

پژوهشهای حقوقی

شماره ۱۵

هزار و سیصد و هشتاد و هشت - نیمسال اول

مقالات

- تأملی بر انتشار تصویر چهره متهم در روزنامه‌ها
 - تحول قاعده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای
 - مطالعه تطبیقی ماهیت و مبنای مسئولیت متصدیان حمل و نقل
 - استقلال قاضی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانون‌گذاری
 - راهکار تعقیب متهمان به جنایات جنگی در غزه بر اساس گزارش گلدستون
 - آغاز رویکرد غیرتاریخی به حقوق اساسی در ایران
 - قلمرو استدلال قیاسی با نقدی بر روش‌شناسی قیاس جزایی در فقه
 - انعقاد معاهدات معاضدت قضایی در نظام حقوقی ایران
 - نگرشی تطبیقی بر مالکیت در فقه اسلامی و حقوق غرب
 - اجرای تعهدات بین‌المللی در نظام قضایی ایران: محدودیت‌ها و ظرفیت‌ها
- موضوع ویژه: جایگاه و کارکرد سازمان‌های غیردولتی در نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی
- درآمدی بر موضوع ویژه
 - وضعیت سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی در حقوق بین‌الملل و حقوق ایران
 - تعامل سازمان‌های غیردولتی با سازمان جهانی تجارت
 - تأثیر سازمان‌های غیردولتی بین‌المللی بر حقوق داخلی با تأکید بر عملکرد «فیفا»
 - مناسبات سازمان ملل متحد و سازمان‌های غیردولتی در آیین تغییر
 - نقش انجمن‌ها در حمایت حقوقی از معلولان با نگاهی به قضیه «پروش»
 - موانع تشکیل و کارآمدی سازمان‌های غیردولتی در ایران
- ## نقد و معرفی
- قانون جرایم رایانه‌ای: نوآوری‌ها و کاستی‌ها
 - تحدید حق دادخواهی دانشگاهیان توسط شورای عالی انقلاب فرهنگی!؟
 - نگاهی به تازه‌ترین دادنامه پرونده خون‌های آلوده





نگرشی تطبیقی بر مالکیت در فقه اسلامی و حقوق غرب

دکتر محمدرضا ویژه*

چکیده: «مالکیت» به عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای حقوقی از دیرباز تأثیری شگرف بر تطور نظام‌ها و فرهنگ‌های گوناگون حقوقی داشته است. در فقه شیعه، بسیاری از قواعد فقهی ضامن این نهاد هستند و در حقوق غرب نیز این حمایت از دوره حقوق روم وجود داشته است. نگرشی بر تطور مالکیت در این دو نظام حقوقی مبین آن است که مبانی این نهاد در دو نظام کاملاً متفاوت شکل گرفته است و تمایز مذکور بر بسیاری از سازکارهای حمایتی نیز تأثیر نهاده است. در واقع، در فقه اسلامی، «مالکیت» به عنوان موقعیت حقوقی مطرح می‌شود در حالی که در حقوق غربی در قالب حق شخصی نمود می‌یابد با توجه به عدم کارایی مفهوم موقعیت حقوقی، به نظر می‌رسد تحول مبانی مالکیت به سوی حق شخصی اجتناب ناپذیر است؛ امری که نه تنها با مبانی فقهی تعارضی ندارد بلکه زنجیره تحول این نهاد را تکمیل نیز می‌کند.

کلیدواژه‌ها: مالکیت، موقعیت حقوقی، حقوق شخصی، سلطه، اختصاص، فقه اسلامی، حقوق غرب

پیش‌گفتار

مالکیت یکی از مهم‌ترین نهادهای حقوقی است که از دیرباز در تاریخ بشریت وجود داشته است و

* مدرس دانشگاه و عضو کانون وکلای دادگستری مرکز

شاید بتوان گفت که هنجارهای مربوط بدان از کهن‌ترین هنجارهای حقوقی هستند. از این‌روی، تاریخ تطور نظام‌های حقوقی رابطه مستقیم با تطور هنجارهای حقوقی مربوط بدان در جوامع و فرهنگ‌های گوناگون حقوقی دارد. بنابراین، شناخت و تحلیل تمایزهای بین مفاهیم و کارکردهای مالکیت در فرهنگ‌های گوناگون حقوقی علاوه بر آنکه این تمایزها را آشکار می‌کند موجب می‌شود به ارزش و نقصان داشته‌های خویش آگاه شویم.

پرسش مقدماتی در این مقاله این خواهد بود که چه نیازی به تطبیق «مالکیت» در دو نظام فقهی و حقوق غرب وجود دارد؟ یکی از مهم‌ترین نهادهای حقوقی که در فقه شیعه مورد حمایت قرار گرفته است و تضمین آن همواره مورد نظر فقیهان بوده «مالکیت» است. شاید، دلیل این اعتبار فوق‌العاده جلوگیری از دست‌اندازی‌های حکومت‌های ستمگر بوده است ولی به هر تقدیر فارغ از دلیل این حمایت قاطع، اکنون با مجموعه‌ای از قواعد انعطاف‌ناپذیر در تضمین مالکیت افراد روبرو هستیم. این حمایت قاطع در اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز تجلی یافته است که با الهام از قواعد فقهی و به‌ویژه قاعده تسلیط تنظیم شده‌اند. در حقوق کشورهای غربی نیز، به رغم اختلافات به‌خصوص در نظام‌های رومی - ژرمنی و آنگلو ساکسون، حقوق اروپای قاره‌ای از حقوق روم میراث برده است. در نتیجه، کمتر اختلافی در نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای در تضمین حق مالکیت دیده می‌شود و میراث مشترک حقوق روم و تحولات فکری دوره نوزایش را می‌توان مبنای استوار مفهوم کنونی حق مالکیت در حقوق غرب دانست. بنابراین، چارچوب تطبیق در مقاله حاضر نظام فقهی و نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای با تأکید بر فرانسه خواهد بود زیرا تطبیق با حقوق آنگلو ساکسون محتاج تحقیق گسترده‌تری است گرچه به فراخور موضوع اشاراتی به آموزه‌های نظام فوق نیز شده است.

طرح مسأله

بی‌تردید، یکی از ملزومات فلسفه حقوق مدرن، به تبعیت از جریان کلی فلسفه مدرن، اهمیت یافتن سوژه^۱ در روابط حقوقی است. در این مقوله برخی از حقوق به عنوان حقوق شخصی^۲ حقوقی هستند که به گونه‌ای منطقی به سوژه ارتباط می‌یابند.^۳ بنابراین، پیدایش مفهوم حقوق شخصی مرحله‌ای تعیین‌کننده در حقوق مدرن به شمار می‌رود. نهاد «مالکیت» نیز از این مقوله به کنار نبود

1. Sujet

2. Droits subjectifs

3. Alain RENAUD, "Etat de droit et sujet de droit", *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, n° 24, 1993, p. 56.

و تطور حقوق مدرن این نهاد را نیز به صورت نوعی حق شخصی مطرح نمود. در مقابل، تحلیل فقه اسلامی نشانگر آن است که تضمین انعطاف‌ناپذیر «مالکیت» توسط قواعد فقهی جنبه نهادی دارد. به عبارت دیگر، به رغم تطورات برخی از نحله‌های فقهی که به رابطه اعتباری مالک و مورد مالکیت نیز نظر دارند هنوز نگرش رایج فقهی این نهاد را به صورت موقعیتی حقوقی تلقی می‌کند. این دیدگاه آثار و توالی‌ای به دنبال دارد که با تفسیر «مالکیت» به عنوان حق شخصی به کلی متفاوت است.

مقایسه دو مفهوم فوق از مالکیت در نظام‌های حقوقی فقهی و غربی ما را در برابر پرسش‌های ذیل قرار می‌دهد که برای طرح نظریه‌ای جامع در مورد مالکیت ناچار به یافتن پاسخ برای آنها هستیم: آیا «مالکیت» به عنوان موقعیت حقوقی نیازهای اجتماعی کنونی را برآورده می‌سازد؟ اساساً آیا ضرورتی برای تغییر مبنای «مالکیت» وجود دارد؟ آیا مفهوم حق مالکیت قادر به پر کردن خلأهای مفهوم نخست می‌باشد؟ سرانجام اینکه چه راهکارهایی را باید در پیش گرفت تا تطور مفهوم مالکیت به سوی حق شخصی تسهیل شود؟ برای پاسخ به پرسش‌های فوق، نخست باید جنبه‌های گوناگون متمایزکننده مفهوم مالکیت در فقه اسلامی و حقوق غرب را بازشناخت (۱) و سپس به بررسی مراحل و راهکارهای تحول مالکیت به سوی حق شخصی پرداخت (۲).

۱. ابعاد تمایز «مالکیت» در نظام‌های حقوقی مورد نظر

برای مقایسه مالکیت در دو رویکرد اسلامی و غربی و یافتن نقاط اشتراک و افتراق آنها ناگزیر از تقسیم تحلیل در دو بعد متفاوت هستیم. ابتدا باید تمایز مفهومی^۴ مالکیت در این دو رویکرد به دقت بررسی شود (الف) و سپس آثار کارکردی^۵ مالکیت، که بی‌گمان متاثر از تمایز نوع نخست است، باید مورد کنکاش قرار گیرد (ب).

