

## The study of Liability in Islamic Jurisprudence and Possession in Classical French Law, with an Emphasis on General Jurisprudence

Mohammad Ali Saeedi,<sup>1</sup> Mostafa Shahbazi<sup>2</sup>

### Abstract

To identify the strengths and weaknesses of matters based on their study in different systems has been considered as one of the advantages for such studies we present, by scholars of comparative law. Liability is one of the most widely used concepts in Islamic law and jurisprudence. Its application can be seen from worship issues to retribution and Diyat (blood money) in jurisprudence. However, there is no definition for liability in the law. In the Islamic law, the liability is a conceive subject for owning the debts, which is known as title of possessions. The main question of this research is to find the relation between these two titles in accordance to logical quadratic relation of subject and the effects of each of them. In other words, what are the similarities and differences of these institutions? In the process of research, it has been concluded that the institution of liability has characteristics and advantages such as generality in its subject, its permanent continuity even after the death of poser and its legal personality, the issues which give superiority of the liability institution over the possession institution. This research has been compiled by a library method and minor comparative study approach.

**Keywords:** liability (Dhama), possession, obligation, liability right, liability responsibility.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی

---

1. Assistant professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences. saeedi\_mha@yahoo.com

2. The graduated student of the 4th level of Khorasan Seminary. shahbazimostafa@gmail.com

## مطالعه «ذمه» در فقه اسلام و «دارایی» در حقوق کلاسیک

### فرانسه، با تأکید بر فقه عامه

محمدعلی سعیدی<sup>۱</sup>

مصطفی شهابزی<sup>۲</sup>

#### چکیده

یکی از فوایدی که پژوهشگران «حقوق تطبیقی» برای مطالعات آن برمی شمارند، پی بردن به نقاط قوت و ضعف موضوع مورد مطالعه در نظام‌های مختلف است. «ذمه» یکی از مفاهیم پر کاربرد در حقوق اسلامی و فقه است؛ به گونه‌ای که می‌توان کاربرد آن را از باب عبادات تا قصاص و دیات، در فقه مشاهده کرد؛ با وجود این، تعریفی از آن در قانون دیده نمی‌شود. ذمه در حقوق اسلامی به عنوان محلی اعتباری برای تعلق دیون شناسایی شده است که همین مفهوم با اندکی تغییر در حقوق فرانسه با عنوان «دارایی» آمده است. سؤال اصلی این تحقیق این است که این دو چه نسبتی از «نسب اربعه»، با یکدیگر برقرار کرده‌اند و آثار هر یک از این دو نهاد چیست. به عبارت دیگر، این دو نهاد چه شباهت‌ها و چه تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند؟ در فرآیند تحقیق، به این برآیندها می‌رسیم که نهاد ذمه، دارای امتیازاتی همچون عام بودن از حیث موضوع، استمرار بقا حتی پس از فوت شخص و داشتن شخصیت حقوقی است و این امور باعث برتری نهاد ذمه بر نظریه دارایی است. در این تحقیق از روش مطالعه تطبیقی خرد و کتابخانه‌ای، استفاده شده است.

#### کلیدواژه‌ها: ذمه، دارایی، عهده، حق ذمی، مافی الذمه.

۱. استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی. (نویسنده مسئول)

saedi\_mha@yahoo.com

۲. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه خراسان. shahbazimostafa@gmail.com

در خصوص اهمیت تحقیق حاضر می‌توان گفت: به نظر می‌رسد یکی از مشکلات امروز جامعه حقوقی ما دریافت ناصحیح از مفاهیم حقوقی است. (اسماعیلی و مهاجرانی، ۱۳۹۵: ۴۶) در تمام نظام‌های قانون‌گذاری، قانون‌گذار برای ارائه نهاد‌های حقوقی نیاز به تعریف برخی از این نهادها دارد. (اسماعیلی و مهاجرانی، ۱۳۹۵: ۲۹)

بحث تعاریف اگرچه یکی از مباحث اساسی علم منطق است و سخن فراوانی در باب آن گفته شده، ولی همچنان در علوم اعتباری چون حقوق، بحثی جامع در آن شکل نگرفته است. علت این امر آن است که تعریف مفاهیم و موضوعات در عالم حقوق و فقه و همچنین اخلاق، دایرمدار فهمی قبلی از اعتبار است. از طرفی در عالم حقوق با مفاهیم ارزشی سروکار داریم که در تعریف آن‌ها از گزاره‌های توصیفی استفاده می‌کنیم (اگرچه در واقع اینجا توصیفی صورت نمی‌گیرد) و از طرفی با مفاهیمی سروکار داریم که در گزاره‌های امری یا دستوری به کار می‌رود؛ همچون باید، نباید و می‌تواند. (اسماعیلی و مهاجرانی، ۱۳۹۵: ۲۷)

توضیح بیشتر آنکه، امور بر سه قسم حقیقی، انتزاعی و اعتباری است. علی‌رغم اختلاف نظر در خصوص ماهیت مفاهیم حقوقی، مشهور حقوق‌دانان معتقدند که ماهیت این مفاهیم، از سنخ مفاهیم اعتباری است. وجود اعتباری در حیطة قدرت انسان قرار دارد و خالق موجود اعتباری، خود انسان است؛ (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۱) از همین روی مرحوم نائینی معتقد است که اعتباری، به اموری اطلاق می‌شود که «تقرر» و وجودش در ظرف اعتبار است؛ بنابراین تقرر و ثباتش در اختیار اعتبار کننده است. (نائینی، ۱۴۱۷ق: ۳۸۱/۴)

مرحوم عراقی نیز امور اعتباری را بر سه قسم می‌داند و معتقد است که اعتباریات به اعتباریات محض یا صرف، اعتباریات ادعائیه تنزیله و اعتباریات قصديه، تقسیم‌پذیر است. اعتباریات قصديه<sup>۱</sup> با اعتبار اعتبار کننده، تقرر و ثبوت می‌یابد؛ اما بعد از پایان آن اعتبار، باز هم باقی است؛ مثل زوجیت و ملکیت. این قسم اگرچه با «انشاء» ایجاد می‌شود،<sup>۲</sup> ولی بقای

۱. به علت آنکه دو قسم دیگر، ارتباطی به بحث حاضر ندارند، از توضیح آن‌ها خودداری می‌شود.  
 ۲. «انشاء» یعنی ایجاد معنا در نفس الامر و نفس الامر یعنی ظرف ثبوت و تحقق. (طباطبائی، ۱۴۲۳: ۲۵/۱)

این امور دیگر در دست اعتبارکننده نیست؛ (عراقی، ۱۴۱۷ق: ۸۹/۴) امور حقوقی از قسم اعتباریات قصدیه است.

علی‌رغم تعدد نگاشته‌ها در خصوص مسائل مرتبط با ذمه، از قبیل مالکیت «مافی‌الذمه»، «نقل ذمه»، «ضم ذمه» و... در میان آثار حقوقی اثری که به صورت مستقل به بررسی ماهیت این نهاد پرداخته و آن را با نهاد مشابه خارجی، یعنی «دارایی» تطبیق داده باشد، به چشم نمی‌خورد.

در خصوص پیشینه و نوآوری تحقیق حاضر می‌توان به دو اثر اشاره کرد: اول، مقاله‌ای با عنوان «ذمه و عهده در فقه شیعه»، که طبق عنوان آن، نویسنده به دنبال مقایسه دو مفهوم ذمه و عهده در فقه شیعه است؛ در حالی که اثر حاضر به مطالعه مقارنه‌ای بین ذمه و دارایی با تأکید بر فقه عامه پرداخته است. اثر دوم با عنوان «ذمه از دیدگاه فقه امامیه با رویکردی بر نظرات امام خمینی» است که این مقاله هم بدون مطالعه و مقایسه مفهوم ذمه با مفاهیم مشابه، به شرح و بسط این عنوان از منظر فقه امامیه، مخصوصاً نظرات امام خمینی رحمته، پرداخته است.

### سؤال تحقیق

سؤال اصلی این تحقیق این است:

نسبت بین ذمه و دارایی چیست؟

با روشن شدن نسبت میان این دو مفهوم، قلمرو کارایی هر یک نیز مشخص می‌شود. در حق و دین، شخصی به نام بستانکار یا متعهدله، به‌طور مستقیم حقی بر عهده شخص دیگری به نام مدیون یا متعهد دارد. از آنجا که محل تعلق دین، مستقیماً ذمه اشخاص است، برای شناسایی دقیق مفهوم حق دینی که گاه به آن «حق ذمی» نیز اطلاق می‌شود، بهترین راه، شناسایی محل تعلق آن، یعنی همان ذمه است.

واژه ذمه در حقوق اسلامی کاربرد فراوانی دارد. در مقابل در حقوق کلاسیک و حقوق فرانسه از عنوان دارایی یا «Patrimoine» استفاده می‌شود که نوشتار حاضر با روش مطالعه تطبیقی خرد و کتابخانه‌ای و با مقدمه، سه بخش و نتیجه‌گیری به این مسئله پرداخته است. در بخش اول، به مفهوم ذمه و مسائل مربوط به آن، در بخش دوم به مفهوم دارایی، آثار و شرایط

آن در حقوق فرانسه و در قسمت سوم به تطبیق ویژگی‌های ذمه در فقه اسلامی با دارایی در حقوق کلاسیک فرانسه پرداخته می‌شود.

### ۱- ذمه<sup>۱</sup>

یکی از نوآوری‌های فقه اسلامی، به کارگیری مفهوم «ذمه» است.<sup>۲</sup> گویا تعریف ذمه، از «ارتکاز عقلا» در باب غضب گرفته شده است؛ آنجا که عین مغضوب، موجود باشد، می‌گویند: عین در عهده غاصب است و اگر عین، تلف شده باشد، می‌گویند: عین در ذمه غاصب است. از آنجا که عین بعد از تلف، مثل یا قیمت است، تصور شده که ذمه، ظرف چیزی کلی است که وجود خارجی ندارد. (صدر، ۱۳۷۹: ۳)

ذمه در متون فقهی به دو صورت به کار رفته است: گاه در معنای عام است و گاه در معنای خاص. ذمه در معنای عام، کلیه تکالیف و تعهدات (اعم از عبادی، غیرعبادی، مالی، غیرمالی، عبادی مالی، حقوقی، حقوقی مالی) و به‌طور کلی تمام الزامات و التزامات را در بر می‌گیرد. ذمه در معنای خاص ذمه‌ای است که هرگاه برای دیگری به مالی مشغول شود، او مالک این ذمه می‌شود؛ پس ضمان، مختص ذمه به معنای خاص است و تکلیف محض، مخصوص ذمه در معنای عام؛ به عبارتی، هرگاه تعهد محض باشد، اشتغال ذمه به معنای عام را ایجاد می‌کند، ولی اگر تعهد دینی باشد، اشتغال ذمه به معنای خاص که همراه ضمان است، ایجاد می‌شود. (بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲)

ذمه به معنای عام، موضوع نوشته حاضر است و مطالب مربوط به ذمه در سه قسمت مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛ ابتدا کلیاتی درباره مفهوم ذمه و سپس ویژگی‌های آن و در خاتمه نیز زمان انتهای آن با توجه به حقوق اسلامی، بررسی می‌شود.

