**جلسه 5 تا 9**

# جهت چهارم ازبحث مال(تقسیمات مال)

برای مال از جهات مختلف، تقسیماتی ذکر شده و مفصّل آن در کلمات عامه در بحث معاملات، مطرح شده وبعضی ها تا ده الی يازده تقسیم ذکر کرده اند. در حقوق هم کم و بیش این تقسیمات وجود دارد. در کتب فقه امامیه هم برخی تقسیمات به طور مستقل عنوان شده (مثل تقسیم مال به مثلی و قیمی) و برخی تقسیمات هم در لابه‌لای احکام و فروع مطرح شده و آثار آن هم بار شده است، مثل تقسیم مال به مال استهلاکی و استعمالی به این اعتبار که گاهی استفاده از مال متوقف بر اتلاف آن است مثل ماکولات و مشروبات، و گاهی چنین نیست مثل مسکن و ملبوسات. از آثار این تقسیم این است که گفته اند در عقد اجاره، شرط مال مورد اجاره این است که استهلاکی نباشد والا اجاره آن صحیح نیست. لذا اجاره پول صحیح نیست؛ چون استفاده عقلائی از پول به این است که با آن چیزی بخرند و با چنین استفاده ای مال باقی نمی ماند و اتلاف می شود؛ زیرا مراد از اتلاف اعم از اتلاف حقیقی و قانونی (حکمی) است. همچنین این که طلا را به عنوان اجاره به زرگر می دهند و زرگر زیور آلات درست کرده و در اختیار دیگران قرار می دهد، یعنی برای فرار از ربای قرضی طلا را به ملک زرگر درآورده و ماهانه از او اجرت بگیرد، این قرارداد باطل است. وجه بطلان این است که زرگر طلا را نگه نمی دارد بلکه آن را زیوردرست کرده و به دیگران می فروشد، و واقع چنین امری عقد اجاره نیست چون طلا باقی نمانده. همچنین در باب وقف، از آنجایی که حقیقت آن، «تحبیس العین و تسبیل المنفعه» است، لذا وقف پول صحیح نیست و معنی ندارد کسی بگوید یک ملیارد تومان را وقف می کنم که به دیگران قرض داده شود.

اما این که این موارد و نظائر آن را توجیه کنیم به این که این عناوین روی مالیت شیء آمده نه روی خود شیء مثل وقف مالیت، یا در ودیعه توجیه کنیم به ودیعه مالیت نه ودیعه خود عین، موکول به این است که آیا ادله وقف یا ودیعه شامل امثال این موارد (که عین خارجی نیست) یعنی ودیعه مالیت می شود یا نه. جوابی که نوع فقها داده اند منفی است؛ چون مالیت وصفی از اوصاف شیء است و خود اوصاف، موضوع مستقل برای ملکیت و ترتیب عقود معاملی قرار نمی گیرند. مالیت، حیثیت تعلیلیه است برای این که خود شیء مال قرار بگیرد و مورد معامله و ملکیت واقع شود، نه این که خود مالیت، موضوع معامله و ملک قرار گیرد. لذا سابقا گفته شد در مورد اوصاف معنی ندارد که مالک عین یک نفر باشد و مالک هیأت (به عنوان وصف) شخص دیگر باشد، و عقلاء بین عین و اوصاف در ملکیت تفکیک قائل نیستند. بله ممکن است ایجاد هیأت خاصی روی ماده سبب شود که ماده مالیت بیشتری پیدا کند و کسی که موجب آن شده، به نسبت زیاده مالکیت شریک در عین مال شود، اما شریک در ذات عین موصوف به صفت می شود، نه این که موصوف را یک نفر مالک شده و وصف را دیگری مالک شود.

غرض این که تقسیم مال به استهلاکی و استعمالی، از تقسیماتی است که مستقلا در کلمات فقهاء عنوان نشده، اما محتوا و آثار این تقسیم ذکر شده و به آن ملتزم شده اند.

در بحث تقسیمات مال، نسبت به بعضی تقسیمات اثر و حکم شرعی مترتب است و نسبت به برخی تقسیمات اثر شرعی فقهی خاصی مترتب نیست. در برخی کلمات عامه 10 تقسیم برای مال ذکر شده از جمله در کتاب «المدخل الی نظریة الالتزام العامة» نوشته مصطفی زرقاء و برای هر یک، آثاری بار شده است.[[1]](#footnote-1) عناوین این تقسیمات عبارت اند از: 1\_ تقسیم مال به مال متقوم و غیر متقوم،2\_ تقسیم مال به مثلی و قیمی، 3\_تقسیم مال به استهلاکی و استعمالی،4\_ تقسیم مال به منقول و غیر منقول (که درکتب عامه وهمينطوردرکتب ما به عقار و غیر عقار هم تعبیر شده)،5\_ تقسیم مال به عین و دین ،6\_ تقسیم مال به عین و منفعت، 7\_تقسیم مال به مال مملوک، مال مباح (که فقط اباحه و جواز تصرف دارد) و مال محجور که تملک و امتلاک آن مورد منع قرار گرفته، 8\_تقسیم مال به قابل قسمت و غیر قابل قسمت ( که اثر آن به لحاظ بحث شرکت است)،9\_ تقسیم مال به اصول و ثمرات، و10\_ تقسیم مال به مال خاص و مال عام. در برخی کلمات هم تقسیم یازدهمی مطرح شده به عنوان تقسیم مال به مال ظاهری و باطنی (یا معنوی)[[2]](#footnote-2) که تطبیق بر حقوق شده، خصوصا حقوق مستحدث مثل حق التالیف.

در این بحث، تقسیماتی که قابل اعتناء است را مطرح کرده و اشاره ای به سایر تقسیمات کرده و این بحث را تمام می کنیم.

