

تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط

اسماعیل نعمت‌اللهی*

چکیده

تقسیم حق مالی به عینی و دینی یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق خصوصی در نظام حقوق نوشته یا رومی-ژرمنی است. با توجه به این تقسیم‌بندی، مباحث راجع به حقوق مالی به دو دسته‌ی حقوق اموال و حقوق تعهدات تقسیم می‌شود که اولی ناظر به حق عینی و دومی ناظر به حق دینی یا تعهد است. از سوی دیگر، دو واژه‌ی عین و دین در فقه اسلام به‌طور بسیار گسترده‌ای در ابواب مختلف فقه به‌کار می‌روند و احکام متعدد و متفاوتی بر آن‌ها مترتب می‌شود. با توجه به وجود پاره‌ای شباهت‌ها بین این دو واژه و دو اصطلاح حقوقی حق عینی و حق دینی، برخی دانشمندان مسلمان، دو واژه‌ی عین و دین در حقوق اسلام را به ترتیب مرادف با حق عینی و حق دینی در حقوق غرب تلقی کرده‌اند. تحقیق حاضر در صدد بررسی این مسأله است که آیا حق عینی و دینی از لحاظ ماهیت و کارکرد با عین و دین در فقه برابرند یا نه؟ و در صورت عدم برابری، چه مفاهیم فقهی را می‌توان برابر آن دو برشمرد؟ به نظر نگارنده، اولاً با توجه به تفاوت‌های مهم حق عینی و دینی با عین و دین، دو واژه‌ی اخیر را نمی‌توان مرادف یا جایگزین حق عینی و دینی قرار داد. ثانیاً، هر یک از واژه‌های فقهی حق، ملک و دین از برخی جهات با حق عینی و دینی برابر یا قابل مقایسه‌اند.

کلیدواژه: عین، دین، حق عینی، حق دینی، فقه شیعه

* استادیار حقوق خصوصی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم esmail_nematollahi@yahoo.com

تاریخ وصول: ۸۹/۱۲/۲۶ - پذیرش نهایی: ۹۰/۶/۲۹

۱- مقدمه

در ابتدا باید متذکر شد که مقصود از حق عینی و حق دینی در این مقاله، مفاهیم این دو واژه در حقوق عرفی و مقصود از حق، ملک، و دین، مفاهیم فقهی این واژه‌ها است.

۱-۱- در حقوق روم، «حق مالی» به دو دسته‌ی حق عینی و حق دینی تقسیم می‌شود. حق عینی عبارت است از توانایی‌ای که قانون به یک شخص نسبت به مال معینی اعطا می‌کند؛ و حق دینی عبارت است از رابطه‌ی حقوقی بین دو شخص (متعهد و متعهدله) که بر اساس آن، متعهدله می‌تواند از متعهد، اعطای چیزی یا انجام یا ترک کاری را درخواست کند. (نظریه عمومی تعهدات/۲۵-۲۴؛ الوسیط/۸/۱۸۲). تقسیم حق به عینی و دینی در تمامی نظام‌های حقوقی پیرو حقوق روم پذیرفته شده است. (مصادر الحق فی الفقه الاسلامی/۱/۱۹). و به تعبیری ستون فقرات نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی را تشکیل می‌دهد. (همان/۵).

تقسیم حق به عینی و دینی مصون از ایراد نمانده است: از یک سو، برخی از حقوق‌دانان طرف‌دار نظریه‌ی شخصی که شخص‌گرا نامیده می‌شوند. (نک:همان/۲۷)، مفهوم حق به‌عنوان رابطه‌ی شخص و شیء را انکار کرده و تمام حقوق مالی را حق دینی دانسته‌اند؛ بالعکس، برخی دیگر که طرف‌دار نظریه‌ی مادی یا موضوعی حق‌اند و می‌توان آن‌ها را مادی یا موضوع‌گرا نامید. (همان/۳۲/پاورقی/۲۰)، با رهاسازی مفهوم حق از رابطه‌ی بین دو شخص، تمام حقوق مالی را حق عینی تلقی کرده‌اند. (نک:همان/۲۷). از سوی دیگر، جامعیت تقسیم نیز مورد اشکال قرار گرفته است: قسم سومی از حقوق مالی یعنی حقوق معنوی در این تقسیم نیامده است. (همان/۳۶). برخی نیز در کنار این دو دسته حق، از حقوق دیگری به نام حقوق فرعی نام برده‌اند. (نک:حقوق تعهدات/۱/۸۲-۸۱).

۱-۲- هر تعهدی مشتمل بر دو عنصر است: عنصر شخصی که رابطه‌ی بین متعهد و متعهدله است و عنصر مادی که حقی برای دائن و دینی در ذمه‌ی مدیون است. در مورد این که کدام یک از این دو عنصر اهمیت بیش‌تری دارد، اختلاف نظر است: حقوق‌دانان موضوع‌گرا بر عنصر مادی تعهد، و شخص‌گرایان بر عنصر شخصی آن تأکید می‌کنند. چنان‌که در بحث از ارکان حق خواهیم دید، در میان فقها نیز نوعی از شخص‌گرایی یا موضوع‌گرایی در باب حق دیده می‌شود، اما در مورد دین، فقها بر عنصر مادی تأکید می‌ورزند و این امر در تعریف دین به مال کاملاً مشهود است. بنابراین، در مورد دین می‌توان فقها را موضوع‌گرا دانست، و در بحث اوصاف و احکام دین خواهیم دید، پاره‌ای از نتایج عملی که

برای موضوع گرایبی در باب تعهد ذکر می‌شود. (نک: الوسیط/۱۱۱/۱-۱۰۹)، برای دین در فقه نیز قابل ملاحظه است.

۳-۱- برخی دانشمندان مسلمان دو واژه‌ی عین و دین را به ترتیب مرادف با حق عینی و حق دینی به کار برده‌اند. (الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید/۲-۶۱-۶۰ به نقل از: مصادر الحق فی الفقه الاسلامی/۱۹/پاورقی ۱). در مقابل، برخی دیگر معتقدند که تفکیک عین و دین با تفکیک حق عینی و حق دینی برابر نیست؛ هر حق دینی، دین نیست؛ بلکه دین یکی از اقسام حق دینی است. از سوی دیگر، عین شامل حق عینی و برخی از اقسام حق دینی یعنی تعهد به عین است. از این رو، دین اخص از حق دینی، و عین، اعم از حق عینی است. (مصادر الحق فی الفقه الاسلامی/۱/۲۰-۹). به نظر ایشان، روابط حقوقی در فقه به چهار دسته قابل تقسیم‌اند: الف) تعهد به دین، یا دین. تعهدی است که موضوع آن مبلغی وجه نقد یا اموال مثلی است، و به ذمه تعلق می‌گیرد. ب) تعهد به عین. تعهدی که موضوع آن عین معین است و مقصود از آن تملیک خود آن یا منفعت آن یا تسلیم یا حفظ آن است. ج) تعهد به عمل. د) تعهد به توثیق. به نظر ایشان، هر نوع تعهدی در فقه اسلام به تعهد به دین و تعهد به عین، یا، به تعبیر متداول، به عین و دین باز می‌گردد؛ و مبنای تفکیک بین عین و دین در فقه اسلام تعلق یا عدم تعلق به ذمه است: دین به ذمه‌ی مدیون تعلق می‌گیرد اما عین به ذمه تعلق نمی‌گیرد.

تحلیلی که از روابط حقوقی در فقه ارائه شد، از تقسیم حق عینی و حق دینی یا تعهد در حقوق غرب تأثیر پذیرفته است. در مورد این نظر باید گفت: اولاً، حقوق تعهدات در حقوق رومی-ژرمنی در درجه‌ی اول به خود حق و تکلیف توجه دارد نه به منابع آن، و لذا برای آن‌ها این تقسیم می‌تواند نقطه‌ی شروع مباحث حقوقی قرار گیرد. در حالی که فقه پیش‌تر به اسباب و منابع حق و تکلیف توجه دارد نه به خود آن‌ها؛ و حق و تکلیف به‌طور فرعی و به‌عنوان نتیجه‌ی اسباب و منابع بررسی می‌شود.

ثانیاً، تعریف روابط فقهی به تعهد چنان‌که خود ایشان در یک مورد (تعهد به تملیک عین یا منفعت) تصدیق می‌کند، نادرست است. اما نادرستی این تعریف تنها به این مورد منحصر نمی‌شود. به‌طور کلی، اثر بسیاری از عقود از لحاظ فقهی، یک حکم وضعی مانند ملکیت، ضمان، زوجیت و امثال آن است و از این حکم وضعی یک یا چند تعهد یا حکم تکلیفی برای طرفین پیدا می‌شود. اثر اصلی و اولی تنها در تعداد اندکی از عقود، تعهد است. به تعبیر دیگر، تعهد در اکثر موارد اثر عقد است نه موضوع آن. (نک: نظریه عمومی التزامات و شروط در حقوق اسلامی/۷۱-۷۰).