#### 1. obligation.

۲. در حقوق روم ذمه، شناخته شده نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۹/۳)

## ۱-۱- مفهوم‌شناسی ذمه

### ۱-۱-۱- ذمه در لغت

ذمه در لغت به معنای عهد و امان است. به همین دلیل، کافری که با حکومت اسلامی معاهده‌ای بسته، کافر ذمی نامیده می‌شود. ذمه به معنای ضمان نیز آمده و در همین استعمال است که وقتی کسی می‌گوید: در ذمه من، فلان مبلغ برای دیگری است، منظور این است که وی ضامن همان مبلغ برای مشارالیه (شخص اشاره شده) است. (خوری شرتونی، ۱۴۰۳ق: ۳۷۲) ازهری، ذمه (به فتح ذال و میم) را به معنای چاه کم آب دانسته که جمع آن، ذم است. (ازهری، ۱۴۲۲ق: ۱۲۹۳) این واژه به معنای مذمت کردن، نکوهش کردن و سرزنش کردن نیز است. (بندر ریگی، ۱۳۶۲: ۱۷۳)

از همین جا اشتباه برخی از نویسندگان که ذمه (به کسر ذال) را به معنای اخیر دانسته‌اند، آشکار می‌شود. ذمه (به کسر ذال) به معنای عهد بوده و جمع آن، ذمم و ذمام است. ازهری می‌نویسد: «رجل ذمی: له عهد». (ازهری، ۱۴۲۲ق: ۱۲۹۳) وی همچنین معنای ذمه در آیه شریفه ﴿الْأَوْلَادُ ذِمَّةٌ﴾ (توبه، ۱۰) را به معنای امان دانسته است. ابن عرفه ذمه را به معنای ضمان دانسته است: «وهو فی ذمّتی؛ ای: فی ضمانی» (ازهری، ۱۴۲۲ق: ۱۲۹۳) و از همین روست که به اهل ذمه، اهل ذمه می‌گویند؛ چرا که در ضمان مسلمانان هستند. جوهری اهل ذمه را به معنای اهل عقد و ذمه را به معنای امان می‌داند. (جوهری، ۱۴۲۸ق: ۳۷۵) یکی دیگر از لغت‌شناسان عرب معانی زیر را برای ذمه (به کسر ذال) نقل کرده است: حمایت، پناه، امنیت، جان و مال، امان، عهد، پیمان، تعهد، حمایت، مسئولیت، حرمت، مصونیت. وی همچنین «ذمه مالیه» را به معنای مجموعه حقوق و تعهدات هر فرد، بدهی و دیون مالی و نیز ذمم را به معنای مطالبات می‌داند. (باتمان غلیچ، ۱۳۹۶: ۱۱۵۲/۱)

### ۱-۱-۲- ذمه در اصطلاح

واژه ذمه در قرآن فقط در دو آیه ۸ و ۱۰ سوره توبه<sup>۲</sup> و به معنای عهد و پیمان آمده است.

۱. ذمام به معنای حق، احترام و پاس گرفتن است. (بندر ریگی، ۱۳۶۲: ۱۷۳)
۲. ﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا ذِمَّةً يَرْضَوْنَكُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ وَتَأْبَىٰ قُلُوبُهُمْ وَأَكْثَرُهُمْ فَاسِقُونَ﴾ و ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ﴾.

این واژه در ۱۵ ماده از مواد قانون مدنی، به همین شکل و بدون ترکیب با واژه دیگری<sup>۱</sup> به کار رفته است.<sup>۲</sup>

فقط در مواردی که تکلیف مالی، پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد، ظرفی به نام ذمه را جعل کرده‌اند (همدانی، ۱۴۱۶ق: ۶۱۱/۱۴) که محتوای این ظرف نیز دین است که به عنوان امری اعتباری برای مال کلی و نامعینی استفاده می‌شود. (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۱۷۶/۲۲؛<sup>۳</sup> عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ۳۱۸/۵) در فقه، تمایل بر این است که روابط شخص با شخص، حتی الامکان به رابطه شخص با شیء ارجاع شود. به این معنا که بسیاری از موارد بالا که در آن پای دو شخص در میان است و رابطه آنها از لحاظ حقوقی «حق دینی» و رابطه شخص با شخص تلقی می‌شود، مانند دیون و مطالبات، از لحاظ فقهی رابطه شخص با شیء تلقی می‌شود.

خلق مفهوم اعتباری ذمه به عنوان ظرفی برای دیون و تعهدات، از راه‌های «عینی سازی» روابط حقوقی است. در مواردی که برای آثار مالی عقد، پایگاه مادی و عینی وجود نداشته، فقها مفهوم «ذمه» را به عنوان ظرفی برای دارایی شخص و مظهر ثبوت آثار عقد، اختراع کرده‌اند. (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۰: ۱۵۹) لفظ ذمه در نصوص شرعی به معنای مصطلح در فقه به کار نرفته است و به تعبیری، «حقیقت شرعی» ندارد؛ از این رو نمی‌توان احکام فقهی خاصی را بر موارد کاربرد آنها در آیات و روایات مترتب کرد. (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۰: ۱۷۲)

درباره مفهوم اصطلاحی ذمه اختلاف نظر وجود دارد. به نظر بعضی، ذمه وصفی در شخص است که به موجب آن، شخص صلاحیت می‌یابد تا حقی، «له» و یا «علیه» او جریان یابد. (ابن عابدین، ۱۹۷۹: ۲۸۱/۵) حتی از ظاهر کلام بعضی از فقهای عامه همچون ابوزید، برمی‌آید که ذمه همان عقل است. در این صورت ذمه ذات نیست و عمدتاً وصفی برای اشخاص است.

در مقابل، بعضی دیگر برای ذمه ارزش ذاتی قائل شده‌اند و فراتر از وصفی ساده بر این

۱. از قبیل: ما فی الذمه، اشتغال الذمه، مشغول الذمه.

۲. مواد ۲۹۱، ۲۹۷، ۳۰۰، ۳۲۱، ۳۲۲، ۵۰۵، ۶۵۳، ۶۸۴، ۶۹۸، ۷۰۷، ۷۲۴، ۷۳۰، ۷۴۶، ۷۷۵ و ۷۹۰ ق.م.

۳. «الدین فی الذمه امر کلی لا وجود له فی الخارج».

عقیده‌اند که ذمه، وجود اعتباری مستقلی است که می‌تواند محل تعلق حق و تکلیف باشد. همان طور که فخر الاسلام از علمای عامه می‌نویسد: هر انسانی که متولد می‌شود، صاحب ذمه است و آن ذمه صلاحیت دارد که حق و تکلیف به آن تعلق گیرد. (وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۱۷ق: ۲۷۴) در برداشت اول ذمه، وصفی محض است؛ اما در برداشت دوم، ذمه موصوفی است که صلاحیت اشتغال به حق و تکلیف به آن اضافه می‌شود. روشن است در معنای ذاتی، شیء اتصاف پذیر است.

به نظر بعضی دیگر از فقهای عامه ذمه، محل ضمان است. همان طور که عده‌ای دیگر بر این عقیده‌اند که ذمه معنایی است که به موجب آن، شخص صلاحیت تحمل حق و تکلیف می‌یابد. (وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۱۷ق: ۲۷۵) در معنای شایع و مرسوم، ذمه ظرف اعتباری است که در شخص فرض می‌شود و حقوق و تکالیف شخص در آن تجمع می‌یابد. (سرخسی، ۱۴۱۴ق: ۳۳۳/۲) در این کاربرد شباهت زیادی میان ذمه و مفهوم دارایی (Patrimoine) که در حقوق کلاسیک فرانسه از آن یاد می‌شود، وجود دارد.

بر اساس نظر مشهور، ذمه فقط ظرف کلیات است، نه ظرف اعیان شخصی و خارجی. به عبارت دیگر، به نظر مشهور، حقوق مربوط به عین به ذمه اشخاص تعلق نمی‌گیرد؛ اما دیون که اموری کلی است به ذمه تعلق می‌گیرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۲۰) بنا بر این نظر که گاه به خطا آن را به کلیه فقها نسبت می‌دهند، ثبوت دین بر عهده شخص زمانی تصورپذیر است که محلی برای وجود آن در انسان تصور شود و این محل فرضی همان ذمه است؛ اما باید دانست که هیچ‌گاه در حقوق اسلامی ذمه اختصاص به اموال نیافته است؛ بلکه محل تجمع کلیه حقوق و تکالیف اعلام شده؛ چه حقوق و تکالیف از اقسام حق الناس و یا از اقسام حق الله.

بعضی از نویسندگان با توجه به فقه امامیه، ذمه را چنین تعریف کرده‌اند: «ذمه صفت و حالتی است در انسان که به وسیله آن شایستگی پیدا می‌کند که چیزهایی به نفع او یا ضرر او ثابت شود؛ او به گردن دیگری یا دیگری به گردن او حقی داشته باشد. ذمه کسی مشغول است، یعنی بر عهده اوست؛ یعنی التزام و تعهد دارد که ذمه خود را بری کند.» (فیض، ۱۳۶۹:



برخلاف نظریه مشهور که مظروف ذمه را منحصرأ اعیان کلی و یا امور کلی می‌دانند، چه در میان عامه (حنابله) و چه فقهای امامیه، بعضی بر این عقیده‌اند که گاه متعلق ذمه یا تعهد بر ذمه، عین کلی است و گاه عین شخصی و خارجی. ایشان اعیانی شخصی که می‌تواند به ذمه تعلق گیرد را به دو دسته تقسیم می‌کنند:

الف) در مورد اعیان مضمونه؛ مثل عین مغضوبه‌ای که غاصب متعهد به رد آن است. در این مورد نیز گفته شده که شخص غاصب، مشغول الذمه است.