آن چه در هر یک از این تقسیمات باید لحاظ شود، این است که اولا مراد از اقسام این تقسیمات چیست، ثانیا بحث صحت تقسیمات است؛ زیرا مقسم باید در همه اقسام وجود داشته باشد و تقسیم الشیء به نفس آن و مباین غلط است، و ثالثا این که آیا این تقسیم به لحاظ آثار و احکام شرعی اثر دارد یا مجرد تقسیم و تکثیر عناوین است.

## تقسیم اول: مال متقوم و غیر متقوم

مال متقوم یعنی مالی که قیمت دارد و غیر متقوم یعنی مالی که قیمت ندارد. در توضیح این تقسیم (برای دفع اشکال لزوم تقسیم شیء به خودش وبه مباين) گفته اند مراد از متقوم و قیمت داشتن، قیمت نزد عامه ناس نیست چون اگر چیزی نزد مردم قیمت نداشته باشد، اصلا مال نیست و این تقسیم، می شود تقسیم به شیء و مباینش لذا باید تقوم را تقوم عند الشارع بدانیم. در این صورت حاصل تقسیم عبارت خواهد بود از تقسیم مال به مال امضاء شده عند الشارع و مال امضاء نشده.

در این صورت تقسیم صحیح است؛ زیرا اگر مراد مال شرعی باشد، برخی اموال عرفی مال شرعی نیستند مثل خمر و خنزیر، اما اگر مراد از تقوم، مطلق تقوم (عند العرف و عند الشرع هردو) باشد این تقسیم صحیح نخواهد بود. البته این مطلب، طبق مبنای صحیح بود که مالیت را امری اعتباری و قابل تصرف از ناحیه مقنن و مشرّع می داند، نه این که امر انتزاعی باشد و قابل تصرف توسط مقننین نباشد کما علیه المحقق الایروانی.

اما این که این تقسیم (طبق فرضی که صحیح بود) اثر دارد یا نه، جواب مثبت است و ارجاع داده می شود به بحث احکام و آثار مالیت که در تنبیه قبل بیان شد، مثل جریان عقود معاوضی، ضمان در فرض اتلاف، ارث و غیره.

پس این تقسیم هم قابل تصویر است و هم اثر بر آن مترتب می شود.

## تقسیم دوم: تقسيم مال مثلی و قیمی

این تقسیم، تقسیم مهمی است و هم در فقه اماميه و هم درکلمات عامه و هم درحقوق مطرح شده است. در این تقسیم هم در سه مرحله باید بحث شود:

اما معنای مثلی و قیمی: آن چه در کلمات متقدمین فقها مثل علامه تذکره و کلمات دیگران مثل محقق در معارج و غیره آمده، در تعریف مثلی نوعا گفته اند «ما تتساوی قیمه اجزائه» یا «ما تتساوی اجزاءه فی القیمه» یعنی مالی که اجزاء آن در قیمت متساوی باشند. در تذکره اقوالی را در تعریف مثلی ذکر می کند. از بعضی نقل می کند که ملاک، تقدیر به وزن و کیل است، یا برخی گفته اند ملاک، قابلیت وقوع بیع سلم و عدم آن بر مال است.[[3]](#footnote-3) سپس مناقشاتی را به این تعاریف مطرح می کند. اما آن چه عمدتا در کلمات فقها آمده، همین است که قیمت اجزاء آن مساوی باشد.

البته در برخی کلمات خصوصا متاخرین، قید دیگری اضافه شده که «امثال آن به طور متداول وکثیرا یافت شوند» و به عنوان شرط دیگر برای مال مثلی بیان شده است. تعبیر «یتقارب صفاته» هم ممکن است به همین برگردد، یعنی مثلیت جایی تحقق پیدا می کند که افراد متشابه در صفات وجود داشته باشد.

پس این دو رکن عمدتا در تعریف مثلی مورد اهمیت است: اجزاء آن تساوی در قیمت داشته باشند، امثال آن به طور متداول یافت شوند.

این که مراد از قید اول چیست، ظاهر اولی این است که جزء را در مقابل کل به کار می برند، لذا کتاب یا کفش نباید مثلی حساب شوند؛ چون ممکن است نصف اول آن و نصف دوم آن، قیمت متفاوتی داشته باشند و به قیمتِ نصف قیمت مجموع نباشد. اما عده ای از بزرگان مثل صاحب ریاض یا آقای خوئی در مصباح الفقاهه، توضیح داده اند که در اينجا جزء در مقابل کل نیست، بلکه مراد، افراد نوع آن شیء هستند، پس ما یتساوی اجزائه یعنی یتساوی افراد نوعه.

اما در قیمیات، افراد نوع آن ها در قیمت با هم مساوی نیستند، مثل حیوان لذا افراد گوسفند، هم قیمت نیستند برخلاف مثل گندم و جو که مثلی اند. پس توجیه و بیان صحیح، این است که مراد از اجزاء افراد باشد والا بسیاری از مثلیات از تعریف مثلی خارج می شوند.

البته در اينجا بحث و اشکالی مطرح است که آیا جا دارد مثلی و قیمی را تعریف کنیم، یا این که اصلا این بحث جا ندارد؛ چون مثلی و قیمی موضوع هیچ دلیل و حکمی وارد نشده تا از معنای آن بحث کنیم. لذا اصل این تقسیم بی معنی است و در هر مورد، باید به ادله مراجعه کنیم. این اشکال در کلمات صاحب جواهر و صاحب ریاض مطرح شده است. بعضی گفته اند در آیه «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل مااعتدی علیکم» عنوان مثلیت به کار رفته، اما در پاسخ، فرموده اند معلوم نیست «مثل»، در این جا به معنای مثلِ مورد تعدی باشد، بلکه ممکن است مثلیت در اصل اعتداء و تعدی باشد، نه مثلیت در شیء اعتداء شده و تالف.[[4]](#footnote-4) لذا گفته اند باید مستقیما در مورد هر شیئی، به ادله وارد در آن مورد و خصوصیات آن توجه کنیم و عنوان مثلی خصوصیت ندارد.

