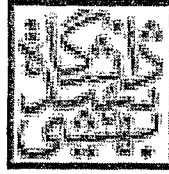


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

١٠١٧٠

۸۷/۱/۱۰۲۱۹۵
۸۷/۱/۱۵



دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

پایان نامه دوره دکتری

رشته حقوق خصوصی

حق عینی و دینی در حقوق ایران و فرانسه

دانشجو

محمد علی سعیدی

استاد راهنما

جناب آقای دکتر منصور امینی

اساتید مشاور

جناب آقای دکتر عباس قاسمی حامد

جناب آقای دکتر میرحسین عابدیان

۱۳۸۲

۱۰۱۱۷۰

کتابخانه اساتید ارشد
کتابخانه اساتید ارشد

۱۳۸۷/۱۰/۰۵

تشکر و تقدیر فراوان:

حمد و سپاس بی کران تقدیم خالق هستی که هرچه هست از اوست که بی او و غیر او هرچه هست، محکوم به فناست. سپاسگزارم او را که به من حیات ارزانی داد و برای تداوم آن توفیق تحصیل علم عنایت نمود. درود و سپاس بر تمام کسانی که عمر خویش را صرف گسترش دانایی و زدودن جهل نمودند بویژه چهارده اختر پاک و طاهر امامت و عالمان دین و دانشمندان این مسیر.

سپاس و امتنان بی شمار:

تقدیر می‌نمایم از استاد ارجمندم جناب آقای دکتر منصور امینی که در انتخاب موضوع، تدوین و نگارش رساله از راهنمایی‌های ایشان بهره‌های فراوان برده‌ام، همین چنین قدر می‌نهم مشاوره‌های دلسوزانه اساتید گرامیم جناب آقای دکتر عباس قاسمی حامد و جناب آقای دکتر میرحسین عابدیان، اساتید و همه کسانی که در تدوین این نوشتار مرا یاری دادند.

و قدردانی بی پایان:

تقدیر و تشکر تقدیم آنان باد که زمینه قرار گرفتن در مسیر تحصیل علم و دانش را برایم فراهم نمودند و آنان که تشویق‌های دلسوزانه آنها پشتوانه تداوم تحصیل گردید، بویژه پدر و مادر، اساتید دلسوز و همسر فداکار و صبورم که بیشترین نقش را در پیمودن این مسیر داشتند.

علائم اختصاری

علائم اختصاری فارسی

ج: جلد

ر.ک: رجوع کنید

ش: شماره

ص: صفحه

صص: صفحات

م: میلادی

ه.ش: هجری شمسی

ه.ق: هجری قمری

Principales abreviations

Al.: Alinéa

Art.: Article

Bull.civ.: Bultin civil.

Cass.civ.: Cours de cassation, chamber civil.

Cass.com.: Cours de cassation, chambr commerciale.

Ed.: Edition

Ibid.: Au même endroit.

L.: Loi

LGDJ: Librairie générale de droit et jurisprudence.

Loc.cit.: A l'endroit cité (Loco citato)

N.: Numéro

Op.cit.: Ouvrage déjà cité (Opus citatus).

P.: Page

Puf.: Presse universitaire de Franc.

Req.: Rêquete

RTD.civ.: Revue trimestrielle de droit civil.

S.: Suivant

T.: Tome

Trib.gr.ins-: Tribunal de grande instance.

V.: Voyez.

