خوردن نهار یا عصرانه مجبور نمود. در حالی که اگر پس از بیع یک باب منزل، بایع از تسلیم مبیع خودداری نماید می‌توان وی را مجبور به انجام تعهد نمود. همچنان که در غصب، مالک می‌تواند غاصب را مجبور به رد عین یا دادن معادل نماید. بنابراین در تعهدات همین نیروی الزام آور است که متعهد له می‌تواند از طریق یک سیستم دولتی مانند داگستری متعهد را وادار به انجام یا ترک کاری نماید (Carbonnier, T4, 1998: 26).

۲-۲- رابطه مالی و اقتصادی

یکی از نکات بحث برانگیز در حقوق تعهدات، مالی یا غیر مالی بودن تعهدات است. عده‌ای معتقدند تعهد می‌تواند غیر مالی نیز باشد. در مقابل عده‌ای معتقدند که تعهد رابطه است که دارای وصف مالی^۱ است. از این رو حقوق اموال و حقوق تعهدات دارای شباهت می‌باشند اما تعهدات بسیاری از تکالیف را در بر نمی‌گیرد. به عبارت دیگر الزام‌های حقوقی دیگری که وجود دارند اما جنبه مالی ندارد، بیشتر یک تکلیف است نه تعهد به معنی دقیق کلمه مانند تکالیف موجود در روابط خانوادگی (Weill. Terré. op.cit: 6). در حالی که تعهد بیشتر «روابط اقتصادی»^۲ است که بین اشخاص به وجود می‌آید (Flor.Aubert. Savaux: 1). به عبارت دیگر با وصف «مالی و اقتصادی» حقوق تعهدات از «حقوق اشخاص» فاصله گرفته و متمایز می‌گردد (Mazeaud. 1978: 8).

در مقام داوری بین این دو گروه از حقوقدانان به نظر می‌رسد نظر اخیر دقیق‌تر است. نگاهی

1- caractère patrimonial

2- Rapports économiques

به صدر ماده ۲۱۲ قانون مدنی فرانسه تحت عنوان « تکالیف و حقوق زوجین »^۱ نشان دهنده تفکیک دقیق تعهد از تکلیف است که در قانون مدنی فرانسه وجود دارد. زیرا با این که واژه « تعهد » در برخی از مواد قانون مدنی فرانسه وجود دارد، اما در این قسمت از واژه « تکلیف » استفاده شده است. در حقوق ایران نیز این وضعیت به چشم می خورد. در صدر ماده ۱۱۰۲ ق.م تحت عنوان « در حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر » واژه « تکلیف » استفاده شده است. همچنین عمده مواد مربوط به عقود و تعهدات در جلد اول قانون مدنی تحت عنوان « در اموال » تنظیم شده است. بنابراین از نظر سیستم های حقوقی، تعهدات در زمره حقوق مالی است نه غیر مالی. مهم ترین ثمره عملی تفکیک تکلیف و تعهد در این است که قواعد عمومی تعهدات در خصوص تکالیف حاکم نیست (1: Malaurie.Aynes.Stoffel-Munk, 2007). همچنین با توجه به فقدان وصف مالی در تکالیف، عده ای معتقدند که تکلیف جزء دارایی های شخص نیست. (2: Ibid) در حالی که تعهد خواه جنبه مثبت آن (طلب) و خواه جنبه منفی آن (دین) بخشی از دارایی به حساب می آید (Mazeaud. 8:1978, 7 et. 2007: Malaurie.Aynes و صفایی، قاسم زاده، ۱۳۸۰: ۱۳). با این وجود باید قلمرو حقوق تعهدات را از حقوق اموال متمایز ساخت. در حقوق تعهدات « رابطه حقوقی » موجود است اما این رابطه بین « اشخاص » می باشد و رابطه، « رابطه شخصی » است. یعنی حق موجود « حق دینی » است. در حالی که در حقوق اموال « رابطه حقوقی » موجود است اما بین « شخص و مال » می باشد و حق موجود نوعی « حق عینی » است. البته به نظر برخی، تعهد و تکلیف نیز بی ارتباط نیستند. چنانچه در تعهد تکلیف هست، اما هر تکلیفی تعهد نمی باشد (Carbonnier. T4. 1998: 25).

۳-۲- رابطه شخصی

بنا به یک سنت رمی یکی از ویژگی های تعهد این است که تعهد یک « رابطه شخصی »^۲ است (May. 1925: 462). از این وصف این نتیجه به دست می آید که جایگاه تعهد ذمه طرفین است نه بر روی اموال ایشان. همین ویژگی است که حقوق تعهدات را از « حقوق اموال » جدا می کند. به

1- Chapitre VI : Des devoirs et des droits respectifs des époux

2- Rapport personnel

عبارتی با این که تعهد دارای وصف مالی است اما نباید فراموش نمود که این رابطه شخصی است. به همین دلیل در صورت عدم انجام تعهد دعوی الزام به انجام تعهد طبیعی ترین راهی است که در اختیار متعهد له قرار می گیرد (Carbonnier. T.3. 1998 : 65).

۴-۲- قابلیت انتقال

تعهد دارای «قابلیت انتقال»^۱ است؛ خواه از جانب متعهد و خواه از جانب متعهد له. بدیهی است این وصف در صورتی وجود دارد که برای تعهد جنبه مالی و اقتصادی در نظر گرفته شود. در این حالت نه تنها جنبه مثبت (طلب) بلکه جنبه منفی (دین) دارای وصف قابلیت انتقال خواهد شد. با این وصف تا حدودی از شدت ویژگی شخصی بودن تعهد کاسته می گردد. در حقوق ایران جنبه مثبت یک تعهد به وسیله قرارداد یا به وسیله ارث قابل انتقال است. اما جنبه منفی آن فقط با قرارداد قابل انتقال به ذمه دیگری می باشد اما با مرگ متعهد، تعهد به ذمه وراث منتقل نمی گردد بلکه بر تر که تعلق می گیرد (ماده ۸۶۹ ق.م).

۵-۲- منقول بودن

یکی از خصایص تعهد این است که تعهد نوعی حق مالی منقول^۲ است. در حقوق فرانسه در ماده ۵۲۹ ق.م.ف^۳ و در حقوق ایران نیز در ماده ۲۰ ق.م. به تقلید از حقوق فرانسه به نوعی به منقول بودن تعهدات اشاره شده است (صفایی، ۱۳۵۵: ۱۰۵).

1- caractère transmissible

2- caractère mobilier

3- Art. 529

Créé par : Loi 1804-01-25 promulguée le 4 février 1804 Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers.