اما مرحوم آقای خوئی بیانی دارند [[5]](#footnote-5)که به عنوان جواب از این اشکال حساب می شود. حاصل بیان این است که ولو عنوان مثلی و قیمی در ادله به عنوان موضوع نیامده، اما به هر حال فقیه نسبت به برخی مسائل باید جواب دهد و جواب دادن، متوقف بر تعیین خصوصیت مثلیت و قیمیت است. آن چه باعث شده فقهاء سراغ تعریف و ضابطه مثلیت و قیمت بروند، احکام مترتب بر آن است، مثل بحث ضمان. باید در فقه معیّن شود که متلِف، بعد از این که عین تلف شده، باید چه چیزی را اداء کند؟ چیزی که از نظر خصوصیات شبیه تالف است را بدهد، یا این که باید قیمت تالف را بدهد که این قیمت، در قالب اوراق نقدیه متمثل می شود. برای این که جواب این سوال مشخص شود، به عنوان ضابطه کلی مطرح شده که باید ببینیم شیء تالف مثلی است یا قیمی با همان ضابطه ای که در مورد مثلی و قیمی وجود دارد. در موارد ضمان، آن چه لازم است اداء شود در مرحله اول خود عین است اگر ممکن و موجود باشد. زیرا در هر مالی سه دسته از خصوصيات وجود دارد: اول، صفات تکوینی عامی که موجب رغبت عقلاء به آن می شود مثل این که گندم است و برای تولید آرد و پخت نان استفاده می شود. دوم خصوصیات شخصیه ای هم دارد مثل این که نوع خاصی از گندم است و در فلان منطقه و از فلان طریق به دست آمده. سوم صفتی هم دارد که از آن صفت، تعبیر به مالیت می کنیم.

قاعده اولیه این است که غاصب و ضامن، طبق قاعده علی الید (که مطابق سیره عقلائیه است)، خود عین را تحویل دهد حتی به خصوصیات شخصیه آن. اما در فرض تلف که اداء عین ممکن نیست، غیر از خصوصیات شخصیه، دو دسته از صفات می ماند: یکی مالیت داشتن و دیگری خصوصیات تکوینیه عامه. در این گونه موارد، آن چه مصداق رد مال تالف حساب می شود، رد مثلِ مال تالف است؛ چون با این کار هم خصوصیات تکوینیه به مالک اداء شد و هم خصوصیت مالیت. لذا اگر ممکن باشد و شیء امثال داشته باشد، نوبت به رد قیمت نمی رسد. اما اگر مثل نداشته باشد یا این که مثل دارد ولی از باب ندرت و اتفاق است (مثل این که حیوانی اتفاقا دوقلو اند که در همه صفات مثل هم اند با این که حیوان فی نفسه قیمی است) تدارک مال تلف شده، به رد مالیت آن است که رد مالیت در قالب رد نقود تمثل پیدا می کند. تعریف مثلی و قیمی و بیان ضابطه آن در کلمات فقها، از این جهت است که باید خصوصیات مال تالف معلوم باشد تا اگر مثلی است تدارک آن به رد مثل، و اگر قیمی باشد تدارک آن به رد قیمت باشد. پس هرچند ابتداءً بحث از مثلیت و قیمیت جا نداشت، اما به خاطر امر دیگر یعنی ترتب اثر فقهی و تعیین آن چه باید در موارد تلف رد شود، نیاز به بیان ضابطه پیدا شده است. این مطلب در کلام آقای خوئی به عنوان جواب از اشکال صاحب ریاض مطرح نشده، اما بیانی است که لزوم تعریف مثلی و قیمی را توجیه می کند.

اما جهت دوم: واضح است که این تقسیم، تقسیم صحیحی است و مقسم در همه اقسام وجود دارد (نه اينکه از موارد تقسيم شيئ به خودش ومباین آن باشد، لذا بحث در آثار تعریف مثلی و قیمی واقع می شود.

### آثار تقسیم مال به مثلی و قیمی

اما جهت سوم یعنی اثر تقسیم دوم ، مواردی در کلمات به عنوان اثر تقسیم مطرح شده است:

#### اثر اول

اثر اول این تقسیم که اثر اصلی است، حکم ضمان در فرض تلف است زیرا اگر مال مثلی باشد باید مثل آن و اگر قیمی باشد باید قیمت آن اداء شود. این اثر در کلمات عامه هم ذکر شده است.

#### اثر دوم

اثر دومی که در کلمات عامه ذکر شده، این است که اگر مال مثلی باشد، قابلیت قرض داده شدن را دارد چون از راه صفت ضابطه مند خواهد بود، اما اگر قیمی باشد تحقق عقد قرض در مورد آن، محل بحث و اشکال است. بعضی فقهاء عامه قرض در قیمیات را باطل دانسته اند بلکه نسبت به جمهور عامه داده شده است، اما شافعی در یکی از دو قول خود قرض قیمیات را صحیح دانسته است. لذا طبق این مبنی (عدم صحت قرض در قیمیات) این تقسیم اثر دارد.[[6]](#footnote-6)

اما به حسب فقه امامیه، مثلی یا قیمی بودن در صحت و بطلان قرض اثری ندارد و قرض قیمیات هم صحیح است، منتهی در مثلی آن چه به ذمه می آید مثل است و در قیمی آن چه به ذمه می آید قیمت آن است.

#### اثر سوم

اثر سوم این تقسیم این است که برخی عامه گفته اند اگر مالی مثلی باشد، ربا در آن محقق می شود اما در قیمیات مال ربوی حساب نمی شود، لذا معامله قیمیات به اکثر از آن، معامله ربوی نیست؛ چون ربا وفضل عبارت است از زيادی يکی از متجانسين برديگری درمقدار وکميت واين درمثليات مورد دارد اما در قیمیات که مقدار مورد نظرنيست بلکه قیمت مورد نظر است اين امر پياده نمی شود .[[7]](#footnote-7)

اما در فقه امامیه، موضوع حرمت ربا دو مورد است، یکی قرض و دیگری معامله. موضوع ربای معاملی مکیل و موزون بودن است، اما اگر معدود باشد زیاده موجب ربوی شدن معامله نمی شود، لذا فروش اسکناس به اسکناس به زیاده (به خاطر نو بودنِ پول مثلا) چون معدود است صحیح است ولو مثلی است. پس ملاک و ضابطه ربای معاملی، مکیل و موزون بودن است نه مثلی یا قیمی بودن. اما در ربای قرضی، ملاک قیمت مال است و قیمت مالی که قرض داده می شود نباید کمتر از قیمت مالی باشد که اداء می شود. لذا این اثر طبق فقه امامیه قابل قبول نیست.

#### اثر چهارم

اثر چهارم این تقسیم این است که بعض عامه گفته اند در بحث شرکت، در اموال مثلیه اگر احد الشریکین طالب قسمت باشد شریک آخر توسط حاکم اجبار به قسمت می شود مطلقا؛ اما در اموال قیمیه، چنین نیست بلکه اگر به نحوی باشد که تقسیم خارجی آن مورد ضرر باشد، اجبار به قسمت نخواهد شد، و فقط در صورتی که تقسیم خارجی آن مورد ضرر نباشد، اجبار به تقسیم می شود.[[8]](#footnote-8)

اما در فقه امامیه، شریک در صورت مطالبه شریک آخر، مجبور به قسمت می شود، منتهی فقط در صورتی که مال طوری باشد که خارجا قابل تقسیم باشد (به این که منافع متوقعه از بین نرود و ضرری ایجاد نشود) اما اگر مال قابل قسمت نباشد، نوبت به تقسیم تعدیلی می رسد یعنی مال به فروش می رسد و قیمت آن بین شریکین تقسیم میشود. پس طبق فقه امامیه ملاک این است که مال قابلیت تقسیم خارجی داشته باشد یا نه، و مثلی و قیمی بودن اثری در این بحث ندارد.

#### اثر پنجم

اثر پنجم این تقسیم که در کتاب معاملات مالیه در فقه اسلامی هم ذکر شده، این است که مثلی و قیمی بودن، در معاملات، در تشخیص این که کدام عوض مبیع است و کدام عوض ثمن است ونيز برای تشخیص این که کدام یک از متعاملین بائع و کدام مشتری است، مؤثر است.

مقدمه: در بعضی معاملات مثل بیع، این که کدام یک از عوضین مبیع باشد و کدام ثمن، اثر و ثمره دارد. هرچند گاهی عنوان بیع به مجموع ایجاب و قبول اطلاق می شود، اما در بعضی اطلاقات، بیع به طرف بائع اطلاق شده و به طرف دیگر شراء اطلاق می شود. لذا مثلا اگر قاعده «تلف المبیع قبل القبض من مال بائعه» مختص به مبیع باشد و تلف الثمن قبل القبض را از مال مشتری ندانیم بلکه از مال بائع بدانیم (کما هو مقتضی القاعده که تلف مال، بايد از مال مالکش حساب شود)، تعیین مبیع و ثمن اثر دارد.

برخی عامه گفته اند از راه مثلیت و قیمیت، مبیع بودن و ثمن بودن را مشخص می کنیم که بالتبع بائع بودن و مشتری بودن هم مشخص می شود؛ چون تلازم دارند. لذا اگر احکامی روی مبیع رفته باشد نه روی مطلق عوضین، این تقسیم اثر دارد.

معیاری که در فقه عامه برای تشخیص مبیع و ثمن ذکر شده، این است که گفته اند اگر یکی از دو مال، مثلی باشد با توجه به این که خودش به ذمه می آید، معلوم می شود که مال مثلی، ثمن است؛ چون ثمن قابل تعلق به ذمه است و مالی که قیمی است، مبیع است.[[9]](#footnote-9)

اما در فقه امامیه، ضابطه تشخیص مبیع و ثمن، خصوصیات مال است:

اگر شیئ خصوصیات تکوینیه اش مورد رغبت باشد نه فقط ماليت آن، در جایگاه مبیع قرار می گیرد و ثمن مالی است که برای گرفتن و به دست آوردنِ شیء مرغوب داده می شود. در این ضابطه، فرقی نمی کند که صاحب متاع ابتداء به انشاء کند و صاحب ثمن بعد از او قبول را انشاء کند (که واضح است)، یا این که صاحب ثمن ابتداء به انشاء کند و صاحب متاع قبول کند، پس در این فرض، تقدیم و تأخیر در انشاء اهمیتی ندارد. لذا در عوضین، اگر یک طرف کالا و طرف دیگر نقد باشد، واضح است که نقد (رائج یا غیر رائج) ثمن است.

اما اگر هر دو طرف کالا یا هر دو نقد باشند، این ضابطه کاربرد ندارد چون مثل هم اند، لذا معیار و ضابطه دیگری بیان شده است که آن تقدیم در انشاء باشد . گفته اند در مبادله دو متاع، فعل کسی که ابتداء به انشاء می کند، ایجاب حساب شده و پیشنهاد دهنده است، و شخص دیگر، قابل و قبول کننده پیشنهاد است. برخی گفته اند در این فرض اصلا معامله بیع نیست بلکه مصداق «مقایضه» است که عبارت أخرای مبادله کالا به کالاست.

البته در اينجا می توان يک تبصره ای بيان کرد وآن این که چنین نیست در همه موارد، آن که ابتداء به انشاء می کند موجب باشد، بلکه تعبیراتی که افراد در مقام انشاء استفاده می کنند هم باید لحاظ شود؛ چون گاهی از خود تعابیر استفاده می شود که این عمل، پذیرش پیشنهاد و استیجاب است. مثلا اگر به جای تعبیر مبادله و تبادل، بگوید کالای تو را در مقابل این کالا می خرم یا کالای خود را در مقابل این کالا به من تمیلک کن (که متضمن طلب تملیک است) گوینده این کلام مشتری حساب می شود ولو ابتداء به انشاء کرده است. پس فقط اگر تعبیر متساوی الطرفین باشد (مثل تعبیر مبادله) ملاک، ابتداء به انشاء است، اما اگر تعبیر طوری باشد که فقط با ایجاب می سازد ملاک تعبیری است که متضمن تملیک است.

در جایی که عوضین هر دو نقد اند مثل مبادله ارز، نیز همین مطلب می آید و ضابطه همان است.

بنابراین ضابطه تشخیص مبیع از ثمن در فقه امامیه متفاوت از فقه عامه است، و اگر هیچ کدام از معیارها تطبیق نشد، عمل، مصداق مقایضه است و بیع نیست.

## تقسیم سوم: مال استهلاکی و استعمالی

تعریف مال استهلاکی: مالی که انتفاع عقلائی مقصود از مال متوقف بر اتلاف آن است، و مال استعمالی مالی است که انتفاع مقصود از آن متوقف بر اتلاف آن نیست بلکه عین مال باقی است و از آن استفاده می شود، البته نه به این معنی که انتفاع آن موجب اتلاف نشود ولو هزار بار استعمال شود. لذا این تعریف، در مقابل مال استهلاکی است که اولین انتفاع از آن هم متوقف بر اتلاف و استهلاک مال است مثل مأکولات.

واضح است که این تقسیم صحیح است چون وقتی اشیاء خارجی را ملاحظه می کنیم می بینیم که این دو قسم وجود دارد.

اما اثر و حکم این تقسیم، در کلمات به این صورت بیان شده که بعضی از عقود و قراردادها تحقق و جریان آنها بر اموال، متوقف بر این است که مال، مال استعمالی باشد و استهلاکی نباشد؛ چون تحقق آنها متوقف بر بقاء عین است. بر خلاف قرارداد هایی مثل بیع که در موضوع آن، استعمالی بودن مال اخذ نشده است، در مقابل در برخی عقود، استعمالی بودنِ مال اخذ شده است مثل اجاره اعیان (نه اجاره اعمال، که متعلق اجاره حین عقد وجود ندارد). حقیقت اجاره اعیان طبق نظر مشهور تملیک منفعت عین به مستاجر است تا مستاجر از آن انتفاع و استفاده ببرد، لذا قوام اجاره به این است که مال، استعمالی باشد نه استهلاکی. طبق نظر غیرمشهور هم که حقیقت اجاره، تسلیط مستاجر بر عین است نه تملیک، مستاجر مسلط می شود بر عین، اما سلطنت بر انتفاع و استعمال از عین است، و قطعا سلطنت بر اتلاف و استهلاک عین به مستاجر اعطاء نمی شود. لذا طبق هر دو مبنی، قوام عقد اجاره به این است که عین مورد اجاره، با استفاده از بین نرود. لذا اگر عقد اجاره طوری بسته شود که مستلزم اتلاف باشد (يعنی مفاد قرار داد آن باشد که مستاجر مال را اتلاف کند)، درحقیقت مصداق اجاره نیست، لذا گفتیم اجاره طلا به زرگر و همچنین اجاره پول (که برای فرار از ربا انجام می شود) مصداق حقیقت اجاره نیست.

عنوان وقف هم متوقف بر این است که مال استعمالی باشد؛ چون حقیقت وقف تحبیس العین و تسبیل المنفعه است، لذا در مورد مالی قابل تحقق است که استهلاکی نباشد والا اگر در اولین استفاده از بین برود وقف آن معنی ندارد. بنابراین مطلب، گذشت که وقف پول معنی ندارد، اما وقف کردن مالیت هم مورد اطلاق ادله نیست چون اوصاف شیء مستقل نیست و موضوع مستقل برای معامله و ملک واقع نمی شود.

همچنین عاریه هم متقوم به بقاء عین است؛ چون در عاریه انتفاع مستعیر مجاز شمرده می شود. در ودیعه هم شرط است که عین باقی باشد؛ چون ودیعه، دادنِ مال به دیگری به غرض حفظ کردن مال است. لذا ودیعه پول به بانک در فرضی که عین پول باقی نمی ماند و خرج می شود، به عنوان عقد ودیعه حساب نمی شود.

حاصل این که اثر این تقسیم، جریان و عدم جریان عناوین معاملی مذکور است.

## تقسیم چهارم: مال منقول و غیر منقول

مراد از مال غیرمنقول یا همان عقار، مالی است که با اوصاف موجود خود، عادتا قابلیت نقل از نقطه ای به نقطه دیگر را ندارد.

صحت این تقسیم مسلّم است بلکه در برخی کتب حقوقی گفته شده، این تقسیم از تقسیم های سابقه دار در میان ملت های گذشته است. البته در کلام عامه از جهت صغروی در برخی مصادیق اشکال شده که مصداق مال منقول اند یا غیر منقول، مثل اموالی که روی شیء ثابتی قرار داده شده اند مانند بنائی که روی زمین ساخته شده است؛ چون بناء با این وصف که در این مکان وجود دارد قابلیت نقل به جای دیگر ندارد، اما می توان آن را جدا کرد و به جای دیگر منتقل کرد. اما در فقه امامیه، اموری که متصل به غیرمنقولات اند، عنوان عقار و غیر منقول بر آنها صادق نیست، لذا در بحث ارث الزوجه (که اثر این تقسیم است) بین زمین و بناء فرق گذاشته اند و گفته اند زن از بناء ارث می برد. همچنین چاه نه به معنای فضای حفر شده بلکه بناء و عمارت چاه (مثل سنگچین چاه) مصداق عقار نیست، لذا زوجه از آن ارث می برد. همچنین درختان زمین، منقول حساب می شوند ولو فعلا متصل است و با همین حالت و وصف اتصال، قابلیت نقل ندارد.

### آثار تقسیم مال به منقول و غیر منقول

اثر این تقسیم هم متعدد است يکی از آثار بحث ارث زوجه است، لذا در فقه بیان شده که زن از زمین و عرصه ارث نمی برد واز منقولات ارث می برد .

اثر دیگر بحث شفعه است، زیرا حق شفعه فقط در غیر منقولات ثابت است. در فقه عامه هم این مطلب پذیرفته شده است.

اثر دیگر در بحث حق ارتفاق است. در مواردی که دو نفر در مالی شریک اند اما مرافق مشترکی برای مال وجود دارد که از آن استفاده می کنند، از حق عبور و مرور از چنین اماکن مشترکی تعبیر به حق ارتفاق می شود. امروزه هم راهرو های آپارتمان ها، یا فضای مشترک مثل حیات، به عنوان محل مشترکِ بین همه صاحبان منزل است. موضوع حق ارتفاق، مال غیر منقول است و در غیر منقول حق ارتفاق مطرح نیست.

در کلام عامه آثار دیگری بار شده مثلا در بحث وقف، در وقف منقولات اختلاف شده و برخی مثل حنفیه صحت آن را انکار کرده اند. اما آثار دیگر عمدتا در کلام عامه آمده و مورد قبول ما نیست.

مثلا عامه گفته اند در تصرف مشتری در مبیع قبل از قبض (مثل فروش آن به دیگری) بین منقول و غیر منقول فرق است. در غیرمنقولات تصرف مشتری قبل از قبض (به این که آنرا به شخص ديگر بفروشد) اشکال ندارد، اما در منقولات تصرف مشتری جائز نیست. اما در فقه امامیه از از این جهت فرقی نیست، بلکه از جهت دیگر یعنی مکیل و موزون بودن تفاوت وجود دارد؛ زیرا اگر مبیع مکیل یا موزون باشد، قابلیت فروش قبل از قبض ندارد بر خلاف معدودات.

اثر دیگر که در کتاب المدخل الی نظریه العامه مصطفی زرقاء بیان شده،[[10]](#footnote-10) بحث غصب است که برخی از عامه گفته اند غصب فقط در منقولات تحقق دارد و در غیرمنقول، غصب و اثر غصب بار نمی شود. دلیلشان این است که به خاطر منقول نبودن، استیلاء در مورد آن متصور نمی شود که البته مطلب باطلی است .

اثر دیگری که گفته اند، این است که در باب ولایت ولیّ و تصرف در مال صغیر، در منقولات ولیّ شرعی می تواند با رعایت مصلحت تصرف کند مطلقا، اما در غیرمنقولات تصرفات به نقل و انتقال بدون اذن حاکم و قاضی جائز نیست. اما در فقه امامیه، ولیّ شرعی هم نسبت به منقول و هم غیر منقول ولایت دارد، چه تصرفی که ازقبیل نقل و انتقال باشد وچه تصرفات ديگر.

تقسیمات دیگری که مطرح است، یا به حسب فقه امامیه مورد اثر نیست یا اثر آن واضح است لذا با اشاره کلی از آنها می گذریم:

## تقسیم پنجم: تقسیم مال به دین و عین

مراد از عین و دین معلوم است. اثر مترتب بر این تقسیم که در کلام عامه مطرح شده[[11]](#footnote-11) این است که در باب دین فقط مال مثلی می تواند به عنوان دین در ذمه قرار بگیرد نه مال قیمی، اما در اعيان که دوقسم دارد مثلی وقيمی آن چه در ذمه قرار می گيرد مال مثلی است اما مال قيمی در ذمه قرار نمی گيرد وحق به عين آن تعلق مي گيرد .

اثر دیگر گفته اند در باب تقاص است؛ زیرا مقاصه در مورد اعیان معنی ندارد. یعنی اگر کسی مال ما را غصب کرد و ما عین خارجی از غاصب پیدا کردیم نمی توانیم مال او را از باب تقاص برداریم. اما در فقه امامیه این اثر صحیح نیست و تقاص، هم نسبت به دیون موضوع دارد و هم اعیان به شرطی که شرائط کلی تقاص وجود داشته باشد.

## تقسیم ششم: تقسیم مال به عین و منفعت

مراد از عین و منفعت معلوم است. عامه در این تقسیم اشکال کرده اند که طبق مبنای حنفیه که مال را مختص اعیان می دانند، این تقسیم اصلا معنی ندارد؛ چون تقسیم الشیء بالنفس و بالمباین است. اما طبق فقه امامیه که مالیت را در مورد منافع هم صادق می دانند، این تقسیم جا دارد.

اثری که برای این تقسیم بیان شده، در کتاب المدخل الی نظریه الالتزام العامّه گفته است که بحسب فقه حنفيه غصب، فقط نسبت به اعیان موجب ضمان است اما نسبت به منافع موجب ضمان نيست چون منافع مال حساب نمی شوند، برخلاف فقه شافعی وحنبلی که غاصب را ملزم به اجرت المثل مغصوب در مدت غصب می دانند .[[12]](#footnote-12) اما اثر اين تقسیم در فقه امامیه،درجريان عقود ماليه ای که درمتعلق آنها عين بودن اخذ شده ظاهرمی شود مثلاً در بيع فقط عین است که می تواند مبیع واقع شود و بحث از صحت مبیع واقع شدن منافع، بحث معروفی است که در اول بحث بیع در مکاسب مطرح شده است.

## تقسیم هفتم: مال مملوک، مباح و محجور

مملوک، مالی است که تحت ملکيت افراد یا عناوين (مثل دولت يا مؤسسه عام) قرار می گيرد و بالفعل برای آن مالک وجود دارد. مباحات مالی است که قابلیت تعلق ملک افراد را دارد، ولی بالفعل ملک کسی نیست مثل آب موجود در منابع يا صيد برّ وبحر . محجور هم مالی است که شارع از تملک وتمليک آن منع کرده است يعنی قابل تعلق ملکیت نیست، يا بخاطراين که وقف شده یابه جهت اين که برای مصالح عامه تخصيص داده شد مثالهای آن هم عبارتند از طريق عام ،مساجد ،مقابر وسائر موقوقوفات .[[13]](#footnote-13) دربعضی از کلمات برای محجور به خمر و خنزیر مثال زده اند .ولی اينها از اصل مقسم خارج است؛ چون اصلا مال نیستند (ازنظرشارع) تا نوبت به ملک نبودن آن برسد ، هرچند بحسب عرف وعقلاء جزء اموال شمرده می شوند .

## تقسیم هشتم: مال قابل قسمت و غیر قابل قسمت

این تقسیم به لحاظ بحث شرکت در مال، و افراز شرکاء نسبت به سهم خود اثر دارد. مراد از قسمت، قسمت خارجیه است. اگر مال قابلیت قسمت خارجی داشته باشد، در فرض مطالبه شریک، شریک دیگر مجبور به تقسیم می شود. اما اگر مال قابلیت قسمت خارجی نداشته باشد، در فرض مطالبه مجبور به قسمت تعدیلی می شود (نه قسمت خارجی) یعنی بايد مال را بفروشند و قیمت آن بین شرکاء تقسیم شود ، معنای قابل قسمت بودن اين است که در تقسيم و جزء جزء کردن آن ضرر نباشد بطوری که منفعت مورد انتظار از آن مال که قبل از قسمت درآن ثابت بود بعد از قسمت هم از اقسام آن باقی باشد.

## تقسیم نهم: تقسیم مال به اصول و ثمرات

مراد از اصل، مالی است که ممکن است مال ديگر از آن پيدا می شود مثل درختان است در مقابل میوه ها يا حيوانات در مقابل نتاج الحيوان مثل پشم وشير ونحوهما .برای اين تقسيم هم آثاری ذکر کرده اند يکی از آثار اين است که درمال وقفی که اصل آن محجور است به ملک اشخاص درنمی آيد وبرمستحقين وقف توزيع نمی شود، ولی ثمرات آن به ملک اشخاص درمي آيد وبرآنها توزيع می شود .[[14]](#footnote-14) در فقه ما برای این تقسیم اثر وجود دارد؛ زیرا بیع ثمار احکام خاصی دارد در مقابل بیع اصول، که در جای خود مطرح شده است.

## تقسیم دهم: مال عام و مال خاص

 مال خاص یعنی مالی که در ملکیت اشخاص واقع می شود و دیگران نمی توانند در آن تصرف کنند. اما اموال عامه، اموالی است که در ملک عامه المسلمین است، و مصرف آن مربوط به مصلحت عامه مسلمین است و مورد ملک شخصی نیست بلکه ملک عناوین است. مثل اراضی خراجیه که ملک عام مسلمین است، همچنین طرق و خیابان ها.

## تقسیم یازدهم: مال مادی و معنوی

تقسیم یازدهمی در برخی کتاب ها مطرح شده تقسیم به مال مادی و معنوی (یا مال ظاهری و باطنی) است.

مصطفی زرقاء گفته فقه اجنبی اين تقسيم را ذکر کرده است ،ديگران هم گفته اند که اين تقسيم را قانون مدنی فرانسه از حقوق رومی اقتباس کرده است، این تقسیم در کلام مصطفی زرقاء ذکر نشده و توجیه عدم ذکر آن، این است که بر یکی از اقسام اصلا مال صادق نیست؛ چون مراد از مال باطنی و معنوی، همان حقوق است و حق هم عند الحنفیه مصداق مال نیست.

اما طبق نظری که مال را شامل حقوق هم می داند، این تقسیم جا دارد و به این برمی گردد که مال یا حق است (اعم از حقوق سابقه و مستحدثه) یا غیر حق.

برخی از کتب حقوقی برای مال باطنی به برق مثال زده اند و خرید و فروش برق را مصداق خرید و فروش مال باطنی دانسته اند، لذا گفته اند اگر گفتیم مال چیزی است که مادی و قابل دیدن باشد، بر خرید و فروش برق، احکام بیع بار نمی شود. اشکال این حرف واضح است؛ چون در بحث مال مادی و معنوی، مراد از ماده ماده در برابر انرژی نیست، بلکه مراد شیئی است که وجود تکوینی و خارجی داشته باشد و از سنخ اعیان و منافع نباشد، لذا شامل مثل برق می شود.

اثر این تقسیم این است که موضوع برخی از عناوین معاملیه خصوص عین است نه مال به معنای عام که شامل حقوق هم بشود. لذا آن عناوین معاملی بر حقوق بار نمی شوند.

چهار جهت از جهات چهارگانه بحث مال تمام شد ( مقومات و عناصر مال، حقیقی یا اعتباری یا انتزاعی بودن مال، مصادیق غامض مال، تقسیمات مال)

# امر چهارم، حق

در بحث حق هم جهاتی وجود دارد که باید بررسی شود:

جهت اول: تحلیل و تفسیر حقیقت حق در مقابل عناوینی مثل ملک و حکم. جهت دوم: آثار حق بودن شیء (قابلیت اسقاط، قابلیت نقل، قابلیت انتقال بالارث)، جهت سوم: مقتضای قاعده در موارد شک و تردید بین حق بودن و حکم بودن شیء. به مناسبت این جهت، برخی مصادیقی که محل تردید یا خلاف در حق بودن آنهاست، مطرح می شود. جهت چهارم: تقسیمات حق، که به این مناسبت، از حقوق مستحدث بحث می شود، مثل حق تألیف و حق ابتکار، همچنین حق سرقفلی.

# جهت اول بحث حق، تحلیل ماهیت حق

## بیان اقوال در ماهیت حق

امری که در بحث حقیقت حق در کلمات اعلام، مسلم فرض شده این است که حق، یک اعتباری از سنخ امور اعتباری است و حقیقت آن حقیقت امر تکوینی خارجی نیست. همان طورکه در مورد ملک بحث شد که آیا ملک از مقولات خارجیه است یا از امور واقعیه انتزاعیه یا امور اعتباریه، اما در مورد حق مسلم گرفته شده که امری اعتباری و قانونی (قانون عقلاء یا شرع) است. اما در مورد این که ماهیت حق چیست و معنی و تحلیل اعتبار حق کدام است، اقوال مختلفی در مسأله وجود دارد:

قول اول: قول معروف این است که معنای اعتبار حق، چیزی جز اعتبار سلطنت نیست. محقق نائینی قائل به این نظر شده و محقق اصفهانی این قول را به مشهور نسبت می دهد.

قول دوم: اعتبار حق، اعتبار ملک است و حق ماهیةً فرقی با ملک ندارد، لذا هرطور که ملک را تفسیر کردیم (مقوله اضافه یا جده و غیره) اعتبار حق هم ماهیتا اعتبار همان است. منتهی اختلاف به شدت و ضعف است یعنی در ملک اعيان ، ملکیت تام است اما درمورد حق، همان ملکیت است منتهی ملکیت ضعیفه. همان طور که طبق قول اول هم گفته اند حق، سلطنت ضعیفه است در برابر ملک که سلطنت قویه است. سید یزدی در حاشیه مکاسب در ذیل عبارت خود قائل به این نظر شده (اما صدر عبارت ایشان با اعتبار سلطنت سازگاری دارد)، مرحوم آقای حکیم در مستمسک ج4 بحث وضوء، قائل به همین نظر شده است.

قول سوم: حق معنای اعتباری است اما اعتبار در مورد حق، اعتبار خاصی است در مقابل اعتبار سلطنت و ملک و به این دو برنمی گردد. اما این که این مضاف الیه این اعتبار با چه عنوانی بیان شود، اختلاف در تعبیرات علماء وجود دارد. مرحوم امام در تفسیر این اعتبار خاص، بیان خاصی ندارد و ظاهرا خود اعتبار حقّیت را اعتبار مستقل می داند در مقابل ملک. اما در کلام دیگران لفظ خاصی آورده شده است. مثلا مرحوم میلانی فرموده اعتبار حق، اعتبار اهلیت است، یا مرحوم آقای تبریزی فرموده اعتبار اولویت و احقیت است. از بعض کلمات اصفهانی در بعض حقوق، استفاده می شود که اعتبار حق به معنای اعتبار مفوّض بودن امر شیئ به شخص است.

قول چهارم: حق به حسب مصادیق دارای معنای واحد نیست که مشترک معنوی باشد، بلکه در هرموردی معنای خاصی دارد به نحو اشتراک لفظی. در برخی موارد اعتبار حق، اعتبار همان معنی است مثلا در حق الولایه معنایش همان اعتبار ولایه است و چیز دیگری اعتبار نشده است. گاهی به معنای اعتبار سلطنت است مثل حق القصاص (که از آیه شریفه فقد جعلنا لولیّه سلطاناً استفاده شده است)، در برخی موارد هم اعتبار تفویض الامر الی الشخص است مثل حق الخیار. پس برای حق، معنای واحدی وجود ندارد. محقق اصفهانی قائل به این نظر شده است .

قول پنجم: اعتبار حق چیزی جز اعتبار حکم نیست، و همان طور که حقیقت حکم چیزی جز جعل و اعتبار شارع نیست، حقیقت حق هم چیزی جز اعتبار و جعل شارع نمی باشد. منتهی مجعولات شرعیه بر شش قسم هستند برخی از مجعولات وضعیه ترخیصیه، قابل اسقاط نیستند مثل جواز رجوع درهبه، و برخی از آن ها قابل اسقاط‌اند مثل حق شفعه وحق خيار . از قسم اول تعبیر به حکم و از قسم دوم تعبیر به حق می شود. مرحوم آقای خوئی قائل به این نظر شده است.

برای روشن شدن ماهیت حق وبررسی اقوال ، از قول پنجم شروع کرده وبعد به بقيه اقوال می پردازیم.

1. -المدخل الی نظرية الالتزام العامة ص130 و..... [↑](#footnote-ref-1)
2. -المعاملات المالية في الفقه الاسلامي اصالة ومعاصرة ج1ص241 [↑](#footnote-ref-2)
3. -تذکرة الفقهاء(ط-القديمة)ص381 [↑](#footnote-ref-3)
4. -رياض المسائل ج14ص23 [↑](#footnote-ref-4)
5. -مصباح الفقاهة ج3ص152 [↑](#footnote-ref-5)
6. -المعاملات المالية في الفقه الاسلامي اصالة ومعاصرة ص245-246 [↑](#footnote-ref-6)
7. -المدخل الی نظرية الالتزام العامة ص147 [↑](#footnote-ref-7)
8. -المعاملات المالية في الفقه الاسلامي اصالة ومعاصرة ج1ص246 [↑](#footnote-ref-8)
9. -مصدر سابق ص247 [↑](#footnote-ref-9)
10. -المدخل الی نظرية الالتزام العامة ص177 [↑](#footnote-ref-10)
11. - المدخل الی نظرية الالتزام العامة ص184-192 [↑](#footnote-ref-11)
12. -المدخل الی نظرية الالتزام العامة ص216 [↑](#footnote-ref-12)
13. - مصدرسابق ص223-224 [↑](#footnote-ref-13)
14. مصدرسابق ص230 [↑](#footnote-ref-14)