ثالثاً: تقسیم روابط حقوقی مالی به حق عینی یا دینی تقسیمی عاریتی است که نمی‌توان احکام و مفاهیم فقهی و حقوقی ما را به راحتی در قالب آن جای داد و توجیه کرد. این دو نوع حق، بر فرض که در حقوق رومی-ژرمنی جامع تمام روابط حقوقی باشند، نمی‌توانند تمام روابط حقوقی و اعتباری در فقه دربرگیرند. برخی از این روابط مانند مالکیت عین و منفعت عین با حق عینی متناسب‌اند، و برخی مانند ملکیت دین و پاره‌ای از مصادیق حق با حق دینی تناسب دارند. اما برخی مانند حقوقی که موضوعشان عمل حقوقی است، از جمله حق شفعه، خیار، فسخ، و شرط، نه در تقسیم عین و دین می‌گنجد و نه با حق عینی و دینی سازگاری کامل دارند.

۴-۱- بین عین و دین با حق عینی و حق دینی دو تفاوت مهم دیده می‌شود: الف) عین و دین در فقه موضوع رابطه‌ی حقوقی هستند نه خود رابطه، در حالی که حق عینی و حق دینی در حقوق رومی-ژرمنی رابطه‌ی حقوقی هستند. توضیح این که مباحث حقوقی مربوط به اعمال حقوقی با سه عنصر مهم در ارتباطند: عمل حقوقی، رابطه‌ی حقوقی و موضوع رابطه‌ی حقوقی. در حقوق رومی - ژرمنی روابط حقوقی مالی عبارتند از: حق عینی و حق دینی، که موضوع اولی، عین خارجی، و موضوع دومی، رابطه‌ای اعتباری بین دائن و مدیون است. اما از لحاظ فقهی، روابط حقوقی عبارتند از ملک و حق؛ و موضوع روابط حقوقی عبارتند از: ۱) عین خارجی که موضوع اعمالی مانند تملک (حیازت مباحات)، تملیک (بیع، قرض، و صلح)، نگهداری (عاریه)، وثیقه (رهن) قرار می‌گیرد؛ ۲) منفعت عین خارجی (اجاره و عاریه و غیره)؛ ۳) مال اعتباری مانند وجه نقد، اوراق تجاری و سهام شرکت‌ها؛ ۴) دین (ضمان و حواله)؛ ۵) عمل انسان (اجاره‌ی اشخاص)؛ ۶) امور اعتباری مانند عقد (اقاله، فسخ، شفعه)؛ و ۷) شخص انسان (نکاح و کفالت).

ب) یکی از مهم‌ترین اختلافات عین و دین در فقه با مفاهیم حق عینی و حق دینی، نقشی است که دو واژه‌ی اخیر در سازمان‌دهی به مباحث حقوقی در نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی ایفا می‌کنند و عین و دین به هیچ وجه نمی‌توانند کارکردی مشابه آن دو داشته باشند: تقسیم مباحث حقوقی خصوصی در کشورهای تابع نظام نوشته، بر پایه‌ی موضوع روابط حقوقی صورت می‌گیرد. حقوق مالی به دو بخش عمده‌ی حقوق اموال و حقوق تعهدات تقسیم می‌شود که اولی حول محور حق عینی و دومی پیرامون حق دینی یا تعهد می‌چرخد. اما تقسیم مباحث در فقه با توجه به اسباب ایجاد روابط اعتباری و حقوقی یعنی

اسباب قهری ضمان، عقود و ایقاعات صورت می‌گیرد و موضوعات این روابط از جمله عین و دین، نقشی تبعی و فرعی در این زمینه ایفا می‌کنند.

۵-۱- از لحاظ فقهی، آنچه قابلیت مقایسه با حق عینی را دارد، ملک است نه عین. همچنین، آنچه قابلیت مقایسه با حق دینی را دارد، حق است نه دین. برای بررسی بیش‌تر و اثبات این مطالب، باید خلاصه‌ای از مباحث راجع به مفهوم ملک، حق، و دین را مطرح کرد و آن‌گاه به مقایسه پرداخت. اما قبل از آن، ضروری است که به منظور تمهید قالبی برای بررسی مفاهیم فقهی مرتبط با حق عینی و دینی، و مقایسه‌ی آن‌ها با یکدیگر، مقایسه‌ای اجمالی بین حق عینی و حق دینی صورت گیرد. این دو نوع حق از سه جهت قابل مقایسه‌اند: الف) مفهوم و ماهیت. حق عینی توانایی شخص نسبت به شیء خارجی است اما حق دینی رابطه‌ای اعتباری بین دو شخص (متعهد و متعهدله) است که به‌موجب آن متعهدله می‌تواند از متعهد انجام یا ترک کاری را درخواست کند. بنابراین، حق عینی رابطه‌ی حقوقی مستقیم بین شخص و شیء است، در حالی‌که حق دینی رابطه‌ی حقوقی بین دو شخص است.

ب) ارکان. حق عینی تنها دو رکن دارد: دارنده‌ی حق و مال موضوع حق. اما برای تصور حق دینی وجود سه رکن ضروری است: طلب‌کار (دائن)، بدهکار (مدیون)، و موضوع حق (دین). (نظریه عمومی تعهدات/۲۵-۲۴).

ج) اوصاف. حق عینی در مقایسه با حق دینی از ویژگی‌هایی برخوردار است: ۱) حق عینی مطلق است یعنی در برابر همه قابل استناد است؛ در حالی‌که حق دینی حقی نسبی است و دائن تنها به مدیون می‌تواند مراجعه کند. ۲) حق عینی حاوی حق تعقیب است و صاحب حق می‌تواند موضوع حق را از دست هرکس بیابد بگیرد. ۳) حق عینی متضمن حق تقدم برای صاحب آن است و صاحب حق عینی بر دارنده‌ی حق دینی مقدم است (نک: نظریه عمومی تعهدات/۲۶-۲۵).

۲- ملک

۱-۲- مفهوم و ماهیت ملک. از لحاظ فقهی، ملک نوع ویژه‌ای از اختصاص و رابطه بین مالک و مملوک است که موجب می‌شود مالک توانایی تصرف مستقل در مملوک را داشته باشد. (عوائدالایام/۱۱۳). در فقه، این‌که ملکیت حکم وضعی است یا حکم تکلیفی، مورد اختلاف است:

۱- از کلام برخی از فقها استفاده می‌شود که ملکیت یک حکم تکلیفی یعنی اباحه و جواز هر نوع تصرف در مملوک است.^۱

۲- در مقابل، به نظر برخی، ملکیت یک امر وضعی است، که منشأ آثار تکلیفی است و موجب تسلط مالک بر مملوک می‌شود.^۲

اما برخی از فقها گفته‌اند: این که ملکیت رابطه‌ی خاصی بین مالک و مملوک است، مورد اتفاق همگان است. (تنقیح الأصول/۲۵۰). و اختلاف بر سر این است که این رابطه از حکم تکلیفی انتزاع یافته است یا نه: به نظر شیخ انصاری، ملکیت منتزَع از تکلیف است؛ اما برخی معتقدند که به‌طور مستقل جعل شده است. (همان/۲۵۱). این اختلاف را می‌توان یکی از مصادیق اختلاف نظر در تأصل احکام وضعی و تکلیفی دانست. به نظر شیخ انصاری، از این دو حکم، اصالت با احکام تکلیفی است، و احکام وضعی فاقد اصالت، و منتزَع از احکام تکلیفی‌اند. (کتاب المکاسب/۱۸/۵). در مورد ملکیت، آنچه اصالت دارد، اباحه و جواز تصرف مالک در مملوک است و از این حکم تکلیفی، حکم وضعی ملکیت انتزاع می‌شود. اما به نظر برخی دیگر، احکام وضعی در کنار احکام تکلیفی دارای اصالتند. (از جمله، نک: اصفهانی، حاشیه المکاسب/۱۳۳/۲).

۲-۲- ارکان ملک. از لحاظ فقهی، متعلق ملک ممکن است یکی از این چهار مورد باشد: عین خارجی، منفعت اعیان خارجی، کلی فی الذمه، کار انسان، که در فقه به آن هم منفعت اطلاق می‌شود و از طریق عقود مانند اجاره به ملکیت شخص دیگری درمی‌آید. در دو مورد نخست پای شخصی غیر از مالک در میان نیست، و ملک رابطه‌ی شخص با شیء است. این دو مورد از لحاظ حقوقی مصداق حق عینی به‌شمار می‌آیند. اما در دو مورد اخیر شخصی غیر از مالک وجود دارد که دین یا انجام عمل از او مطالبه می‌شود. از لحاظ حقوقی دو مورد اخیر از مصادیق حق دینی‌اند. اما از لحاظ فقهی چنان که در بحث حق خواهد آمد، از مصادیق ملک به‌شمار می‌آیند.

۱- کتاب المکاسب/۱۸/۵؛ کتاب الزکاة/۶۰ در مورد انتساب این نظر به شیخ انصاری، نک: اصفهانی، حاشیه المکاسب/۲۸/۴؛ منیه الطالب/۱۵۵/۱؛ سواء قلنا بأن الملكية ونحوها من الأحكام الوضعية - كاللزم في المقام - منتزعه عن الحكم التکلیفی كما هو مختار المصنف.

۲- عوائد الايام/۱۱۴؛ والحاصل أن الملكية من الأحكام الوضعية التي لا يحكم بها إلا بعد ثبوت الوضع بدليل معتبر؛ القواعد و الفوائد/۱۳۴/۲؛ و علی هذا: الملك من الأحكام الخمسة، أعنى الإباحة.

۳-۲- اوصاف و احکام ملک. از لحاظ حقوقی، مالکیت حقی مطلق، انحصاری، و دائمی است که شخص نسبت به مالی دارد و به او اجازه‌ی می‌دهد از تمامی منافع اقتصادی آن بهره‌مند شود. (حقوق مدنی/۱/۴۹). به نظر مؤلفان رومی، حق مالکیت به سه حق استعمال، استثمار و اخراج از ملک منحل می‌شود. (نک: همان/۵۰). این خصائص، برای ملکیت عین در فقه نیز صادق است. ملک به هر معنا که باشد، موجب سلطه‌ی مالک بر هر گونه تصرف در مملوک است، اعم از تصرفات مادی مانند خوردن، نوشیدن، پوشیدن، سوار شدن، سکونت و تصرفات اعتباری مانند انتقال، اعراض و غیره (نک: القواعد الفقهیه/۵/۲۲۲-۲۲۱).

۳- حق

۳-۱- مفهوم حق. در کتب فقهی، تعاریف متفاوتی در مورد واژه‌ی «حق» ذکر شده

است:

۱-۱-۳- ملک. به نظر برخی از فقها، حق مرتبه‌ی ضعیفی از ملک، و بلکه از لحاظ لغوی نوعی از ملک است، هرچند در اصطلاح در مقابل ملک به کار می‌رود. لذا همان‌طور که در ملک، شخص مالک عین یا منفعت است، صاحب حق، نیز مالکِ مورد حق است. حق، نوعی سلطه بر شخص یا شیء (مادی یا غیرمادی مانند عقد) است. (یزدی، حاشیه مکاسب/۱/۵۵۷ و ۵۵۸؛ بلغه الفقیه/۱۳-۱۲ و ۳۳-۳۵؛ غایه الآمال/۸-۱۳-۱۲). به تعبیری کامل‌تر، ملکیت عین و ملکیت منفعت، و حق هر سه به معنای رابطه‌ای بین مالک یا دارنده‌ی حق با عین است با این تفاوت که حق رابطه‌ای است ضعیف و ملکیت عین رابطه‌ای قوی است و رابطه‌ی مالک با منفعت رابطه‌ای بینابین است. (منیه الطالب/۱/۱۰۶-۱۰۵).

مطلبی که در این‌جا باقی می‌ماند این است که اگر حق به معنای ملک باشد،

تفاوتشان در چیست؟ در این مورد دو نظر قابل ذکر است:

الف- تفاوت در شدت و ضعف. برخی از طرفداران وحدت مفهومی حق و ملک، اختلاف آن دو را در شدت و ضعف دانسته‌اند. (یزدی، حاشیه مکاسب/۱/۵۵۷ و ۵۵۸؛ منیه الطالب/۱/۱۰۶-۱۰۵). حق و ملک رابطه‌ای بین شخص و شیء‌اند که به موجب آن مالک و دارنده‌ی حق می‌توانند در ملک و متعلق حق تصرف کنند. رابطه‌ی مذکور اگر هم خودش و هم متعلقش تام باشد و دارنده‌ی آن توانایی هرگونه تصرفی را داشته باشد، ملک نامیده

می‌شود اما اگر خودش یا موضوعش ضعیف باشد، حق نامیده می‌شود. ضعف خود رابطه مانند حق راهن نسبت به عین مرهونه، که حق وی منحصر به فروش عین مرهونه با برخی شرایط است؛ و ضعف متعلق مانند حق خیار که متعلق آن یعنی عقد تنها قابلیت فسخ و اجازة را دارد. پس ضعیف بودن سلطنت به این معناست که برخلاف ملک که مالک از تمام جهات بر مملوک سلطه دارد، صاحب حق تنها از برخی جهات بر موضوع حق سلطه دارد. مثلاً صاحب حق خیار تنها می‌تواند عقد را فسخ کند اما نمی‌تواند عین موضوع خیار را تلف کند. (منیه الطالب/۱/۱۰۶؛ کتاب المکاسب و البیع/۱/۹۲-۹۱).

ب- تفاوت در متعلق. به نظر برخی، تفاوت حق و ملک تنها در متعلق است نه در مفهوم. مملوک در اضافه‌ی ملکی یکی از این چهار قسم است: عین خارجی، منافع اعیان خارجی، عمل انسان، و کلی در ذمه. اما متعلق حق صرفاً یکی از این دو قسم است: عین مانند حق راهن نسبت به عین مرهونه، و غیر عین مانند حق خیار و حق شفعه. به نظر ایشان همه‌ی این اضافات از لحاظ قوت و ضعف یکسان هستند و تفاوتی بین آن‌ها نیست؛ هرچند اصطلاحاً به برخی از آن‌ها «حق» و به برخی «ملک» گفته می‌شود. (نهج الفقاهه/۱۰-۱۰۶؛ همچنین، نک: مستمسک العروه الوثقی/۴/۵۲-۴۶؛ و ۵۵۴/۱۴).

در مورد این نظر یعنی برابری حق و ملک باید گفت: حق در همه‌ی موارد یا لااقل در مواردی مانند حق اختصاص و حق اولویت در زمین تحجیر شده، به معنای ملک نیست، زیرا به‌عنوان نمونه، ملکیت شراب یا ملکیت زمین قبل از احیا معنا ندارد. (اصفهان‌ی، حاشیه المکاسب/۱/۲۰-۱۹). بنابراین، ملک و حق را نمی‌توان به یک معنا دانست. مگر آن‌که از ملک معنایی غیر از «داشتن» اراده شود؛ همان‌طور که برخی از طرف‌داران نظریه‌ی فوق، تعریف ملک به رابطه‌ی بین مالک و مملوک را رد کرده و آن را به معنای سلطنت دانسته‌اند. (یزدی، حاشیه مکاسب/۱/۵۸). در این صورت، صحت این نظر را باید بعد از بررسی مفهوم ملک تعیین کرد.

۲-۱-۳- سلطنت. حق نوعی توانایی (سلطنت) که قانون‌گذار جعل کرده است. (یزدی، حاشیه مکاسب/۱/۵۷-۵۵؛ بلغه الفقیه/۱/۱۴-۱۳)، و بر اساس تعریفی کامل‌تر: سلطنتی اعتباری از طرف عقلا یا قانون‌گذار است که در عالم اعتبار [برای کسی] بر چیزی یا شخصی جعل شده است. (القواعد الفقهیه/۱/۱۵۲).

در رد این نظر می‌توان گفت: حق به معنای سلطنت نیست بلکه حق، همانند ملک، اعتبار خاصی است که اثر آن سلطنت است. (خراسانی، حاشیه مکاسب/۴؛ منیه الطالب / ۱ / ۱۰۷).

۳-۱-۳- اولویت. حق به معنای اولویت داشتن دارنده‌ی آن نسبت به دیگران در مورد چیزی مانند تملک (در حق شفعه) و احیا (در حق تحجیر) است. اما ملک، رابطه‌ای بین مالک و مملوک است و مملوک اگر شیء معین خارجی باشد، معنای ملک، توانایی هرگونه تصرف در آن است، و اگر کلی در ذمه‌ی غیر باشد، معنای ملک، توانایی تحصیل مال از مدیون است. (اراکی، کتاب البیع/۱/۲۰-۱۹).

این نظر قابل نقد است: حق به معنای اولویت نیست و استفاده‌ی معنای اولویت در مواردی مانند حق شفعه یا احیا به سبب خصوصیت مورد است. وگرنه، در بسیاری از موارد نه تنها اولویتی در کار نیست بلکه ممکن است پای شخص دیگری در میان نباشد یا اعمال حق توسط دیگران یا مزاحمت دیگران در اعمال حق قابل تصور نباشد.