Vol.: Volume

فرم چکیده پایان نامه تحصیلی دوره تحصیلات تکمیلی

نام خانوادگی دانشجو: سعیدی	نام: محمد علی
استاد راهنما: جناب آقای دکتر منصور امینی اساتید مشاور: جناب آقای دکتر عباس قاسمی حامد جناب آقای دکتر میرحسین عابدیان	
رشته: حقوق خصوصی	تاریخ دفاع: تعداد صفحات:
عنوان پایان نامه: حق عینی و دینی در حقوق ایران و فرانسه	
کلید واژه‌ها:	
چکیده:	
<p>تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی از حقوق روم وارد حقوق فرانسه شده و از طریق ترجمه متون فرانسوی نیز وارد حقوق ایران شده است. هر چند قانون مدنی ایران با صراحت به این تقسیم بندی اشاره نمی کند، اما شیوه تنظیم مقررات به خوبی نشان می دهد، عمده مباحث مطرح در حقوق اموال از این تقسیم بندی پیروی کرده است. علیرغم مناقشاتی که به جامعیت این تقسیم بندی خرده گرفته اند و یا سعی در ادغام هر یک از دو قسم حق به دیگری نموده اند، باید پذیرفت که این تقسیم بندی کلاسیک همچنان معتبر باقی مانده است. منتها از طرفی با عنایت به تحولات پیش آمده، خصوصاً توسعه در حقوق غیرمادی و معنوی و امثال آن، و از طرفی به منظور تطبیق با مبانی حقوق ایران، ضروری است در تعاریف خام اقتباس شده از حقوق فرانسه تجدید نظر نمود. حقوق عینی اشخاص بر اموال، روابطی است که ایشان به طور مستقیم و فوری بر مال یافته اند؛ در حالی که در حقوق دینی، رابطه میان شیء و شخص مستقیم نیست. حق دینی، حقی است که شخص بر شخص دیگری دارد و بدین ترتیب می تواند از او انجام کار و یا ترک کاری را مطالبه نماید. منتها گاه این حق شخص بر شخص دیگر، اثر فرعی و ثانوی یک رابطه عینی است. در این صورت حق ایجاد شده یک حق عینی است. در این صورت از به کار بردن تعبیری همچون تعهدات عینی باید پرهیز نمود.</p> <p>در قلمرو حقوق دینی نیز باید میان چند دسته تعهد تفاوت گذارد. التزامات اشخاص به چند دسته قابل تقسیم است. التزام به دین، التزام به عین، التزام به عمل و التزام به توثیق. در این بیان آنچه حق دینی در معنای خاص حقوقی است، همان التزام به دین می باشد.</p> <p>عمده خاصیت تفکیک حقوق مالی به عینی و دینی مزایایی است که بر حقوق عینی اشخاص مترتب است. حق عینی مطلق است و به علت طبیعت خود از حق تقدم و تعقیب نیز برخوردار می باشد.</p>	
امضاء استاد یا اساتید راهنما	

فهرست اجمالی

مقدمه.....	۱
بخش اول: مفهوم حق عینی و دینی.....	۷
فصل اول: حق عینی.....	۸
مبحث اول: تعریف حق عینی و اسباب پیدایش آن.....	۸
گفتار اول: تعریف حق عینی.....	۸
گفتار دوم: اسباب پیدایش حق عینی.....	۳۶
مبحث دوم: اقسام حق عینی.....	۶۱
گفتار اول: حق عینی اصلی.....	۶۲
گفتار دوم: حق عینی تبعی.....	۱۲۶
فصل دوم: حق دینی.....	۱۵۷
مبحث اول: تعریف حق دینی و اسباب پیدایش آن.....	۱۵۸
گفتار اول: تعریف حق دینی.....	۱۵۸
گفتار دوم: اسباب پیدایش حق دینی.....	۱۸۶
مبحث دوم: اقسام حق دینی.....	۲۰۰
گفتار اول (اقسام حق دینی در حقوق عرفی.....	۲۰۱
گفتار دوم: اقسام حق دینی «التزام» در حقوق اسلامی.....	۲۳۳
بخش دوم: مقایسه حق عینی و دینی و ارزیابی تقسیم.....	۲۵۷
فصل اول: مقایسه حق عینی و دینی.....	۲۵۸