ب) در مورد اعیان غیر مضمونه؛ مانند تعهد امین به رد مال در مورد امانت؛ به عنوان مثال «مستودع» و «مستأجر» و «مستعیر»، هر سه در مال معین خارجی امین محسوب می‌شوند و موظف به برگرداندن آن به صاحب عین هستند. این نوع تعهد نیز علی‌رغم تعلق به عین خارجی، گاه مافی الذمه نامیده شده است. (حسینی عاملی، بی تا: ۱۳۳/۵)

اهلیت با ذمه متفاوت است و نباید اهلیت را با آن یکی دانست. «اهلیت و خوب» یا «اهلیت تمتع» صلاحیت شخص در برخورداری از حقوق و یا تحمل تکالیف است و به همین دلیل است که اصطلاح شایع در حقوق کشورهای عربی، یعنی اهلیت و خوب، بیشتر از اهلیت تمتع که در حقوق ایران رواج یافته، مفید این معناست. «اهلیت ادا» یا «اهلیت تصرف» که معمولاً به آن «اهلیت استیفا» نیز گفته می‌شود، به معنای صلاحیت شخص در اجرای حقوق اوست؛ بنابراین روشن می‌شود که اهلیت، نشانه و اثر وجود ذمه در شخص است. برای روشن تر شدن رابطه میان ذمه و اهلیت باید گفت که اهلیت و خوب در انسان دارای دو عنصر است:

اول، صلاحیت ثبوت حق برای او و یا برخورداری از حقوق قانونی، که به موجب آن می‌تواند دیگران را الزام به رعایت حقش کند.

دوم، صلاحیت ثبوت تکلیف برای او که به موجب آن، شخص قابلیت التزام در موارد قانونی را می‌یابد.

در عنصر اول، اهلیت و خوب، از زمانی که شخص، جنینی بیش نیز نیست، برای او فراهم می‌شود. در این وضعیت و برای حفظ و برخورداری از این عنصر، نیاز به تقدیر مفهومی به نام ذمه نیست؛ چون در این فرض، حقی علیه او جریان نمی‌یابد؛ اما در عنصر دوم، اهلیت

و جوب، که در واقع صلاحیت ثبوت تکلیف است، نیازمند دو امر است:

اول اینکه شخص لا اقل تولد یابد؛ چون جنین شایستگی تکلیف را ندارد و نمی توان او را مکلف پنداشت. هر چند دایره تکالیف برای طفل بعد از ولادت نیز تا زمان بلوغ و اهلیت قانونی ناقص باقی می ماند.

دوم اینکه تعلق تکلیف نیازمند تقدیر مفهومی به نام ذمه است؛ یعنی ضروری است که محلی برای تعلق تکالیف و یا استقرار آن وجود داشته باشد؛ به گونه ای که با تعلق تکلیف، اشتغال و با سقوط آن فراغت یابد.

این دو عنصر اخیر از حیث وجود و مصداق با یکدیگر ملازمه دارند؛ هر چند در مفهوم با هم مغایرند؛ زیرا برای اینکه شخصی شایستگی ثبوت تکلیف داشته باشد، نیازمند آن است که محلی اعتباری، خارج از شخصیت انسانی او تصور شود که آن محل، جایگاهی برای استقرار آن تکالیف باشد. این است که در عمل، اهلیت و ذمه با یکدیگر ملازمه دارند. هر جا اهلیتی باشد، ذمه ای نیز وجود دارد و بالعکس؛ اما اهلیت از نظر مفهوم با ذمه متفاوت است. اگر اهلیت به معنای صلاحیت و شایستگی قانونی است، ذمه به معنای محل استقرار محسوب می شود. (وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۱۷ق: ۲۷۶)

به نظر نگارنده اولاً و «بالذات» تکالیف نیازمند محل استقرار است و به دلیل تأمین و مراعات کامل شخصیت انسانی، فرض محل اعتباری برای تعلق تکالیف بر آن منطقی است؛ اما ثانیاً و «بالعرض» و به دلیل «علقه مشابهت»، ذمه در مرتبه بعدی، محل استقرار حقوق نیز تلقی شده است؛ به گونه ای که می توان ذمه را محل تجمع تکالیف و حقوق دانست.

برخی فقهای اهل سنت معتقدند که ذمه با اهلیت و جوب مترادف است (تفتازانی، بی تا: ۳۴۲/۲) و برخی دیگر معتقدند که ذمه با اهلیت استیفا مترادف است و برخی قائل اند که این دو، دو حقیقت متغایرند که نسبت بین آنها «عموم و خصوص من وجه» است؛ بدین معنا که هر یک بدون دیگری تصور نمی شود. عبد و بنده، فقط ذمه دارد، ولی اهلیت ندارد و کودک ممیز اهلیت دارد، ولی ذمه مستقل ندارد و قدر مشترک، فرد آزاد و بالغ است که اهلیت تام دارد؛ (قرافی، بی تا: ۲۲۶/۳) اما از نظر امامیه نسبت بین این دو «عموم و خصوص مطلق» است.

اشتباه مشهوری که حتماً باید از آن پرهیز کرد، اشتباه گرفتن ظرف و مظروف است. گاه به جای «مالکیت مافی الذمه» و «مالک مافی الذمه»، گفته می‌شود: «مالک ذمه». این در حالی است که هیچ کس نمی‌تواند مالک ذمه خود و یا دیگری شود؛ چون ذمه برخلاف مافی الذمه، قابلیت تملک ندارد.<sup>۱</sup> همان طور که اشاره شد، تفاوت ذمه و مافی الذمه، تفاوت ظرف و مظروف است. کسی که می‌خواهد آب یا مظروف را بیاشامد، هیچ گاه ظرف آب را نمی‌خورد. به همین ترتیب عبارت «اداء ذمه» درست نیست و به جای آن باید گفت: «اداء مافی الذمه». ناگفته نماند که گاهی مجازاً به لحاظ «علاقه حال و محل»، می‌توان ذمه را به جای مافی الذمه به کار برد؛ چنان که در باب «تصارف ذم» به جای تصارف «ما فی الذم» تصارف ذم گفته می‌شود که این از اساس، استعمال مجازی است و البته ذوق سلیم حقوقی، مجاز را بر حقیقت ترجیح نمی‌دهد.

## ۲-۱- ویژگی‌های ذمه

با مطالعه مقررات فقهی و با توجه به استعمالات مختلفی که در مورد ذمه صورت گرفته، می‌توان برای ذمه ویژگی‌های زیر را در نظر گرفت:

الف) ذمه ظرف اعتباری است که برای اشخاص فرض می‌شود؛ بنابراین جنین قبل از تولد، ذمه‌ای ندارد. به همین ترتیب وجود ذمه برای حیوانات نیز پذیرفتنی نیست؛<sup>۲</sup> بنابراین اگر کسی به نفع حیوانی وصیت کند، اگر قصدش تملیک، یعنی انعقاد وصیت تملیکی باشد، به نحوی که موصی به (چیزی که برای وارث گذاشته شده) وارد مالکیت حیوان شود، وصیت باطل است، چون حیوان ذمه‌ای ندارد تا بتواند تملک کند؛ اما اگر قصد او توصیه به دیگران در جهت انفاق به حیوان باشد، اشکالی ندارد. البته، امروزه در حقوق به لحاظ اینکه برای مؤسسات و شرکت‌های تجاری نیز شخصیت حقوقی در نظر گرفته شده، این گونه شخصیت‌ها نیز بنا بر اعتبار قانون، همچون اشخاص حقیقی دارای ذمه هستند.

۱. برای مشاهده نمونه‌ای که به جای عنوان «آثار اتحاد مافی الذمه و طلب» آمده، یعنی «آثار اتحاد ذمه و طلب»، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۴۰۶/۱.

۲. هر چند در پاره‌ای منابع فقهی تصور نوعی ذمه برای حیوانات و جمادات، به اعتبار ذمه داشتن مالک آن‌ها، معقول به شمار رفته است. (مکاشفی، ۱۴۰۹: ۴۴)

ب) هر شخص دارای یک ذمه است و نمی‌توان برای شخص، ذمه‌های متعددی در نظر گرفت؛ همان‌طور که چند شخص نیز نمی‌توانند با یکدیگر در ذمه واحدی شریک باشند.

ج) هر شخص پس از تولد، دارای ذمه است، حتی اگر دینی نداشته باشد؛ زیرا ذمه همراه با شخصیت است. همچنین هر انسانی، اهلیت تمتع دارد؛ بنابراین نمی‌توان شخص را بدون قابلیت داراشدن یا متعهدشدن در نظر گرفت؛ بنابراین حتی طفلی که تازه متولد شده و هیچ مالی ندارد، کسی به نفع او وصیت نکرده و ارثی برای او به‌جای نمانده، باز هم دارای ذمه است. در مورد اشخاص حقوقی نیز، علی‌القاعده، پس از تشکیل و ایجاد، می‌توان ذمه‌ای در نظر گرفت.

د) ذمه در شخص، نوعی محل اعتباری است؛ بنابراین حدودمرزی ندارد. ذمه تاب‌گنجایش اجزای مثبت و منفی را بدون محدودیت دارد. این است که هر شخص می‌تواند دیون زیاد، یا اجزای مثبت و اموال زیادی داشته باشد، بدون آنکه خللی در ذمه او پدید آید. (ه) ذمه محلی است برای تمام دیون و هیچ دینی بر دین دیگر ترجیح ندارد؛ مگر اینکه صاحب دین بابت طلب خود، رهن گرفته باشد و دارای حق عینی باشد که در این فرض، او نسبت به سایر طلبکاران مقدم است. برخی از حقوق شخصی نیز در فقه اسلام، مقدم شده است؛ مانند هزینه‌های تجهیز و تکفین متوفا و نیز نفقه زوجه و فرزندان شخص؛ بنابراین تقدم برخی از دیون از حیث ثبوت در ذمه، سبب ترجیح آن دین نسبت به دیون بعدی نیست و از طرفی دیونی که بر ذمه اشخاص تعلق می‌یابد، مال خاصی از اموال او را مقید نمی‌کنند و این امر برخلاف حقوق عینی افراد بر اموال اشخاص است که دقیقاً مال مشخصی را مقید می‌کنند و همین امر تفاوت اساسی میان حقوق عینی و دینی را تشکیل می‌دهد.<sup>۱</sup>

هرگاه دین به‌طور صحیح به ذمه تعلق گرفت، احترام به آن مساوی است و ترجیح منتفی است. در غیر این صورت معاملات افراد با عذر خواهد بود؛ چرا که بر فرض وجود رتبه در دیون، برای اشخاص غیرممکن بود که بتوانند دیون سابق مدیون خود را تشخیص دهند و

۱. برخی از حقوق دانان معتقدند تفکیک عین و دین در فقه مبتنی بر نظریه ذمه است؛ بدین معنا که مبنای این تفکیک، تعلق یا عدم تعلق به ذمه است. (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۲۰/۱)

بدین ترتیب رتبه دین خود را بیابند.