الف) تمایز مفهومی

یک - مفهوم «مالکیت» در فقه اسلامی

از آیات قرآنی و سنت این اصل مسلم را می‌توان استنباط نمود که «مالکیت» نسبی و محدود می‌باشد زیرا «معنای مالکیت اختیار و قدرت در تصرف است و قدرت و اختیار انسانی محدود

4. Conceptuel

5. Fonctionnel

است و انسان نمی‌تواند خود را مالک مطلق و متصرف تام‌الاختیار بداند.^۶ در ماهیت مالکیت، مناقشه‌های بسیاری بین فقیهان و اصولیین وجود دارد. «قدما مالکیت را به اصطلاح فلسفی بر مقوله جده منطبق می‌دانستند، یعنی معتقد بودند شخص نسبت به مال تحت تملک خود یک حالت دارایی و واجدیت دارد. برخی نیز، مانند شهید اول در قواعد، آن را از امور انتزاعی دانسته‌اند. برخی نیز مانند محقق خراسانی نیز مالکیت را هم از احکام وضعیه و هم منتزعی از احکام تکلیفیه می‌داند.»^۷ علمای متأخر اظهار داشته‌اند که مالکیت از مقوله اضافه است یعنی مالکیت رابطه‌ای بین مالک و مملوک است که به نوعی آنان را به یکدیگر ربط می‌دهد.^۸ برخی بر این اعتقادند که سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی با این نظر همراه است ولی شاید نظر ایشان همان اعتبار محض باشد.^۹

شیخ انصاری «مالکیت» را از دیدگاه دیگری مورد توجه قرار داد. به نظر شیخ، «مالکیت رابطه‌ای اعتباری است که بین شخص با شیء برقرار می‌شود».^{۱۰} البته لازم به یادآوری است که شیخ انصاری این رابطه را فقط از یکسو و آن هم مورد مالکیت اعتباری می‌داند و آن هم بدین دلیل که حقوق مالی را نیز به جای مال قابل تملک می‌داند.^{۱۱} به هر روی، این تلقی از رابطه مالکیت گامی مهم در ارتقای مفهوم مالکیت در فقه اسلامی محسوب می‌شود. در نتیجه این تحول بود که در دوره‌های بعد «مالکیت» به «سلطنت اعتباریه کسی (مالک) است بر چیزی (مملوک)»^{۱۲} تعبیر شد.

دشواری اطلاق رابطه اعتباری به «مالکیت» در ادوار گذشته فقه بیشتر ناشی از تمایز بین «مالکیت» و «حق» بود. فقیهان عموماً بین حق و ملک تفاوت قائل شده‌اند و حتا در فقه اهل سنت «حق» تعریف نشده است.^{۱۳} در فقه شیعه، حق توانایی خاصی است که گاهی به عین، گاهی به عقد

۶. سیدمحمد طالقانی، **اسلام و مالکیت**، تهران، انتشار، ۱۳۴۴، ص ۱۴۳. در واقع، باید گفت که در منابع و متون اسلامی «مالکیت» دارای مراتب گوناگونی است که در بالاترین سطح آن «مالکیت حقیقه» قرار دارد که در مفهوم سلطنت تام مخصوص خداوند متعال است. نک: جلیل قنواتی، سید حسن وحدتی شیرازی و ابراهیم عبدی پور (زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۱، تهران، سمت، ۱۳۷۹، ص ۴۹.

۷. سیدمحمد خامنه‌ای، **مالکیت عمومی**، تهران، تک، ۱۳۷۰، ص ۲۹.

۸. محمد عبده بروجردی، **کلیات حقوق اسلامی**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص ۶۵.

۹. همان، ص ۳۲.

۱۰. سیدمصطفی محقق داماد، **قواعد فقه - بخش مدنی**، ۲، تهران، سمت، ۱۳۷۴، ص ۱۰۶.

۱۱. شیخ مرتضی انصاری، **مکاسب**، چاپ دوم، قم، انتشارات دهاقانی، ۱۳۷۴، ص ۱۳۶.

۱۲. ابوالقاسم گرگی، «مالکیت در اسلام»، **مقالات حقوقی**، ج ۲، تهران، دانشگاه تهران، ص ۳۱۱.

۱۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، **مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام**، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۴.

و گاهی به شخص تعلق می‌گیرد.^{۱۴} «در این صورت فرق میان ملک و حق بسیار روشن است. حق اعتباری است که همیشه به عملی که به عین یا به شخص و یا عقد اختصاص دارد، متعلق است ولی ملک احاطه و سلطنتی است که حقیقتاً به خود عین یا منفعت و یا عمل تعلق می‌گیرد».^{۱۵}

در واقع، گذری بر فقه اسلامی نشان می‌دهد که تعریف «حق» نیز از «مالکیت» نشأت گرفته است و ارکان اصلی آنها مشابه هستند. «حق در اصطلاح فقهی در معنای سلطنت به کار رفته است»^{۱۶} و در این معنا حتا برخی از فقیهان حق را مرتبه ضعیفی از مالکیت می‌دانند.^{۱۷} در واقع، در این مفهوم به حق اصلی ناشی از این سلطنت اشاره‌ای نشده است و همین ویژگی موجب شد تا در فقه اسلامی، بین مال موضوع مالکیت و آنچه منسوب به مال است (حقوق مالی مانند حق شفعه و حق تحجیر) تمایز ایجاد شود. به عبارت دیگر، این حقوق مانند حق انتفاع یا حق ارتفاق از مالکیت ناشی می‌شوند و دلیل وجودی آنها وابسته به مورد مالکیت یا مال است. به نظر برخی نویسندگان نیز، «حق مالی»^{۱۸} مفهومی وسیع‌تر از مال دارد».^{۱۹} به بیان دیگر، در این حقوق نیز رابطه با مال، به عنوان نقطه ثقل، قطع نشده است و این امر ماهیت اعتباری حقوق مالی را نیز با تردید مواجه می‌سازد. در عین حال، نویسندگان فوق تلاش نموده‌اند تا حق مالکیت را از حق اختصاص تفکیک نمایند^{۲۰} گو اینکه گاه مجبور شده‌اند مالکیت را اختصاص دائم چیزی به شخصی تعریف کنند.^{۲۱} چنان که در آینده خواهیم دید، «اختصاص» یا «تعلق» عنصر اصلی حق شخصی نیز می‌باشد و نمی‌تواند آن را خاص مالکیت دانست. در فقه شیعه دیدگاهی نیز وجود دارد که بر اساس آن، برای

۱۴. در ماهیت «توانایی» مورد نظر کمتر بحثی را در منابع می‌یابیم ولی نظر به کیفیت آن در مقایسه با مالکیت که عموماً فقیهان به بحث درباره آن پرداخته‌اند به دشواری می‌توان ماهیت اعتباری برای آن قائل شد.

۱۵. ابوالقاسم گرگی، پیشین، ص ۳۱۲.

۱۶. سیدمحمدحسن مرعشی، «حق و اقسام آن از دیدگاه‌های مختلف فقهی و مکاتب حقوقی»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ش ۱۰، ۱۳۷۳، ص ۲۰.

۱۷. همان، ص ۲۳ و ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، تهران، انتشار، ۱۳۷۷، ص ۴۲۳. این استنباط، نتیجه‌گیری مذکور در پاورقی شماره ۱۴ را تقویت می‌کند بدین معنا که «توانایی» به «سلطنت» تعبیر شده است که خود مرتبه دانی «سلطه» است.

۱۸. حق منسوب به مال.

۱۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۱۰.

۲۰. محمدجعفر جعفری لنگرودی، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، صص ۲۵۶-۲۵۵.

۲۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۳۵.

حق «نوعی ماهیت اعتباری عقلی یا شرعی قائل است که اعتبار آن غیر از اعتبار ملکیت است»^{۲۲} و سلطنت به عنوان مرتبه دانی سلطه از آثار حق شمرده است و در نتیجه رابطه حق و ملکیت بسیار تضعیف شده است.^{۲۳} در این دیدگاه، سلطنت، ملکیت و ولایت آشکارا از حق تفکیک شده‌اند ولی کماکان ملکیت در ذیل آن به عنوان امری اعتباری قلمداد نشده است و در نتیجه فاصله مالکیت و حق، به عنوان امر اعتباری، حفظ شده است.

فقیهان در مورد شمول مالکیت به حقوق دو جنبه متفاوت را قید کرده‌اند: بر مبنای روایات و اجماع دلیلی بر آن نمی‌بینند ولی بر مبنای سیره عقلا می‌توان مالک حقوق نیز شد.^{۲۴} جنبه دوم را به دشواری می‌توان پذیرفت زیرا، با توجه به مبانی فقهی فوق، تفکیک قلمرو حق مالی از مالی محل استقرار حق به سهولت انجام نمی‌گیرد. برای اجرای این جنبه باید مقداری از دیدگاه سستی فاصله گرفت و اذعان داشت که «مال به اعتبار اثری که در رابطه حقوقی دارد مورد حکم قرار می‌گیرد و همیشه مال تعبیر عرفی از وجود حق مالی است، یعنی رابطه اعتباری که شخص را به مال مربوط می‌کند و مفهومی جدای از آن ندارد».^{۲۵} در تأیید نظریه اخیر، برخی از حقوقدانان در تقسیمات حقوق مالی به عینی و غیرعینی مصداق بارز حق عینی، یا کامل‌ترین حق عینی نسبت به مال، را حق مالکیت دانسته‌اند که «در نظر عرف با مالکیت یکی شناخته می‌شود».^{۲۶} به نظر می‌رسد که این دیدگاه با مفهوم حق مالکیت، به عنوان یکی از حقوق بنیادین، هماهنگی بیشتری داشته باشد.