گفتار دوم: تقسیم حقوق مالی و تعیین جایگاه تعهدات در میان حقوق مالی

۱- تقسیم اموال و حقوق

۱-۱- اموال مادی و غیر مادی

یکی از تقسیم بندی‌های اموال، تقسیم مال به «اموال مادی»^۱ و «اموال غیر مادی»^۲ است. مال مادی شیء مادی و فیزیکی است که می‌تواند با حواس درک گردد و دارای جسم و کالبد است مانند یک باب منزل. اما اموال غیر مادی، اشیاء غیر مادی یا غیر فیزیکی هستند که نمی‌توانند با حواس لمس شوند و دارای جسم یا پیکره‌ای نیستند. مانند طلب. این تقسیم بندی به حقوق رم بازگشت می‌کند که حقوقدانان رمی معتقد بودند مال مادی قابل لمس بوده اما مال غیر مادی قابل لمس نیست. (Flor.Aubert. Savaux.op:cit:3) فلسفه طرح تقسیم اموال به مادی و غیر مادی در اول مباحث حقوق تعهدات به این امر بر می‌گردد که تعهد نوعی مال غیر مادی است. این طرز تفکر نیز به حقوقدانان رمی بر می‌گردد. (2, 1989: T2, Marty . Raynaud . Jestaz) این تقسیم بندی از سوی حقوقدانان مورد انتقاد قرار گرفته است. زیرا از نظر منطقی شیء به خودی خود مال نیست. بلکه حقوق متعلق به آن است که به آن وصف مالی می‌دهد. شیئی را که شخص هیچ حقی بر آن ندارد نمی‌توان به صرف ذات و ماهیت آن شیئی، آن را به عنوان «مال» دانست (Flor.Aubert. Savaux.op:cit:3). از سوی دیگر حق نیز نمی‌تواند به مادی و غیر مادی تقسیم گردد. زیرا متعلق حق می‌تواند امری مادی یا غیر مادی باشد. اما خود حق از مقوله اعتباری است و جایگاه آن در دنیای اعتباری است. خواه متعلق آن مادی باشد و خواه غیر مادی.

۲-۱- تقسیم حق

حق که برای صاحب آن اقتدار پدید می‌آید (قاسم زاده، ۱۳۷۸: ۱۶۴) می‌تواند به مالی و غیر مالی تقسیم گردد. حق مالی عبارتست از امتیازی که به اشخاص داده می‌شود تا بتوانند از مواهب مالی بهره‌برند و هدف آن این است تا نیازهای مالی اشخاص رفع گردد، مانند حق مالکیت یا حق

1- Biens corporels

2- Biens incorporels

متعهد له در مطالبه مبلغی پول از متعهد. اما حق غیر مالی آن قسم از توانایی ها و امتیازاتی است که به اشخاص داده شده تا بتوانند از مواهب غیر مالی مانند مواهب عاطفی یا اخلاقی بهره برند و هدف آن این است تا نیازهای عاطفی و غیر عاطفی اشخاص با چنین حقی رفع شود. مانند حق ابوت یا حق داشتن فرزند (کاتوزیان، الف ۱۳۷۴: ۱۳). فلسفه این تقسیم بندی در اول تعهدات نیز به این امر بر می گردد که تعهدات در زمره حقوق مالی است. در این فرض این سوال پیش می آید که حقوق تعهدات اگر نوعی حق مالی باشد چگونه از حقوق اموال قابل تفکیک است که برای تعیین جایگاه تعهدات در میان حقوق مالی باید حقوق مالی را نیز تقسیم نمود.

۳-۱- تقسیم حقوق مالی

۳-۱-۱- حق عینی

به طور سنتی (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۲۴) و به تقلید از حقوق رم (کرکبی، بدیع منصور، ۲۰۰۹: ۶۹) حقوق مالی قابل تقسیم به دو قسم هستند: حقوق عینی و حقوق دینی (Benabent, 2007: 1) و کسوانی، ۲۰۰۸: ۲۱) همین دو حق نیز تشکیل دهنده مفهوم «دارایی» است (Malaure, Aynes.2007: 8). در حقوق عینی رابطه شخص و شیء معینی مورد نظر است. چنانچه حق عینی رابطه حقوقی بین شخص و مال است که شخص می تواند حق خود را بدون نیاز به واسطه (شخص دیگر) اعمال کند مانند مالکیت یا حق انتفاع یا ارتفاق (ماده ۲۹ق.م) بنابراین در حق عینی دو عنصر موجود است: اول شخصی که دارنده حق است و دوم مالی که موضوع حق است (Mazeaud, Chabas, T2. 1984 : 3):

۳-۱-۲- حق دینی

حق دینی رابطه دو یا چند شخص است در مورد انجام یا ترک کار یا انتقال چیزی که تعهد در معنی تکنیکی و فنی آن همین رابطه موجود در حق دینی است (Benabent, 2007: 1). به عبارت دیگر در حق دینی صاحب حق بر ذمه دیگری دارای حقی مالی است که می تواند اجرای این حق را از متعهد آن بخواهد. به همین دلیل به آن حق دینی یا حق شخصی^۱ اطلاق شده است

(Mazeaud, chabas, T2. 1984 :3). بنابراین در این حق سه عنصر وجود دارد: اول صاحب حق دینی یعنی متعهد له. دوم: متعهدی که اجرای تعهد از وی مطالبه می گردد. سوم: موضوع حق یا موضوع تعهد که البته امری مالی است.

حق دینی و عینی گرچه هر دو مالی است و دارای ارزش اقتصادی می باشد اما بدیهی است تفکیک بین حق دینی و حق عینی می تواند دارای آثار باشد. چنانچه از نظر حقوق سنتی در حق عینی، حق تعقیب و حق تقدم وجود دارد. همچنین حق عینی مطلق بوده و در برابر همه قابل استناد است اما حق دینی نسبی بوده و فقط بر علیه متعهد قابل اجراست (Terré, Simler, Lequette. 3 op.cit:). در کتب جدید همچنین این تفاوت ها ذکر شده که حق عینی مستقیم بوده اما در حق دینی مداخله بدهکار برای دستیابی به حق لازم است. همچنین حق عینی در معرض خطر افسار و ورشکستگی نیست در حالی که در حق دینی یا تعهدات همیشه احتمال عدم پرداخت به جهت ورشکستگی مدیون وجود دارد. نکته دیگر این که دارنده حق دینی از کاهش ارزش پول رنج می برد اما در حق عینی چنین چیزی وجود ندارد (Maurie, Aynes. 2007:85). حق عینی بر روی اموال مادی است اما حق دینی روی ذمه متعهد بوده و متعهد له می تواند متعهد را اجبار به انجام تعهد کند. حق عینی فقط جنبه مثبت دارایی است اما در حق دینی هر دو جنبه مثبت و منفی آن می تواند جزء دارایی به حساب آید (Weill. Terré. op.cit:7). نکته دیگر این که موضوع حق عینی باید الزاماً در هنگام ایجاد حق موجود باشد در حالی که در حق دینی یا تعهدات چنین امری لازم نیست (Carbonnier, T3, 1998: 67). تعداد حقوق عینی محدود بوده و باید به موجب قانون باشد در حالی که حقوق دینی یا تعهدات حصری نیست (حسین، ابو الحسن، منبع قبل: ۲۲). بنابراین تا این جا مشخص شد که جایگاه تعهدات در میان حقوق مالی از نوع حق دینی است. با این وجود این نکته مطلق باقی نمانده و امروزه گاه ویژگی شخصی و گاه ویژگی اقتصادی تعهد بر یکدیگر پیشی می گیرد و این امر سبب شده تا دو نظریه شخصی و عینی بر سر این که تعهدات در زمره حقوق عینی است یا دینی به رقابت پردازند که در قسمت های بعد مطرح می گردد.