و) ذمه به شخص تعلق دارد و دین پس از ایجاد، به ذمه تعلق می‌گیرد و بدین ترتیب بر اعیان اموال و اجزای داخل در ذمه شخص، قید و محدودیتی ایجاد نمی‌کند. (زحیلی، ۱۴۰۹ق: ۵۳/۴؛ سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۱۷/۱) در عین حال می‌توان گفت: در حقوق اسلام نیز همچون حقوق فرانسه، دارایی اشخاص و ثقیه عام بستانکاران شخص محسوب می‌شود؛ ولی نه به این معنا که ایشان حق عینی بر ذمه شخص نسبت به اموال خاصی یافته باشند؛ بلکه به این معنا که بستانکار می‌تواند از محل اموال بدهکار خود، حقش را استیفا نماید.

به عبارت دیگر ذمه به شخص تعلق دارد، نه به اموال و ثروت او. ذمه، مستقل از صاحبش است؛ بنابراین مدیون می‌تواند با سرمایه‌ای که دارد تجارت کند، هبه کند، قرض دهد، چیزی بخرد و...؛ اگرچه میزان دیون او بیشتر از اموالش باشد. برخلاف حقوق غرب که ذمه را مجموعه دارایی فرد، اعتبار می‌کنند، اسلام به ذمه به عنوان شخصیتی قانونی نگاه می‌کند. (بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲۲)

### ۳-۱- انتهای ذمه

ذمه برای شخص از بدو تولد به وجود می‌آید. البته می‌توان گفت که ذمه از زمان حمل نیز به وجود می‌آید؛ اگرچه به صورت ضعیف، آن هم فقط برای تملک و نفع بردنی ناقص؛ اما دارای وجود متزلزلی است که با تولد استقرار می‌یابد. ذمه برای شخص در تمام مدت حیات او محفوظ می‌ماند و کسی نمی‌تواند آن را سلب کند؛ حتی خود شخص نیز نمی‌تواند به سببی از اسباب، ترتیبی اتخاذ نماید که فاقد ذمه شود. با فوت شخص، ذمه او هم منتفی می‌شود؛ چرا که ذمه متصل با شخصیت اوست؛ البته در این زمینه اختلاف نظر نیز دیده می‌شود:

الف) جمهور عامه (مالکیه و شافعیه و بعضی از حنابله) بر این عقیده‌اند که بعد از فوت شخص، ذمه تا زمان تسویه حقوق متعلق بر ترکه باقی می‌ماند و پس از تسویه، ذمه مرده نیز خاتمه می‌یابد؛ بنا بر این نظر، میت حتی می‌تواند پس از فوت، حقوق جدیدی بیابد؛ مثلاً شخصی طبق قانون، توری جهت صید قرار داده و پس از فوت او حیوان مباحی در تور می‌افتد. در این وضعیت اکثریت عامه، میت را مالک آن حیوان می‌دانند؛ به گونه‌ای که گویا

حیوان صیدشده، عنصری در دارایی شخص مرده محسوب می‌شود.

به همین ترتیب، ایشان بر این عقیده‌اند که ممکن است ذمه مرده پس از فوت نیز مشغول شود؛ مثلاً در معامله‌ای مشتری، «خیار عیب» دارد و پس از معامله، فروشنده فوت می‌کند و مشتری نیز بدون آنکه به فوریت خیار عیب خللی وارد آید، معامله را فسخ می‌کند. به نظر ایشان پس از فوت، ذمه فروشنده اشتغال به ثمن می‌یابد. ممکن است سبب اشتغال ذمه او قهری باشد؛ مانند اینکه شخص در زمان حیات خود از روی دشمنی، چاله‌ای حفر کرده و پس از فوت او، اموال شخصی دیگر به علت سقوط در چاله از بین رفته است.

فقه‌های عامه، معمولاً به روایتی از پیامبر ﷺ استناد می‌کنند که به موجب آن «نفس مؤمن تا زمان ادای دین بسته به آن است»<sup>۱</sup>. (الالبانی، ۱۴۰۸ق: ۳۱۳؛ فنسنگ، ۱۹۳۶: ۱۱۵/۱) در همین راستا است که مالکیه وصیت بر شخص فوت کرده را در صورت علم وصیت کننده به فوت او، صحیح می‌دانند. به نظر ایشان مقصود از وصیت، قضای دیون میت است. در مقابل، شافعیه مطلقاً (اعم از علم و جهل وصیت کننده به فوت موصی له) وصیت را صحیح نمی‌دانند. (الابی‌الزهری، ۱۴۲۱ق: ۳۱۷/۲)

بعضی از اقوال امامیه، نشان‌دهنده پذیرش این نظر، حداقل از حیث پاره‌ای از آثار است؛ به عنوان مثال، در صورت فوت شخص و انتقال اجباری «خیار» به ورثه و توافق ایشان بر فسخ، در صورتی که ورثه معامله را فسخ نمایند و عین «ثمن» در میان «ترکه» موجود باشد، همان به مشتری داده می‌شود؛ زیرا در اثر فسخ، هریک از دو مورد معامله به مالک قبل از عقد برمی‌گردد. به نظر مشهور، هرگاه عین ثمن موجود نباشد، هریک به مقدار سهم الارث خود از ثمن باز می‌گرداند؛ اما بعضی از فقها بر آن‌اند که چنانچه ارث گذارنده ترکه‌ای نداشته باشد که بتوان ثمن را از آن ادا کرد، ورثه می‌توانند عقد را فسخ کنند، مبیع داخل در مالکیت میت می‌شود، ثمن بر ذمه او قرار می‌گیرد، ورثه ملزم نیستند از دارایی خود ثمن را بپردازند و مانند موردی است که حق خیار برای ثالث باشد و یا وکیل، حق فسخ داشته باشد و آن را فسخ کند؛ در این صورت مبیع، موضوع حق طلبکاران قرار گرفته و مشتری مانند طلبکاران دیگر

۱. «نفس مؤمن معلقه بدینه حتی تقتضی عنه». (حدیث ۸۶۰ و ۸۶۱)

جزء زیان دیدگان محسوب می‌شود. (امامی، ۱۳۷۱: ۵۳۴/۱)

ب) به نظر برخی از فقهای حنفیه، فوت شخص باعث از بین رفتن ذمه نیست؛ بلکه آن را ضعیف می‌کند. در این نظر ذمه فقط به میزان ضروری جهت تسویه حقوق طلبکاران باقی می‌ماند. (بخاری، بی تا: ۳۱۶/۴: مکاشفی، ۱۴۰۹ق: ۴۷) به نظر ایشان نیز اگر فرد فوت شده، در زمان حیات، توری جهت صید پهن کرده باشد، اما پس از فوت او حیوان مباحی در تور گرفتار شود، مالکیت برای او ایجاد می‌شود؛ همان طور که با فسخ معامله ذمه او اشتغال به ثمن می‌یابد؛ اما در این نظر وصیت بر میت صحیح نیست، چه وصیت کننده علم به فوت وصیت شونده داشته باشد و چه علم به فوت او نداشته باشد.

ابویوسف بر این نظر است که اگر برای زنده و مرده‌ای وصیت شد، وصیت برای زنده و نه برای مرده صحیح است؛ چون میت اهلیت وصیت را ندارد؛ بنابراین مزاحمتی برای حق زنده به وجود نمی‌آید. او معتقد است که اگر وصیت کننده علم به فوت وصیت شونده نداشته، وصیت برای او درست است؛ اما اگر علم به فوت او داشت، وصیت به لحاظ لغو بودن باطل است.

به نظر برخی از حنفیان، «کفالت» از دین میت «مفلس» نیز صحیح نیست؛ چرا که به نظر ابوحنیفه دین، عبارت از فعل است و میت نیز عاجز از فعل است؛ پس کفالت از او به منزله کفالت از دین ساقط است. این مورد همانند جایی است که شخصی از انسانی که دینی بر عهده او نیست کفالت کند که این کفالت نیز به علت فقدان دین باطل است؛ اما اگر فرد فوت شده مفلس نباشد، فعل توسط قائم مقام او اجراشدنی است. (کاسانی حنفی، ۱۴۲۰ق: ۹/۶)

خلاصه آنکه به نظر این گروه از فقهای حنفی، با فوت، ذمه نه نابود می‌شود و نه باقی می‌ماند؛ بلکه تخریب می‌شود. به نظر بسیاری از ایشان در صورتی که فرد فوت شده، مال و یا کفیلی داشته باشد، ذمه ضعیف او از این راه تقویت می‌شود؛ اما اگر مال یا کفیلی نداشته باشد، ذمه ساقط می‌شود. به نظر بسیاری از مالکیه، «ترکه مستغرق» در حکم ملک میت باقی می‌ماند؛ اما در ترکه‌ای که مستغرق دین نباشد، اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از ایشان

معتقدند که کماکان همچون ترکه مستغرق ملک متوفا است و بعضی معتقدند که به ملکیت ورثه منتقل می‌شود. برخی دیگر بر این عقیده‌اند که معادل دین در ملکیت متوفا می‌ماند و زائد بر آن به ملکیت ورثه، درمی‌آید. (سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۸/۱)

ج) مالکیت و بعضی از حنبله بر این عقیده‌اند که ذمه شخص با فوت از بین می‌رود. اگر فرد فوت شده مالی از خود باقی گذاشته باشد، دین به مالیت آن مال تعلق می‌گیرد و در غیر این صورت دین ساقط می‌شود؛ چون محلی برای استقرار باقی نمانده است. (سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۷/۱)

د) هرچند در فقه امامیه با صراحت و در بحثی کافی، تصریح به بقای ذمه پس از فوت اشخاص دیده نمی‌شود، اما از بعضی روایات و عقاید امامیه، اگرچه به صورت موردی، می‌توان آثار بقای ذمه، اگرچه پس از فوت متوفا را دید؛ از جمله، روایات معتبری وجود دارد که به موجب آن، ضمان از متوفا جایز شمرده شده است. جواز ضمان از ذمه متوفا تلویحاً اشاره به بقای ذمه او دارد.