در عین حال به نکات فوق باید افزود که «ویژگی‌های مالکیت در اسلام به دو جنبه باز می‌گردد: جنبه ایجابی و جنبه سلبی. مطلق بودن و دائمی بودن، جنبه ایجابی مالکیت است و انحصاری بودن، جنبه سلبی آن محسوب می‌شود و هر دو جنبه مستفاد از قاعده تسلیط است».^{۲۷} این دو جنبه در مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی نیز تجلی یافته‌اند. نگرشی بر مواد فوق بیانگر آن است که، به تبع قاعده تسلیط، «استیلاء» و عنصر مادی رابطه مورد مالکیت با مالک مورد نظر قانون‌گذار بوده است.

۲۲. جلیل قنواتی، سیدحسین وحدتی شبیری، ابراهیم عبدی‌پور، پیشین، ص ۴۳.

۲۳. سیدروح‌الله موسوی (امام) خمینی، کتاب البیع، ج ۱، قم، مؤسسه النشر اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۲۱.

۲۴. سیدمحمد موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، تهران، میعاد، ۱۳۷۲، ص ۳۸.

۲۵. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت، تهران، یلدا، ۱۳۷۴، ص ۱۴.

۲۶. سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ نهم، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۱، ص ۳۲.

۲۷. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۱۰۸.

دو - مفهوم «مالکیت» در حقوق غرب

برای شناخت کامل دیدگاه حقوق اروپای قاره ایی که به «مالکیت» به مثابه حق می‌نگرد باید اندکی به ریشه‌های این نگرش در حقوق روم بپردازیم. در حقوق روم مالکیت بر اشیا به دو گروه عمده تقسیم می‌شد: نخست اشیا جسمی که قابل لمس بودند مانند پول و زمین که تسلط انسان بر آنها حق تلقی نمی‌شد بلکه نعمتی خدادادی بود. بنابراین، در گروه فوق همان استیلاء در مفهوم نزدیک به فقه اسلامی آن تجلی می‌یافت و روابط اعتباری در آن راه نداشت. دوم موارد غیر فیزیکی یا سازکارهایی که به انسان اجازه می‌داد بر اشیا سلطه یابد مانند حق انتفاع و تعهدات که این دسته به منزله حقوق^{۲۸} تلقی می‌شدند. پس، تفاوت حقوق روم با فقه اسلامی در اینجا رخ می‌نماید که از ابتدا برخی امور مربوط به مال اعتباری قلمداد و در روابط حقوقی انسان‌ها تعریف می‌شوند.^{۲۹}

در این مقوله، شاید ارائه شمایی از مفهوم «تصرف» در حقوق روم برای نمایاندن تفاوت با فقه اسلامی مفید باشد. در حقوق روم، تصرف^{۳۰} دارای دو رکن جداگانه است: نخست، رکن مادی که عبارت از سلطه و اقتدار خارجی است^{۳۱} و دوم، رکن معنوی که تصور دارا بودن حق نسبت بدان است.^{۳۲} از این مقایسه می‌توان دریافت که حقوق روم عنصر دیگری را برای تصرف یا اعمال قاعده ید ضروری می‌داند که می‌تواند مبنای استواری برای مفهوم اعتباری یا حق دانستن «مالکیت» باشد. به عکس، فقه اسلامی بر عنصر مادی تصرف تأکید بیشتری دارد یا به عبارت بهتر بدان بسنده می‌کند و همین امر راه را برای تعمیم مفهوم اعتباری مالکیت مسدود می‌کند. فقدان عنصر محق بودن مالک در اعمال قاعده «تسلط» نیز نمایان است. با این حال، به رغم وجود این نشانه‌ها در حقوق روم، باز هم نهاد مالکیت در روم «حق» تلقی نمی‌شد و تنها در ترکیب آن با حقوق عرفی بود که استیلاء با وجود بقا به «حق» تغییر یافت و این فقط تغییر یک فن حقوقی نبود بلکه ناشی از تغییر نظام فکری بود.^{۳۴} همچنین در آموزه‌های قرون وسطا نیز مالکیت به عنوان «حق»^{۳۵} مطرح گردید.^{۳۶}

28. Jura

۲۹. به بیان دیگر، در این دسته از حقوق مال محوریت خود را از دست می‌داد و آنها فی نفسه واجد ارزش حقوقی قلمداد می‌شدند.

30. Possessio

31. Corpus

32. Animus

۳۳. سیدحسن امامی، پیشین، ص ۵۱.

34. Anne-Marie PATAULT, "Propriété (Droit de)", *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/ P.U.F., 2003, p. 1254.

35. Jus

36. *Ibid.*

در این میان می‌توان گفت دو جریان موجب طرح پرننگ تر «مالکیت» به عنوان یک حق شد: نخست ابداع و گسترش مفهوم حقوق شخصی که به نیرومندتر شدن جایگاه انسان در روابط حقوقی انجامید و دوم رواج روزافزون فردگرایی^{۳۷} که نتیجه پیشین را تقویت نمود. در جریان نخست برای مثال پوفندرف^{۳۸} در قرن هفدهم، مالکیت را حقی می‌داند که به موجب آن ذات و تمامیت چیزی به کسی بازمی‌گردد. در آن عصر، ذات اشیا عنصر اساسی مالکیت محسوب می‌شد که این حق در اطراف آن ایجاد می‌شد. از سوی دیگر، در نیمه قرن هجدهم فیزیوکرات‌ها بر حق برخورداری انسان از رفاه مادی تأکید می‌کردند و این حق را مبتنی بر احترام به حق مالکیت می‌دانستند.^{۳۹} جریان دوم یعنی فردگرایی نیز ویژگی‌های شخصی بودن و انحصار حق مالکیت را برای آن به ارمغان آورد. در فلسفه حقوق، جان لاک^{۴۰} نخستین اندیشمندی بود که مالکیت را در مفهوم یک حق طبیعی مطرح نمود.^{۴۱} این امر تحولی بزرگ در نگرش به مالکیت به شمار می‌رفت زیرا موضوع مالکیت در مدار انسان به عنوان صاحب حق قرار می‌گرفت.^{۴۲} البته ذکر این نکته نیز خالی از فایده نیست که در قرن بیستم و در چارچوب دولت رفاه،^{۴۳} اعمال حق مالکیت جنبه‌ای از «کارکرد اجتماعی»^{۴۴} نیز به خود گرفت که در واقع نوعی سازگاری بین حق مالک و منافع عمومی بود.^{۴۵}

در حقوق موضوعه فرانسه، برای نخستین بار، ماده ۲ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ حق مالکیت را در زمره دلایل وجودی هر جامعه قرار داد: «هدف هر اجتماع سیاسی حفظ حقوق طبیعی و غیر قابل تفویض انسان است. این حقوق آزادی، مالکیت، امنیت و مقاومت به عنوان مخالفت هستند». ملاحظه می‌شود که مطابق یکی از پیش فرض‌ها در مورد حق مالکیت، این حق به عنوان حقی طبیعی قلمداد شده است. ماده ۱۷ این اعلامیه حق مالکیت را به صورت روشن تری تضمین می‌کند: «مالکیت حق غیرقابل نقض و مقدس است، هیچکس نمی‌تواند از آن محروم شود مگر هنگامی که ضرورت عمومی ایجاب نماید و آن هم باید به صورت قانونی بررسی

37. Individualisme

38. Pufendorf

39. André-Jean ARNAUD et Sheldon LEADER, "Propriété", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 486.

40. John Locke

۴۱. جان لاک، رساله‌ای درباره حکومت، تهران، نی، ۱۳۸۷، ص ۹۳.

42. Michel-François RENOUX-ZAGAME, "Du droit de Dieu au droit de l'homme: sur les origines théologiques du concept moderne de propriété", *Droits*, n° 1, 1985, p. 17.

43. Etat providence

44. Fonction sociale

45. Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920, p. 147.

شود و به شرط جبران خسارت منصفانه و مقدماتی امکان‌پذیر است». در مواد فوق، نهاد مالکیت به اعتبار شخص یا مالک تضمین شده است و از محوریت مال یا مورد مالکیت خبری نیست.^{۴۶} در فقدان تضمین حق مالکیت در قانون اساسی سال ۱۹۵۸ فرانسه، مواد ۲ و ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ به عنوان مبنایی استوار برای تضمین حق مالکیت در نظر گرفته شدند.^{۴۷}

در قانون مدنی سال ۱۸۰۴ نیز ماده ۵۴۵ در عمل همان مفاد ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ را تکرار نموده است. دقت در مفاد ماده ۵۴۴ همین قانون نیز بیانگر آن است که مالکیت به عنوان «حق بهره مندی و به کارگیری اشیا» مطرح شده است. در واقع، به عکس مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی ایران که بر «تصرف» تأکید دارد ماده ۵۴۴ بر حق اصلی مالک تمرکز یافته است و این حق است که اساس^{۴۸} مالکیت را تشکیل می‌دهد.^{۴۹} در همین راستا ماده ۱ پروتکل الحاقی شماره ۱ به معاهده اروپایی حقوق بشر نیز این حق را تضمین نموده است با این تفاوت که به جای تأکید بر نهاد مالکیت بر مالک (به عنوان سوژه) و حق او تأکید دارد.^{۵۰}

در برخی قوانین اساسی مانند ایالات متحده، بلژیک، نروژ و فرانسه حق مالکیت به عنوان نسل نخست حقوق بشر در نظر گرفته شده است و در برخی دیگر از قوانین اساسی مانند ایتالیا، اسپانیا و پرتغال به عنوان حقی اقتصادی و متعلق به نسل دوم حقوق بشر تضمین شده است.^{۵۱} این تلقی در اصلاحیه چهارم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نیز دیده می‌شود با این تفاوت که حق مزبور در مقابل موارد سلب مالکیت تضمین و محدودیت‌های آن به دقت احصاء شده است.^{۵۲} بنابراین، قانون اساسی ایالات متحده آمریکا تلفیقی از جنبه‌های دو نسل را در حق مالکیت به دست داده است. وانگهی، به نظر می‌رسد که در نسل جدید قوانین اساسی کارکرد اجتماعی «مالکیت» مورد تأکید قرار گرفته است و در نتیجه از اهمیت آن به عنوان حقی بنیادین کاسته شده است.^{۵۳}

در عین حال، مالکیت در حقوق کامن لو واجد ویژگی‌هایی است که آنها را در حقوق رومی -

46. Marc FRANGL, "Propriété (Droit de)", *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 618.

47. Rémy LIBCHABER, "La propriété, droit fondamental", *Libertés et droits fondamentaux*, 13^e éd., 2007, p. 637.

48. Substance

49. *Code civil*, 105^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 566.

50. Brice Dickson, *Human Rights and the European Convention*, London, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 42-43.

۵۱. در نتیجه، برای مثال در قانون اساسی اسپانیا حق مالکیت جزو حقوق بنیادین شمرده نشده است و نمی‌توان به

راهکار قضایی موسوم به Amparo برای تضمین آن بهره جست.

52. Louis Henkin, Gerald L. Neuman, Diane F. Orentlicher, David W. Leebron, *Human Rights*, New York, Foundation Press, 1999, p. 1119.

53. Cf FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.) et TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 201.

ژرمنی نمی‌یابیم. برای مثال در حقوق انگلستان قرارداد مخصوصی وجود دارد که «Trust» نامیده می‌شود و به موجب آن مالک مال خویش را به شخص دیگری که امین قلمداد می‌شود منتقل می‌کند و امین متعهد می‌شود تا امور خاص مورد نظر مالک را انجام دهد. بدین ترتیب حقوق انگلستان از حقوق روم فاصله می‌گیرد و در این تأسیس خاص بین مالک و منتفع تمایز قائل می‌شود.^{۵۴} فقه اسلامی با اینکه از نظر لحاظ نمودن عنصر «سلطه» به حقوق روم شبیه است از قرن‌ها پیش تمایز بین مالک و منتفع را اعمال نموده است و از این‌روی از امتیازهای هر دو نحله برجسته حقوقی جهان بهره‌مند است.

ب) تمایز کارکردی

مفاهیم انتزاعی «مالکیت» در عمل تحول می‌یابند و کارکردهای آنهاست که محل عینیت یافتن این مفاهیم است. در نتیجه، تمایز در مفهوم لاجرم به تمایز در کارکرد می‌انجامد. در تعمیم ویژگی‌های مطروحه در مفهوم فقهی «مالکیت» دو قاعده مهم کارکردی استنتاج می‌شوند: قواعد «ید» و «تسلیط» که هر دو از مبنای مشترکی برخوردارند که باید به تفکیک آنها را تحلیل نمود.

به موجب قاعده ید، «در ید مالکی شخص بر مال استیلاء خارجی فعلی دارد».^{۵۵} در این مورد که تصرف نیز در اعمال قاعده ید ضروری است یا خیر، اختلاف وجود دارد. از سویی، «با توجه به مصادیق متعدد و متنوعی که فقیهان برای قاعده ید بیان داشته‌اند به نظر می‌رسد که معنای کامل آن صرف استیلاء است نه استیلاء و تصرف با هم». از سوی دیگر، «از قاعده ید در صورتی می‌توان برای اثبات دعوی مالکیت استفاده کرد که توأم با تصرف، آن هم تصرف مالکانه، باشد».^{۵۶} در واقع، به دلیل غلبه، استیلاء کاشف ظنی از ملکیت است و قاعده «ید» از امارات معتبر موضوعی است.^{۵۷} در حقوق روم نیز در مالکیت انسان بر اشیا جسمی گروه نخست، که ذکر آن رفت، استیلاء^{۵۸} مهم‌ترین عنصر به شمار می‌رفت ولی این تفاوت وجود داشت که این عنصر در همه مصادیق مالکیت تعیین کننده نبود و نیز به تدریج وضعیت آن به عنوان عنصری تعیین کننده رو به افول نهاد. در قرون وسطا، حقوقدانان عرفی تلاش می‌کردند تا اعمال مالکیت را از حق مالکیت تفکیک کنند

54. Rémy LIBCHABER, *op. cit.*, p. 637.

55. ابوالقاسم گرگی، «ید مالکی و ید ضمانتی»، مقالات حقوقی، ج ۲، تهران، دانشگاه تهران، ص ۲۳۲.

56. ابوالحسن محمدی، قواعد فقه، تهران، یلدا، ۱۳۷۳، صص ۱۹۵-۱۹۴.

57. عیسی ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نی، ۱۳۷۴، ص ۲۸۱.

58. Dominium

و از اینرو باز هم استیلاء به کارشان می‌آمد.

از ویژگی‌های قاعده ید به عنوان یکی از جلوه‌های مالکیت در فقه اسلامی می‌توان چنین نتیجه گرفت که این قاعده یادگار دورانی است که «مشخصه مالکیت اعمال استیلاء به صورت تصرفات فیزیکی بوده است».^{۵۹} در این مرحله، ادعای مالکیت شیء از سوی ذوالید باید با سلطه و سیطره بر آن همراه باشد.^{۶۰} این ویژگی مالکیت در دوره‌های بعدی تطور فراوان به خود دیده است. برای مثال، در آموزه مسیحی مالکیت در قرون وسطا خداوند تنها مالک واقعی زمین محسوب می‌شد و انسان تنها از مالکیت خویش منتفع می‌شد^{۶۱} و بدین ترتیب عنصر انتفاع نیز به مالکیت در این آموزه اضافه شد.^{۶۲} بدیهی است که با عنوان جدید نقش «ید» تنزل می‌یابد و آن موقعیت محوری را از دست می‌دهد. تأثیر این تغییر را در نگارش ماده ۵۴۴ قانون مدنی فرانسه می‌توان دید که بر خلاف قانون مدنی ایران مالکیت را حق برخورداری و منتفع شدن از اشیا در چارچوب قوانین و مقررات می‌داند. در واقع، برای یک اجتهاد پویا در رابطه با مفهوم «ید» در فقه اسلامی تنها به پر رنگ‌تر کردن عامل عرف در تبیین آن و تعریف اعتباری «ید» نمی‌توان بسنده کرد و باید عناصر دیگری را بر آن افزود.

اما در قاعده «تسلیط» نیز با همین زمینه مواجه می‌شویم. بدیهی است که در این قاعده منظور تسلیط مالکانه است زیرا تسلیط اعم از تملیک است.^{۶۳} همان گونه که می‌دانیم مبنای این قاعده روایت «ان الناس مسلطون علی اموالهم» می‌باشد. معنای قاعده تسلیط این است که «در رابطه مالکیت انسان و اشیا اصل جواز تسلط مطلق مالک نسبت به آنها است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. شیخ انصاری قلمرو قاعده تسلیط را شامل مواردی می‌داند که در ثبوت سلطه خاصی برای مالک تردید وجود دارد».^{۶۴}

برخی از نویسندگان دو دوره را در در تطور مفهوم مالکیت در فقه اسلامی تفکیک نموده‌اند: تا یک قرن پیش فقیهان اشیا مادی را موضوع مالکیت می‌دانستند ولی در قرن اخیر «در فقه امامیه،

۵۹. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه - بخش مدنی، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳، ص ۳۰.

۶۰. محمدباقر قربان‌وند، موارد حاکمیت قاعده ید در حقوق مدنی ایران (اماره مالکیت)، تهران، ققنوس، ۱۳۷۸، ص ۱۵۶.

61. Anne-Marie PATAULT, *op. cit.*, p. 1254.

۶۲. شباهت این آموزه با آموزه اسلامی «مالکیت» در تبیین مالکیت حقیقیه قابل توجه است.

۶۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، الفارق، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۴۹.

۶۴. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه - بخش مدنی، ۲، ص ۱۰۴.

مالکیت مفهومی تازه به خود گرفت و به معنای سلطه قانونی به کار رفت و فرقی نمی‌کند که مورد سلطه قانونی اشیا باشند یا حقوق (مانند مطالبات).^{۶۵} این نظر قابل انتقاد به نظر می‌رسد زیرا از سویی مفهوم سلطه قانونی مشخص نیست و ارتباط آن با اختصاص موضوع مالکیت به مالک نیز مبهم است و از سوی دیگر سلطه مالک و نشانه‌های خارجی آن همواره از مشخصه‌های مالکیت در فقه امامیه بوده است و معلوم نیست که این نویسندگان به چه استنادی چنین تطوری را احراز نموده‌اند.

در پایان لازم به یادآوری است که در برخی موارد استثنائی را هم می‌توان در فقه اسلامی یافت که برای مالک حقی فراتر از تسلط مادی صرف را در نظر می‌گیرند. برای مثال «حقی که بعد از ایجاب توسط بایع برای مشتری ایجاد می‌شود حقی است که فراتر از تملیک و تملک برای مشتری شناخته شده است و این حق میانی در حقوق روم ناشناخته بود».^{۶۶}

۲. تحول «مالکیت» به حق شخصی

پس از آشنایی با جنبه‌های گوناگون تمایز مالکیت در فقه اسلامی به مفهوم مالکیت به عنوان حق شخصی می‌پردازیم. در این زمینه دو بحث اصلی مطرح می‌شود: نخست اینکه آیا اساساً تحول مالکیت از یک موقعیت حقوقی در برداشت فقهی به حق شخصی امکان‌پذیر است (الف)؟ مبانی نظری و سازکارهای این تحول چیستند (ب)؟

الف) امکان تفسیر «مالکیت» به عنوان حق شخصی

در بخش نخست به جایگاه، ویژگی‌ها و سیر تطور مالکیت در دو نظام حقوقی مورد بحث پرداختیم. برای بررسی امکان تلقی مالکیت به عنوان حق شخصی در فقه اسلامی باید از سویی به تحلیل حقوقی مالکیت در فقه اسلامی، به عنوان نوعی موقعیت حقوقی، پردازیم (یک) و از سوی دیگر، تعریف، ویژگی‌ها و گستره حق شخصی به دقت تبیین گردد تا زمینه این تحول مشخص شود (دو).

۶۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۸۵

۶۶. عباسعلی عمید زنجانی، «مقدمه‌ای بر مطالعه تطبیقی منابع و مبانی نظام حقوقی اسلام و سیستم حقوقی روم»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۱، ۱۳۷۳، ص ۶۴.

یک - مفهوم فقهی «مالکیت»: موقعیت حقوقی

از آنچه در بخش نخست در اوصاف مالکیت در فقه اسلامی برشمردیم می‌توان دریافت که مالکیت به عنوان «موقعیت حقوقی عینی»^{۶۷} در نظر گرفته می‌شود که جنبه نهادی^{۶۸} دارد. در واقع مالکیت از نهاد یا به تعبیر دوگی «موقعیت حقوقی»^{۶۹} پدید می‌آید که به عنوان مبنای حقوقی آن قلمداد می‌شود. حال پرسش مهم این است که «موقعیت حقوقی عینی» یا به تعبیر دیگر «موقعیت حقوقی» چیست؟

لئون دوگی، حقوقدان برجسته فرانسوی، «موقعیت حقوقی» را موقعیت‌هایی می‌داند که مستقیماً از هنجارهای حقوقی ناشی می‌شوند. این «موقعیت حقوقی» عام و دائمی است و همه باید آن را به رسمیت بشناسند زیرا از قانون ناشی می‌شود.^{۷۰} در صورتی که موقعیت‌های حقوقی شخصی (به تعبیر دوگی) خاص و فردی هستند و موقعیت‌های قراردادی نمونه‌ای از این مقوله هستند. اوصاف مذکور قابل انتقاد به نظر می‌رسند و بسیاری از حقوقدانان نیز آن را نادرست تعبیر کرده‌اند. در این راستا باید بین هنجار حقوقی و موقعیت حقوقی ناشی از آن تمایز قائل شد. درست است که هنجار حقوقی و موقعیت حقوقی هر دو از اراده قدرت عمومی ناشی می‌شوند و ضمانت اجرای آنها نیز همان اراده است ولی شمول هنجار حقوقی عام است و موقعیت‌های حقوقی بسیار و مشابهی از آن ناشی می‌شوند در حالی که همین موقعیت‌های حقوقی ناشی از هنجار حقوقی خاص و منوط به شرایط خاصی هستند.^{۷۱} در واقع، مالکیت باید فردی و عینی باشد تا بتوان آن را به عنوان موقعیت حقوقی قلمداد نمود.

در فقه اسلامی تمامی اوصاف فوق برای «مالکیت» در نظر گرفته شده است و حقوقدانان ویژگی‌هایی نظیر جامع و مانع بودن و نیز دائمی بودن را برشمرده‌اند.^{۷۲} با این، به نظر نمی‌رسد که

67. Situation juridique objective

68. Institutionnel

۶۹. لازم به یادآوری است که دکتر ناصر کاتوزیان «موقعیت حقوقی» را به «حکم» تعبیر نموده است. شاید دلیل این نامگذاری مبنای فقهی ملکیت باشد که در قلمروی «حکم» قرار می‌گیرد و نه «حق به معنای خاص». نک: محمدحسین نائینی، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، به اهتمام شیخ موسی خوانساری، ج ۱، چاپ سنگی، قم، چاپخانه احمدیه، ۱۳۷۳ ه.ق.، صص ۴۱-۴۲. با این حال، این تعبیر صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا حکم عنوانی بسیار عام است و مجموعه قاعده شرعی و موقعیت حقوقی را در بر می‌گیرد. در مفهوم شرعی، «حکم» بیشتر با هنجارهای حقوقی مورد نظر دوگی قابل انطباق است و موقعیت حقوقی به عنوان یکی از آثار حکم شرعی خارج از قلمروی آن است.

70. Léon DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Paris, Editions la mémoire du droit, 2000, p. 57.71. Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, p. 2.۷۲. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج ۳، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴، صص ۱۶۶۵-

این ویژگی‌ها فقط مختص «مالکیت» باشد و در صورتی که به عنوان حق در نظر گرفته شود عاری از این ویژگی‌ها باشد. به عبارت دیگر، هر حق شخصی نیز جامع و مانع یا دائمی است و این موارد از اوصاف حق در معنای اعم به شمار می‌روند.

دو - تحلیل جامع «حق شخصی»

در این مرحله ضروری است که توضیحی نیز در مورد حق شخصی ارائه دهیم تا بهتر بتوان در باب شمول آن به مالکیت اظهارنظر نمود. حقوق شخصی بدین لحاظ در فلسفه حقوق مدرن اهمیت می‌یابند که در مرکز آن هستند. مفهوم «حق شخصی» در قرن نوزدهم میلادی پدید آمد. البته مفهوم حقوق به عنوان آنچه مربوط به موضوع آن است.^{۷۳}

و در واقع به عنوان نوعی امتیاز برای آن حداقل از قرن چهاردهم میلادی پای به عرصه وجود نهاده بود. «بین مفهوم حق شخصی و Jus در حقوق کلاسیک روم تفاوت وجود داشت. Jus به معنای هر چیز منصفانه بود که باید در مورد فرد اعمال می‌شد. این حقوق منصفانه در مقابل دیگران به فرد تعلق می‌یافت. در حالی که در ایده حقوق شخصی، از ابتدا این حقوق برای فرد وجود دارند و حق تنها به فرد ارتباط می‌یابد. در اینجا دارا بودن حق مطرح نیست بلکه این حقوق به کیفیتی ذاتی متعلق به انسان مربوط می‌شوند».^{۷۴} شاید نخستین نظریه پرداز «حقوق شخصی» گیوم اوکام^{۷۵} باشد که حدود سال ۱۳۳۲ میلادی تعریفی صریح از حقوق شخصی ارائه نمود و به امکان جایگزینی «سلطه»^{۷۶} مطروحه در حقوق روم با «حقوق شخصی» پرداخت. به باور وی، این جایگزینی تنها تغییر واژه‌های حقوقی نیست بلکه ریشه در تحولی بنیادین در اساس نظم حقوقی دارد.^{۷۷}

افزون بر این، باید به این نکته توجه داشت که مفهوم حق شخصی رابطه تنگاتنگی با مفهوم آزادی اراده^{۷۸} دارد یا به عبارت بهتر از آن نشات می‌گیرد. یکی از اندیشمندان که تأکید فراوانی بر این رابطه دارد، کانت، فیلسوف آلمانی، است. در دیدگاه کانت، حق به آزادی بیرونی مستلزم حق مالکیت بر چیزهای بیرونی است. او در تبیینی پیچیده عنوان می‌کند که «آزادی تنها در صورتی می‌تواند محدود شود که قرار باشد آزادی مشابه دیگران محفوظ بماند، تملک دارایی سبب محدود

73. Subjectum juris

74. Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 107.

75. Guillaume d'Occam

76. Dominium

77. Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, p. 262.

78. Autonomie de la volonté

شدن آزادی دیگران نمی‌شود و بنابراین آزادی شامل حق مالکیت نیز هست.^{۷۹} در راستای تحلیل حق مالکیت، کانت مالکیت محسوس یا مادی را از مالکیت معقول تفکیک می‌کند و نوع دوم را ناظر بر حق می‌داند که به تخصیص مادی واقعی وابسته نیست.^{۸۰} در واقع، او «حق بر شیء» را «حق انسان به چیزی» تعبیر می‌کند و بین مالکیت و دارایی تفاوت می‌گذارد.^{۸۱} با اندکی تعمق می‌توان ملاحظه نمود که او با ظرافت محور مالکیت را متحول نموده است.

در تعریف حق شخصی، برخی از حقوقدانان متمایل به آموزه سنتی اراده‌گرا^{۸۲} گاه آن را به مثابه قدرت اراده^{۸۳} و گاه نیز در قالب حاکمیت اراده^{۸۴} تعریف کرده‌اند. سالی نیز این حق را نوعی «اختیار قانونی اراده» تعریف می‌کند.^{۸۵} این درست است که در این تعریف به جای اراده ناشی از هنجارهای قانونی بر اراده آزاد و ناشی از شخصیت فرد تأکید شده است اما تعریف بسیار کلی و مبهم است و برای تبیین دقیق این نوع حقوق به تعریفی جامع و مانع نیازمندیم. به علاوه همین اختیار ناشی از اراده فردی نیز باید در چارچوب هنجارهای حقوقی قرار گیرد. ایراد دیگری که بر این تعریف وارد است مربوط به مرحله پیش از تظاهرات خارجی اراده در اعمال حق شخصی است. به عبارت دیگر، پرسش آن است که اگر برای مثال مالک حق خویش را اعمال نکند آیا می‌توان به موجب این تعریف حقی برای وی در نظر گرفت؟

در تعریفی دیگر، ایرینگ،^{۸۶} حقوقدان مشهور آلمانی، حقوق شخصی افراد را در قالب منافع آنها تعریف می‌کند که این منافع توسط هنجارهای حقوقی حمایت می‌شوند.^{۸۷} او بر این باور است که هدف حقوق و تمامی حقوق شخصی رفاه انسانی است که جز در سایه انتفاع انسان از منافع خویش محقق نمی‌شود. ایراد بزرگ این تعریف در خلاصه نمودن حقوق در انتفاع از منافع انسانی است که تنها به بعد اقتصادی حقوق اکتفا می‌کند.^{۸۸}

اما در تعاریف دیگر که به نام آموزه‌های مخلط مشهور هستند عموماً دو عنصر اراده و منافع با

۷۹. راجر اسکروتن، کانت، ترجمه علی پایا، تهران، طرح نو، ۱۳۷۵، ص ۱۸۵.

۸۰. سیدعلی محمودی، فلسفه سیاسی کانت، چاپ دوم، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۸۶، ص ۳۴۵.

۸۱. امانوئل کانت، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران، نقش و نگار، ۱۳۸۰، ص ۱۰۴.

82. Doctrine de la volonté

83. Willensmacht

84. Willensherrschaft

85. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 58.

86. Ihering

87. *Ibid.*, p. 65.

۸۸. هر چند از نظر ایرینگ منظور از منافع تنها منافع اقتصادی نیست.

یکدیگر ترکیب شده‌اند. برای برخی مانند ژلینک،^{۸۹} «حق شخصی مال یا منفعتی است که به وسیله قدرت ناشی از اراده انسانی حمایت می‌شود» و برای برخی دیگر مانند میشو^{۹۰} «حق منافع انسان یا گروه انسانی است که قانوناً به وسیله قدرت اراده عرضه و یا از آن دفاع می‌شود». به رغم همه تعاریف فوق، به نظر می‌رسد عنصر اساسی در حق شخصی «اختصاص»^{۹۱} باشد. به عبارت دیگر، هر حق شخصی مبتنی بر ارتباط شیء یا ارزشی به فرد با تمسک به وسیله‌ای به نام «اختصاص» عینیت می‌یابد. در واقع، «سلطه» بر شیء را، که در «موقعیت حقوقی» که جنبه‌ای فیزیکی دارد، در حق مالکیت تعدیل می‌شود و نقش انحصاری خویش از کف می‌دهد و «اختصاص»، به عنوان مفهومی اعتباری و مرتبط با شخصیت مالک بدان افزوده می‌شود. در عین حال، عنصر اساسی دیگری نیز وجود دارد که باید آن را نیز در شمار ارکان حق شخصی محسوب نمود و آن همان «سلطه»^{۹۲} است. اما باید توجه داشت که «سلطه» در حقوق شخصی با مفهوم مشابه آن در «موقعیت حقوقی» بسیار تفاوت دارند.

در مجموع، در تعریف حق شخصی با ترکیبی از عناصر شخصی و عینی روبرو هستیم. در حق مالکیت این دو عنصر توأم باید وجود داشته باشند. به عبارت بهتر، در مالکیت به عنوان موقعیت حقوقی با ساختی تک عنصری یعنی «سلطه» مواجه هستیم و در مالکیت به عنوان حقی شخصی با ساختی دو عنصری روبرو می‌شویم که «سلطه» در مفهومی متفاوت با رابطه‌ای شخصی یعنی «اختصاص» شیء به فرد تکمیل می‌شود. در اینجا است که گاه اعمال حق مالکیت به عنوان حقی شخصی با سلطه به عنوان تظاهرات خارجی موقعیت حقوقی مالکیت اختلاط می‌یابد و گاه تمایز این دو عمل حقوقی دشوار می‌نماید. تمایز ظریفی که باید در اینجا بازشناخته شود تمایز میان موضوع «سلطه» است که قهراً مورد مالکیت است و موضوع رابطه حقوقی «اختصاص» فردی است که حق به او تعلق یافته است. این تمایز ناشی از همان بحث دیرین مدرنیته در تبدیل ابژه به سوژه است که در حق مالکیت، ابژه «موقعیت حقوقی» به سوژه «حق شخصی» تغییر می‌یابد.

به علاوه دو ویژگی عمده را نیز باید برای حق شخصی برشمرد که در اعمال آن بسیار مهم می‌نماید: ویژگی درونی^{۹۳} که شامل امکان استفاده تام از این حق در چارچوب قوانین است و ویژگی بیرونی^{۹۴} که شامل لزوم رعایت حق شخصی توسط دیگران است.^{۹۵} هر دو ویژگی برای

89. Jellinek

90. Michoud

91. Appartenance

92. Maîtrise

93. Interne

94. Externe

95. Giorgio DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Trad. par Alexis d'Aynac, Paris, Dalloz, 2004, p. 325.

حقوق شخصی ضروری هستند ولی میزان هر یک در حقوق گوناگون متغیر است. در حقوق نسبی^{۹۶} در مقابل صاحب حق همواره شخص دیگری وجود دارد و نوعی رابطه را بین آن دو می‌طلبد. در حالی که در حقوق مطلق^{۹۷} مانند حق مالکیت، در ظاهر یک صاحب حق یا مالک وجود دارد و رابطه‌ای با شخص دیگر قابل تبیین نیست ولی در واقع باز هم همان ویژگی بیرونی است که نمود می‌یابد و اشخاص دیگر را در مقابل مالک قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، در تلقی مالکیت به عنوان حق، رابطه مالک با مورد مالکیت قابل تصور نیست زیرا رابطه فقط بین اشخاص قابل تصور است. هر دو ویژگی در مفهوم مالکیت در فقه اسلامی لحاظ شده‌اند و با اینکه مالکیت موقعیتی حقوقی است آثار حق شخصی نیز بر آن بار شده است. این امر روند تحول مالکیت فقهی موقعیت حقوقی به نوعی حق شخصی را تسهیل می‌کند.

پس در تعریف حق شخصی مالکیت می‌توان گفت: «رابطه‌ای است که به وسیله حقوق عینی ایجاد می‌شود و از بابت آن شیء به شخصی اختصاص می‌یابد».^{۹۸} در این تعریف از حق شخصی به سهولت می‌توان دریافت که تأکید بر اختیار فردی که برخوردار از آنهاست بیش از سلطه و قدرت اوست. به نظر می‌رسد همین تفاوت ظریف بین «اختیار» و «قدرت یا تسلط» راه گشای تمایز حق شخصی با موقعیت حقوقی به عنوان یک نهاد است. در سوی دیگر هنجارهای حقوقی مانند قواعد اسلامی (در مورد موقعیت حقوقی مالکیت در فقه اسلامی) و وظیفه‌ای جز تضمین اعمال حقوق شخصی ندارند. به بیان دیگر، تبعیت حقوق شخصی از هنجارهای حقوقی نیز شرطی ضروری برای این حقوق قلمداد می‌شود و صاحب حقوق شخصی در عین اینکه توسط هنجارهای حقوقی حمایت می‌شود به وسیله آنها محدود نیز می‌شود.^{۹۹} از این منظر، در صورت اعمال مالکیت به عنوان حق شخصی نیز مشکلی پدید نخواهد آمد زیرا قواعد اسلامی و شرعی محاط بر آن هستند.

ب) راهکارهای نظری تحول

مهم‌ترین نقطه افتراقی که در مقایسه دو نگرش به مالکیت نمود می‌یابد در این است که حقوق شخصی به لحاظ ارتباط با فرد به عنوان نخستین واقعیت حقوقی مطرح می‌شوند و هنجارهای حقوقی یا حقوق عینی^{۱۰۰} به عنوان مقوله درجه دوم قرار دارند. به بیان دیگر، هنجارهای حقوقی

96. Relatifs

97. Absolus

98. Jean DABIN, *op. cit.*, p. 103.

99. Giorgio DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 325.

100. Droit objectif

وظیفه‌ای جز تضمین و حمایت مالکیت به عنوان نوعی حق شخصی ندارند. ولی در مالکیت به عنوان موقعیت حقوقی، این هنجارهای حقوقی هستند که به عنوان مقوله برتر مورد بحث قرار می‌گیرند.^{۱۰۱} این چیزی است که در فقه اسلامی نیز مشاهده می‌شود که قواعد اسلامی از جایگاهی برتر نسبت به حقوق شخصی (اگر به رسمیت شناخته شوند) برخوردارند. در واقع، حقوق افراد زمانی رسمیت می‌یابند که پیش از آن توسط قواعد اسلامی شناسایی شده باشند. این ضابطه در مورد مالکیت، به عنوان موقعیتی حقوقی، نیز وجود دارد و این «موقعیت حقوقی» است که توسط قواعد شرعی شناسایی می‌شود.

به لحاظ مفهومی، در اینکه حق مالکیت در عداد کدام گروه از حقوق قرار می‌گیرد، تردید وجود دارد. از سویی می‌توان این حق را در عداد حقوق موسوم به «حق - ادعا»^{۱۰۲} قرار داد و از سوی دیگر مختصات حقوق موسوم به «حق - قدرت»^{۱۰۳} نیز به ویژگی‌های حق مالکیت نزدیک است.^{۱۰۴} اما با اندکی تأمل آشکار است که حق مالکیت مستلزم وجود وظیفه‌ای در عهده طرف مقابل نیست و بنابراین «حق - ادعا» محسوب نمی‌شود. بنابراین در منطق حاکم بر حقوق غرب، حق مالکیت را باید جز گروه «حق - قدرت» شمرد.

افزون بر آن، مطابق منطق مذکور و تحلیل وسلی هوفلد، هر حق بر پنج مولفه بنا می‌شود: ۱. دارنده حق ۲. ماهیت و چیستی حق ۳. متعلق حق ۴. شخصی که در قبال حق پاسخگو است ۵. مبنای و توجیه حق.^{۱۰۵} مطابق آنچه گفته شد، حق مالکیت به عنوان نوعی «حق - قدرت» نیازی به شخص پاسخگو ندارد و نفس این حق قدرتی برای مالک می‌آفریند. اما در فقه اسلامی با توجه به آنچه ذکر آن رفت، در مالکیت بر مولفه‌های نخست و سوم، یعنی دارنده و متعلق حق، تأکید می‌شود و به نظر می‌رسد که مولفه‌های دوم و پنجم، ماهیت و مبنای توجیه حق، مورد اعتنا قرار نگرفته‌اند. باید توجه داشت که توجیه حق مالکیت با اسباب ایجاد مالکیت که به تفصیل در منابع فقهی مورد بحث قرار گرفته‌اند، تفاوت دارد. بنابراین، یک راه حل برای تقویت مالکیت به عنوان «حق شخصی» تأکید بر مولفه‌های مغفول در فقه اسلامی است.

نخستین و مهم‌ترین نتیجه تأکید بر تلقی مالکیت به عنوان موقعیت حقوقی در فقه اسلامی محدودیت شمول این نهاد به عنوان حق است زیرا متعلق حق نیز کاهش می‌یابد. بارزترین مثال در

101. Marcel WALINE, *L'individualisme et le Droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007, pp. 204-205.

102. Claim-right

103. Power-right

۱۰۴. جرمی والدرون، «فلسفه حق»، در *حق و مصلحت*، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۱۵۵.

۱۰۵. محسن جوادی، «حقوق بشر و کارویژه انسان»، *حقوق بشر*، ج ۱، ش ۱، ۱۳۸۵، ص ۲۳.

این رابطه حق مالکیت فکری است که فقیهان ضمن تأکید بر لزوم رعایت آن به ندرت آن را در زیرمجموعه مالکیت قرار می‌دهند. برای مثال برخی حق مالکیت فکری در تمامی اقسام آن را زیر عنوان شرکت بیان می‌کنند و این حق را نوعی سهم‌الشرکه قلمداد می‌کنند^{۱۰۶} و برخی دیگر تأکید کرده‌اند که برای رعایت این حقوق، فقیه جامع‌الشرایط باید مصالح عامه در نظر بگیرد.^{۱۰۷} گاه نیز برای توجیه لزوم رعایت حق مالکیت فکری به قواعد فقهی نظیر «لاضرر» تمسک جسته‌اند که البته قاعده‌ای بسیار کلی است و اختصاص متعلق حق به دارنده آن را اثبات نمی‌کند.^{۱۰۸} به عبارت دیگر، مفهوم مضیق مال مانع از آن می‌شود تا اموال فکری مشمول آن شوند و نیز تفسیر مضیق از مالکیت به سلطه مانع از گسترش مفهوم دارنده حق می‌شود تا به مالک فکری نیز تسری یابد. در نتیجه تحلیل برخی از مولفین که تالیف را دارای مالیت ذاتی می‌دانند^{۱۰۹} صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا فارغ از اینکه این عبارت از منظر حقوقی مبهم است، اختصاص اموال فکری به پدید آورنده است که به اموال مذکور ارزش می‌بخشد. این نقصان در حقوق کنونی نیز دیده می‌شود که حقوق مربوط به مالکیت فکری را در زمره «حقوق معنوی» به عنوان شاخه‌ای دیگر از حقوق ذکر می‌کنند.

مهم‌ترین مزیت قلمداد نمودن مالکیت به عنوان حق شخصی گسترش دامنه متعلق این حق است که آفریده‌های فکری را نیز در بر خواهد گرفت. توضیح اینکه در تلقی سنتی از مالکیت، که دائمی بودن از ویژگی‌های بارز آن است، حقوق شخصی که به اشیای غیرمادی تعلق می‌گیرند واجد وصف ملکیت نیست زیرا مدت زمان خاصی برای آنها در نظر گرفته شده است.^{۱۱۰} اما در صورتی که مالکیت به عنوان حق شخصی قلمداد شود نیازی به در نظر گرفتن اوصاف مطلق برای آن نیست. افزون بر آن، بدیهی است در صورتی که مالکیت به عنوان حق شخصی در نظر گرفته شود بسیاری از مصادیق مالکیت فکری نیز، مانند موارد فوق در فقه، در قالب زیر مجموعه‌های حق مالکیت درمی‌آیند.

مسأله مهم دیگر که آشکارا در استدلال‌های فقیهان در باب مالکیت قابل مشاهده است تأکید فراوان بر موضوع «سلطه» است. به عبارت دیگر در فقه اسلامی کمتر از تقویت رابطه حقوقی

۱۰۶. محمد امامی کاشانی، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، رهنمون، ش ۲ و ۳، ۱۳۷۱، ص ۲۰۷.

۱۰۷. لطف‌الله صافی، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، رهنمون، ش ۲ و ۳، ۱۳۷۱، ص ۲۰۹.

۱۰۸. سیدکاظم حائری، «بررسی فقهی حق ابتکار»، فقه اهل بیت، ش ۲۳، ۱۳۷۹، ص ۳۴.

۱۰۹. صمد حضرتی، «جایگاه حقوق مؤلف در حقوق ایران، اسلام و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ش ۳۱، ۱۳۷۹، ص ۴۶.

۱۱۰. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، پیشین، صص ۱۶۶۵-۱۶۶۴.

«اختصاص» و سوژه آن، یعنی مالک، سخن به میان می‌آید. حال پرسش مهم این است که چگونه می‌توان «سلطه» مورد نظر در قواعد فقهی را به «اختیار» مورد نظر در اعمال حق شخصی تبدیل نمود؟ به نظر می‌رسد برای شتاب بخشیدن به تحول «مالکیت» در فقه اسلامی به سمت نوعی حق شخصی، عنصر «سلطه» که در فقه قوام فراوان یافته است برای تقویت عنصر دیگر یعنی «اختصاص» اعمال شود. در این معنا، «سلطه» به خودی خود واجد ارزش حقوقی نیست بلکه زمانی به کار می‌آید که در راستای تقویت «اختصاص» مورد مالکیت به مالک و در نتیجه تقویت حق شخصی مالکیت به کار گرفته شود. در این صورت «سلطه» عاملی در اجرای حق مالکیت خواهد بود و به خودی خود موضوعیتی نخواهد داشت. بنابراین در آخرین مرحله از فرآیند اعمال قدرت که ناشی از اراده صاحب حق شخصی است این «اختیار» است که نمود خارجی این اراده است و نه «سلطه».

شاید بتوان گفت که نخستین گام برای تحول «موقعیت حقوقی» به سوی «حق شخصی» در مالکیت، تلقی رابطه اعتباری از مالکیت است. در این نگرش، مالکیت در مراحل بعدی ابتدا به صورت «علقه اعتباری بین شخص و شیء»^{۱۱۱} و سپس به صورت حق برای مالک تبدیل شده است. این نگرش مبنای سازکاری در حقوق عرفی قرار گرفت که مورد استفاده انقلابیون فرانسه بود و به موجب آن بین مالک^{۱۱۲} و صاحب حق^{۱۱۳} تمایز ایجاد شد. به عبارت بهتر، عنوان صاحب حق به جای مالک به کار گرفته شد. در این مقوله، اعطای جنبه اعتباری به مالکیت موجب می‌شود تا این رابطه از رابطه صرف مادی خارج شود و به تدریج به شکل حق درآمد زیرا رابطه اعتباری بین شخص و شیء به دشواری قابل تصور است. چنان که در گذشته دیدیم، این نگرش از زمان شیخ انصاری بین فقیهان شیعه ایجاد شد و می‌توان از آن به عنوان مبنایی برای تحول بهره جست.

نتیجه‌گیری

مقوله فوق را با پاسخ به پرسش‌های مطروحه در بخش «طرح مسأله» پیش گفتار به پایان می‌بریم. به نظر می‌رسد تضمین «مالکیت» در فقه اسلامی به رغم حمایت قاطع و گاه انعطاف ناپذیر فقیهان از این نهاد برای شرایط کنونی کافی نباشد. در فقه شیعه، در اغلب موارد، قواعد فقهی به استمرار «موقعیت حقوقی» مالکیت یاری می‌رسانند و این مساعدت جایگاهی ممتاز به «مالکیت» بخشیده

۱۱۱. سیدمصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۳۱.

112. Propriétaire

113. Titulaire

است. اما متأسفانه تمرکز قواعد فقهی بر مورد مالکیت و جنبه‌های عینی و مادی رابطه آن با مالک مانند قواعد «ید» و «تسلیط» جای چندانی برای جایگاه مالک و حق او باقی نمی‌گذارد. این امر موجب گشته است که مالکیت مطروحه در فقه، به رغم امکانات فراوان نظری برای تحول، از حیث شمول و کیفیت نتواند انتظارات حقوقی را برآورده نماید.

بنابراین تحول مبنای «مالکیت» به سوی حق شخصی امری اجتناب‌ناپذیر است امری که نه تنها با مبانی فقهی تعارضی ندارد بلکه زنجیره تحول این نهاد را تکمیل نیز می‌کند. برای تسهیل این روند، تفسیر موسع مفاهیمی چون «سلطه» و «ید» در قالبی خارج از نگرش فیزیکی و مادی به تغییر مفهوم مالکیت و تقویت ارتباط آن با دارنده حق یا مالک یاری می‌رساند. این تحول دو نتیجه بسیار سودمند به دنبال خواهد داشت: نخست اینکه شمول مالکیت را افزایش خواهد داد و دیگر لازم نخواهد بود تا نهادهای نوین مربوط به مالکیت را در قالب نهادها و مفاهیم دیگر تعریف شود و دوم اینکه امکان سازگاری و تعامل بین حق مالکیت و مفاهیمی از قبیل «منافع عمومی» یا «مصلحت عمومی» افزایش خواهد یافت. به یقین انعطاف‌پذیری مالکیت به عنوان «حق شخصی» بسیار بیشتر از مالکیت به عنوان «موقعیت حقوقی» خواهد بود که وابستگی مطلق به قواعد و هنجارهای ضامن آن دارد.

فهرست منابع

۱. اسکروتن، راجر، کانت، ترجمه علی پایا، تهران، طرح نو، ۱۳۷۵.
۲. امامی کاشانی، محمد، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، رهنمون، ش ۲ و ۳، ۱۳۷۱.
۳. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ نهم، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۱.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، چاپ دوم، قم، انتشارات دهاقانی، ۱۳۷۴.
۵. انصاری، مسعود، و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل تئوری موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
۱۱. جوادی، محسن، «حقوق بشر و کارویژه انسان»، حقوق بشر، ج ۱، ش ۱، ۱۳۸۵.

۱۲. حائری، سیدکاظم، «بررسی فقهی حق ابتکار»، فقه اهل بیت، ش ۲۳، ۱۳۷۹.
۱۳. حضرتی، صمد، «جایگاه حقوق مؤلف در حقوق ایران، اسلام و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ش ۳۱، ۱۳۷۹.
۱۴. خامنه‌ای، سیدمحمد، مالکیت عمومی، تهران، تک، ۱۳۷۰.
۱۵. صافی، لطف‌الله، «نظر پیرامون حقوق مالکیت‌های فکری»، رهنمون، ش ۲ و ۳، ۱۳۷۱.
۱۶. طالقانی، سیدمحمد، اسلام و مالکیت، تهران، انتشار، ۱۳۴۴.
۱۷. عبده بروجردی، محمد، کلیات حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
۱۸. عمید زنجانی، عباسعلی، «مقدمه‌ای بر مطالعه تطبیقی منابع و مبانی نظام حقوقی اسلام و سیستم حقوقی روم»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۱، ۱۳۷۳.
۱۹. قربان‌وند، محمدباقر، موارد حاکمیت قاعده ید در حقوق مدنی ایران (اماره مالکیت)، تهران، ققنوس، ۱۳۷۸.
۲۰. قنوتی، جلیل؛ سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور (زیر نظر سیدمصطفی محقق‌داماد)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، تهران، سمت، ۱۳۷۹.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی - اموال و مالکیت، تهران، یلدا، ۱۳۷۴.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۳، تهران، انتشار، ۱۳۷۷.
۲۳. کانت، امانوئل، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران، نقش و نگار، ۱۳۸۰.
۲۴. گرجی، ابوالقاسم، «مالکیت در اسلام»، مقالات حقوقی، ج ۲، تهران، دانشگاه تهران.
۲۵. گرجی، ابوالقاسم، «ید مالکی و ید ضمانی»، مقالات حقوقی، ج ۲، تهران، دانشگاه تهران.
۲۶. لاک، جان، رساله‌ای درباره حکومت، تهران، نی، ۱۳۸۷.
۲۷. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه - بخش مدنی، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳.
۲۸. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه - بخش مدنی ۲، تهران، سمت، ۱۳۷۴.
۲۹. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، یلدا، ۱۳۷۳.
۳۰. محمودی، سیدعلی، فلسفه سیاسی کانت، چاپ دوم، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۸۶.
۳۱. مرعشی، سیدمحمدحسن، «حق و اقسام آن از دیدگاه‌های مختلف فقهی و مکاتب حقوقی»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ش ۱۰، ۱۳۷۳.
۳۲. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد الفقهیه، تهران، میعاد، ۱۳۷۲.
۳۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله (امام خمینی)، کتاب البیع، ج ۱، قم، موسسه النشر اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.
۳۴. نائینی، محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، به اهتمام شیخ موسی خوانساری، ج ۱، چاپ

سنگی، قم، چاپخانه احمدیه، ۱۳۷۳ ه.ق.

۳۵. والدرون، جرمی، «فلسفه حق»، در حق و مصلحت، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۱.

۳۶. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نی، ۱۳۷۴.

37. ARNAUD, André-Jean, et Sheldon LEADER, "Propriété", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993.
38. *Code civil*, 105^e éd., Paris, Dalloz, 2006.
39. DABIN, Jean, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.
40. DEL VECCHIO, Giorgio, *Philosophie du droit*, Trad. par Alexis d'Aynac, Paris, Dalloz, 2004.
41. Dickson, Brice, *Human Rights and the European Convention*, London, Sweet & Maxwell, 1997.
42. DUGUIT, Léon, *Leçons de droit public général*, Paris, Editions la mémoire du droit, 2000.
43. DUGUIT, Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920.
44. FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.) et TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2007.
45. FRANGI, Marc, "Propriété (Droit de)", *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006.
46. Henkin, Louis, Gerald L. Neuman, Diane F. Orentlicher, David W. Leebron, *Human Rights*, New York, Foundation Press, 1999.
47. LIBCHABER, Rémy, "La propriété, droit fondamental", *Libertés et droits fondamentaux*, 13^e éd., 2007.
48. PATAULT, Anne-Marie, "Propriété (Droit de)", *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/P.U.F., 2003.
49. RENAUD, Alain, "Etat de droit et sujet de droit", *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, n° 24, 1993.
50. RENOUX-ZAGAME, Michel-François, "Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété", *Droits*, n° 1, 1985.
51. ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005.
52. VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006.
53. VILLEY, Michel, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001.
54. WALINE, Marcel, *L'individualisme et le Droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007.

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. VII, No. 2

Articles

- The ICC and Issue of Arrest Warrant for *Al Bashir*
- Homicide or Injury in Battle
- Research & Development in Nanotechnology and Right to Health
- Challenges of the Concept of “Combatant” in International Humanitarian Law
- Merging Commercial Companies in the Iranian Laws
- Sanction against Iranian Aviation: An Approach to the Chicago Convention

Special Issue: Challenges of Real Estate Transactions in the Iranian Legal System

- The Role of Official Documents in Real Estate Transactions
- Role of Notaries Public in Regulating Real Estate Transactions and its Legal Vacuums
- Deficiencies Caused by the Insertion of Regional rather than Actual Prices
- Advance Selling of Flats: Legal Nature and Working Procedures for Official Registrations
- Proving the Claim of Ownership: A Legal Analysis

Critique: The Draft of Iranian Commercial Code

- The Method of the Drafting the Commercial Code
- The 2005 Cabinet Draft to Modify the Commercial Code
- The 1-6 Chapters of the Commercial Draft
- The 5 & 7 Chapters of the Commercial Draft
- Independent Guarantees in the Provisions of the Commercial Draft
- Merging Companies in the Commercial Draft

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study