۲- نزاع میان ویژگی شخصی و اقتصادی تعهد

۲-۱- نظریه شخصی

۲-۱-۱- توجیه نظریه

عده ای از حقوقدانان معتقدند که ویژگی شخصی تعهد بر اقتصادی بودن آن غلبه دارد. به این

ترتیب یکی از نظریات مربوط به تعهدات «نظریه شخصی»^۱ می‌باشد که ریشه آن به رم بر می‌گردد. در این نظریه محور اصلی یک تعهد «رابطه شخصی»^۲ میان متعهد و متعهد له است که در فرانسه «پلانیول»^۳ و در آلمان «ساوینی»^۴ بر آن اصرار دارند (Mazeaud, 1978: 10). بر مبنای نظریه مزبور مخصوصاً با توجیهات ساوینی جوهره تعهد رابطه بین متعهد و متعهد له است که متعهد را در اختیار متعهد قرار می‌دهد که مانند بردگی ناقص می‌توان در این رابطه سلطه متعهد له بر متعهد را حس نمود. بنابراین در نظر ساوینی «تعهد» و «مالکیت» دارای ماهیت تقریباً یکسانی هستند جز این که تفاوت در درجه سلطه‌ای است که مالک و متعهد له دارا می‌باشند. زیرا در بردگی این سلطه کامل و در تعهد این سلطه جزئی است و متعهد له فقط حق اجبار متعهد به انجام تعهد را دارد (سنهوری، ب، ۱۹۹۳: ۱۱۹ و ر.ک عبدالله، الف، ۲۰۰۸: ۱۹).

۲-۱-۲- اثر این نظریه در حقوق تعهدات

از نظر حقوقدانان اثر این نظریه آن است که از منظر این نظریه حق عینی مورد انکار واقع شده و همه حق‌ها به حق دینی یا حقوق تعهدات نزدیک می‌گردد (سوار، ۲۰۱۰: ۱۳) در نتیجه همه حقوق مالی خواه حقوق تعهدات و خواه حقوق اموال با معیارهای موجود در حقوق تعهدات مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. به نظر طرفداران این نظریه حق فقط در مورد «شخص»^۵ معنی می‌یابد نه در مورد شیء و حیوان. این فقط اشخاص هستند که می‌توانند حق و تکلیف داشته باشند. به عبارتی در حق عینی نیز نمی‌توان گفت رابطه بین شخص و شیء است بلکه در حق عینی نیز حق در رابطه بین دو شخص می‌تواند وجود داشته باشد. در نتیجه در حق عینی نیز اگر رابطه را رابطه‌ای بین شخص و شیء بدانیم در این صورت این رابطه نوعی «رابطه مادی»^۶ است که بیشتر شبیه «تصرف» است. بنابراین «رابطه حقوقی»^۷ فقط میان اشخاص می‌تواند موجود باشد نه میان شخص و

1- La théorie subjective

2- Rapport personnel

3- Planiol

4- Savigny

5- La personne

6- Rapport materiel

7- Rapport juridique

مال. از این رو اگر در حق عینی رابطه مالک و مال با توجه به سلطه وی بر مال مورد ارزیابی قرار گیرد این چنین رابطه‌ای با رابطه یک سارق و مال مزبور یکسان می‌گردد. زیرا در سلطه مالک و سارق بر مال و انتفاعی که هر دو بر مال دارند شباهت‌هایی وجود دارد. در حالی که اگر بخواهیم رابطه مالک و مال را از رابطه سارق و مال مزبور جدا کنیم باید دنبال تعهدات اشخاص باشیم و این خود نشان می‌دهد که در حق عینی نیز بحث بر سر تعهدات دیگران است (سلطان، ۲۰۰۷: ۴). به این صورت که در مورد رابطه مالک و مال همه اشخاص دیگر متعهدند تا این رابطه را به رسمیت شناخته و برای آن احترام قائل باشند. در حالی که در رابطه سارق و مال هیچ شخصی متعهد به شناسایی این رابطه نیست. در این صورت نمی‌توان حق عینی را دارای دو رکن یعنی دارنده و موضوع حق دانست. زیرا در حق عینی نیز همانند حق دینی سه رکن وجود دارد: اول صاحب حق، دوم متعهد و سوم موضوع حق. اگر هم تفاوتی هست تفاوت در تعداد متعهدین است. به این صورت که در حق دینی دارنده حق بر یک یا چند شخص به عنوان متعهد حق دارد در حالی که در یک حق عینی مانند حق مالکیت متعهدین آن همه اشخاص هستند. زیرا همگی متعهد به رعایت و احترام بر مال مورد نظر هستند. بنابراین در حق عینی و دینی سه عنصر وجود دارد: دارنده حق، موضوع حق و متعهد که در حق دینی متعهد محدود بوده و در حق عینی متعهد عموم مردم هستند. به همین جهت حق عینی نوعی حق شخصی عمومی^۱ است (سنهوری، الف: ۱۱۶) یا نوعی تعهد است که جنبه منفی آن عمومی^۲ می‌باشد (Colin. Capitant. op.cit: 5). به دیگر سخن در حق دینی متعهدله می‌تواند انجام کاری یا ترک کاری را از متعهد مطالبه نماید و در حق عینی نیز متعهد له آن یعنی مالک می‌تواند از همه مردم عدم انجام کاری یعنی عدم تجاوز به حق مالکیت خود را مطالبه کند (سلطان، منبع قبل: ۴). نکته دیگر این که اگر نقطه مقابل یک حق همیشه تکلیف باشد این سوال مطرح خواهد شد که اگر حق عینی را حق دارنده بر مال بدانیم تکلیف بر ذمه کیست؟ مال یا دیگران؟ این امر بدیهی است که تکلیف فقط در مورد اشخاص معنی دارد و در نتیجه همان گونه که در حق دینی دارنده حق یعنی متعهد له حق را داراست و در نقطه مقابل متعهد تکلیف دارد در حق عینی نیز مالک حقی را دارد و دیگران تکلیف به رعایت این حق