به عنوان مثال، «در روایتی ابوسعید خدری نقل می‌کند: با رسول خدا ﷺ در برابر جنازه‌ای بودیم. حضرت فرمود: آیا متوفا دین دارد؟ گفتند: بله، دو درهم مدیون است. حضرت فرمودند: خودتان بر جسد نماز بگذارید. علی (علیه السلام) عرض کرد: ای رسول خدا، آن دو درهم را من بر عهده گرفتم و من ضامن او هستم و دو درهم را می‌پردازم. سپس پیامبر ﷺ برخاست و بر جنازه نماز گزارد و سپس رو به علی (علیه السلام) کرد و فرمود: خداوند تو را جزای خیر دهد و ذمه‌ات را آزاد سازد، همان طور که تو ذمه برادرت را آزاد کردی.»<sup>۱</sup> (حرّ عاملی، بی‌تا: ۴۲۴/۱۸)

## ۲- دارایی<sup>۲</sup>

در عرف و اصطلاح متداول در بین مردم، دارایی به کلیه اموال و حقوق مالی شخص، اعم

۱. در ذیل روایت آمده است: «جزاک الله عن الاسلام خیر اوفک وهانک کما فککت رهان اخیک». در این روایت کلمه «رهان» به معنای ذمه به کار رفته است. (حرّ عاملی، بی‌تا: ۴۲۴/۱۸)

2. property, asset, wealth, finance, possession, estate



از عینی و دینی اطلاق می‌شود. این مفهوم در حقوق موضوعه، فایده عملی داشته، آثار مهمی بر آن مترتب است؛ مثلاً توقف تاجر با مقایسه دارایی او و بدهی‌هایش معین می‌شود (ماده ۴۱۲ ق.ت) و دارایی شخص بدهکار به وسیله دایره اجرای ثبت، یا اجرای دادگاه، توقیف می‌شود و یا به فروش می‌رسد؛ اما حقوق دانان دارایی را در مفهومی وسیع‌تر از آنچه گفتیم، استفاده می‌کنند. به عبارت دقیق‌تر، دارایی توانایی و ظرفیت داراشدن حقوق و تکالیف مالی است و اموال و دیون، اجزای تشکیل‌دهنده آن است که همواره در حال تغییر، افزایش یا کاهش بوده و حتی ممکن است، شخصی چیزی جز بدهی نداشته باشد، ولی چنین شخصی نیز دارایی دارد. (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۳)

## ۲-۱- مفهوم‌شناسی دارایی

### ۲-۱-۱- دارایی در لغت

دارایی در لغت فارسی به معنای پارچه ابریشمی، یا پشمی لطیف و نیز داشتن مال و مکنت است. (جهانبخش، ۱۳۶۱: ۱۴۳) واژه فرانسوی «Patrimoine» به معنای دارایی، از اصل لاتین «Patrimonium» گرفته شده است. این واژه با کلماتی همچون «Matrimonium» که در فرانسه امروزی «Regime Matrimonial» از آن گرفته شده، قرابت ساختاری دارد. مفهوم اصل به معنای مبدأ و نیز مفهوم اقتدار در این نوع واژگان، در نظر است. به همین دلیل است که به میراث بازمانده از پدر، «Patrioine» گفته می‌شود؛ چراکه میراث بازمانده از پدر یا نیاکان مبتنی بر اقتدار ایشان است. به همین ترتیب «Patrimoine moral» یا دارایی اخلاقی که شامل مجموعه قواعدی است که از نیاکان به جای مانده و راهبردی اخلاقی دارد، نیز کاربرد دارد.

### ۲-۱-۲- دارایی در اصطلاح

این واژه در ۱۰ ماده<sup>۱</sup> از مواد قانون مدنی به همین شکل استفاده شده که به نظر می‌رسد بیشتر معنای عرفی آن مدنظر است. مال با دارایی فرق دارد؛ دارایی مفهوم گسترده‌تری از مال داشته و جنبه منفی اموال و بدهی‌های فرد را هم شامل می‌شود. برای مثال ۱۰۰ هزار تومان قرض هر فرد هم دارایی او محسوب می‌شود که در اصطلاح به آن دارایی منفی گفته

۱. مواد ۶۵۳، ۸۴۵، ۱۰۲۵، ۱۰۲۸، ۱۱۱۸، ۱۱۸۶، ۱۲۲۵، ۱۲۳۶، ۱۲۳۷ و ۱۲۳۹ ق.م.

می‌شود.

در حقوق عرفی به تقلید از حقوق فرانسه، به جای ذمه، از عنوان دارایی استفاده می‌شود. واژه «Patrimoine» در کاربرد حقوقی، معمولاً ناظر به عناصر ثروت و تمول اشخاص است. در این کاربرد دارایی شامل اموال اشخاص، اعم از جاندار و بی‌جان، منقول و غیرمنقول، مادی یا غیرمادی می‌شود؛ چه شخص طبیعی و چه حقوقی.

اصطلاح «Biens patrimoniaux» در مقابل «Biens extrapatrimoniaux» قرار می‌گیرد. نوع اخیر مربوط به اموری است که شخص انسان دارنده آن است؛ چه در قلمرو فیزیکی انسان، مانند حیات، سلامت مادی و... باشد و یا روحی، مانند شرافت، شهرت و آرامش و...؛ بنابراین مرز میان داشته‌های غیرمالی اشخاص و دارایی مالی، فراوان است. با این حال گاه در بین آرای صادرشده از محاکم فرانسه دیده می‌شود که مفهوم «Patrimoine» از مفهوم خاص خود خارج شده است؛ به‌عنوان مثال شعبه کیفری دیوان عالی کشور فرانسه در ۲۴ می ۱۸۶۰، خاطره میت را جزء دارایی خانواده‌اش تلقی کرده است؛ اما در معنای خاص، دکتین حقوقی امروزه، درباره واژه یادشده، منحصراً نظر به اجزای اقتصادی دارد و در مقابل، امور مربوط به جسم انسان و یا روح انسان، اموری غیرمالی است و برای توصیف آن از واژه «extrapatrimoniaux» استفاده می‌شود.<sup>۱</sup> (seriaux, 2002: 1)

بنابر آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که دارایی در یکی از کاربردهای خود شامل عناصر خارجی ارزشمندی است که افراد آن را در تملک خود دارند. این دیدگاه اقتصادی درباره مفهوم دارایی در مقررات مختلف نیز دیده می‌شود و در بسیاری از اوقات وقتی سخن از دارایی اشخاص می‌شود، نظر به همین معناست؛ به‌عنوان مثال ماده ۴-۱۸۴۴ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «شرکت می‌تواند دارایی خود را انتقال دهد»، یا ماده ۵-۱۸۴۴ قانون مدنی درمورد انتقال دارایی سخن می‌گوید و یا ماده ۸۷۸ این قانون بحث از انتقال دارایی شخص حقیقی می‌کند. در این ماده آمده که «طلبکاران ترکی که می‌توانند متقاضی تقسیم دارایی

1. Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon 1939, cité par seriaux, (Alain), Répertoire de droit civil, t.V111, Dalloz, mot.Patrimone no l, p.1.

متوفا با دارایی وارث شوند». کلمه «Patrimoine» در ماده ۲۷۲ قانون مدنی نیز به همین معنا به کار رفته است.

همان طور که می‌بینیم، در کاربرد مذکور، نظر به اجزای دارایی است. حقوق دانان با گذر از اجزای اقتصادی و قابل مبادله، کاربردهای دیگری را نیز به طور هم‌عرض ابداع کرده‌اند؛ از جمله «دارایی ملت» یا «دارایی عام بشریت» که این مفاهیم، مشتمل بر عناصر متعددی از جمله عناصر طبیعی و هنری است که به واسطه ارتباط تام آن با ثروت متعلق به هر ملت، یا نوع بشریت می‌توان آن ملت، یا نوع بشر را دارنده آن تلقی کرد.

در ارتباط با کاربرد دیگر واژه یادشده باید گفت: گاه دارایی به معنای کل اموال نیز به کار می‌رود. در این کاربرد اقلام عادی و اجزای دارایی به حساب نمی‌آیند. دارایی می‌تواند کمیت بی حد و انتهایی داشته باشد و نیز می‌تواند تنها شامل یک قلم مال باشد. در اینجا سؤالی مطرح می‌شود که آیا می‌توان تصور کرد که در ظرف دارایی هیچ عنصری نباشد؛ به این معنا که دارایی بدون اجزای تشکیل دهنده باشد. پاسخ این است که هیچ منعی وجود ندارد. در وضعیتی که منظور از دارایی، مجموعه دارایی فعلی و یا آتی شخص باشد، می‌توان پذیرفت که شخص دارای آن مجموعه باشد، اما داخل آن نیز عنصری یافت نشود. (seriaux, 2002: 2)

در تئوری کلاسیک فرانسوی که توسط ابری و رو (Aubry et Rau) در اثر مشهورشان به نام *Cours de droit civil* تبیین و تشریح شده، رابطه ناگسستگی بین شخصیت و دارایی وجود دارد. در این تئوری، دارایی به مجموع حقوق و تکالیف شخص اطلاق می‌شود، نه به اجزای آن. این نظریه دارای سه نتیجه اساسی است:

الف) فقط اشخاص، اعم از حقوقی یا حقیقی می‌توانند دارایی داشته باشند. نه دارایی به طور مستقل وجود دارد و نه می‌توان شخصی را بدون دارایی یافت؛ چرا که در این تئوری، دارایی به معنای توانایی ایجاد حق و تکلیف مالی است.