۳-۱-۴- حق، همانند ملک، سلطنت، ولایت، حکومت و امثال آن، ماهیتی اعتباری است که توسط عقلا یا شارع وضع شده است و از احکام وضعی به‌شمار می‌آید؛ اما با ملک و سلطنت متفاوت است: در برخی موارد، حق وجود دارد اما ملک وجود ندارد مانند حق تحجیر، و در برخی موارد حق هست اما سلطنت نیست، مانند جایی که حق تحجیر یا سوگند دادن یا قذف و امثال آن به مجنون یا صغیر غیرممیز منتقل شود، که در این صورت مجنون و صغیر صاحب حق‌اند اما سلطنت برای ولیّ قانونی آن‌ها است. از سوی دیگر، در برخی موارد سلطنت هست اما حق و ملک نیست مانند سلطنت مردم بر جان خود، که سلطنتی عقلائی است و اگر منع قانونی یا شرعی نباشد می‌توانند در جان خود هر تصرفی انجام دهند. بنابراین، حق نه ملک و سلطنت است و نه مرتبه‌ای از آن‌ها؛ یعنی نه عین آن‌ها است و نه اخص از آن‌ها. در غیر این صورت امکان نداشت که حق وجود داشته باشد اما ملک و سلطنت وجود نداشته باشد.

وجود تفاوت بین حق و ملک با دو نکته تأیید می‌شود: اول: ملک در تمام موارد، رابطه‌ی بین شخص و شیء یعنی مالک و مملوک است؛ در حالی که حق در اغلب موارد به عنوان رابطه‌ای بین دو شخص یعنی صاحب حق و کسی که حق علیه او است محسوب می‌شود مثلاً حق سوگند دادن، حقی است برای مدعی، علیه منکر که مورد آن سوگند دادن منکر است. دوم: در برخی از موارد حق، «ادا و پرداخت» لازم است؛ زیرا حق در برخی موارد بر عهده‌ی غیر است و لذا، همانند دین، پرداخت در مورد آن صدق می‌کند؛ اما ملک در

عهده‌ی دیگری قرار ندارد و لذا در مورد آن ادا و تأدیه صحیح نیست. در مورد سلطنت هم وضع به همین منوال است و در مورد آن ادا و تأدیه صدق نمی‌کند. لذا نمی‌شود گفت: «فلان شخص سلطنت یا سلطان خود را ادا کرد»؛ در حالی که می‌توان گفت: «فلان کس حق خود را ادا کرد.» (موسوی خمینی، کتاب البیع/۱/۴۴-۳۹).

به نظر می‌رسد معنای حق بر حسب متعلق و کاربرد آن متفاوت است:

۱- توانایی؛ یعنی توانایی‌ای که شرع یا عرف برای اشخاص نسبت به انجام یا ترک کاری به رسمیت شناخته است. متعلق حق در این معنا یک عمل مادی یا حقوقی است مانند حق طلاق یا حق فسخ که به معنای حق طلاق دادن یا حق فسخ کردن است.

۲- رابطه‌ای که شرع یا عرف بین شخص با چیزی جعل می‌کند مانند حق راهن نسبت به عین مرهونه. برخلاف معنای اول، واژه‌ی حق در این کاربرد اولاً به معنای «توانستن» نیست و ثانیاً حق به معنای اول، موضوع حق به معنای اول واقع می‌شود، یعنی از حق به معنای دوم، یک یا چند حق به معنای اول ناشی می‌شود. به عنوان مثال، از حق رهن، حق یعنی توانایی فروش عین مرهونه ناشی می‌شود.

مهم‌ترین تفاوت این دو معنا در این است که حق به معنای اول (توانایی)، یک حکم تکلیفی است و حق به معنای دوم، یک حکم وضعی. علاوه بر این، دو نکته‌ی زیر نیز در مقایسه‌ی این دو نوع حق قابل ذکر است: (۱) حق در معنای اول صرفاً به اشخاص دارای اراده اعطا می‌شود؛ اما در معنای دوم به شخصیت افراد صرف نظر از داشتن یا نداشتن اراده تعلق می‌گیرد. به تعبیر دیگر، حق در معنای اول به اهلیت استیفا بستگی دارد؛ اما در معنای دوم به اهلیت تمتع وی. (۲) حق به معنای اول ممکن است ناشی از ملک یا ناشی از حق به معنای دوم یا ناشی از اموری دیگر مانند حکم شارع باشد.

در این‌جا مناسب است متذکر شویم که واژه‌ی حق در اصطلاح حقوقی حق عینی و حق دینی ماهیت یکسانی ندارد. حق در حق عینی، به معنای امتیاز است نه توانایی؛ و توانایی انجام تصرفات مادی یا حقوقی نتیجه‌ی این امتیاز است. اما حق در حق دینی، به معنای توانایی است یعنی توانایی مطالبه‌ی موضوع حق از مدیون. بنابراین، حق در اولی، یک امر وضعی و در دومی، یک امر تکلیفی است.

۲-۳- متعلق حق

از لحاظ فقهی، متعلق حق ممکن است شخص باشد مانند حق قصاص یا عین باشد مانند حق تحجیر و حق رهن و حق طلب‌کاران نسبت به ترکه‌ی میت، یا غیر عین مانند حق

تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط _____ ۱۱۹
خيار که متعلق آن عقد است. (یزدی، حاشیه مکاسب ۵۵/۱. همچنين، نک: نهج الفقاهه ۱۰/۱-۶).

به نظر می‌رسد در مورد متعلق حق باید بین حق به معنای تکلیفی با حق به معنای وضعی قائل شد: (۱) متعلق حق به معنای اول، همواره یک فعل مادی مانند حق مالک در اتلاف یا انتفاع، یا فعل حقوقی مانند انتقال و اعراض (در مورد حقوق ناشی از مالکیت)؛ فسخ، ابراء، اقاله، و تبدیل (در مورد حقوق راجع به قراردادها و تعهدات)؛ و ازدواج، طلاق و غیره (در مورد حقوق راجع به شخصیت). اما متعلق حق به معنای دوم، یک شیء مادی یا اعتباری مانند عین و منفعت است. برخی از فقها که گفته‌اند: متعلق حق، ممکن است عین باشد مانند حق شفعه و حق رهن، یا فعل یا ترک فعل مانند حق بازخرید مبیع از مشتری یا حق فسخ نکردن و اجاره ندادن به غیر. (اصفهانی، کتاب الاجاره/۱۱۵-۱۱۰). این سخن را می‌توان ناظر به دو نوع حق مذکور دانست.

(۲) متعلق حق در معنای اول هنوز در خارج تحقق نیافته بلکه صاحب حق «می‌تواند» آن را ایجاد کند؛ اما متعلق حق در معنای دوم در خارج وجود دارد.

۳-۳-۳ ارکان حق

در مورد این که حق، رابطه‌ی بین دو شخص است یا بین شخص و شیء، سه نظر دیده می‌شود.

۳-۳-۱- حق رابطه‌ی بین دو شخص است. از سخن برخی از فقها استفاده می‌شود که حق رابطه‌ی شخص با شخص، و ملک رابطه‌ی شخص با شیء است. این نظر را می‌توان نوعی شخص‌گرایی در باب حق دانست. به نظر شیخ انصاری (ره)، حق سلطنت فعلی است و قیام طرفین آن به یک شخص معقول نیست اما ملک رابطه‌ی بین مالک و مملوک است و احتیاج به «مَنْ يملك عليه» [شخص دیگری که ملکیت علیه او اعمال شود] ندارد. (کتاب المکاسب/۹/۳). سخن مذکور در بحث راجع به جواز یا عدم جواز قرار دادن حق به عنوان ثمن مطرح شده است. به نظر ایشان، حقوق قابل نقل را نمی‌توان به من علیه الحق (طرف متضرر از حق) انتقال داد. زیرا حق نوعی سلطنت است و معقول نیست که انسان به همان طریقی که دیگری بر او سلطه دارد، بر خود مسلط شود. برخی از فقهای بعد از شیخ انصاری نیز نظر ایشان را تأیید کرده‌اند؛ از جمله:

۱- یکی از فقها بعد از جمله‌ی «قیام طرفین آن به یک شخص معقول نیست» در عبارت فوق افزوده‌اند: «بلکه برای تحقق معنای حق، لحاظ شخصی دیگر و طرفیت وی ضروری است». همچنین، در مورد وجود دو طرف در حق تحجیر گفته‌اند: در این حق نیز تحجیرکننده نسبت به دیگری سلطه دارد زیرا می‌تواند او را از تصرف در زمین مورد تحجیر منع کند. (نخبه الأزهار/۲۳۰).

۲- یکی از فقهای دیگر نیز بعد از جمله‌ی مذکور نوشته است: به‌عنوان مثال، حق شفعه رابطه‌ی بین شفیع و مشتری است و این رابطه عبارت است از این که شفیع نسبت به مشتری در مورد مبیع اولویت دارد و لذا حق دارد مزاحم او شود. حق تحجیر به این معناست که تحجیرکننده نسبت به دیگری در احیای زمین اولویت دارد و حق دارد مزاحم او شود. خلاصه آن که طرفین حق، دو شخص است که یکی از آن دو نسبت به دیگری [در مورد چیزی] اولویت دارد، لذا قیام طرفین آن به یک شخص معقول نیست، چون معقول نیست که شخص نسبت به خودش اولویت داشته باشد. اما ملک، رابطه‌ای بین مالک و مملوک است و مملوک اگر شیء معین خارجی باشد، معنای ملک، توانایی هرگونه تصرف در آن است و اگر کلی در ذمه‌ی غیر باشد، معنای ملک توانایی تحصیل مال از مدیون است، و به هر حال، طرفین ملک، مالک و مال است و حتی در ملکیت مال کلی نیز طرفین ملک، مالک و مال است نه دو شخص، و نیازی به شخص دیگری به عنوان «مملوک‌علیه» نیست. (اراکي، کتاب البیع/۲۰/۱-۱۹).

۳- برخی از فقها تصریح کرده‌اند که ملک، رابطه‌ی بین شخص و شیء است اما حق رابطه‌ی بین دو شخص است.^۱

۲-۳-۳- حق رابطه‌ی بین شخص و شیء است. این نظر را می‌توان موضوع‌گرایی در باب حق دانست. به عقیده‌ی برخی، در مواردی مانند حق خیار و حق شفعه که حق به معنای سلطنت است، مسلط‌علیه به دو معنا است: طرف سلطنت، و شخصی که سلطنت به ضرر او است. مثلاً در حق خیار، انحلال عقد، مسلط‌علیه به معنای اول، و طرف معامله، مسلط‌علیه به معنای دوم است. در تمام حقوقی که در آن‌ها شخصی به عنوان من‌علیه‌الحق وجود دارد وی طرف سلطنت نیست اما سلطنت به ضرر اوست. (یزدی، حاشیه مکاسب/۵۸/۱-۵۷؛ منهج الفقاهه/۲۱/۳). در نتیجه، اگرچه حقوقی که در آن‌ها پای دو

۱- بلغه الطالب/۳۰-۲۸: و بالجمله ... أن الإضافة فی باب الحق تكون بین الشخصین بخلاف الملک فإن الإضافة فیہ بین المملوک والمملوک بلا لحاظ و اعتبار الشخص.

شخص در میان است در واقع سه رکن دارند: دارنده‌ی حق، من علیه الحق (متضرر از حق) و مورد حق؛ اما حق، رابطه‌ی بین دارنده‌ی حق و مورد حق است نه بین دارنده‌ی حق و من علیه الحق؛ یعنی رابطه بین شخص و شیء است نه بین دو شخص.

بنابراین نظر، حق نیز همانند ملک، در همه‌ی موارد رابطه‌ی شخص و شیء است.
 ۳-۳-۳- تفصیل بین موارد حق. به نظر برخی از فقها، حق در همه‌ی موارد، رابطه‌ی بین دو شخص نیست. سخن این دسته از فقها، ناظر به نقد نظریه‌ی شیخ انصاری است:
 ۱- برخی از فقها گفته‌اند که سخن شیخ انصاری در مورد این که حق رابطه‌ی بین دو شخص است تنها ناظر به برخی از حقوق مانند حق خیار و حق شفعه است نه مطلق حقوق؛ زیرا حقوقی مانند حق تحجیر و امثال آن قائم به دو شخص نیست. ایشان استدلال کرده‌اند که در نسخه‌های صحیح کتاب مکاسب عبارت «ان مثل هذا الحق سلطنه فعلیه» آمده است و ضمیر «هذا» تنها به حق خیار و شفعه که در کلام پیشین ایشان آمده است اشاره دارد. (اصفهانی، حاشیه‌ی مکاسب/۵۴/۱).

۲- مقصود شیخ انصاری از این سخن که «قیام طرفین حق به یک شخص معقول نیست» این است که دو طرف حق یعنی دارنده‌ی حق و من علیه الحق (متضرر از حق) نمی‌تواند یک شخص باشد و مقصودشان این نیست که حق همواره قائم به دو شخص است. در غیر این صورت، سخن ایشان با مواردی مثل حق تحجیر که در آن فقط یک طرف یعنی دارنده‌ی حق وجود دارد نقض می‌شود. (منیه الطالب/۱۰۹/۱). با این حال، خود ایشان حقوقی مانند حق رهن، حق شفعه، و حق خیار را دارای دو طرف دانسته است. (همان/۱۰۸/۱).
 ۳- به نظر برخی از فقها حق به معنای سلطنت نیست بلکه سلطنت از آثار حق است و لذا در مورد حق، وجود شخصی به عنوان مسلط‌علیه لازم نیست. (خراسانی، حاشیه‌ی مکاسب/۴/).

۴- به نظر امام خمینی (ره)، ملکیت رابطه‌ی بین شخص و شیء است نه رابطه‌ی بین دو شخص، اما حق، لااقل در بسیاری موارد، رابطه‌ی بین دو شخص است. به نظر ایشان حتی مالکیت ما فی الذمه نیز رابطه‌ی شخص و شیء است، «زیرا در این حالت هم ذمه‌ی مدیون مانند محفظه‌ای برای مال است و دخالتی در اعتبار ملکیت ندارد. به تعبیر دیگر، حال ذمه مانند حال عالم خارج نسبت به اعیان خارجی مملوک است و همان‌طور که عالم خارج دخالتی در اعتبار ملکیت ندارد، ذمه نیز چنین است». در مالکیت ما فی الذمه، لزوم وجود شخصی غیر از دائن که مال در ذمه‌ی او قرار دارد، نشان‌گر آن نیست که مالکیت ما فی الذمه، رابطه‌ی بین دو شخص است. زیرا لزوم وجود مدیون به اعتبار ملک نیست بلکه به

اعتبار دین است. دین از یک طرف به دائن و از طرف دیگر به مدیون رابطه دارد. اما در ملک، وجود شخص دیگری غیر از مالک ضرورت ندارد. (موسوی خمینی، کتاب البیع/۱-۴۶-۳۸).

از این مطالب استفاده می‌شود که به نظر ایشان، رابطه‌ی حقی در اغلب موارد دو معیار دارد: وجود دو شخص به عنوان طرفین رابطه و صدق اداء و تأدیه‌ی مورد حق توسط من علیه الحق (متضرر از حق). این دو معیار در هیچ‌یک از موارد ملکیت وجود ندارد و وجود آن دو، در ملکیت دین و عمل به دلیل وجود دین در ذمه‌ی مدیون و «حق مطالبه‌ی دین» از اوست نه به دلیل مفهوم ملکیت. به تعبیر دیگر، ملکیت اعم از ملکیت عین و دین، یک امر وضعی و رابطه‌ای بین مالک و مملوک است. این حکم وضعی منشأ یک یا چند حکم تکلیفی است که از جمله، حق مطالبه‌ی آن از کسی است که ملک در دست اوست. پس همان‌طور که مالک عین می‌تواند ملک خود را از دست هرکسی که ملک دست اوست مطالبه کند، دائن نیز می‌تواند دین را از مدیون مطالبه کند. حق مطالبه‌ی دائن و تکلیف مدیون به پرداخت دین، از آثار حکم وضعی مذکور است. از بین سه نظر فوق، نظریه‌ی تفصیل بین موارد حق را می‌توان به شرح زیر تقویت کرد:

۱- در مواردی مانند حق تحجیر که شخص خاصی غیر از دارنده‌ی حق وجود ندارد، طرفین رابطه‌ی حق عبارتند از: شخص و شیء.

۲- در مواردی که شخصی غیر از دارنده‌ی حق وجود دارد، ممکن است رابطه، بین شخص و شیء باشد یا بین دو شخص: اگر موضوع حق یک عمل حقوقی باشد، رابطه، بین دارنده و عمل حقوقی مذکور است چون اعمال حق صرفاً به دست دارنده است، هرچند اعمال حق در حقوق و تکالیف طرف دیگر مؤثر خواهد بود. در مواردی که موضوع حق، انجام عمل مادی توسط طرف دیگر است، رابطه، بین دو شخص است چون انجام عمل را باید از وی مطالبه کرد. برای نمونه‌ی این نوع حق می‌توان حق جاعل در مطالبه‌ی عمل از عامل یا حق مستأجر بر اجیر خاص را نام برد. البته مثال دوم بنا بر نظر برخی از فقهاست که عمل اجیر خاص را از زمره‌ی حقوق دانسته‌اند. (مستمسک العروه الوثقی/۴-۴۹-۴۸).

۴- دین

دین از لحاظ فقهی از موضوعات ملک است اما به جهت اهمیت آن و خصوصاً به منظور مقایسه با مفاهیم دیگر، باید به‌طور مستقل بررسی شود.

۴-۱- مفهوم. از لحاظ فقهی، دین مالی کلی است که به سببی از اسباب برای شخصی در ذمه‌ی دیگری ثابت است. سبب دین ممکن است قرض یا امر اختیاری دیگری باشد مانند آن که مال کلی به عنوان مبیع در بیع سلم یا ثمن در بیع نسبه یا اجرت در اجاره یا مهر در نکاح یا عوض در خلع قرار داده شود، یا امری غیراختیاری باشد مانند موارد ضمان یا نفقه زوجه دائم (تحریر الوسیله/۱/۶۴۷).

۴-۲- موضوع. دین از لحاظ موضوع به دو قسم مهم تقسیم می‌شود: دینی که موضوع آن مال (اعم از وجه نقد یا کالا) است و دینی که موضوع آن عملی در ذمه‌ی دیگری است.

۴-۳- اوصاف و احکام. چنان‌که در مقدمه اشاره شد، فقها در باب دین به موضوع‌گرایی قائلند و این امر علاوه بر تعریف دین، در برخی از اوصاف و احکام دین در فقه نیز مشهود است:

۱- دین از قبیل احکام وضعی است نه احکام تکلیفی. به همین دلیل، انتقال آن از ذمه مدیون به دیگری امکان‌پذیر است؛ در حالی که انتقال تکالیف از شخصی به شخص دیگر جز به نظر اندکی از فقها (نک: مجمع الفائده و البرهان/۹/۲۹۷) ممکن نیست.

۲- در مورد مال معین خارجی، انفکاک مالیت و ملکیت امکان‌پذیر است: ممکن است شی‌ای مال باشد ولی ملک نباشد و بالعکس، چیز ملک باشد اما مال نباشد. اما مالیت و ملکیت دین، قابل انفکاک نیست به این معنا که دین تنها با تعلق به شخصی خاص (مدیون) و قرار گرفتن در ذمه‌ی وی مالیت می‌یابد و تا زمانی که به شخصی اضافه نشود، ملکیت و نیز مالیت نمی‌یابد. (یزدی، حاشیه مکاسب/۱/۵۷).

۳- برخلاف مال معین که در عالم خارج از تعین و تشخص برخوردار است، دین، مال کلی و غیرمتشخص است. مصداق خارجی دین تا زمانی که توسط مدیون معین نگردد تشخص نمی‌یابد، و به ملکیت دائن در نمی‌آید. (العروه الوثقی/۶/۴۲۴). به تعبیر دیگر، دائن بر هیچ‌یک از اموال مدیون سلطه‌ی مستقیم و مالکیت ندارد. از این رو، برخلاف عین معین که تأخیر در تحویل آن پس از مطالبه‌ی مالک و نگه‌داری آن، تصرف در مال غیر محسوب می‌شود، باقی نگه‌داشتن دین و پرداخت نکردن آن، تصرف در مال غیر محسوب نمی‌شود. (تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله/۲/۱۰۳-۱۰۲).

۴- دین در نزد عقلا مال است و لذا مانند اعیان خارجی خرید و فروش می‌شود. (تحریر المجله/۲/قسم ۱/۲۰۳)، می‌تواند به‌طور معوض یا بلاعوض تملیک شود (بیع دین و هبه دین به مدیون)، یا از ذمه‌ای به ذمه‌ی دیگر انتقال یابد (ضمان و حواله). البته در این جا

تذکر دو نکته ضروری است: اولاً: صاحب ذمه نسبت به ما فی الذمه خود، ملکیت اعتباری و حقوقی ندارد هرچند می‌تواند آن را به دیگری تملیک کند.^۱ ثانیاً: کلی در ذمه قبل از آن که موضوع عقد واقع شود مال محسوب نمی‌شود و لذا نسبت به کسی که گندمی ندارد نمی‌توان گفت مالک صد من گندم است؛ اما صاحب ذمه می‌تواند آن را تملیک کند و بعد از وقوع عقد بیع بر آن، مشتری مالک آن کلی در ذمه می‌فروشنده می‌شود. (یزدی، حاشیه مکاسب/۱/۵۴).

جواز بیع دین یکی از شواهد بارز موضوع‌گرایی در باب دین است و این نکته را می‌توان با سخن برخی از فقها تقویت کرد که در بحث بیع دین گفته‌اند: دین را می‌توان از لحاظ تعلق آن به ذمه‌ی مدیون در نظر گرفت که از این لحاظ قابل بیع و انتقال به غیر مدیون نیست؛ اما ممکن است آن را به‌عنوان کلی و بدون توجه قرار داشتن آن در ذمه‌ی مدیون ملاحظه کرد که از این جنبه قابل انتقال به غیر مدیون هم هست. (بلغه الفقیه/۲/۹۱).

۴-۴-۴ ارکان. در هر دینی سه رکن وجود دارد: موضوع و طرفین (دائن و مدیون). اما بحث بر سر این است که آیا دین رابطه‌ی بین دو شخص است یا رابطه‌ی بین شخص (دائن) و شیء (دین). در فقه، دین نیز همانند عین، موضوع ملک واقع می‌شود و رابطه‌ای بین شخص و شیء تلقی می‌شود. این نکته را در مورد دینی که موضوع آن مال یا عمل است جداگانه بررسی می‌کنیم:

الف- دینی که موضوع آن مال کلی است. از لحاظ فقهی، دین، مال کلی متعلق به دائن است که در ذمه‌ی مدیون قرار دارد و ذمه‌ی مدیون، محلی برای نگهداری و استقرار دین است. بنابراین، بین دائن و موضوع دین رابطه‌س ملکیت برقرار است و بر این رابطه، آثار ملکیت مترتب می‌شود از جمله این که دائن می‌تواند دین را بفروشد یا هبه کند.

کلی بودن دین و قرار داشتن آن در ذمه‌ی مدیون اقتضا می‌کند که دین از مدیون مطالبه شود؛ اما لزوم مطالبه به این دلیل است که دائن بر هیچ‌یک از اموال مدیون سلطه‌ی مستقیم ندارد. بنابراین، حق مطالبه‌ی دائن حق تکلیفی صرف نیست بلکه مسبوق به یک امر وضعی یعنی ملکیت دائن نسبت به دین است. همچنین، برخلاف مواردی مانند انفاق به خویشان و ادای نذر، تکلیف ادای دین توسط مدیون تکلیف صرف نیست بلکه ناشی از حق دائن بر موضوع دین است.

۱- خوئی، کتاب الاجاره/۱/۳۳۶: ... حیث إنها [اشیاء در ذمه] وإن لم تكن مملوكة بالملکيه الاعتباریه، إذ لا يكون الانسان مالکا لما فی ذمته... إلا أنها مورد للسلطنه المطلقه، إذ له... أن یبیعه [الغیر] شیئا فی الذمه فله سلطنه التملیک.

به نظر برخی از فقها در مورد کلی در ذمه وجود شخصی غیر از مالک لازم است چون کلی بدون شخص به عنوان «من یملک علیه»، نه ملک است و نه مال. (یزدی، حاشیه مکاسب/۱/۵۸). اما با توجه به آنچه گفته شد، لزوم وجود شخصی به عنوان مدیون برای تحقق مالکیت است نه برای تحقق دین.

ب- دینی که موضوع آن عمل کلی است. از لحاظ فقهی، دین حتی در مواردی که موضوع آن عمل کلی است، موضوع ملکیت به شمار می آید نه موضوع حق. در توضیح مطلب باید یادآور شد که عمل انسان ممکن است به دو صورت کلی یا معین مورد عقد اجاره واقع شود. در هر دو صورت، عمل اجیر به ملکیت مستأجر درمی آید با این تفاوت که ملکیت مستأجر بر عمل اجیر کلی مانند ملکیت مال کلی و ملکیت وی بر عمل اجیر معین مانند ملکیت مال معین خارجی است. (تحریرالمجله/۱/قسم ۲/۱۳۳-۱۳۱). بنابراین، در این جا نیز رابطه دینی بین دائن و دین (عمل) است؛ هرچند به دلیل وابستگی عمل به مدیون، انجام عمل از وی مطالبه می شود. در این جا نیز حق دائن در مطالبه ای انجام عمل، مسبوق به ملکیت وی بر عمل مدیون است.

بر ملکیت مستأجر نسبت به عمل اجیر، آثار ملکیت و مالیت مترتب می شود. بنابراین، عمل اجیر دارای ارزش مالی است و می تواند مورد معاملاتی که موضوع آن ها مال است قرار گیرد. مثلاً می تواند ثمن مبیع یا عوض خلع یا مهر در نکاح واقع شود (جواهرالکلام/۲۶/۱۶۹). و در صورتی که مباشرت عامل در آن شرط نشده باشد، می تواند مورد ضمان (العروه الوثقی/۵/۳۹۴)، و حواله (العروه الوثقی/۵/۴۵۷؛ الحکیم/۱۳/۳۹۳-۳۹۲)، قرار گیرد. البته برخی از اعمال حقوقی با نوع خاص از ملکیت و مالیت سازگار است، به عنوان نمونه، هرچند مبیع باید عین باشد و عمل نمی تواند مبیع قرار گیرد و ثمن قرار گرفتن آن هم مورد تردید است. (کتاب مکاسب/۳/۸). اما به نظر برخی از فقها، می تواند ثمن قرار گیرد (منهاج الصالحین/۲/۲۳).

از دیگر آثار مهم مالکیت مستأجر بر عمل اجیر این است که اجیر نمی تواند معامله ای معارض با اجاره ای اول منعقد کند و چنین معامله ای در برخی حالات به دلیل واقع شدن بر ملک مستأجر اول، فضولی است و حق تنفیذ آن با مستأجر اول است (العروه الوثقی/۵/۸۷-۸۱). همچنین، اتلاف عمل مورد اجاره، مانند اتلاف مال، موجب ضمان تلف کننده در برابر مستأجر است. (اصفهانی، کتاب الاجاره/۱۵۷-۱۵۶؛ مناسک حج/۵۳).

۴-۵- مقایسه‌ی دین با مفاهیم دیگر. بین دینی که موضوع آن مال است و دینی که موضوع آن عمل است، تفاوت‌های مهمی وجود دارد و باید به‌طور جداگانه با مفاهیم دیگر بررسی شوند:

۴-۵-۱- دین راجع به مال کلی. دینی که موضوع آن مال کلی است با دو مفهوم فقهی ملک و حق و مفاهیم حقوقی حق عینی و حق دینی قابل مقایسه است.

۱- مقایسه با ملک و حق. دینی که موضوع آن مال کلی است از یک طرف به حق شباهت دارد؛ در مورد دین نیز مانند حق، وجود شخص دیگری غیر از مالک ضرورت دارد که دین در ذمه‌ی اوست و ادای دین از او مطالبه می‌شود؛ همچنین، دین را می‌توان ابراء کرد در حالی که ملک قابل ابراء نیست. از سوی دیگر، دین از اقسام ملک به‌شمار می‌آید و در مورد آن تعبیر ملکیت به‌کار می‌رود،^۱ و علاوه بر این تصریح کرده‌اند که دین از زمره‌ی حقوق نیست.^۲

در واقع، ملکیت دین، نوع ضعیف یا ناقص‌تری از ملکیت به معنای اعم است که برخی از آثار آن یعنی سلطه‌ی اعتباری بر موضوع را داراست. توضیح این‌که، مالک عین بر مال خود دو گونه سلطه دارد: سلطه‌ی مادی یعنی توانایی انجام تصرفات مادی و خارجی مانند اتلاف، خوردن و آشامیدن، سکونت و سلطه‌ی اعتباری مانند بیع و هبه. اما سلطه‌ی دائن بر دین، تنها سلطه‌ی اعتباری است نه سلطه‌ی مادی. سلطه‌ی مادی هنگامی حاصل می‌شود که مدیون یکی از مصادیق موضوع دین را از اموال خود تفکیک کند و به مدیون تسلیم کند. اثر سلطه‌ی اعتباری این است که مدیون می‌تواند در دین، یا در ذمه‌ی مدیون، تصرفاتی حقوقی و اعتباری مانند بیع، هبه، حواله و ابراء انجام دهد. با توجه به همین سلطه‌ی اعتباری است که در فقه ملکیت دین، نوعی از ملکیت به‌طور کلی تلقی می‌شود.

۲- مقایسه با حق دینی و عینی. دینی که موضوع آن مال کلی است از یک سو، ویژگی‌های دارد که آن را به حق عینی نزدیک می‌کند: چنان‌که گفتیم، از لحاظ فقهی از اقسام ملک به‌شمار می‌آید و برخی آثار ملکیت یعنی سلطه‌ی اعتباری را هم داراست. از سوی دیگر، برخی از اوصاف حق دینی را دارد: شخص دیگری غیر از دائن ضرورت دارد که دین در ذمه‌ی اوست و ادای دین از او مطالبه می‌شود؛ همچنین، دائن بر هیچ‌یک از اموال وی

۱- مستمسک العروه الوثقی/۱۴/۵۵۶: فإن المملوکات فی الذمم کلها تسقط بالاسقاط، سواء کان أعیانا ... أم معانی - کعمل الأجير - مع أنها أملاک قطعاً.

۲- مستمسک العروه الوثقی/۴/۴۸: ومن ذلک یظهر أن الدین فی ذمه الحر لیس من الحقوق.

سلطه‌ی مستقیم ندارد و باید موضوع دین را از طریق وی اجرا کند. اما از لحاظ ماهیت، تفاوت مهمی با حق دینی دارد و آن این که حق دینی یک امر تکلیفی یعنی توانایی مطالبه است در حالی که دین یک امر وضعی یعنی ملکیت مال است. از این لحاظ، دین راجع به مال کلی به حق عینی نزدیک است.

۲-۵-۴- دین راجع به عمل. ابتدا باید متذکر شد که از لحاظ فقهی، اثر برخی از معاملاتی که موضوع آن عمل انسان است مانند جعاله، ملکیت عمل نیست. (تحریرالوسیله/۱/۵۸۶). بالعکس، اثر برخی معاملات مانند اجاره، تملیک عمل به طرف دیگر است. عمل در اجاره‌ی اشخاص هم مانند منفعت در اجاره‌ی اشیاء ممکن است معین یا کلی باشد. (قواعد الاحکام/۲/۲۹۱؛ تحریرالمجله/۱/قسم ۱/۱۳۱-۱۲۹؛ مستمسک العروه الوثقی / ۱۱ / ۵۴-۵۳؛ کلمه التقوی/۲/۲۵۰-۲۴۹). در هر دو صورت اجاره، مستأجر مالک عمل می‌شود با این تفاوت که در اولی موضوع ملک، عمل معین و خارجی است و ذمه‌ی اجیر مشغول نمی‌شود اما موضوع ملک در دومی، نامعین است و لذا در ذمه‌ی اجیر قرار می‌گیرد و ذمه‌ی وی را مشغول می‌کند.

از لحاظ حقوقی، اثر هر دو گونه معامله (جعاله و اجاره)، بدون شک ایجاد حق دینی است. اما از لحاظ فقهی، باید بین این دو نوع معامله تفاوت قائل شد: در جعاله، جاعل مالک عمل نمی‌شود و حق وی منحصر به مطالبه انجام عمل است و لذا رابطه‌ی جاعل با عمل عامل، به حق دینی شباهت دارد. بالعکس، در برخی از موارد اجاره که مستأجر مالک عمل اجیر می‌شود، عملی که در ذمه‌ی مدیون قرار دارد نیز همانند دینی است که موضوع آن مال کلی است و مطالبی که در مورد دین راجع به مال کلی گفته شد در مورد این نوع دین نیز صادق است؛ یعنی برخی از خصوصیات حق عینی و برخی از خصوصیات حق دینی را داراست: از یک سو، عمل به ملکیت دائن داخل می‌شود^۱ و مالک عمل از سلطه‌ی اعتباری نسبت به عمل مملوک برخوردار است. به‌عنوان مثال، می‌تواند ذمه‌ی مدیون را ابراء یا انجام آن را مطالبه کند. همچنین، عمل مملوک، در صورت عدم قید یا شرط مباشرت می‌تواند مانند سایر دیون موضوع حواله واقع شود. (العروه الوثقی/۵/۴۵۷). از سوی دیگر، در این جا نیز مانند دین راجع به مال، وجود شخص دیگری غیر از مالک عمل ضرورت دارد که انجام یا

۱- العروه الوثقی/۵/۳۷: یملک المستأجر المنفعه فی إجاره الأعیان، والعمل فی الإجاره علی الأعمال بنفس العقد.

ترک کاری از او مطالبه می‌شود. اما رابطه، بین دائن و عمل مدیون است به بین دائن و مدیون.

نتیجه‌گیری

۱- عین و دین در فقه اسلام از جهات متعددی با حق عینی و دینی در حقوق رومی-ژرمنی تفاوت دارند: الف) حق عینی و دینی رابطه‌ی حقوقی هستند؛ اما عین و دین در فقه موضوع رابطه‌ی حقوقی هستند نه خود آن. روابط حقوقی در فقه عبارتند از ملک و حق. ب) واژه‌های عین و دین از لحاظ کارکرد نمی‌توانند معادل یا جایگزینی برای حق عینی و دینی به‌کار روند زیرا اولاً: حق عینی و حق دینی در حقوق رومی - ژرمنی تمام یا بسیاری از مباحث حقوق خصوصی را دربرمی‌گیرند؛ اما عین و دین در فقه از چنین خصوصیتی برخوردار نیستند. ثانیاً: در حقوق غرب، حق عینی و حق دینی به عنوان موضوع روابط حقوقی، مبنای تقسیم‌بندی مباحث حقوقی را تشکیل می‌دهند، اما عین و دین در فقه چنین نقشی ندارند.

۲- ملکیت عین و منفعت عین در فقه معادل یا نزدیک‌ترین مفهوم به حق عینی اصلی است و ارکان این حق یعنی مالک و مملوک، و اوصاف آن مانند حق مطلق بودن، حق تقدم و حق تعقیب را دارد. همچنین، حق رهن نیز برابر با حق عینی تبعی است.

۳- از لحاظ حقوقی هرگونه حق مطالبه‌ی انجام عمل دارای ارزش مالی از دیگری حق دینی به‌شمار می‌آید خواه سبب آن واقعه‌ی مادی باشد یا عمل حقوقی، و خواه مسبوق به ملکیت باشد یا نباشد. اما از لحاظ فقهی، حق مطالبه‌ی انجام عمل به دو صورت قابل تحقق است: الف) مسبوق به امر وضعی یعنی ملکیت نباشد مانند مطالبه‌ی نفقه توسط اقارب از شخص واجب‌النفقه، حق مطالبه‌ی انجام عمل توسط جاعل، و نیز انجام عمل توسط اجیر خاص بر طبق برخی نظریات. ب) مسبوق به یک امر وضعی یعنی ملکیت عین، منفعت، و مال کلی یا عمل باشد. ملکیت عین مانند مطالبه‌ی تسلیم ثمن معین توسط مشتری از بایع؛ ملکیت منفعت مانند مطالبه‌ی تسلیم عین مستأجره توسط مستأجر؛ و ملکیت دین وارد بر مال کلی مانند مطالبه‌ی تسلیم مصادق مبیع کلی از بایع؛ و ملکیت عمل مانند مطالبه‌ی انجام عمل در ذمه از مستأجر.

از لحاظ حقوقی، همه‌ی این موارد حق دینی به‌شمار می‌روند اما از لحاظ فقهی، فقط دو مورد اخیر یعنی ملکیت مال و عمل کلی، دین به‌شمار می‌آیند. بنابراین، دین به مفهوم

فقهی نمی‌تواند معادلی برای حق دینی باشد زیرا دین در فقه، نوعی از مال و موضوع ملکیت به‌شمار می‌آید نه موضوع حق.

البته ملکیت دین دو اختلاف اساسی با ملکیت عین دارد: اولاً در ملکیت دین بر خلاف ملکیت عین، پای دو شخص یعنی دائن و مدیون در کار است و ثانیاً هرچند دائن بر دین سلطه‌ی حقوقی دارد اما بر هیچ‌یک از اموال خارجی وی سلطه‌ی مادی ندارد، و باید موضوع دین را از وی مطالبه کند. این دو نکته همچنین موجب می‌شود که ملکیت دین در فقه از برخی جهات به حق عینی و از برخی جهات دیگر به حق دینی نزدیک شود. با این حال، با توجه به اختلاف ماهوی دین با حق دینی، این نزدیکی و شباهت، موجب یکسانی دین با حق دینی نمی‌شود.

از میان واژه‌های فقهی، برخی از مصادیق حق مانند حق خیار و شرط را می‌توان از جهت وجود دو طرف برای آن با حق دینی متناسب دانست. اما در این دو نوع حق و امثال آن، به‌طور مستقیم انجام کاری از طرف دیگر مطالبه نمی‌شود.

۴- از لحاظ ماهیت، موضوع حق دینی (یا تعهد)، فعل یا ترک فعل است؛ در حالی که موضوع دین، مال یا عمل کلی است. بنابراین، حق دینی از جمله‌ی امور تکلیفی است ولی دین از امور وضعی است. این نکته در مواردی که موضوع دین، عملی در ذمه‌ی مدیون باشد نیز صادق است؛ در این موارد نیز ابتدا حکم وضعی مالکیت دائن بر عمل مدیون تحقق می‌یابد و در نتیجه‌ی آن، برای مالک عمل، حق مطالبه و برای مدیون، تکلیف اجرای عمل پیدا می‌شود.

منابع

- ۱- ابن ابی الحدید، ابو حامد بن هبه الله، *شرح نهج البلاغه*، ج ۲۰، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
- ۲- اراکی، محمد علی، *کتاب البیع*، ج ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ ق.
- ۳- اردبیلی، مولی احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- ۴- اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، چاپ اول، نهضت و ذوی القربی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- ۵- _____، *کتاب الاجاره*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
- ۶- اصفهانی، میرزا فتح‌الله (شیخ الشریعه)، *نخبه الأزهار*، تقریر محمدحسن سبحانی، قم، المطبعه العلمیه، ۱۳۹۸ ق.
- ۷- آل کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، ج ۱ و ۲، چاپ اول، نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

- ۸- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۳۰، تهران، اسلامی، ۱۳۸۹.
- ۹- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، **حقوق تعهدات**، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- ۱۰- انصاری، شیخ مرتضی، **کتاب مکاسب**، ج ۳ و ۶ چاپ اول، قم، کنگره شیخ انصاری، ۱۴۲۰ ق.
- ۱۱- انصاری، شیخ مرتضی، **کتاب الزکاه**، چاپ اول، قم، کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ۱۲- بجنوردی، سید محمدحسن، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، ۵ و ۷، چاپ اول، قم، نشر هادی، ۱۴۱۹ ق.
- ۱۳- بحر العلوم، سید محمد، **بلغه الفقیه**، ج ۲، چ ۴، تهران، انتشارات مکتبه الصادق، ۱۳۶۲.
- ۱۴- الحکیم، سید محسن، **نهج الفقاهه**، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا.
- ۱۵- الحکیم، سید محسن، **مستمسک العروه الوثقی**، قم، کتابخانه آیات الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
- ۱۶- الحلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، **قواعد الأحکام**، ج ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- ۱۷- خراسانی، مولی محمد کاظم، **حاشیه مکاسب**، چاپ اول، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ۱۸- خوئی، سید ابوالقاسم، **کتاب الاجاره**، ج ۱، قم، انتشارات علمیه، ۱۳۶۵.
- ۱۹- _____، **منهاج الصالحین**، ج ۲، چاپ بیست و دوم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- ۲۰- روحانی، سید محمد صادق، **منهاج الفقاهه**، چ ۴، ج ۳، مطبعه العلمیه، ۱۳۷۶.
- ۲۱- الزرقاء، مصطفی، **الفقه الاسلامی فی توبه الجدید**، ج ۲، چ ۲، دمشق، ۱۹۴۹ م.
- ۲۲- زین الدین، محمد امین، **کلمه التقوی**، ج ۶، چ ۲، قم، ۱۴۱۳ ق.
- ۲۳- السنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسیط**، ج ۱ و ۸، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۶۷ م.
- ۲۴- السنهوری، عبدالرزاق احمد، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی**، ج ۱، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۸۸ م.
- ۲۵- عراقی، ضیاء الدین (آقا ضیاء)، **تنقیح الأصول**، تقریر سید محمدرضا طباطبایی نجف، المطبعه الحیدریه، ۱۳۷۱ ق.
- ۲۶- فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله**، کتاب الحج، ج ۲، چ ۲، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۸ ق.
- ۲۷- کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، چاپ اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- ۲۸- گلپایگانی، سید محمد رضا، **بلغه الطالب**، ج ۱، قم، مطبعه الخیام، ۱۳۹۹ ق.
- ۲۹- گلپایگانی، سید محمدرضا، **کتاب القضاء**، ج ۱، قم، مطبعه الخیام، ۱۴۰۱ ق.
- ۳۰- گلپایگانی، سید محمدرضا، **مناسک الحج**، چ ۲، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
- ۳۱- اللیثی الواسطی، علی بن محمد، **عیون الحکم والمواعظ**، چاپ اول، قم، دار الحدیث، بی تا.
- ۳۲- مامقانی، شیخ محمدحسن، **غایه الامال**، ج ۸، چاپ اول، قم، ثامن الحجج، ۱۳۸۱.
- ۳۳- محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی التزامات و شروط در حقوق اسلامی**، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

۳۴-المکی العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، **القواعد والفوائد**، چاپ اول، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.

۳۵-موسوی خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، ج ۱ و ۲، چ ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۹۰.

۳۶-_____، **کتاب البیع**، ج ۱، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۳۷-نائینی، محمدحسین، **کتاب المکاسب و البیع**، تقریر محمدتقی آملی، ج ۱، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۸-نائینی، محمدحسین، **منیه الطالب**، تقریر خوانساری، ج ۱ و ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۳۹-نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۱۵ و ۲۲، چ ۳، تهران، دار الکتب الإسلامیه، ۱۳۶۷.

۴۰-نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، **عوائد الأیام**، قم، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵.

۴۱-یزدی، سید محمد کاظم، **العروه الوثقی**، ج ۶، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

۴۲-_____، **حاشیه المکاسب**، ج ۱ و ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