1- Passivement universal

2- Une obligation passive universelle

دارند. در نتیجه تفاوتی بین حق عینی و دینی نیست جز این که متعهدین حق عینی بی شمارند. نتیجه این نظریه این خواهد شد که حق عینی نیز به نوعی حق دینی باشد و مالکیت را نیز باید در زمره مسائل حقوق تعهدات مطرح نمود. زیرا مالکیت نیز نوعی حق دینی است. فقط با این تفاوت که متعهدینی بی شمار دارد. از آثار دیگر این نظریه این است که همان گونه که تعهد جدای از اشخاص طرف آن ممکن نیست (نبیل، قاسم، ۲۰۱۰: ۸)، انتقال تعهد نیز اصولاً ممکن نیست یا به سختی قابل پذیرش است. همان گونه که در حقوق رم انتقال تعهد مقدور نمی بود (Marty . Raynaud . Jestaz op.cit:2).

۳-۱-۲- نقد و بررسی نظریه شخصی

مقدمات نظریه شخصی تا حدودی صحیح است. بدیهی است که حق و تکلیف فقط در رابطه اشخاص می تواند وجود داشته باشد و اشیاء نمی توانند دارنده حق و تکلیف باشند مگر زمانی که به عنوان مجموعه ای از اشیاء دارای شخصیت حقوقی باشند. بنابراین فقط «شخص» می تواند دارای حق و تکلیف باشد: خواه این شخص حقیقی باشد یا حقوقی. (ماده ۵۸۸ ق.ت) از سوی دیگر این که در مقابل حق عینی همه جهان مکلف به رعایت حق دارنده حق هستند سخن صحیحی است. ماده ۵۴۵ ق.م.ف^۱ مقرر می دارد: «هیچ کس نمی تواند مجبور به واگذاری مالکیت خویش شود مگر به جهت منافع عمومی و با جبران خسارت عادلانه از قبل موجود» اصل ۴۷ ق.ا و ماده ۳۱ ق.م ایران نیز حرمت حق عینی و وظیفه دیگران به رعایت این احترام اشاره داشته است. با این وجود با همه صحت مقدمات فوق، نظریه شخصی در انکار حق عینی و نادیده گرفتن اهمیت روابط اقتصادی در میان اشخاص به افراط گراییده است. زیرا در این نظریه همه حقوق عینی و مهم تر از همه ویژگی اقتصادی روابط مورد انکار قرار گرفته و با تأکید بر جنبه شخصی و تحت الشعاع قراردادن جنبه اقتصادی تمام حقوق به حقوق دینی یا تعهدات تقریب شده است. به نظر می رسد

1- Art. 545

Créé par : Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804 Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

در این نظریه واژه « تکلیف و وظیفه »^۱ با « تعهد »^۲ خلط شده است. وظیفه دیگران در رعایت حق عینی صاحب حق، نوعی « تکلیف » است نه « تعهد » و به همین جهت این تکلیف گرچه الزام آور است اما تابع قواعد عمومی تعهدات نیست. به همین جهت یکی از ضمانات اجراهای حقوق تعهدات که « الزام به انجام عین تعهد » است (ماده ۲۳۷ ق.م) در مورد تکلیف وجود ندارد. به همین دلیل، دیگران در حق عینی « تکلیف به رعایت و احترام به حق عینی » دارند نه « تعهد به اجرای حق ». از سوی دیگر تکلیف دیگران به رعایت و احترام به حق دیگران فقط مختص حق عینی نیست و در حق دینی نیز چنین تکلیفی وجود دارد. بدین ترتیب تکلیف دیگران در حق عینی به این صورت است که نباید مانع استفاده و تصرف مشروع مالک شوند (اصل ۴۷ ق.ا). تکلیف دیگران در رعایت حق دینی نیز در قوانین مورد اشاره قرار گرفته است. به عنوان مثال در حق دینی نیز دیگران نمی توانند با مدیون تبانی نموده و وسیله فرار از دین را برای او فراهم نموده و به نوعی مکلف به رعایت حق دینی متعهد له می باشند (ماده ۲۱۸ ق.م). بنابراین تکلیف دیگران به رعایت حق دیگران اعم از عینی یا دینی دلیل بر انکار حق عینی نیست. نظم اجتماعی اقتضاء می کند که حق هر شخصی اعم از عینی و دینی محترم شمرده شود. بنابراین منظور از تعهدات یا حق دینی این تکلیف عام نیست و تلقی نمودن این تکلیف به عنوان تعهد هیچ ارزش حقوقی ندارد. زیرا تجزیه و تحلیل این تکلیف با قواعد عمومی تعهدات چندان میسر نیست. نکته دیگر این که در نظریه شخصی تعهدات دو مسأله « قابل استناد بودن »^۳ و « اثرنسی »^۴ ظاهراً خلط شده است (Mazeaud, 1978:12). حق خواه عینی و خواه دینی به عنوان یک امر مالی و اقتصادی در برابر همه « قابل استناد » است. به عنوان مثال در صورتی که بایع پس از فروش عین معین مفلس شده و عین مبیع در دارایی وی باشد مشتری حق دارد به حق عینی خویش در مقابل دیگر بستانکاران استناد نماید و عین مال را مطالبه کند. (ماده ۳۶۳ ق.م) همین قابلیت استناد در مورد حق دینی نیز وجود دارد. به عنوان مثال اگر ورثه اموال متوفی را قبل از تصفیه دیون وی به فروش برسانند طلبکار می تواند در مقابل خریدار به دین موجود بین وی و متوفی استناد کند (ماده ۸۷۱ ق.م). اما در حق دینی اثر

1- Le devoir

2- L'obligation

3- Opposabilité

4- Effet relatif

نسبی وجود دارد و صاحب حق یعنی متعهد له اجرای آن را فقط از مدیون یا متعهد خویش می تواند خواستار شود و بعد از مرگ وی نیز به ذمه ورثه منتقل نمی شود بلکه به ترکه تعلق می گیرد (ماده ۸۶۹ ق.م). بنابراین قابلیت استناد حق اعم از عینی و دینی دلیل بر انکار حق عینی نیست. زیرا حق پدیده ای اعتباری است که به عنوان یک موجود در برابر همه قابل استناد است. اما حق دینی نسبی بوده و اجرای آن را فقط از متعهد می توان مطالبه نمود. نکته دیگر این که در نظریه شخصی بین «حق مالی» و «موضوع حق» خلط شده است. حق و تکلیف به صورت دو کپه ترازو در مقابل هم بوده و فقط در رابطه بین اشخاص قابل تصور است. هر حقی بر دیگر اشخاص تکلیفی به ارمغان می آورد (Mazeaud. Chabas . 1986:553). اما این حق مالی ممکن است به عین تعلق قرار گیرد یا به ذمه دیگری. بنابراین جایگاه حق همیشه در عالم اعتبار است و گاه موضوع آن عین است که باید در مبحث حق عینی مطرح نمود و گاه به ذمه شخص دیگری است که حق دینی می نامند. بنابراین در حق عینی منظور از رابطه این نیست که مالک حق دارد و در مقابل این حق، شیء تکلیف دارد و منظور طرفداران وجود حق عینی هم این نیست که شیء در مقابل دارنده حق، تکلیف داشته باشد. بلکه این امر بدیهی است که در مقابل دارنده حق عینی، دیگران تکلیف داشته باشند نه اشیاء. به همین جهت تکلیف دیگران به رعایت حق عینی و دینی صاحب حق امر بدیهی است اما در حق عینی حق به موضوع تعلق گرفته و در حق دینی بر ذمه دیگران.

از سوی دیگر ظاهراً در نظریه شخصی مساله «تصرف»^۱ با مساله «مالکیت»^۲ خلط شده است. طبق ماده ۲۲۲۸ ق.م.ف^۳: «تصرف عبارتست از در اختیار داشتن یا بهره برداری از یک حق که یا خود ما در اختیار داشته یا اعمال می کنیم یا به وسیله شخص دیگری که از جانب ما در اختیار داشته یا استفاده می کند» در حالی که طبق ماده ۵۴۴ ق.م.ف^۴: «مالکیت عبارتست از حق

1- La possession

2- La propriété

3- Art. 2228

Créé par : Loi 1804-03-15 promulguée le 25 mars 1804 La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

4- Art. 544

بهره‌برداری یا به کاربردن اشیاء در حالتی مطلق به شرط این که استفاده به وسیله قانون یا مقررات ممنوع نباشد. بنابراین مالکیت یک «حق» است در حالی که در «تصرف» جنبه مادی مورد نظر است. به دیگر سخن حق عینی یک نوع «رابطه حقوقی مالی» است نه صرفاً مادی. بنابراین قیاس مالک و سارق ممکن نیست. به همین جهت در حق عینی رابطه دارنده با حق در عالم ماده نیست بلکه در عالم اعتبار است. زیرا حق از مقوله اعتباری است و صرف نظر از این که متصرف چه شخصی باشد رابطه اعتباری در عالم اعتباری موجود است. به عنوان مثال اتومبیلی که به سرقت برده می‌شود بین اتومبیل و مالک رابطه مالکیت که یک نوع حق مالی یعنی حق عینی است در عالم اعتبار باقی می‌ماند و لو این که مال در تصرف سارق باشد. بنابراین در حق عینی اولاً شیء متعهد نیست. بلکه دیگران مکلف به رعایت حق دارنده هستند. ثانیاً شیء فقط موضوع حق عینی است. ثالثاً در حق عینی بین شخص و شیء رابطه مادی یا تصرف نیست بلکه رابطه حقوقی بوده و جای آن در عالم اعتبار است. به همین جهت در بیع مربوط به عین معین حق مالکیت به عنوان یک موجود اعتباری پس از اتمام ایجاب و قبول منتقل می‌شود اگرچه هنوز مبیع به تصرف مشتری داده نشده باشد.

۲-۲- نظریه مادی

۲-۲-۱- توجیه نظریه

عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان به جای جنبه شخصی، بر ویژگی اقتصادی تعهد تأکید دارند و به همین دلیل در مقابل نظریه شخصی، در حقوق آلمان نظریه دیگری به نام «نظریه مادی»^۱ رشد نمود که در رأس آن باید از «جی یرک»^۲ نام برد. در این دیدگاه بر حسب حقوق آلمان و بر خلاف حقوق رم در تعهدات رابطه شخصی ملاک نیست و بیشتر موضوع تعهد یعنی مال و موضوع یعنی جنبه اقتصادی تعهد اهمیت دارد (1: Marty, Raynaud, Jestaz op.cit). بنابراین تعهد جدای از

Créé par : Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804 La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

1- La théorie objective

2- Gierke

اشخاص این رابطه و بیشتر بر مبنای موضوع آن یعنی مال و حق مالی استوار می‌گردد (Mazeaud. 1978:11). در نتیجه با جدا نمودن تعهد از اشخاص طرف آن یعنی متعهد و متعهد له تعهد بنا موضوع خود یعنی مال رابطه بیشتری دارد (عبدالله، الف: ۲۱). و همین عامل به تعهد جنبه مالی داده و آن را در نزد طرفین با ارزش می‌کند. در نتیجه تعهدات در بازار دارای ارزش اقتصادی هستند. این چنین نظری در مرزهای دانش آلمان محصور نماند و به وسیله «سالی»^۱ و «گودمه»^۲ در حقوق فرانسه نیز گسترش یافت (2: Marty. Raynaud. Jestaz op.cit). در این نظریه حق دینی یا تعهد چنین تحلیل می‌شود که تعهد یا حق دینی «حق بر شیء»^۳ بوده و با حق عینی که «حق در شیء»^۴ است نزدیک شده است (86: Malaurie. Aynes. op.cit). زیرا وقتی متعهد له حق خویش را دریافت می‌کند بر شیء موضوع تعهد دست می‌یابد. در این نظریه تعهد بر مبنای مفهوم «دارایی»^۵ توجیه می‌شود. یعنی تعهد جزئی از دارایی است نه مفهومی وابسته به شخص. از نظر حقوقی، دارایی مجموعه‌ای از اموال است که هم شامل طلب‌ها و اموال است که عنصر «ایجابی یا مثبت» دارایی است و هم شامل دیون و تعهدات شخص می‌باشد که عنصر «سلبی یا منفی» دارایی است. حق مطالبه انجام تعهد نیز به عنوان حقی که متعهد له از متعهد دارد جزئی از عناصر دارایی است و به همین دلیل صبغه مادی و مالی به خود می‌گیرد و شخص و شخصیت متعهد و متعهد له در آن رنگ ضعیف‌تری به خود می‌گیرد.

۲-۲-۲- اثر این نظریه در حقوق تعهدات

مطابق نظر عده‌ای از حقوقدانان که باید در رأس آنها از «سالی» و «لامبر»^۶ نام برد حق دینی یا تعهدات مانند حق عینی بر اشیاء یکی از عناصر دارایی است. از نتایج این نگرش به تعهد این است که دارنده آن می‌تواند با تصرف در آن حق خویش را منتقل کند. بر مبنای نظریه مادی تعهدات

1- Saleilles

2- Gaudemet

3- Jus ad rem

4- Jus in rem

5- Patrimoine

6- Lambert

اگر توجه کمتری به اشخاص طرف حق باشد و حق دینی یا تعهد جدای از شخصیت متعهد یا متعهد له دارای «ارزش اقتصادی» باشد حق دینی به حق عینی نزدیک می‌گردد (سنهوری، ب. ۱۲۱ و ۲: Marty. Raynaud. Jestaz op.cit). همچنین اگر متعهد به عهد خویش وفا نکند جسم وی از تعرض مصون بوده و فقط اموال وی به فروش رفته و طلب از دارایی وی اخذ می‌شود. چنانچه اموال وی توقیف می‌گردد تا با فروش آن حق متعهد له اداء گردد و در این مرحله همان نتیجه حق عینی یعنی حق بر مال به دست می‌آید. توانایی متعهد له بر توقیف و فروش اموال متعهد چندان به حق عینی نزدیک می‌شود که برخی از نویسندگان از اموال مدیون به عنوان «رهن عام»^۱ یاد نموده اند (Mazeaud. 1978: 9). همچنین در برخی از سیستم‌های حقوقی در قوانین تصریح شده که همه اموال مدیون پشوانه دیون وی می‌باشد (ابوعمر، ۲۰۱۰: ۱۰). به همین جهت متعهد له می‌تواند اجرای تعهد را از متعهد مطالبه نماید و در صورتی که وی از انجام تعهد امتناع کند با مطالبه متعهد له دادگاه می‌تواند از اموال وی مقدمات وفای به عهد را مهیا سازد (تبصره ۱ ماده ۳۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی با این نظر سازگار هستند). با این نظریه حقوق تعهدات صبغه رمی خود را از دست می‌دهد و با فاصله گرفتن تعهد از اشخاص طرف آن انتقال تعهد نیز به آسانی قابل پذیرش خواهد شد.

۳-۲-۲- نقد و بررسی نظریه مادی

در نظریه مادی در خصوص جنبه مالی و ارزش اقتصادی تعهد تأکید می‌شود و این نکته‌ای غیر قابل انکار است. تعهد موجودی اعتباری مالی است که به حکم ظاهر بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م. و ماده ۷۱۱ ق.م.ف از اسباب کسب ملکیت است و تا جایی ارزش دارد که به این نتیجه منتهی گردد. به همین جهت از منظر متعهد له اصولاً فقط یک نکته اهمیت دارد و آن این است که به موضوع حق مالی خویش دست یابد. به عبارت دیگر در مقایسه بین موضوع حق و شخصیت متعهد به نظر می‌رسد شخصیت متعهد در نظر وی اهمیتی که موضوع حق مالی وی یا تعهد دارد را دارا نیست. نمونه‌ای از برتری موضوع تعهد بر متعهد را می‌توان در ماده ۲۶۷ ق.م. که مانند ماده ۱۲۳۶ ق.م.ف^۲

1- Gage général

2- Art. 1236

است مشاهده نمود که تصریح می‌کند ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جایز است. با این وجود علی‌رغم این استدلال به ظاهر صحیح باید پذیرفت که در تعهدات گرچه از نظر متعهد له آنچه مهم است به دست آوردن موضوع تعهدات است، اما متعهد له حق اجبار ثالث به انجام تعهد را ندارد. در حالی که وی می‌تواند اصولاً متخلف از انجام تعهد را به انجام تعهد الزام نموده و خسارت نیز از وی دریافت دارد. به همین جهت تعهد در زمره حق شخصی بوده و تعهد فقط به نسبت مدیون اثر اجبار داشته و در صورتی که متعهد به عهد خویش وفا ننماید متعهد له می‌تواند اجبار وی را از دادگاه مطالبه نماید (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹). در حالی که در حق عینی، شخص مال خویش را به هر نحو که بخواهد به کار می‌برد (Mazeaud, 1978: 12). نکته دیگر این که علی‌رغم صحت استدلال نظریه فوق مبنی بر اینکه موضوع تعهد نسبت به شخصیت طرفین آن اهمیت بیشتری دارد، اما نباید فراموش نمود که در برخی از تعهدات شخصیت متعهد له و متعهد بی‌تأثیر نیست و وفای به عهد جز به وسیله شخص متعهد امکان ندارد. (ماده ۲۶۸ ق.م.به تبع از ماده ۱۲۳۷ ق.م.ف.^۱). گذشته از مورد فوق که تعهد به قید مباشرت متعهد است در دیگر تعهدات هم شخصیت متعهد بی‌تأثیر نیست. چنانچه حتی در عقود که سبب انتقال حق عینی است مانند عقد اجاره، شخصیت طرف عقد گرچه علت عمده نیست اما بی‌تأثیر هم نیست. چنانچه در عرف موجر بیشتر به دنبال مستأجری است که امانت دار بوده و خانواده آرام و کم جمعیتی داشته باشد. بنابراین به نظر می‌رسد گرچه بین مواردی که شخصیت متعهد علت عمده باشد با مواردی که شخصیت علت عمده نیست تفاوت وجود دارد، اما در هر حال در تعهدات «شخصیت» متعهد موثر است. این امر نشان دهنده این است که پیروی صرف از نظریه مادی تعهدات و انکار شخصیت متعهد در تعهدات چندان صحیح نیست. از طرفی در تعهدات شخصیت متعهد له نیز بی‌تأثیر نیست.

Créé par : Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.

1- Art. 1237

Créé par : Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

چنانچه اگر شخصی بخواهد در مقابل دیگری تعهد به انجام خدمتی رایگان نماید و در شخصیت متعهدله اشتباه نماید اعتقاد به صحت این تعهد بسیار دشوار است.

۳- جایگاه تعهدات در میان حقوق دینی

تعیین جایگاه تعهدات امروزه اهمیت زیادی پیدا نموده است. اگر نظریه شخصی پذیرفته شود به جهت اهمیت اشخاص طرف تعهد اصل بر این خواهد شد که انتقال یکی از جنبه‌های مثبت و منفی تعهد بدون رضایت طرف دیگر ممکن نیست. اما اگر نظریه مادی تقویت شود هر کدام از طرفین می‌تواند در آن تصرف اعتباری نماید (عوجی، ۲۰۰۷: ۲۱). نگرش به حقوق تعهدات نشان دهنده این است که جایگاه تعهدات در میان حقوق مالی بیشتر با حقوق دینی سازگار است. تعهد رابطه حقوقی، مالی و شخصی میان اشخاص است که بر مبنای آن یکی از ایشان می‌تواند دیگری را وادار به انجام کار یا ترک کار یا انتقال چیزی کند. به همین جهت تعهد همان حق دینی یا حق شخصی است (سنه‌وری، الف: ۱۳). در قانون مدنی ایران بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م.مقرر می‌دارد: «عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید» که منظور از الزام تعهد است. به این ترتیب در بیع عین معین هم حق عینی نقش بازی می‌کند هم حق دینی یا تعهد. به عبارتی حقوق اموال و حقوق تعهدات هر دو در این روابط دخالت دارند. به این ترتیب در بیع عین معین طبق بند ۱ ماده ۳۶۲ «به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع می‌شود» این مالکیت نوعی انتقال حق عینی است؛ از آثار این حق عینی حق تعقیب است. به همین جهت مشتری با توجه به حق عینی و حق تعقیب آن می‌تواند مبیع را بدون اجازه دیگران قبض کند. (ماده ۳۷۴ ق.م.) در عین حال در بیع، حق دینی نیز وجود دارد. طبق بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. بایع متعهد به تسلیم مبیع می‌شود. بدیهی است که تعهد بایع به تسلیم مبیع دلالت بر رابطه دینی میان مشتری و بایع دارد که مشتری گذشته از حق عینی که بر مبیع داشته و می‌تواند آن را قبض کند همچنین می‌تواند به استناد حق دینی مزبور بایع را ملزم به تسلیم مبیع نماید. در نتیجه اگر بایع مبیع عین معینی را که در اصفهان موجود است در تهران به دوست خود بفروشد، مشتری می‌تواند خود به اصفهان رفته و به استناد حق عینی خود مبیع را تسلیم کند (ماده ۳۷۴ ق.م.) یا می‌تواند به استناد حق دینی یا تعهد موجود میان وی و بایع، فروشنده را ملزم کند تا آن را در تهران تحویل دهد (ماد ۲۸۰ ق.م.)

۴- آمیختگی دو نظریه شخصی و مادی در تعهدات

می توان به عنوان نتیجه این مباحث ادعا نمود که امروزه تعهدات دارای دو جنبه شخصی و مادی هستند (عوجی، منبع قبل: ۲۲). به عبارتی با توجه به مطالب گذشته مشخص شد که تعهدات در زمره حقوق دینی یا شخصی است. با این وجود این امر را نباید حمل بر این نمود که در تعهدات همیشه شخصیت طرفین قید تعهد است (فرج، جمال، منبع قبل: ۱۶). بلکه همان گونه که مطرح شد منظور از این که تعهدات در زمره حقوق دینی یا شخصی است این است که در تعهدات طلبکار اصولاً بدون واسطه مدیون نمی تواند به حق خویش دست یابد. همین امر حقوق تعهدات را از حقوق عینی یا اموال ممتاز می سازد. زیرا در حقوق عینی دارنده حق مستقیم و بدون واسطه شخص دیگری می تواند از حق خویش بهره برداری کند. بنابراین در تعهدات، شخص متعهد فقط واسطه انجام تعهد است و گرنه آنچه برای متعهد له اصولاً ارزش دارد جنبه مالی موضوع تعهد است و تعهداتی که در آن شخصیت متعهد قید تعهد است بسیار نادر بوده و متعهد له همیشه به دنبال اجرا شدن تعهد است و شخصیت متعهدی که وفای به عهد می کند اصولاً برای وی چندان اهمیتی ندارد. به همین دلیل وفای به عهد توسط ثالث سبب سقوط تعهد می گردد. همچنین در اسناد تجاری که معرف یک تعهد است با یک امضای ساده و با یک ظهرنویسی می توان حق را منتقل نموده و ما به ازای آن را دریافت داشت که در واقع طلبکار در حال استیفای طلب خود است (مواد ۲۴۵ و ۳۲۰ ق.ت). بنابراین امروزه در تعهدات دو جنبه شخصی و مادی در هم می آمیزد. در عین حال که تعهد جنبه مالی و اقتصادی داشته و جزیی از دارایی دارنده آن به حساب می آید که مانند حق عینی قابل استناد در برابر همه بوده و همه مکلف به رعایت احترام این حق می باشند و مانند هر مالی قابل اسقاط، وراثت و انتقال است، در عین حال دین و تعهد همیشه بین دو طرف متعهد و متعهد له قابل تصور است و بر خلاف حق عینی که رابطه حقوقی بین شخص و شیء است در تعهد رابطه حقوقی میان دو شخص موجود است و جنبه شخصی آن سبب تمیز تعهد از حق عینی است. به عبارت دیگر حق عینی و حق دینی یا تعهد هر دو مالی و دارای ارزش اقتصادی است اما حق عینی رابطه حقوقی میان شخص و مالی است که این رابطه در عالم اعتبار است. اما حق دینی یا تعهد رابطه حقوقی میان متعهد و متعهد له است که بر مبنای آن متعهد له می تواند انجام یا ترک کار یا انتقال مالی را از متعهد خواستار شود. بنابراین تقسیم بندی حق عینی و دینی هنوز به

عنوان یک تقسیم بندی سنتی به قوت خود باقی است (سنه‌وری، ج: ۵) و جایگاه اصلی تعهدات در میان حقوق دینی است هرچند اهمیت اشخاص اطراف تعهد امروزه نسبت به گذشته کم تر شده و صبغه اقتصادی تعهدات امروزه بیش از گذشته مورد توجه واقع شده است.

جمع بندی و نتیجه گیری

تفکیک حقوق مالی به حق عینی و دینی علی‌رغم این که ممکن است از منظر حقوق اموال تفکیک دقیقی نباشد اما از منظر حقوق تعهدات نمی توان با انکار کلی این تقسیم بندی همه حقوق مالی را یا حقوق تعهدات دانست یا در حقوق اموال خلاصه نمود. در هر رابطه حقوقی هم حق عینی می تواند وجود داشته باشد و هم تعهدات. ابزارها و کارکردهای این دو شعبه از حقوق یعنی حقوق اموال و حقوق تعهدات متفاوت بوده و انکار هر یک به بهانه بها دادن به دیگری روابط معاملاتی را در هم می ریزد. حقوق تعهدات به عنوان حق شخصی یا دینی جدای از حقوق اموال یا حق های عینی است و همین امر به پویایی روابط مالی مردم منتهی خواهد گردید. در عین حال توسعه جنبه اقتصادی تعهدات را نباید فراموش نمود. به همین دلیل تعهدات نیز مانند هر مال دیگری دارای ارزش اقتصادی بوده و در بازار معاملاتی جنبه های مثبت و منفی آن قابل انتقال می باشد.

منابع

- ۱- امیری قائم مقامی. عبدالمجید. ۱۳۵۶. حقوق تعهدات. ج ۲. چ ۲. تهران. انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲- جعفری لنگرودی. محمد جعفر. ۱۳۷۲. حقوق تعهدات. ج ۱. چ ۳. انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳- صفایی. سید حسین. ۱۳۵۵. مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی. چ ۱. تهران. انتشارات مرکز تحقیقات.
- ۴- صفایی. سید حسین. ۱۳۸۶. دوره مقدماتی حقوق مدنی. اشخاص و اموال. ج ۱. چ ۴. نشر میزان.
- ۵- صفایی. سید حسین. قاسم زاده. سید مرتضی. ۱۳۸۰. حقوق مدنی اشخاص و محجورین. چ ۶. سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)
- ۶- قاسم زاده. سید مرتضی. ۱۳۷۸. مبانی مسئولیت مدنی. چ ۱. نشر دادگستر.

- ٧- قاسم زاده. سید مرتضی. ١٣٨٨. الزام ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد. چ ٧. نشر میزان.
- ٨- کاتوزیان. ناصر. ١٣٧٤. الف. حقوق مدنی. اموال و مالکیت. چ ١. تهران. نشر یلدا.
- ٩- کاتوزیان. ناصر. حقوق مدنی. ١٣٧٤. ب. نظریه عمومی تعهدات چاپ ١. نشر یلدا
- عربی:
- ١٠- ابو عمرو. مصطفی احمد. ٢٠١٠. موجز احکام الالتزام. چ ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١١- حسین. (فايز محمد) ابو الحسن (احمد) ٢٠١٠. الموجز فی نظريه الالتزامات فی القانون الروماني. چ ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١٢- سلطان. انور. ٢٠٠٧. مصادر الالتزام. چ ١. دارالثقافة للنشر و التوزيع.
- ١٣- سنهوري. عبدالرزاق احمد. ١٩٩٨. الف. مصادر الحق. چ ١. چ ٢. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١٤- سنهوري. عبدالرزاق احمد. ١٩٩٨. ب. الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد. چ ١. چ ٣. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١٥- سنهوري. عبدالرزاق احمد. ١٩٩٨. ج. نظريه العقد. چ ١. چ ٢. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١٦- سوار. محمد وحيد الدين. ١٤١٣ هـ. ق ٢٠١٠ حق الملكية فی ذاته فی القانون المدني. چ ٢. دار الثقافة للنشر و التوزيع.
- ١٧- عوجی. مصطفى. ٢٠٠٧. القانون المدني. العقد. چ ١. چ ٢. منشورات الحلبي الحقوقية
- ١٨- عبدالله. هدی. ٢٠٠٨. الف. النظرة العامة للموجبات. چ ١. چ ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١٩- عبدالله. هدی. ٢٠٠٨. ب. الاعمال غير المباحه. چ ٣. چ ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٢٠- فرج (توفيق حسن) جمال (مصطفى) ٢٠٠٩. مصادر و احكام الالتزام. چ ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٢١- کسوانی. عامر محمود. ٢٠٠٨. احكام الالتزام. چ ١. دارالثقافة للنشر و التوزيع.
- ٢٢- کرکبی. مروان. بديع منصور. سامی. ٢٠٠٩. الاموال. چ ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٢٣- مرقس. سليمان. ١٩٩٢. الوافي فی شرح القانون المدني فی الالتزامات فی الفعل الضار و المسئولية المدنية. چ ١. چ ٥. مكتبة زين الحقوقية.
- ٢٤- نبیل. ابراهيم. قاسم. محمد حسن. ٢٠١٠. مصادر الالتزام. چ ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- 25- Oda. (Hirochi) 1999. Japonaise law. 1th. ed. oxford university press.
- 26- Bacache-Gibeili (Mireille). 2007. Droit civil. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. T.5. 1^é. éd. Economica.

- 27- Benabent.(Aiaïn) 2007.Droit Civil.Les Obligations.11^é.éd. Montchrestien
- 28- Baudry-lacantinerie.(G) .1921.Précis de droit civil. T2.12^é. éd. Librairie de la société du recueil sirey
- 29- Cabrillac.(Remy) 2006.Droit des obligations.7^é.éd.Dalloz.
- 30- Carbonnier.(Jean)1998. Droit civil .Les biens.T.3.18^é.éd. presses universitaires de France.
- 31-Carbonnier.(Jean) 1998. Droit civil .Les obligations.T.4.21^é.éd. presses universitaires de France.
- 32- Colin.(Ambroise)Capitant.(H) 1935.Cours élémentaire de Droit Civil Français. T.2.8^é.éd. Dalloz
- 33- Fabre-Magnan.(Muriel) 2008.Droit des obligations.T.1(contrat et engagements unilateral)1^é.éd.presses universitaires de France
- 34-Flor(Jacques)Aubert(Jean-Luc) Savaux(Eric) 2008.Les obligations. 1-L'acte juridique T.1. 13^é.éd. Dalloz.
- 35- Jourdain. (Patrice) 2007. Les principes de la responsabilitè civilé. 7^é.éd.Dalloz
- 36- Lévy(Jean- Philippe) Castaldo(André) .2002. Histoire du droit civil. 1^é.éd. Dalloz
- 37- Malaurie(Philippe)Aynes(Laurent)Stoffel-Munk(Philippe) 2007. Droit Civil. Les Obligations.3^é.éd. Defrenois.
- 38- Malaurie(Philippe)Aynes(Laurent). 2007. Droit Civil. Les Biens.3^é.éd.Defrenois.
- 39- Marty (Gabriel) Raynaud (Pierre)Jestaz (Philippe) .1989.Droit civil. Les obligations.T.2 . 2^é.éd.Sirey
- 40-Mazeaud,(Henri, Leon, Jean) Chabas (François), , 1984. Leçons de Droit civil, Biens, T.2. 6^é , éd. paris, deuxieme volume. Montchrestien.
- 41-Mazeaud,(Henri, Leon, Jean) Chabas (François), 1986. Leçons de Droit civil, Les personnes, T.1. 7^é , éd. paris, deuxieme volume , Montchrestien.
- 42- Mazeaud.(Henri,Leon, Jean) 1978.Leçons de Droit Civil.Obligations. T2. 6^é.éd.Monntchrestien.
- 43- May.(Gaston) 1925. Elements de Droit Romain. 15 ^é.éd .Recueil sirey
- 44- Starck.(Boris) 1972. Droit Civil. Obligations:1^é.éd.Librairie techniques.
- 45- Terré(Francois)Simler(Philippe)Lequette(Yves) 2005. Droit Civil.Les Obligations. 9^é.éd .Dalloz.
- 46- Weill.(Alex)Terré.(Francois) 1975. Droit .Civil.Les Obligations. 2^é.éd Dalloz.

Received: 10 Mar 2012

Accepted: 4 Jul 2012