ب) هر شخص فقط یک دارایی دارد. دارایی به موجب شخصیت، واحد و تجزیه‌ناپذیر است و هیچ کس نیز نمی‌تواند دارایی خود را به چند جزء تقسیم کند؛ بلکه شخص با کلیت

دارایی خود در مقابل بستانکاران قرار می‌گیرد.

ج) دارایی در طول زندگی و حیات شخص، اعم از حقوقی یا حقیقی، انتقال‌ناپذیر به دیگران است. آنچه به دیگران منتقل می‌شود، فقط اجزای دارایی است؛ چراکه کسی نمی‌تواند توانایی و اختیار را به دیگری منتقل نماید.

به نظر نویسندگان فرانسوی با فوت، دارایی به ورثه منتقل می‌شود (Colin et Capitan, 1953: 61) و در ارتباط با اصل وحدت دارایی باید افزود: بعضی از قوانین همچون قانون آلمان، انگلیس و آمریکا، وحدت موردنظر را در فعالیت‌های خاصی مورد توجه قرار داده‌اند که به موجب آن دارایی اشخاص در آن فعالیت‌های ویژه، تخصیص می‌خورد و از دارایی عام آن اشخاص جدا می‌شود. به این تئوری، «نظریه اختصاص دارایی» اطلاق می‌شود و حقوق فرانسه نیز آن را انکار نکرده است.

در بعضی از آرای فرانسوی، موقوفات به صورت اختصاص جمعی از اموال به هدفی مشخص، توصیف شده است. (Cass.1 civ, 15 fevr. 1983. bull. Civ.I, nO 61)، در بعضی دیگر از مقررات فرانسوی، موقوفه به «اختصاص بازگشت‌ناپذیر اموال و یا حقوق به اجرای فعالیتی عام‌المنفعه و بدون قصد سود» (L. no 18 a.1 du 23 juill. 1987 art. 87-571) توصیف شده است. همچنین شرکت‌های تک‌شریک با مسئولیت محدود، در واقع توسط شخصی حقیقی و یا حقوقی به واسطه اختصاص جمعی از اموال به فعالیتی اقتصادی و یا کشاورزی مشخص تشکیل شده‌اند.

در همه این موارد که از نظریه اختصاص دارایی پیروی شده، می‌بینیم اشخاص با ایجاد شخص حقوقی دیگری، قسمی از دارایی خود را به طور خالص در اختیار آن شخص قرار داده‌اند و بدین ترتیب با دو یا چند شخص با دارایی‌های مجزا مواجه هستیم و از این حیث انتقادی بر تئوری کلاسیک وارد نیست.

توضیح آنکه هدف قانون‌گذار مثلاً از تجویز شرکت‌های تک‌شریک این بوده که تجار یا کشاورزان قسمتی از اموال خود را به فعالیت‌های حرفه‌ای اختصاص دهند. به منظور جدا کردن قسمتی از اموال از سایر اموال و نیز به منظور اینکه سایر اموال از تعقیب بستانکارانی

که به موجب فعالیت حرفه‌ای شخص از او طلب کار شده‌اند، دور بماند، دو راه حل وجود دارد:

راه حل اول: پذیرفتن این امر که تجار و زارعان بتوانند دارایی خود را به چندین دارایی مجزا تفکیک کنند؛

راه حل دوم: توسل به مفهوم شخصیت حقوقی، به گونه‌ای که اشخاص یادشده بتوانند شرکتی تأسیس کنند و آن‌ها تنها شریک آن شرکت باشند.

راه حل دوم از این مزیت برخوردار است که قرابت خود را با حقوق عام حفظ کرده است؛ وانگهی راه حل دوم با اصل وحدت دارایی شخص نیز هماهنگ است. این راه حل هر چند قواعد مربوط به دارایی را حفظ کرده، اما موجب خلق پدیده شگفت‌انگیزی شده است؛ از این جهت که هر شرکت با شریکی واحد تشکیل شده و تنها یک عضو دارد. به همین دلیل است که راه حل انتخاب شده، موجب تغییر در مفهوم شرکت می‌شود.

در بند اول ماده ۱۸۳۲ قانون مدنی فرانسه، تشکیل شرکت با دو یا چند شریک پیش‌بینی شده است. با این حال در بند دوم ماده ۱۸۳۳ همان قانون، آمده است که می‌توان در موارد پیش‌بینی شده در قانون، با اراده واحد، یک شرکت ایجاد کرد. این امر در بند دوم ماده ۱۸۳۲ نیز تجویز شده است. از جمع این مقررات به دست می‌آید که در حقوق فرانسه، ایجاد شرکت تک‌شریکی، استثنایی بر قاعده است و جز در مواردی که در قانون تصریح شده، مجاز نیست.

در ارتباط با وحدت دارایی و به‌عنوان نقض، ممکن است گفته شود: چطور می‌توان پذیرفت که شخصی مستمند، دارایی داشته باشد؟ حقیقت این است که همین مستمند حداقل مالک لباس خودش است و در غیر این صورت نیز فرض تملک دارایی توسط او منتفی نیست. نباید اجزای دارایی با دارایی خلط شود. دارایی در نتیجه «اهلیت تمتع» برای افراد ایجاد می‌شود. در روزگار ما، اهلیت عام تمتع، که چیزی جز تملک اموال به‌طور نامحدود و بهره‌برداری از آن نیست، برای موجودات انسانی از زمان انعقاد نطفه تا زمان مرگشان شناخته شده است. امروزه تأسیساتی مثل برده‌داری و یا شریطی که در آن برای زن به‌هنگام ازدواج

محجوریت ایجاد می کرده، دیگر وجود ندارد. مرگ مدنی نیز از سال ۱۸۵۴ برافزوده است. در ارتباط با جنینی که نطفه او منعقد شده، هر چند متولد نشده است، فرضی قدیمی، حقوقی که امروزه به موجب آرای محاکم، در ردیف قواعد عمومی حقوق قرار گرفته را لحاظ کرده و برای جنین نیز اهلیت تمتع از ارث در نظر گرفته است. (Cass.1 civ, 10 dec. 1985, Bull.) (civ.I., no 339, cité par seriaux, 2002: 3)

ماده ۹۰۶ قانون مدنی فرانسه مقرر می دارد: «...برای تملک مجانی میان زندگان، انعقاد نطفه در هنگام هبه کافی است و نیز برای تملک از طریق وصیت، انعقاد نطفه کسی که برایش وصیت شده در زمان فوت وصیت کننده کفایت می کند. علاوه بر این هبه و وصیت مزبور مؤثر نخواهند بود، جز در صورتی که طفل، زنده متولد شود.»

اشخاص حقوقی نیز به طور عام، در حدود تخصص خود اهلیت تمتع دارند. تنها در موارد استثنایی و خاص، این اشخاص اهلیت خود را از دست می دهند؛ به عنوان مثال، عدم اهلیت ناشی از محکومیت کیفری و یا محدودیت های قانونی ناشی از عدم اطمینان به فعالیت های شخص حقوقی از این قبیل است و جز در این موارد، اهلیت قانونی در نتیجه وجود دارایی برای اشخاص حقوقی نیز منطبق با قاعده است.

در حقوق فرانسه، مؤلفان مثال های دیگری جهت انتقاد به نظریه کلاسیک ارائه داده اند؛ از جمله استناد به مقررات وراثت. دلیل بر این انتقاد، پذیرش وراثت اختیاری از سال ۱۸۰۴ توسط مقررات فرانسوی است. آشکارترین نتیجه این مقررات این است که وارث از طرفی مالک اموال شخصی خودش است و از طرف دیگر مالک اموالی است که از متوفا با قبول «ماترک» به دست آورده است. این دو دارایی تا زمان پرداخت به تمام بستانکاران ترکه، به وسیله اموالی که پیش از این متعلق به متوفا بوده و از این پس به وارث تعلق یافته، از یکدیگر مجزا است. به همین ترتیب، بستانکاران ارث می توانند با تفکیک یا تقسیم اموال، ترکه را از تعقیب طلبکاران شخصی وارث خارج نمایند. در این باره ماده ۸۷۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «طلبکاران در هر شرایط و علیه هر طلبکاری می توانند تقسیم دارایی متوفا از دارایی وارث را تقاضا نمایند.» در این ماده منظور از «هر طلبکار» طلبکاران شخصی وارث است. (Civ.15) (juill 1891. Cité par seriaux, 2002: 3)

انتقال‌ناپذیر بودن قسمتی از دارایی شخص بر اساس شروط قانونی و مجاز که رویه قضایی فرانسه آن را پذیرفته (Cass ler civ. octobre 1985, Bull. civ.I. no 252. cité) 3: 2002 par scriaux) و یا توقیف‌ناپذیر بودن اموالی که مقرر است در دارایی دارنده باقی بمانند و یا موردی که ناشی از حق استرداد است که قانون مقرر کرده، می‌تواند به جامعیت وحدت دارایی شخص خدشه وارد کنند؛ به‌عنوان مثال برای مورد اخیر می‌توان به ماده ۱-۳۶۸ قانون مدنی فرانسه اشاره کرد، که در آن در ارتباط با ارث فرزندخوانده مقرر شده که اگر وی «اقریای نزولی» نداشته باشد، اموالی را که از سرپرست دریافت کرده، باید به سرپرست یا وراث سرپرست برگرداند.

همان طور که با دقت در مثال‌های نقل شده برمی‌آید، گاه دوگانگی دارایی، کامل و گاه ناقص است. در فرض اول و تجمع دارایی شخص وارث در کنار دارایی ارث گیرنده تا قبل از تصفیة ترکه، دوگانگی کامل است؛ اما در سایر فرض‌ها دوگانگی به‌صورت ناقص مشاهده می‌شود؛ چراکه در تمام این حالات، اموال یا مجموعه‌ای از اموال، مشمول مقرراتی قرار می‌گیرد که کم‌ویش مجموعه‌ای مستقل را در ضمن دارایی ایجاد می‌نماید. به این دوگانگی در ادبیات جدید حقوق فرانسه «دوگانگی در ضمن توده‌ای واحد»<sup>۱</sup> گفته می‌شود. (Seriaux, 2002: 3)

### ۳- تطبیق ویژگی‌های ذمه در فقه اسلامی با دارایی در حقوق فرانسه

هرچند ذمه در حقوق اسلام شباهت زیادی با مفهوم دارایی در حقوق فرانسه دارد، اما مقایسه این دو مفهوم تفاوت‌هایی را نشان می‌دهد که در ادامه بررسی می‌شود.