۲۵۸	مبحث اول: ملاحظات عام ماهوی و شکلی
۲۵۸	گفتار اول: ملاحظات ماهوی
۲۹۴	گفتار دوم: ملاحظات شکلی
۳۱۶	مبحث دوم: اجتماع و تبدیل حقوق
۳۱۶	گفتار اول: اجتماع حقوق
۳۳۷	گفتار دوم: تبدیل حقوق عینی و دینی به یکدیگر
۳۸۸	فصل دوم: ارزیابی تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی
۳۸۸	مبحث اول: نقد تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی
۳۸۹	گفتار اول: تقریب دو حق به یکدیگر
۴۰۱	گفتار دوم: مادی بودن موضوع حقوق عینی
۴۰۶	مبحث دوم: تأیید تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی
۴۰۷	گفتار اول: مزایای تقسیم
۴۲۷	گفتار دوم: نبودن حد واسط میان حق عینی و دینی و بررسی بعضی مصادیق مشتبه
۴۶۳	نتیجه

مقدمه

تقسیم حقوق مالی به عینی و دینی از مهم‌ترین طبقه‌بندی‌های کلاسیک و سنتی است. این تقسیم‌بندی در تألیفات مربوط به حقوق اموال معمولاً به عنوان یکی از اصلی‌ترین مقسم‌ها، زیر مجموعه‌های متعددی را به خود اختصاص می‌دهد. حقوق متفاوت اشخاص نسبت به اشیاء، همچون حق انتفاع، ارتفاق و یا حق مستأجر بر مورد اجاره در حقوق ایران، از جمله مسائل دامنه‌داری است که از این تقسیم‌بندی مایه می‌گیرد. حقوق شخصی نیز مسائل عمده‌ای از جمله تعهدات را در پی دارد. مفهوم ذمه در حقوق اسلام و دارایی در حقوق فرانسه، نقش مؤثری در شناسایی حقوق دینی یا شخصی دارد. مبنای تنظیم بسیاری از روابط حقوقی و معاملات تعهداتی است که در آنها شخصی مدیون دیگری قرار می‌گیرد. گذشته از روابط قراردادی و غیر قراردادی بسیاری از مسائل مربوط به حقوق تجارت و سائر رشته‌های حقوق خصوصی در ضمن تئوری عمومی تعهدات قابل طرح است. هر چند در این تحقیق موضوع مطالعه، بررسی همه جانبه این تئوری نیست؛ اما شناسایی دقیق حقوق شخصی و دین می‌تواند مقدمه بسیار مفیدی برای ورود به مباحث تعهدات به شمار رود. بنابراین، بررسی دقیق‌تر اصل تقسیم‌بندی می‌تواند در مباحث متعدد اثرگذار باشد.

مقصود از این تحقیق، مطالعه مفصل زیر مجموعه‌ها نیست. بلکه منظور بازبینی جهت دریافت تصویری صحیح و منطقی‌تر نسبت به مفاهیم اصلی است. چیزی که با تطبیق آن

بر مصادیق غیر قابل احصاء خارجی، ما را به نتیجه‌ای مطلوب تر هدایت نماید. طرح مصادیق خارجی در این تحقیق نیز به خاطر تطبیق و ارزیابی آن مفاهیم اصلی بوده است که البته بدین وسیله فایده و کاربرد عملی بحث نیز قدم به قدم روشن می‌گردد.

پس موضوع بحث، عناصر اصلی مربوط به حقوق عینی و دینی و بررسی اقسام مهم و شایع این قبیل حقوق است. شیوع و گستردگی مصادیق این موضوع در حقوق اموال و طرح مباحث متعددی در ذیل این عنوان، می‌تواند موضوع دهها مقاله و پایان‌نامه قرار گیرد. همین امر به دشواری کار ما می‌افزاید. چرا که از طرفی نباید از زیرمجموعه‌ها غفلت کرد؛ و از طرفی طرح ریز مطالب نیز باعث گستردگی و حجم فوق‌العاده می‌شود، که البته خارج از موضوع این تحقیق نیز می‌باشد. بنابراین، طرح اساسی و موضوع مطالعه، مفاهیم اصلی حقوق دینی و عینی و تقسیمات اساسی آن به صورت تطبیقی است.

در ارتباط با سابقه تاریخی موضوع باید گفت، این تقسیم‌بندی از منابع قدیمی حقوق روم وارد حقوق فرانسه شده و از قدیم الایام در حقوق این کشور و بسیاری از کشورهای که تحت تأثیر حقوق رومی بوده مطرح بوده است. به همین دلیل، موضوع مورد بحث، مورد توجه نویسندگان فرانسوی قرار گرفته و در کتاب‌هایی که درباره حقوق اموال و یا مباحث مقدماتی حقوق طرح کرده‌اند، بررسی شده است.^۱ نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز تحت تأثیر نوشته‌های فرانسوی، مطالب اصلی موضوع را در تألیفات خود طرح کرده‌اند.^۲ اما مطالعه این نوشته‌ها نشان دهنده تبعیت محض و عمدتاً ترجمه همان مطالب است. با این حال و علیرغم اساسی بودن این موضوع، تحقیق جامع و مفصلی در این زمینه در حقوق ایران یافت نشد. این در حالی است که به نظر می‌رسد

1 . Bergel (Jean - Louis) et Bruschi (Marc) et Cimamonti (Sylvie) ,Traité de Droit civil, (sous la direction de Jacques Ghestin), DELTA, 2000, n°35 ets. - Weill (Alex), Droit civil, Les biens, Dalloz, 2^e éd, Paris 1977, n°7 ets.

۲. به عنوان نمونه ر. ک: امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ن ۱۱، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۱ ه. ش، ص ۳۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق اموال و مالکیت، ج ۱، مؤسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴ ه. ش، ص ۱۶ به بعد- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال، ج ۲، گنج دانش، ۱۳۷۰ ه. ش، ص ۹۹ و ۱۰۱.

با عرضه اصل تقسیم‌بندی فرانسوی در حقوق ایران و منابع سنتی و گذر از ترجمه محض مطالب، می‌توان به نکات جدیدتری دست یافت.

هر چند اصل تقسیم‌بندی در فقه اسلامی سابقه ندارد، اما مطالعه منابع فقهی نشان می‌دهد، در طرح مسائل و لو به صورت غیرمستقیم عنایت کافی به تفاوت حقوق اشخاص بر اعیان با حقوق ایشان بر ذمه یکدیگر وجود داشته است.

هدف از طرح این موضوع، بررسی مفاهیم و تقسیمات مربوط به حقوق عینی و دینی و ارزیابی مجدد آن از لحاظ تئوریک و نهایتاً تطبیق آن با مصادیق عملی و کاربردی بوده است. به نظر نگارنده، داده‌های فقهی و فرانسوی می‌تواند در تکامل این تقسیم‌بندی کلاسیک به طور متقابل اثرگذار باشد.

در این تحقیق با سؤالاتی از این قبیل مواجه خواهیم شد که آیا تقسیم‌بندی حقوق مالی به عینی و دینی، علیرغم نقدهای طرح شده کماکان معتبر است؟ آیا می‌توان به منظور بهبود تعاریف ارائه شده، به تصحیح و احیانا تعریف مجدد حقوق عینی و دینی پرداخت؟ آیا التزام در حقوق اسلامی همان حق دینی است؟ آیا بعضی از اصطلاحات مشهور، همچون تعهدات عینی و دعاوی مختلط از مبنای تحلیلی صحیحی برخوردارند؟ چه مزیت عملی بر تقسیم‌بندی کلاسیک مترتب است؟ و چگونه می‌توان با استفاده از آن مسائل حقوقی را حل و فصل نمود؟ با طرح و بررسی این قبیل سوالات فوائد نظری و عملی موضوع نیز روشن می‌شود.

این تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی و با استفاده از روش کتابخانه‌ای تنظیم شده است. روش نگارنده، طرح عقاید حقوقدانان در موضوعات مختلف و سپس عندالاقضاء نقد و تحلیل آن با عنایت به مکانیسم‌های تفسیری، خصوصاً روش‌های ویژه تفسیر در حقوق ایران خواهد بود. بدین ترتیب خواهیم کوشید دو هدف نظری که هر دو منتج به آثار خارجی و عملی خواهند بود را دنبال کنیم. اولین هدف پیگیری فرضیه اصلی تحقیق (صحت تقسیم‌بندی کلاسیک با اصلاح آن)، می‌باشد. در این باره باید گفت که اصل تقسیم‌بندی حقوق مالی به عینی و دینی صحیح و قابل تأیید است. با این حال، این

تقسیم بندی با گذشت زمان در معرض نقدهایی نیز قرار گرفته است. از جمله در مورد شمول آن بر همه حقوق تردید شده است. ایجاد حقوق جدیدی مانند حقوق مالکیت فکری و امثال آن نیز برای بعضی تردیدهایی به میان آورده است. با این حال و علی‌رغم همه انتقادات، تقسیم بندی مزبور، به شایستگی اهمیت خود را حفظ کرده است و دومین هدف نیز، بررسی مجزای موضوعات و جرح و تعدیل احتمالات و نقد آراء دیگران است که بدین وسیله برای تشحیذ ذهن و تمرین فکری - تحلیلی آن موضوعات سبب سازی خواهد شد. فوائد عملی ناشی از هر یک، پوشیده نیست. با این تفاوت که اولین هدف نظری، نتیجه مستقیم بر تفسیر روابط حقوقی خواهد داشت و می‌تواند هم در بعد تفسیر مقررات و هم در بعد خلق مقررات جدید به کار آید، و هدف دوم نیز با پوششی جامع‌تر در بعد تجزیه و تحلیل مسائل خارجی مفید خواهد بود. برای اشاره به گوشه‌ای از فوائد عملی و نظری این تحقیق اضافه می‌کنیم که مثلاً در توصیف حق خریدار در تعهد به بیع عین معین و یا خریداری که مالی را به طور معلق و تعلیق در منشأ خریداری کرده و امثال آن، اختلاف نظر وجود دارد و از مسائل جدی و عملی است که باید در مورد آن به اتفاق نظر رسید. نگارنده سعی بر آن داشته تا با ارائه راه حل‌های جدیدتری خصوصاً از طریق تصحیح دسته بندی حقوق عینی راه را برای رسیدن به نتیجه مطلوب هموار نماید.

برای پاسخ به سوالات طرح شده در بالا و پی‌گیری سیر منطقی موضوع، ابتدا مفهوم حق عینی و دینی و مسائل مربوط به آن در بخش اول مورد مطالعه قرار می‌گیرد. و پس از آشنایی با این عناوین و با کمک آن در بخش دوم به مقایسه و سپس نقد تقسیم بندی خواهیم پرداخت. به عبارت دیگر، برای شناسایی بهتر حق عینی و دینی لازم دیده شد، هم مسائل تئوریک مربوط به موضوع و هم جنبه‌های کاربردی آن مورد توجه قرار گیرد. چرا که طرح مسائل تئوریک و دقت نظرهای مربوط به آن، هرگاه با مصادیق خارجی نیز تطبیق داده شوند، ارزش واقعی خود را نشان می‌دهند. علاوه بر آن، هر یک از این دو مکمل یکدیگر نیز می‌باشند. به گونه‌ای که دستیابی به زوایای

تأسیسات حقوقی بدون مطالعه جنبه‌های کاربردی و احیاناً تطبیق و مقایسه آن میسر نیست. به همین منظور این تحقیق در دو بخش تنظیم شده است. در بخش اول، بیشتر مسائل تئوریک و علمی مربوط به حق عینی و دینی بررسی شده، هر چند در این بخش از طرح جنبه‌های عملی نیز غفلت نشده است. در بخش دوم، با رویکردی کاربردی‌تر و به منظور توسعه شناخت در حق عینی و دینی، ابتدا این دو مفهوم مقایسه و سپس این تقسیم‌بندی با بررسی نقدهای طرح شده بر آن ارزیابی شده است.

بخش اول: مفهوم حق عینی و دینی

فصل اول: حق عینی

مبحث اول: مفهوم حق عینی و اسباب پیدایش آن

مبحث دوم: اقسام حق عینی

بخش اول: مفهوم حق عینی و دینی

در این بخش ابتدا و در اولین فصل، مفهوم حق عینی و اسباب پیدایش آن و سپس در فصل دوم، مفهوم حق دینی و نکات مربوط به آن بررسی می‌شود. با توجه به مفاهیم ارائه شده و نتایج بدست آمده در این بخش، راه برای مقایسه و ارزیابی تقسیم کلاسیک حقوق مالی «حقوق عینی و دینی» هموار خواهد شد.

پیشاپیش متذکر می‌شویم که بررسی مفاهیم در امور اعتباری معنای ویژه‌ای دارد و با تفحص در آن نمی‌توان به یک تعریف واقعی در معنای مرسوم منطقی آن دست یافت. کوشش طاقت فرسای قدما در ارائه یک مفهوم دقیق در امور اعتباری، علیرغم تمام دقت، به طور مداوم با نقد و اشکال‌های بعدی مواجه می‌شده است. با این حال و با اذعان به این واقعیت باید گفت تعریف در مفاهیم اعتباری نیز غیرقابل اجتناب است منتها نباید انتظار حد تام منطقی داشت و تعریف قابل طرح در این حوزه از حد شرح الاسم نمی‌گذرد.

فصل اول: حق عینی

مطالب مربوط به این فصل در دو مبحث طرح می‌شود. نخست تعریف حق عینی و اسباب قانونی ایجاد آن و سپس اقسام حق عینی و به تعبیر دیگر بعضی از مصادیق رایج آن بررسی می‌گردد.

مبحث اول: تعریف حق عینی و اسباب پیدایش آن

در این مبحث، ابتدا نکات لازم جهت شناسایی دقیق حق عینی بررسی می‌شود و پس از آن، اسبابی که به موجب آن حق عینی ایجاد می‌گردد، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

گفتار اول: تعریف حق عینی

مطالب این گفتار در دو بند طرح می‌شود. ابتدا دو عنوان حق و عین به عنوان دو مفهوم اساسی در ترکیب حق عینی مطالعه می‌شود. سپس در بند دوم به تعریف اصطلاحی حق عینی خواهیم پرداخت.

بند اول: بررسی مفردات عنوان

حق عینی یک ترکیب وصفی است. در این ترکیب، حق متصف به وصف عینی شده است. بنابراین برای ارائه مفهومی صحیح از حق عینی شایسته است قبل از هر چیز به

مفردات عنوان، یعنی دو واژه حق و عین توجه شود. بدین منظور نگاهی گذرا به این دو مفهوم خواهیم داشت البته تا آنجا که در تبیین حق عینی به کار آید.

۱. تعریف حق

کلمه حقوق گاهی فقط به صورت جمع به کار برده می‌شود و آن عبارت است از مجموعه مقرراتی که بر اشخاص از آن جهت که در اجتماع هستند، حکومت می‌کند. عباراتی مثل حقوق ایران و حقوق مدنی ناظر به این استعمال می‌باشند.^۱

اما حقوق به معنای بالا مورد نظر ما نیست. حق در معنای مورد بحث اصطلاحی است که هم به صورت مفرد و هم جمع به کار برده می‌شود و آن نیز در معنای خاص خود عبارت است از توانایی شخص طبق قانون بر شخص دیگر یا توانایی شخص بر مال اعم از مادی یا معنوی.

حق را می‌توان سلطنت بر چیزی دانست، به گونه‌ای که زمام آن چیز در دست ذی حق باشد و وی بتواند یا آن را اسقاط کند؛ مانند بستانکاری که حق خود را از طریق ابراء اسقاط می‌کند. یا منتقل نماید؛ مثل موجر که حق استفاده از منافع ملک خود را به مستاجر منتقل می‌کند. انتقال به صورت قهری نیز ممکن است همان طور که با فوت مورث ماترک قهرا به ورثه منتقل می‌شود.^۲

در استعمال بالا حق در مقابل حکم قرار می‌گیرد. حکم عبارت است از مجعول قانونگذار که در فقه شامل کلیه احکام تکلیفی و وضعی می‌گردد. و در حقوق جز در موارد کاملاً استثنایی شامل احکام وضعی است. در حق، زمام، در دست صاحب حق است اما در حکم زمام در دست واضح حکم است و تا زمانی که موضوع حکم باقی

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، ج ۱۵، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱ ه. ش، ش ۱، ص ۲.

۲. در ارتباط با مباحث تفصیلی مربوط به حق و حکم و عقاید مختلف مربوط به آن ر.ک: حسینی، دکتر سید عبدالکریم، رساله ای در باب حق و حکم، ج ۱، شرکت

چاپ و نشر بین الملل، ۱۳۸۷ ه. ش، ص ۲۰۹ به بعد

است اصل حکم نیز باقی می‌ماند و اشخاص توانایی رفع یا دفع آن را ندارند. به عنوان مثال اگر اجازه در عقد فضولی حکم باشد، مالک اصلی نمی‌تواند آن را ساقط کند.

تقسیم حق به عینی و دینی از فروع تقسیم حق به حق مالی و غیرمالی است. حق غیرمالی، امتیازی است که هدف از آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است مثل حق زوجیت. ممکن است این حقوق غیرمالی آثار مالی نیز در پی داشته باشند. اما حق مالی، امتیازی است که قانون به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاص به آنها می‌دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء بین اشخاص وجود دارد و موضوع مستقیم آن تأمین حمایت از نفع مادی است.

مال در اصطلاحات حقوق اسلامی (فقه امامیه و اکثر فرق اسلامی) شامل عین و منفعت است. با این حال بعضی از مذاهب عامه مثل حنفیه و بعضی از حنابله منافع را مال نمی‌دانند.^۱

ماده ۳۲۸ قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه مقرر می‌دارد: «هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد. اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد و یا منفعت».

به نظر فقها مال باید قابلیت تقویم به پول را داشته باشد و نیز تقویم متعارف مناط اعتبار است. به همین جهت در فقه سخن از مال عرفی است. پس اگر مارگیری چند مار را صدق همسرش قرار دهد بنابراین نظریه، چون در صدق مالیت شرط است، صدق باطل است. زیرا مار عرفاً مال نیست و لو اینکه در موسسات مربوط به سرم سازی نیز به قیمت بالایی خریداری شود.^۲ در مقابل و بر خلاف عقیده بالا به نظر می‌رسد مال یک مفهوم نسبی است به همین دلیل است که مار در مثال بالا مالیت دارد و معامله به آن نیز

۱. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية (الکویت) الموسوعة الفقهية، ج ۳۶، ص ۱، دارالصفوة، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۳۲.

۲. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، ج ۱، گنج دانش، ۱۳۷۰ هـ. ش، ش ۹/۱، ص ۱۰.

صحیح است.

به نظر فقها مال باید بالفعل قابل تقویم به پول باشد. بنابراین اگر کسی املاکی دارد که اگر آن را اجاره دهد، منافع یکسال آن اموال مانع فلس او بشود، این منافع یکساله در حال حاضر و قبل از اجاره مانع تفلیس او نخواهد بود. چون این منافع تا مورد قرارداد در نیامده، بالفعل مال محسوب نمی‌شود. به نظر بعضی از نویسندگان باید بین مال و آنچه منسوب به مال است تفاوت گذارد. بنابراین ممکن است چیزی منسوب به مال باشد اما در اصطلاح نه عین باشد و نه منفعت؛ مانند حق خیار و حق شفعه و موارد متعددی از این قبیل.^۱

اما با توجه به تعریفی که از حق مالی ارائه شد و به موجب آن هر امتیازی که به منظور تأمین نیازهای مالی افراد به آنها داده شود، حق مالی شناخته شد؛ می‌توان به حقوقی نظیر شفعه و تحجیر و خیار نیز حق مالی گفت و نباید مال را به عین یا منفعت خلاصه کرد.

ممکن است میان مال و حق مالی تفاوت گذارده شود؛ بدین ترتیب که مال شیء خارجی و یا قابل تحقق در عالم خارج است؛ حال آنکه حق از امور اعتباری راجع به مال است و نباید میان امور خارجی و اعتباری خلط کرد.

اما قابل ذکر است که هر چند تفاوت میان عالم ماده و اعتبار و انتزاع از مسلمات است ولی حقوق منحصرناظر به امور اعتباری است؛ و اگر یک شیء خارجی را مال می‌نامند، نظر به حقوق و اعتبارات قانونی منسوب به آن دارد. ممکن است یک عالم طبیعی و یا حتی یک فیلسوف به اشیاء خارجی و به ذات آنها توجه کند؛ اما نظر حقوق به اشیاء خارجی بوجهه و اجمالی است نه بنفسه و تفصیلی. نظیر آینه‌ای که اگر به آن نگریسته شود آن آینه مورد نظر نیست؛ بلکه تصویری مورد نظر است که در آینه منقش شده است. در حقوق نیز با امور اعتباری اشیاء مواجهیم. پس نباید میان حق شفعه و مال تفاوت گذارد؛ چرا که منظور از مال حق اعتباری است که ناظر به یک شیء خارجی

است؛ کما اینکه حق شفعه نیز یک حق اعتباری ناظر به یک شیء خارجی است. به همین دلیل تفکیک میان مال و حقوق ناظر به اموال از اساس محکمی برخوردار نیست. ضمن آنکه در مقایسه و تطبیق احکام حقوقی نیز مشکل ساز خواهد بود.

۲. تعریف عین

در اصطلاح فلسفه کلمه عین گاه در مقابل ذهن به کار برده می‌شود در این صورت به معنای وجود خارجی در مقابل وجود ذهنی است. در همین معناست که گفته می‌شود: «ان لشیء وجودا فی الازهان و وجودا فی الاعیان و وجودا فی العباره و وجودا فی الکتابه» عین در این معنا کمتر مورد توجه فقه و حقوق قرار گرفته است.

گاه عین در کاربردهای فقهی، حقوقی در مقابل منافع و عمل و حقوق به کار برده می‌شود. در این کاربرد، عین اعم است از عین شخصی و عین کلی. عین کلی نیز اعم است از کلی در معین و کلی در ذمه. در این معنا منظور از کلمه عین اخراج منفعت و عمل و حقوق است. در همین معناست که ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران بیع را تملیک عین به عوض معلوم می‌داند. توضیح اینکه، عین در ماده ۳۳۸ یک شیء قارالذات است یعنی وجود مستقر دارد و به طور مستقل مورد دادوستد قرار می‌گیرد؛ نه به عنوان ثمره تدریجی از عین دیگر.

منفعت به مالی گفته می‌شود که از عین دیگر به تدریج به وجود می‌آید. منفعت در معنای خاص خود وجود ملموس خارجی ندارد و به همین دلیل است که آن را به صلاحیت استفاده از اموال تعبیر کرده‌اند. قانون مدنی ایران تعریف بیع را از فقه اقتباس کرده و فقها بیع را تملیک عین به عوض می‌دانند.^۱

۱. سردمدار این نظر شیخ طوسی است که در مبسوط می‌نویسد: «البیع هو انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی» رک: شیخ طوسی ابی جعفر محمد بن الحسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ه. ق، ص ۷۶.

در بین متأخرین شیخ انصاری در مکاسب می‌نویسد: «و هو فی الاصل کما عن المصباح مبادله مال بمال و الظاهر عرفا و لغه بضمیمه اصالة عدم النقل اختصاص المعوض بالعین». برای مطالعه بیشتر رک: جزائری