الف) در نظریه کلاسیک فرانسوی و در بدو طرح این نظریه، دارایی منحصراً شامل حقوق مالی افراد بر اعیان خارجی بود. به‌عبارت دیگر، دارایی هر شخص مجموعه‌ای از اموالی بود که شخص بر آن حق عینی داشت. بدین ترتیب حقوق دینی اشخاص در زمره

۱. برای اشاره به این دوگانگی در متون فرانسوی از عبارت «Dualisme larvé» استفاده شده که در ترجمه آن ترجیح دادیم از عبارت «دوگانگی در ضمن توده‌ای واحد» استفاده کنیم.

دارایی او محسوب نمی‌شد. بعدها حقوق دانان به دلیل ایجاد هماهنگی میان حقوق دینی و عینی از این حیث به‌طور گسترده‌ای، دیونی که هر شخص موظف به ادای آن است را داخل در دارایی شخص فرض کردند. (Planiol et Ripert, 1952, t.3, Les biens, 1952, no) (15)

بعضی از حقوق دانان کلاسیک فرانسه با تحلیلی مبتنی بر متن، از ماده ۲۰۹۲ قانون مدنی فرانسه، دیون را مشمول عنوان دارایی تلقی نکرده‌اند. در این ماده آمده است: «هر کس که به‌طور شخصی متعهد باشد، ملزم است تعهد خود را به‌وسیله تمام اموال منقول و غیر منقول و حال و آینده خود ادا نماید.» همان‌طور که می‌بینیم این ماده نظر بر دارایی مثبت شخص دارد؛ اما این دکترین بعداً مورد مناقشه قرار گرفت.<sup>۱</sup> بعضی از مقررات نیز تمایل بر آن دارند که مفهوم دارایی را منحصرأدر موجودی شخص، اعم از اصل و «نمات» آن، خلاصه کنند؛ به‌عنوان مثال ماده ۲۷۲ قانون مدنی فرانسه پس از اشاره به واژه «Patrimoine» و به‌عنوان توضیح فقط به اصل و نمات و عناصر مثبت دارایی اشاره می‌کند.

به‌عکس در حقوق اسلام و بنا به نظر مشهور، متعلق ذمه، اعیان کلی است؛ بنابراین علی‌القاعده مطالبات کلی و دیون کلی به ذمه اشخاص تعلق می‌گیرد. به همین دلیل است که «ابراء» اعیان معین صحیح نیست؛ چون موضوع ابراء مافی الذمه است؛ (عاملی (شاهد ثانی)، ۱۳۸۸: ۳۵۷) بنابراین اگر در عقد اجاره، مستأجر منافع ملکی را برای مدت یک سال در مقابل ده میلیون ریال اجاره کرده باشد، موجر می‌تواند ذمه مستأجر را نسبت به آن ابراء نماید؛ اما مستأجر نمی‌تواند ذمه موجر را نسبت به ادای منافع به او ابراء نماید؛ هر چند می‌تواند حق عینی خود بر مال را ساقط کند.

ب) در نظریه کلاسیک و قدیمی که از حقوق روم اقتباس شده بود، تعهد، رابطه‌ای شخصی میان صاحب دین و مدیون تلقی می‌شد و انتقال آن، چه از ناحیه صاحب دین (انتقال طلب) و چه از ناحیه مدیون (انتقال دین) امکان‌پذیر نبود؛ زیرا هر یک از صاحبان دین دارای

1. seriaux, 1994, La notion juridique de patrimoine. Breves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD, civ.1994. 801 Spec. no 1, cité par seriaux, op.cit., no 8. p.3.



اخلاق مخصوصی است؛ از قبیل سماجت یا سهل انگاری. همچنان که هریک از مدیونان نیز دارای اخلاق خاصی است؛ از قبیل خوش حسابی یا بدحسابی. هریک از این اوصاف در ارزش دین سهم بسزایی دارد. (توکلی کرمانی، ۱۳۸۰: ۱۹)

به همین دلیل است که در دیدگاه سنتی رومی به جای انتقال دین یا طلب، نظر به تبدیل تعهد بود و در این تلقی، تعهد اصلی با تمام «طواری» و خصائص آن زایل می شد و به جای آن تعهد دیگری می نشست. این عقاید بعدها در فرانسه تعدیل شد؛ اما بعضی از آثار آن باقی ماند. نویسندگان کلاسیک فرانسه در عین حال قائل به جواز انتقال دین به صورت قهری و از طریق ارث بودند. به نظر اساتید کلاسیک، ظرف دارایی که حقوق و تکالیف مالی متوفا در آن جمع شده، پس از فوت او باقی می ماند؛ اما بقای این ظرف بدون اتصال آن به شخص غیر ممکن است. از این رو به ناچار دارایی را به وارث متوفا به عنوان جانشین او، نسبت می دهند. به همین دلیل است که در حقوق فرانسه گفته می شود، وارث ادامه دهنده شخصیت مورث است. به موجب این نظریه در لحظه فوت، حقوق و دیون ارث گذارنده در یک لحظه به وارث یا وارثان منتقل می شود.

البته وارث نیز مخصوصاً در صورتی که دیون متوفا بیش از حقوق و اجزای مثبت دارایی او باشد، می تواند ترک را رد نماید و یا به شرط ملاحظه ماترک و سنجش فزونی و یا کاستی آن نسبت به دیون، آن را بپذیرد. ماده ۷۷۴ قانون مدنی فرانسه در این باره مقرر می دارد: «ارث می تواند بدون قید و ساده پذیرفته شود و یا به شرط ملاحظه و سنجش فزونی و یا کاستی آن نسبت به دین.»<sup>۱</sup> در صورت اخیر، وارث مسئول دیون ترک، جز به میزان اجزای مثبت ترک نخواهد بود؛ بنابراین در حقوق فرانسه با مرگ شخص، ذمه او هم خاتمه می یابد، اما مجموعه اموال و دیون او به ورثه منتقل می شود؛ ولی در فقه اسلامی نسبت به زمان خاتمه ذمه، اتفاق نظر وجود ندارد و همان طور که اشاره شد، هر چند بعضی نظر به خاتمه ذمه داده اند، اما بسیاری از نویسندگان عامه قائل به بقای ذمه شخص، حتی پس از فوت او هستند. روایات معتبری نیز

1. Art.774: "une succession peut être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire".

از طریق امامیه در اثبات این نظریه وجود دارد.

ج) در حقوق کلاسیک فرانسه به تبع حقوق روم، از همان لحظه فوت، نه تنها اموال و حقوق مالی مورث به مالکیت ورثه درمی آمد، بلکه کلیه دیون و تعهدات او نیز به ورثه منتقل می شد. وراثت می بایست دیون مورث خود را از محل ترکه می پرداخت و در صورت فقدان مال یا عدم کفایت ترکه، مسئول بود که شخصاً دیون مورث را بپردازد؛ اما در حقوق اسلام ورثه فقط مالک اموال شخص فوت شده می شوند؛ زیرا شخصیت مورث با فوت او زایل می شود. بدین ترتیب با فوت مورث، ترکه در حکم وثیقه مطالبات طلبکاران درمی آید؛ بدون آنکه حق دینی به حق عینی اصلی بر ترکه تبدیل شود.

د) در حقوق کلاسیک فرانسه دارایی فقط شامل مجموعه ای از حقوق و تکالیف مالی فرد است و هر آنچه ارزش مالی داشته باشد، داخل در مفهوم دارایی است؛ بنابراین حقوق سیاسی افراد و یا حقوقی که در کادر حقوق بشر قرار می گیرد، مثل حق حیات و حق آزادی و امثال آن مربوط به دارایی نیست. دعاوی مربوط به وضعیت مدنی افراد، مثل دعاوی زوجیت و دعاوی نسب و امثال آن، هر چند ممکن است آثار مالی داشته باشد، اما خود از جزای دارایی شخص محسوب نمی شود و در ظرف دارایی اشخاص نیز قرار نمی گیرد. از این رو کلیه حقوق عینی اشخاص، اعم از اصلی یا تبعی، مثل مالکیت، حق «ارتفاق»، حق «انتفاع»، رهن و امثال آن و نیز حقوق دینی، داخل در دارایی اشخاص است و به همین ترتیب جنبه های مالی حقوق مربوط به مالکیت ادبی و هنری، برخلاف جنبه های غیر مالی، داخل در دارایی به حساب می آید.

اما محتوای ذمه در فقه اسلامی متفاوت است. فقه اسلامی، به حقوق مالی افراد اکتفا نمی کند و سایر حقوق و تکالیف آن ها، اگرچه مالی نیز نباشد، در ذمه افراد استقرار می یابد. بعضی از تکالیف و واجبات اسلامی که به هیچ عنوان جنبه مالی ندارد، مانند نماز، روزه، حج و امثال آن بر ذمه افراد قرار می گیرد؛ بنابراین گفته می شود: فلانی چند ماه روزه و نماز بر ذمه دارد. به همین ترتیب بعضی از واجبات و اعمال عبادی که جنبه های مالی نیز دارد، همچون خمس، زکات، صدقه فطره و امثال آن نیز در ذمه قرار می گیرد؛ بنابراین از این جهت گستره

ذمه، در حقوق اسلامی فراتر از حقوق غربی است. در عوض مفهوم دارایی در حقوق فعلی فرانسه، شامل کلیه حقوق مالی می‌شود.

ه) بعضی از نویسندگان حقوق اسلامی، بحث از تخریب ذمه و یا حتی حدوث عیب بر ذمه را مطرح می‌کنند. همان طور که اشاره شد، به نظر شافعیه بعد از فوت، ذمه متوفاه نه معدوم می‌شود و نه همچون زمان حیات او باقی می‌ماند، بلکه ذمه تخریب می‌شود. (ابن قدامة مقدسی، ۱۴۲۴ق: ۳۱۱/۴) بعضی نیز در باب حواله گفته‌اند: «هرگاه حواله بر مشغول‌الذمه واقع شود و بعد از عقد معلوم شود که او معسر بوده است، محتال، حق فسخ دارد؛ زیرا ذمه محال‌علیه به علت اعسار او، معیب بوده است و این خیار نیز در واقع خیار عیب است.»<sup>۱</sup> (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۲۰) هرچند به حدوث عیب بر ذمه یا تخریب آن کمتر تصریح شده و این قبیل تعبیرات شیوع نیافته، اما می‌تواند حکایت از تلقی متفاوت فقها از مفهوم ذمه بنماید.

این گفته به انضمام عقاید دیگری همچون بقای ذمه پس از فوت صاحب ذمه، نشان‌دهنده اعطای نوعی شخصیت حقوقی، هرچند ناقص، به ذمه است. در حالی که در حقوق فرانسه عمدتاً دارایی را مجموعه‌ای از اموال می‌دانند که عناصر و اجزای آن تبدیل به کل تجزیه‌ناپذیری شده است. به همین دلیل است که انتساب اوصافی مثل عیب و نقص و تخریب به دارایی در حقوق فرانسه ممتنع است. (سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۹/۱)

## نتیجه‌گیری

در نگاهی کلی، قانون‌گذار ایرانی، در راستای مطالعات تطبیقی، به منابع و نظام‌های حقوقی متفاوت و متعددی متوسل شده است. گاهی از منابع اسلامی که به مکتب حقوق فطری تمایل دارد، استفاده کرده و گاهی از منابع غربی که تمایل به مکتب حقوق وضعی و تحقیقی دارند، بهره‌مند شده است. این التقاط به‌نوبه خود موجب ترقی در قانون‌گذاری

۱. در مقابل به نظر می‌رسد مبنای واقعی خیار در فرض بالا، تخلف از شرط ضمن عقد است. قید «جهل محتال به اعسار محال‌علیه» در ماده ۷۲۹ دلالت قوی‌تری به وجود این مبنا دارد. البته در کتب فقهی عمدتاً، ضرر محتال به‌طور مستقیم مبنای خیار معرفی شده و حتی تصریح شده که در این حکم، بین شرط توانگری محال‌علیه یا عدم آن فرقی نیست. (ر.ک. نجفی، ۱۳۶۷: ۱۶۵/۲۶)

می‌شود. برآیندهای این تحقیق را می‌توان چنین برشمرد:

۱- بعضی از مقررات حقوق فرانسه (از جمله ماده ۲۷۲) تمایل بر آن دارند که مفهوم دارایی را منحصرأدر موجودی شخص، خلاصه کنند؛ اما در حقوق اسلام (بنا به نظر مشهور)، متعلق ذمه، اعیان کلی است؛ بنابراین علی‌القاعده مطالبات کلی و دیون کلی به ذمه اشخاص تعلق می‌گیرد.

۲- در نظریه کلاسیک فرانسه، با مرگ شخص، ذمه او هم خاتمه می‌یابد؛ ولی در فقه اسلامی، بسیاری از نویسندگان عامه قائل به بقای ذمه شخص، اگرچه پس از فوت او، هستند؛ روایات معتبری نیز از طریق امامیه در اثبات این نظریه وجود دارد.

۳- در حقوق کلاسیک فرانسه، کلیه دیون متوفا نیز به ورثه منتقل می‌شود و در صورت فقدان مال یا عدم کفایت ترکه، شخصاً مسئول پرداخت دیون مورث هستند؛ اما در حقوق اسلام ورثه فقط مالک اموال متوفا می‌شوند.

۴- در حقوق فرانسه دارایی فقط شامل مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف مالی فرد است؛ اما در فقه اسلامی سایر حقوق و تکالیف افراد، اگرچه مالی نیز نباشد، در ذمه افراد استقرار می‌یابد.

۵- در حقوق اسلام نظرات و عقایدی ارائه شده که نشان‌دهنده اعطای نوعی شخصیت حقوقی (اگرچه ناقص) به ذمه است؛ برخلاف حقوق کلاسیک فرانسه. با توجه به این ویژگی‌ها می‌توان گفت که نسبت بین ذمه و دارایی، «عموم و خصوص مطلق» است.

## فهرست منابع

\* قرآن کریم.

۱. ابن عابدین، محمد امین بن عمر، ۱۹۷۹، حاشیه ردّ المحتار علی الدرّ المختار، شرح تئیر الابصار، بیروت.
۲. ابن قدامه مقدسی، ابی محمد عبدالله، ۱۴۲۴ق، المغنی علی مختصر الخرقی، قم: دارالکتاب العلمیة.
۳. الابی الأزهری، عبدالسمیع، ۱۴۲۱ق، جواهر الاکلیل، بیروت: المکتبة العصریة.
۴. ازهری، محمد بن احمد، ۱۴۲۲ق، معجم تهذیب اللغه، ریاض زکی قاسم، بیروت: دارالمعرفه.
۵. اسماعیلی، محسن و علی مهاجرانی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، «ماهیت و الگوی تعریف در مفاهیم حقوقی»، حقوق اسلامی، س ۱۷، ش ۴۳.
۶. الالبانی، محمد ناصرالدین، ۱۴۰۸ق، صحیح سنن الترمذی، بی جا: مکتبه التریبه العربی لدول الخلیج.
۷. امامی، سیدحسن، ۱۳۷۱، حقوق مدنی، چ ۵، تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
۸. باتمان غلیچ، محمدحسین، ۱۳۹۶، فرهنگ مترجم عربی-فارسی، تهران: میزان.
۹. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵ق، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)
۱۰. بخاری، عبدالعزیز بن احمد، بی تا، کشف الاسرار عن اصول فخرالاسلام البزدوی، قاهره: دارالکتاب الاسلامی.
۱۱. بندر ریگی، محمد، ۱۳۶۲، فرهنگ جدید عربی-فارسی، ترجمه منجد الطلاب، چ ۴، تهران: اسلامی.
۱۲. توکلی کرمانی، سعید، ۱۳۸۰، انتقال تعهد، تهران: دانشور.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۶، الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۱۴. -----، ۱۳۸۲، فن استدلال، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۵. -----، ۱۳۸۲، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۶. جهانبخش، ولی الله، ۱۳۶۱، فرهنگ بیان، بی جا: حجتی.
۱۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۲۸ق، معجم الصحاح، خلیل مأمون شیخا، چ ۲، بیروت: دارالمعرفه.
۱۸. حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشرعیه، بیروت: دار احیاء تراث عربی.
۱۹. حسینی عاملی، سید محمد جواد، بی تا، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۰. خوری شرتونی، سعید، ۱۴۰۲ق، اقرب الموارد فی فصح العربیة والشوارد، قم: منشورات مکتبه آیه الله مرعشی.
۲۱. زحیلی، وهبة، ۱۴۰۹ق، الفقه الاسلامی وادلته، چ ۳، بیروت: دارالفکر.
۲۲. سرخسی، محمد بن احمد، ۱۴۱۴ق، اصول السرخسی، تحقیق ابوالوفا افغانی، بیروت: دارالکتاب العلمیه.
۲۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، چ ۲، بی جا: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۲۴. صدر، سید محمد باقر، بهار ۱۳۷۹، «حواله»، مجله فقه اهل البيت علیهم السلام، س ۶، ش ۲۱.
۲۵. صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم زاده، ۱۳۸۴، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چ ۱۰، تهران: سمت.
۲۶. طباطبائی، سید محمد حسین، ۱۴۲۳ق، بدایه الحکمه، تحقیق و تعلیق شیخ عباس علی زارعی، بی جا: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۳۸۸ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بی جا: دارالعلم الاسلامی.
۲۸. -----، ۱۴۱۳ق، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه

## المعارف الإسلامية.

۲۹. عراقی، ضیاءالدين، ۱۴۱۷ق، نهاية الافكار، قم: اسلامى.
۳۰. عميد زنجاني، عباسعلى، ۱۳۸۲، موجبات ضمان، درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامى، تهران: میزان.
۳۱. فنسنك، أ.ى، ۱۹۳۶، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى، ليدن عبدالباقي، بى جا: مكتبه بريل.
۳۲. فيض، عليرضا، ۱۳۶۹، مبادئ فقه و اصول، تهران: دانشگاه تهران.
۳۳. قرافى، احمد بن ادريس، بى تا، انوار البروق فى انواء الفروق، بيروت: دارالكتب العلميه.
۳۴. كاتوزيان، ناصر، ۱۳۷۴، نظريه عمومى تعهدات، تهران: يلدا.
۳۵. كاسانى حنفى، علاءالدين ابى بكر، ۱۴۲۰ق، كتاب بدائع الصنائع، بيروت: دارالفكر.
۳۶. محمد ناصرالدين، ۱۴۰۸ق، صحيح سنن الترمذى، عربستان سعودى: مكتبه الترييه العربى لدول الخليج.
۳۷. مسعود بن عمر تفتازانى، بى تا، التلويح الى كشف حقائق التنقيح، محمدعدنان درويش، بيروت: دارالارقم.
۳۸. مكاشفى، طه كباشى، ۱۴۰۹ق، الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت فى الفقه الاسلامى: دراسة مقارنة، رياض: مكتبه الحرمين.
۳۹. موسوى بجنوردى، سيدمحمد و فائزه مقتدايى، تابستان ۱۳۹۲، «ذمه از دیدگاه فقه اماميه بارويكردى بر نظرات امام خمينى»، پژوهش نامه متين، س ۱۵، ش ۵۹.
۴۰. نائينى، محمد حسين، ۱۴۱۷ق، فوائد الاصول، قم: اسلامى.
۴۱. نجفى، شيخ محمدحسن، ۱۳۶۷، جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام، تهران: دارالكتب الاسلاميه.
۴۲. نعمت اللهى، اسماعيل، پاييز ۱۳۹۱، «ذمه و عهده در فقه شيعه»، مطالعات اسلامى: فقه و اصول، س ۴۴، ش ۹۰. آقارضا بن محمدهادى، ۱۴۱۶ق، مصباح الفقيه، قم: مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث ومؤسسة النشر الإسلامى.

۴۳. وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ۱۴۱۷ق، الموسوعة الفقهية، كويت: دارالصفوة.

44. Colin (Ambrise) et Capitan (Henri), 1988, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5e ed, paris, Dalloz.
45. Planiol et Ripert (Georges), 1952, *Traité pratique de droit civil français*, T.3, LGDJ.
46. seriaux (Alain), 1992, *Droit des obligations*, 2e ed, PUF.
47. seriaux (Alain), 2002, *Répertoire de droit civil*, T.III, 31e annee, Dalloz.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی