



پوهنتون سلام

پوهنځی شریعات و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

تفاوت میان مال منقول و غیر منقول و حکم آن

(در فقه و قانون)

(رساله ماستری)

محصل: عبدالحمید حنفی

استاد راهنما: دکتر محمد یونس ابراهیمی

سال: ۱۴۰۰ هـ.ش



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

تفاوت میان مال منقول و غیر منقول و حکم آن

(در فقه و قانون)

محصل: عبدالخلیم حنفی

استاد رهنما: دکتر محمد یونس ابراهیمی

سال: ۱۴۰۰ هـ ش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دپیارتمنت فقه و قانون

بورده ماستری

تصدیق نامه

محترم عبدالحمید ولد ملا عبدالحمید: ID: 99-747-SH-MSF محصل دور هشتم فقه و قانون که

رساله ماستری خویش را زیر عنوان: تفاوت میان مال منقول و غیر منقول و حکم آن (در فقه و قانون)

په روز ۱۳۰۱/۱۲/۲ تاریخ ۱۴۰۱/۱۲/۲ هـ ش موفقاته دفاع نمود، و په اساس

بررسی هیات تحکیم مستحق ۸۶ (نمره به عدد) کتابت (نمره به حروف) گردید، موفقیت

شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور رفیع الله عطاء	عضو هیات	
۲	دکتور محمد سلیم مدنی	عضو هیات	
۳	دکتور محمد یونس ابراهیمی	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورده ماستری

اهدا

این تحقیق که به عنوان تحقیق پایان نامه دوره ماستری من می باشد، نخست از همه به هموطنان درددیده و ستمکشیده ام، سپس به مقام محترم ریاست دانشگاه/پوهنتون سلام، برای آموزگار محترم جناب دکتر صاحب ابراهیمی و سایر دوست داران فرهنگ و ادب تقدیم می گردد.

سپاس‌گزاری

در این بخشی از تحقیق حق می‌دهم بر این‌که از همه‌ای برنامه‌نگاران و دست‌اندرکاران دوره کارشناسی‌ارشد دانش‌گاه سلام به‌ویژه آموزگاران توان‌مند و گران‌مهر که سالیان دراز در راه دانش‌اندوزی برای نسل جوان این میهن موی‌سر سفید می‌نمایند و در واقع خدمات شایانی که پسندیده حال مردم افغانستان است این‌مردم انجام می‌دهند، سپاس‌گزاری نمایم. درگام بعدی اندکی خاص‌تر نموده از جناب دکتر صاحب‌توان‌مند و گرامی جناب ابراهیمی صاحب، آموزگاری که از وقت گران‌بهای خویش کاسته و در خدمت من بنده ناتوان قرارگرفت تا بتوانم پایان‌نامه‌ای درخورشان یک دانش‌جوی دوره‌ی ماستری باشد، بنویسم و دراختیار دوست‌داران و علاقه‌مندان عرصه علم و دانش قرار دهم، سپاس‌گزاری می‌نمایم. هم‌چنان برای استاد طول عمر با عزت تمنا دارم.

خلاصه البحث

مال منقول و مال غيرمنقول با آن که در مال بودن شبیه همديگر اند اين یکسانی ملاکی برای یکنوع و یکدست بودن اين دو نوع مال پنداشته نمی شود، بلکه هر دو نوع مال از هرنگاهی مانند شفعه، ارتفاق، التصاق و غيره تفاوت دارند. وقتی سخن از مال و انواع آن رانده می شود دربرگیرنده تمامی اموالی است که بهصفت کارگزار و کارساز زندهگی جمعی انسان ها بهکار می رود. شماری از دانشمندان براین باور اند که سرمایه و دارایی در دنیا و آخرت خوشبختی می آورد. اين حرف درستی است، چون شخص دانا و نادان هیچگاه باهم قابل مقایسه نیستند و دانش و علم نیز زیر مجموعه ای از دارایی قرار می گیرد که هم در برگیرنده سود مادی است و هم در برگیرنده سود معنوی. با این حال دیده می شود که انسان دارا و توانمند بیشتر از هر موقعی در موقع دارا بودن خویش دستگیر بوده و دستگیری می نماید. همچنان مفهوم حدیثی است که «دست دهنده از دست گیرنده بهتر است». دلایل و براهین بالایی نشانگر اینست که مال منقول و غيرمنقول جایگاه نیک و درستی در میان انسان ها داشته و امیال انسانی خوبتر و بیشتر برای داشتن اين دو نوعی از مال حرکت می نماید. وجود انسانی درکل خودخواه و خودمحور بوده و قطعاً برای دارایی بیشتر کار و پیکار می نماید و این فزونخواهی انسان ها سبب گردیده است که ادیان و زیر مجموعه آن ها، علما و دانشمندان در رابطه بهمال و انواع آن که چگونه، از کجا و روی چه دلایلی باید برای کسی خاص گردد، چرخیده و تمرکز نموده اند. با در نظر داشت موضوع ایجاب می نمود که نکات کلیدی و بنیادین تحقیق برجسته گردد که چنان شده و در تحقیق به گوشه های پنهان و تفاوت های اموال منقول و غيرمنقول پرداخته شده است. اموال منقول و غيرمنقول در موضوعاتی چون تعریف فقها و حقوق دانان، مرجع رسیدگی آن ها، حمایت این دو نوع مال، التصاق، شفعه، وقف، حکم آن دو در فقه و حقوق، حقوق ارتفاق و انتفاع، سرقتی و ... تفاوت داشتند که در این بحث گنجانیده شده اند. با آن که لای کتاب ها تحقیقات و کوشش هایی در رابطه بهمال صورت گرفته؛ دیدگاه مشخص و مجموعه ای فراگیری در رابطه بهتفکیک یا تفاوت مال منقول و غيرمنقول صورت نگرفته است و اکثر مزایای این تحقیق بر می گردد براین که مجموعه ای باشد برای «تفاوت مال منقول و غيرمنقول و حکم آن». در این تحقیق کوشش های زیادی صورت گرفته و نشان میدهد که از منابع معتبر فقهی و قوانین داشته های برتری در نظر گرفته شود که برای خواننده گان گرامی سهولت و آسانی ایجاد نماید. کشور های اسلامی باورمند بهمال منقول و غيرمنقول اند. بناً روی تمامی پیچیدهگی های مال منقول و مال غيرمنقول از هر سویی نگرش صورت گرفته است. یافته ها بیانگر این اند که اموال منقول و غيرمنقول نسبت بهشبهات ها، تفاوت های چشمگیری دارند که در بحث بهصورت تفصیلی بیان گردیده اند.

واژه های کلیدی: احکام، تفاوت، غيرمنقول، مال، منقول.

فهرست عنوان‌ها

ق	مقدمه
ش	طرح مسئله
ش	اهداف موضوع
ش	سوالات تحقیق
ش	سوال اصلی
ش	سوالات فرعی
ت	اهمیت و ضرورت تحقیق
ت	اسباب اختیار موضوع
ت	اول، سبب ذاتی
ت	دوم، اسباب موضوعی
ت	روش تحقیق
ت	پیشینه تحقیق

فصل اول

مال و انواع آن

1	مبحث اول-تعریف مال، شرایط مال و الفاظ مرتبط به مال
1	مطلب اول: تعریف مال در لغت و در اصطلاح
1	الف-مال در لغت:
2	مطلب دوم: مال از دید فقها
2	الف-دیدگاه احناف در رابطه به مال:
2	ب-مال از نظر جمهور فقها غیر از احناف:
3	مطلب سوم: مال از دید قوانین کشورها
3	الف-قانون مدنی افغانستان:
3	ب-مجلة الاحکام:

- 3.....ج-قانون مدنی ایران:
- 4.....مطلب چهارم: مال از دید حقوق دانان
- 4.....الف-دیدگاه دکتر عبدالرزاق سنهوری:
- 5.....ب-دیدگاه دکتر احمدعلی حمیتی واقف
- 5.....ج-دیدگاه دکتر سیدحسین صفایی
- 5.....مطلب پنجم: اوصاف مال
- 5.....الف-مشروع و عقلایی:
- 6.....ب-قابل اختصاص بودن:
- 7.....ج-ارزش اقتصادی داشته باشد:
- 8.....مطلب ششم: شرایط مال
- 8.....مطلب هفتم: الفاظ مرتبط به مال
- 8.....الف-دارایی و رابطه آن با مال:
- 9.....ب-مال و ملک و رابطه این دو:
- 9.....ج-رابطه مال و حق و تفاوت آن‌ها:
- 9.....د-رابطه مال و شی و تفاوت آن دو:
- 10.....مبحث دوم-انواع مال
- 10.....مطلب اول: مال به اعتبار اباحت و انتفاع
- 10.....الف-مال متقوم:
- 10.....ب-مال غیر متقوم:
- 11.....ج-فوائد این تقسیم‌بندی:
- 11.....د-ضمانت تلف کردن مال
- 12.....مطلب دوم: مال به اعتبار تماثل و عدم تماثل
- 12.....الف-اموال مثلی:

- 12 یک-مکیلات:
- 12 دو-موزونات
- 12 سه-عددیات
- 13 چهار-ذرعیات
- 13 ب-اموال قیمی
- 13 ج-تغییر مال مثلی به قیمی و برعکس آن:
- 13 یک-انقطاع مال مثلی در بازار
- 13 دو-اختلاط:
- 13 سه-در معرض خطر قرار گرفتن:
- 13 چهار-استعمال:
- 14 د-فایده تقسیم:
- 14 مطلب سوم: مال به اعتبار بقاء و عدم بقاء
- 14 الف-مال استهلاکی:
- 14 ب-مال استعمالی:
- 15 ج-فوائد این تقسیم:
- 15 مطلب چهارم: مال به اعتبار قبول ملکیت و عدم قبول ملکیت
- 16 الف-مال خصوصی:
- 16 ب-اموال عامه:
- 16 ج-اموال دولتی:
- 17 مطلب پنجم: تقسیم اموال به اعتبار مادی و غیر مادی بودن
- 17 الف-مال مادی:
- 17 ب-مال غیر مادی:
- 17 ج-فایده این تقسیم بندی:

- 17 مطلب ششم: تقسیم اموال به اعتبار تجزیه و عدم تجزیه
- 17 الف-اموال تجزیه پذیر:
- 18 ب-اموال تجزیه ناپذیر:
- 18 ج-فایده این تقسیم بندی:
- 19 مطلب هفتم: تقسیم مال به اعتبار مالک آن
- 19 الف-مشترکات عموم:
- 20 ب-مباحات:
- 20 ج-اموال مجهول المالک:
- 21 مطلب هشتم: مال به اعتبار استقرار و عدم استقرار

فصل دوم

اموال منقول و غیر منقول

- 22 مبحث اول-تعریف مال منقول
- 22 مطلب اول: مال منقول در لغت
- 23 مطلب دوم: مال منقول از دید فقها
- 23 الف- فقهای حنفی و حنبلی:
- 23 ب-رای مالکيه و شافعيه:
- 23 مطلب سوم: مال منقول از دید قوانین
- 23 الف-قانون مدنی افغانستان:
- 23 ب-مجلة الاحكام العدليه:
- 24 ج-قانون مدنی ایران:
- 24 مطلب چهارم: خصوصیات مال منقول
- 25 الف-قابل انتقال بودن:
- 25 ب-عدم به وجود آمدن تغییرات در آن:

26	مبحث دوم-انواع مال منقول
26	مطلب اول: مال منقول ذاتی یا مادی
27	مطلب دوم: مال منقول حکمی یا غیر مادی
29	مبحث چهارم-مال غیر منقول
29	مطلب اول: تعریف مال غیر منقول (عقار)
29	الف-تعریف لغوی:
30	ب-تعریف اصطلاحی:
30	مطلب دوم: مال غیر منقول از دید فقها
30	مطلب سوم: مال غیر منقول از دید قانون
30	الف-قانون مدنی:
31	ب-قانون مدنی ایران
31	مطلب چهارم: خصوصیات مال غیر منقول (عقار)
32	مطلب پنجم: ملاحظات در مال غیر منقول
32	الف-ملاحظه سیاسی:
33	ب-ملاحظه اقتصادی:
34	مبحث پنجم-انواع مال غیر منقول
34	مطلب اول: مال غیر منقول ذاتی
34	مطلب دوم: مال غیر منقول به واسطه عمل انسان
35	مطلب سوم: مال غیر منقول حکمی (عقار به تخصیص) و شرایط آن
36	مطلب چهارم، مال غیر منقول تبعی و استثنائات آن
38	مبحث ششم-معادن
38	مطلب اول: مفهوم معدن
38	الف-معنی لغوی معدن:

- 39ب-معنی اصطلاحی معدن:
- 39مطلب دوم: انواع معادن
- 39الف-تقسیم از لحاظ بری و بحری بودن:
- 40ب-تقسیم به لحاظ جامد و مایع بودن:
- 40ج-به لحاظ مالک آن:
- 41مطلب سوم: منقول و غیر منقول بودن معادن
- 43مبحث هفتم-زمین‌های عشری و خراجی:
- 43مطلب اول: زمین‌های عشری:
- 44مطلب دوم: زمین‌های خراجی
- 44الف-آبهای عشری:
- 45ب-آبهای خراجی:
- 45یک-خراج مقاسمه:
- 45دو-خراج وظیفه:
- 45مطلب سوم، جمع میان عشر و خراج

فصل سوم

مقایسه و بررسی مال منقول و مال غیر منقول

- 48مبحث اول-رای فقها در مورد تفاوت اموال منقول و غیرمنقول
- 48مطلب اول: رای احناف و حنابله در مورد اموال منقول و غیرمنقول
- 49مطلب دوم: رای مالکیه و شافعیه در مورد اموال منقول و غیرمنقول
- 50مطلب چهارم: بررسی تطبیقی
- 51مبحث دوم-تفاوت اموال منقول و غیرمنقول از دید قوانین
- 51مطلب اول: تفاوت از دید قوانین افغانستان
- 53مطلب دوم: تفاوت از دید قانون ایران

55	مطلب سوم: بررسی تطبیقی هردو قانون
56	مبحث سوم-التصاق در مال منقول و مال غیرمنقول
56	مطلب اول: التصاق و مفهوم آن
56	الف-تعریف التصاق:
57	ب-انواع التصاق:
60	مطلب دوم: تفاوت میان التصاق مال منقول و مال غیرمنقول
60	مبحث چهارم-تحول مال منقول بهمال غیرمنقول و تحول مال غیرمنقول به مال منقول
61	مطلب اول: تحول مال منقول بهمال غیرمنقول
62	مطلب دوم: تحول مال غیرمنقول بهمال منقول
63	مطلب سوم: بررسی تطبیقی
65	مبحث پنجم-حق شفعه در اموال منقول و غیرمنقول
65	مطلب اول: تعریف حق شفعه
66	الف-خصوصیات حق شفعه
66	ب- ارکان شفعه
67	ج-شرایط شفعه
69	د-مراتب شفعه
69	ه-اسباب شفعه
70	و-مراحل طلب شفعه
71	مطلب دوم: نظریات راجع بهحق شفعه
73	مطلب سوم: بررسی تطبیقی نظریات
74	مبحث ششم-وقف در مال منقول و مال غیرمنقول
74	مطلب اول: وقف و مفهوم آن
74	الف-تعریف وقف:

- 74 ب-ارکان وقف:
- 75 ج-انواع وقف:
- 75 یک- تقسیم از لحاظ موقوف علیهم(اشخاص استفاده کننده):
- 76 دو-وقف از لحاظ زمان:
- 76 سه-تقسیم به لحاظ مال موقوفه یا محل وقف
- 78 د-ملکیت مال وقفی:
- 78 ه-وارسی و اداره مال وقفی:
- 79 و-پایان وقف:
- 79 مطلب دوم: نظریات راجع به وقف
- 80 مطلب سوم: بررسی تطبیقی
- 82 مبحث هفتم-فروش و اهمیت مال منقول و مال غیر منقول صغیر توسط وصی در ادای قرض
- 82 مطلب اول: اهمیت اموال منقول و غیرمنقول در ادای قرض
- 83 مطلب دوم: فروش اموال منقول و غیرمنقول
- 85 مطلب سوم: بررسی تطبیقی
- 86 مبحث هشتم-بیع وفا
- 86 مطلب اول: بیع وفا و مفهوم آن
- 86 الف-تعریف:
- 87 مطلب دوم: نظریات راجع به بیع وفا
- 88 مطلب سوم: بررسی تطبیقی
- 90 مبحث نهم-انتهاء مالکیت در اموال منقول و غیرمنقول
- 90 مطلب اول: انتهاء مالکیت در مال غیرمنقول
- 90 الف-تأخیر در آبادی زمینهای بایر شهری:
- 90 ب-تملک برای مصالح عامه و اجرای وظایف دولت:

91	ج-زوال مالکیت به اساس مصادره:
92	د-زوال مالکیت به اساس مرور زمان:
92	مطلب دوم: انتهاء ملکیت در مال منقول
93	مطلب سوم، بررسی تطبیقی
93	مبحث دهم-غصب در اموال منقول و غیرمنقول
94	مطلب اول: غصب و مفهوم آن
94	الف-تعریف غصب:
95	ب-شرایط تحقق غصب:
96	مطلب دوم: غصب در اموال منقول و غیرمنقول
96	الف-غصب عقار:
96	ب-زوائد مغضوب:
97	ج-منافع مغضوب:
98	د-حکم غصب:
99	مطلب سوم: بررسی تطبیقی
101	مبحث یازدهم-حق انتفاع، ارتفاق و سرقتی در اموال منقول و غیرمنقول
101	مطلب اول: حق انتفاع و مفهوم آن
101	الف-تعریف انتفاع:
102	ب-انواع حق انتفاع:
103	ج-شرایط انتفاع:
104	د-پایان حق انتفاع:
104	مطلب دوم: حق ارتفاق
104	الف-تعریف:
105	ب-ارکان حق ارتفاق:

106	ج-خصوصیات حق ارتفاق:
106	د-انواع حق ارتفاق:
108	ه-پایان حق ارتفاق:
109	مطلب سوم: حق سرقفلی
109	الف-تعریف:
110	ب-سرقفلی در زمین و خانه:
112	مطلب چهارم: بررسی تطبیقی
	مبحث دوازدهم-حمایت قانون و دادگاه صالح برای رسیدهگی به دعوا در اموال منقول و غیرمنقول
114	مطلب اول: حمایت قانون از اموال منقول و غیرمنقول
114	مطلب دوم: دادگاه صالح برای رسیدهگی به دعاوی اموال منقول و غیرمنقول
117	مطلب سوم: بررسی تطبیقی
118	مبحث سیزدهم-حکم اموال منقول و غیرمنقول در فقه و قانون
118	مطلب اول: حکم اموال منقول و غیرمنقول در فقه
120	مطلب دوم: حکم مال منقول و غیرمنقول در قانون
123	نتیجه گیری
126	پیشنهادات
127	فهرست اعلام
128	فهرست منابع
134	Summary of Discussion

مقدمه

الحمد لله رب العالمين، وصلاة وسلام على اشرف الانبياء والمرسلين و على آله و اصحابه اجمعين.

بنام خداوند یکتای بی‌هم‌تا، دانای تمام اسرار و سروسامان‌دهنده کائنات. خداوند جان و خرد که برای انسان نماد انسانیت و زیست‌انسانی را از وجود خودش دمید و شبیه یا نماینده خویش در روی زمین خلق نمود تا مهر و الفت خدایی در روی زمین توسط بنده‌گان شکرگزار و نا شکرگزار تطبیق و عملی گردد. الله بی‌نیاز و صاحب عزت و جلال، صاحب کرم و کرامت، صاحب صفا و صمیمیت. سپس درود می‌فرستم به‌روان پاک ناجی بشریت، پیشوای انسانیت، پیام‌رسان عدالت و برادری، آموزگار سرافرازی و سربلندی، پیام‌بر بزرگ اسلام «حضرت محمد "صلی‌الله علیه و سلم"». از این‌که قدرت نوشتن و آموختن از جانب الله بی‌نیاز برای بنده‌ای ضعیفی چون من داده شده است، وجیهه خویش دانستم که در راستای توان و قدرت خویش برای مردم ستم‌کشیده و درددیده‌ای خود رسالتی داشته باشم که در آینده‌ای نه‌چندان دور از مزایا و داشته‌های آن بهره‌بزرگی گیرند. مملکتی به‌خون نشسته‌ای که سال‌ها برایش غم نوشته‌اند و جنگ، چنین می‌اندیشم که این روش یا راه‌کار داروی دردی باشد برای گوشه‌ای از نابرابری‌ها و ناملایمت‌های روزگار مردم کشورم. به‌عنوان یک شخص سخن‌فهم و در‌فهم این مرز و بوم لازم دیدم که مسئولیتی الهی که از جانب الله "ج" برایم گذاشته شده ادا نمایم و آن‌هم در قالب مجموعه‌ای که نیازمندی جامعه در روزگار کنونی امروز بیش‌تر از هر روز دیگری به‌چشم می‌خورد. دادرسی و دادخواهی‌ای نموده باشم بر پیکر زخم‌برداشته‌ای که در صفحات تاریخ بیش‌تر از هر موردی درد و رنج دارد. تاریخ گواه ناخوبی‌های این خاک‌توده بوده و از نابرابری‌هایی سخن می‌زند که طی چندین دهه ملت زجر کشیدند. درکشوری من تاوان جنگ‌ها به‌پای کسانی ریخته می‌شد که از جنگ زنده‌گی ساختند و غرامت جنگی از آن کسانی گرفته شده است که از جنگ صرف نامی شنیده بودند. کودکان و نوجوانان این خاک نقشی در بدبختی خویش نداشتند/ندارند و اما قربانی‌های جنگی و بی‌بهره‌ای از جنگ قسمت و حصه‌ای آن‌ها دانسته شده است. لبریز از طعم ناگوار بی‌علمی گردیده‌ایم و اکنون وقت آن رسیده است که باید برای دست‌گیری نسل بعدی خویش کار نمایم و در حد خویشتن کارساز خوبی باشیم. دست‌کم گشتی نیمه‌بار یا غرق‌شده‌ای کشور خویش را از هیچ به‌جایگاهی برسانیم که زودتر و ساده‌تر لای تلاطم دردها و ابرهای ناخوشانید قرار نگیرد. همه‌گی دانست و هم‌چنان نیز میدانیم که رست‌گاری نسل بعدی گره‌خورده به‌تقلای کسانی است که یک‌روز پیش‌تر از آن‌ها زنده‌گی نموده و هم‌چنان ناگوارای روزگار پیشین مسببی برای ناگوار شدن روزگار پسینه‌ها پنداشته می‌شود. از این‌رو سخت برای رهایی جوانان نسل بعد کوشیده شود و راه و چاره‌ای نیز از یافته‌های خویش بسنجیم. دست‌گیری‌های در حد خویش داشتم

و اکنون در این تحقیق به‌گردآوری مجموعه‌ای زیر نام «تفاوت میان مال منقول و مال غیرمنقول و حکم آن» که هزاران جوان جامانده از کاروان دانش یا دست‌نیافته به‌زبان‌های خارجی –چه عربی چه انگلیسی- ازان بتوانند بهره‌گیری نمایند. مجموعه‌ای که فوقا عنوان آن ذکر گردید متشکل از: اهدائیه، سپاس‌گزاری، بیان موضوع، واژه‌های کلیدی، پرسش‌های تحقیق، اهمیت تحقیق، اسباب اختیار موضوع، روش تحقیق، پیشینه‌ای تحقیق، ساختار تحقیق که شامل سه فصل، نتیجه‌گیری، پیش‌نهاد و فهرست منابع می‌باشد. فصل اول کلیات مال؛ فصل دوم مال منقول و مال غیرمنقول؛ و در فصل سوم بررسی تفاوت میان اموال منقول و غیرمنقول در فقه و قانون، گنجانیده شده است.

طرح مسئله

دیدگاه‌ها و ارزیابی‌های زیادی بر این است که مال از مواضع متفاوتی تقسیم گردیده است و شمارش بیش‌تری در این زمینه دیده می‌شود که یکی از آن تقسیم‌بندی‌ها عبارت از تقسیم نمودن مال به منقول و غیر منقول می‌باشد. دانش‌مندان و آموزگاران حقوق و فقه در این باره نظریات متفاوتی داشته‌اند و مال منقول و مال غیر منقول نیز به انواع گوناگونی تقسیم می‌شوند که تفاوت دیدگاه در این زمینه به وضاحت دیده می‌شود مانند منقول پنداشتن عمارت و ساختمان‌های که به اساس ویرانی از یک منطقه به منطقه یا محله‌ای دیگری منتقل می‌گردد که در این قسمت شمار دانش‌مندان به انتقالی بودن عمارت نظر دارند و دسته‌ی دیگری از دانش‌مندان فقهی بر این باور اند که غیر قابل انتقال است، چون با منتقل نمودن یک ساختمان از یک محل به محل دیگر ساختار اصلی خانه یا ساختمان از میان می‌رود و برای همین قابلیت انتقال را ندارد و این سبب عمیق برای اختلاف میان علما و دانش‌مندان فقه و قانون می‌باشد. همچنان تفکیک میان جنبه‌های مجهول و نامعلوم مال منقول از مال غیر منقول، تمایز میان انواع مال غیر منقول و مال منقول و پی‌بردن به اهداف هر یک آن‌ها زیر عنوانی که مربوط آن‌ها می‌شود، می‌باشد. ساده‌سازی کنج‌های پیچده و بخرنج و پنهان که مال منقول پنداشته می‌شوند و اما این در اصل غیر منقول اند و بیرون دادن مراحل اختلاف میان دانش‌مندان و علما در منقول بودن و غیر منقول بودن، اموال که هر یک دارای خصوصیات و ویژه‌گی‌هایی می‌باشند. در روابط و داشته‌های امروزی موارد بیش‌تر و فزون‌تری دیده می‌شود که اموال جنبه منقولی و غیر منقولی داشته و تفکیک میان تفاوت‌های این دو نوع مال باید درست‌تر و ساده‌تر گردد.

اهداف موضوع

- بیان معانی و مفاهیم مال در فقه و قانون؛
- بیان معانی اموال منقول و غیر منقول و تمایز میان اموال منقول و غیر منقول در فقه و قانون؛
- بیان حکم مال منقول و مال غیر منقول در فقه و قانون؛

سوالات تحقیق

سوال اصلی

1) اموال منقول و غیر منقول در فقه و قانون از هم چه تفاوتی دارند و حکم آن‌ها چیست؟

سوالات فرعی

1- هدف از مال منقول و غیر منقول در قانون چیست؟

2- مال منقول و غیر منقول چند نوع می‌باشند؟

3- حکم اموال منقول و غیر منقول در فقه چیست؟

4- کدام اموال غیر منقول و کدام اموال منقول می‌باشند؟

اهمیت و ضرورت تحقیق

بررسی مال منقول و غیر منقول از جهات مختلف دارای ارزش و اهمیت می‌باشند که به صورت اجمالی بر آن می‌پردازیم تا سبب رفع نیازها در اجتماع کنونی گردد:

1- یک تحقیق دارای شاخصه‌های متعددی می‌باشد که باید وجود داشته باشند و سببی برای پژوهش تا نباشد دانش‌مند یا دانش‌پژوه و ادار به اجرای یک تحقیق علمی نمی‌گردد. از آن‌جای که افغانستان یک کشور دارای سنت و فرهنگ پیشینه دانش و فرهنگ می‌باشد و بیش‌تر گوینده‌گان آن به زبان‌های پشتو و دری دسترسی دارند و در قسمت زبان‌های دیگر به‌ویژه زبان عربی مشکل داشتند/دارند که تمام مسایل فقهی و حقوقی وارد شده بر ادبیات فقهی و حقوقی کشور ما متاثر از آن می‌باشد سبب بر این گردیده است که افراد و اشخاص دست‌شماری به شناخت اموال منقول و غیر منقول دست‌نیابند و افراد و اشخاص بیش‌تری از دست‌یافتن به آن عاجز گردند؛

2- با آن‌که کوشش‌های زیادی در زمینه صورت گرفته است و مال به‌گونه‌های مستقیم و غیر مستقیم از راه‌های گوناگون تقسیم گردیده است و اما یک تحقیق پسندیده و خاص در زمینه تفاوت‌های مال منقول و غیر منقول صورت نگرفته و هر تحقیق به‌صورت گذرا در این قسمت صورت گرفته است و همیشه مال منقول و غیر منقول در کنار اموال دیگر به‌بررسی گرفته شده اند و تفاوت‌های اصلی که نیاز بر آن دیده می‌شد تا تفکیک گردد، تفکیک نگردید و دانش امروزی نیازمند چنین یک تحقیق می‌باشد؛

3- همچنان نبود منابع کافی به زبان‌های رسمی کشور و ایجاد اوضاع متفاوت و ناهمگن و دشواری حالات و نابودی روزه‌های تحقیقی برای سهل نمودن مسایلی از این دست سبب گردیده است که ساخت و بافت‌های علمی و فرهنگی در رابطه به موضوع صورت نگیرد. منابع دست‌شمار و اندک به زبان ساده راه‌های شناخت و تحقیق‌های پسندیده را بسته است و گرایش‌های تحقیقی کم ارزش‌تر گردیدند. این تحقیق به‌صورت گذرا نه، بلکه یک تحقیق عمیق و درخور پسندی باشد که برای شایقین کارا باشد و سود بیش‌تری در پی داشته باشد که این هدف جزء مسایل اصلی تحقیق پنداشته می‌شود. این تحقیق بیش‌تر روی کتاب‌خانه استوار بوده و معمولاً از منابع دست اول که به زبان عربی می‌باشد کار گرفته می‌شود.

بنأ اهمیت این تحقیق در آن نهفته است که مردم این کشور به‌ویژه دانش‌جویان حقوق و شرعیات

به صورت کلی توان و دانش آن‌چنانی ندارند که تسلط کامل به زبان‌های دیگری غیر از زبان پشتو و دری داشته باشند تا بتوانند مشکلات دانش‌جویی و همچنین اختلافات دیدگاهی دانش‌مندان و علمای فقه و حقوق و تفاوت میان این دو نوع مال را بدانند و برای رفع نیازهای خویش از منابع معتبر استفاده نمایند.

اسباب اختیار موضوع

برای اختیار این موضوع دو نوع سبب وجود دارد:

اول، سبب ذاتی

- شوق و علاقه من نویسنده در مورد بحث به نسبت اموال به‌ویژه تفاوت میان مال منقول و مال غیرمنقول؛
- فهم و دانش خود نویسنده در خصوص مال منقول و غیرمنقول و شمار محققین که علاقه‌مند به بحث باشند؛
- علم پیدا نمودن به نکات خاص و پیچیده‌ای که در خصوص مال منقول و غیرمنقول و تفاوت این دو نوع مال از نظر دانش‌مندان وجود دارد و پیدا نمودن یک راه پسندیده برای دانش‌جویان این بحث.

دوم، اسباب موضوعی

- تحقیق مستقیم در راستای اموال منقول و غیرمنقول و تفاوت آن‌ها در پرتو فقه و قانون؛
- دانستن مسایل پیچیده‌ای وارده بر اموال منقول و غیرمنقول رایج در فقه و قانون؛
- ارج‌گذاری به‌چنین یک بحث بزرگ و پسندیده‌ای که هنوز بر آن توجه درستی صورت نگرفته است.

روش تحقیق

این بحث مبتنی بر تحقیق کتابخانه‌ای بوده است و کوشش بر این گردیده است تا نکات کلیدی و اساسی یک تحقیق علمی در رابطه به این بحث استفاده گردد و مفید و سودمند برای خواننده‌گان گرامی واقع گردد.

- در این تحقیق از منابع مهم و ارزش‌مندی مانند کتاب‌های حقوق مدنی استفاده گردیده؛
- القاب مثل دکتر، امام و غیره از ائمه اربعه هم در متن و هم در پاورقی ذکر می‌گردد.

پیشینه تحقیق

در گذشته بحث‌های متعددی روی مال، مال منقول و مال غیر منقول صورت گرفته است و اما آنچه باید می‌شد در زمینه انجام نگردیده است. تحقیق‌های که در زمینه صورت گرفته است به صورت گذرا بوده و یک تحقیق مستقل برای پیدایی اغماض و پیچیده‌گی‌های وارده بر مال منقول و مال غیر منقول صورت نگرفته و نیاز دیده می‌شد که پژوهشی روی مال منقول و مال غیر منقول و تفاوت میان آن‌ها صورت گیرد. نمونه‌های از تحقیق‌های که در گذشته صورت گرفته است:

(۱) مال منقول و غیر منقول، در کتاب حقوق عینی اصلی، از عبدالمجید صمیم؛

(۲) مال منقول و مال غیر منقول، در کتاب اموال و مالکیت از دکتر محمدناصر کاتوزیان، چاپ پنجاه و چهارم؛

(۳) مال منقول و مال غیر منقول، در کتاب شرح مجلة الاحکام العدلیه از سلیم رستم باز لبنانی و دهها مقاله و کتاب دیگری نیز در زمینه مال و مال غیر منقول نوشته شده است و اما آنچه قابل تامل و اندیشه است به زبان‌های رسمی کشور بیرون داده نشده و همین سبب گردید که بار دیگر در مورد تحقیق _____ ق ص _____ ورت گ_____ی _____رد.

فصل اول

مال و انواع آن

مال یک شیء مادی یا معنوی مورد نیاز انسان‌ها چه در زمان گذشته، چه در زمان حال و چه در زمان آینده بوده. و یکی از ضروریات انسان‌ها طی هزار و چند دهه‌ای که از پیدایش انسان‌ها در روی زمین می‌شود، مال پدیده‌ای برای رفع نیازها و مایحتاج انسان‌ها پذیرفته شده است. چون موضوع مورد بحث یک نوعی از مال است، بناً نیاز دیده می‌شود تا نخست از همه مال و انواع آن یکبار مورد بحث و بررسی قرار گرفته شود و سپس وارد شاخه‌های آن گردیم. این فصل در واقع مختص برای مال، انواع مال و تفاوت لفظ مال با الفاظ دیگر می‌باشد که طی دومبحث، مبحث اول برای معرفی مشخص مال و مبحث دوم برای بیان انواع مال، می‌باشد. هر مبحث درجای خود به مطالب و مطالب نیز به حروف الف و ب و هرکدام به شماره‌های یک، دو و ... تقسیم می‌شوند.

مبحث اول-تعریف مال، شرایط مال و الفاظ مرتبط به مال

این مبحث حاوی هشت مطلب می‌باشد که ما در ادامه به بحث و گفتگو درباره هرکدام آن به صورت تفصیلی، می‌پردازیم.

مطلب اول: تعریف مال در لغت و در اصطلاح

الف-مال در لغت: مال کلمه عربی بوده از لغت «مول» گرفته شده و در لغت عبارت از خواسته و آن-چه در ملک کسی یا چیزی که طبع انسان مایل به آن باشد. هر چیزی که در تملک کسی باشد. هر آن-چه در تصرف و در ید کسی باشد. خواسته و ثروت و دولت و توانگری، زر و ملک. آنچه ارزش مبادله داشته باشد.^۱ مال آن‌چه در ملک کسی باشد؛ آنچه ارزش مبادله داشته باشد، دارایی، خواسته.^۲ مال، دارایی، آنچه در ملک شخص باشد و جمع آن اموال.^۳ مال هر چیزی که قابل استفاده، ذخیره و ارزش معاملاتی باشد.^۴

مال در لغت به هر چیزی گفته می‌شود که انسان بالفعل آن را کسب می‌کند و در حیات‌اش می‌آورد، این برابر است که عین باشد یا منفعت مانند طلا، نقره، حیوان، درخت یا منافع باشد مثل، سوار شدن،

^۱ - غیاث الغات، مولانا محمد غیاث الدین، نشر فیضی فیضی کتب‌خانه، بدون تاریخ، ص ۶۰۲؛ و دهخدا، علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۱۳، سال ۱۳۷۷، ۱۶ جلدی، چ ۲، تهران: نشر انتشارات دانشگاه تهران، ص ۱۹۹۸۴.
^۲ - معین، دکتر محمد، فرهنگ فارسی معین، دوره دو جلدی ج ۲، سال ۱۳۸۱، چ ۴، تهران: نشر انتشارات ادنا، ص ۱۵۷۶.
^۳ - عمید حسن، فرهنگ فارسی عمید، یک جلدی، سال ۱۳۸۱، چ ۲۴ و ۲۵، تهران: نشر انتشارات امیرکبیر، ص ۱۰۴۱.
^۴ - پوهنتون کابل، قاموس اصطلاحات حقوقی، سال ۱۳۸۷، کابل: نشر انتشارات وزارت عدلیه، ص ۲۰۹.

پوشیدن و سکونت کردن. اما آنچه در اختیار انسان قرار نداشته باشد در معنی لغوی مال پنداشته نمی‌شود. مثل، پرنده‌ها در هوا، ماهی در زیر آب، درختان کوه و دشت و معادن در زیر زمین.¹

مطلب دوم: مال از دید فقها

الف-دیدگاه احناف در رابطه به مال: ابن عابدین² مال را چنین بیان می‌نماید: «مال عبارت از چیزیست که طبیعت انسان به آن تمایل دارد و می‌توان آن را برای وقت نیاز ذخیره کرد.»³ مال بودن چیزی چنین اثبات می‌شود که عرف همه یا برخی از مردم آن را مال بدانند، ولی برای تقوم (ارزش-مندی و قابلیت بهره‌وری) علاوه از اثبات قید مذکور باید اباحت بهره‌وری از دیدگاه شریعت هم لحاظ شود. مال عبارت از هر شیئی است که مالک در آن حق به‌دست‌آوردن (حیازت) و جمع کردن (احراز) داشته باشد و از آن عادتاً نفع گرفته شود. یعنی در این نظر مال بودن طلب دو عنصر را می‌کند: یک، امکان به‌دست‌آوردن داشته باشد، پس آنچه امکان به‌دست‌آوردن آن ممکن نباشد مال شمرده نمی‌شود، مثل؛ معنویات، علم، صحت، شرف و زیرکی و آنچه سلطه بر آن نباشد مانند مطلق هوا، حرارت آفتاب و روشنی مهتاب مال شمرده نمی‌شوند. دوم، از روی عادت نفع بردن مال ممکن باشد، هر آن شیئی که نفع بردن از آن ممکن نباشد مثل گوشت خودمرده، خوراکی مسموم یا فاسد یا نفع برده شود، ولی نفعی که عادتاً نفع شمرده نمی‌شود نزد مردم مانند دانه گندم، قطره آب و مستی از خاک مال شمرده نمی‌شوند؛ زیرا به‌تنهایی از آن‌ها نفع گرفته نمی‌شود و انتفاع مستمر در حالت عادی است. اما نفع گرفتن در حالت نیازمندی به چیزی مثل، خوردن گوشت خودمرده هنگام گرسنگی بیش از حد، در این صورت شیئی مورد نظر مال محسوب نمی‌گردد، چون این حالت، یک حالت استثنایی است. مالیت ثابت نمی‌شود، مگر به‌عرف تمامی یا بعضی از مردم، از این‌رو شراب و خنزیر مال دانسته می‌شوند برای غیر مسلمانان، چون آن‌ها از آن نفع می‌برند. هرگاه ترک کند بعضی از مردم مال بودن مال را مثل جامه کهنه یا قدیمی، پس ارزش مالیت آن از بین نمی‌رود و اگر از دید تمامی مردم مالیت آن ترک گردید، در این صورت مالیت گذشته بر آن تطبیق نمی‌گردد.⁴

ب-مال از نظر جمهور فقها غیر از احناف: مال عبارت از هر آن شیئی است که قیمت داشته باشد و تلف کننده آن ضامن گردد. این تعریف در قانون نیز موجود می‌باشد و مال هر آن چیزی است که دارای قیمت مالیت باشد.⁵

1 - القاموس المحيط و لسان العرب، مادة (مال)؛ المعجم الوسيط، ج ۲، ص ۸۹۲.
2 - ابن عابدین، محمدا مین بن عمر بن عبدالعزیز بن احمد بن عبدالرحیم بن محمد صلاح الدین (۱۱۹۸-۱۲۵۲ق)، فقیه و پیشوای حنفیان شام، مؤلف کتاب مشهور احناف «ردالمحتار علی الدرالمختار»، مشهور به ابن عابدین می‌باشد. (مقاله ابن عابدین، ج ۴، ص ۱۴۵۲).
3 - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۷، ص ۸.
4 - الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۴۱.
5 - الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۴۲.

مطلب سوم: مال از دید قوانین کشورها

الف-قانون مدنی افغانستان: مال عبارت از عین یا حقی است که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد.¹ قانون مدنی از مال یک تعریف خلاصه و کوتاه نموده است که اگر به اصل مسئله وارد شویم ممکن هدف دل‌پسندی به‌خور خواننده‌گان ندهد، ولی در مواد 473 که چنین صراحت دارد: «اشیائی که به مقتضای طبیعت و یا به حکم قانون مورد داد و ستد قرار گیرد، حقوق مالی بر آن شده می‌تواند.²»، 474 که چنین صراحت دارد: «اشیائی که به مقتضای طبیعت مورد داد و ستد قرار گرفته نتواند عبارت از اشیاییست که هیچ شخصی نمی‌تواند حیات آن را به‌خود اختصاص دهد.³» و 475 که چنین بیان میدارد: «اشیائی که به حکم قانون مورد داد و ستد قرار گرفته نمی‌تواند عبارت از اشیاییست که حقوق مالی بر آن قانوناً مرتب شده نمی‌تواند.» به‌موضوعاتی پرداخته است که به‌خواست طبیعت یا به‌حکم قانون مورد دادستد قرار می‌گیرند یا نمی‌گیرند. در مورد اشیای که مورد داد و گرفت قرار می‌گیرند حقوق مالی را مرتب میداند و در مورد اشیای که مورد داد و گرفت قرار نمی‌گیرند حکم خود قانون مرتب نمی‌گردد.⁴

ب-مجله الاحکام: مال عبارت است از هر آن چیزی که طبیعت انسان تمایل یابد و ذخیره ساختن آن تا وقت ضرورت استفاده ممکن باشد، خواه این شی منقول باشد یا غیرمنقول.⁵ تعریفی که مجله از مال دارد بر بنیاد فقه استوار است. این تعریف ناقص می‌نماید و نقدی بر آن وارد است، چون میوه‌ها و سبزی‌ها در این تعریف جایگاهی ندارند؛ زیرا آن‌ها قابلیت ذخیره کردن را ندارند. البته نگهداری سبزی و میوه توسط یخچال امکان‌پذیر می‌باشد، ولی طبیعت اشیای مذکور چنین است و بدون وسیله امکان نگهداری آن‌ها وجود ندارد. جدا از تعریف مجله، فقها و دانش‌مندان حقوق بر مالیت این دو شی اتفاق نظر دارند. هم‌چنان داروها نیز در زیر چتر این تعریف آمده نمی‌توانند، چون انسان ذاتاً بر آن تمایل ندارد؛ اما با این همه داروها زیر نظر مالیت قرار می‌گیرند. انسان موجودی زیاده‌خواه و فرصت‌طلب است و همیشه در پی دارا شدن می‌باشد و به‌اشیای مباح مانند شکار و درختان دره‌ها و کوه‌ها میلان می‌کند؛ اما این موارد قبل از به‌دست آوردن مال پنداشته نمی‌شوند.⁶

ج-قانون مدنی ایران: قانون‌گذار جمهوری اسلامی روی هر دلیلی که داشته به‌صورت مشخص از مال تعریفی نکرده است، ولی به‌تقسیم اموال پرداخته و وقتی به‌لابلای مواد 872 که چنین صراحت

¹ - وزارت عدلیه، قانون مدنی، جلد اول، ماده 472.

² - منبع قبلی.

³ - منبع قبلی.

⁴ - منبع قبلی.

⁵ - رستم‌باز، سلیم لبنانی، شرح مجله الاحکام العدلیه، جلد ۱، سال ۱۳۰۵ ق، بیروت-لبنان.

⁶ - الزحیلی وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۴۱.

دارد: «اموال غایب مفقود الاثر تقسیم نمی‌شود، مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضاء مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند.¹»، 946 که چنین است: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد²»، 1214 که چنین بیان می‌دارد: «معاملات و تصرفات غیررشید در اموال خود نافذ نیست، مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از این که اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل.³» و 1217 که در زمینه چنین نگاریده شده است: «اداره اموال صغار و مجانین و اشخاص غیررشید به عهده ولی یا قیم آنان است بطوری که در باب سوم از کتاب هشتم و مواد بعد مقرر است.⁴» قانون مدنی مراجعه می‌کنیم از مفهوم این مواد دانسته می‌شود که نویسندگان قانون هم این واژه را در معنی گسترده خود در نظر داشته اند. در این مفهوم واژه «مال» به تمام اشیاء و حقوقی که دارای ارزش اقتصادی است گفته می‌شود. بدین ترتیب، واژه مال در عرف کنونی به دو معنی مادی و حقوقی بکار برده می‌شود:

- 1 - به معنای مادی و محدود، مال به اشیای گفته می‌شود که موضوع داد و ستد حقوقی بین اشخاص قرار می‌گیرد مانند خانه، اتومبیل، فرش و جواهر؛
- 2 - به معنای مجرد و حقوقی که عبارت از حقوق مالی است که به اشخاص امکان انتفاع از اشیاء مادی را می‌دهد مانند حق مالکیت و طلب از دیگران.⁵

مطلب چهارم: مال از دید حقوق دانان

در این مطلب به تعریف مال از دید تنی چند از حقوق دانانی می‌پردازیم که در این رابطه نظر خویش را ارائه نموده اند.

الف- دیدگاه دکتر عبدالرزاق سنهوری: مال عبارت از حقی است که بر شی وارد می‌شود و شی عبارت از محل مال است.⁶ یعنی سنهوری در این تعریف میان مال و شی تفاوت گذاشته و خلاف سایر حقوق دانان محور بحث خویش شی را قرار داده است. یعنی مال از نظر وی حق مالی است و شیء محل آن حق (حق مالی) می‌باشد.

1 - وزارت دادگستری، قانون مدنی.

2 - قانون مدنی، منبع قبلی.

3 - قانون مدنی، منبع قبلی.

4 - قانون مدنی، منبع قبلی.

5 - کاتوزیان دکتر ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، سال ۱۴۰۰، ج ۵۴، تهران: نشر انتشارات میزان، ص 10.

6 - السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی الشرح القانون المدنی الجدید، ج ۲، سال ۲۰۰۲ م، بیروت: نشر شركة دارالشایر، ص 918.

ب-دیدگاه دکتر احمدعلی حمیتی واقف¹: مال عبارت از هر پدیده حقوقی (موجود حقوقی) است که قابلیت تملک را داشته باشد.² دکتر واقف ضمن تعریف مال به این باور است که میان مال و شی تفاوت وجود دارد و اما در کتاب اموال و مالکیت خویش به موضوع دیگری نیز پرداخته است: «اما از فحوی مواد قانون مدنی طوری دانسته می‌شود این قانون فرقی میان مال و شیء قایل نیست؛ زیرا این قانون تعریف و احکام اموال و اشیاء را در ضمن یک فصل یعنی فصل سوم از کتاب اول قانون مدنی و در یکجا ذکر نموده است».³

ج-دیدگاه دکتر سیدحسین صفایی⁴: مال عبارت از آن چیزی است که قابل استفاده بوده و ارزش مبادله اقتصادی و داد و ستد داشته باشد. فرق بین مال و شیء این است که مال همواره دارای ارزش مبادله اقتصادی و قابل تقویم به پول است، ولی شیء ممکن است ارزش مبادله اقتصادی داشته باشد یا نداشته باشد.⁵ حقوق دانان دیگری مانند دکتر ناصر کاتوزیان، جعفر لنگرودی، سیدعلی حائری شاه‌باغ و غیره در کتاب‌های خود هر یک تعریفی از مال نموده اند که این جزوه گنجایش آوردن تمام آن‌ها را ندارد و به همین چند تعریف محدود بس می‌کنیم.

مطلب پنجم: اوصاف مال

از مطالعه کتاب‌ها، تعریفات و متون حقوق مدنی چنین برداشت می‌شود که برای مال اوصافی باشد و آن صفات عبارتند از؛ مال دارای منافع مشروع و عقلایی باشد، قابل اختصاص باشد و ارزش اقتصادی داشته باشد.

الف-مشروع و عقلایی: یکی از صفاتی که برای مال در نظر گرفته شده است «مشروع و عقلایی» بودن آن می‌باشد. مشروع بودن مال در حوزه حقوق خلاف دستور فقه بوده و در این جا وقتی بحثی از مشروع بودن می‌شود بر این معنا حمل می‌گردد، آنچه مال مشروع پنداشته می‌شود که قانون بر آن حکم نموده باشد یعنی قانونی باشد. مشروع بودن هم‌طراز قانونی بودن در این جا است. عقلایی بودن، بر این مفهوم استوار است که آنچه در زیر مجموعه تعریف مال قرار می‌گیرد باید با عقل و منطق انسان سازش داشته باشد و سبب نابودی وی نگردد. مثلاً فروش شراب در کشورهای اسلامی مجاز قانونی ندارد و اما در کشورهای غیراسلامی فروش شراب هیچ اشکالی ندارد و برای آن‌ها مالیت دارد. بنا ما نمی‌توانیم مشروعیت چنین پدیده‌ای را در کشور خویش مشروع بدانیم. همچنان استفاده از

¹ - دکتر احمدعلی حمیتی واقف، دکترای حقوق خصوصی، متولد سال ۱۳۲۸ تهران، وکیل پایه دادگستری و مولف کتب حقوق مدنی که مشهور آن‌ها حقوق اموال و مالکیت می‌باشد. (حقوق اموال و مالکیت، علی حمیتی).

² - واقف دکتر علی حمیتی، اموال و مالکیت، سال ۱۳۸۳ ه. ش، تهران: نشر انتشارات رخسار، ص ۱۵.

³ - منبع قبلی، ص ۱۵.

⁴ - دکتر سیدحسین صفایی، زاده ۱۳۱۲ در قزوین، حقوق‌دان، نویسنده، مترجم و استاد دانشگته ایرانی است. از وی تالیفات زیادی وجود دارد که مشهورترین آن‌ها حقوق شخاص و اموال می‌باشد. (زندگینامه سیدحسین صفایی).

⁵ - صفایی، دکتر سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال، سال ۱۳۸۸ ش، چ ۹، تهران: نشر انتشارات میزان ص 123.

مواد مخدر برای یک «آزمایش‌گاه علمی و فنی» (لابراتور) سودمند است؛ اما قطعاً عقل قبول نمی‌کند که برای یک معتاد موادمخدر فایده‌نه‌چندانی داشته باشد و این خلاف داشته‌های عقلی و قانونی ما پنداشته می‌شود. یا این‌که چیزهای مال محسوب می‌گردند که نفع عقلایی داشته باشند. منظور از نفع عقلایی این است که یک هدف عقلایی را تأمین کنند. البته عقلایی با عاقلانه بودن فرق دارد. خیلی کارها شاید عاقلانه به نظر نیاید اما عقلایی هست. مثلاً نمایش‌های خیالی و دروغین که به تماشا گذاشته می‌شوند، عقلایی اند نه عاقلانه و چون نفع عقلایی دارند، مال گفته می‌شوند. در فقه اسلامی نیز بسیاری از اشیایی که امروزه نفع عقلایی دارند، مال محسوب می‌گردند. مثلاً مدفوع و خون، هرچند در گذشته اعتقاد بر عدم مالیت آن‌ها بود، چون انسان‌ها نمی‌توانستند نفع عقلایی از آن‌ها داشته باشند؛ اما امروزه که چنین نفعی پیدا نموده اند، مال نیز محسوب می‌گردند. نکته دیگر در این مورد این است که لازم نیست نفع عقلایی مورد قبول عرف و عادت باشد. پس مارهایی که رفع نیاز یک مؤسسه داروسازی را می‌نماید، مال است هرچند در عرف و عادت مال نباشد؛ زیرا این نوع اشیاء یک هدف عقلایی را تأمین می‌کنند.¹

ب- قابل اختصاص بودن: خصوصیت دیگری مال «قابل اختصاص» بودن آن می‌باشد. در مال بودن یک چیز لازم نیست که فعلاً به شخص یا اشخاصی تعلق داشته باشد، یعنی ضرورت ندارد که مال حتماً مالک بالفعل داشته باشد و سلطه مالکانه فعلی شخص بر یک چیزی عنصر مال نیست، بلکه امکان اختصاص، کفایت می‌کند و همین که برای چیزی این قابلیت وجود داشته باشد که بتواند به شخص یا اشخاصی تعلق یابد، می‌تواند مال باشد. بنابراین پرندگان وحشی که از یک قاره به قاره دیگر سفر می‌کنند و بالفعل به کسی تعلق ندارند، مال هستند، زیرا در این پرندگان امکان اختصاص به شخص وجود دارد. اما فضا، هوا و نور خورشید که قابلیت اختصاص به شخص را ندارند، مال نیز واقع نمی‌گردند. البته برخی اشیاء مثل شراب، هرچند قابلیت اختصاص در آن‌ها وجود دارد، ولی به دلایل دیگری مثل حکم شرع، آن را در حکم غیر مال قرار داده اند و در نتیجه حکماً مال نیستند نه واقعاً. نکته دیگر در مورد عنصر امکان اختصاص این است که مال بدون مالک هم قابل تصور می‌باشد؛ زیرا چنانچه توضیح داده شد، در مال شمرده شدن یک چیز لازم نیست که فعلاً مالک داشته باشد، بلکه امکان و قابلیت اختصاص در آن کفایت می‌کند. مثلاً مالی که مورد اعراض صاحبش قرار گرفته و فعلاً مالک خاص ندارد. یا حق اختراع و تألیف پس از سپری شدن سال‌های معین، مال گفته می‌شوند و مالیت آن‌ها باقی است؛ اما ملک گفته نمی‌شوند. براین اساس، اصطلاح ملک نسبت به مال

¹ - امینی، محمدعلی، حقوق مدنی دو: اموال و مالکیت، سال ۱۳۹۷ ش، ج ۱، کابل: نشر انتشارات دانشگاه غرjestان، ص ۱۰.

خاص است و صرفاً به اشیایی اطلاق می‌گردد که در تصرف و مالکیت شخص قرار دارد.¹

ج- ارزش اقتصادی داشته باشد: خصوصیت سوم از خصوصیات مال داشتن ارزش اقتصادی است. یعنی وقتی برای ما مال جایگاه مالی دارد که در پهلوی دو ویژگی دیگر، ویژگی سومی را نیز دارا باشد و آن ارزشی است که امروزه بر آن همه‌گی باورمند هستند. به‌اساس دو خصوصیت پیشین که ذکر نمودیم دانه گندم مال پنداشته می‌شود، ولی براساس این خاصیت دانه گندم ارزش مالی ندارد، چون ارزش اقتصادی ندارد. همچنان مثنی از خاک را در نظر بگیریم هم مشروع و عقلایی است و هم قابل اختصاص می‌باشد؛ اما ارزش اقتصادی ندارد، چون از یک مشت خاک هیچ سودی نیست و نمی‌توان چیزی ساخت. پس یک شی زمانی مال پنداشته می‌شود که دارای سه خصوصیت فوق بوده باشد و نیازهای مردم را نیز برآورده بسازد. یا این‌که یک، مال ارزش اقتصادی دارد و در برابر آن پول یا مال دیگر داده می‌شود. بر این اساس، اولاً مال غیر از شی است. مال همواره ارزش اقتصادی دارد، ولی شیء ممکن است ارزش مبادله اقتصادی داشته باشد یا نداشته باشد و بنابراین، هر مالی شیء است ولی هر شیء مال نیست. مثلاً آفتاب و هوا که در داد و ستد به کار نمی‌روند و قابلیت مبادله اقتصادی ندارند و قابل تملک و تقویم به پول نیستند، شیء هستند لیکن مال به شمار نمی‌آیند. دو، معیار و ملاک در ارزش اقتصادی داشتن یک مال، تمایل و رغبتی است که اشخاص برای بدست آوردن چیزی در خود احساس می‌نمایند و ارزشی برای آن چیزی قایل می‌گردند. بنابراین، همانطوری که پول، طلا و جواهرات و سایر اشیایی که نوع مردم برای آن‌ها ارزش اقتصادی قایل اند، مال گفته می‌شوند، به‌همان میزان، اشیایی که در رابطه دو نفر قرارداد ارزش اقتصادی داشته باشد، مثل عکس‌ها و یادگاری‌های خانوادگی، به‌آن مال اطلاق می‌گردد، هرچند که نوع مردم در برابر آن بهایی نپردازند. سه، مال لازم نیست که محسوس و مادی و عین خارجی باشد، بلکه چنانکه ماده ۴۷۳ قانون مدنی نیز به‌آن پرداخته است، حقوقی که ارزش مالی و اقتصادی داشته باشد نیز جزء اموال شمرده می‌شود، هرچند موضوع آن‌ها شیء معین مادی نباشند، مثل حق تألیف و یا طلبی که شخص از دیگری دارد، جزء اموال محسوب می‌گردد.²

¹ - جعفری لنگرودی محمد جعفر، حقوق اموال، سال ۱۳۸۰ ش، چ ۵، تهران: نشر کتابخانه گنج دانش، ص ۳۸.

² - صفایی، دکتر سیدحسین، اشخاص و اموال، ص ۱۲۳.

مطلب ششم: شرایط مال

فقها و حقوق‌دانان برای مال هرکدام شرایطی در نظر گرفته اند که اینک نخست به شرایط مال از دید فقها و سپس از دید حقوق‌دانان پرداخته می‌شود. فقها برای مال سه شرط در نظر گرفته اند که عبارتند از حلال بودن، دور نکردن صاحب مال از اطاعت الله ج و ادای حق الله از مالی که وجود دارد¹. حقوق‌دانان برای مال بودن اشیاء دو شرط در نظر گرفته اند: یک مفید بودن؛ دو، قابلیت خاص نمودن برای شخص را داشته باشد. از دو شرط مذکور چنین برداشت می‌شود که اگر شی یکی از این دو شرط را نداشته باشد مال گفته نمی‌شود و زمانی به اشیاء مال گفته می‌شود که این دو شرط در آن‌ها موجود باشد. مثلاً خوردن گوشت برای تمامی انسان‌ها سودمند است و گوشت حیوانات که از نگاه دینی حلال اند هیچ منع دینی و قانونی در کشورهای اسلامی ندارد؛ اما اگر مسلمانی گوشت خوک یا حیواناتی از این قبیل را میل نمایند، در این صورت هم مشکل دینی و قانونی برایش پیش می‌شود و هم مواد در بدن خوک وجود دارد که سبب بیماری این شخص می‌گردد. یا این‌که این پرندگان وحشی از یک قاره به قاره دیگر سفر می‌کنند و بالفعل به کسی تعلق ندارند، مال هستند؛ زیرا در پرندگان امکان اختصاص به شخص وجود دارد. اما فضا، هوا و نور خورشید که قابلیت اختصاص به شخص را ندارند، مال نیز واقع نمی‌گردند. البته برخی اشیاء مثل شراب و خوک، هرچند قابلیت اختصاص در آن‌ها وجود دارد، ولی به دلایل دیگری مثل حکم شرع، آن را در حکم غیر مال قرار داده اند و در نتیجه حکماً مال نیستند نه واقعاً. نکته دیگر در مورد عنصر امکان اختصاص این که مال بدون مالک هم قابل تصور می‌باشد؛ زیرا چنان‌چه توضیح داده شد، در مال شمرده شدن یک چیز لازم نیست که فعلاً مالک داشته باشد، بلکه امکان و قابلیت اختصاص در آن کفایت می‌کند. مثلاً مالی که مورد اعراض صاحبش قرار گرفته و فعلاً مالک خاص ندارد²

مطلب هفتم: الفاظ مرتبط به مال

برای درک بهتر مال نیاز است تا اصطلاحات که خیلی نزدیک به مال اند مورد بررسی قرار گیرند که در این مطلب آن‌ها مورد بحث می‌باشند.

الف- دارایی و رابطه آن با مال: دارایی یکی از اوصاف شخصیت افراد است. یعنی از زمانی که شخصیت شکل می‌گیرد تا زمانی که از بین می‌رود دارایی دارد و لذا گفته می‌توانیم که دارایی قائم به‌زنده بودن شخص است. دارایی دوبرخش دربر می‌گیرد؛ یک جنبه مثبت که اموال و طلب‌ها می‌باشند؛ دوم جنبه منفی که دیون و تعهدات شامل می‌شود. بنا دانسته می‌شود که دارایی نسبت به مال

¹ - التجویری، محمد ابن ابراهیم ابن عبدالله، مختصر فقه اسلامی فی ضوء قرآن و سنت، ج ۱، سال ۱۴۳۱ هـ.ق، نشر دارالاصدء، ص ۵۸۸.

² - امینی محمدعلی، اموال و مالکیت، ص ۱۰.

عامتر بوده و مال خاص می‌باشد.¹ یعنی بهمال دارایی گفته می‌توانیم؛ اما بهدارایی مال گفته نمی‌توانیم، چون دارایی مال درخود دارد، ولی مال دارایی را درخود ندارد.

ب- مال و ملک و رابطه این دو: ملک بهمالی گفته می‌شود که دارای مالک است. رابطه و تفاوت این دو در این است که هرملکی مال پنداشته می‌شود، ولی هر مالی ملک دانسته نمی‌شود؛ زیرا بهمال‌هایی ملک گفته می‌شود که دارای مالک اند و اما بهمالی که مالک نداشته باشد مباحث گفته می‌شود. یعنی رابطه عموم و خصوص وجود دارد.²

ج- رابطه مال و حق و تفاوت آن‌ها: حق امتیازی است به‌نفع دارنده‌ی آن، قابل استناد در مقابل دیگران که مورد احترام قانون و تضمین حاکمیت است. رابطه حق و مال در این است که اموال دربرگیرنده عین، منفعت و یا حق مالی است. یعنی رابطه‌ای غیر متوازن یا رابطه عموم و خصوص منوجه³ میان این دو گزینه برقرار است.⁴

د- رابطه مال و شی و تفاوت آن دو: هر مالی دارای ارزش مبادله اقتصادی و قابل تقویم به پول است، ولی بعضی اشیاء ممکن است ارزش اقتصادی نداشته باشند. بین شی و مال رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است با این توضیح که هر مال شی است؛ اما برخی اشیاء مال اند و برخی اشیاء مال نیستند مانند هوا و آفتاب که قابل داد و ستد نبوده و ارزش اقتصادی ندارند، شی هستند، ولی مال به حساب نمی‌روند.⁵

¹ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، صص 25 و 26.

² - عبدالله نظام الدین، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، سال ۱۳۹۷ ش، چ ۹، کابل: نشر انتشارات سعید، ص 19.

³ - مثلاً هر حق مال نیست و همچنان هر مالی حق نیست، بلکه برخی اموال حق اند و همچنان برخی حقوق مال می‌شوند. حقوق غیر مالی را داریم حق فسخ و حق شفعه؛ و همچنان حقوق مالی را داریم که به حقوق عینی و حقوق دینی تقسیم می‌شوند.

⁴ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، صص 11 و 12.

⁵ - زرقاء احمد مصطفی، المدخل الفقهي العام، ج 3، سال ۱۹۶۷-۱۹۶۸ م، چ ۹، دمشق: نشر دار لفرکر، ص 232.

مبحث دوم-انواع مال

از این که بحث روی مال است و به صورت کلی باید روی تمامی موارد آن - چه تعریف، ویژه‌گی و یا خصوصیت و چه روی انواع آن - نیاز دیده می‌شود تا مطالبی گردآوری گردد و خواننده از آن سود درخورپسند گیرد. مال از گونه‌های مختلف تشکیل گردیده است و همچنان دارای انواع مختلفی می‌باشد که در این مبحث طی هشت مطلب به انواع آن می‌پردازیم و در قسمت هر تقسیم‌بندی مفاد آن نیز نشانی می‌گردد.

مطلب اول: مال به اعتبار اباحت و انتفاع

در این مطلب روی انواع اموالی بحث صورت می‌گیرد که سود آن‌ها جایز بوده و کدام ملاکی برای منع قراردادن آن‌ها در نظر گرفته نشده است و همچنان گزینه اباحت آن غالب‌تر است به نسبت جنبه‌های دیگر آن و در پایان مال از این لحاظ به دو دسته تقسیم می‌شود؛ الف مال متقوم؛ ب مال غیر متقوم.

الف- مال متقوم: متقوم ریشه در «قوم» دارد که در لغت به معنی مالی است که دارای قیمت باشد.¹ همچنین، متقوم به معنی مال ارزیابی شونده، قابل ارزیابی و ارزش‌پذیر است.² همچنین متقوم به معنی گران‌بها و قیمتی است. از دید فقها مال متقوم عبارت از آن هر شی است که بالفعل محرز باشد و شرع منفعت آن را مباح گردانیده باشد، مثل انواع زمین‌ها، اموال منقول، خوراکی‌ها و مانند آن‌ها.³ همچنین قاعده فقهی نیز در رابطه به اباحت اموال وجود دارد: «الأصل فی الاشیاء الإباحة»؛ یعنی اصل در اشیاء اباحت است و حرام بودن اشیاء حالت استثنایی پنداشته می‌شود.⁴

ب- مال غیر متقوم: عبارت از اموالی است که بالفعل محرز نباشد و یا نفع گرفتن از آن شرعاً مباح نباشد، مگر در حالت ضرورت. مانند مثال‌های ذیل: مثال اول، ماهی در آب و پرند در هوا و معادن در زیر زمین و مانند آن‌ها از جمله اشیای مباحه مثل شکار و گیاه عرفاً غیر متقوم هستند.⁵

مثال دوم، شراب و خنزیر در اساس به مسلمانان شرعاً غیر متقوم هستند، چون نفع گرفتن از این دو برای مسلمان جواز شرعی ندارد، مگر در حالت نیاز و ضرورت و بقدر ضرورت، مانند دفع نمودن گرسنگی شدید یا تشنگی شدید که احتمال مرگ در آن موجود باشد و انسان مسلمان غیر از آن به هیچ چیز دیگری دست‌رسی نداشته باشد. در این صورت مباح دانسته می‌شود که جهت منفعت بهیچ‌یک از دو مورد بالایی که از هلاکت خویش جلوگیری نماید دست‌زند و بخورد تا از مرگ نجات پیدا کند. اما

¹ - القرهداغی علی محی‌الدین، المقدمة فی المال و الاقتصاد و العقد و الملكية، سال ۱۴۰۳ ق، ج ۱، قطر: نشر دارالبشائر، ص 52.

² - طاهری، مسعود انصاری و محمدعلی، دانش‌نامه حقوق خصوصی، جلد 3، سال ۱۳۸۴ ش، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص 1394.

³ - الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد 4، ص 44.

⁴ - عبدالله، حقوق عینی، ص 20.

⁵ - الزحیلی، فقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۴۴.

علمای احناف بر این باورند که شراب و خنزیر برای غیرمسلمانان دارای قیمت اند، چون ما از خوردن و نوشیدن آن دو مورد منع شده‌ایم و آن‌ها اشکالی در این قسمت ندارند. پس اگر کسی یکی از این دو را تلف نماید به باور احناف بر او ضمان لازم می‌گردد و مذاهب غیر حنفی بر این باورند که شراب و خنزیر از جمله مال متقوم نمی‌باشند؛ زیرا غیرمسلمانان دیار ما ملزم به رعایت احکام معاملات اسلامی هستند و به نفع آن‌ها پنداشته می‌شود، آنچه به نفع مسلمین اند و به ضرر آن‌ها دانسته می‌شود، آنچه به ضرر مسلمان‌ها است. همچنان در ماده 127 مجله الاحکام چنین آمده است: «مال متقوم به دو معنی استعمال می‌شود: اول به معنی چیزی که انتفاع از آن جایز باشد؛ دوم به معنی مال محرز و محفوظ. بنابراین، ماهی در بحر مال غیر متقوم است، ولی بعد از شکار در اثر احراز متقوم می‌گردد».¹

ج- فوائد این تقسیم‌بندی: در این تقسیم‌بندی دو فایده دیده می‌شود یا این که مفاد این تقسیم از دو جهت قابل بررسی است: یک، زمانی مال، متقوم دانسته می‌شود که برای تمامی عقود محل عقد قرار گرفته بتواند مانند عقد بیع، عقد اجاره، عقد هبه، عقد عاریت، عقد گرو، عقد وصیت، عقد شرکت و غیره؛ دو، عقد نمودن مال غیر متقوم صحیح نیست به هیچ چیزی، پس بیع نمودن شراب از سوی مسلمان باطل است و اگر عقد شراب از سوی مسلمان صورت گرفته باشد در این حالت بیع فاسد می‌باشد.²

د- ضمانت تلف کردن مال: هرگاه مال از سوی شخصی تلف گردید و مثلی بود، در این صورت مثل بر آن واجب می‌گردد و اگر مال قیمی باشد در این صورت قیمت آن لازم می‌شود. اما مال غیر متقوم مسلمان در صورت تلف شدن ضمانت ندارد. مثلاً اگر مسلمانی شراب را ریخت؛ و یا خنزیر را کشت ضامن نمی‌گردد؛ اما اگر کسی شراب یا خنزیر نمی‌تواند را تلف نمود از دید احناف مکلف به پرداخت قیمت آن می‌شود؛ زیرا به نزد آن‌ها شراب و خنزیر مال متقوم برای غیر مسلمان هستند، چنانچه در صفحه‌ای قبلی در این رابطه وضاحت داده شد.³

مال غیر متقوم در قانون به مفهوم مالی تعبیر گردیده است که طبیعتاً یا به حکم قانون از تعامل مردم خارج گردیده باشد مانند هواء، ابحار و شعاع آفتاب که همه مردم در انتفاع آن شریک هستند و به صورت اختیاری در حیازت یک شخص قرار نمی‌گیرند. همچنان مخدرات و اموال قاچاق و یا اموال دولتی که به حکم قانون تولید، حمل و نقل و خرید و فروش آن‌ها ممنوع می‌باشد و مال متقوم از نظر آن‌ها آنست که در بین مردم دارای قیمت و ارزش باشد. بنابراین معیار متقوم بودن از نظر قوانین

1 - مجلة الاحکام العدلیه.

2 - غزنوی غفور احمد، حقوق عینی، سال ۱۳۹۳ ش، کابل: نشر انتشارات نور محمد احمدی، ص 29.

3 - غزنوی، منبع قبلی.

تعامل مردم وجود قانونی می‌باشد و در فقه معیار متقوم بودن اباحت شرعی و محرز بودن می‌باشد، ولی اگر هدف از قوانین قانون الهی باشد در این صورت تفاوت چندانی با فقه ندارد.¹

مطلب دوم: مال به اعتبار تماثل و عدم تماثل

در این قسمت تحقیق اموال به اساس مثلی و قیمی بودن تقسیم می‌شوند و این تقسیم‌بندی بیش‌تر به اموالی تعلق می‌گیرد که مانند دارند یا قیمت آن‌ها پرداخته می‌شود و اموال در این تقسیم‌بندی به دو دسته: مثلی و قیمی تقسیم می‌شوند.

الف- اموال مثلی: مثلی اسم منسوب به مثل است و مثل در لغت به معنی مانند، نظیر و شبیه می‌آید. در فقه مثلی به چیزی می‌گویند که در تمامی اوصاف اساسی با شی دیگری که ممائل آن فرض شود برابر باشد.² طبق فقه اول ماده 476 قانون مدنی افغانستان که چنین صراحت دارد: «اشیای مثلی آنست که افراد یا اجزای آن باهم یکسان بوده بدون فرق قابل ملاحظه عوض یکدیگر استعمال شده بتوانند». ماده 145 مجله الاحکام اموال مثلی را چنین تعریف نموده است: «مال مثلی آنست که مثل آن در بازار بدون تفاوت چشم‌گیر پیدا شود». اموال مثلی به چهار نوع تقسیم می‌شوند؛ یک مکیلات، دو موزونات، سه عددیات و چهار ذریعات.

یک- مکیلات: مکیلات بر اشیای اطلاق می‌گردد که به پیمانانه خرید و فروش گردند، مانند روغن، برنج و امثال آن‌ها که در گذشته به پیمانانه به فروش می‌رسیدند و بعضی اموالی که امروزه بر اساس لیتر خرید و فروش می‌شود مانند تیل و مبلایل و غیره. ماده 133 مجله الاحکام در تعریف مکیلات چنین بیان میدارد: «کیل و مکیل به اشیای اطلاق می‌گردد که به پیمانانه تعیین گردند»؛

دو- موزونات: اموالی است که بر اساس وزن خرید و فروش می‌شوند مانند شکر، برنج و امثال آن‌ها. ماده 134 مجله الاحکام در تعریف مال وزنی چنین صراحت دارد: «وزنی و موزون عبارت از چیزی است که وزن شود»؛

سه- عددیات: اموالی است که بر اساس عدد به فروش می‌رسند مانند تخم مرغ و امثال آن. ماده 135 مجله الاحکام در مورد تعریف عددیات چنین بیان میدارد: «عددی و معدود آن چیزی است که شمار شود.»؛

¹ - غزنوی، منبع قبلی.

² - وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، جلد 34، سال 1983 هـ ش، 45 ج، چاپ 2، کویت، صص 35 و 36.

چهار-ذریعات: اموالی است که بر اساس ذرع (متر) به فروش می‌رسند مانند تکه و نظیر آن.¹ ماده 136 مجلة الاحکام در این زمینه چنین بیان میدارد: «ذرعی و مذروع آن است که اندازه اش به قیاس ذرع (متر، گز و امثال آن) معلوم گردد».

ب- اموال قیمی: قیمی اسم منسوب به قیم است که جمع قیمت است و در لغت به معنی ارزش و بها است. فقره دوم ماده 135 قانون مدنی در تعریف اموال قیمی می‌گوید: «اشیای قیمتی آن است که افراد آن باهم متفاوت بوده و عوض یکدیگر استعمال شده نتوانند». مال قیمی در فقه: در فقه مال قیمی آن است که مثل آن در بازار پیدا نشود و یا پیدا شود، ولی بین قیمت آن تفاوت وجود داشته باشد مانند افراد حیوان، زمین، خانه، اشجار، قالین، احجار کریمه از قبیل یاقوت و الماس، کتب مخطوطه و مستعمله و غیره.² همچنان ماده 146 مجلة الاحکام مال قیمی را چنین تعریف نموده است: «قیمی عبارت از چیزی است که مثل آن در بازار پیدا نشود و در قیمت آن تفاوت چشم‌گیر وجود داشته باشد».

ج- تغییر مال مثلی به قیمی و برعکس آن: مال مثلی به مال قیمی و مال قیمی به مال مثلی در حالات ذیل مبدل می‌گردند.

یک- انقطاع مال مثلی در بازار: زمانی که موجودیت مال مثلی در بازار منقطع گردد مال مثلی، قیمی می‌گردد؛

دو- اختلاط: در صورتی که دو مال مثلی از دو جنس مختلف مخلوط گردد مانند خلط گندم و جو، خلط مذکور مال قیمی تلقی می‌گردد؛

سه- در معرض خطر قرار گرفتن: در صورتی که مال مثلی در معرض خطر مانند حریق و غرق قرار گیرد قیمت خاص پیدا می‌کند و مبدل به مال قیمی می‌گردد؛

چهار- استعمال: هنگامی که مال مثلی استعمال شود قیمت خاص پیدا می‌کند و مبدل به مال قیمی می‌گردد. برعکس، در بعضی حالات مال قیمی به مال مثلی مبدل گردد. به طور مثال، در حالت کثرت موجودیت مال مثلی در بازار بعد از ندرت آن. پس، زمانی که مال در بازار نادرالوجود باشد و بعداً کثیرالوجود گردد، مال مذکور مال مثلی می‌گردد.³

¹ - الکاسانی، الحنفی الامام علاءالدین ابی بکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بدون تاریخ، ۵ ج، پشاور: چاپ مکتب حقایقه، جلد 6، ص 143.

² - عبدالله، حقوق عینی، ص 31.

³ - مصطفی احمد زرقا، المدخل الفقهي العام، ج 3، صص 132 و 133؛ القردهاگی محی‌الدین علی، المقدمه فی المال و الاقتصاد و الملكية

د-فایده تقسیم: فایده این تقسیم‌بندی اینست که هرگاه شخصی مال مثلی غیر را تلف نماید، مکلف به پرداخت ضمان مثل آن می‌باشد. ولی در صورتی که مال قیمی باشد تلف کننده مکلف به پرداخت قیمت آن می‌باشد. به‌طور مثال، هرگاه شخصی موبایل آیفون 7 شخص دیگری را تلف نماید، مکلف به تهیه موبایل آیفون 7 به شخص متلف است. اما هرگاه شخصی موتور بنز 1960 شخص دیگری را از بین ببرد، باید جبران خسارت آن را به متلف بدهد؛ زیرا امکان دارد موتور بنز 1960 در بازار پیدا نشود.

مطلب سوم: مال به اعتبار بقاء و عدم بقاء

گونه دیگری که مال تقسیم گردیده است عبارت از منقسم شدن آن به اساس بقا و عدم بقاء آن می‌باشد که در این تقسیم‌بندی مال از لحاظ یک‌باره مصرفی و چندباره مصرفی آن تقسیم می‌گردد و در این تقسیم‌بندی به دو دسته تقسیم می‌شود؛ الف اموال استهلاکی، ب اموال استعمالی.

الف-مال استهلاکی: استهلاکی منسوب به استهلاک است. استهلاک از ریشه «هلاک» گرفته شده است که در لغت به معنی تلف شدن، از بین رفتن و نیست شدن است. طبق ماده 477 قانون مدنی که چنین صراحت دارد: «اموال استهلاکی آن است که انتفاع از آن بدون استهلاک آن ممکن نباشد». از نص ماده چنین بر می‌آید که اموالی استهلاکی به اموالی گفته می‌شود که انتفاع از آن بدون استهلاک اصل شی قابل استفاده نباشد. شماری از فقها و حقوق‌دانان بر این باور اند: اموال استهلاکی عبارت از اموالی است که با انتفاع از آن، عین آن از بین برود، مانند طعام، نوشیدنی، چوب، اوراق کتاب‌ها و نظیر این‌ها.¹

ب-مال استعمالی: استعمالی منسوب به استعمال است. استعمال در لغت به معنی کاربرد، استفاده کردن، مصرف کردن و به کار بردن است. طبق ماده 477 قانون مدنی: «اموال استعمالی آنست که با انتفاع مکرر، عین باقی بماند». از نص این ماده دانسته می‌شود که مال استعمالی به شرطی می‌باشد که با نفع گرفتن مکرر (بارها، مستمر) عین (ذات/نفس/رقبه) آن باقی بماند. بنابراین، اگر استفاده مکرر از مال ممکن نباشد و یا عین مال با استفاده مکرر از بین برود، مال استعمالی نیست. فقها و حقوق‌دانان در تعریف مال استعمالی می‌گویند: مال استعمالی عبارت از مالی است که با انتفاع از آن عین آن به حالت قبلی باقی میماند، مانند عقارات، مفروشات، لباس، کتاب‌ها و نظیر این‌ها. به عبارت دیگر مال استعمالی عبارت از مالی است که عین آن با وجود استعمال مکرر آن باقی میماند، مانند

والعقد، صص ۴۲ و ۴۳.
¹ - القردهاگی علی محی‌الدین، المقدمة فی المال و الاقتصاد و الملكية و العقد، ص 50.

اشجار، عقارات، موترها، لباس‌ها و امثال آن‌ها.¹

ج- فواید این تقسیم: یک، برخی عقود وجود دارد که تنها اشیای استعمالی می‌تواند محل آن قرار بگیرد، مانند عقد عاریه که نمی‌تواند موضوع آن اشیای استهلاکی باشد. بنابراین، عین مستعار باید مالی باشد که با استفاده آن عین آن از بین نرود. همچنین در عقد اجاره عین مستاجر باید استعمالی باشد؛ زیرا بعد از انقضای عقد اجاره عین مستاجر باید دوباره به‌مؤجر مسترد گردد. بنابراین، اگر عین مستاجر استهلاکی باشد، با استفاده عین آن از بین می‌رود و مستأجر نمی‌تواند آن را دوباره به‌مؤجر باز گرداند.

دو، موضوع عقد قرض معمولاً اشیای استهلاکی است؛ زیرا عقد قرض عقدی است که قرض دهنده متعهد می‌شود که مالکیت مبلغ معینی پول و یا هر شیئی مثلی دیگری را به‌قرض گیرنده منتقل کند، به‌این منظور که قرض گیرنده در زمان مقرر مثل آن را از حیث مقدار، نوع و وصف به‌وی باز گرداند. بنابراین، اموال استهلاکی معمولاً در عقد قرض محل قرض قرار می‌گیرند.²

سه، برخی حقوق وجود دارد که صرف بر اشیای استعمالی تعلق می‌گیرد، مانند حق انتفاع. به‌موجب حق منفعت شخصی، مالک حق منفعت شخصی از عینی که رقبه آن مالک دیگری است نفع می‌گیرد و در نهایت آن را به‌مالکش باز می‌گرداند. در صورتی‌که در حق انتفاع شیئی استهلاکی باشد، منتفع نمی‌تواند دوباره آن را به مالک باز گرداند. از آنچه گفته شد به‌این نتیجه می‌رسیم که هر یک از مال استهلاکی و استعمالی ممکن است موضوع نوع معین از عقود قرار گیرد. بنابراین اموال استهلاکی می‌تواند موضوع عقود قرار گیرد که هدف آن استهلاک مال باشد نه استعمال آن مانند قرض و اموال استعمالی می‌تواند موضوع عقدی قرار گیرد که هدف آن استعمال مال باشد نه استهلاک آن مانند اجاره، عاریت و غیره.³

مطلب چهارم: مال به‌اعتبار قبول ملکیت و عدم قبول ملکیت

اموال به‌نسبت این‌که در ملکیت افراد آمده می‌توانند یا نه دارای انواع متفاوتی است. یک‌سری اشیاء دست‌کم در اختیار افراد قرار گرفته تا این‌که مورد پسند و استفاده اشخاص قرار بگیرد؛ اما هنوز اشیای وجود دارند که در ملکیت اشخاص نبوده یا به‌اساس دلایل و براهینی که وجود دارند نمی‌تواند در قید اختیار اشخاص قرار گیرد و زیر عنوان‌های جداگانه‌ای گردآوری شده اند که نیاز دیده می‌شود بر آن‌ها پرداخت و چرایی و چگونگی این موضوع را پیدا نمود. این اموال در کل به‌سه دسته تقسیم

¹ - الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد 4، ص 42.

² - السنهوری عبدالرازق احمد، الوسیط، جلد 8، صص 85 و 86.

³ - عبدالله، حقوق عینی، ص 34.

می‌شوند، الف اموال خصوصی، ب اموال دولتی، ج اموال عامه که به هر یکی ضمن شماره‌های جداگانه پرداخته می‌شود.

الف- مال خصوصی: به اساس ماده 481 قانون مدنی افغانستان: «اموال متعلق به ملکیت افراد، اموال خصوصی [...] پنداشته می‌شود». از متن این ماده چنین بر می‌آید که هر مالی به اساس یکی از اسباب کسب ملکیت مانند عقد، ارث، وصیت، جبران خسارت و غیره که تحت ملکیت یک شخص درآید، مال خصوصی پنداشته می‌شود. همچنان ماده 7 فرمان شماره 83، مورخ 1382/8/18، رئیس دولت انتقالی افغانستان درباره املاک می‌گوید: «املاک شخصی آنست که ملکیت اشخاص شرعاً و قانوناً بر آن ثابت باشد. ملکیت شخصی توسط اسناد معتبر شرعی و قانونی ثابت می‌گردد، مشروط بر این که مبطل آن موجود نباشد». طبق نص این ماده ملکیت افراد بر اموال توسط اسناد قانونی صورت می‌گیرد. سند قانونی تا زمانی کارگر می‌باشد که در برابر آن باطل کننده‌ای موجود نباشد.¹

ب- اموال عامه: طبق ماده 481 قانون مدنی: «اموال متعلق به ملکیت افراد، اموال خصوصی و اموالی که متعلق به ملکیت افراد نبوده و برای منافع و مصالح عامه تخصیص یافته باشد، اموال عامه پنداشته می‌شود». از نص این ماده معلوم می‌شود هر مالی که متعلق به افراد خصوصی نباشد و برای منافع عامه تخصیص یافته باشد، اموال عمومی پنداشته می‌شود. برای اموال عامه تحقق دو شرط لازم است: اول این که مال متعلق به ملکیت افراد نباشد؛ و دوم این که مال برای منافع و مصالح عامه تخصیص یافته باشد. مصالح جمع مصلحت است که در لغت به معنی هر آن چه موجب آسایش و سود باشد است که متضاد مفاسد می‌باشد. در اصطلاح حقوقی مصالح عامه، مصلحتی است که نفع آن به اکثر افراد جامعه می‌رسد مانند راه عامه، خط آهن و غیره. در حقوق برخی کشورها به ویژه آلمان ملکیت عامه عبارت از اشیای است که منحصر برای استفاده عموم مردم وجود دارند که شامل سرک‌ها، تفریح‌گاه‌ها، وسایل دفتر کارمندان دولت، تاسیسات عامه و اموال نمایش‌گاه‌ها در موزیم‌های عامه می‌شود.²

ج- اموال دولتی: قانون‌گذار قانون مدنی با اقتباس قوانین مصر و فرانسه اموال را با توجه به این که متعلق به افراد است و یا عموم مردم به اموال خصوصی و اموال عامه تقسیم‌بندی نموده است و طبق قانون مدنی اموال دولتی از مصادیق و انواع اموال عامه است. به نظر می‌رسد دلیل این قاعده این است که از اموال دولت هم عموم مردم نفع می‌برند و اموال دولت برای منافع و مصالح عامه

¹ - عبدالله، حقوق عینی، ص 35.

² - عبدالله، حقوق عینی، منبع قبلی.

تخصیص یافته است نه برای تحقق منافع و مصالح فرد خاص. بنابراین، از اموال دولتی فرد خاص به منظور تحقق اهداف شخصی استفاده کرده نمی‌تواند که بسیار مناسب و توجیه‌پذیر به نظر می‌رسد.¹

مطلب پنجم: تقسیم اموال به اعتبار مادی و غیر مادی بودن

مال به اساس این که قابلیت لمس را دارد یا ندارد به دو دسته می‌شود؛ الف مال مادی، ب مال غیرمادی (معنوی) که به صورت کلی به هر دو نوع آن می‌پردازیم.

الف- مال مادی: مال مادی آنست که وجود خارجی دارد و می‌توان به آن اشاره نمود، مانند این خانه، آن چراغ موتر و این کتاب.²

ب- مال غیرمادی: مال غیرمادی عبارت از مالی است که محسوس نیست و نمی‌توان به آن اشاره کرد، ولی وجود دارد. مال غیرمادی همان حقوق مالی است. این حق خودش مال است، خواه بر مادی اعمال شود، مانند حق سرقفلی که در ملک تجاری برای مستأجر ایجاد می‌شود یا بر مال غیرمادی مانند حق تألیف و ترجمه و از این قبیل.³

این تقسیم‌بندی را ابتدا قانون مدنی فرانسه با اقتباس از حقوق روم ابداع نموده است و سپس وارد حقوق دیگر کشورها شده است. در حقوق فرانسه شماری نویسندگان بر این نظر اند که اموال مادی شامل اشیای مادی مانند زمین و ... می‌شود. اموال غیرمادی شامل تعداد زیادی از اموال و اشیای غیر مادی مانند قروض، سهام، حقوق ملکیت معنوی، اختراعات و ... می‌شود.⁴

ج- فایده این تقسیم‌بندی: اهمیت و ارزش این تقسیم‌بندی در این است که اموال مادی در حقوق عینی و اموال غیرمادی (معنوی) در حقوق مالکیت‌های معنوی که یک رشته جدیدی از حقوق مدنی می‌باشد، مورد بحث قرار می‌گیرند.

مطلب ششم: تقسیم اموال به اعتبار تجزیه و عدم تجزیه

گاهی اوقات اموال به اساس پیدا نمودن رابطه تجزیه‌پذیری و تجزیه ناپذیری نیز تقسیم می‌شوند و در این تقسیم‌بندی دو نوع مال قابل بحث می‌باشد؛ الف مال تجزیه‌پذیر؛ ب مال تجزیه ناپذیر که ذیلاً به بررسی گرفته می‌شود.

الف- اموال تجزیه‌پذیر: این اموال عبارت از اموالی هستند که قابلیت تکه تکه شدن به اجزای کوچک‌تر را دارند و بدون این که خلایق در اصلیت آن وارد آید پارچه پارچه می‌شوند. این اموال

¹ - عبدالله، حقوق عینی، ص 40.

² - صمیم عبدالمجید، حقوق عینی اصلی، سال ۱۳۹۶ ه. ش، کابل، نشر انتشارات مستقبل، ص 52.

³ - صمیم، منبع قبلی.

⁴ - عبدالله نظام‌الدین، حقوق عینی، ص 40.

هیچ‌گاه قابلیت استفاده از خویش را از دست ندهند و هرچند کوچکتر باشند به‌همان اندازه قابل استفاده می‌باشند و برای دارنده‌گان آن مفاد میدهد، یک جوره کفش؛

ب- اموال تجزیه ناپذیر: مال تجزیه ناپذیر عبارت از مالی است که قابلیت تجزیه یا تکه تکه شدن به‌جزای کوچکتر از خود را ندارد و در صورت پارچه نمودن احتمال خلاء در اصلیت آن دیده می‌شود و ممکن از استفاده برآید و برای دارنده‌گان آن سودی نداشته باشد، مثل زمین و مانند آن.¹

گاهی اوقات اموال از نظر مادی تجزیه می‌پذیرد؛ اما از لحاظ حقوقی این وضعیت پذیرفتنی نمی‌باشد. شهرداری (شاروالی) سند تفکیک به‌پلاک‌هایی میدهد که دست‌کم 200 متر باشند حالا اگر ما یک پلاک 250 متری را در نظر بگیریم و کاربردش مسکونی باشد نمی‌توانیم به‌دو عدد پلاک 125 متری تقسیم کنیم (هرچند که می‌توان وسط آن‌ها یک دیوار کشید از لحاظ مادی؛ اما از نظر حقوقی این زمین قابل تفکیک نیست). همچنان یک اسب از لحاظ مادی قابل تقسیم نیست، نمی‌توان گفت به‌جای ده میلیون طلب سر و گردن اسب مال من؛ اما می‌توان گفت از نظر حقوقی صاحب مشترک آن باشیم، مثلاً یک سوم این اسب مال من و ما در اسب شریک هستیم. بر فرضی شخصی به‌دیگری می‌گوید برای من موتری بخر، حق کار ترا نیز میدهم، هنگام تحویل موتر فرد اجرای تعهد خویش را متصل می‌کند به‌اجرای عهد دیگری و می‌گوید هرگاه پول من را دادی موتر ترا میدهم؛ ممکن است فرد بگوید تو موتر 50 هزار را گرفتی به 500 هزار، بله چون معامله تجزیه ناپذیر است، اگر تجزیه‌پذیر بود من اجرت خود را بر میداشتم و مال تو را میدادم.²

ج- فایده این تقسیم‌بندی: مفاد این تقسیم در تنفیذ صلاحیت می‌باشد. مثلاً شخصی خانه‌ای که متعلق به‌شخص دیگری بوده برای شخص سوم می‌فروشد در این‌صورت فروشنده، چون فرد دیگری است (معامله فضولی رخ میدهد)، در این‌صورت مالک حق دارد به‌عنوان تنفیذ یا رد معامله، اگر معامله را تنفیذ نماید معامله صحیح و نافذ می‌گردد و اگر رد نماید باطل. حال مالک خانه می‌میرد و سه وارث دارد، این حق به‌ورثه وی منتقل می‌گردد، حال یکی آن‌ها موافق تنفیذ و دو تن دیگر آن‌ها مخالف آن می‌باشند، اگر بگوییم یک نفر قبول کند و دو نفر رد کنند نیاز به این است که حق تنفیذ قابل تجزیه باشد، اگر قابل تجزیه باشد نمی‌توانیم تفکیک کنیم میان صاحبان حق. پس در این‌جا به این‌صورت عمل می‌کنیم که دو سوم می‌گویند تنفیذ نمی‌کنیم و رد می‌شود و خریدار مالک یک سوم خانه می‌شود، ممکن است خریدار بگوید من کل ملک را می‌خواستم و رد کند و ممکن هم است که مالک یک سوم

¹ - ولویون دکتر رضا، جزوه مدنی دو: اموال و مالکیت، بی تا، تهران: نشر انتشارات میزان، ص ۵۶.

² - منبع قبلی، ص ۵۷.

شود و بپذیرد.¹

مطلب هفتم: تقسیم مال به اعتبار مالک آن

در یک تقسیم‌بندی دیگر اموال به دسته‌هایی تقسیم می‌شوند که در آن اموال یا مالک ندارند (مباحات) یا نمی‌توانند به ملکیت کسی خاص شوند و مالکیت آن‌ها به عموم جامعه متعلق می‌باشد (مشترکات عموم) و یا این‌که مالک خاص دارند، ولی دانسته نمی‌شود مالک اصلی آن چه کسی پنداشته می‌شود (مجهول المالک) می‌باشند که به هر یکی پرداخته می‌شود.

الف- مشترکات عموم: مشترکات عموم اموالی هستند که متعلق به عموم می‌باشند و مالک خاصی برای آن‌ها نیست، از قبیل جاده‌ها و خیابان‌های عمومی، کوچه‌هایی که آخر آن‌ها مسدود نیست، پل‌ها و سدها و باغ‌های عمومی، تاسیسات دولتی آب، برق، تلفن و تلگراف، همچنین قنوات‌ها و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم است. اموال مشترکات عموم دارای دو خصوصیت می‌باشند: یک، تملیک خاص آن‌ها ممنوع می‌باشد؛ یعنی افراد نمی‌توانند آن‌ها را تملک نمایند. به همین دلیل اموال عمومی قابل توقیف از سوی بستان‌کاران دولت نیستند. هدف از توقیف مال، فروش و انتقال آن به منظور استیفای طلب است و توقیف مالی که قابل انتقال و تملک خصوصی نیست کاری بیهوده است که این هدف را تأمین نمی‌کند؛

دو، استفاده انحصاری از آن‌ها نیز ممنوع است. مثلاً هیچ‌کس نمی‌تواند یک باغ یا سرک عمومی را به استفاده شخص خود اختصاص دهد و دیگران را از استفاده از آن باز دارد. این معنی را که در قانون مدنی به آن تصریح نشده، از عنوان «عمومی» این اموال می‌توان استنباط کرد. اموال مزبور را بدان جهت عمومی می‌گویند که متعلق به عموم است و هیچ‌کس حق استفاده انحصاری از آن‌ها ندارد.

در حقوق فرانسه، اموال عمومی را غیر قابل انتقال به افراد و غیر قابل مرور زمان به‌شمار می‌آورند: افراد نمی‌توانند از هیچ طریقی - چه از طریق معامله و چه از طریق مرور زمان - به‌چنین حقی دست‌یابند. اموال عمومی مربوط به افراد حقوقی یا عموم افراد می‌شود یا به دولت‌ها اختصاص دارد که این موضوع درج قانون مدنی ایران نیز گردیده است. میان مشترکات عمومی و سایر اموال دولتی که برای مصالح عمومی نیستند فرق دیده می‌شود. در حقوق فرانسه برای این دسته‌ای از اموال دولتی، اموال خصوصی دولت می‌گویند. منظور از اموال خصوصی دولت این است که برای استفاده عموم نیست. اشخاص حقوقی حقوق عمومی مانند اشخاص خصوصی، برای کسب منفعت آن‌ها را تملک و تصرف می‌کنند؛ مثل اراضی موات، کارخانه‌های دولتی، اموال فروش‌گاه‌ها و شرکت‌های

¹ - منبع قبلی، ص ۵۱.

دولتی. این دسته اموال تابع مقررات مشترکات عموم نبوده، بلکه مانند اموال خصوصی افراد قابل انتقال و تملک هستند و حق دولت بر آن‌ها شبیه حق مالکیت افراد نسبت به سایر اموال است، هرچند ممکن است تصرفات دولت، در آن‌ها به موجب قوانین، محدود شده باشد.¹

ب- مباحات: مطابق ماده 27 قانون مدنی ایران، مباحات اموالی هستند که ملک اشخاص نمی‌باشند و افراد مردم می‌توانند آن‌ها را مطابق قانون تملک و یا از آن‌ها استفاده کنند، مانند اراضی موات یعنی زمین‌هایی که معطل افتاده و سابقه آبادی و احیاء نداشته باشند یا حیواناتی که مالک ندارند.

تفاوت میان مباحات و مشترکات عمومی این است که دولت یا اشخاص حقوقی حقوق عمومی مالک مشترکات عمومی هستند و اشخاص خصوصی نمی‌توانند مالک آن‌ها گردند؛ در حالی که مباحات مالکی ندارند، هرچند تحت نظر دولت می‌باشند و دولت می‌تواند به موجب مقررات آن‌ها را تملک کند یا به دیگران اجازه دهد که با شرایطی آن‌ها را تملک نمایند. ماده 92 قانون مدنی ایران چنین مقرر می‌دارد: «هرکس می‌تواند، با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات، از آن‌ها استفاده نمایند».²

ج- اموال مجهول المالک: اموال مجهول المالک اموالی هستند که در ملکیت اشخاص هستند، ولی مالک آن‌ها معلوم نیست و اعراض وی نیز مسلم نمی‌باشد (چنانچه اعراض مالک مسلم باشد مال جزء مباحات به‌شمار می‌آید). این موضوع معمولاً در اثر جنگ‌های خان‌مان‌سوزی پیش می‌آید که مردم از ترس جنگ و درامان نماندن خود از تمامی دار و ندار خویش گذشته و راهی دیاری دیگری می‌گردند یا این‌که هراس از بیماری، سیل و امثال آن راهی دیگری در پیش می‌گیرند و اموال آن‌ها بدون سرپرست باقی می‌ماند. ماده 28 قانون مدنی ایران: «اموال مجهول المالک با اذن حاکم یا مأذون از قبل او به‌مصارف فقرا می‌رسد». اموال مجهول المالک شامل اشیای پیدا شده و حیوانات ضاله نیز می‌گردد.

اشیای پیدا شده شامل دو نوع می‌باشد: یک، اشیای که قیمت آن‌ها کمتر از یک درهم باشد که در این‌صورت به‌اساس ماده 162 قانون مصوب 1370 ایران، مال از جمله مباحات پنداشته می‌شود و شخص بدون تشریفات آن را تملک کند؛ دوم اشیای که قیمت آن‌ها از یک درهم بیش‌تر باشد در این‌صورت پیدا کننده باید یک‌سال، برحسب مقتضیات زمان و مکان، تعریف یعنی آگهی کند. در مدت متذکره اگر صاحب آن پیدا نشد شخص می‌تواند آن را امانت نگهدارد یا این‌که تصرف و تملک

¹ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، صص 68 تا 73.

² - کاتوزیان، اموال و مالکیت، صص 73 و 75.

نماید¹.

حیوانات ضاله، طبق ماده 170 قانون مدنی ایران: «حیوان گم‌شده (ضاله) عبارت از حیوان مملوکی است که بدون متصرف یافت شود، ولی اگر حیوان مزبور در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شود یا متمکن از دفاع خود در مقابل حیوانات درنده باشد، ضاله محسوب نمی‌گردد».

مطلب هشتم: مال به اعتبار استقرار و عدم استقرار

در این تقسیم‌بندی اموال به اساس این که قابلیت انتقال از یک مکان به مکان دیگر را دارند یا ندارند مورد نگرش قرار می‌گیرند. در این قسمت اموال نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند: اموال منقول و اموال غیر منقول (عقار) که اساس و بنیاد این تحقیق روی همین دو نوع مال می‌چرخد. این اموال در اینجا تنها به عنوان یک نوع اصلی از مال مورد بررسی قرار گرفته است و موارد اساسی و بنیادین آن در فصل دوم و تفاوت این دو نوع در فصل سوم به تفصیل بیان خواهد، گردید. قسمی که از نام و عنوان تحقیق برمی‌آید، هدف اصلی و اساسی تحقیق روی همین دو عنوان گره خورده است و بقیه تقسیماتی که تا این دم صورت گرفتند صرف جهت یادآوری بودند.

¹ - صفایی دکتر سیدحسین، اشخاص و اموال، صص 161.

فصل دوم

اموال منقول و غیر منقول

مال دارای انواع متفاوتی بود که در فصل گذشته به صورت گذرا روی هر موضوعی آن پرداخته شد و از هر کدام تعریف و تصنیف جداگانه‌ای داده شد. از این که محور اصلی و بنیادین تحقیق مال منقول و مال غیر منقول می‌باشد، در این فصل مال منقول و مال غیر منقول به بحث و بررسی گرفته می‌شود. این تحقیق مبتنی بر تحقیق کتابخانه‌ای-تحلیلی بوده، بیش تر کوشش برای پیدایی و رمزگشایی موضوعاتی پیچیده و کم‌پیدایی گردیده است که برای دنبال کننده‌گان این عنوان کارساز واقع گردد. با آن که هنوز اوضاع تحقیقی شفاف نگردیده است و هنجارهای زندگی زنگ خطر می‌زند باز هم دانش و فهم روز پسند ایجاب می‌کند تا یک تحقیق کارگر در این راستا گردیده باشد که این ویژه‌گی را دارد و مهم‌ترین مشخصه تحقیق در این فصل پرداختن به موضوعات مهم و تازه می‌باشد.

مبحث اول-تعریف مال منقول

به نسبت این که اموال در کل و مال منقول و مال غیر منقول در خصوص خویش از سوی فقهاء، دانش‌مندان و دکترین فقه و حقوق تعریف‌های متفاوتی شده اند. در این بحث به خاطری تعریف جمع ذکر گردیده است که اموال منقول و غیر منقول یک تعریف مشخص و درستی نداشته و هر فقیه یا دانش‌مند از آن‌ها به تعبیر خود تعریف نموده است که ذیلاً به بررسی تعاریفات دست‌شماری از آن‌ها پرداخته می‌شود و این مبحث برای این خاص تعریف‌ها گردیده است که بیش‌ترین تعاریفات در خصوص مال منقول و مال غیر منقول صورت گرفته است.

مطلب اول: مال منقول در لغت

منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال دادن است.¹ یا به معنی نقل شده، جابه‌جا شده، روایت شده. آنچه قابل نقل باشد و بتوان آن را از جایی به جای دیگر برد.² منقول نقل کرده شده و جابجا کرده شده؛ از جایی به جایی برده شده؛ نقل شده و حکایت شده و خبر داده شده و روایت شده.³ منقول نقل شده، جابجا گردیده؛ روایت شده. آنچه که روایت شود از پیشوایان دین و آن شامل اخبار و احادیث است؛ آنچه قابل حمل و نقل باشد؛ کلمه‌ای که از معنی لغوی خود به معنی دیگری نقل شده و در معنی دوم به طور حقیقت و بدون قرینه استعمال گردد، مانند کلمه «نماز»⁴ و

¹ - القاموس المحيط، مادة المال.

² - عمید حسن، فرهنگ فارسی، ص 1127.

³ - اکبر علی دمخدا، فرهنگ فارسی دهخدا، ج 14، ص 21696.

⁴ - نماز در لغت به معنی خم شدن و تعظیم کردن است و بعداً به معنی عبادت مخصوص مسلمانان بطور حقیقت استعمال شده. (دهخدا)

منقول یا اصطلاحی است یا شرعی و یا عرفی.¹ منقول حالتی که اشیای ماحول قابل انتقال باشند و بذات آن صدمه عاید نگردد.² بنابراین مال منقول به مالی گفته می‌شود که بدون خرابی و تغییر شکل دادن قابل نقل و انتقال باشد.

مطلب دوم: مال منقول از دید فقها

الف- فقهای حنفی و حنبلی: از دید فقهای حنفی و حنبلی مال منقول عبارت از: هر آن مالی است که نقل و تحویل آن از یک جای به جای دیگر ممکن باشد و شامل نفود، عروض، حیوان و مانند این‌ها؛ یعنی اموال مثلی و قیمتی و دربرگیرنده کشتی‌ها، چرخ‌بال‌ها و موترهای امروزی نیز می‌شود.

ب- برای مالکيه و شافعيه: منقول عبارت از آن شی است که نقل و انتقال آن از یک جای به جای دیگر ممکن باشد بدون ایجاد تغییرات جدید در آن مانند، کالاها، کتاب‌ها، موترها و غیره.³

مطلب سوم: مال منقول از دید قوانین

پیداست که هر کشور یا هر نظام حقوقی از خود تعریف جداگانه‌ای در مورد اموال نموده است و برداشت‌های قانون‌گذاران تفاوت می‌نماید؛ اما به نسبت این‌که قوانین افغانستان و ایران از نگاه ساختاری و منشأ پیدایش قواعد حقوقی شبیه قانون فرانسه می‌باشند و همچنان یکی از بنیادهای حقوقی «کود ناپلیون» پنداشته می‌شود، بنا بر این‌جا نیز به تعریف قوانین داخلی و قانون دوکشور (ایران و فرانسه) پرداخته می‌شود تا پیچیده‌گی موضوع بیش‌تر واضح گردد.

الف- قانون مدنی افغانستان: این قانون در ماده 478 خویش چنین بیان میدارد: «عقار اشیایی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن غیر ممکن باشد. اشیایی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می‌شود» یا در ماده 480 خویش چنین نگاشته شده است: «هر حق عینی مربوط به عقار و هر دعوا متعلق به آن عقار شناخته شده، حقوق مالی غیر آن از جمله اموال منقول محسوب می‌گردد». قانون‌گذار افغانستانی به تعریف مستقیم درباره مال منقول نپرداخته، ولی با ذکر مال غیر منقول آن را تعریف نموده است که زمانی مال منقول پنداشته می‌شود که دارای اوصاف مال غیر منقول نباشد و در کل باید هنگام انتقال آن تغییرات جدی در اصلیت آن وارد نگردد.

ب- مجلة الاحكام العدليه: مجلة الاحكام العدليه در ماده 128 خود به تعریف مال منقول پرداخته است و چنین بیان می‌نماید: «منقول همان شی است که امکان نقل آن از یک محل به جای دیگری موجود باشد و شامل نفود، اموال، حیوانات، مکيلات و موزونات می‌گردد.» نویسندگان مجلة نسبت به سایر

¹ - معین دکتر محمد، فرهنگ فارسی معین، دوره دو جلدی ج ۲، ص ۱۸۳۷.

² - پوهنتون کابل، قاموس اصطلاحات حقوقی، سال ۱۳۸۷، ص ۲۴۵.

³ - بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۲۵۴.

قانون‌گذاران پا را فراتر گذاشته و در تعریف خویش ضمن تعریف کلی به موضوعات انگشت‌شماری اشاره نموده و به‌صراحت نگاشته است که مال منقول مشمول آن موضوعات می‌باشد. همچنان ماده فوق در زیر مجموعه خود خانه‌ها و درختان مردم که در زمین وقف یا دولتی واقع شده باشد را دارد. اما برای بناها و درختان دو اعتبار است: یک به‌تابعیت غیرمنقول پنداشته می‌شود؛ دوم به‌اعتبار خود آن‌ها بدون زمین منقول شمرده می‌شوند. در ماده فوق از مذروعات و عددیات نام‌برده نشده، برای این‌که آن دو شامل اموال می‌باشند. این موضوع نیز در ماده 1019 مجلة‌الاحکام بیان گردیده است: «درخت‌ها و عماراتی که در ملک وقف یا زمین دولتی قرار دارد در حکم اموال منقول بوده و در آن شفع جاری نمی‌گردد».

ج- قانون مدنی ایران: این قانون در ماده 11 خویش به‌تقسیم اموال پرداخته و در آن اموال به‌دو نوع (منقول و غیرمنقول) تقسیم نموده است. این قانون در ماده 19 به‌تعریف مال منقول پرداخته که چنین بیان می‌نماید: «اشیایی که نقل آن از محلی به‌محل دیگر ممکن باشد بدون این‌که به‌خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است». قانون‌گذار به‌تعریف خاص ماده 19 قناعت ننموده، بلکه در ماده 20 به‌موضوعات دیگری نیز پرداخته است که چنین صراحت دارد: «کلیه دیون، از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال‌الاجاره عین مستأجره از حیث صلاحیت محاکم، در حکم منقول است ولو این‌که مبیع یا عین مستأجره از اموال غیرمنقول باشد». در ماده بیست به‌موارد دیگری پرداخته است که در تعریف مال منقول وجود نداشت و همچنان مواد ماده بیست کافی نبود، بلکه در ماده 22 نیز موضوعات باقی‌مانده آن را گنجانیده است که در این ماده موضوعات، چون کشتی‌ها و قایق‌ها، آسیاب‌ها و حمام‌هایی که در روی رودخانه و دریاها ساخته می‌شوند که حرکت داده شوند، نیز در شمار اموال منقول محسوب می‌گردند. ماده 21 قانون مدنی ایران برگرفته شده از ماده 531 قانون مدنی فرانسه، اموالی را ذکر می‌نماید با این‌که منقول هستند ممکن است از نظر اهمیتی که دارند، برای توقیف و سایر مسائل مربوط به‌آن‌ها ترتیبات خاصی پیش‌بینی شود، همانطور که برای اموال غیرمنقول احکام خاصی پیش‌بینی شده است.¹

مطلب چهارم: خصوصیات مال منقول

اموال مانند بقیه نیازهای مردم در قرآن و سنت تعریف مشخصی ندارد و این امر در اختیار فقها و دانشمندان و عرف انسان‌ها قرار داده شده است و برای همین فقها، دانش‌مندان و قانون‌گذاران درباره مال و انواع آن اتفاق آرا و دیدگاه نداشتند و ندارند و هر دانشمندی از خود تعریف درخورپسندی برای خواننده‌گان و طرف‌داران خویش داده است و از مطالعه تعاریف آن‌ها چنین برداشت می‌گردد

¹ - صفایی سیدحسین، اشخاص و مهجورین، ص ۱۳۱.

که برای مال منقول دو خاصیت وجود دارد: یک قابلیت انتقال داشته باشد؛ دو خاصیت اولی خویش را از دست ندهد.

الف- قابل انتقال بودن: بنیاد و اساس این ویژه‌گی یا مفهوم بنیادینی که در این خاصیت نهفته است وضعیت فزیک مال است که قابلیت جابجایی از یک محل به محل دیگری را دارد؛ از این صفت چنین پیدا می‌گردد که اموال دیگری مانند زمین و باغ و غیره در این اموال دخیل نمی‌باشند. این برداشت نیز کلی و قطعی نیست، بلکه درحالات استثنایی اموال منقول در حکم غیر منقول و اموال غیرمنقول در حکم منقول محسوب می‌گردند. این صفت برای تفکیک و شناخت مال منقول از مال غیرمنقول و هم‌چنان ارزیابی آن دو برای به‌کاربردن یکی به‌جای دیگری بارزترین صفت پنداشته می‌شود؛

ب- عدم به‌وجود آمدن تغییرات در آن: در حقوق فرانسه که متأثر از حقوق رم است، این اصل مطرح بود که اصل در اموال «غیرمنقول» بودن آن‌ها می‌باشد و مال منقول فرعی است؛ زیرا اموال غیرمنقول در اختیار نجبا و اشراف زاده‌گان بود و سایر اموال، در اختیار عموم مردم قرار داشت؛ بنابراین در گذشته تنها اموال غیرمنقول دارای ارزش بود و اموال منقول دارای ارزشی نبود، چون برای مردم عامه بود. اما این اصل تغییر نمود و امروزه اموال منقول نیز از ارزش خاصی برخوردار گردیده اند و در صف اموال با ارزش قرار گرفته اند. با این‌همه از مال منقول تعریفی صورت گرفت و به‌اساس آن اموال منقول و غیرمنقول از یک دیگر تفکیک می‌شوند. یک مال زمانی منقول پنداشته می‌شود که با انتقال آن از یک محل به محل دیگر حالت اصلی آن درخور تغییر نگردد و به‌حالت اصلی خویش باقی بماند. مثلاً یک موتر می‌توانیم منقول بنامیم، چون با تغییر دادن موقعیت یا انتقال آن از یک محل به محل دیگر هیچ تغییراتی در اصلیت آن نمی‌آید.¹

¹ - امامی سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، بدون تاریخ، تهران، نشر مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان، ص ۶۵.

مبحث دوم-انواع مال منقول

مال منقول مانند بقیه اموال دیگر که از سوی فقها، دانش‌مندان و قانون‌گذاران تقسیم‌گردیده‌اند، به انواع متفاوتی تقسیم می‌شوند. مال منقول پس از آن‌که مورد پذیرش و دارای ارزش مردمی و همه شمول می‌گردد به انواع گوناگونی تقسیم می‌شوند که طی مطالب زیر آن‌ها را به بحث می‌گیریم.

مطلب اول: مال منقول ذاتی یا مادی

در این مطلب به اموال منقولی پرداخته می‌شود که ذاتاً منقول‌اند. منقول ذاتی هر شیء مادی خارجی است که قابلیت نقل و انتقال را از محلی به محل دیگر داشته باشد، خواه به خودی خود بتواند حرکت کند، مانند حیوانات یا ربات (انسان ماشینی) و خواه با نیروی خارجی، مانند کتاب. همچنان قانون مدنی ایران نیز این اموال را چنین تعریف نموده است: «اشیای مادی (ذاتی) عبارت از اشیای است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون این‌که به خود مال یا محل آن خرابی وارد آید.» اموال منقول ذاتی ممکن است به صورت مصنوعی صفت غیرمنقولی کسب کنند، ولی این وضع نمی‌تواند وصف ذاتی آن اموال را از بین ببرد، پس سنگ و آجر و غیره که برای بنایی تهیه شده‌اند یا بواسطه خرابی از بنا جدا شده باشد، مادامی که در بنا بکار نرفته در حکم منقول‌اند. در این باره ماده ۲۲ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «مصالح بنایی، از قبیل سنگ و آجر و غیره که برای بنایی تهیه شده یا به واسطه خرابی از بنا جدا شده باشد مادامی که در بنا بکار نرفته در حکم منقول است. نکته قابل ذکر این است که اگر قانون‌گذار بنا بر مصالحی، توقیف اموال منقول را در حکم غیرمنقول نمود؛ این امر اموال منقول را به اموال غیرمنقول تبدیل نمی‌کند. در این رابطه ماده ۲۱ قانون مدنی ایران چنین مقرر می‌دارد: «انواع کشتی‌های کوچک و بزرگ و قایق‌ها و آسیاها و حمام‌هایی که در روی رودخانه و دریاها ساخته می‌شود و می‌توان آن‌ها را حرکت داد و کلیه کارخانه‌هایی که نظر به طرز ساختمان، جزو بنای عمارتی نباشد، داخل در منقولات است، ولی توقیف بعضی اشیای مزبوره، ممکن است نظر به اهمیت آن‌ها موافق ترتیبات خاصه به عمل آید.»^۱

پس از بحث اموال امروزه اموالی وجود دارند که خود به خود مالیت دارند که نمونه بارز آن، اسکناس است که امروزه دارای ارزش اعتباری است.^۲ در سابق سکه‌های طلا و نقره مثل درهم و دینار دارای ارزش واقعی بودند. ارزش واقعی یک برگ اسکناس بسیار کم است، ولی دولت به آن ارزش اعتباری می‌بخشد. امروزه چک‌های تضمینی، سهام شرکت‌ها، برات و ... به نحوی دارای‌اند که گویا متصرف آن دارای یک حق مالی است؛ در حالی که برگه آن ارزش چندانی ندارد. این اسناد

^۱ - هاشمی دکتر سیداحمدعلی، تفی‌زاده دکتر ابراهیم، حقوق اموال و مالکیت، سال ۱۳۹۵، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ص ۶۹.

^۲ - ارزش اعتباری یعنی ارزشی که دولت و حکومت ایجاد کند؛ در مقابل آن ارزش واقعی قرار دارد.

به‌عنوان مال مبادله می‌شوند و نظر به این‌که دلیل وجود حق مالی است که به متصرف آن برگه تعلق دارد و قابلیت داد و ستد را دارد، پس می‌توان آن‌ها را از اشیاء مادی منقول شمرد.¹

اموال منقول ذاتی در واقع من جمله اموالی پنداشته می‌شوند که ثبات نداشته باشند و دارای اوصاف قابل انتقال بودن و غیر متمرکز باشند. در این رابطه قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۷۸ خویش چنین بیان میدارد: «عقار اشیایی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن، غیر ممکن باشد، اشیایی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می‌شوند.» اصل ثبات اموال غیر منقول و اصل بی‌ثباتی اموال منقول در این ماده به‌خوبی پیداست و ماده ۱۲۸ مجله‌الاحکام چنین بیان میدارد: «منقول شی است که نقل آن از یک محل به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیئت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکیلات و موزونات می‌گردد». این ماده از متن فقه گرفته شده است و منبع فقهی دارد.

مطلب دوم: مال منقول حکمی یا غیر مادی

دومین نوع مال منقول عبارت از مال منقول غیرمادی می‌باشد که قرار زیر شرح می‌گردد. با آن‌که تعریف دقیقی از مال منقول تبعی در قانون مدنی افغانستان و ایران نیست، ولی حقوق‌دانان در این رابطه تحقیقات و دیدگاهی دارند. صرف در ماده ۲۰ قانون مدنی ایران چنین آمده است: «کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال‌الاجاره عین مستأجره از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است و لو این‌که مبیع یا عین مستأجره از اموال غیرمنقول باشد.» منظور از کلیه دیون کلیه تعهداتی است که موضوع آن اموالی باشد که ذاتاً منقول است؛ یعنی در نتیجه اجراء آن، مال منقول بدست آید، اگر تعهد ناشی از انتقال مال غیرمنقول باشد این است که ماده مثال را بدین حاصل از فروش خانه یا اجاره آن زده است. اموال منقول تبعی عبارتند از:

- حق انتفاع از اموال منقول؛
- حق وثیقه بر اموال منقول، خواه قضائی باشد، مانند حق ناشی از بازداشت و یا قراردادی، مانند حق مرتهن یا منتقل الیه در مورد معاملات یا حق استرداد؛
- دعاوی راجعه با اموال منقول، خواه موضوع آن اثبات مالکیت و یا حق عینی دیگر باشد و خواه مطالبه استرداد آن باشد؛
- حق مخترع نسبت با اختراع خود مؤلف و مصنف نسبت بآنچه تألیف یا تصنیف نموده است؛
- دینی که موضوع آن غیرمنقول باشد، چنانکه کسی تعهد نماید که ده هزار متر مربع زمین مزروعی در ناحیه معینی بدیگری انتقال دهد؛

¹ - هاشمی دکتر سیداحمدعلی، تقی‌زاده دکتر ابراهیم، حقوق اموال و مالکیت، ص ۷۰.

- حق شرکا در شرکت‌های تجاری خواه شرکت تضامنی باشد یا سهامی یا نسبی یا تعاونی تولید و مصرف، ولی حق شرکاء در شرکت‌های مدنی از نظر آنکه شرکت شخصیت حقوقی ندارد شرکاء مشاعاً مالک سرمایه می‌باشند و هرگاه سرمایه آن غیرمنقول باشد سهم هریک غیرمنقول و هرگاه منقول باشد سهم آنان منقول است.¹

¹ - امامی سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۹.

مبحث چهارم- مال غیر منقول

مال غیر منقول پیشینه بسیار ارزشمندی دارد. این نوعی از مال در گذشته به بهانه‌هایی مختلف برای نجبا و امرای مردم اختصاص داشت و از ارزش بیش‌تری برخوردار بود. در برابر این مال، مال منقول با ارزش خیلی ناچیز و کم ارز به چشم می‌خورد. حکام پیشین بیش‌تر مدعی این بودند که حاکمیت از آسمان‌ها به زمین آمده و آن‌ها بهترین مخلوقات روی زمین برای حکومت کردن در روی زمین بالای مردم می‌باشند. مردم نیز پذیرفته بودند که هرچه دارای ارزش و قیمت بیش‌تر باشد برای خدایان و حاکمین وقت تعلق می‌گیرد و مردم در زیر چند نوع تقسیم می‌گردیدند. این وضعیت در امپراتوری‌ها و کشورهای امپراتورپرور بیش‌تر از بقیه کشورها مورد پسند بود. اما گذر زمان و تغییر وضعیت انسان‌ها از حالت ابتدایی به حالت دیگر تغییرات کلی در موضوعات مانند این موضوع نیز وارد کرد. اکنون که روش گذشته تغییر نموده و جهان از وضعیت خیلی ابتدایی به وضعیت پیش-رفته‌تری روی آورده و نظام‌های متفاوت اقتصادی روی کار گردیده اند هر دو مال (منقول و غیر منقول) از ارزش به‌خور پسندی برخوردار اند و در بیش‌ترین موارد این دو نوع مال هموزن یکدیگر به کار می‌روند.

مطلب اول: تعریف مال غیر منقول (عقار)

مال غیر منقول یک اصطلاح ترکیبی است. از این‌که «مال» در فصل اول با شرایطش تعریف و توصیف گردید، ایجاب نمی‌کند که دوباره مورد بررسی قرار گیرد و مرور دوباره‌ای مال جز وقت-گیری مفهوم دیگری ندارد. بناً در این مطلب نخست به تعریف «غیر منقول (عقار)» از لحاظ لغوی و سپس از لحاظ اصطلاحی به تعریف «مال غیر منقول»، پرداخته می‌شود.

الف- تعریف لغوی: عقار یا غیر منقول که در واژه‌نامه‌ها بیش‌تر از عقار سخن رانده شده است و غیر منقول اصطلاحی می‌باشد که معادل عقار به کار می‌رود. عقار عبارت از متاع، سرای، اثاث خانه؛ آب و زمین، ملک؛ جمع عقارات؛ درخت، گیاهی که برای تداوی بکار رود؛ ماده دارویی که به منظور معالجه مرضی تجویز گردد؛ مطلقاً دوا؛ مال، شراب، باده، نوعی جامه سرخ.¹ عقار از متاع و اسباب خانه، خانه، ملک، آب و زمین زراعتی، مال برگزیده.² عقار عبارت از آب و زمین زراعتی و اراضی و ملک و قریه و خزائن؛ زمین و درخت و مال؛ برگزیده و رخت اسباب که جز در عید و نحو آن استعمال نکنند؛ آنچه اصل و قرار باشد آن را چون زمین و خانه؛ هر ملک ثابت و پا

¹ - سیاه احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین سیاح، ج ۲، ص ۱۳۱۸؛ و غیاث الغات، ص ۴۶۶؛ و معین دکنتر محمد، فرهنگ فارسی معین، دوره دو جلدی ج ۲، ص ۱۰۷۷.

² - عمید حسن، فرهنگ فارسی عمید، ص ۸۶۸.

برجایی مانند خانه و خرمابن.¹

ب-تعریف اصطلاحی: مال غیرمنقول یک اصطلاح ترکیبی است که هنوز زیر عنوان عقار در قوانین و دیدگاه‌های فقها پیدا و مورد بحث قرار می‌گیرد. بناً به تعریف اصطلاحی «عقار» یا غیرمنقول می‌پردازیم. درکل به هر چیزی که دارای اساس و بنیاد ثابت بوده باشد غیرمنقول یا عقار گفته می‌شود. در اصطلاح شرعی عقار عبارت از زمین، خواه دارای بناء باشد خواه نباشد.² عقار نوعی از اموال غیرمنقول که تحت تصرف و انتفاع قرار گرفته بتواند.³

مطلب دوم: مال غیر منقول از دید فقها

الف-رای احناف: مال غیرمنقول (عقار) عبارت از مالی است که نقل و انتقال آن از یک جای به جای دیگر ممکن نباشد. عقار نزد فقهای حنفی در اصل همان زمین مجرد یا زمین دارای آبادی می‌باشد.

ب-رای مالکیه: غیرمنقول عبارت از آن شی است که نقل و انتقال آن قطعا امکان نداشته باشد مثل زمین یا امکان نقل و انتقال آن باشد با ایجاد تغییرات در ماهیت آن مثل خانه و درخت که نقل و انتقال آن‌ها امکان پذیر نیست، مگر با تغییر حالت اول آن.⁴

مطلب سوم: مال غیرمنقول از دید قانون

در این مطلب روی دیدگاه قانون‌گذاران کشورها تمرکز صورت می‌گیرد و قبل از این‌که به اصل و اساس موضوع بپردازیم، باید یک موضوع را روشن نماییم که در قانون مدنی افغانستان و مجله‌الاحکام که قانون زمان امپراتوری عثمانی‌ها می‌باشد از مال منقول نامی برده شده است، ولی در برابر آن از کلمه «عقار» استفاده گردیده است. همچنان موضوع دیگری نیز قابل یادآوری است، این درست است که مجله‌الاحکام قانون نافذ آن زمان است، ولی در محاکم افغانستان -چه در دوره جمهوری و چه در دوره امارت اسلامی- قابلیت اجرایی دارد و به‌اساس آن قضات در محاکم نیز حکم می‌نمایند.

الف-قانون مدنی: قانون‌گذاری که قانون مدنی افغانستان را ساخته است مواد ۴۷۲ تا ۴۸۳ این قانون به‌مال و انواع آن اختصاص داده است. ماده ۴۷۸ این قانون در رابطه به‌مال غیرمنقول (عقار) و منقول اختصاص داده که چنین صراحت دارد: «عقار اشیایی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن غیر ممکن باشد. اشیایی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می‌شود.» از متن این ماده قانون مدنی دانسته می‌شود اشیایی که دارای اصل و بنیاد ثابت داشته باشد و

¹ - اکبر علی دمخدا، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۱۴، صص ۱۵۹۷۹ و ۱۵۹۸۰.

² - منبع قبلی.

³ - پوهنتون کابل، قاموس اصطلاحات حقوقی، سال ۱۳۸۷، ص ۱۷۶.

⁴ - الحفید ابی الولید محمد ابن احمد، ابن الرشد، بدایة المجتهد، بدون تاریخ، مصر: مطبعة الاستقامة، ج ۲، ص ۲۵۴.

بدون تغییرات خاصی اگر از جایی به جای دیگر تغییر موقعیت داده نشود عقار می‌باشد و اگر این صفات در آن وجود نداشته باشد منقول پنداشته می‌شود. دیده می‌شود که قانون‌گذار در این ماده به‌رأی علماء مالکی ارجحیت داده است. در ماده ۱۲۹ مجله‌الاحکام نیز تعریفی از عقار صورت گرفته است که چنین بیان می‌دارد: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به‌محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی» مجله‌الاحکام در تعریف خود تنها دو مورد قید نموده است و برای عقار پنداشتن اموال زمین و خانه کفایت می‌کند. یعنی اگر به اصل موضوع پی ببریم این به‌دست می‌آید که اموال عقاری یا غیرمنقول صرف زمین می‌باشد و خانه نیز جزئی از زمین قبول شده است. اما تعریف قانون مدنی وسیع‌تر به‌چشم می‌خورد نسبت به‌تعریف مجله‌الاحکام.

ب-قانون مدنی ایران: قانون‌گذار ایرانی در ماده ۱۲ این قانون به‌تعریف مال غیرمنقول پرداخته است که چنین صراحت دارد: «مال غیرمنقول آنست که از محلی به‌محل دیگر نتوان نقل نمود، اعم از این- که استقرار آن ذاتی باشد یا به‌واسطه عمل انسان، بنحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود» و در ماده ۱۹ ضمن بیان خصوصیت‌هایی مال منقول تعریفی از مال منقول صورت گرفته است: «اشیائی که نقل آن از محلی به‌محل دیگر ممکن باشد، بدون این‌که به‌خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است.» پس، ضابطه اصلی در تشخیص مال منقول و غیرمنقول، قابلیت و امکان حمل و نقل است: بدین ترتیب که هرگاه مالی قابل حرکت دادن باشد، بی آن‌که برای عین یا محل آن خرابی بار آید، مال را منقول می‌نامند. برعکس، اگر مالی قابل نقل مکان نباشد یا اگر در عمل نیز نقل آن ممکن شود، این تغییر موجب ویرانی و خرابی عین یا محل آن گردد، آن را غیرمنقول می‌گویند. باوجود این، گاهی در اصطلاح قانون مدنی، غیرمنقول به اموال قابل حمل و نقل و حتی حقوق مالی و منافع نیز گفته می‌شود، ولی این تجاوز از قاعده استثنایی و محدود به مواردی است که قانون‌گذار بنا به مصالحی، اموال قابل حمل را به صراحت در حکم اموال غیرمنقول قرار داده باشد.^۱

مطلب چهارم: خصوصیات مال غیرمنقول (عقار)

از مواد قانون برداشت فقها و متون درج شده در این تحقیق برداشت می‌گردد که برای مال غیرمنقول (عقار) خصوصیات و صفاتی وجود داشته باشد که در این مطلب بر آن پرداخته می‌شود:

- خارجیان حق ندارند مالک مال غیرمنقول گردند؛ به‌موجب ماده ۴۱ قانون اساسی افغانستان که چنین صراحت دارد: «اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت اموال عقاری را ندارند»، اتباع بیگانه حق مالکیت اموال غیرمنقول در این کشور را ندارند و اما می‌توانند از

^۱ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، صص ۴۸ و ۴۹.

منافع آن به صورت منقول استفاده نمایند. در این رابطه نیز حقوق ایران دیدگاهی دارد: خارجیانی نمی‌توانند در ایران آزادانه اموال غیرمنقول را مالک شوند، به موجب معاهده‌ها اجازه دارند فقط برای شغل، سکونت و صنعت خود اموال غیرمنقول تحصیل و تملیک کنند؛ در حالی که برای اموال منقول چنین محدودیتی وجود ندارد؛¹

- نقل و انتقال اموال غیرمنقول امکان‌پذیر نیست، مگر به اساس سند رسمی یا فروش که در این زمینه ماده ۲۲۱۲ قانون مدنی چنین صراحت دارد: «ملکیت عقار و سایر حقوق عینی که در آن شرایط مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد رعایت نشود انتقال نمی‌یابد.»
- دعاوی مربوط به ترکه و تقسیم از صلاحیت محکمه‌ای می‌باشد عین در حوزه صلاحیت آن واقع شده است که در این رابطه ماده ۹۲ قانون اصول محاکمات مدنی چنین بیان میدارد: «رسیدگی دعوی تقسیم یا ترکه از صلاحیت محکمه شهری، ناحیوی، ولسوالی و علاقه‌داری می‌باشد که عین مورد تقسیم یا ترکه در حوزه آن قرار دارد» در این رابطه حقوق ایران با حقوق مدنی و آیین دادرسی افغانستان دیدگاه واحد دارند.

مطلب پنجم: ملاحظات در مال غیرمنقول

الف- ملاحظه سیاسی: نخستین ملاحظه‌ای که دانشمندان، حقوق‌دانان و قانون‌گذاران برای مال غیرمنقول در نظر گرفته اند ملاحظه سیاسی است؛ یعنی این ملاحظه از دید دانشمندان این عرصه یک ملاحظه کلی و نهایت ارزشمندی می‌باشد که ضمن کتاب‌های حقوق، قانون‌گذاران این زیر عنوان مواد خویش از آن یاد نموده اند که به هر کدام به صورت جداگانه پرداخته می‌شود. این موضوع در قانون اساسی افغانستان نیز درج گردیده است و زیر عنوان این که هیچ‌کسی حق ندارد دیگری را از کسب ملکیت منع نماید، مگر بیگانگان از این حق استفاده کرده نمی‌توانند. طبق دستور قانون اساسی بیگانه نمی‌تواند از عقار؛ یعنی مالی که نقل و انتقال آن از یکجا به جایی دیگر ممکن نیست را خریداری و تملیک نمایند. ماده ۴۱ قانون اساسی در این باره حکم می‌نماید که: «اشخاص خارجی در افغانستان حق ملکیت عقاری را ندارند. اجاره عقار به منظور سرمایه‌گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشد. فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و به موسسه‌های بین‌المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشد». به همین ترتیب طبق قانون مدنی افغانستان اتباع خارجی نمی‌توانند اموال عقاری را در افغانستان بر اساس وصیت تملیک نمایند. فقره دوم ماده ۲۱۱۲ قانون مدنی در این رابطه چنین صراحت دارد: «اجانب نمی‌توانند بر اساس وصیت مندرج فقره یک این ماده حق ملکیت را در اموال عقاری کسب نمایند.» ولی اتباع خارجی می‌توانند

¹ - کانون‌زبان، اموال و ملکیت، صص ۴۹.

اموال منقول مجاز را طبق قانون خریداری و تملک نمایند.¹

ب-ملاحظه اقتصادی: اموال عقاری یا غیرمنقول از لحاظ اقتصادی دارای ارزش بیشتری می‌باشد و این باعث گردیده است که قوانین حمایتی از اموال غیرمنقول در قانون راه پیدا کند. این قوانین بیشتر در هنگام اداره اموال غیر، توسط فرد دیگری متجلی می‌شود، مثلاً در مورد اموال غایب مفقودالاثر دیون او اول از وجوه نقد و منافع اموال و در صورت عدم کفایت از اموال منقوله و در صورت عدم کفایت اموال منقول از اموال غیرمنقول داده می‌شود. همچنان در قسمت قانون بازداشت اموال منقول و غیرمنقول، اموال منقول جنبه ساده‌تر و اموال غیرمنقول؛ یعنی قواعدی که برای بازداشت اموال منقول در نظر گرفته شده تا قواعدی که برای اموال غیرمنقول در نظر گرفته شده ساده‌تر می‌باشد و قواعدی در رابطه به اموال غیرمنقول وضع گردیده پیچیده‌تر می‌باشند. با این همه در قسمت ایجاد پرداخت مالیات، مالیات بیشتری نسبت به اموال منقول، بر اموال غیرمنقول وضع می‌گردد.²

¹ - عبدالله نظام‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۱۰.

² - ولوین دکتر رضا، اموال و مالکیت، ص ۳۲.

مبحث پنجم-انواع مال غیرمنقول

اموال به نسبت این که چگونه اموال غیرمنقول شده اند یا این که در ذات خویش بدون کدام عملی و یا حرکتی غیرمنقول بوده اند در قانون مدنی افغانستان به دو نوع می باشد (مال غیرمنقول ذاتی و مال غیرمنقول حکمی) و اما قانون مدنی ایران این نوعی از مال را به چهار نوع تقسیم نموده است که عبارتند از: مال غیر منقول ذاتی، مال غیرمنقول به واسطه عمل انسان، مال غیرمنقول حکمی و مال غیرمنقول تبعی که طی مطالب ذیل در مطلب اول مال غیرمنقول ذاتی؛ در مطلب دوم مال غیرمنقول به واسطه عمل انسان؛ در مطلب سوم مال غیرمنقول حکمی و شرایط آن؛ و در مطلب چهارم مال غیرمنقول تبعی و استثنائات آن، به بحث گرفته می شود.

مطلب اول: مال غیر منقول ذاتی

مال غیرمنقول ذاتی کامل ترین نوع مال غیرمنقول است، صفت غیرمنقول، جزء طبیعت و ذات آن است. مال غیرمنقول ذاتی باتوجه به اقتباس قانون مدنی در این بخش از «حقوق فرانسه» شامل زمین و آنچه به زمین متصل و مرتبط است (مانند زمین، معدن، چشمه آب، ابنیه و آسیاب) و هرچه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب است، می شود و همچنین است لوله ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین یا بنا کشیده شده باشد. در واقع برخی اموال منقول نیز اگر به طور فزیکتی به زمین متصل باشد در زمره اموال غیرمنقول ذاتی قرار می گیرند. دلیل نامیده شدن غیرمنقول ذاتی آن است که این اموال در محل خود استقرار پیدا کرده است، البته ممکن است گفته شود به لحاظ عقلی، نقل و انتقال ابنیه و آسیا غیرممکن نیست؛ در پاسخ باید گفت: عدم نقل و انتقالی که مورد نظر است به معنایی علمی و فلسفی نیست، بلکه مراد عدم جابجایی عرفی است؛ یعنی همین که مردم بگویند نقل و انتقال ممکن نیست، غیرمنقول ذاتی نامیده می شود. یعنی عمار ذاتی صرف زمین است و با وجود این گاهی در زمین گیاهی می روید و درختی غرس می شود، بنایی احداث می گردد که اینها نیز عمار ذاتی پنداشته می شوند، مگر این که از زمین منفصل شوند.¹

مطلب دوم: مال غیر منقول به واسطه عمل انسان

اموالی دیگری نیز وجود دارند که چنان در بنا یا زمین بکار می روند نمی توان آن را جز خرابی عین یا محل مال حرکت داد. تمایز این اموال با زمین در این است که دسته نخست وصف غیرمنقول را بطور مصنوعی کسب کرده است و ذات آن ها قابلیت نقل و انتقال از محلی به محل دیگری را دارد. برای همین اگر از زمین یا بنا جدا گردند صفت اکتسابی خویش را از دست داده و در زمره اموال منقول به حساب می آیند. برای مثال آینه و لوله های منصوب در ساختمان تا زمانی ملحق به ساختمان

¹ - کاتوزیان ناصر، اموال و مالکیت، ص ۵۲؛ دکتر سیدحسین صفایی، اموال و مالکیت، ص ۱۳۱؛ و حسن امامی، حقوق مدنی ج ۳، ص ۷۸؛ و عبدالله نظام الدین حقوق عینی، ص ۲۳.

است، از جمله اموال غیرمنقول و با جدایی از آن در شمار اموال منقول؛ یعنی صفت اکتسابی غیرمنقولی را از دست داده و به ذات اصلی خویش بر می‌گردد. ماده ۱۵ قانون مدنی ایران در این زمینه صراحت دارد: «ثمره و حاصل مادامی‌که چیده یا درو نشده است غیرمنقول است و اگر قسمتی از آن چیده یا درو شده باشد، تنها آن قسمت منقول است.» پس ایرادی نیز بر این ماده وارد است که اگر به ظاهر ماده نگریسته شود، این مفهوم صدق می‌کند، ولی در برابر ظاهر این ماده نیز استدلالی وجود دارد که اگر به‌ذات میوه و حاصل دیده شود، آن‌ها خود منقول اند و تنها به‌خاطر منسوب بودن‌شان به زمین غیرمنقول دانسته می‌شوند، آن‌هم به‌شکل مقطعی یا محدود.^۱

مطلب سوم: مال غیرمنقول حکمی (عقار به‌تخصیص) و شرایط آن

با پیش‌رفت روزافزون زراعت و تاثیرات مهم آن در تولید وسایل زندگی در اوایل قرن نوزدهم حقوق‌دانان فرانسوی به این فکر افتادند که برای کمک و توسعه آن، اموالی که در امور زراعتی به‌کار می‌روند و ذاتاً منقول هستند، مانند گاو، تخم، کود، از نظر رابطه نزدیکی که بین این‌ها و ملک زراعتی وجود دارد، از حیث صلاحیت محکمه و سایر شرایط آن، تابع اموال غیرمنقول شناخته شوند.^۲ این دیدگاه به واسطه‌ی حقوق‌دانان فرانسوی وارد ادبیات حقوق آن‌جا و از آن طریق به‌حقوق مدنی و قانون مدنی مصر وارد گردید و پس از آن، چون قانون مدنی افغانستان، در بیش‌تر موارد برگردان مستقیم قانون مدنی مصر است، وارد حقوق مدنی افغانستان گردیده است و اکنون نیز قابلیت و کارایی درستی دارد. ماده ۴۷۹ قانون مدنی افغانستان در این زمینه حکم می‌نماید: «اشیای منقولی را که مالک برای استفاده از عقار تخصیص می‌دهد، عقار پنداشته می‌شود.» این ماده خود بیان‌گر این‌ست که اشیایی هستند که خود منقول اند، ولی استفاده‌ی این اموال سبب می‌گردد که آن‌ها در جمله اموال عقاری یا غیرمنقول قرار گیرند و حکم غیرمنقول بر آن‌ها مرتب گردد، مانند اسباب و وسایل زراعت و مواشی که برای عقار تخصیص داده می‌شود. نحوه استفاده از اشیای منقولی که به عقار تخصیص یافته اند به اساس عرف و عادات تفاوت می‌نماید. باوجود این می‌تواند بهره‌برداری زراعتی باشد مانند، حیوانات اختصاص‌یافته به‌عقار، تخم، ماشین آلات، وسایل زراعتی و نظیر این‌ها و نیز می‌تواند بهره‌وری صنعتی باشد مانند، ابزار و آلات منقولی کار در یک کارخانه تخصیص‌یافته اند.^۳ ماده ۱۷ قانون مدنی ایران نیز در این زمینه صراحت دارد: «حیوانات و اشیایی که مالک آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد، از قبیل گاو، گاومیش، ماشین و اسباب و ادوات زراعت و تخم و غیره و به‌طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالک آن را به این

۱ - کاتوزیان ناصر، اموال و مالکیت، ص ۵۳؛ و دکتر سیدحسین صفایی، ص ۱۳۲.

۲ - سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۱، صص ۲۶ و ۲۷.

۳ - عبدالله نظام‌الدین، حقوق عینی، صص ۲۳ و ۲۴.

امر تخصیص داده باشد، از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال جزو ملک محسوب و در حکم مال منقول است.» این ماده نیز روبرداشت از ماده ۵۲۲ قانون مدنی فرانسه می‌باشد. هدف قانون-گذار از این‌که این اموال در حکم غیرمنقول دانسته ظاهراً این بوده است که اهمیت بیش‌تری به آن‌ها بدهد، طوری که نتوان به آسانی آن‌ها را از کشت‌زاری که به اختصاص داده شده اند جدا کرد، اگر اموال مزبور منقول شناخته می‌شدند افراد به آسانی می‌توانستند آن‌ها را توقیف کنند و در این صورت مزرعه بدون استفاده خواهد ماند. بنابراین به نظر می‌رسد که منظور قانون‌گذار در این ماده حمایت از کشاورزی بوده است و برای آن جایگاه برتری قایل گردیده است. برای این‌که اموال منقول در حکم غیرمنقول درآیند دارای دو شرط می‌باشند:

(۱) تخصیص: نخستین شرط برای تحقق حکم غیرمنقول بالای اموال منقول اختصاص آن است. حیوانات و اشیاء باید به کار زراعت اختصاص داده شده باشند، پس اگر تراکتوری برای تسطیح راه-ها به کار رود و گاه نیز زمین را به‌منظور زراعت شیار نماید، در حکم غیرمنقول نیست. همچنان، اگر حیوانی که از طرف مالک به امر زراعت و آبیاری اختصاص داده شده است به کار دیگری گمارده شود، این تغییر صفت غیرمنقولی را از بین خواهد برد؛

(۲) اتحاد مالک: اشیاء و حیواناتی که به مالک زمین تعلق دارند و ادواتی که ملک دیگران است در حکم زمین و مال غیرمنقول نمی‌آیند. یعنی حیوانات و اشیاء با زمین زراعتی باید دارای یک مالک باشد؛ زیرا، اگر مالک آن‌ها متفاوت باشد، دیگر ضرورت ندارد که برای حفظ زراعت، قانون آن اموال را از حیث صلاحیت محاکم و توقیف در حکم غیرمنقول بداند.^۱

مطلب چهارم، مال غیر منقول تبعی و استثنائات آن

اموال غیرمنقول تبعی آن اموالی پنداشته می‌شوند که به تبعیت از اموال غیرمنقول، غیرمنقول شمرده می‌شوند. در حقیقت تقسیم اموال منقول و غیرمنقول ناظر به اموال مادی است و حقوق مالی که قابل احساس با حواس ظاهری نیستند نه منقول هستند و نه غیرمنقول. با این‌همه قانون‌گذار برای ساده-سازی کار، حقوقی را که موضع آن‌ها غیرمنقول است، به حکم تبعیت، غیرمنقول شمرده است. حقوق مدنی ایران موارد زیر در حکم غیرمنقول تبعی قرار داده است:

(۱) حق انتفاع از اشیاء غیرمنقول مانند، حق عمری و سکنی؛

(۲) حق ارتفاق نسبت به ملک غیر مانند، حق عبور و حق مجری؛

(۳) دعاوی راجع به اموال غیرمنقول، از قبیل تقاضای خلع ید و امثال آن. اموالی که تابع غیرمنقول

^۱ - کاتوزیان ناصر، اموال و مالکیت، صص ۵۴ و ۵۵؛ و عبدالله نظام‌الدین، حقوق عینی، ص ۲۴.

می‌باشند منحصر به این مثال‌های فوق نیستند، بلکه حقوق عینی دیگری نیز نسبت به غیرمنقول از این دسته به‌شمار می‌آیند مانند، حق حریم، حق تحجیر و حق مستأجر نسبت به عین مورد اجاره.¹

¹ - صفایی سیدحسین، اشخاص و اموال، ج ۱، صص ۱۳۵ و ۱۳۶.

مبحث ششم-معادن

اشیایی که از زمین خارج می‌گردد شامل دو چیز می‌باشد: یک کنز، به آن اشیایی گفته می‌شود که توسط انسان دفن زمین گردیده است و؛ دوم معدن، معدن به اشیایی گفته می‌شود که به حکم خداوند در قعر زمین دفن گردیده است تا جهت سهولت و استفاده بنده‌گان در صورت امکان آن را استخراج نموده و مورد استفاده قرار دهند. رکاز نیز برای اشیایی گفته می‌شود که در زیر خاک قرار دارند، ولی با تفاوت این‌که رکاز در برگیرنده کنز و معدن می‌باشد. رکاز در سه حالت قابلیت استفاده را دارد: یک رکاز زمان اسلام، به آن اشیایی گفته می‌شود که در آن نشانی از اسلام باشد و به آن رکاز دوران اسلام گفته می‌شود، این نوع اشیا برای انسان مسلمان حیثیت مال گم شده را دارد و؛ رکاز دوران جاهلیت عبارت از اشیا و اموالی است که نشان و علامه‌های جاهلیت در آن پدیدار باشد و برای انسان مسلمان حیثیت غنیمت را دارد و؛ سوم رکاز مختلط، عبارت از رکازی می‌باشد که در آن نشانه‌های اسلام و جاهلیت هر دو یکجا بوده باشد یا این‌که هیچ علامه و نشانه‌ای نداشته باشد.¹ چون در عنوان برای معدن خاص گردیده است، بناً از شرح بقیه موارد دور نرویم به بحث اصلی خویش می‌پردازیم.

مطلب اول: مفهوم معدن

در این مطلب به اصل و بنیاد مفهوم معدن پرداخته می‌شود؛ زیرا بدون فهم و دانش اساس و بنیاد یک اصطلاح پی‌بردن به جایگاه و کاربرد این اصطلاح ممکن دشواری خویش را داشته باشد. از این‌رو لازم دیده می‌شود که نخست معنی لغوی و درگام بعدی معنی اصطلاحی این اصطلاح بیرون داده شود.

الف-معنی لغوی معدن: اهل لغت را این باور می‌باشد که اصل معدن جایی است بقید استقرار در آن که بعد از آن مشهور گردیده در خود اجزاء مستقره ترکیب کرده و آن را خداوند در روز خلق زمین در زیر زمین خلق نموده، انتقال از لفظ برآن ابتدا بدون قرینه.²

معادن جمع معدن و معدن به فتح میم، برای اصل و مرکز هر چیزی گفته می‌شود. اصل و مرکز هر چیزی و هر جایی که چیزی در آن باقی بماند. جای، جایگاه، مکان، محل و مرکز هر چیزی. یا این‌که معدن بهضم میم، به معنی کان‌کن که زر و سیم و جزء آن را از کان برآرد.³

معدن به معنی مرکز، جایی در زیر زمین یا روی زمین که در آن فلزات و انواع سنگ‌ها ذخیره شده؛

1 - الکاسانی، بدائع الصنایع، ج ۳، ص ۱۹۰.

2 - کمال الدین محمد بن عبدالواحد، فتح القدير، بدون تاریخ، ۱۰ ج، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ج ۱، ص ۵۳۷.

3 - دهخدا، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۱۴، صص ۲۱۱۳۷ و ۲۱۱۳۸.

کان و جمع آن معادن می‌شود.¹

ب- معنی اصطلاحی معدن: ابن همام² در فتح القدير گفته است که معدن از عدن گرفته شده و آن اقامت است. گفته می‌شود عدن بالمکان وقتی که اقامت کند به آنجا از همین جهت جنات عدن و مرکز هر چیز معدن آن است.³

ابن قدامه⁴ در کتاب خود نیز برای معدن تعریفی دارد: «معدن هر آن چیزی است که از زمین خارج گردیده است از آن شی که خلق شده در آن از غیر آن چیزی که برای آن قیمت است. در هر تعریف جامعیت و مانعیت ضروری است. ابن قدامه آنچه خارج گردیده است از زمین گفته احتراز کرده از آنچه که خارج گردیده است از «بجز» و از «آن شی خلق شده» در آن گفته احتراز کرده است از کنز که به فعل بشر در زیر زمین نهاده شده یا به حکم پروردگار عالمیان. قول وی که از آن گفته است احتراز کرده است از خاک و گل؛ زیرا آن از زمین است. قول وی که برای آن قیمت باشد گفته تا ممکن شود برای مال گرفتن حقوق، مانند طلا، نقره، مس، آهن، یاقوت، زبرجد، عقیق، سرمه و همچنان معدن‌های جاری مانند قیر، نفت، کبریت و امثال این‌ها.⁵

مطلب دوم: انواع معادن

معادن از سه لحاظ تقسیم‌بندی گردیده است که ذیلاً به هر یکی از آن‌ها پرداخته می‌شود تا در زمینه روشنایی و وضاحت قابل پسندی داده شود.

الف- تقسیم از لحاظ ببری و بحری بودن: از این لحاظ معادن به دو دسته تقسیم می‌شوند، یک معادن بحری و دوم معادن ببری. در معادن ببری مثل طلا، نقره، مس، آهن، یاقوت و غیره خمس است و در اشیای مایع مثل قیر و نفت چیزی در آن‌ها نیست و برای یابنده آن تعلق دارد؛ زیرا در زیر آب قرار دارند. پنج یک در آن براین نیست که کسی قصد استیلا بر آن را ندارد و در اختیار کفار هم نیست از جمله غنائم نیز نمی‌باشد. اما به اساس یک قول امام ابوحنیفه رح در زئبق پنج یک است و در قول دیگری که از امام رح نقل گردیده بیان‌گر اینست که امام به پنج یک بودن در زئبق مخالف بوده و امام ابویوسف رح گفته است از امام ابوحنیفه رح در این باره پرسیدم و ایشان پاسخ دادند که در زئبق پنج یک نیست. این دیدگاه امام ابوحنیفه رح بعدها دچار تحول گردید و از موضع خود تغییر مسیر نمود و

¹ - معین، فرهنگ فارسی معین، ج ۲، ص ۱۷۶۸.

² - ابن همام، ابو عبدالله کمال الدین محمد بن عبدالواحد سواسی (۷۹۰-۸۶۱ق) فقیه حنفی مؤلف کتاب مشهور احناف «فتح القدير للعاجز الفقير» شرح هدایه، مشهور به ابن همام می‌باشد. (لکنوی، الفوائد البهیة، بیروت، ۱۳۲۴).

³ - منبع قبلی.

⁴ - ابن قدامه، المقدسی موفق القدین ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد (۱۱۴۷-۱۲۲۳م) معروف به ابن قدامه، فقیه سنی و صوفی حنبلی مذهب و نویسنده کتاب «المعنی» می‌باشد. (مکتبه شامله).

⁵ - موفق الدین عبدالله بن محمد ابن قدامه، المعنی، ج ۳، بدون تاریخ، چاپ سوم، قاهره-مصر: نشر بدار المنار، ص ۲۳.

امام ابو یوسف نیز بر این عقیده بود که در زئبق پنج یک نیست و اما پس از رسیدن این پیام امام ابوحنیفه^{رح} به امام ابو یوسف^{رح} از موضع بعدی پیروی نموده بر این باور استوار گردید که زئبق مانند نفت و قیر است. همچنان اگر معدن در سرزمین اسلامی در زمین غیر مملوکه، زمین مملوکه، خانه یا دوکان شخص در این صورت مالک آن کسی می باشد که آن را پیدا نموده یا در زمین و خانه وی موقعیت دارد و پنج یک آن برای دولت داده می شود. دلیل این سخن امام ابوحنیفه^{رح} این است که معدن از توابع زمین می باشد.¹

اختلاف فقها در پنج یک دادن معدن: امام ابوحنیفه^{رح} بر این باور بوده است که در معدن خانه و زمین پنج یک نیست که این موضوع در بخش زکات این کتاب و در جامع الصغیر به وضاحت ذکر گردیده است. اما امام ابو یوسف^{رح} و امام محمد^{رح} بر این باور اند که در معدن موجود در زمین و خانه پنج یک است. دلیل آن ها این است که پنج یک حق فقرا است و نباید از سوی هیچ شخصی تلف گردد.²

ب- تقسیم به لحاظ جامد و مایع بودن: به اساس این نظریه معادن به سه دسته تقسیم می گردند که عبارتند از معادن جامد که ذوب می شوند، معادن جامد که ذوب نمی شود و معادن مایع که جامد نیستند.

۱- معادن جامد ذوب شونده: معادن ذوب شونده به معادنی گفته می شود دارای خاصیت ذوبی داشته و نقش آتش می شوند، مانند طلا، نقره، آهن، مس، سرب قلهپی که در این ها زکات (پنج یک) واجب می شود، برابر است که نصاب رسیده باشند یا نرسیده باشند؛

۲- معادن جامد ذوب ناشونده: معادن ذوب ناشونده به معادنی گفته می شود که خاصیت ذوبی ندارند و نقش آتش نیز نگردد، مانند گچ، آهک، سرمه، گوگرد و غیره سنگ ها که خاصیت ذوبی نبوده و به اثر فشار بیرونی تکه تکه می شوند؛

۳- معادن مایع: معادن مایع عبارت از معادنی استند که جامد نبوده و به شکل مایع در زیر زمین موقعیت میداشته باشند، مانند قیر و نفت و غیره.³

ج- به لحاظ مالک آن: معادن از حیث این که در ملکیت چه کسی می تواند داخل شود به سه دسته تقسیم می شود که عبارتند از معادنی که در زمین غیر مملوکه پیدا می شود، معادنی که پیدا می شود در زمین مملوکه برای شخص معین و معادنی که پیدا می شود در زمین مملوکه برای شخص غیر معین که هر یک را زیر شماره های جداگانه مورد بررسی قرار می دهیم.

¹ - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ۲، ص ۱۹۴.

² - منبع قبلی، ص ۱۹۵.

³ - الزحیلی، فقه الاسلامی و ادلته، ج ۲، صص ۷۷۵، ۷۷۶ و ۷۷۷.

۱- معادن واقع شده در زمین غیرمملوکه: هرگاه معادن در زمین‌های غیرمملوکه پیدا شود در این صورت برای امام یا شخصی خاص گردانیده می‌شود که به خزانه حکومت اسلامی آن را تحویل دهد تا امت اسلامی از آن بهره‌گیری نمایند؛

۲- معادن واقع شده در زمین مملوکه برای شخص معین: در قسمت پیدایش معادن در این نوع زمین‌ها بعضی علما بر این باور دارند که ملکیت آن خاص صاحب زمین نبوده و به دولت یا امام تعلق می‌گیرد، ولی شمار دیگری بر این باور اند که ملکیت آن خاص صاحب زمین می‌باشد؛

۳- معادن واقع شده در زمین مملوکه برای شخص نامعین: هرگاه معدنی در زمینی واقع گردد که مملوکه باشد، ولی شخص معینی در آن در نظر نباشد، مانند زمین که به شمشیر یا به صلح گرفته شده باشد.^۱ خلاصه این‌که در این تقسیم‌بندی از هر سویی که دیده می‌شود مالکیت معادن برای امام (دولت اسلامی) خاص شده است و قانون مدنی نیز با استفاده از این تقسیم‌بندی و نظریات دانشمندان اسلامی مالکیت معادن از آن دولت دانسته و طی چند ماده به‌صورت مفصل به این موضوع پرداخته است که ذیلاً بر آن می‌پردازیم.

مطلب سوم: منقول و غیر منقول بودن معادن

شماری از دانشمندان حقوق مدنی بر این باور استوار گردیده اند که معادن از توابع عقار پنداشته می‌شود؛ زیرا مطالب گذشته به این موضوع به‌طور واضح و فلسفی پرداخته شد که معادن از جمله توابع زمین یا عقار پنداشته می‌شود و امام ابوحنیفه و امام ابویوسف خلاف امام مالک معادن را برای کسی میدانست که در زمین، خانه یا در جایی توسط وی پیدا گردیده است. اما امام مالک معادن را مربوط به دولت یا خزانه‌ی حکومت اسلامی میدانست و برای صاحب عقار یا یابنده‌ی معدن انعام در نظر گرفته بود که این موضوع درج مواد قانون مدنی افغانستان نیز گردیده است. گذشته از مورد فوق در شمار کتب دیگر معادن در زیرمجموعه‌ای اموال عقاری ذکر گردیده که این روش خود مبین مربوط بودن معدن به عقار می‌باشد. همچنان اگر به معنی اصلی معدن نیز برویم «کان» در نظر گرفته شده و کان خود نیز عقار یا غیرمنقول پنداشته می‌شود. در حقوق روم و حقوق فرانسه پیش از این که کدناپلیون و قوانین عصری به‌وجود بیایند، اموال از نگاه اهمیت و ارزش به دو دسته تقسیم می‌شدند و اشخاص نظر به نوعیت اموال از آن‌ها می‌توانستند استفاده نمایند. یعنی اموال منقول و اموال غیر منقول برای طبقات در نظر گرفته می‌شد. مثلاً اموال غیرمنقول در خدمت نجبا و شاهزادگان قرار داشت که اشخاص عادی مملکت در این اموال حق تصرف نداشتند؛ یعنی اموال غیرمنقول خاص دربار و امپراتور بود و برای بستگان شاهی مربوط می‌شد و ارزش اموال غیرمنقول بیش‌تر از اموال

^۱ - الزحیلی، فقه لاسلامی و ادلته، ج ۲، صص ۷۷۷، ۷۷۸ و ۷۷۹.

منقول پنداشته می‌شد که برای اعمال حکومتی کار می‌رفت. پس از روی کار آمدن قوانین و حکومت‌های امروزی حقوق‌دانان در فرانسه و روم کنار هم قرار گرفتند و اموال دولتی را تعریف نمودند و شماری از اموال منقول به‌شمول معدن تابع دولت دانستند که قانون مدنی افغانستان نیز در پهلوی رای امام مالک رح از رویه‌ی حقوقی فرانسه پیروی نموده است. در پایان این نتیجه به‌دست می‌آید که معادن تا زمانی در کان قرار دارند به‌عنوان عقار و پس از آن که استخراج می‌گردند حکم غیرمنقول بر آن‌ها جاری می‌گردد، چون خاصیت غیرمنقولی خویش را از دست داده و در یک حالت معلق قرار می‌گیرند. یعنی نقل و انتقال مواد معادن پس از استخراج آن بدون تغییر ممکن می‌شود و به سادگی می‌توان آن‌ها را بدون تغییر در حالت اولی ان از جایی به‌جایی دیگر انتقال داد.¹

¹ - دانش سرور، حقوق اداری افغانستان، سال ۱۳۹۴ هـ.ش، چاپ دوم، کابل، نشر انتشارات دانشگاه ابن سینا، صص ۳۳۴ و ۳۳۵؛ و عبدالمجید صمیم، حقوق عینی اصلی، صص ۹۹ و ۱۰۰.

مبحث هفتم-زمین‌های عشری و خراجی

قبل از اسلام در زمان استیلای فارس بر عراق فارس‌ها بر عراقی‌ها خراج نهادند. یحیی ابن آدم¹ در کتاب الخراج از حسن ابن صالح² یاد کرده که گفته است: «سواد³ ما (سواد کوفه) در دست نبط⁴ بود، شنیدیم که اهل فارس بر آن‌ها غلبه نمودند و خراج نهادند. پس از شکست امپراتوری فارس به دست مسلمانان، مسلمان‌ها زمین‌های آن‌ها را دوباره برای‌شان دادند، ولی در برابر بر مردان آن‌ها جزیه و بر زمین‌های‌شان خراج نهادند. چون مال غیرمنقول یا عقار در برگیرنده زمین است بنا بحث نیازمند این است که در این مبحث زمین‌های عشری و خراجی را نیز در آن مورد بحث و بررسی قرار دهیم. این زمین‌ها بر اساس چگونگی پرداخت مالیه به دو نوع تقسیم می‌شود، زمین‌های عشری که در مطلب اول بررسی می‌شود و زمین‌های خراجی که در مطلب دوم بررسی می‌شود و در مطلب سوم به جمع بین این دو نوع زمین پرداخته می‌شود.

مطلب اول: زمین‌های عشری

عشر به ضم عین یکی از ده می‌باشد.⁵ زمین‌های عشری عبارت از زمین‌هایی است که برای پرداخت عشر آماده شده اند؛ یعنی ده درصد آن برای خزانه‌ی مسلمانان گرفته می‌شود. یا زمین عرب و آن زمین‌هایی که اهل آن به علاقه خویش اسلام آورده یا زمینی که به قهر و غضب از سوی مسلمان‌ها تصرف و به عنوان غنیمت تصرف گردیده اند، زمین‌های عشری گفته می‌شوند.⁶ زمین‌های مرده‌ای که زنده کرده شود در این صورت به نزدیک‌ترین زمین پهلوی آن دیده می‌شود که اگر خراجی بود آن نیز خراجی قبول می‌گردد و اگر عشری بود این زمین از آن حالت برخوردار می‌گردد. زمین‌های بصره به اجماع صحابه از جمله زمین‌های عشری می‌باشد. امام ابوحنیفه رح بر این باور بوده است که در کمترین چیز یا بیش‌ترین چیزی که از زمین بدست می‌آید عشر می‌باشد، برابر است که از آب جاری سیراب گردیده باشد یا از آب آسمان. اما عشر نیست در نی و چوب و گیاه. یاران بر این عقیده هستند که عشر نیست، مگر در آن اشیایی که اثر باقی داشته باشد؛ یعنی قابلیت ذخیره کردن به آینده را داشته باشد. از این رو در تکراری‌ها به نزد یاران عشر نیست. امام ابوحنیفه و یاران در دو قسمت اختلاف دارند: یک در اشتراط نصاب و دوم در اشتراط بقاء. پس در این جا

¹ - یحیی ابن آدم، ابو ذکریا یحیی ابن آدم بن سلیمان قرشی کوفی (۲۰۳ق) فقیه، محدث و مقرئ شام، مشهور به یحیی ابن آدم. (مقاله ابن آدم، ج ۲، ص ۷۷۰).

² - حسن ابن صالح احوال کوفی، اهل کوفه و از جمله محدثان شیعه می‌باشد. (مقاله حسن ابن صالح، ج ۱، ص ۲۹۴).

³ - سواد عبارت از روستاهای عراق و ضیاع‌هایی که در عهد عمر ابن خطاب بدست مسلمانان افتاده و به مناسبت نخلستان‌ها و کشت-زارهای سبز چنین نامی به آن‌ها داده شده است. سواد دو اند: یکی سواد کوفه و آن سکر است تار آب و حلوان است تا قادسیه و دوم سواد بصره و آن اهواز است و دست میشان و فارس. (دهخدا)

⁴ - نبط: گروهی که در بطائح میان عراق عرب و عراق اعجم یا سواد به سواد عراق ساکن بودند که عربیت گزیده اند و در برآوردن آب ماهر و به کثرت فلاحت مشهور بوده اند. (دهخدا)

⁵ - الحنفی زین الدین ابن نجیم، البحر الرائق، سال ۱۲۹۰هـ ق، مصر: نشر مطبعه البابی الحلبی، ج ۵، ص ۱۷۶.

⁶ - عبدالله بن احمد بن محمود النسفی، کنز الدقائق، بدون تاریخ، پشاور: چاپ مکتب اکرمیه، باب عشر و خراج ص ۲۰۹.

مراد از نی همان نی می‌باشد که از آن قلم ساخته می‌شود و در آبادی از آن استفاده می‌شود؛ اما در نیشکر و نی ذریره عشر است؛ زیرا از آن‌ها غله به وجود می‌آید بخلاف شاخه خرما و کاه، چون مقصود دانه و خرما است، نه شاخه و کاه.¹ و آن زمین‌هایی که به دلو بزرگ، دلو گاوی یا دلو شتری آبیاری می‌شوند، در آن‌ها نصف عشر می‌باشد به اتفاق آراء؛ زیرا مشقت بیش‌تری متوجه صاحب زمین می‌باشد. اما اگر زمین به دلو گاوی و آب جاری آبیاری گردیده باشد در این صورت به سال ترجیح داده می‌شود که از کدام مجرا بیش‌تر آبیاری گردیده است.²

مطلب دوم: زمین‌های خراجی

خراج نامی است برای آنچه خارج می‌شود از غله زمین یا غلام بعد از آن نام نهاده شده آنچه را سلطان می‌گیرد.³ زمین‌های خراجی به زمین‌هایی گفته می‌شود که بر آن‌ها مالیه یعنی خراج وضع گردیده است که این مقدار از سوی پادشاه نظر به حالت شخص مکلف تعیین می‌شود و همچنان در این زمین‌ها عشر نمی‌باشد. از زمین عرب پیامبر بزرگ اسلام و اصحاب رض خراج نگرفته اند. یکی از شروط خراج همانا به حالت سابق گذاشتن مالک‌های زمین‌ها بود؛ یعنی صاحب زمین‌های خراجی به هر دین و آینی که بودند به همان دین خویش باقی بودند و صرف به حکومت اسلامی خراج پرداخت می‌کردند. زمین عرب در برگیرنده ماوراء زمین کوفه تا انتهای سنگی که به یمن است می‌باشد. کرخی در شرح قدوری گفته است زمین عرب شامل زمین حجاز، زمین تهامه، زمین یمن، زمین مکه و طایف و زمین بریه (مادیه) می‌شود. محمد گفته است زمین عرب از عذیب است تا به مکه و عدن ابین تا انتهای سنگ به یمن به مهره.⁴

مراد از سواد، سواد عراق است؛ زیرا حضرت عمر فاروق رض در حضور صحابه بر آن زمین‌ها خراج وضع کرد. هرگاه مسلمانان زمینی را که جهت بنا آباد کرده باشد، ولی بعد از آن به عنوان باغ استفاده نماید و از آب‌های عشری در آبیاری آن استفاده نماید در این صورت بر محصول آن عشر است. اما اگر آن باغ از آب‌های خراجی آبیاری گردید در این صورت بالای محصول آن زمین خراج می‌آید؛ زیرا مؤنثه به همراه آب در مثل آن دور می‌کند. از گفتار فوق چنین برداشت می‌گردد که آب‌ها به دو نوع اند، یکی آب‌های عشری؛ و دوم آب‌های خراجی:

الف- آب‌های عشری: آب‌های عشری عبارت از آب آسمان، آب چاه‌ها، آب چشمه‌ها و آب بحر‌هایی که در تصرف کسی قرار ندارد، می‌باشد؛

¹ - المرغینانی ابی الحسن برهان الدین علی ابن ابی بکر ۱۴۲۹ هـ، الهدایة شرح البدایة المبتدی، پاکستان: نشر مکتب البشیری ج ۱، ص ۱۸۳.

² - منبع قبلی، ص ۱۸۴.

³ - بحرالرائق، ج ۵، ص ۱۷۶.

⁴ - بحرالرائق، ج ۵، ص ۱۷۶.

ب-آب‌های خراجی: عبارت از آب‌های نه‌رهایی است که توسط اعجمی‌ها کنده شده‌اند. امام محمد بر این باور است که آب جیحون و سیحون و دجله و فرات از جمله آب‌های عشری‌اند؛ این آب‌ها در قید ملکیت کسی قرار ندارد. اما به نزد امام ابو‌یوسف این آب‌ها خراجی‌اند؛ زیرا گرفته می‌شود بر آن‌ها پل بزرگ از سفن و این درست است بر آن‌ها.¹ از گفتارهای پیشین چنین برداشت می‌شود که خراج به دو نوع خراج مقاسمه و خراج وظیفه، تقسیم گردیده است.

یک-خراج مقاسمه: عبارت از خراجی است که از آنچه از زمین خارج می‌شود گرفته می‌شود؛ یعنی خراج جزء آنچه از زمین خارج می‌شود می‌باشد، مانند عشر اما خراج همان عشر نیست، بلکه میان عشر و خراج تفاوت بزرگی وجود دارد و این تفاوت از لحاظ مقدار و مصرف می‌باشد. عشر معتبر در برگیرنده زکات می‌باشد و مصرف عشر و زکات نیز شبیه یکدیگر‌اند. در این صورت اگر به خراج مقاسمه نظری افکنده شود پیدا می‌گردد که خراج مقاسمه نصف آنچه از زمین برداشته می‌شود می‌گردد و این نوع خراج برای مصارف عامه دولت به مصرف می‌رسد.

دو-خراج وظیفه: عبارت از خراجی است که بر محصول سالانه صاحب زمین خراجی مرتب می‌گردد نه به آنچه از زمین برداشته می‌شود، برابر است که در زمین کاشته شده باشد یا این‌که میان شرکا تقسیم گردیده باشد. چنانچه فرض شود که از هر قسمت این زمین مقدار محدود در هم یا مقدار محدود گندم و مانند آن به حساب دولت ریخته شود. تمامی این زمین‌ها از جمله زمین‌های مملوکه می‌باشد و مالک آن‌ها در واقع همان صاحب آن‌ها می‌باشد. هرگاه مالک این زمین‌ها نابود گردد در این صورت زمین‌ها به خزانه‌ی دولت تعلق می‌گیرد و از جمله زمین‌های دولتی به حساب می‌روند. زمین‌های متذکره از سوی دولت به اجاره داده می‌شود و مقدار قابل پرداخت آن به حساب دولت پرداخته می‌شود و از این زمین‌ها عشر و خراج گرفته نمی‌شود.

مطلب سوم، جمع میان عشر و خراج

در رابطه به این‌که جمع میان عشر و خراج وجود دارد یا نه، چند دیدگاه وجود دارد که در این مطلب به صورت جداگانه به هرکدام آن‌ها پرداخته می‌شود.

احناف برای میوه و زراعت عشر یا نصف عشر را شرط کرده‌اند، البته در صورتی که زمین خراجی نباشد و در صورتی که زمین خراجی باشد چیزی واجب نمی‌شود. بنا بر زکات در آنچه از زمین خارج می‌شود می‌باشد؛ یعنی عشر یا نصف عشر. جمهور فقها مخالف این رای بوده و واجب دانسته عشر را بر تمام زمین‌ها برابر است که عشری باشند یا خراجی و از همین جهت ضرور

¹ - هدایه، ج ۱، ص ۱۸۶.

دانسته می‌شود که در این مطلب به بحث پرداخته شود که زمین کجا و در کدام مرحله به یکی از این دو موضوع ارتباط می‌گیرد. یکی از زمین‌های عشری عبارت از آن زمین‌هایی است که اهل آن اسلام آورده باشند و آن زمین‌ها بدست صاحبان‌شان باشند، مثل مدینه، طایف، یمن، بحرین و همچنان مکه مکرمه، اگرچه به جنگ فتح گردیده است و لکن رسول الله (ص) از روی احسان برای اهل مکه از غنیمت‌گیری اموال آن‌ها خودداری نموده است. پس از تسلیم نمودن اموال برای آن‌ها، اسلام آوردند و همین اسلام آوردن‌شان سبب گردید که زمین‌های‌شان در جمع زمین‌های عشری قرار گیرد. زمین‌های که به زور، جنگ و قهر که میان آن‌ها و مسلمانان کشتار صورت گرفته باشد و امام نیز رای به غنیمت‌گیری آن‌ها داده باشد، مثل زمین خیبر که قبل از جنگ زمین یهود بود و پس از جنگ در اختیار مسلمانان قرار گرفت، این نوع زمین‌ها اکنون در اختیار مسلمانان قرار دارند از جمله زمین‌های عشری محسوب می‌شوند. سوم، زمین‌های قدیمی که نه صاحبی دارند و نه در ملکیت کسی بوده و امام آن را بخشیده باشد برای یک شخص، مثل فعل رسول الله (ص)، اصحاب کرام و غیره که در زمین‌های یمن، یمامه، بصره و آنچه مشابه آن‌ها صورت گرفته بود. همچنان زمین‌های مرده‌ای که توسط شخص مسلمان آباد گردیده باشد، این زمین‌ها نیز از جمله زمین‌های عشری می‌باشند.¹

ابوعبید² گفته است که غیر از زمین‌های ذکر شده، زمین‌های دیگری نیز وجود دارند که به جبر گرفته شده اند و فی گردیده باشند، مثل زمین‌های سواد عراق، اهواز، فارس، کرمان، شام و غیره زمین‌هایی مانند، آن. یا باشد زمین‌هایی که از راه صلح بدست آمده باشند، مثل زمین نجران، ایله، اذرح، دومة الجندل، فدک و آن زمین‌هایی که مشابه آن‌ها اند از آن زمین‌هایی که صلح کرده است برای‌شان رسول الله ص یا فعل کرده است به آن امام‌های بعد از آن مثل بلاد الجزیره و بعض بلاد ارمنیه از کور خراسان. از دو نوع زمین که فوقاً ذکر گردید خراج گرفته می‌شود و به خزانه دولت سپرده می‌شود تا این‌که برای مصارف عامه صرف گردد.³

زمین که اهل آن با مسلمانان جنگ کرده است و عقد صلح نیز میان آن‌ها صورت نگرفته، بلکه حکم کرده باشد بین آن‌ها و بین مسلمانان شمشیر. همین زمین‌ها سیاستاً خاص برای اسلام است، چنان که در آیات ۷ و ۱۱ سوره حشر ذکر شده در آن تقسیم فی و آنچه استدلال کرده بران سیدنا عمر رض بر وقف رقبه زمین برای گروهی از مسلمانان و شروع کرد به تنفیذ آن، مثل تقسیم زمین خیبر. فقهای کرام تعبیر نموده اند از حکم اسلام بر آن زمین‌ها که وقف نموده اند برای مسلمین و نهاده شد بر آن‌ها

¹ - ابو عبید، بن سلام القاسم، الأموال، ۲۰۰۷م، چاپ اول، دارالهدی النبویه، دارالفضیلة، صص ۵۱۳ و ۵۱۴.
² - ابو عبید، قاسم بن سلام هروی (۷۷۱-۸۳۸م) محدث، قاری و فقیه خراسانی و نویسنده کتاب الأموال بود که بیش‌تر در شام می‌زیست، مشهور به ابو عبید، می‌باشد. (تاریخ ادب العربی، ج ۲، بیروت: دارالعلم، ص ۲۲۸).
³ - یعقوب بن ابراهیم ابویوسف، کتاب الخراج، سال ۱۹۷۹م، بیروت-لبنان: نشر دارالمعرفه، ص ۶۹.

خراج معلوم که هر سال گرفته می‌شد از هر زمین به اندازه‌ی مقدار هر زمین و ثابت گذاشته می‌شود زمین‌ها در دست صاحبان‌شان تا زمانی‌که خراج ادا نمایند، برابر است که در دست مسلمان باشد یا اهل ذمه. خراج ساقط نمی‌شود به اسلام آوردن صاحب زمین و نه به انتقال زمین به مسلمان؛ زیرا آن به منزله مزد زمین است.¹

جمع بین عشر و خراج برای فقیه مشکل ببار آورده است. پیداست که وقتی زمین کاشته می‌شود از سوی یک مسلمان بر وی واجب است که از آنچه از زمین می‌بردارد عشر بدهد یا نصف زکات مفروضه، پس آیا بر آن واجب می‌شود عشر و خراج یا یکی آن عفو می‌گردد؟ اما خراج ابدی است و قابل اسقاط نیست، پس آیا عشر قابل اسقاط است یا هر دو واجب می‌شوند؟ در این رابطه دیدگاه فقها ذیلاً می‌آید. علمای احناف بر این عقیده اند که در این‌جا عشر نیست؛ زیرا یکی از شرایط زمین عشری اینست که زمین از جمله زمین‌هایی خراجی نباشد. در این رابطه روایت است از ابو عبید از لیث بن سعد و ابن ابی شیبیه از شعبی و عکرمة عشر و خراج جمع نمی‌شوند.²

¹ - المغنی، ج ۲، ص ۷۱۶.
² - بن سلام عبید القاسم، الاموال، ج ۳، ص ۲۰۱.

فصل سوم

مقایسه و بررسی مال منقول و مال غیر منقول

این تحقیق شامل سه فصل بود که در فصل اول مال، در فصل دوم اموال منقول و غیرمنقول و در فصل سوم که اکنون آغاز می‌گردد تفاوت میان مال منقول و مال غیرمنقول که در واقع بنیاد و اساس تحقیق نیز بستگی به این فصل دارد، تحقیق می‌شود. در فصل سوم با در نظر داشت دیدگاه فقها، حقوق‌دانان و قوانین کشورها تفاوت این دو نوع مال مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. این فصل طی مباحث متعددی طرح‌ریزی گردیده است.

مبحث اول-رای فقها در مورد تفاوت اموال منقول و غیرمنقول

این پذیرفتنی نیست که فقها در تمام موارد اتفاق داشته باشند و دلایل زیادی بر این ادعا وجود دارد، از جمله این‌که دوری فقها از یکدیگر و نشدن بحث میان آن‌ها تا قناعت یکی از سوی دیگری فراهم می‌گردید، همچنان اختلافات ذهنی و برداشتی که هر فقیه از متون فقهی داشت نیز سبب دیگری برای ایجاد تفاوت میان فقها گردیده است و همچنان در تعاریفی که از سوی فقها صورت گرفته دیده می‌شود که ضمن تفاوت قایل شدن میان این دو نوع مال در پنداشتن یک مال در زمین دیگری نیز اختلاف دارند. بیش‌تر طی مطالب زیر روشن می‌گردد. دیدگاه فقها در مورد عمار به دو دسته تقسیم می‌شود؛ یعنی در یک قسمت اتفاق دارند و در قسمت دیگر اختلاف. فقها بر این باور اند که عمار همان زمین است و اما در مورد این‌که ساختمان‌ها و درختان در حکم عمار اند اختلاف است.

مطلب اول: رای احناف و حنابله در مورد اموال منقول و غیرمنقول

احناف و حنابله بر این باور اند که غیرمنقول (عمار) شامل زمین می‌شود و بنا و درختان در این امر داخل نیستند. در در الحکام آمده است که هرگاه ساختمان‌ها و درخت‌ها همراه زمین واقع شده باشند، در این صورت غیرمنقول پنداشته می‌شوند و اما اگر به‌تنهایی بدون زمین در نظر گرفته شوند، در این حالت حکم منقولی به خویش می‌گیرند. یا این‌که در جایی آمده است شفعه نیست در عقاری مثل درخت و حیوان و ساختمانی جدا از زمین.^۱ دیدگاهی بر این است که مواردی که شامل عمار (غیرمنقول) می‌شود در تعریف لغوی این مال است که در فصل دوم این بحث گذشت. حافظ ابن حجر^۲ در مورد اموال غیرمنقول این باور دارد که آن (عمار) یک متاع یا حویلی یا زمین و در

^۱ - البهوتی منصور بن یوسف، کشاف القناع شرح متن الاقناع، بدون تاریخ، نشر مطبعه السنه الحمیدیه، ج ۴، ص ۱۴۰.
^۲ - ابن حجر عسقلانی، شهاب الدین ابوالفضل احمد بن علی بن محمد بن محمد بن علی بن احمد بن محمود بن احمد حجر عسقلانی کنانی مصری (۷۷۳-۸۵۲ق) محدث، فقیه، مورخ و شاعر شافعی مذهب و نویسنده کتاب «فتح الباری» مشهور به ابن حجر عسقلانی می‌باشد. (مقاله ابن حجر عسقلانی، ج ۳، ص ۱۰۸۶).

لغت مشهور در برگیرنده تمام آن‌هاست.^۱ این تعریف، تعریف عمار در عرف فقهای سلف است؛ اما فعلاً این ظاهر است که اصطلاح مستقر بر معنی عماری منظور همان زمین باشد یا آنچه متصل بر آن است و این موافق باور احناف و حنابله می‌باشد.^۲ درجایی دیگری آمده است که عمار به نزد احناف فقط زمین یا زمین ساختمان‌دار می‌باشد. با آنکه آبادی و درخت در زمین باشند از دید فقهای احناف از جمله منقولات حساب می‌گردند. همچنان وقف درخت و آبادی به تنهایی (بدون زمین) درست نیست در جایی که مردم آن به وقف چنین اموالی آشنایی نداشته باشند؛ زیرا وقف جاری نمی‌شود، مگر در عمار و منقولی که مردم به وقف آن آشنایی داشته باشند. مجلة الاحکام نیز طی مواد خود به این موضوع پرداخته است: «اگر مالک ساحه خویش را با درخت‌ها و ساختمان‌های آن یکجا فروخت در درخت‌ها و ساختمان‌های فروخته شده به پیروی از زمین شفعه جاری می‌گردد. اما اگر تنها درخت‌ها و ساختمان‌ها را فروخت در آن شفع جاری نمی‌گردد» و فقها بر این باور اند که اگر آبادی و درخت به تنهایی بودند، از جمله منقولات شمرده می‌شوند و اگر یکجا با زمین بودند به پیروی از عمار، عمار پنداشته می‌شود.^۳

مطلب دوم: رای مالکيه و شافعيه در مورد اموال منقول و غيرمنقول

مالکيه و شافعيه بر این باور اند که عمار بر درختان و ساختمان‌ها اطلاق می‌شود، چنانکه بر زمین اطلاق می‌شود؛ زیرا از نظر این‌ها هر آن شیء که نقل و انتقال آن بدون تغییر ماهیت ممکن نباشد، عمار می‌باشد. از این‌رو درخت و ساختمان در این حکم داخل می‌شوند، چون نقل و انتقال آن‌ها بدون تغییر ماهیت صورت نمی‌گیرد.^۴ در جایی آمده است که فقهای غیر از احناف (مراد از غیر احناف مالکيه و شافعيه می‌باشند، چون حنابله و احناف روی یک باور استوار اند) بر این باور اند که درخت و ساختمان حکماً پیوسته به عمار اند از جهت پیروی آن‌ها از عمار در تصرف عماري که دارای ساختمان و درخت است. اجتهاد مالکي‌ها بر این است که ساختمان و درخت از این‌که در زمین اند در حکم عمار پنداشته می‌شوند؛ زیرا آن دو با زمین متصل می‌باشند و اتصال‌شان ثابت است. یعنی قابلیت نقل و انتقال را از جایی به جایی دیگر بدون تغییر شکل و ماهیت اولی خویش ندارند، بلکه ماهیت و شکل اولی آن‌ها دست‌خوش تغییر می‌گردد و درخت‌ها به چوب و ساختمان‌ها به توت‌های خشت و سنگ بدل می‌شوند. دلایل فوق تایید وارد شدن ضرر و تقاضای ثبات عین آن دو را می‌کند و این ثبات ایجاب می‌کند که مثل زمین عمار پنداشته می‌شود. یا به عبارت دیگر فقها در عمار زمین

^۱ - العسقلانی احمد بن علی بن حجر، فتح الباری، بدون تاریخ، نشر مکتب السلفیة، ج ۶، ص ۵۱۹.

^۲ - العمیره محمد ابن عبدالعزیز، نوازل العمار، ۲۰۱۱م، الرياض-سعودی: نشر مشترک انتشارات بنک البلاد و دارالمیمان، ص ۳۹.

^۳ - بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۲۵۴.

^۴ - الخرشى محمد بن عبدالله، شرح مختصر خليل، بدون تاریخ، نشر انتشارات دارالفکر، ج ۶، ص ۱۸۷؛ و الرملی محمد بن شهاب، نهابة المحتاج الی شرح المنهاج، بدون تاریخ، مصر: نشر مطبعة البهية، ج ۴، ص ۹۳.

اتفاق دارند و اما در عمار بودن درخت و ساختمان تنها فقهای مالکی و شافعی نظر دارند.¹ جمهور در این زمینه عمار مختص به زمین دانسته و در مورد درخت‌ها و ساختمان‌ها بر این نظر است که آن‌ها در حکم عمار اند به اساس زمین.² قوانین روز برای عمار ساحه‌ای بزرگی را در نظر گرفته اند و بر این اساس بیش‌تر در پیروی از دیدگاه فقهای مالکی قرار دارند. چنانچه در ماده ۶۲ قانون مدنی عراق و ماده ۸۲ قانون مدنی مصر و در ماده ۸۴ و ۸۵ قانون مدنی سوریه نیز چنین آمده است و در روشنی این دیدگاه داخل می‌گردد در عمار زمین و هر آن شی که در زمین وجود دارد، برابر است که درخت باشد یا ساختمان یا هر آن شی نوپیدایی که در زمین است یا هر آن منقولی که در خدمت غیرمنقول قرار داده می‌شود.³

مطلب چهارم: بررسی تطبیقی

نخستین تفاوت، تفاوت دیدگاه فقها در مورد تعریف اموال منقول و غیرمنقول بوده که طی این مطلب بر آن پرداخته می‌شود. فقهای حنفی و حنبلی مذهب بر این باور اند که غیرمنقول (عمار) تنها زمین می‌باشد و درختان و ساختمان‌ها شامل غیرمنقول نمی‌گردد، مگر این‌که به پیروی از زمین فروخته شوند. یعنی این دو عنوان به صورت جداگانه غیرمنقول نبوده و زمانی غیرمنقول دانسته می‌شود که در تابعیت از زمین قرار گیرند. اما فقهای شافعی و مالکی مذهب بر این عقیده هستند که غیرمنقول شامل زمین، درختان و ساختمان‌ها می‌گردد؛ یعنی چنانچه غیرمنقول به عمار گفته می‌شود برای درختان و ساختمان‌ها نیز گفته می‌شود؛ زیرا نظر این‌ها نسبت به نظر فقهای حنفی و حنبلی در مورد عمار و منقول دانستن زمین و درختان وسیع‌تر می‌باشد. جمهور فقها عمار خاص زمین را میدانند و درختان و ساختمان‌ها را در حکم عمار میدانند. در هر تعریف جامع و مانع بودن لازم و ضروری است. از آرای فقها چنین پیداست که فقهای مالکی و شافعی نسبت به فقهای حنفی و حنبلی ساحه دید و اهمیت اموال غیرمنقول نسبت به اموال منقول را بزرگ‌تر نموده اند، ولی در این جا تعریف احناف و حنابله جامع‌تر معلوم می‌گردد؛ زیرا از دخول غیر جلوگیری نموده و فرصت مناقشه برای هیچ فردی باقی نمانده و دیدگاه فقهای شافعی و مالکی در رابطه به موضوع منقول و غیرمنقول بازتر می‌نماید؛ یعنی میان دیدگاه سایر فقها اختلاط منقول و غیرمنقول دیده می‌شود، از دو عنوان «منقول و غیرمنقول» پیداست که این دو تفاوت بزرگی دارند. یعنی منقول به اشیایی گفته می‌شود که نقل و انتقال آن از جایی به جایی دیگر ممکن باشد و غیرمنقول عکس آن می‌باشد.

¹ - الکلبیولی عبدالرحمن ابن محمد ابن سلیمان، مجمع الانهر، بدون تاریخ، بیروت-لبنان: نشر دارالکتب علمیه، ج ۲، ص ۴۷۱.

² - زرقا مصطفی احمد، المدخل الفقهي العام، ج ۳، ص ۱۴۷ تا ۱۴۹.

³ - القره داغی علی محی الدین، مقدمات فی المال والملکة والعقد، ص ۴۷.

مبحث دوم- تفاوت اموال منقول و غیرمنقول از دید قوانین

با آنکه هر دو قانون از یک زیر مجموعه گردآوری گردیده اند و اما در مواردی دیده می‌شود که قانون افغانستان در برخی مواد خویش از بعضی قسمت‌هایی اموال منقول و غیرمنقول تعریف جداگانه‌ای دارد و قانون ایران نیز دیدگاه متفاوت‌تری در آن دارد. بناً نیاز دیده می‌شود که در این زمینه نخست به دیدگاه قانون افغانستان در راستای اموال منقول و غیرمنقول و سپس در مطلب دوم به ارزیابی و نگرشی به قانون مدنی ایران و در مطلب سوم به بررسی دو قانون بپردازیم تا این‌که گزینه‌های متفاوت و غیر اتفاقی این دو قانون بر ملا گردد.

مطلب اول: تفاوت از دید قوانین افغانستان

قانون‌گذاری که برای افغانستان چند دهه پیش برای افغانستان قانونی ترجمه نمود که تا امروز روی کار است در این قانون به شکل درست و وسیعی به این نوعی از مال پرداخت که در برگیرنده تمامی موارد آن با پیروی از فقه‌های چهارگانه قرار دارد. این مطلب برای پیدایی تفاوت و شباهت‌هایی این دو نوعی از مال خاص گردیده است و به مواردی بیش‌تر توجه صورت می‌گیرد که در گذشته نیز بر آن توجه کامل صورت نگرفته بود و در مطلب سوم میان مواد این قانون و قانون مدنی ایران بررسی‌ای صورت می‌گیرد که هر دو در یک راه قرار دارند یا از هم تفاوت می‌کنند. اکنون به اصل مطلب می‌پردازیم. قانون مدنی افغانستان در ماده ۴۷۸ خویش برای تشخیص اموال منقول و غیرمنقول چنین می‌نگارد: «عقار عبارت از اشیائی است که دارای اصل ثابت بوده و حمل و نقل آن بدون تلف شدن غیر ممکن باشد. اشیائی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می‌شود.» در این ماده که در واقع به تعریف و تشخیص هر دو مال پرداخته معیار تمایز نقل و انتقال اموال را بدون تغییر حالت و صورت اول در نظر گرفته است و هرگاه مال قابل نقل نباشد غیرمنقول و اگر مال دارای ماهیت ثابت نباشد منقول دانسته می‌شود به شرط این‌که نقل و انتقال بدون تغییرات باشد. ماده ۴۷۹ قانون مدنی در مورد اموال منقولی که به زراعت اختصاص داده می‌شود چنین حکم می‌نماید: «اشیای منقولی را که مالک برای استفاده از عقار تخصیص می‌دهد، عقار پنداشته می‌شود.» از مفاد ماده این به دست می‌آید که اشیائی هستند ذاتاً منقول اند؛ اما استفاده از این اموال سبب می‌گردد که در حکم غیرمنقول در آیند.^۱

قانون اساسی در مورد فروش عقار و منقول برای بیگانگان چنین حکم دارد: «اشخاص خارجی در افغانستان حق مالکیت اموال عقاری را ندارند. اجازه عقار به منظور سرمایه‌گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشد. فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و به مؤسسات بین‌المللی که

^۱ - السنهوی عبدالرازق احمد، الوسیط، ج ۸، صص ۱۴ تا ۲۲.

افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشد.» از لابلای این ماده این استنباط می‌گردد که خارجی‌ها به هیچ عنوان نمی‌توانند مالک عقار گردد برابر است که از طریق وصیت، ارث و یا بخشش باشد؛ زیرا افغانستان کشوری تازه به دوران رسیده یا در حال اقتصادی شدن است و سرمایه‌گذاران این کشور توان خودکفایی ندارند. بنابراین، اگر سرمایه‌گذاران خارجی در این کشور جای‌گزین گردند احتمال زیربار رفتن این کشور به نفع بیگانگان می‌رود. اما بیگانگان می‌توانند به طور اجاره از اموال غیرمنقول این کشور استفاده نمایند. البته حکم این ماده نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی از این امر جدا می‌باشند.¹

ماده ۴ قانون فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی چنین حکم می‌نماید: «فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی صرف به منظور تأسیس اعمار ساختمان‌های دفاتر و ملحقات آنها صورت می‌گیرد.»، همچنان در فقره (۴) ماده ۲ قانون فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی چنین آمده است: «رویه بالمثل، رویه متقابل و متشابه در رابطه به فروش ملکیت‌های عقاری جهت تأسیس نمایندگی‌های سیاسی بین دو کشور می‌باشد.» این ماده چنین پنداشته می‌شود که دادن ملکیت عقاری برای نمایندگی‌های سیاسی یک عمل همانند است. به اساس ماده ۸ قانون فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی: «انتقال ملکیت عقار به نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی به اساس سند شرعی (بعد از اخذ محصول) که توسط محکمه محل عقار ترتیب می‌گردد، مطابق احکام قانون صورت می‌گیرد.» با استفاده از نص این ماده دانسته می‌شود که عقار توسط یک سند رسمی به نمایندگی‌ها و مؤسسات بین‌المللی سپرده می‌شود و این امر در اموال منقول حتمی نیست.²

طبق ماده ۲۲۱۲ قانون مدنی: «ملکیت عقار و سایر حقوق عینی که در آن شرایط مقرر قانون مبنی بر ثبت اسناد رعایت نشود، انتقال نمی‌نماید.»، ولی فروش اموال منقول معامله تجاری تلقی می‌گردد که غالباً تابع ترتیب سند رسمی نمی‌باشد.³ به اساس ماده ۲۲۱۳ قانون مدنی حق شفعه صرف در عقار ثابت می‌گردد و همچنان بیع وفا نیز در عقار صورت می‌گیرد و موارد فوق در مال منقول جاری‌شدنی نیست. طبق ماده ۲۳۴۰ قانون مدنی حق ارتفاق از جمله حقوقی است که بر عقار ثابت می‌گردد و این حق در اموال منقول قابل پیش‌بینی نمی‌باشد. همچنان دعوی مربوط به حیازت در اموال غیرمنقول قابل بحث می‌باشد.⁴ قانون مدنی در ماده ۹۶۵ خویش به مدت مرور زمان پرداخته و

1 - رسولی محمدشرف، نقد و تحلیل قانون اساسی افغانستان، سال ۱۳۸۹ هـ.ش، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، ج ۱، ص ۴۰۶.

2 - عبدالله نظام‌الدین، حقوق عینی، ص ۲۸.

3 - اصولنامه تجارت، ماده ۱۴.

4 - انصاری مسعود و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، صص ۱۷۰۸ تا ۱۷۰۹.

مدت شنیدن دعوی مربوط به اموال غیرمنقول پانزده سال در نظر گرفته است؛ اما مدت مرور زمان در اموال منقول نظر به حالات و اشخاص تفاوت می‌کند.¹

مطلب دوم: تفاوت از دید قانون ایران

قانون مدنی ایران در زمینه‌ی تفاوت مال منقول و مال غیرمنقول دیدگاه‌هایی دارد که به هرکدام آن‌ها به صورت جداگانه و بدون کم و کاست پرداخته می‌شود. یعنی در این تحقیق به آنچه از دید آن‌ها منقول است و آنچه غیرمنقول؛ کدام موارد به اموال منقول و کدام موارد به اموال غیرمنقول ارتباط دارد؛ کدام موارد از جمله موارد اتفافی در هر دو عنوان می‌باشد و غیره مواردی که در جریان مطلب ادامه می‌آید در این گفتار گنجانیده می‌شود. بناً به اصل مطلب وارد می‌گردیم. ماده ۱۲ قانون مدنی ایران در رابطه به تشخیص این مال می‌گوید: «مال غیرمنقول آنست که از محلی به محلی دیگر نتوان انتقال نمود، اعم از این‌که استقرار آن ذاتی باشد یا بواسطه عمل انسان، بنحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود.» و همچنین در ماده ۱۹ این قانون آمده است: «اشیائی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون این‌که به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است.» از آنچه در مواد پیدا می‌گردد این است که معیار تشخیص میان اموال منقول و غیرمنقول، قابلیت نقل و انتقال است، براین ترتیب که هرگاه مالی قابلیت نقل و انتقال را داشت، بدون این‌که برای عین یا محل آن خرابی وارد آید مال منقول پنداشته می‌شود و اما برعکس، اگر مالی که قابل نقل و انتقال نباشد، یا اگر در عمل نیز نقل آن ممکن شود، این تغییر موجب ویرانی و خرابی عین یا محل آن گردد، آن مال غیرمنقول دانسته می‌شود.² با این همه گاهی در اصطلاح قانون مدنی، غیرمنقول به اموال قابل انتقالی و حتی حقوق و منافع نیز گفته می‌شود، ولی این تجاوز از قاعده استثنایی و محدود به مواردی است که قانون‌گذار بناً به مصالحی، اموال قابل حمل را به صراحت در حکم اموال غیرمنقول قرار داده باشد. چنانچه بحثی از حقوق و منافع گردید، این دو عنوان یا دو تقسیم در حقوق ایران ارزش قابل تأملی دارد؛ زیرا آثاری آن بی‌شمار است:

بر مبنای این ماده برای خارجی‌ها حق تملک اموال غیرمنقول داده نمی‌شود، مگر به موجب معاهده و آن هم برای سکونت یا شغل و صنعت، مثلاً میان ایران و آلمان معاهده‌ای منعقد گردیده است که شهروندان ایرانی در آلمان چنین حقی دارند و همچنین شهروندان آلمانی نیز در ایران از این حق برخوردار می‌گردند، به‌نحوی یک عمل متقابل در این معاهده دیده می‌شود؛

به اساس مواد ۲۲ و ۴۶ قانون ثبت ایران، نقل و انتقال اموال غیرمنقول باید توسط یک سند رسمی

¹ - مراجعه شود به مواد ۹۶۵ به بعد قانون مدنی افغانستان.

² - کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۴۹.

انجام گیرد و این گزینه برای اموال منقول قابل اجراء نیست و همچنان در ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی این کشور آمده است که قیم نمی‌تواند مال غیرمنقول مولی علیه خود را بدون اجازه قاضی بفروشد یا به گرو دهد؛

در ماده ۸۰۸ قانون مدنی پیش‌بینی گردیده است که حق شفعه و استفاده از آن صرف در اموال منقول قابل بررسی است و در غیر آن پذیرفتنی نیست؛ در ماده ۷۳۷ و ۷۳۸ قانون آیین دادرسی مدنی مدت مرور زمان در دعاوی مالکیت یا وقفیت نسبت به عین غیرمنقول ۲۰ سال در نظر گرفته است و اما در دعاوی منقول این امر تابع مرور زمان ده‌سال یا کمتر از آن می‌باشد؛ و همچنان ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی در رابطه دعاوی غیرمنقول بر این تاکید می‌نماید که دعاوی مربوط به غیرمنقول در محکمه‌ای قابل بررسی می‌باشد که غیرمنقول در حوزه صلاحیت آن واقع می‌باشد؛

مطابق بند (۱) ماده دوم قانون تجارت ایران، فقط خرید و فروش اموال منقول جزء اعمال تجارتي محسوب می‌گردد و کسی که به معامله اموال غیرمنقول مشغول باشد (برابر است که معاملات وی پر درآمد و با ارزش باشد)، تاجر به حساب نمی‌آید؛ ماده ۹۳ قانون مدنی حق ارتفاق از جمله حقوق وابسته به اموال غیرمنقول میداند؛ قانون مدنی در مواد ۹۴۶ تا ۹۴۸ به ارث زن پرداخته و طی مواد فوق بیان می‌نماید که زن از اموال منقول ارث مکمل می‌برد و اما از اموال غیرمنقول بسیار ارث محدودی می‌برد. زیرا نه تنها از زمین و عرصه محروم است، بلکه از عین، ابنیه و اشجار نیز نمی‌تواند به عنوان ارث ببرد و باید قیمت ثمن یا ربع اعیان و اشجار از بقیه وارثان مطالبه نماید. منتها تا زمانی که این قیمت پرداخته نشود، زن حق عینی تبعی بر آن اموال دارد و بر سایر طلبکاران مقدم می‌باشد؛

طبق ماده ۱۳ و ۱۴ آئینه و لوله‌هایی را که در ساختمان به کار رفته اند در ردیف اموال غیرمنقول قرار داده اند و اما زمانی که از ساختمان جدا گردند حکم منقول به خود می‌گیرند؛ و ماده ۱۵ و ۱۶ در رابطه به ثمر و شاخه‌های درختان بیان می‌کند که این‌ها تا زمانی جدا نشدن از درخت در حکم غیرمنقول می‌باشند و اما به مجرد جدا شدن از درخت منقول دانسته می‌شوند؛ به اساس ماده ۱۷ قانون مدنی حیوانات و اشیائی را که مالک به زراعت از قبیل گاو، گاومیش، ماشین و اسباب زراعت اختصاص میدهد در حکم غیرمنقول می‌باشند. بناً آنچه از مواد فوق برداشت می‌گردد از یک سو تمایزی میان اموال منقول و غیرمنقول دانسته می‌شود و از سوی دیگر بیان این است که قانون حقوق متعلق به اموال منقول از جمله اموال منقول قرار داده و حقوق متعلق به اموال غیرمنقول از جمله اموال غیرمنقول. همچنان از مواد فوق این پیدا می‌گردد که اصل در اموال، منقول بودن است و

اموال غیرمنقول استثناء بر اصل هستند و باید آن‌ها را منحصر به مواردی دانست که در قانون ذکر شده است. بنابراین، هرگاه در موردی نص قانون وجود نداشته و در منقول یا غیرمنقول بودن مال تردید حاصل شود، مانند مالکیت‌های فکری یا معنوی، باید مال را منقول به‌شمار آورد.¹

مطلب سوم: بررسی تطبیقی هردو قانون

تفاوت دیگری که برای اموال منقول و غیرمنقول در نظر گرفته شده است دیدگاه قانون به‌سوی هرکدام این اموال می‌باشد که در این مطلب به بررسی دیدگاه قانون‌گذاران در رابطه دو نوعی از مال می‌پردازیم. قانون‌گذاران ایرانی و افغانستانی تقریباً هردو تعریف یکسانی در مورد اموال منقول و غیرمنقول دارند و چرایی این امر در این است که قوانین افغانستان و ایران برگرفته شده از فقه آن‌ها می‌باشد و در واقع منبع اساسی و بنیادین این دو قانون فقه اسلامی می‌باشد. در تعریف که قانون‌گذار افغانستانی و ایرانی نمودن شباهت بیش‌تر و تفاوت خیلی اندک دیده می‌شود و آن این است که قانون‌گذار ایرانی در متن قانون ذکر نموده که زن از اموال غیرمنقول (زمین) ارث نمی‌برد و باید از اموال منقول برای وی حق داده شود؛ اما در قانون مدنی افغانستان مطابق فقه اهل سنه برای زن از هردو نوع مال حق داده می‌شود. قانون مدنی ایران چنین بیان نموده است که باید قیمت ثمن یا ربع اعیان و اشجار از بقیه وارثان مطالبه نماید و تا زمانی که این قیمت پرداخته نشود زن حق عینی تبعی بر آن اموال دارد و بر سایرین مقدم می‌باشد. تفاوتی که در تعریف دو قانون میان اموال منقول و غیرمنقول دیده می‌شود همان کلمات به کاربرده‌ای می‌باشد که قانون‌گذار در تعریف آن استفاده نموده و همچنان این تعریف شبیه تعریفی است که در فقه صورت گرفته، ولی تعریف قانون ایران از این ویژگی برخوردار نمی‌باشد. تفاوت دیگری که میان این قانون دیده می‌شود این است که قانون‌گذار ایران برای مال منقول و مال غیرمنقول دو ماده را انتخاب نموده و اما قانون‌گذار افغانستانی هردو مال در یک ماده تعریف نموده است. نکته‌ی دیگری که در قانون ایران وجود دارد و اما در قانون افغانستان وجود ندارد این است که قانون‌گذار ایرانی در متن ماده خویش چنین آورده «... استقرار آن ذاتی باشد یا به عمل انسان ...» از این قسمت دانسته می‌شود که تعریف این ماده در برگیرنده تمامی اموالی است که ذاتاً غیرمنقول بوده یا توسط اشخاص غیرمنقول گردیده باشند.

¹ - امامی سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، صص ۲۳ تا ۳۱؛ و صفایی سیدحسین، اشخاص و اموال، صص ۱۲۹ تا ۱۳۹؛ و کاتوزیان، اموال و مالکیت، صص ۵۱ تا ۶۷.

مبحث سوم-التصاق در مال منقول و مال غیرمنقول

التصاق نیز یکی از اسباب کسب ملکیت تام پنداشته می‌شود، ولی در این مبحث هدف از بیان آن به- عنوان اسباب کسب ملکیت نه، بلکه شناخت التصاق و چگونگی آن در اموال منقول و غیرمنقول مورد بحث است. البته جلد چهارم، فصل دوم مبحث سوم، مواد ۲۱۹۸ الی ۲۲۰۹ قانون مدنی در این مورد اختصاص دارد و احکام مربوط به التصاق ترتیب و تنظیم نموده است. برای فهم بیشتر این موضوع وارد بحث اصلی می‌شویم.

مطلب اول: التصاق و مفهوم آن

الف-تعریف التصاق: التصاق از ریشه لَصِق گرفته شده است در لغت به معنی چسپیدن، وادوسیدن، پیوستن، پیوستگی و چسپندگی می‌باشد.^۱ همچنین التصاق به معنی چسپیدگی، اتصال و پیوستگی، الحاق، انضمام و همبستگی می‌باشد.^۲ التصاق به معنی برچسپیدن به چیزی می‌باشد.^۳ در اصطلاح حقوقی عبارت از اتحاد دوچیز مختلف از همدیگر و مملوک مالکین مختلف است بدون اتفاق آن‌ها.^۴ به عبارت دیگر التصاق در هم فرورفتن و اتحاد و ضمیمه دوچیزی است که از همدیگر ممیز و جدا بوده اند و مملوک، دو مالک مختلف باشند، بدون این‌که هر دو مالک برای اتحاد آن دو توافق کرده باشند. التصاق در جایی صدق می‌کند که جدا کردن این دو چیز بدون نقص و تلف یکی یا هر دو، نا ممکن باشد. از این پیدا می‌شود که در مورد گنجی در زیر زمین قرار دارد صدق نمی‌کند که باهم ملحق شده اند، چون جداکردن هر دو از یک دیگر بدون تلف یکی یا هر دو ممکن است و نیز التصاق در جایی صدق می‌کند که دو چیز، مملوک دو مالک باشند.^۵ خلاصه این‌که منظور از التصاق این است که عینی از اعیان با عین دیگر متصل گردد و بچسپد.^۶

از بررسی متون فوق چنین بر می‌آید که برای التصاق خصوصیات ذیل نیز می‌باشد:

۱- دو ملک که با هم متصل شده اند متمایز از هم باشند؛

۲- این دو ملک هم متصل شوند؛

۳- این اتصال به گونه اتقاقی و بدون تفاهم قبلی صورت گرفته باشد؛

۴- ملکیت‌ها از دو مالک متفاوت بوده باشند؛

۱ - غیاث الغات، مولانا غیاث الدین، ص ۶۶؛ و فرهنگ فارسی معین، ج ۱، ص ۱۸۵.

۲ - حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص ۱۸۷.

۳ - دهخدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۲، ص ۳۱۷۸.

۴ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، کلمه ۲۲۰۰.

۵ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۱۹۱.

۶ - صمیم عبدالمجید، حقوق عینی، ص ۱۵۹.

۵- جداسازی اشیای به هم چسبیده بدون تلف شدن یکی از آنها امکان‌پذیر نباشد. پس اگر دو عین بر بنیاد توافق دو مالک یا درحالی که هر دو عین از یک مالک باشد، باهم متصل شوند، در چنین حالاتی و امثال آنها التصاق به شمار نمی‌رود. به‌عنوان مثال هرگاه کسی در عمار یا منقولی اصلاحاتی بیاورد، این اصلاحات، اگرچه شاید از طریق التصاق صورت گرفته باشد؛ اما چون تعریف و خصوصیات فوق بر آن صدق نمی‌کند، از باب التصاق نمی‌باشد.¹

ب-انواع التصاق: از مفهوم متن مواد قانون مدنی این برداشت می‌شود که التصاق دارای سه نوع می‌باشد یا این‌که این قانون التصاق به سه دسته، التصاق طبیعی به عمار، التصاق منقول (منقول به عمار) و التصاق منقول به منقول جداگانه تقسیم نموده اند که اینک هرکدام را به صورت مفصل در زیر عنوان‌های جداگانه می‌خوانیم.

۱- التصاق طبیعی به عمار: منظور از التصاق طبیعی به عمار التصاقی است که براساس آن عمار دیگری به گونه طبیعی به عمار اصلی می‌پیوندد و متصل می‌شود. حالات متعدد و قابل ملاموسی را در این مورد در قانون مدنی در اختیار داریم که بیان‌گر چنین موضوعی می‌باشد که در اینجا به بررسی جداگانه آنها می‌پردازیم. ماده ۲۱۹۸ قانون مدنی در این رابطه چنین بیان می‌دارد: «اگر از اثر آب خیزی دریا، زمین جدیدی به وجود آید و به زمین مملوکه شخص دیگری اتصال یابد، زمین جدید ملکیت دولت شمرده می‌شود». از متن این ماده برداشت می‌شود که در صورت یک جا شدن زمین شخصی به زمین دولتی، زمین جدید که به زمین دولتی چسبیده است نیز زمین دولتی محسوب می‌گردد. ماده ۲۱۹۹ قانون مدنی در رابطه به زمین اصلی کسی است که در اثر جزر و مد دریا زیر آب گردیده و پس از مدتی دوباره پدیدار گردیده است که در این صورت مالک زمین دوباره صاحب زمین پنداشته می‌شود، حکم ماده چنین است: «اراضی که در آب‌های ایستاده جدیداً مکشوف می‌شود به هیچ صورت ملکیت مالکین همجوار شناخته نمی‌شود، مگر ملکیت زمینی را که در اثر ارتفاع آب زیر آب شده است از دست نمیدهند». زمین‌هایی که در اطراف رودخانه‌ها و دریاها ایجاد می‌گردند نیز در ماده ۲۱۰۰ قانون مدنی چنین آمده است: «اراضی که در دو طرف دریاها مکتشف می‌گردد ملک دولت شناخته می‌شوند». براساس روح این ماده اراضی جدیدی که در دو طرف دریا پدیدار می‌گردد و در ملکیت کسی نیست، ملکیت دولت پنداشته می‌شود. در صورتی که رودخانه تغییر مسیر میدهد و از جایی به جایی دیگر در حرکت می‌شود در این رابطه ماده ۲۱۰۱ قانون مدنی چنین حکم می‌نماید: «ملکیت اراضی که در اثر تغییر مسیر دریا به وجود می‌آید و جزیره‌هایی که در مسیر آن تشکیل می‌گردد، توسط قانون خاص تنظیم می‌شود». از مفهوم این ماده معلوم می‌گردد که

¹ - السنهوری، الوسیط، ج ۹، ص ۲۴۳.

زمین‌های یادشده نیز در ملکیت دولت قرار می‌گیرد.¹

۲- التصاق منقول یا التصاق صنعتی به عقار: در این نوع التصاق نیروی انسانی کارگر می‌باشد؛ یعنی منظور از این نوع التصاق، التصاق به فعل انسان صورت می‌گیرد و در این نوع التصاق اموال منقول به اموال غیرمنقول می‌چسبند. مثال خوبی از این نوع التصاق عبارت از اعمال ساختمان به روی زمین می‌باشد. در رابطه به این نوع التصاق مواد شماره ۲۲۰۲ تا ۲۲۰۸ قانون مدنی نیز صراحت دارد و در متن ماده قانون مدنی شش موضوع قابل بحث است. ماده ۲۲۰۲ قانون مدنی حکم می‌نماید: «تمام بناءها، اشجار غرس شده و تأسیسات دیگری که از عمل مالک زمین به وجود آمده باشد، ملک او شناخته می‌شود». در متن این ماده چنین آمده است که درختان غرس شده، تأسیسات و سایر مواردی که در زمین مربوط به آن باشد از آن مالک زمین می‌باشد؛ اما قسمت «درختان غرس شده» در این ماده طوری وانمود می‌نماید که درختان خودروی این عقار از آن مالک نباشد، ولی چنین نیست و این قسمت متن ماده به هر دو نوع درختان دلالت می‌نماید. ۱- ماده ۲۲۰۳ قانون مدنی: «هرگاه بناء یا غرس اشجار یا تأسیساتی که جدیداً از طرف مالک زمین به وسیله مواد مملوکه غیر احداث می‌گردد ملک صاحب زمین محسوب شده به تادیه قیمت مواد و در صورت موجودیت دلیل موجه به پرداخت تعویض نیز مکلف می‌شود مشروط بر این که کشیدن مواد بدون الحاق ضرر بزرگ به تأسیسات مذکور ممکن نباشد». به اساس این ماده قانون مدنی هرگاه درختان غرس شده، بنا یا سایر تأسیساتی که به موادی در ملکیت دیگری قرار دارد صورت گیرد در این قسمت درختان و سایر آبادی مربوط مالک زمین پنداشته می‌شود و صاحب زمین مکلف به پرداخت قیمت آن می‌گردد. ۲- ماده ۲۲۰۴ قانون مدنی: «هرگاه شخص توسط مواد شخصی خود، بناء یا تأسیسات دیگری را با وجود علم به ملکیت غیر در زمین شخص دیگری بدون رضایت وی احداث² نماید مالک زمین می‌تواند از ازاله³ آن را به مصارف احداث کننده مطالبه نموده در صورت موجودیت دلیل موجه تعویض را نیز مطالبه نماید. در صورتی که ازاله آن بدون عاید شدن ضرر به زمین ممکن نباشد مالک زمین می‌تواند اشیاء قابل ازاله را در مقابل تادیه قیمت آن تصاحب نماید». به اساس متن این ماده هرگاه شخصی با منقولات خود در عقار دیگری تأسیسات بنا کند از این طریق التصاق انجام شود، در چنین حالتی مکلف است به مصارف خود آن مواد ملتصقه را بردارد. اما اگر این ازاله سبب خساره به عقار می‌گردید، صاحب عقار می‌تواند در بدل پرداخت قیمت، اشیای قابل ازاله را در

¹ - صمیم عبدالمجید، حقوق عینی، ص ۱۶۳.

² - احداث در لغت به معنی ساختن، تأسیس کردن، چیزی را به وجود آوردن، ایجاد، پیدایش، خلق و ساخت است. در اصطلاح عبارت است از ساختن یک بناء، عمارت، سرک و مانند این‌ها. (دهخدا)

³ - ازاله از ریشه «زول» گرفته شده است که در لغت به معنی از بین بردن، زدودن، از اثر انداختن و نابود کردن است. (دهخدا)

ملکیت خویش در آورد. ۳- ماده ۲۲۰۵ قانون مدنی: «هرگاه شخص احداث کننده بناء یا تأسیسات مندرج ماده ۲۲۰۴ این قانون با حسن نیت معتقد باشد که در احداث انشآت مذکور ذیحق می- باشد مالک زمین از آن را مطالبه کرده نتوانسته، بلکه می‌تواند یا قیمت مواد را با اجرت کار کارگران یا آنچه که به سبب احداث در ثمن زمین افزایش به عمل آمده هر یک را که خواسته باشد بپردازد مشروط بر این که مالک تأسیسات، از آن را مطالبه ننماید». با در نظر داشت متن این ماده هرگاه احداث کننده با حسن نیت اعمار نموده باشد در این صورت مالک عمار مکلف است مصارف انجام شده را به احداث کننده بپردازد یا افزایشی که به سبب التصاق به عقارش صورت گرفته برای مصرف کننده بپردازد. ۴- هرگاه قیمت بناء یا تأسیسات از قیمت زمین به اندازه‌ای بیش‌تر باشد که صاحب زمین قیمت آن را پرداخته نتواند، در این صورت مالک نمی‌تواند تملیک زمین را به صاحب بناء و تأسیسات در مقابل تعویض عادلانه تقاضا نماید. ماده ۲۲۰۶ در این رابطه صراحت دارد: «هرگاه بناء یا تأسیسات مندرجه ماده ۲۲۰۵ این قانون به حدی بزرگ باشد که پرداخت استحقاق آن در توان مالک زمین نباشد، مالک زمین می‌تواند تملیک زمین را در مقابل تعویض عادلانه برای احداث کننده تأسیسات تقاضا نماید». ۵- اگر شخصی به اساس رضایت در ملک دیگری بناء یا تأسیسات نماید، در این صورت مالک زمین حق ندارد از آن را از محکمه صاحب صلاحیت بخواهد؛ اما مکلف است تعویض عادلانه را به صاحب تأسیسات یا بناء پرداخت نماید، مگر این که خود صاحب تأسیس از آن تاسیس نماید. در این رابطه ماده ۲۲۰۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرگاه تأسیسات به وسیله مواد احداث کننده به اجازه مالک زمین صورت گرفته باشد، گرچه در مشخصات این تأسیسات موافقه به عمل نیامده باشد، مالک زمین نمی‌تواند از آن را مطالبه نماید، بلکه مکلف است قیمت آن را به حال بقای آن بپردازد، مگر این که احداث کننده از آن را مطالبه نماید». ۶- اگر شخصی در زمین دیگری بدون اجازه مالک آن کشت نماید، این کشت ملک مالک زمین می‌باشد. در این رابطه ماده ۲۲۰۸ قانون مدنی چنین حکم می‌نماید: «هرگاه شخص زمین شخص دیگری را بدون اجازه مالک آن بذر نماید و بذر مذکور سبز شود زرع به مالک زمین تعلق می‌گیرد».^۱

۳- التصاق منقول به منقول: التصاق منقول به منقول خیلی کم اتفاق می‌افتد؛ زیرا اموال منقول در اختیار صاحبان آن قرار دارد و برای همین اتفاق افتیدن این نوع التصاق کم می‌باشد و زمانی التصاق دو منقول قابل بحث می‌باشد که اموال از دو شخص باشد، کدام توافقی میان آن‌ها صورت نگرفته باشد و منقولات گونه‌ای باهم پیوست شده باشند که جدا نمودن هر کدام آن‌ها بدون ضرر رسانیدن به دیگری امکان پذیر نباشد. در این رابطه ماده ۲۲۰۹ قانون مدنی چنین حکم می‌نماید: «هرگاه دو جنس منقول

^۱ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، صص ۱۹۴ و ۱۹۵؛ و صمیم عبدالمجید، حقوق عینی، ص ۱۶۶.

ملکیت دو شخص مختلف با حسن نیت و بدون موافقه قبلی مالکین آن طوری با هم یکجا شود که بدون تلف شدن از هم مجزا شده نتواند مالک منقول اکثر در برابر قیمت منقول دیگر، مالک مال یکجا شده محسوب می‌گردد».

مطلب دوم: تفاوت میان التصاق مال منقول و مال غیرمنقول

خلاف بحث‌های دیگری چون، شفعه و سایر مواردی که درج این فصل گردیده اند التصاق در اموال منقول و اموال غیرمنقول وجود دارد. این یک امر غیر قابل انکار و جدا ناشدنی از این دو نوع مال می‌باشد؛ اما راحل و مراد ما در این بحث نیز باریک‌بینی و تحقیق درست‌تری است که باید به‌دست‌آید. در بحث التصاق تفاوتی وجود دارد که باید مطابق به قانون در این‌جا بر آن نگاهی صورت گیرد. بحث التصاق در برگیرنده هر دو مال بوده و تفاوت این بحث در اموال فوق‌الذکر همچنان قابل دید است. قانون مدنی طی مواد متعددی بر این بحث پرداخته و التصاق عقار را طوری بیان نموده است که وسیع‌تر و متفاوت‌تر از بحث منقول می‌باشد. قانون مدنی در قسمت التصاق عقار و تمام زمین‌های تازه ایجاد شده‌ای که در اثر آب‌خیزی یا تغییر مسیر دریاها به وجود آمده باشد یا در اطراف آب‌های ایستاده و یا دو طرف دریاها جدیداً مکتشف گردیده باشد، برای دولت متعلق میدانند. یعنی زمین‌های متذکره را به اثر وضعیت پیش‌آمده سبب ثبوت ملکیت مالک عقاری که این زمین‌ها به زمین وی پیوست گردیده است نمیدانند و در مقابل تمام بناها، درختان شانده شده و تأسیسات دیگری را که از عمل خود مالک زمین به وجود باشد منحصراً جزء ملکیت وی می‌شناسد. اما در قسمت اموال منقول بر این باور استوار است که هرگاه دو مال منقول با حسن نیت و بدون موافقه قبلی مالکین آن‌ها طوری با هم یکجا شوند که بدون تلف شدن از هم جدا نشوند، مالک منقول بیشتر، در برابر قیمت منقول دیگر را مالک می‌گردد. بناً فرق اساسی میان التصاق منقول و عقار (غیرمنقول) در این است که موضوع هر دو مال تفاوت می‌کند، چون یکی زمین است و دیگری اموال منقولی مانند حیوان، لباس و غیره و اما مورد دیگر اینست که در اثر تغییر مسیر آب زمین به‌وجودآمده مربوط دولت پنداشته می‌شود و در اموال منقول اندازه یا قیمت بیشتر مال‌ها در نظر گرفته می‌شود و مطابق به حکم قانون صاحب مال دارای ارزش بیشتر با پرداخت قیمت مال دارای ارزش کمتر مالک آن می‌گردد. یعنی در اموال منقول حتماً یکی از طرفین یا اشخاص صاحب مال پنداشته می‌شوند، ولی در عقارات چنین نبوده و دولت نیز دخیل می‌گردد.¹

مبحث چهارم- تحول مال منقول به مال غیرمنقول و تحول مال غیرمنقول به مال منقول
چنانچه در عنوان هویدا گردیده است، این مبحث خاص تحول عقار به منقول یا تحول منقول به

¹ - غزنوی غفوراحمد، حقوق عینی، ص ۱۰۳؛ عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۱۹۲ تا ۱۹۶؛ و صمیم عبدالمجید، حقوق عینی، ص ۱۵۹ تا ۱۶۶.

غیرمنقول گردیده است. آن چنانی که اموال منقول اند توسط اثرات بیرونی یا درونی به غیر منقول تبدیل می‌شود و همچنان اموال غیرمنقول به منقول تبدیل می‌گردد مانند درخت و خشت و غیره که در این رابطه با جزئیات کامل طی مطالب زیر بحث و بررسی صورت می‌گیرد. این موضوع در کتاب‌های فقه بیشتر و در قوانین کمتر مورد توجه قرار گرفته است و هرکدام از دیدگاه خویش برای این تغییر نکاتی دارد.

مطلب اول: تحول مال منقول به مال غیرمنقول

زمانی می‌رسد که اموال منقول به نسبت این‌که در عمار کار شده به پیروی از عمار، حکم عمار را بر خویش می‌گیرد و از حالت اولی خویش در واقع منقول بوده می‌براید. چنانچه در گذشته توضیح داده شده، در این مطلب نیز بر این پرداخته می‌شود که منقول به پیروی از غیرمنقول، غیرمنقول پنداشته می‌شود، مثل ساختن آبادی و شانیدن درخت در زمین. فقها از آبادی تعبیری این‌چنین دارند، آبادی به هر آن چیزی گفته می‌شود که در زمین ساخته می‌شود؛ یعنی به‌طور دایمی ساخته شده باشد، مثل دروازه‌ها، قفل‌های مغزی و کشیدن پایپ‌های آب در خانه‌ها و بلندمنزل‌ها و سیم‌کشی‌های برق که ام‌روزه رایج شده است، استفاده از خشت‌ها در ساختمان‌ها و حمام‌ها و راه‌زینه‌های دایمی و مانند این‌ها. اما چراغ‌های برق در این حکم شامل نمی‌شوند؛ زیرا چراغ‌ها ثابت نمی‌باشند. از آنچه در بالا ذکر گردید به مجرد اتصال‌شان به عمار حکم منقولی خویش را از دست داده و حکم عمار به خود می‌گیرند و احکام عمار بر آن‌ها جاری می‌گردد. یعنی مراد از عمار همان عقاری است که قابل دید بوده و بر آن بیع جاری گردد؛ زیرا این اموال به تبعیت عمار بخاطر این‌که چسبیده به عمار است داخل در بیع می‌گردد و نیاز نیست که هنگام خرید و فروش به‌سوی آن‌ها اشاره گردد که آن‌ها در بیع دخیل باشند یا نه. بناً آنچه در عمار شامل می‌گردد بدون در نظرگیری آن‌ها بیع به مناسبت غیرمنقول بر منقول نیز جاری می‌گردد و هرکی غیرمنقولی را بخرد صاحب منقول نیز پنداشته می‌شود. به عبارت دیگر اشیای منفصل منقول تابع برای مبیع (عمار) نیست. انتفاع از مبیع آن در حکم جزء مبیع است و در حکم متصل به آن می‌باشد چنانچه هرگاه ذکر کرده شود و تصریح گردد به آن در بیع داخل می‌گردد در آن و اگر ذکر شود و تصریح به آن نشود با آن هم در بیع داخل است؛ زیرا قفل بدون کلید نفعی ندارد و همچنان کلید بدون قفل و آنچه که داخل می‌شود در بیع اصالتاً. چنانچه هرگاه بخواهد انسان قفل را از آهنگر، از غیر این‌که داخل یا عدم داخل شدن کلید را ذکر کند در بیع، در این صورت کلید در بیع داخل است؛ زیرا این دو لازم و ملزوم یک دیگر اند. یا این‌که هرگاه فروخته شود حویلی قفل‌هایی که در دروازه‌های همین حویلی وجود دارد نیز در بیع داخل اند؛ زیرا آن‌ها جزء آن پنداشته می‌شوند. اما اگر اسپ کرده‌دار بدون کره در مجلس بیع باشد در این حالت چوچه آن در بیع داخل

نیست و همچنان اگر اسپ همراه با چوپه در مجلس حاضر کرده شده بودند، در این حالت بدون این- که ذکر یا اشاره گردد بهسوی آن عرفاً در بیع داخل است.¹

مطلب دوم: تحول مال غیرمنقول به مال منقول

گاهی دیده می‌شود که برعکس رفتار پیشین اموال غیرمنقول به منقول بدل می‌شوند و این عمل نیز پس از یک تغییرات وارده از سوی عوامل داخلی یا خارجی رخ میدهد که در این مطلب برآن می‌شویم تا پیدا گردد که کدام اموال غیرمنقول قابلیت تغییر را دارند و در کدام حالت چنین عملی امکان پذیر می‌باشد. زیرا ساحه عقار از دید شماری فقها بزرگتر از منقول است و منقول‌ها در این زمینه کمتر به نسبت غیرمنقول‌ها قابل بحث و بررسی می‌باشند. عقار زمانی به منقول مبدل می‌گردد که ریشه‌ها و اجزای آن از مکانی که وجود دارد کشیده یا جدا می‌شود، مانند معادن، معادن تا زمانی که در زیر زمین یا در کان‌ها وجود دارند عنوان غیرمنقولی را برای خویش دارد و اما زمانی از کان بیرون کرده شود، در این صورت حالت غیرمنقولی‌اش از میان می‌رود و به حکم منقول می‌درآید؛ زیرا نقل و انتقال آن از یک مکان به مکان دیگر ممکن می‌شود و بدون کم و کاست به جایی دیگری انتقال یافته می‌تواند؛ یا مقداری از خاکی که از زمین کنده می‌شود دیگر آن حالت زمین بودن برایش نمی‌ماند و در حکم منقول می‌آید، چون قابلیت انتقال از جایی به جایی دیگر پیدا می‌کند؛ یا توته‌های ریخته شده از ساختمان‌هایی که قبلاً در حکم غیرمنقول بودند به نسبت بودن‌شان در زمین و عدم امکان نقل و انتقال آن از جایی به جایی دیگر بدون تغییر صورت اولی آن، مانند شلنگ‌های آب و لاین برق یا خشت‌های کار شده در خانه‌ها. یعنی آنچه فوقاً ذکر گردید به مجرد جدا شدن از زمین یا بنا یا کان جهت نقل، در این صورت صفت غیرمنقولی خویش را از دست داده و پیوست می‌شود به منقولات و احکام منقول در آن‌ها جاری می‌شود.² توابع متصل به مبیع به اتصال قرار نهادن شیء است به این حیث که جدا نگردد از محل‌اش و داخل می‌شود درخت در همین تعریف پس هرگاه فروخته شد زمین پس درخت شانه شده در آن داخل می‌شود در بیع؛ زیرا درختان متصل به زمین اند به اتصال قرار اما درختان خشک داخل نیستند در بیع؛ زیرا همین درختان خشک در شرف کردن اند پس این درختان در حکم چوب اند؛ یعنی این که درخت خشک اگر متصل است به زمین مگر به اتصال قرار نیست. اما زراعت پس هنگامی که بود غیر متصل به زمین به اتصال قرار داخل نمی‌شود در بیع و آن مشابه متاع و تمر است، پس به تحقیق اگر چه متصل است به درخت مگر اینکه اتصال آن اتصال قرار نیست پس داخل نمی‌شود در بیع درخت و آن شبیه میوه است. نیز و حاصل

¹ - درالحکام شرح المجلة الاحکام، شرح ماده ۲۳۱، ص ۲۱۰.

² - الزرقا مصطفی احمد، المدخل الی نظریة العامة، ص ۱۶۵؛ عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۲۲؛ الزحیلی و هبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۴۷.

اینکه زراعت در زمین و میوه در درخت در حکم متاع و اسپ است که شامل میشود حمل آن در بیع و اینکه اتصال آن به اسپ است اتصال قرار نیست پس مناسب است که داخل نشود در بیع مگر اینکه فصل آن مرهنگامی که بود خارج از قدرت بشر اینست که منفصل میشود به قدرت الهی به تحقیق اعتبار کرده اند از توابع متصل. بنابر همین دلیل آن جزء اسپ است پس ضروری است که تابع باشد آن را و همچنین داخل شود در بیع حویلی کلیدهای قفل های مغزی در دروازه های حویلی زیرا کلیدها تابع اند به قفل های متصل به دروازه ها، پس آن ها در حکم جزء آن اند، چنانچه ذکر گردید در شرح ماده ۲۳۱ و همچنین داخل میشود سنگ ها و کاشی های فرش شده به آشپزخانه و ساحه حویلی و خشت های ثابت و استوار و دروازه ها و سطلهای چاه دوامدار در حکم بیع و رکاز مدفون در زمین در بیع انگور باغ و سنگهای ثابت در بیع صحن سفال. اما سنگهای دفن شده داخل نمی شود. بنابراین هرگاه خرید حویلی را به پول معین بعد از آن سوخت همان حویلی پس قصد کرد که بنا کند حویلی جدید در جای آن پس نیست بر بائع منع آن از بنای حویلی به دعوی اینکه صحن داخل نیست در بیع حویلی از جهت عدم ذکر آن در اثناء بیع. هرگاه اختلاف کردند بایع و مشتری در قرار اشیاء مثلا اینکه دعوی کند مشتری بر اینکه این چیز نهاده شده است بر اینکه ثابت باشد پس آن داخل است در بیع و بایع دعوی میکند که این چیز بر سبیل دوام نهاده شده پس این خارج است از مبیع، پس این اختلاف راجع میشود بر اختلاف در اندازه مبیع پس جاری میشود در آن تحالف. به تحقیق گفته شده است تصدیق میکند بایع زیرا اختلاف هر دو در تابع است وارد نمیشود بر آن عقد و تحالف بر خلاف قیاس در آن چیزیکه وارد گردیده بر آن عقد پس قیاس نمیشود بر آن غیرش را و بایع منکر خروج آن است از ملک اش و اصل ملک آن است.^۱

مطلب سوم: بررسی تطبیقی

فقها و قانون دانان در کتاب های بی شماری نوشته اند و نظر داده اند که اموال منقول و غیرمنقول تحول می نمایند؛ یعنی زمانی می رسد اموالی که ذاتا منقول اند به غیرمنقول بدل می شوند، مانند قفل های دروازه های امروزی، دروازه ها، نل های آب، لین های برق و غیره، در حالی که در حقیقت آنچه گفته شد از جمله اموال منقول می باشند و با کاربردشان در ساختمان به غیرمنقول بدل شدند. این عمل طوری صورت می گیرد که آن ها در حکم غیرمنقول قرار می گیرند و هر چند در زمان خرید و فروش بر بیع آن ها اشاره ای صورت نمی گیرد؛ زیرا به پیروی از عقار شامل بیع می گردند و انفکاک آن ها پذیرفتنی نیست. گاهی اموالی که ذاتاً غیرمنقول اند در حکم منقول داخل می شوند که این اموال شامل معادن می گردد. تا زمانی که معادن در زیر زمین قرار دارند در حکم غیرمنقول می باشند و اما

^۱ درالحکام شرح مجلة الاحکام، ج ۱، ص ۲۱۲.

زمانی که استخراج می‌گردند در حکم منقول داخل می‌شوند و هیچ‌گاهی این حکم از آن‌ها دور نمی‌شود. تفاوتی که در این بحث دیده می‌شود این است که زمانی اموال منقول در حکم غیرمنقول قرار می‌گیرند با ویرانی یا جدا شدن اموال منقول از ساختمان یا جایی به کار رفته شده اند دوباره به حالت اولی خویش بر می‌گردند، ولی اموال عقاری که یکبار منقول گردند بار دیگر به حکم عقار در نمی‌آیند و این خاصیت منقولی همیشه بر آن‌ها پذیرفتنی می‌باشد.

مبحث پنجم-حق شفعه در اموال منقول و غیرمنقول

حق شفعه یکی از اسباب کسب ملکیت پنداشته می‌شود؛ زیرا این حق یکی از جمله حقوق دفع ضرر پنداشته می‌شود. دلیل مشروعیت شفعه عبارت از دفع ضرر شریکی یا همسایه پیشین به الحاق شخص سوم با داشتن حق دوامدار در مال مشترک، چنانچه شخص سوم می‌تواند با سوء استفاده و بدرفتاری مایه آزار و اذیت شریک دیگر را فراهم نماید. بنا براین شرع شریف، قانون مدنی افغانستان و ایران این حق را برای دارنده آن داده است تا در صورت بروز چنین موضوعات و جلوگیری از دشمنی دایمی میان دو مسلمان نماید و همچنان نیکی میان دو همسایه ایجاد می‌نماید که برای هریک از آن‌ها چنین حقی باشد. بناً طی عنوان‌های جداگانه به بررسی این حق پرداخته می‌شود و در آخر یک بررسی مقایسه‌ای نیز در آن صورت می‌گیرد.

مطلب اول: تعریف حق شفعه

برای شفعه تعاریف قابل ملاحظه‌ای صورت گرفته است که در این مطلب به قسمت قابل توجه آن‌ها پرداخته می‌شود.

فقه‌های حنفی در تعریف شفعه گفته اند که: شفعه عبارت است از تملک قهری و اجباری زمین فروخته شده از مشتری با در نظر داشتن پرداخت ثمن و تکالیف مربوط به آن برای رفع ضرر شریک دخیل یا همسایه.^۱ ماده ۹۵۰ مجله نیز در این باره آمده است: «شفعه عبارت است از این‌که ملک خریدار به پولی که آن را خریده است، به ملک شفیع داخل گردد». قانون مدنی افغانستان نیز با پیروی از فقه حنفی تعریفی از شفعه نموده است. ماده ۲۲۱۳ در این رابطه چنین بیان میدارد: «شفعه عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفی که صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد». در قانون مدنی ایران در این زمینه تعریف دقیقی صورت نگرفته، ولی دکتر ناصر کاتوزیان با استفاده از متن قانون برای شفعه تعریفی دارد: «شفعه عبارت از حق تملک قهری حصه شریک سابق است از خریدار آن در برابر قیمتی که پرداخته، یا اگر بنا باشد که شرایط تملک در آن بگنجد: حقی است که به یکی از دو شریک ملک قابل تقسیم داده می‌شود تا بتواند در برابر پرداخت قیمتی که خریدار حصه شریک سابق به او داده است، آن را تملک کند».^۲

از تعاریفات فوق چنین برداشت می‌شود که برای شفعه یک سلسله خصوصیات، ارکان، شرایط، مراحل، اسباب، طلب و ... نیز می‌باشد که اینک هرکدام را زیر یک عنوان جداگانه مرور می‌نماییم؛ زیرا در صورت عدم موجودیت هرکدام آن‌ها این حق به مرحله اجرایی نمی‌رسد.

^۱ - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۹، ص ۳۶۱؛ و محمود طهماز عبدالحمید، الفقه الحنفی فی توبه الجدید، بدون تاریخ، ۵ جلدی، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ج ۳، ص ۲۲۶.

^۲ - کاتوزیان ناصر، شفعه، وصیت و ارث، سال ۱۳۹۸ ه.ش، چاپ ۳۰، تهران، نشر انتشارات میزان، ص ۱۵.

الف- خصوصیات حق شفعه

خصوصیاتی که دانشمندان و علما در میان کتاب‌ها بر این حق در نظر گرفته اند عبارتند از:

۱- این حق از جمله حقوق مالی می‌باشد. اختیار تملک قهری سهم فروخته شده را قانون «حق» نامیده است؛ امتیازی که قانون به منظور حفظ منافع شریک به او میدهد تا به دلخواه از آن استفاده نماید، این حق وسیله تملک و تحصیل مقدار مالی است و به اعتبار همین آن را حق مالی می‌نامند. از روی همین صاحب حق صلاحیت دارد که در برابر آن رایگان بگذرد یا این‌که در بدل مقدار امتیازی با خریدار صلح کند. این حق رابطه به شخصیت شخص ندارد و قابلیت انتقال به آینده نیز می‌باشد. همچنان این حق خاص شخص دارنده آن است و حق ندارد این شخص در برابر مزد یا مبلغی یا بدون آن برای دیگری انتقال دهد، این حرف نفی جمله پیشین نه، بلکه بدین معنی است که صاحب حق شفعه در زندگی خویش نمی‌تواند این حق را برای شخص سوم واگذار نماید؛

۲- این حق یک حق عینی است. زیرا حق تملک مستقیم به شریک میدهد و نیازی به الزام خریدار به انتقال ندارد. بیگمان بر اساس حق شفعه، حق تملک یعنی تحت ملکیت درآوردن تمام و یا قسمتی از عمار فروخته شده توسط شفیع از مشتری می‌شود؛

۳- این حق به ارث برده می‌شود. حق شفعه مانند بعضی از حقوق دیگر منحصر به شخصیت یک شخص نبوده و قابلیت انتقال از طریق ارث برای دیگری را دارد. یعنی این حق از جمله حقوق دایمی متعلق به غیرمنقول بوده و مادامی که زمین یا هر شی غیرمنقولی که در آن وجود داشته باشد، این حق بر آن بسته‌گی دارد و برای اشخاص تعلق ندارد؛

۴- این حق یک حق جبری است. این حق مانند حقوق دیگر نبوده و جبری می‌باشد. یعنی زمانی که شخصی بخواهد از شریکی نفی حق نماید، نمی‌تواند؛ زیرا برای شفیع حق داده شده است که عمار فروخته شده را به صورت جبری از بایع اخذ نماید.¹

ب- ارکان شفعه

فقهای حنفی در رابطه به رکن شفعه بر این باور اند که رکن شفعه عبارت از اخذ شفیع از یکی از عاقدین است در صورت تحقق وجود سبب و شرط آن. عقاری که به آن حق شفعه تعلق می‌گیرد مشفوع، ملک شفیع که به آن شفعه ارتباط می‌گیرد مشفوع به و خواستار شفعه، شفیع نامیده می‌شود.²

¹ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۱۹۹؛ و کاتوزیان ناصر، شفعه، وصیت، ارث، صص ۱۶ و ۱۷.
² - سابق سید، فقه السنه، سال ۱۳۷۱ ه ش، ۴ جلدی، ترجمه محمود ابراهیمی، انتشارات محمدی سقر، ج ۴، ص ۳۲۴؛ و وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية ج ۳۴، ص ۱۳۷.

ج- شرایط شفعه

با در نظر داشت مواد قانون مدنی افغانستان و مجلة الاحكام موجودیت شرایط زیر برای شفعه ضروری است و باید آن‌ها تحقق یافته باشند:

خروج عقار از ملکیت بایع به بیع قطعی بدون خیار: برای این‌که شفعه تحقق یافته پنداشته شود لازم است تا ملکیت بایع از عقار توسط بیع قطعی و لازمی که در آن خیار موجود نباشد زایل گردد؛ زیرا در صورتی که شفعه در عقار همراه خیار فروخته شود ثابت نمی‌شود. برای وضاحت این موضوع ماده ۲۲۲۳ قانون مدنی افغانستان چنین صراحت دارد: «شفعه بعد از بیع و در حال موجودیت اسباب موجب آن ثابت می‌شود»؛

عقد معاوضه صورت گرفته باشد: حق شفعه به اثبات نمی‌رسد مگر زمانی که در بدل عقار عوضی داده شده باشد، چنان که ماده ۱۰۲۱ مجلة الاحكام در این رابطه بیان میدارد: «شفعه ثابت نمی‌شود مگر به عقد بیع». از این ماده به خوبی دانسته می‌شود که بدون عقد (زایل نمودن ملکیت توسط بیع یا مانند آن) شفعه ثابت نمی‌گردد؛

عقد صحیح باشد: برای اثبات شفعه شرط دیگری که در نظر گرفته شده عبارت از صحت بیع است، بر این مفهوم که اگر بیع صحیح نباشد و عمل انجام شده یک بیع فاسد باشد در این صورت بیع فاسد قابل فسخ می‌باشد و این بیع صحیح است که به درجه انفاذ می‌رسد و زوال ملکیت به بار می‌آورد. چنان که ماده ۲۲۲۴ قانون مدنی در این رابطه بیان می‌نماید که: «بیعی که در آن شفعه ثابت می‌شود، باید دارای شرایط ذیل باشد: بیع صحیح و نافذ بوده یا در صورتی که بیع فاسد باشد، حق فسخ در آن ساقط گردیده و از اختیار شخص به نفع بایع عاری باشد». هم‌چنان ماده ۱۰۲۶ مجلة الاحكام در این باره چنین می‌آید: «شرط است که مالکیت بایع از مالی که مورد شفعه قرار می‌گیرد برطرف شود. بنابراین، در بیع فاسد شفعه جاری نمی‌شود مادامی که حق استرداد بایع ساقط نشود. در بیع به شرط خیار شفعه زمانی جاری می‌شود که صرف مشتری دارای خیار باشد؛ اما اگر بایع دارای خیار باشد، شفعه جاری نمی‌شود تا هنگامی که خیار او ساقط گردد، ولی خیار عیب و خیار رویت مانع ثبوت شفعه شده نمی‌توانند؛

لزوم وجود شرکت: میان فقها اتفاق نظر وجود دارد که یکی از شرایط دیگر ثبوت حق شفعه وجود شرکت میان مالکان دو عقار شرط است؛ زیرا اگر هنگام عقد بیع شخص که خواهان حق شفعه است مالک عقاری که به سبب آن صاحب حق شناخته می‌شود مالک این عقار نباشد در این صورت مستحق این حق شمرده نمی‌شود. چنانچه ماده ۱۰۱۸ مجلة الاحكام در این رابطه چنین حکم می‌نماید: «شرط است مشفوع به، نیز ملک باشد. بنابراین اگر عقاری که ملک کسی است فروخته شود، متولی

وقف که در همسایگی آن قرار دارد، نمی‌تواند عقار مذکور را به شفعه بگیرد»؛

عدم رضایت شفیع به بیع: اگر شفیع در هنگام بیع به صورت صریح یا ضمنی به بیع رضایت نشان دهد این از وی ساقط می‌گردد. به ارتباط این موضوع ماده ۲۲۲۵ قانون مدنی چنین صراحت دارد: «در عقاری که توسط آن شفعه ثابت می‌گردد شرط است که در وقت خریدن عقاری که به شفعه برده می‌شود، ملکیت شفیع باشد و شرط است که از شفیع رضایت به بیع صراحتاً یا دلالتاً صادر نشده باشد». زیرا در صورت اصدار چنین رضایتی به عدم واکنش خود مبین سقوط این حق پنداشته می‌شود. به اضافه‌ی این ماده، ماده ۱۰۲۴ مجلة الاحکام نیز در این رابطه صراحت دارد: «شرط است که شفیع در عقد بیع هیچ‌گونه ابراز رضایت نکرده باشد، نه به صورت صریح و نه به صورت ضمنی. به طور مثال، اگر از عقد خبر شد و گفت این عقد مناسبی است، این حق وی ساقط می‌گردد و بعد از این حق طلب شفعه را ندارد. همچنین اگر از عقد بیع اطلاع یافت و به خرید و یا اجاره آن اقدام نمود، حق شفعه او در این حالت نیز ساقط می‌گردد. همچنین درحالی که وکیل بایع بوده باشد، حق شفعه او در عقاری که آن را فروخته است، باطل می‌گردد»؛

مشفوع عقار و مملوکه شخص حقیقی باشد: این شرط براین است که در اموال غیرمنقول و یا اموال دولتی که مربوط به اشخاص حکمی باشد این حق ثابت نمی‌شود چنان‌که ماده ۱۰۱۷ مجلة الاحکام در این رابطه حکم می‌نماید: «شرط است که مال مشفوع عقار و ملک کسی باشد. بنابراین، در کشتی و منقولات دیگر و زمین وقف و زمین‌های دولتی شفعه جاری نمی‌گردد». فقره سوم ماده ۲۲۲۴ قانون مدنی در تصریح ماده فوق چنین بیان می‌دارد: «باید عقار مملوک باشد، گرچه غیر قابل قسمت باشد» از متون فوق پیداست که شفعه در موارد ذیل ثابت نمی‌شود. ۱- در وقف زمین‌های دولتی^۱؛ ۲- در درختی که به صورت مستقل فروخته شود^۲؛ ۳- در هبه بلاعوض^۳؛ ۴- در تقسیم عقار^۴. یعنی شفعه تنها در زمین‌های که ملکیت اشخاص حقیقی اند ثابت می‌شود و در اموال غیرمنقول، و زمین‌هایی که

^۱ - ماده ۱۰۱۹ مجلة الاحکام بیان می‌دارد: «درخت‌ها و عماراتی که در ملک وقف و یا زمین‌های دولتی قرار دارد در حکم اموال منقول بوده و در آن شفعه جاری نمی‌شود».

^۲ - ماده ۱۰۲۰ مجلة الاحکام: «اگر کسی ساحه ملک خویش را با درخت‌ها و عمارات آن یکجا فروخت، در درخت‌ها و عمارات فروخته شده به تابعیت زمین شفعه جاری می‌گردد؛ اما اگر تنها درخت‌ها و تعمیرها را فروخت در آن شفعه جاری نمی‌شود».

^۳ - ماده ۱۰۲۲ مجلة الاحکام: «هبه به شرط عوض در حکم بیع است. بنابراین، اگر کسی حویلی ملکیت خویش را هبه نمود به شرطی که عوض آن را باز ستاندن جار ملاصق حق شفعه آن را دارد».

^۴ - ماده ۱۰۲۷ مجلة الاحکام: «در تقسیم عقار شفعه جاری نمی‌شود، به طور مثال اگر حویلی مشترک بین شرکا تقسیم شود، جار ملاصق حق شفعه ندارد.» قانون مدنی در ماده ۲۲۲۶ به موارد فوق پرداخته و چنین بیان می‌دارد: «در موارد آتی شفعه نیست: (۱) در هبه بلاعوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقاری که آن مال نباشد؛ (۲) در منقولات منصوب در زمین و اشجار، بدون زمینی که در آن استاده فروخته شود و اگر منقولات منصوبه و اشجار به تبعیت زمین فروخته شود در آن شفعه ثابت می‌شود؛ (۳) در بناء و اشجاری که در زمینی ملکیت دولت استوار باشد؛ (۴) در وقف و برای وقف؛ (۵) در تقسیم عقار بین شرکاء؛ (۶) در بیعی که در آن بایع خیار شرط داشته باشد، مگر این‌که بایع خیار را ساقط نموده و بیع لازم گردد؛ (۷) در مبیعه‌ای که به مزایده علنی یا مطابق اجرائات مجوز قانونی، از طرف دولت فروش آن صورت می‌گیرد؛ (۸) در مبیعه‌ای که بین اصول و فروع یا بین زوجین یا بین اقارب تا درجه چهارم یا بین خویشاوندان تا درجه دوم فروخته می‌شود؛ (۹) در مبیعه‌ای که به منظور استملاک اعمال مسجد یا الحاق به آن، فروخته می‌شود؛ و (۱۰) سایر مواردی که قانون خاص پیش‌بینی نموده باشد».

در بدل مال فروخته می‌شوند.¹

د-مراتب شفعه

در صورتی که شفیع یک شخص باشد در این صورت هیچ مشکلی روی نمی‌دهد و اما در صورتی که اشخاص واجد شرایط این حق بیش‌تر باشند در این صورت موضوع مراتب شفعه به میان می‌آید که در این جا به این موضوع پرداخته می‌شود. فقهای حنفی بر این عقیده هستند مراتب شفعه شامل موارد ذیل می‌شوند: ۱- برخی از جمله شریک عقار؛ ۲- برخی از جمله شریک حق ارتفاق؛ ۳- و برخی از جمله نیز همسایه‌ها می‌باشند که حق شریک عقار بر حق ارتفاق پیشی می‌گیرد و حق شریک ارتفاق بر حق همسایه‌ها و در آخر برای همسایه‌ها نیز این حق می‌رسد.² در این رابطه فقره اول و دوم ماده ۲۲۲۱ قانون مدنی چنین حکم می‌نماید: «(۱) در صورت اجتماع اسباب شفعه به سبب قوی‌تر ترجیح داده می‌شود. به این اساس به شریک در نفس عقار، بعد از آن زمین احاطه مشترک، بعد از آن به شریک در حقوق خاص عقار فروخته شده و بعد از آن به هم‌جوار متصل حق تقدم داده می‌شود؛ و (۲) اگر یکی از اشخاص مندرج فقره فوق این ماده شفعه را ترک نماید و یا حق او ساقط گردد، حق شفعه به دیگری که در مرتبه بلافاصله بعدتر از آن قرار دارد انتقال می‌نماید». اگر شفعا در یک جایگاه قرار داشته باشند؛ یعنی از لحاظ حق با هم برابر باشند، در این صورت به مقدار زمین ارزش داده نمی‌شود، بلکه به تعداد سرها اهمیت می‌دهند. در این رابطه ماده ۱۰۱۳ مجله الاحکام چنین بیان می‌نماید: «هنگامی که تعداد شفیع‌ها زیاد باشند، شمار آن‌ها اعتبار دارد نه سهم هر یک از آن‌ها به این معنی که مقدار حصه‌ای که به وسیله آن شفیع صورت می‌گیرد اعتبار داده نمی‌شود. به طور مثال، اگر نیم حویلی از کسی باشد ثلث و سدس آن از دو نفر دیگر، کسی که به نیم حویلی شریک است حصه خویش را فروخت، همان نصف بین این دو نفر شریک بالمناصفه به شفعه تقسیم می‌شود و آن که در ثلث حویلی شریک است نمی‌تواند به موجب سهم خویش قسمت بیش‌تری را نسبت به شخصی که در سدس حویلی شریک است تصاحب نماید». قانون مدنی با اقتباس از مجله الاحکام به عین موضوع اشاره نموده است.

ه-اسباب شفعه

فقهای حنفی در ارتباط به اسباب شفعه بر این باور اند که اسباب شفعه عبارتند از: شرکت و جوار (همبستگی). شرکت در جایی خود به دو دسته تقسیم می‌گردد: شرکت در ملک مبیع و شرکت در

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج ۱۰، ص ۴۸۸۸؛ و وزارة الشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، ج ۳۴، ص ۱۳۷؛ و سيدسابق، فقه السنة، ترجمه محمود ابراهيمي، ج ۴، ص ۳۲۴؛ و كاتوزيان ناصر، شفعه، وصيت، ارث، صص ۲۱، ۲۲ و ۲۳.

² - ابن عابدين، ردالمختار على الدرالمختار، ج ۹، ص ۳۶۲؛ و الكاساني، بدائع الصنائع، ج ۴، ص ۹۷.

حقوق ارتفاق از قبیل: حق مرور، مجری، مسیل، حق شرب و غیره.^۱ اما مجله الاحکام ساحة اسباب حق شفعه را وسعتر نموده و چنین حکم می‌نماید: «اسباب شفعه سه چیز است: اول، مشارکت در نفس مبیع مانند این که دو نفر در عقاری که مشاع است شریک باشند؛ دوم، شرکت در یکی از حقوق مبیع از قبیل حقابه و یا راه خاص. به طور مثال، اگر یکی از باغ‌هایی که چند نفر در حقابه خاص آن شریک باشند به فروش برسد، اگرچه باغ‌ها و یا زمین‌های‌شان با این باغی که فروخته شده است پیوست هم نباشد، حق شفعه دارند؛ اما اگر یکی از باغ‌هایی که از نهر عمومی آبیاری می‌شود و یا حویلی که دروازه آن به راه عام باز می‌شود به فروش برسد باغ‌داران دیگری که از آن نهر حقابه دارند و یا در آن راه دروازه‌های آن‌ها باز می‌شود، نمی‌توانند ادعای شفعه به عمل آورند؛ و سوم، جار ملاصق (همسایه پیوست)». قانون مدنی در رابطه به اسباب شفعه در پیروی از فقه حنفی در ماده ۲۲۱۴ خویش چنین بیان میدارد: «سبب شفعه اتصال ملک شفیع است با عمار فروخته شده اعم از این که از رهگذر شرکت باشد یا جوار».

و- مراحل طلب شفعه

۱- **وقت طلب شفعه:** در مورد این که برای شفیع حق طلب شفعه چه زمانی داده می‌شود فقها بر این عقیده هستند که شفیع با شنیدن خبر فروش سهم شریک خود باید شفعه را به طریق ممکن مورد اجرا قرار داده و طالب آن گردد. بنابراین، اگر شفیع اطلاع پیدا کند و بدون عذر موجه شفعه را خواستار نگردد، این حق وی ساقط می‌گردد؛ زیرا حق شفعه یک حق دفع ضرر و خیلی عمر کوتاهی دارد، برای همین نباید در خواستن این حق شفیع تاخیر نماید و نفی حق از وی می‌گردد. برای همین فقها طلب فوری این نوع حق را شرط آن میدانند.^۲

۲- **مراحل طلب شفعه:** برای این که حق شفعه به دست آید مراحل سه گانه ذیل شرط است و باید هرکی ادعای چنین حقی را می‌نماید این سه مرحله را در راستای بدست آوردن حق خویش به پیش برد، البته این در صورتی است که وضع خواستن حق از حالت ابتدایی آن برآمده و در یک مرحله قانونی قرار می‌گیرد و این حالات عبارتند از: طلب مواثبت، طلب تقریر و طلب خصومت. این موضوع در ماده ۱۰۲۸ مجله الاحکام چنین آمده است: «در شفعه سه طلب ضروری است: ۱) طلب مواثبت (سریع)؛ ۲) طلب تقریر و اشهاد؛ و ۳) طلب خصومت و تملک». و قانون مدنی در پیروی از فقه حنفی در ماده ۲۲۲۷ خویش چنین بیان نموده است: «مطالبه شفعه به سه طریق صورت می‌گیرد: ۱) طلب مواثبت (مبادرت)؛ ۲) طلب اشهاد (تقریر)؛ و ۳) طلب تملک (دعوا). یعنی در واقع یا تغییر کلمات

^۱ - الکاسانی الحنفی، بدائع الصنائع، ج ۴، ص ۹۷؛ و ابن عابدین ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۹، ص ۳۶۲.

^۲ - وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، صص ۴۹۲۳ و ۴۹۲۷.

هرسه دیدگاه در راستای یک عمل صورت گرفته و یکی تایید دیگری پنداشته می‌شود.

مطلب دوم: نظریات راجع به حق شفعه

فقها و علما اتفاق بر این دارند که حق شفعه تنها در عمار که شامل خانه‌ها، زمین‌ها، باغ‌ها و چاه‌ها و توابع آن‌ها که عبارت از بناء و درختان می‌باشد، می‌شود و اما در غیر این‌ها اختلاف دارند. مذاهب چهارگانه بر این باور اند که شفعه در غیر منقول می‌باشد و در غیر منقول مانند، حیوانات، کالاها، مال-های تجاری شفعه نمی‌باشد؛ زیرا شفعه یک امری برای دفع ضرر پنداشته می‌شود و برای این‌که یکی از طرفین با آمدن شخص سوم متضرر نگردد چنین حقی وضع گردیده است. اما در منقول، چون یک مال دایمی نبوده و ضرری متوجه شخص دیگری نیست، بنابراین شفعه برای منقول وضع نگردیده است. احناف نیز بر این عقیده هستند که شفعه به اساس دوام ضرر مورد قبول قرار گرفته و این حق در منقول برای این نمی‌باشد که دوام‌دار نیست؛ یعنی مال منقول مانند عمار دایمی و همیشگی نبوده و دوام ندارد. همچنان شفعه یک حق قهری و از جمله استحقاق شریک است.¹ اما این دیدگاه برای فقهای غیر حنفی قابل قبول نبوده و آن‌ها بر این باور اند که زمانی شفعه قابل بحث می‌باشد که برای شفیع ضرری جدی وارد گردیده باشد.² امام ابوحنیفه رح پیوست نموده به عمار آنچه را که در حکم عمار است، مثل منزل بالا، تفاوت نمی‌کند که راه آن در منزل پایین باشد و این پسندیده است.³ فقهای شافعی و حنابله شفعه را در منزل بالا و پایین جواز نمیدهند؛ زیرا ساختمان متکی بر سقف منزل پایین است و در واقع زمین منزل بالا، سقف منزل پایین بوده و از این جهت مثل منقول دانسته می‌شود.⁴ احناف بر این باور اند که عمار قابل تقسیم باشد یا نه، مثل خانه کوچک، حمام و آسیاب و چاه؛ زیرا دلیل شفعه از دید فقهای احناف دفع ضرر شرکت یا جوار مطلق است و در هر موردی چه قابل قسمت باشد یا نباشد متحقق می‌شود. جمهور فقها غیر از احناف در جاری شدن شفعه قسمت شدن عمار شرط میدانند.⁵

احناف در مورد دیگری بر این باور اند که در حقوق عمار مانند حقابه، راه خاص⁶ (اگر راه خاص نباشد در این امر داخل نمی‌شود) شفعه جاری می‌گردد.⁷ شفعه در نهر کوچکی که اشخاص محدودی زمین‌های خویش را از آب آن آبیاری می‌نمایند نیز جاری می‌گردد؛ اما در نهر عام این امر پذیرفتنی

1 - وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، ص ۷۹۵.

2 - الدر المختار، ج ۵، ص ۱۵۳؛ و عثمانی محمد تقی، تکملة الفتح الملهم، بدون تاریخ، دمشق: نشر انتشارات دار القلم، ج ۷، ص ۴۳۵.

3 - تکملة الفتح، ج ۷، ص ۴۳۵.

4 - الخطیب شریب، مغنی المحتاج شرح المنهاج، بدون تاریخ، مصر: نشر مطبعة البابی الحلبي، ج ۲، ص ۲۹۷.

5 - بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۲۵۵.

6 - راه خاص آنست که غیر نافذ باشد؛ زیرا اگر نافذ باشد خاص نیست.

7 - ماده ۱۲۶۲، مجلة الاحکام.

نیست.¹

مالکيه براي باور اند که در راه شفعه نیست؛ یعنی راهی که پیوست می‌نماید قسمت‌های از حویلی را هرگاه که تقسیم شود میان شرکا و باقی بماند میان آن‌ها راهی مشترکی که تابع همان خانه‌ها باشد که در آن‌ها شفعه نیست. همچنان شفعه نیست در ساحه‌ای میان خانه و دیوار اطراف خانه‌ها، مانند راه.² فقهای شافعی برای باور اند که در گذرگاه باز مبیعه (حویلی) شفعه نیست؛ زیرا آن غیرمملوک است. اما در گذرگاه بسته‌ای که هنگامی خرید خاص نگردیده و راه دیگری نیز برای همین حویلی وجود داشته باشد یا ممکن باشد باز نمودن راه دیگر از همین حویلی بدون ضرر و تکلیف به راه عام و اگر چنانکه گفته شد نبود، ثابت نمی‌شود شفعه در آن راه، چون دلیل در این موضوع ضرر مشتری می‌باشد و ملاک مشروع شدن شفعه متوجه بودن ضرر برای مشتری می‌باشد. حنابله مثل شافعیه گفته اند هرگاه فروخته شود حویلی و راه از راه عام باشد یا در دروازه‌ی باز (درب نافذ)، در این صورت در حویلی و راه شفعه نیست؛ زیرا شرکت نیست برای یکی در همین دو. اما اگر باشد راه در درب بسته و راهی نباشد غیر از همین راه برای حویلی در این حالت در راه شفعه نیست؛ زیرا اثبات شفعه ضرری برای مشتری پنداشته می‌شود و آن ضرر عبارت از همان بدون راه ماندن حویلی می‌باشد. فقها برای باور اند که در کشتی شفعه نیست؛ زیرا کشتی مثل مال تجارت از منقولات پنداشته می‌شود و شفعه در زمین جاری می‌شود، چون زمین خاصیت مداوم بودن دارد و براین اساس در زمین ضرر قابل تصور است.³

کاسانی در کتاب خویش نقل نموده است که امام مالک رح شفعه را در کشتی جواز میدهد؛ زیرا کشتی یکی از دو مسکن است، براین اساس در آن شفعه جاری می‌گردد، چنانچه در خانه ثابت می‌گردد. اما ابن عبدالسلام تحقیق نموده و براین باور است که این دیدگاه درست نیست؛ زیرا فقهای مذاهب چهارگانه بر نبودن شفعه در کشتی اتفاق دارند.⁴

جمهور غیر از مالکيه براي باور اند که در آنچه عقار نیست مثل ساختمان و درخت جدا از زمین شفعه نیست و اگر تابع زمین باشد شفعه در آن ثابت می‌گردد. فقهای شافعی نیز برای باور اند که در آنچه تابع زمین است شفعه وجود دارد، مانند میوه چیده نشده یا به صلاح نارسیده؛ زیرا تابع اصل در بیع می‌باشد و به همین اساس شفعه نیز در آن ثابت می‌شود. این گفتار فقهای شافعی در قیاس از

¹ - الزحیلی، فقه الاسلامی و ادلتہ، ج ۵، ص ۷۹۸.

² - الدسوقي محمد عرفه، حاشية الدسوقي الشرح الكبير للدردير، بدون تاريخ، نشر مطبعة البابی الحلبي، ج ۳، ص ۴۸۲.

³ - كشاف القناع، ج ۴، ص ۱۵۵؛ و مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۲۹۶.

⁴ - بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۱۲.

ساختمان و درخت می‌باشد.¹

حنابله اتباع زمین را محصور به درخت و ساختمان نمودند؛ زیرا آن دو به تابعیت زمین گرفته می‌شوند و شفعه جاری شده در آن‌ها در پیروی از زمین می‌باشد و کشت و میوه تابع زمین نیست؛ زیرا یکی از شرط‌های جاری شدن شفعه زمین بودن مبیعه می‌باشد، چون زمین دوامدار است و ضرر نیز دایمی می‌باشد. فقهای مالکی در درخت و ساختمان هنگامی که فروخته شوند به تنهایی شفعه را جواز می‌دهند؛ زیرا ساختمان و درخت به نزد ایشان عقار می‌باشد و عقار عبارت از زمین و آنچه متصل به آن (ساختمان و درخت) می‌باشد، است. به باور آن‌ها در حیوان و مال تجارت شفعه نیست، مگر این- که فروخته شوند به تبع زمین. همچنان فقهای مالکی جواز می‌دهند شفعه را در میوه و ترکاری، مانند تره، خربوزه سبز و زرد، بادرنگ، بادنجان، باقلی سبز و مانند آن‌ها.²

مطلب سوم: بررسی تطبیقی نظریات

فقها بر این اتفاق دارند که حق شفعه تنها در اموال غیرمنقول (زمین، خانه‌ها، باغ‌ها، چاه‌ها و توابع آن‌ها) می‌شود، جاری می‌شود. فقهای احناف بر این باور اند که حق شفعه یک حق دفع ضرر است و ضرر تصور نمی‌شود، مگر در اموال غیرمنقول؛ زیرا اموال غیرمنقول دارای خصوصیت دایمی بودن می‌باشد و اموال منقول از این ویژگی برخوردار نیست. علاوه بر آن شفعه را در منزل بالا و پایین و عقاری که قابل تقسیم هم نباشد و در راه لازم میدانند و گفته اند که شفعه یک حق قهری و از جمله استحقاق شریک است. اما فقهای غیر حنفی شفعه را تنها در عقاری قابل تقسیم جواز می‌دهند. فقهای شافعی و حنبلی شفع را در منزل بالا و پایین جواز نمی‌دهند؛ زیرا منازل بالا و پایین در حکم منقول میدانند. فقهای مالکی شفعه را تنها در راه خانه‌های تقسیم شده جواز نمی‌دهند، چون خانه‌ها متبوع یک دیگر اند و برای همین شفعه در آن‌ها نیست. فقها غیر از احناف بر این باور اند که شفعه در آنچه غیرمنقول اند جواز دارد، از دید آن‌ها غیرمنقول به آنچه گفته می‌شود که از جایی به جایی منتقل نتواند و محصور به زمین نمی‌شود. از آنچه گذشت چنین پیدا می‌گردد که یکی از تفاوت‌هایی که فقها و قوانین میان اموال منقول و غیرمنقول قرار می‌دهند همان موجودیت حق شفعه می‌باشد. فقها و قانون‌دانان بر این باور اند که شفعه بر اموال غیرمنقول جاری می‌گردد و دلیل این امر همان دفع ضرر می‌باشد که برای یکی از شرکا در نظر گرفته می‌شود.

¹ - تکملة الفتح، ج ۷، ص ۴۳۵؛ و کشاف القناع، ج ۴، ص ۱۵۵.
² - بداية المجتهد، ج ۲، ص ۲۵۴؛ الدسوقي محمد عرفه، حاشية الدسوقي الشرح الكبير للرددير، بدون تاريخ، نشر مطبعة البابی الحلبي، ج ۳، ص ۶۳۴.

مبحث ششم-وقف در مال منقول و مال غیرمنقول

در نظام اسلامی و حقوق اسلام یکی از حقوق کسب ملکیت دولت وقف پنداشته می‌شود، براین معنی که زمانی شخصی از روی نیت خیر و فهمی که دارد مقدار زمین یا باغ یا شی دیگری را به صورت وقف در اختیار عامه قرار میدهد و این‌که وقف در کدام اموال قابل قبول است و پس از آن که مال وقف می‌گردد در ملکیت چه کسی می‌باشد و حکم این نوع عمل چیست در این بحث بررسی می‌گردد.

مطلب اول: وقف و مفهوم آن

الف-تعریف وقف: وقف در لغت به معنی استادن، اقامت کردن. ساکن، اقامت دادن. حبس کردن ملک یا مستغلی در راه خدا. زمین، ملک یا مستغلی که برای مقصود معینی در راه خدا اختصاص دهند.¹ وقف به معنی استادن، اندکی درنگ کردن در بین کلام و دوباره شروع کردن و نیز به معنی حبس عین یا ملک یا مال و مصرف کردن منافع آن در اموری که واقف معین کند و آنچه کسی از ثروت خویش جدا کند که در کارهای عام المنفعه از آن استفاده کند.² در اصطلاح قانون «وقف عبارت است از این‌که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود»³ منظور از حبس نمودن عین مال، نگاهداشتن عین مال از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتی است که موجب تلف عین گردد؛ زیرا مقصود از وقف انتفاع همیشگی موقوف علیهم از مال موقوفه است و بدین جهت هم آن را وقف گفته اند، چه کلمه وقف در فارسی ایستادن و نگهداشتن است. منظور از تسبیل منافع و اگذاری منافع در راه خداوند و امور خیریه اجتماعی می‌باشد.⁴ و همچنان «وقف عبارت است از حبس مال از تصرف مالکانه و بدل منفعت آن به امور خیریه»⁵. قانون مدنی افغانستان نیز در این رابطه تعریفی دارد و متفاوت‌تر از سایر قوانین و دانشمندان تعریف نموده است. وقف عبارت از حبس عین از تملک مردم بر آن و اختصاص منفعت آن برای موقوف علیه یا علیهم است. کسی که به او وقف صورت گرفته می‌تواند از عین موقوفه فقط منفعت بگیرد، بدون این‌که ذات و رقبه آن را مالک شود.⁶

ب-ارکان وقف: در مورد این‌که وقف دارای ارکان می‌باشد و اگر می‌باشد برای وقف چند رکن است فقها دیدگاه متفاوتی دارند. از دید احناف رکن وقف نیز مانند سایر عقود تنها صیغه وقف است که توسط آن از مقصود در این باب تعبیر کرده می‌شود و دلالت به معنی وقف میداشته باشد. یعنی رکن

1 - غیاث الغات، مولانا غیاث الدین، ص ۷۲۷؛ و فرهنگ فارسی معین، ج ۲، ص ۲۰۶۳.

2 - عمید حسن، فرهنگ فارسی عمید، ص ۱۱۹۳.

3 - قانون مدنی ایران، ماده ۵۵.

4 - امامی سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۶۹.

5 - قانون مدنی افغانستان، ماده ۳۴۳.

6 - صمیم عبدالمجید، حقوق عینی، ص ۱۹۷.

وقف ایجابی است که از واقف صادر می‌شود.¹ اما از دید جمهور فقها در وقف چهار رکن وجود دارد که شامل وقف کننده، مال وقف کرده شده، استفاده کننده وقف و ایجاب وقف می‌گردد.² از این‌که در هردو دیدگاه قبول نیست، دلیل این است که قبول زمانی رکن پنداشته می‌شود که وقف برای شخص معین صورت گیرد و وقف عام و مطلق بود در این صورت به اتفاق آراء قبول رکن وقف پنداشته نمی‌شود، بلکه تنها ایجاب کفایت این امر می‌نماید.³

ج-انواع وقف: آن گونه‌ای که در ارکان و تعریف وقف یک دیدگاه وجود نداشت در قسمت انواع آن نیز دیدگاه واحد و تقسیم یگانه‌ای وجود ندارد، بناً وقف از چند لحاظ تقسیم گردیده است که چند مورد آن پرداخته می‌شود.

یک- تقسیم از لحاظ موقوف علیهم (اشخاص استفاده کننده): از این لحاظ وقف به دو دسته، وقف عام و وقف خاص تقسیم می‌گردد که به بحث آن پرداخته می‌شود.

۱-وقف عام: در این وقف معمولاً اراده‌ی کسی جز صاحب مال نیاز نیست، مانند وقف برای مسجد و یا تأسیسات عام المنفعه که برای منفعت و استفاده عموم قرار می‌گیرد، در این صورت وقف کننده حق رجوع و تصرف نمودن از طریق ایجاد تغییرات در آن را ندارد. در این رابطه قانون مدنی افغانستان در بند یک ماده ۳۵۹ خویش چنین حکم می‌نماید: «وقف کننده نمی‌تواند از تمام یا قسمتی از وقف عام رجوع نماید اما برای جهات مصرف آن شروطی را در حدود احکام این قانون هنگام ثبت وقف تعیین نموده می‌تواند» و در بند دوم این ماده نیز چنین بیان نموده: «وقف کننده نمی‌تواند در وقف مسجد و تأسیسات عامه و چیزیکه به آن‌ها وقف گردیده تغییری وارد نماید». با در نظر داشت این ماده قانون احناف نیز دیدگاه خود را دارند و آن‌ها بر این باور اند که در اصل وقف کننده حق رجوع دارد؛ اما در وقف برای مسجد و نیز در صورتی که در مورد وقف حکم حاکم با صلاحیت صادر گردد و همچنان در صورت معلق نمودن آن به بعد از مرگ، در این صورت لازم می‌گردد و حق رجوع از بین می‌رود.⁴

۲- وقف خاص: آنست که منفعت آن به یک گروه خاص و یا افراد معین متعلق گردیده باشد. در مورد این نوع وقف نظر بر این است که این نوع وقف غیردایمی یا موقت می‌باشد و برای زیاده از دو گروه اولاد وقف کننده جواز ندارد.⁵ در این رابطه حکم قانون چنین است: «(۱) وقف بطور دایمی یا

۱ - الدرالمختار، ج ۳، ص ۳۹۳؛ و فتح القدیر، ج ۵، ص ۳۹.

۲ - الشرح الصغیر، ج ۴، ص ۱۰۱؛ و مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۷۶.

۳ - وهبة الزحیلی، افقه الاسلامی و ادلته، ج ۸، ص ۱۵۹؛ و غفور احمد غزنوی، حقوق عینی، ص ۱۱۷.

۴ - غفور احمد غزنوی، حقوق عینی، ص ۱۱۸.

۵ - منبع قبلی، ص ۱۲۰.

موقت جواز دارد؛ (۲) وقف برای مسجد و موسسات عامه طور موقت صورت گرفته نمی‌تواند؛ (۳) وقف خاص موقت بوده و به زیاده از دو طبقه اولاد وقف کننده جواز ندارد»^۱.

دو-وقف از لحاظ زمان: در این تقسیم‌بندی نیز وقف به دو دسته تقسیم می‌گردد که در زیر هر کدام آن‌ها به صورت جداگانه پرداخته می‌شود.

۱- وقف دائمی: یعنی غیر موقت و تا وقت بقای عین مال موقوفه. این نوع وقف به اتفاق فقها جایز بوده و اصل در وقف نیز این است که در عقارات و بطور دائمی و تأبید باشد. یا وقف در حالت صحت، یعنی وقف نمودن درحالتی که شخص دارای صحت است و به مرض موت مبتلا نشده است. در این صورت هر نوع تصرف شرعی و قانونی شخص نافذ و قابل اعتبار می‌باشد، چون موارد اتهام وجود ندارد و می‌تواند هر اندازه‌ای از مال خود را که بخواهد وقف نماید؛

۲- وقف موقت: یعنی وقف برای مدت زمان معین که به انتهای آن وقف نیز منتهی می‌گردد. این نوع وقف از نظر جمهور فقها جایز است؛ اما از نظر احناف درست نیست، چون تأبید آن‌ها در وقف شرط میدانند. در این رابطه نظر قانون مدنی در پیروی از نظر جمهور فقها قرار دارد. یا وقف درحالت بیماری، یعنی وقف نمودن درحالتی که شخص در بیماری مرگ قرار دارد. در این صورت بخاطر تعلق گرفتن حق دیگران از جمله دائنین و ورثه، بعضی محدودیت‌ها وضع می‌گردد. به این ترتیب که اگر وقف کننده مدیون به دین محیط باشد و در بیماری موت مال خود را وقف می‌نماید، وقف وی باطل است، چون وقف یک تبرع است؛ اما حق داینین لازمی و مقدم می‌باشد. همچنان وقف نمودن در حالت مرگ برای بعضی ورثه صحیح نیست، چون وقف در حال بیماری مرگ حکم وصیت را دارد به دلیل تعلق گرفتن حق ورثه به آن. البته سلامت از بیماری در اساس شرط صحت وقف نبوده، ولی این محدودیت‌ها بخاطر حقوق غیر و رعایت حق تقدم و اولویت در نظر گرفته می‌شود.^۲

سه-تقسیم به لحاظ مال موقوفه یا محل وقف: وقف به اعتبار مالی که وقف می‌گردد انواع زیادی دارد که در اینجا به برخی از آن‌ها می‌پردازیم.

۱- وقف غیرمنقول: وقف اموال غیرمنقول اعم از زمین، خانه یا منزل، حویلی، باغ و امثال آن به اتفاق علما جایز است و نیز اتلاف منافع آن خلاف نظر متقدمین فقهای حنفی به اتفاق آراء سبب

^۱ - قانون مدنی افغانستان، ماده ۳۵۴.

^۲ - غفور احمد غزنوی، حقوق عینی، صص ۱۲۱ و ۱۲۲.

و جوب ضمان یا تاوان می‌شود.¹

۲- **وقف منقول:** در قسمت وقف اموال منقول فقها به دو نظر اند. یک، فقهای حنفی وقف اشیای منقول را در اصل و اساس جایز نمیدانند، مگر در سه مورد:

(۱) این‌که منقول تابع عمار باشند مانند، بناء و غرس؛

(۲) این‌که نص و دلیل نقلی در آن وارد شده باشد، مانند وسایل جهاد (سلاح، اسب و غیره)؛

(۳) این‌که عرف به آن جاری باشد و در میان مردم متداول و مروج باشد، مانند وقف نمودن مصاحف، کتب، ادوات یا وسایل جنازه و غیره.²

دوم، دیدگاه جمهور، جمهور بر این باور است که وقف مال منقول مطلقاً جایز می‌باشد، چون از نظر آن‌ها تأبید و عمار بودن مال در وقف شرط نیست. این در حالی است که فقهای حنفی وقف مال منقول را برای این جایز نمیدانند که از نظر آن‌ها تأبید در وقف شرط می‌باشد و اشیای منقول دارای این خصوصیت نمی‌باشند.³

۳- **وقف سهم مشاع:** در این رابطه نیز سه نظر وجود دارد. یک، جمهور فقها بر این باور است که وقف سهم مشاع جایز است هر چند احتمال تقسیم در آن نباشد، به دلیل این‌که هبه یا بخشش آن جایز است، بناً وقف نمودن آن نیز جایز می‌باشد؛

دوم نظر احناف، فقهای حنفی بر این باور اند که وقف مال مشاع اصلاً جایز نیست، به دلیل این‌که قبض نمودن سهم مشاع ممکن نیست؛

سه، نظر مالکی‌ها، ایشان وقف مشاع را در صورتی درست میدانند که تقسیم آن ممکن باشد؛ زیرا در اشیایی قابل تقسیم حرز و حیازت ممکن است و حرز از نظر مالکی‌ها برای صحت وقف شرط می‌باشد.⁴ قانون مدنی افغانستان نیز، در رابطه به وقف سهم مشاع جانب مذهب مالکی را گرفته و بر این دیدگاه استوار است که وقف سهم مشاع غیر قابل تقسیم صورت نمی‌گیرد، مگر این‌که حصص متباقی آن نیز وقف باشد و جهت وقف متحد باشد. حکم قانون چنین است: «وقف جزء مشاع در اموال غیر منقول جواز ندارد، مگر در صورتی که مفرز و معین شده باشد» و همچنان: «اسهام

1 - فتح القدیر، ج ۵، ص ۴۸؛ القوانین الفقهیه، ص ۳۶۹؛ و هبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۸، ص ۱۶۲.

2 - ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۳، ص ۴۰۹.

3 - الشرح الکبیر، ج ۴، ص ۷۶؛ و مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۷۷.

4 - اللباب، ج ۲، ص ۱۸۱؛ و غایة المنتهی، ج ۲، ص ۳۰۰.

شرکت‌های که فعالیت مجاز دارند وقف شده می‌تواند».¹

د-ملکیت مال وقفی: در رابطه به ازاله و انتقال ملکیت مال وقفی نیز نظریاتی وجود دارد که برآن می‌پردازیم. یک، احناف و مالکی‌ها براین باور اند عین مال موقوفه در ملکیت وقف کننده باقی میماند و او حق رجوع از آن را دارد و بعد از فوت وی این حق به ورثه وی منتقل می‌گردد؛ زیرا وقف تبرع نمودن منفعت یک شیء است و عقد غیر لازم می‌باشد، به جز در سه مورد:

(۱) در موجودیت حکم حاکم با صلاحیت یا تسجیل و ثبت نمودن در اداره مربوطه؛

(۲) در صورت مربوط گرداندن آن به بعد از مرگ؛

(۳) در صورت وقف نمودن برای مسجد و یا تأسیسات عام المنفعه.²

دوم، جمهور فقها براین باور است که در صورت صحت و تکمیل نمودن شروط وقف، مال موقوفه از ملکیت وقف کننده خارج می‌گردد و در ملک الله متعال داخل و محبوس می‌گردد. یعنی به اساس این دیدگاه ملک موقوفه از ملکیت شخص خارج می‌گردد.³ اما قانون مدنی در رابطه به زوال آن نظری ندارد و صرف در مورد رجوع از وقف و تصرف در آن حکم دارد. حکم قانون چنین است: «صحت وقف، رجوع از آن و هرگونه تغییر در مصارف و شرایط لازمه و با معاوضه مال موقوفه، وقتی از طرف وقف کننده اعتبار دارد که در دفاتر مربوط ثبت گردیده باشد»⁴ و همچنان در مورد تحدید و حقوق وقف کننده چنین تصریح می‌نماید: «وقف کننده می‌تواند در حدود احکام این قانون استفاده از حقوق آتی را هنگام ثبت وقف خاص شرط گذارد: ۱- اعطاء و حرمان؛ ۲- زیادت و نقصان؛ ۳- تغییر؛ و ۴- مبادله».⁵

ه-وارسی و اداره مال وقفی: برای واریسی امور مربوط به وقف اداره دولتی وجود دارد که از آن به عنوان اوقاف یاد می‌نمایند. اداره اوقاف عواید و مصارف وقف را مطابق به شروط لازمه وقف بر وفق اساسنامه آن اداره و مراقبت می‌نماید، مگر این‌که قانون خاصی تنظیم گردد که در این رابطه نیز ماده ۳۴۵ قانون مدنی صراحت دارد. در رابطه به اداره و اجراءات وقف حکم قانون چنین است: «وقف کننده در سند وقف، شخصی را برای نظارت در امور اداره، دوران انداختن مال موقوفه و

۱ - قانون مدنی افغانستان، مواد ۳۵۶ و ۳۵۷.

۲ - غایة المنتهی، ج ۲، ص ۳۰۶؛ و الشرح الصغیر، ج ۴، ص ۹۷.

۳ - منابع قبلی.

۴ - قانون مدنی افغانستان، ماده ۳۴۷.

۵ - قانون مدنی افغانستان، ماده ۳۶۱.

توزیع حاصلات آن برای مستحقین به تناسب سهامشان که در سند وقف تصریح شده باشد، تعیین نموده، حدود وظایف و صلاحیت وی را با شخصی که بعداً نظارت می‌کند تعیین نماید». اما این مورد در مورد وقف عام نبوده و اداره‌ی وقف عام مربوط اوقاف می‌باشد.¹

و-پایان وقف: آنگونه‌ای که برای وقف آغازی بود، پایانی نیز است که قانون آن را مشخص نموده است. موارد ذیل را جهت پایان وقف در نظر گرفته اند که اینک یک به یک این‌جا درج می‌گردد:

(۱) در صورت تکمیل گردیدن مدت معینه، این حالت در زمانی است که وقف موقت باشد؛

(۲) در صورت از بین رفتن تمامی اشخاص موقوف علیهم؛

(۳) در صورت از بین رفتن مال موقوفه، طوری که استفاده از آن ممکن نباشد. در رابطه به گزینه‌های فوق مواد قانون نیز صراحت دارد. مطابق ماده ۳۹۸ قانون مدنی: «وقف موقت با تکمیل مدت معینه یا از بین رفتن تمام موقوف علیهم، خاتمه می‌یابد». این متن قانون بیان‌گر این است که وقف کننده انتقال سهم را به باقی مستحقین نکرده باشد. همچنان طبق ماده ۴۰۲ قانون مدنی: «(۱) هرگاه مال موقوفه به نحوی تخریب شود که اعمار مجدد و یا استبدال آن ممکن و یا مفید نباشد، وقف خاتمه می‌یابد. همچنان وقف در مورد سهم هر مستحق‌ی که سهمیه حاصلات وی به مقدار ناچیزی تقلیل یابد، خاتمه پیدا می‌کند؛ (۲) انتهای وقف به درخواست اشخاص ذیعلاقه و قرار محکمه صورت می‌گیرد. ملکیت مال موقوفه که وقف آن خاتمه یافته باشد، در صورت حیات وقف کننده بخود وی و در غیر آن به شخصی انتقال می‌یابد». و ماده ۴۰۰ قانون مدنی چنین حکم نموده است: «هرگاه وقف در تمام اسهام ثابته خاتمه یابد، ملکیت مال موقوفه در صورت حیات وقف کننده به خود وی و در غیر آن به مستحقین انتقال می‌یابد. در صورتی که مستحق موجود نباشد ملکیت مال موقوفه به اشخاصی که حین وفات وقف کننده از جمله ورثه شناخته شده باشند و در غیر آن به دولت تعلق می‌گیرد».

مطلب دوم: نظریات راجع به وقف

فقه‌های احناف براین باور اند که وقف عبارت است از حبس نمودن ذات مال است مبنی بر ملکیت وقف کننده و صدقه نمودن به منافع آن در راه خیر.²

جمهور براین باور است که حبس عبارت از حبس نمودن مال است به جهت انتفاع مباح و موجود که نفع گرفتن از آن با وصف بقای ذات آن ممکن باشد، به قطع نمودن تصرف از طرف وقف کننده و یا

¹ - غفور احمد غزنوی، حقوق عینی، ص ۱۳۱.

² - فتح القدیر، ج ۵، صص ۳۷ تا ۴۰ و الدرالمختار، ج ۳، ص ۳۹۱.

شخص دیگر.¹

فقه‌های مالکی بر این باور اند که وقف عبارت از گردانیدن منفعت مملوکه است توسط مالک برای مستحق با وصف باقی بودن ذاتش در ملکیت وقف کننده.²

شماری بر این باور اند که وقف نیز به عنوان شخص حقوقی شناخته شده است و در مورد کسب منفعت این شخص که شایستگی تملک و تملیک و طلبکاری و بدهکاری را دارد و به تأیید این سخن به متنی از فتاوی هندیه نیز چنگ زده اند: «مالی که برای فقرا وقف شده است سه قسم دارد و در قسم دوم می‌توان آن را به صورت قرض استفاده نمود که مال استفاده شده به عنوان دینی در مال غنیمت باقی خواهند ماند و در الوقعات الحسامیه چنین آمده است³» اما فقه‌های احناف بر این باور اند که وقف هیچ عهد و ذمه‌ای در طلب و بده ندارد که این باورشان در حقیقت نفی کننده وقف می‌باشد. این موضوع در کتاب‌های احناف چنین آمده است: «وام گرفتن برای وقف درست نیست و در صورتی درست است که با دستور واقف انجام نشود و این مورد با وصی تفاوت دارد؛ زیرا وصی می‌تواند بدون وجود ضرورت چیزی را برای یتیم به نسیه بخرد، چون دین در آغاز فقط با عهده و ذمه ثابت می‌شود و یتیم هم ذمه‌ی صحیحی دارد و هم این‌که او فرد معلومیست. بنابراین امکان مطالبه از او وجود دارد بر خلاف وقف که چنین ذمه و ذمه صحیحی ندارد و فقرا هر چند چنین ذمه‌ای دارند؛ اما بر عهده سرپرست و متولی ثابت می‌شود و هر دین و قرضی هم که بر او لازم آید نمی‌توان آن را از درآمد مربوط به فقرا پرداخت نمود».⁴

مطلب سوم: بررسی تطبیقی

گزینه‌های دیگری که تفاوت میان اموال منقول و غیرمنقول دیده می‌شود و در این بحث نیز گنجانیده شده بحث وقف اموال منقول و غیرمنقول می‌باشد. در مورد وقف علماء نظریاتی مختلف داده اند از جمله مواردی وقف، وقف دایمی به اتفاق علماء جایز بوده و اما جمهور فقها به موقتی بودن وقف جواز میدهد. قوانین امروزی در پیروی همین نظر قرار دارند. احناف وقف موقت را نادرست میدانند؛ زیرا احناف در وقف نمودن اموال دایمی بودن آن‌ها را شرط میدانند و اموال منقول غیر از سه مورد از دید این‌ها قابل وقف نمی‌باشد: اول، اینکه منقول تابع عقار باشد، مانند درخت و ساختمان؛ دوم، اینکه دلایل نقلی یا نص موجود باشد، مانند لوازم جهاد؛ و سوم، اینکه عرف بر آن جاری باشد، مانند وقف مصاحف، کتاب‌ها و غیره. همچنان احناف و مالکیه بر این باور اند که شی

1 - مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۷۶؛ و کشاف القناع، ج ۴، ص ۲۶۷.

2 - الشرح الکبیر، ج ۴، ص ۷۶؛ و الشرح الصغیر، ج ۴، ص ۹۷.

3 - الفتاوی الهندیه، کتاب وقف، آخر باب ۱۱، ج ۲، ص ۴۶۴.

4 - ابن عالدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۱۳، صص ۶۶۶ و ۶۶۷.

وقف شده از ملک وقف کننده خارج نمی‌گردد، بلکه در ملکیت وقف کننده باقی میماند و او حق رجوع را دارد و بعد از وفات وقف کننده این حق به ورثه انتقال می‌نماید؛ زیرا وقف کردن تبرع نمودن منفعت یک شیء و عقد غیر لازم است. جمهور فقها براین باور است که مال وقف از ملک واقف خارج می‌گردد و نیز شخص مدیون که دین آن به اندازه مال وی باشد، اگر مال خود را وقف کند این عمل وی باطل پنداشته می‌شود، چون عمل وقف تبرع بوده؛ اما پرداخت دین لازمی می‌باشد. از بحث بالایی دیدگاه مالکیه و احناف راجح به نظر می‌رسد؛ زیرا در صورت خارج شدن مال از اختیار وقف کننده بدون مالک می‌گردد و این پذیرفتنی نیست.

مبحث هفتم-فروش و اهمیت مال منقول و مال غیر منقول صغیر توسط وصی در ادای قرض

مبحث هفتم یکی از مباحث مهم در این تحقیق پنداشته می‌شود؛ زیرا یکی از نکاتی که باید در آن به تفاوت و جدایی دو نوع مال که در عنوان گزیده شده اند پرداخته شود، بحث فروش و اهمیت آن‌ها در ادای قرض می‌باشد. این موضوعات ممکن خیلی نزدیک و در زندگی روزمره‌ی ما انسان‌ها اتفاق بیفتند که کودکان در اختیار بزرگانی قرار می‌گیرند و اموال آن‌ها نیز برای شخصی سپرده می‌شود تا کس و ناکسی از آن استفاده سوء ننماید. همچنان گاهی راهی گشایش می‌یابد که شخصی بدون این‌که چاره‌ای برای خویشتن بیندیشد در ناتوانی ژرفی فرو می‌رود و راهکاری برای بیرون‌رفت در نمی‌بیند، در این صورت اموال وی جهت بیرونی از دست وی از آنچه بر وی رخ داده از کدام اهمیتی برخوردار اند و نخست باید به کدام مال او نگریسته شود. در این مبحث این موضوعات قابل بحث و بررسی می‌باشد.

مطلب اول: اهمیت اموال منقول و غیرمنقول در ادای قرض

دانشمندان و فقها بیش‌تر بر این باور اند که در ادای دین میان مال منقول و مال غیرمنقول مدیون تمایز گذاشته می‌شود؛ زیرا اموال منقول از اهمیت کمتر و اموال غیرمنقول از اهمیت بیش‌تری در راستای تأمین منافع اشخاص برخوردار اند. در هدایه آمده است که در ادای قرض نخست به نقود مراجعه می‌گردد، سپس به مال و متاع و بعد از آن به اموال غیرمنقول مدیون؛ زیرا اصل بر این است که باید آسانی پیشه گردد و نخست به نقود وی مراجعه گردد، چون ساده‌تر از همه در هر حالت می‌باشد، سپس مال و متاع که نیز در برگیرنده آسانی می‌باشد و در آخرین مرحله‌ای که اموال یادشده تکمیل کننده دیون مدیون نباشد، نظری فگنده شود به اموال غیرمنقول آن شخص. شماری بر این باور اند که برای مدیون باید یک جوهر تن‌پوش گذاشته شود و بقیه اموالی که دارد به فروش رسانده شود، ملاکی که آن‌ها قرار میدهند این است که یک جوهر تن‌پوش کافی می‌باشد برای مدیون و اما شماری دیگری بر این عقیده اند که باید دو جوهر تن‌پوش برای مدیون گذاشته شود و بقیه اموالی که دارد به فروش رسانیده شود؛ هنگامی یک جوهره‌ای آن شسته شود بتواند از جوهره‌ی دیگری استفاده نماید.¹

هرگاه شخصی مدیون قرار گیرد که دین آن در هم باشد و مدیون نزد خویش دینار داشته باشد و یا این‌که بربالایش دینار باشد و نزد مدیون در هم موجود باشد، در این حالت نخست باید دینار وی فروخته شود و سپس در هم وی؛ اما جایز نیست فروش مال و متاع و مال غیرمنقول مدیون.²

در کنزالدقائق چنین آمده است: ابوالبرکات نسفی از امام ابوحنیفه نقل می‌کند که مال و متاع و عمار

¹ - هدایة البدایة، ج ۲، کتاب الحجر، ص ۳۵۷.
² - کنزالدقائق، کتاب الحجر، صص ۳۸۹ و ۳۹۰.

مدیون مطلقاً در زندگی و مرگ وی فروخته نشود. در جوهره نیز آمده است: اجماع بر این است که قاضی می‌تواند مال و متاع و عقار مدیون را پس از مرگ وی به فروش رساند و فتوا نیز بر این است. همچنان در بزایه نیز همین حکم آمده است؛ یعنی نخست فروخته شود نقود وی، سپس مال و متاع و اگر این‌ها کفایت دیون نکردند بعد از آن فروخته شود اموال غیرمنقول وی.¹

مطلب دوم: فروش اموال منقول و غیرمنقول

وصی قاصر حق فروش عقار قاصر را ندارد، مگر به اجازه شرع، مانند اداء دین، رفع حاجت ضروری یا تحقق یک امر راجح که آن نیز منوط به اجازه قاضی باشد؛ زیرا در بقای عین غیرمنقول قاصر، مصلحت قاصر بیش‌تر در نظر گرفته می‌شود نسبت به فروش عقار و حفظ ثمن آن، ولی وصی می‌تواند در صورتی که مصلحت صغیر ایجاب نماید از مال منقول وی استفاده نماید (به فروش رساند). در قسمت دیگری آمده است که جایز نیست بیع و شراء وصی، به آنچه غبن می‌کنند مردم در مثل آن؛ زیرا غبن فاحش جواز ندارد و اما غبن اندک جواز دارد، چون امکان احراز از آن نیست و به اعتبار حرز از غبن اندک بستن درب وصایت می‌باشد. امام ابوحنیفه خرید و فروش طفل مأذون، غلام مأذون و مکاتب را به غبن فاحش جواز می‌دهد؛ زیرا آن‌ها متصرف به حکم مالکیت اند و جواز دادن عبارت از دور کردن ممانعت است به خلاف وصی، چون وصی متصرف به حکم نیابت شرعی پنداشته می‌شود. اما پاران مالک نمیدانند؛ زیرا تصرف فاحش از آن تبرع است، ضرورت بر این نیست و آن‌ها از اهل تبرع نیستند. همچنان بیع وصی برکبیر غائب جایز است در هرچیز، مگر جایز نیست در عقار؛ زیرا پدر از جهت نزدیکی برای فرزند خویش می‌تواند اموال منقول وی را به فروش برساند؛ اما صلاحیت فروش غیرمنقول برای وی ندارد، پس همچنین وصی مانند پدر چنین صلاحیتی را ندارد.²

فقهای احناف بر این باور اند که خرید و فروش بیگانه صحیح است، با آن‌که غبن نموده باشند، البته غبنی که میان مردم رایج است و آن عبارت از همان غبن اندک می‌باشد؛ زیرا دوری از آن ممکن نیست و صرف دوری از غبن فاحش امکان دارد، چون قابل تکفیک میان مردم است. از این رو باید پذیرفت که وصایت وصی مقید به مصلحت بوده، پس برای وصی جایز نیست بیع قسمتی از مال یتیم به غبن فاحش و صحیح است بیع برای وصی به غبن اندک.³

اگر خرید و فروش نمود وصی مال یتیم را برای خودش، در این صورت دو حالت وجود دارد: اول، اگر وصی قاضی باشد مطلقاً خرید و فروش جواز ندارد؛ زیرا وی وکیل صغیر پنداشته می‌شود؛

¹ - البحر الرائق، ج ۸، باب الحجر، ص ۱۵۱.

² - هدایه، ج ۴، صص ۶۹۴ و ۶۹۵.

³ - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۵، صص ۵۰۰، ۵۰۳، ۵۱۲ و ۵۱۳.

دوم، اما اگر وصی پدر بود خرید و فروش وی جواز دارد از دید فقهای مذهب حنفی، براین شرط که سود بیش‌تر و قابل تأملی برای صغیر داشته باشد، ولی فقهای دیگری (اما محمد و امام ابویوسف) به صورت کلی جواز نمیدهند. جایز است برای پدر بیع مال صغیر به نفس‌اش به مثل قیمت و به آنچه غبن کرده می‌شود در آن عادتاً و آن غبن اندک است و اگر چنین نباشد، پس جایز نیست بیع برکبیر غایب در غیر عقار و آنچه را گفته شد همه آن در منقول است و جایز است برای وصی بیع عقار مطلقاً از جهت وفاء دین یا از جهت خوف هلاک عقار.¹

در صورتی موصی علیه بزرگ باشد برای وصی تصرف در ترکه اصلاً جایز نیست، مگر متوفی مدیون بوده یا وصیت کرده باشد و ورثه دین و وصیت را ادا نکرده باشند، در این حالت تمامی متروکه فروخته می‌شود که به اندازه دین باشد؛ اما اگر متروکه بیش‌تر از دین باشد در این حالت به اندازه‌ی دین فروخته می‌شود. احناف براین باور اند که وصی می‌تواند اضافی از دین را نیز بفروشد، ولی این باور خلاف باور فقهای دیگری چون امام احمد و امام ابویوسف می‌باشد که فتوا نیز براین دیدگاه استوار است. وصیت در ثلث مال نافذ می‌گردد به اتفاق فقها به شمول احناف و اگر چیزی از ترکه فروخته شود به اندازه وصیت جایز است. همچنین برای وصی مجاز است که در حالات ذیل به فروش مال غیرمنقول صغیر به قیمت بالا اقدام نماید، البته برای بیگانه نه برای خود: اول، جهت نفقه صغیر یا ادای دین میت یا برای تنفیذ وصیت مرسله که انفاذ آن ممکن نباشد، مگر از همین عقار؛ دو، یا از جهت غلبه مصرف بر عاید آن؛ سه، یا از جهت خرابی و نقصان آن؛ چهار یا از ترس ستاندن مال از دست وصی توسط شخص دیگری و در این حالت آوردن دلایل اثبات بالای وصی نیست. همچنین اگر خوف این بود که اموال صغیر توسط دیگری گرفته می‌شود در این صورت بر آنچه وصی در اختیار دارد می‌تواند عملی انجام دهد، این تفاوت نمی‌کند که صغیر به پول آن نیاز دارد یا نه. آنچه فوقاً درج گردید زمانی قابل بحث می‌باشد که وصی تعیین شده از سوی مادر و برادر نه، بلکه از سوی پدر و پدربزرگ یا قاضی باشد. از آنچه گذشت چنین برداشت می‌شود که وصی تعیین شده از سوی مادر و برادر صلاحیت فروش اموال غیرمنقول صغیر را به هیچ‌صورت ندارند.²

پدر و پدربزرگی که نظر خیر در مورد فرزند یا نواسه خویش داشته باشند، می‌توانند مال آن‌ها را به مثل قیمت به بیگانه بفروشند و اگر نظر نیکی در مورد آن‌ها نداشته باشند، در این حالت حق فروش

¹ - الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۸، ص ۱۴۰.

² - منبع قبلی ۱۴۰.

عقار بر آن‌ها داده نمی‌شود و اگر فروخته شد از جانب آن‌ها، این بیع ناقص دانسته می‌شود.¹

مطلب سوم: بررسی تطبیقی

اموال منقول و غیرمنقول از لحاظ اهمیت و پرداخت دین مدیون برای داین نیز تفاوت دارند، طوری که فقهای فقه اسلامی و دانشمندان حقوق در این مورد دیدگاه‌های قابل تأملی ارائه نموده اند که فوقاً به هرکدام گذری صورت گرفته است. تفاوت جدی و مهمی که در این بحث برآن توجه صورت گرفته بود عبارت از همان پیشی نمودن اموال منقول برای فروش و ادای دین و سپس مال و متاع و در آخر سهم مال غیرمنقول شخص می‌رسد. نکته‌ی قابل ملاحظه در تفاوت میان مال منقول و غیرمنقول ضمن اهمیت آن‌ها در ادای دین مدیون بحث فروش این دو نوع مال توسط وصی یا پدر صغیر می‌باشد. فقها و دانشمندان براین اتفاق نظر دارند که وصی در هر سطحی باشد حق فروش اموال غیرمنقول صغیر را ندارند و هرازگاهی به چنین عملی روی آورند فروش آن‌ها یک عمل حقوقی پنداشته نمی‌شود، بلکه ناقص است. اما برعکس فقها و دانشمندان حقوق رای براین دارند که در حالات ضرورت وصی می‌تواند اموال منقول صغیر را به فروش رساند و در آوردن دلایل برای اثبات مشکل آفریده شده که به اساس آن اموال به فروش می‌رسد مجبور نمی‌باشد. یعنی صلاحیت وصی در راستای اعمال حقوقی وسیع می‌باشد و اما در اموال منقول هیچ صلاحیتی از ناحیه فروش آن ندارد و این خود بیان‌گر تفاوت و اهمیت‌دهی برای اموال غیرمنقول به نسبت اموال منقول در نظام حقوقی و فقها می‌باشد. فقها و دانشمندان تا آخرین مرحله کوشش براین نموده اند که اموال غیرمنقول صغیر یا مدیون فروخته نشود؛ زیرا اهمیت مالی آن‌ها به مراتب بیش‌تر از اموال منقول بوده و قابل فروش نمی‌باشند.

¹ - منبع قبلی، ص ۱۴۱.

مبحث هشتم-بیع وفا

بیع وفا به نسبت تازه‌گی و جدید بودنش در این بحث وارد گردیده است که دیده شود این بیع در کدام اموال و به اساس کدام مناسبتی عقد می‌گردد و این عقد یک عقد دائمی است یا این‌که یک عقد غیردائمی و مانند رهن. این اصطلاح یکی از اصطلاحات فقهی می‌باشد که کتب فقه برمنبای ماهیت حقوقی و احکامی که برای آن قایل استند تعاریف متعددی ارائه نموده اند که در زیر به موارد قابل بحث این عنوان پرداخته می‌شود.

مطلب اول: بیع وفا و مفهوم آن

الف-تعریف: چون این اصطلاح یک اصطلاح مرکب است بناً نخست به قسمت اول آن (بیع) و سپس قسمت بعدی آن (وفا) پرداخته می‌شود.

بیع: بیع در لغت به معنی فروختن، خریدن، خرید و فروش محصولی که هنوز نرسیده به رسم پیشگی.¹ بیع به معنی خرید و فروش و بیش‌تر به معنی فروختن استعمال می‌شود.² بیع به معنی پرداخت ثمن و دریافت مثن یا به عکس است و غالباً به اخراج مبیع از تملک در مقابل ثمن اطلاق گردد و این کلمه به وسیله حرف جر یا بدون آن به مفعول دوم متعدی شود و بیع بر شرا؛ یعنی اخراج ثمن از تملک در مقابل مثن نیز اطلاق می‌شود.³ در اصطلاح شرعی بیع عبارت از مبادله‌ی مال به مال به صورتی که با انجام آن، مالکیت دو بدل از نگاه شریعت به دیگری منتقل می‌شود.⁴ بیع عبارت است از عقد معاوضه در چیزهایی غیر از منافع و بهره‌وری لذت جویانه.⁵ بیع عبارت از مبادله‌ی کالای مالی یا منفعت مباحی که اباحتش مختص حال خاصی نیست با دیگری.⁶

وفا: وفا از صیغه وفی اشتقاق شده و ضد غدر می‌باشد و در لغت به معنی به جا آوردن عهد و پیمان، نگهداری عهد و پیمان و پایداری در دوستی.⁷ به سر بردن عهد و پیمان، انجام پذیرفتن، به سربردگی عهد و قول، انجام یا بندگی.⁸ ثبات در عهد و پیمان، قول، سخن، دوستی، صفا و صمیمیت، صدق و ضمانت در کار و کردار.⁹

1 - غیاث الغات، مولانا غیاث الدین، ص ۱۲۸؛ و سیاه احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین سیاح، تهران: نشر انتشارات اسلام، ج ۱، ص ۱۷۳؛ و معین محمد، فرهنگ فارسی معین، ج ۱، ص ۳۰۳.
2 - عمید حسن، فرهنگ فارسی عمید، ص ۲۹۸.
3 - دهخدا علی اکبر، ج ۴، ص ۵۲۳۳.
4 - فتح القدر، ج ۵، ص ۸۳.
5 - الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۲.
6 - کشاف القناع، ج ۳، ص ۱۳۵.
7 - غیاث الغات، مولانا غیاث الدین، ص ۷۲۶؛ و کشاف القناع، ج ۳، ص ۱۱۹۳.
8 - معین محمد، فرهنگ فارسی معین، ج ۲، ص ۲۰۶۱.
9 - دهخدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۱۴، ص ۲۰۱۶۷.

مطلب دوم: نظریات راجع به بیع وفا

فقها بر اساس برداشت و استناد دلایل مورد توجه خویش از بیع وفا تعریف و توجیهی دارند که در این مطلب بر آن‌ها پرداخته می‌شود. بیع وفا در مذاهب مختلف اسلامی از آن به نام‌های بیع عهد، بیع امانه، بیع الطاعه، بیع جایز و بیع الثنیا نیز یاد شده است.¹ زیلعی² در تعریف بیع وفا می‌گوید: «عبارت از عقدی است که بر اساس آن فروشنده مال معین را مقابل بدهی که دارد به طلبکار خویش می‌فروشد، با این شرط که هرگاه دینش را پرداخت کرده بتواند آن را مسترد نماید»³. اما قاضی‌خان⁴ و ابن نجیم مصری⁵ به جای استعمال واژه «بدهی» در تعریف فوق «هرگاه وی بدهیاتش را پرداخت نماید» که در واقع بیانگر شرط وجود دین میان فروشنده و خریدار برای انعقاد بیع وفاست و از نظر ماهیت این عقد را به عقد رهن نزدیک می‌کند، از واژه ثمن استفاده نموده و مقرر داشته است هرگاه ثمن از سوی فروشنده رد گردد، مبیعه از سوی خریدار نیز رد می‌گردد. یا این‌که: «بیع وفا عبارت از فروش یک مال است به شرط حق استرداد ثمن برای خریدار و مبیع برای فروشنده ماده ۱۱۸ مجله». تعابیر مختلف از بیع وفا بیان‌گر این حقیقت است که در خصوص ماهیت این اصطلاح و آثار آن میان دانشمندان اسلامی اتفاق نظر وجود ندارد، به گونه‌ای که عده‌ای، مانند قاضی حسن ماتریدی و سید ابوشجاع از فقیهان حنفی این عمل حقوقی را عقد رهن دانسته و در شمار عقود توثیقی بیان می‌نمایند. با این استدلال که در غالب اوقات، عقد مزبور میان بدهکار و بستانکار و برای تضمین بازپرداخت بده منعقد می‌گردد و هیچ‌گاه اراده واقعی آنان بر انجام بیع و انتقال مالکیت نیست و با توجه به این‌که در تشخیص ماهیت یک عقد، باید به قصد واقعی طرفین توجه کرد، نه به الفاظ و عبارات استعمال شده طرفین. باید گفت عقد مزبور از نظر ماهیت، رهن بوده و نمی‌توان آن را بیع دانست، هرچند در انعقاد آن از لفظ بیع استفاده شده باشد. با توجه بر آنچه در بالا ذکر گردید برخی از فقها در تعریف بیع وفا از طرفین عقد بنام داین و مدیون و از ثمن به عبارت «دین» یاد کرده اند.⁶ اما در مقابل جمع دیگری از مشایخ بخارا و سمرقند، مانند ظهیرالدین⁷، صدرالشهید⁸ و نجم‌الدین نسفی از فقهای حنفی اصرار دارند که عقد مذکور ماهیت توثیقی نداشته، بلکه شکلی از بیع است. از

1 - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۵، ص ۲۶۱.

2 - زیلعی، أبو عمرو عثمان بن علی بن محجن الباری، فخرالدین زیلعی الحنفی (متوفی ۷۴۳هـ) مؤلف کتاب «تبیین الحقایق فی شرح کنز الدقائق» مشهور به زیلعی می‌باشد. (مکتبه الشامه).

3 - الزیلعی فخرالدین عثمان ابن علی ۱۳۱۳هـ، تبیین الحقایق شرح کنزالدقائق، بدون تاریخ، نشر مطبعه امیریه، ج ۵، ص ۱۸۳.

4 - شمس الاثمه، ابوالحسن فخرالدین حسن بن منصور بن عبدالعزیز الفرغانی الاوزجندی (متوفی ۵۹۲هـ) معروف به قاضی‌خان اوزجندی از فقهای بزرگ حنفی، نویسنده فتوی قاضی‌خان، مشهور به قاضی‌خان می‌باشد. (موسوعه فقه، ج اول، ص ۴۸۴، وزارت اوقاف کویت).

5 - ابن نجیم مصری، عمر بن محمد بن احمد بن اسمعیل بن محمد بن لقمان نسفی، معروف به مفتی ثقلین ابو حفص نجم الدین نسفی (۴۶۱-۵۳۷هـ) می‌باشد. (دائرة المعارف اسلامیه، ج ۲۲، ص ۲۷۰)، نویسنده کتاب «الاشباه و النظائر» می‌باشد.

6 - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۵، ص ۲۷۶.

7 - ظهیرالدین سمرقندی، محمد بن علی بن محمد ظهیری سمرقندی (متوفی ۶۰۰هـ) از نویسندگان نامدار قرن ششم و هفتم و نویسنده کتاب «سندبادنامه» می‌باشد. (سایت آفتاب).

8 - حسام الدین امام عمر (۴۸۳-۵۳۶ق) ملقب به برهان الاثمه، برهان الدین و معروف به صدرالشهید، فقیه و اصولی بزرگ حنفی در ماوراءالنهر و نویسنده کتاب «فتاوی الکبری» بود. (دانشنامه آزاد).

این‌رو ای‌شان در تعریف آن به جای عبارات داین و مدیون و دین، از واژه‌های بایع، مشتری و ثمن استفاده نموده اند. هرچند میان این فقها در خصوص این‌که بیع مذکور صحیح است یا فاسد، اختلاف دیده می‌شود؛ اما از سوی دیگر از تعاریف مذکور این مطلب ثابت می‌گردد که وجود شرط فسخ در ضمن این عقد (شرط استرداد مبیع برای بایع و ثمن برای مشتری) عقد مذکور به عقد بیع با خیار شرط نزدیک می‌سازد؛ زیرا شرط فسخ مقترن به عقد می‌باشد، نه به بعد از آن. بناً هرگاه حق استرداد بعد از اتمام عقد شرط شده باشد، از نظر ماهیت می‌توان آن را وعده به بیع یا عقد ثنیا دانست که در فقه مالکی ذکر شده است.¹

حصکفی² در درالمختار برای بیع وفا چنین تعریفی دارد: «فروشنده کالا به هزار تومان به خریدار می‌فروشد مشروط بر این‌که هرگاه او قیمت را پرداخت، خریدار کالا را به او برگرداند³». ابن نجیم بر این باور است: «این کالا را در قبال دینی که از من می‌خواهی، به تو فروختم مشروط به این‌که هرگاه دین و قرضت را پرداختم، کالا مال خودم باشد و آن را به خودم بدهی یا فروشنده به خریدار می‌گوید این کالا را به فلان قیمت به تو فروختم مشروط بر این‌که هر زمان پول را به تو برگردانم تو هم کالا را به من بازگردانی»⁴. وجه تسمیه این بیع به بیع وفا به این خاطر است که در آن تعهد به وفاداری از جانب مشتری وجود دارد؛ به این شکل که هرگاه فروشنده قیمت را به خریدار باز گرداند، خریدار هم کالا را به او بازگرداند. برخی فقها آن را «معامله جایز» می‌نامند، شاید با توجه به قول جواز آن به این نام موسوم گشته است؛ و برخی آن را «بیع المعامله» و شوافع آن را «الرهن المعاد» و مالکیه آن را «بیع الثنایا» نامیده اند.⁵

مطلب سوم: بررسی تطبیقی

بیع وفا از جمله عقود مستحقه‌ای است که در مراحل ابتدایی تشریح احکام اسلامی؛ یعنی در عصر پیام‌بر بزرگ اسلام و مراحل آغازین تدوین احکام فقهی در عصر ائمه مذاهب اسلامی، میان مردم شناخته شده نبود به این دلیل که هیچ کدام از ائمه چهارگانه اهل سنت در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت این بیع نصی روایت نشده است. به عقیده برخی بیع مذکور از اواخر قرن پنجم هجری وارد فقه اسلامی شده و از آن تاریخ به بعد در کتب فقهی احکام و آثار آن بررسی شده است. شماری بر این باور اند که این عقد نخست در میان اهالی بخارا و بلخ رایج گردیده بود. به ارتباط این موضوع

¹ - زیلعی، تبیین الحقایق، ج ۵، صص ۱۸۳ و ۱۸۴؛ و عبری، ص ۲۱.

² - حصکفی، شیخ محمد بن علی بن محمد بن علی بن عبدالرحمان بن محمد بن جمال الدین بن حسن بن زین العالدین حصکفی (۴۵۹-۵۵۱ هـ) فقیه، مفتی، خطیب، ادیب و شاعر عربی عراقی، نویسنده کتاب «الدرالمختار فی شرح تنویر الابصار» می‌باشد. (موسوعه فقهیه، ج ۱، ۴۵۸، وزارت اوقاف کویت).

³ - متن از احکام معاملات.

⁴ - بحرالرائق، ج ۶، ص ۱۱.

⁵ - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۱۵، ص ۵۷۹.

ابن نجیم در کتاب الاشباه و النظائر چنین نوشته: «در میان مردم بخارا اجاره درازمدت رایج گردیده بود که این امر جز در درختان ممکن نبود. همچنان در میان اهالی بلخ، وام همراه با اجاره املاک رایج شده بود که آن هم جز در باغ‌های انگور ممکن نبود. از این‌رو برای تحقق این هدف مجبور شدند این معامله را از طریق بیع وفا انجام دهند».¹ بیع وفا در عقار مطلقاً درست است و اما در منقول اختلاف وجود دارد که بعضی آن را مجاز و بعضی غیرمجاز میدانند. هرچند از دیدگاه برخی فقهای حنفی، بیع وفا ماهیت توثیقی نداشته و بیع نامیدن آن درست نیست، بلکه باید آن را نوعی رهن پنداشت. اما چنانکه در مطلب پیشین ذکر گردید بیش‌ترین فقهای حنفی و شافعی به‌ویژه متاخران با آن مخالفت کرده و این بیع نوعی بیع واقعی دانسته اند که اثر آن انتقال ملکیت به مشتری است. قانون مدنی نیز بیع وفا را در جمله عقود تملیکی قرار داده است.²

¹ - ابن نجیم، الاشباه والنظائر، ص ۱۱۱.

² - ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی، به بعد.

مبحث نهم-انتهاء مالکیت در اموال منقول و غیرمنقول

این اصل پذیرفتنی است که مالکیت اموال انتهای ندارد؛ یعنی مالکیت زمانی که ثابت می‌گردد بدون در نظرگیری وضعیت و حالت اشخاص برای آن‌ها (در اختیار آن‌ها) شکست‌ناپذیر و غیر قابل انتهای پنداشته می‌شود. اما این دیدگاه مطلق نبوده و قابل تغییر می‌باشد؛ زیرا راه‌هایی وجود دارد که برای این حق نقطه‌ای پایان می‌گذارد و به‌نحوی مالکیت از یکی می‌گیرد و برای دیگری ثابت می‌نماید. برای دانستن و فهم بیشتر در این رابطه به اصل بحث وارد می‌شویم. مطالب زیر در واقع بنیاد این بحث می‌باشند.

مطلب اول: انتهاء ملکیت در مال غیرمنقول

دایمی بودن مالکیت را به عنوان اصل می‌توان پذیرفت، ولی این اصل مطلق پنداشته نمی‌شود؛ زیرا موارد و راه‌هایی وجود دارد که برای زوال مالکیت دلالت می‌نماید. این تفاوت نمی‌کند که به مرگ شخص باشد، از سوی دولت باشد، یا به اساس مرور زمان باشد. در این مطلب به موضوعاتی، چون زوال حق مالکیت غیرمنقول پرداخته می‌شود.

الف- تأخیر در آبادی زمین‌های بایر شهری: در بسیاری موارد تأخیر نمودن در آبادی زمین‌های بایر شهری و کشاورزی سبب زوال مالکیت شخص می‌گردد که دولت با اقدامی خویش به آبادی و زمین‌ها می‌پردازد و این امر سبب سقوط دست مالک آن می‌گردد. یعنی زمانی که زمین‌های بایر یا زراعتی‌ای که نظر به صلاح دید دولت به شهروندان توزیع می‌گردد تا در آن تصرف مالکانه داشته باشند و برای آبادی آن نیز کوشا باشند؛ اما به نسبت سهلنگاری یا ناتوانی مالک آن زمین‌ها آباد نمی‌گردد، در این صورت دولت به اساس نیازی به آبادی می‌انگارد خود دست به‌کار می‌شود یا برای دیگری می‌دهد که در آن آبادی نماید که در این حالت دست مالک پیشین برداشته می‌شود و مالک دیگری جای‌گزین می‌گردد.¹

ب- تملک برای مصالح عامه و اجرای وظایف دولت: در این رابطه دو موضوع وجود دارد یکی این- که دولت به اساس منافع عامه یا بخاطر اجرای وظایف خویش اموال خصوصی خویش را در زمره اموال عمومی قرار می‌دهد که در این صورت ملکیت از ملک کسی به ملک دیگری انتقال نمی‌کند؛ و دوم، این‌که دولت جهت منافع و مصالح عمومی می‌خواهد ملکیت اشخاص را انتخاب نموده و به ملکیت خویش در آورد، مثل این‌که دولت بخواهد راهی را که در ملکیت خصوصی یکی از افراد است، به راه عمومی تبدیل نماید. در این صورت دو نظر وجود دارد:

۱- این‌که دولت نخست ملکیت فرد را به ملکیت خصوصی خویش در آورد؛ یعنی کسب ملکیت یا

¹ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۹۴.

استملاک نماید؛

۲- و دوم این‌که آن را از اموال خصوصی خود خارج ساخته و به منافع عمومی اختصاص دهد یا به طریق رسمی و یا به صورت بالفعل و عملی. به عبارت دیگر دولت نمی‌تواند این زمین را به طور مستقیم به اموال عمومی تبدیل کند وگرنه یک عمل نامشروع و غصب تلقی خواهد شد. و این راه می‌تواند از طریق استملاک^۱ نیز صورت گیرد.^۲ قانون اساسی افغانستان در ماده ۴۰ خویش چنین بیان میدارد: «ملکیت از تعرض مصئون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی‌شود، مگر در حدود احکام قانون. ملکیت هیچ شخص بدون حکم قانون و فیصله محکمه باصلاحیت مصادره نمی‌شود. استملاک ملکیت شخص، تنها به مقصد تأمین منافع عامه، در بدل تعویض قبلی و عادلانه، به موجب قانون مجاز می‌باشد. تفتیش و اعلان دارایی شخص، تنها به حکم قانون صورت می‌گیرد». همچنان در ماده ۱۹۰۳ قانون مدنی چنین آمده است: «ملکیت هیچ شخص از دست او کشیده شده نمی‌تواند، مگر به موجب قانون.» و در ماده دوم قانون استملاک زمین نیز آمده است که: «استملاک قطعه زمین و یا قسمتی از آن که مورد ضرورت یا حاجت عامه باشد، به تصویب شورای وزیران در بدل تعویض قبلی و عادلانه (نرخ روز) صورت می‌گیرد». استملاک در عقار است و اموال منقول هر چند قیمتی باشد قابل استملاک نیست. همچنان استملاک در خود زمین است و سایر حقوق در این امر دخیل نمی‌باشند.^۳

ج- زوال مالکیت به اساس مصادره: یکی از راه‌های دیگری که به ملکیت اشخاص نقطه پایان می‌گذارد عبارت از مصادره می‌باشد. مصادره در لغت به معنی توان‌گیری، مطالبه مال به زور یا به سبب ارتکاب گناه، اخذ به جریمه، ضبط کردن اموال و دارایی کسی به سبب جرمی که مرتکب شده یا دزدی و سلوک در طریق نادرست که سبب بدست آمدن آن، دارایی شده است.^۴ یا در لغت به معنی توان گرفتن، جریمه کردن و خون کسی را به مال او فروختن، می‌باشد.^۵

اما در اصطلاح حقوق جزا چنین تعریف شده است: «مصادره عبارت است از اخذ جبری و بلاعوض اموال منقول یا غیرمنقول محکوم علیه یا سایر اشیایی جرمی می‌باشد که مطابق احکام قانون و فیصله محکمه ذیصلاح ملکیت آن به دولت انتقال یابد». ^۶ یکی از راه‌های نفی ملکیت مصادره را دانسته است و در این ماده ذکر گردیده که مصادره نوعی جزایی می‌باشد که در قانون برای شخص مجرم در نظر گرفته شده و همچنان

^۱ - استملاک به معنی مالک شدن و تملک کردن می‌باشد (فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۲، ص ۲۱۸۲). در اصطلاح استملاک یک تصمیم اداری است که هدف از آن سلب جبری مالکیت مالک از عقار یا اموال غیرمنقول معین، به منظور تخصیص دادن آن به منفعت عمومی، در مقابل عوض عادلانه است (حقوق اداری سرور دانش، ص ۳۶۵).

^۲ - دانش سرور، حقوق اداری افغانستان، ص ۳۳۹.

^۳ - منبع قبلی، ص ۳۶۷.

^۴ - دهخدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۱۳، ص ۲۰۹۸۷.

^۵ - معین محمد، فرهنگ فراسی معین، ج ۲، ص ۱۷۴۴.

^۶ - کودجای سال ۱۳۹۶ افغانستان، ماده ۱۸۰.

طوری پیداست که در مصادره، اموال از ید مجرم کشیده و در ملکیت دولت قرار داده می‌شود. این عمل نیز در صلاحیت قاضی قرار دارد و قاضی در این مورد تصمیم می‌گیرد.¹ قانون‌گذار در ماده ۱۸۰ خویش برای مصادره دو شرط اساسی را در نظر گرفته است، اول این‌که مصادره مطابق احکام قانون صورت گیرد؛ و دوم این‌که مصادره بر اساس حکم محکمه صورت گیرد؛ یعنی هرگونه مصادره بدون حکم قانون و فیصله محکمه ذیصلاح فاقد ارزش قانونی بوده و جایگاه حقوقی ندارد. همچنان باید مصادره بدون رضایت مالک و با توسل به قهر و به حکم محکمه و بدون عوض به حساب دولت صورت می‌گیرد.²

د- زوال مالکیت به اساس مرور زمان: یکی از راه‌هایی انتهای ملکیت مرور زمان پنداشته می‌شود. مرور زمان عبارت از عدم استماع دعوا بعد از گذشت مدت معین می‌باشد. یا این‌که عبارت از گذشت زمانی است که طی آن دعوی بدون عذر شرعی ترک گردد، ولی آن زمان زمانی که به سبب عذر شرعی بگذرد، مثلاً مدعی صغیر یا مجنون یا معتوه باشد خواه وصی داشت یا نداشت یا وی در سرزمین دور قرار داشت که آمدن او از آن دیار مدت سفر ایجاب می‌کرد یا خصم از مردم زور آور بود، در این حالت مرور زمان اعتباری ندارد.³ یعنی با سپری شدن میعاد معین از سوی قانون حق نه، بلکه دعوی ملکیت از بین می‌رود. با آنکه در این مورد اختلاف است، ولی یکی از اسباب زوال ملکیت دانسته می‌شود، چون در این عمل ملکیت از اختیار شخص اولی برآمده و در تصرف شخص دوم قرار می‌گیرد، برابر است که این عمل از سوی حکومت صورت گرفته باشد یا از سوی اشخاص. قوانین کشورها بر اساس لزوم دید خویش در این مورد میعاد تعیین می‌نمایند. مثلاً قانون مدنی افغانستان مرور زمان در دعوی عقار ۱۵ سال و دعوی ارث ۳۳ سال در نظر گرفته است.⁴

مطلب دوم: انتهای ملکیت در مال منقول

مطلب پیشین در بیان انتهای ملکیت اموال غیرمنقول بود و اما این مطلب خاص مواردی گردیده است که سبب زوال مالکیت مال منقول می‌گردد. یعنی همان‌گونه‌ای که در مال غیرمنقول اسباب زوال وجود داشت برای مال منقول نیز وجود دارد که در چند مورد شبیه آن و در یک مورد مخالف آن می‌باشد. موارد انتهای مالکیت در اموال منقول شامل مصادره، مرور زمان و صرف نظر نمودن مالک از تصرف مال منقول می‌شود که دو مورد نخستین در مطلب اول بررسی شده اند و مورد سوم در این مطلب به بررسی گرفته می‌شود.

صرف نظر نمودن از مالکیت مال منقول: در ماده ۱۹۸۶ قانون مدنی افغانستان، در بیان صرف نظر نمودن مالک از مالکیت مال منقول چنین آمده است: «هرگاه مالک مالی منقول از ملکیت آن صرف نظر نماید، به مال مباح تبدیل می‌گردد.» به اساس نص این ماده شخصی که از ملکیت مال منقول صرف نظر⁵ نماید، شیء

۱ - شرح کود جزا، ج ۱، ص ۵۲۹؛ و ج ۴، صص ۲۵۴ و ۲۵۵.

۲ - منبع قبلی، ج ۱، ص ۵۳۰.

۳ - رستم باز لبانی سلیم، ج ۲، ص ۹۸۳.

۴ - احمدی هاشمی، اصول محاکمات مدنی همراه با نمونه از فیصله‌های محاکم، ص ۵۴؛ و کاتوزیان اموال و مالکیت، ص ۱۹۴.

۵ - صرف نظر به معنی چشم‌پوشی، اغماض و گذشت می‌باشد (فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۱۰، ص ۱۴۹۲۲).

منقول به منقول مباح تبدیل می‌شود. در بحث صرف نظر نمودن از ملکیت منقول تحقق دو عنصر ضروری است، یک رکن مادی که عبارت از ترک منقول است به نحوی که از حیزات مالک خارج شود بدون این که مالکیت آن به شخص دیگری منتقل شود؛ دوم عنصر معنوی که همان نیت تنازل از ملکیت منقول است. برای فهم بیشتر این روش به مثال‌های ذیل مراجعه می‌نماییم:

شخصی در آپارتمانی زندگی می‌نماید و به قدر کافی آپارتمان جای ندارد. حالا یک سری موادی را که در نزد وی وجود دارد در خریطه پلاستیکی می‌گذارد و به دهلیز می‌گذارد. اما اگر شخصی موتر خویش را در پیش روی ساختمان توقف می‌نماید این عمل وی ترک موتر نمی‌باشد. زیرا قصد وی از توقف موتر ترک آن نه، بلکه توقف می‌باشد. یا شخصی دیگری اموال غیر ضروری خویش را در زباله دانی یا در راه بگذارد، این مال، به مال مباح تبدیل می‌شود. همچنان اگر شخصی حیوانی وحشی‌ای را از طریق استیلاء تملک نماید و سپس از ملکیت آن تنازل نماید، حیوان به مال مباح تبدیل می‌شود.¹

مطلب سوم، بررسی تطبیقی

تفاوت دیگری که میان مال منقول و غیرمنقول وجود دارد در انتهای ملکیت این دو نوع مال می‌باشد. چنانچه در مال غیرمنقول پایان ملکیت وجود دارد در مال منقول نیز وجود دارد؛ اما تفاوت نحوه پایان‌پذیری ملکیت در هر دو نوع مال تفاوت می‌کند. یکی از نکات اساسی که میان این دو نوع مال تمایز می‌آورد مرور زمان می‌باشد. مرور زمان در انتهای ملکیت هر دو نوعی از مال وجود دارد، ولی تفاوت می‌کند، مثلاً در مال غیرمنقول قانون مدنی سپری شدن پانزده سال را در نظر می‌گیرد که با سپری شدن مدت متذکره ملک دوباره به ملکیت مالک اولی بر نمی‌گردد دعاوی چنین اموالی قابل شنیدن نمی‌باشد؛ اما در اموال منقول این مدت کمتر از اموال غیرمنقول بوده، مثلاً دست‌مزد وکیل مدافع و دکتر پس از سپری شدن یک سال قابل پرداخت نمی‌باشد و زیر مرور زمان قرار می‌گیرد. یعنی بزرگ‌ترین تفاوتی که میان مال منقول و غیرمنقول در این مبحث دیده می‌شود همان سپری شدن مدت مرور زمان و میعاد در نظر گرفته شده‌ی قانون می‌باشد. علاوه از موارد یادشده مورد دیگری نیز در تفاوت این اموال دلالت دارد و این است که تاخیر در آبادی زمین می‌باشد. یعنی زمانی ملکیتی برای اشخاص از سوی دولت تقسیم می‌شود و اما اشخاص نمی‌توانند در مدت معینه از آنچه خواسته می‌شود کم بیاورد در این صورت نیز زمین از ملکیت شخص کشیده شده و دوباره در ملکیت دولت می‌درآید که این موضوع در اموال منقول وجود ندارد و سبب دیگری که بیان‌گر تفاوت همین می‌باشد.

مبحث دهم- غصب در اموال منقول و غیرمنقول

اموال حرام یا راه‌هایی بدست‌آوردن مال حرام متعدد است و انواع قابل بحثی در این رابطه موجود

¹ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۱۰۷.

بوده که اگر به موضوع داخل شویم ممکن به ده‌ها و صدها نوعی از این مسیرها را دریابیم که با استفاده از آن مال حرام بدست می‌آید. بنأ به‌طور عادی یا آگاهانه می‌توانیم بنویسیم که یکی از آن راه‌ها درست همین غصب می‌باشد. البته پرسشی مطرح می‌گردد که بررسی غصب در این تحقیق چه نیازی است، این برای این است که فقها در قسمت غصب منقول و غیرمنقول اختلاف دارند و شماری به غصب یکی و شمار دیگری به غصب قسمت دیگری باورمند استند، چون عنوان پدیداری تفاوت‌های این دو نوع مال بود، برای همین موضوع غصب نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مطلب اول: غصب و مفهوم آن

الف- تعریف غصب: چون غصب یک واژه است، از این‌رو نیاز دیده می‌شود که برای این واژه نخست تعریف لغوی داشته باشیم و سپس تعریف اصطلاحی؛ زیرا ممکن است یک واژه از دید اهل لغت یک معنی و از دید دیگری مفهوم دیگری را برساند. غصب یک واژه عربی است و در لغت به معنی چیزی را به ستم از کسی گرفتن، مال کسی را به زور و ستم و خلاف میل و بدون رضایت وی تصرف نمودن و نیز به معنی مغضوب، آنچه به ستم و قهر گرفتن^۱ غصب به معنی منع مقدمه دلیل و اقامه دلیل بر نفی آن پیش از آنکه معلل دلیل بر ثبوت آن اقامه کند، خواه ثبات حکم مورد تنازع بطور ضمنی از وی لازم باشد یا نه.^۲ غصب به معنی ظلم و تعدی کردن، مجبور شدن، ملتزم شدن، به عهده گرفتن، مطابق میل و رضا نبودن، یا اختلاس و دزدی کسی که وابسته به دولت باشد، می‌باشد.^۳ در اصطلاح نیز تعاریفی بر این واژه وجود دارد که ذیلاً بر آن‌ها می‌پردازیم. غصب عبارت از: «استیلاء بر حق غیر است بنحو عدوان^۴» و یا این‌که «گرفتن مال قیمت‌دار و محترم است بدون اجازه مالک آن طوری که دست وی را از مال دور کند.^۵» و یا این‌که «غصب عبارت از گرفتن مال است ظلماً و قهراً، بدون جنگ.^۶» می‌باشد. قانون مدنی افغانستان برای غصب تعریف مشخصی ندارد و این‌که چرا چنین است، باشد برای خود قانون‌گذار، ولی از متن مواد آن در مورد غصب این برداشت می‌گردد که غصب عبارت است از استیلاء مال دیگری به منظور منفعت بدون اجازه مالک وی که در صورت تلف آن بالای غاصب ضمان نیز می‌باشد. از تعریف که فوقاً از مالکیه بیان کردیم این پیداست که غصب یک امر خاص و تجاوز عام می‌باشد؛ زیرا تجاوز در اموال، فروج، نفوس و ابدان می‌باشد و تجاوز در باب جنایات و در نفوس و ابدان داخل می‌شود. اما غصب گرفتن ذات شی است

۱ - سیاه احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین سیاح، ج ۲، ص ۱۴۱۰؛ و غیاث الغات، ص ۴۸۷؛ و عمید حسن، فرهنگ فارسی عمید، ص ۸۸۹.
۲ - معین محمد، فرهنگ فارسی معین، ج ۲، ص ۱۱۲۳.
۳ - دехدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دехدا، ج ۶، ص ۷۲۳۱.
۴ - قانون مدنی ایران، ماده ۳۰۸.
۵ - تکملة الفتح القدیر مع العنايه، ج ۷، ص ۳۶۱.
۶ - الشرح الكبير، ج ۳، ص ۴۴۲.

و تعدی گرفتن منفعت آن پنداشته می‌شود.¹

به باور فقهای شافعی و حنبلی غصب عبارت از: «غلبه کردن برحق غیر از مال و اختصاص به ظلم؛ یعنی به وجه تعدی یا قهر به غیر حق.» و این تعریف شامل گرفتن مال‌های متقوم و منافع و سایر اختصاص‌هایی مانند حق تحجیر؛ یعنی احیاء موات به نهادن سنگ‌ها به حدود زمین اموال غیر متقوم مثل شراب ذمی و آنچه مال نیست مثل سگ و سرگین و پوست خودمرد. فقها در قاعده غصب روی دو مورد اختلاف دارند:

۱- امام ابوحنیفه و امام ابویوسف رح گفته اند که غصب دور کردن دست مالک است از مال متقوم به طور مغالبه؛ یعنی غصب تحقق پیدا نمی‌کند، مگر به دو امر که یکی اثبات ید غاصب و آن گرفتن مال است؛ و دوم این‌که دست مالک از مال خود دور گردد.²

۲- جمهور فقها براین باور است که غصب تحقق پیدا می‌کند به مجرد غلبه؛ یعنی اثبات ید غاصب برمال بدون اجازه آن و شرط نیست دور کردن دست مالک و مقصود از استیلاء یا گرفتن مال غیر آن گرفتن یا غلبه حسی بالفعل نیست.³

ب- شرایط تحقق غصب: برای این‌که عمل غاصب غصب دانسته شود شرایط ذیل ضروری است و در غیر آن عمل انجام شده غصب دانسته نمی‌شود. شرایطی که از تعاریف فوق بدست آمده است قرار ذیل اند:

(۱) استیلاء: یکی از شرایط غصب مسلط شدن برمال غیر می‌باشد که لازمه آن تصرف در آن است، خواه آن مال منقول باشد یا غیر منقول. بنابراین هرگاه کسی مالک را از تصرف در مالش مانع شود بدون آن‌که تسلط بر آن مال پیدا کند، غاصب محسوب نمی‌شود، اگرچه در مورد اتلاف و تسبیب ضامن آن خواهد بود؛ زیرا غصب سبب منحصر ضمان نمی‌باشد؛

(۲) بنحو عدوان: یعنی به ظلم و آن موردی است که متصرف بداند که مال متعلق به غیر است و اجازه تصرف آن را ندارد؛ بنابراین چنانچه متصرف بر یکی از آن دو جاهل باشد غاصب محسوب نمی‌گردد؛

(۳) برحق غیر: شرط مزبور مرکب از دو امر می‌باشد که بصورت اضافه ترکیبی ذکر گردیده است

¹ - الزحیلی و هیة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، ص ۷۰۸.

² - بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۱۴۳؛ و تکملة الفتح، ج ۷، ص ۳۶۸.

³ - الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۴۴۲؛ و مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۲۷۵.

و حق و غیر.¹

مطلب دوم: غصب در اموال منقول و غیر منقول

فقها در مورد غصب عقار، زوائد مغضوب و منافع آن اختلاف دارند و این اختلاف میان امام ابوحنیفه و غیره می‌باشد.

الف- غصب عقار: امام ابوحنیفه و امام ابویوسف رح غصب را فقط در مال منقول میدانند²؛ زیرا غصب دور کردن دست مالک از مال است و این دور نمودن صورت نمی‌گیرد، مگر در اموالی که نقل و انتقال آن از جایی به جایی دیگری ممکن باشد. اما اموال غیر منقول مانند زمین، حویلی و باغ قابل نقل و انتقال نیستند، پس کسی که زمینی را غصب نمود و آن زمین به اثر آفات آسمانی از بین رفت در این صورت شخص غاصب به نزد فقهای فوق ضامن نمی‌شود، از جهت عدم تحقق غصب به دور کردن دست مالک، چون اموال غیر منقول از محل خود قابل نقل نیست و اگر پرده‌ای واقع گردد میان مالک و متاع اموال غیر منقول و تلف گردد. اما اگر هلاک شد به غاصب مثل ویران کردن در این صورت ضامن می‌گردد؛ زیرا وقتی در عقار غصب متحقق نگردد، اتلاف صورت می‌گیرد.³ امام محمد و امام زفرح غیر از حنفیه بر این باور اند که غصب در عقار، مانند زمین و حویلی صورت می‌گیرد و بر غاصب نیز ضامن واجب می‌شود.⁴

ب- زوائد مغضوب: امام ابوحنیفه و امام ابویوسف بر این باور اند که غاصب در هلاک شدن زوائد مغضوبه ضامن پنداشته نمی‌شود، البته زمانی که بر آن تجاوز نکرده باشد و زوائد مغضوبه امانت است نزد غاصب، برابر است که متصل باشد، مانند سمن و جمال یا منفصل باشد مثل شیر و میوه؛ زیرا غصب به نزد این دو فقیه اثبات ید غاصب بر مال غیر است از طریقی که دور کند دست مالک را و دست مالک ثابت نمی‌شود بر این زیادت جهت دور کردن آن توسط غاصب؛ یعنی این که عنصر دور کردن دست مالک صورت نمی‌گیرد در آن جا چنانکه در عقار صورت نمی‌گرفت. اما اگر به اثر تجاوز غاصب تلف گردید یا غاصب آن را فروخت یا برای مالک مسترد ننمود و از مسترد نمودن جلوگیری نمود در این صورت غاصب ضامن پنداشته می‌شود؛ زیرا تلف شدن به اثر تجاوز غاصب یا منع وی صورت گرفته است.⁵

مالکیه بر این باور اند که هرگاه زیادت متصل به فعل الله متعال باشد مثل سمن و کبر، در این صورت

1 - شهبازی محمد حسین، حقوق مدنی دو، ص ۲۰۹؛ و امامی سیدحسن، حقوق مدنی ج ۱، ص ۳۶۴.

2 - بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۴۵.

3 - الزحیلی وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، ص ۷۱۱.

4 - مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۲۷۵؛ و بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۱۱.

5 - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۵، ص ۱۴۴.

غاصب ضامن نمی‌شود. اما اگر زیادت منفصل بود، اگر چه نشأت کرده بود از غیر استعمال غاصب مثل شیر و پشم و میوه درخت، پس در این صورت اگر هلاک شد بر غاصب واجب می‌شود رد آن به همراه ضمان مغضوب اصلی برای مالک مغضوبه.¹

محمد از حنفیه و شافعیه و حنابله گفته است که ضمان زوائد مغضوبه در ید غاصب بالای غاصب می‌باشد برابر است که متصل باشد، مانند سمن یا منفصل باشد مثل میوه درخت و چوچه حیوان. هرگاه تلف گردد چیزی از آن در دست غاصب جهت تحقق اثبات ید عاریه؛ یعنی ضامن؛ زیرا نگه داشتن اصل سبب در اثبات دست غاصب بر زوائد و اثبات دست آن بر اصل ممنوع است.²

ج- منافع مغضوب: احناف بر این باور اند که غاصب در غصب سواری چارپای و سکونت حویلی ضامن پنداشته نمی‌شود، برابر است که پوره کرده باشد آن را یا تعطیل نموده باشد؛ زیرا از دید احناف منفعت مال نیست و منفعت حاصله به دست غاصب، در دست مالک موجود نمی‌باشد، در این صورت تحقق پیدا نمی‌کند در آن مفهوم غصب از جهت عدم دور کردن دست مالک از آن. و این که منفعت مال نیست در سه موضوع است که در آن اجرة المثل واجب می‌شود. فتوی متأخرین از امام ابوحنیفه نیز در همین مورد است. آن این است که مال مغضوبه وقف باشد؛ مال مغضوبه مال یتیم باشد؛ یا مال مغضوبه مال آماده شده برای استغلال باشد، برابر است که صاحب ملک آن را بنا کرده باشد یا به همین هدف خریده باشد. همچنین اگر بر مال مغضوبه به اثر استعمال غاصب نقصان وارد شد، بالای غاصب تاوان نقصان می‌آید. در این قسمت به بعضی از اجزاء عین مغضوبه می‌پردازیم. به نزد امام ابوحنیفه و محمد استفاده غله مغضوبه برای غاصب حلال نیست؛ زیرا برای غاصب نفع بردن از ملک غیر جواز ندارد. اما امام ابویوسف و امام زفر استفاده از غله را برای غاصب حلال و مجاز دانسته اند. و مالکيه نیز بر این باور اند که غاصب غله که از آن استفاده می‌نماید ضامن پنداشته می‌شود؛ یعنی غاصب ضامن می‌گردد اگر غله را استفاده نماید، برابر است که مغضوب عقار باشد، مانند استفاده به خاطر سکونت از حویلی، یا استفاده از زمین به منظور کشت یا پرداخت کرایه؛ یا منقول باشد، مانند حیوان یا غیر حیوان کرا کرده باشد یا استعمال کرده باشد. اما ضامن نمی‌شود از استفاده آنچه نو پیدا شده از غیر استعمال، اگر چه از سوی صاحبش معطل شده باشد، البته این در حالت غصب ذات است. اما اگر غاصب قصد غصب منفعت را نمود این حالت تعدی است به نزد فقها چنانچه بیان کردیم، پس لازم می‌شود کرایه مثل. در نتیجه گفته می‌توانیم که غاصب فقط ضامن غله- ای می‌شود که استعمال نموده و متجاوز ضامن آنچه توقف داده یا معطل گذاشته مثل حویلی که قفل

¹ - الشرح الصغير، ج ۳، ص ۵۹۶؛ و بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۱۳.

² - اللباب شرح الكتاب، ج ۲، ص ۱۹۵.

نموده، یا زمینی بیکار گذاشته شده، یا چارپایی که بند کرده شده می‌شود.¹

شافعیه و حنابله بر این باور اند که غاصب منفعت ضامن پنداشته می‌شود و اجر مثل بالای وی می‌باشد، برابر است که منافع را پوره یا ترک کرده باشد؛ تفاوت نمی‌کند که عقار، مثل حویلی یا منقول، مثل کتاب یا چهارپای باشد؛ زیرا منفعت مال متقوم است، پس ضمان واجب است مثل عین مغضوبه در آن و این رای متفق به عدالت است.²

د- حکم غصب: غصب دارای سه حکم است، گناه برای کسیکه میداند که مال غیر است؛ رد مال مغضوبه مادامی‌که ثابت باشد؛ و ضمانت مال مغضوبه هرگاه که هلاک گردیده باشد.³

گناه: گناه عبارت از استحقاق مواخذه در آخرت است؛ یعنی مستحق مجازات در آخرت پنداشته می‌شود، زمانی که غاصب فعل غصب را انجام دهد، در حالی‌که میداند مغضوبه مال غیر است؛ زیرا این عمل گناه و ارتکاب معصیت به قصد موجب مجازات است. از دید احناف و مالکیه غاصب از جهت حق الله به سبب زدن و بندی کردن مجازات می‌شود، اگر صغیر ممیز باشد یا کبیر، این تفاوت نمی‌کند که صاحب ملک غاصب را عفو کرده باشد و این مجازات به اجتهاد قاضی از جهت دفع فساد و اصلاح حال آن و زجر و امثال آن. اما غاصب غیر ممیز که صغیر یا مجنون باشد تعزیر نمی‌شود. امام شافعی نیز تصریح نموده است که غاصب تعزیر کرده شود از جهت حق الله و پوره کردن تعزیر برای امام است. پس اگر غاصب غصب کرد بدون دانش به گمان این‌که آن مال خودش است، برای وی گناه نیست و مواخذه‌ای هم متوجه حال غاصب نمی‌شود؛ زیرا این عمل خطاء است و در خطا شرعاً مواخذه نمی‌باشد.⁴

حکم دوم در عین مغضوبه قائم: در این مورد چند دیدگاه وجود دارد و آن این‌که سبب و جوب آن با شرط رد و امکان رد و آن چیزیکه به مالک مسترد می‌گردد. علما اتفاق دارند بر این‌که رد عین مغضوبه به صاحبش در حال قیام وجود آن واجب است و رد کرده شود به مکان غصب از جهت تفاوت قیمت به اختلاف اماکن. و نفقه رد بر غاصب است؛ زیرا نفقه از ضرورت‌های رد است، پس هرگاه بر غاصب رد واجب گردید، واجب می‌شود آنچه از ضرورات رد است، چنانچه در عاریه همین است. مالک گیرنده مغضوب می‌گردد به اثبات یدش بر آن مال مغضوبه؛ زیرا آن مغضوب گردیده بود به فوت ید مالک از آن مال، پس هرگاه ثابت گردید دست مالک بر مال مغضوبه به تحقیق بازگشته است آن مال بدست‌اش و دور کرده شده دست غاصب را از مال مغضوب، مگر این‌که

¹ - بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۱۴۵؛ و ابن عالدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۵، ص ۱۴۴؛ الشرح الصغیر، ج ۳، ص ۵۹۵.

² - القواعد لابن رجب، ص ۲۱۳؛ و فتح العزیز، ج ۱۱، ص ۲۶۲.

³ - القوانین الفقهیه، ص ۳۳۰؛ و المغنی، ج ۵، ص ۲۵۹.

⁴ - الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۴۴۲؛ القوانین الفقهیه، ص ۳۳۰؛ و مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۲۷۷.

غصب کند آن مال را بار دیگر و ابراء کند غاصب از ضمان به سبب رد برابر است که مالک به حدوث رد بداند یا نداند؛ زیرا اثبات ید بر شی امر حسی است.¹

ضمان مغضوب در صورت هلاک شدن آن: هرگاه هلاک گردید مال مغضوب نزد غاصب و بود از منقولات نزد احناف²، یا بود از عقارات یا منقولات نزد غیر احناف³ توسط غاصب یا توسط دیگری (آفات آسمانی) غیر از غاصب، در این صورت بالای غاصب ضمان آن است؛ یعنی توان آن یا عوض آن، لکن اگر مال مغضوبه توسط دیگری غیر از غاصب و آفات آسمانی، بلکه توسط شخص دیگری هلاک گردید در این صورت غاصب به متجاوز رجوع کند و از وی ضمان آنچه را تلف نموده بخواهد. همچنان غاصب ضامن غصب نموده‌گی خویش می‌باشد، برابر است که تلف گردیده باشد به امر الهی یا توسط مخلوق.⁴ در این صورت به اتفاق علما ضمان مثل واجب می‌شود، اگر مال مثلی باشد و اما، اگر مال قیمی باشد در این صورت قیمت آن. در صورت عدم وجود مثل قیمت مال مثلی واجب می‌گردد، از جهت ضرورت.⁵

مطلب سوم: بررسی تطبیقی

غصب مورد اختلاف فقها قرار گرفته و از جمله علمای حنفی مذهب بر این باور آمد که غصب در اموال منقول صورت می‌گیرد و در اموال غیرمنقول صورت نمی‌گیرد، چون تعریف آن‌ها از غصب عبارت از «دور کردن دست مالک...» و این دور کردن صورت نمی‌گیرد، مگر در اموالی که نقل و انتقال آن از جایی به جایی دیگر ممکن باشد، ولی اموال غیرمنقول، مثل زمین، باغ و حویلی قابل انتقال از جایی به جایی دیگر نمی‌باشند. به اساس دید فقهای حنفی، اگر شخصی زمینی را غصب نماید و آن زمین به اساس آفات آسمانی از بین برود در این صورت غاصب ضامن پنداشته نمی‌شود؛ زیرا زمین نه از جایی به جایی دیگر منتقل گردیده و نه از ید مالک بیرون شده است. از دید فقهای حنفی هلاکت زوائد غصبی نیز موجب ضمان نمی‌گردد، البته در صورتی که غاصب تجاوز نکرده باشد. زیرا غصب از دید فقهای حنفی اثبات ید غاصب برمال غیر است. اما فقهای غیر حنفی بر این باور اند که غصب در عقار، مانند زمین، حویلی و باغ صورت می‌گیرد. به اساس دیدگاه فقهای حنفی تفاوت بزرگی نیز در میان دو نوع مال وجود دارد و آن این است که غصب تنها در اموال منقول صورت می‌گیرد؛ زیرا اموال منقول قابل نقل و انتقال از جایی به جایی دیگر می‌باشد. اما اموال غیرمنقول قابل غصب نبوده و غصب در این نوع اموال قابل بحث نیست، چون نه قابل انتقال می-

1 - تکملة الفتح، ج ۷، ص ۳۶۷؛ و ابن عابدین، ردالمختار علی الدرالمختار، ج ۵، ص ۱۲۸.

2 بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۱۵۰؛ و المبسوط، ج ۱۱، ص ۵۰.

3 - کشاف القناع، ج ۴، ص ۱۱۶؛ و بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۱۲.

4 - القوانين الفقهیه، ص ۳۳۱.

5 - الزحیلی وهبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، ص ۷۱۹.

باشند و نه از ید مالک به سبب انتقال خارج می‌گردد. فقهای حنفی در تفاوت میان این دو نوع مال سبب خروج آنها را سقوط دست مالک از جایی به جایی دیگر میدانند. یعنی تا زمانی که نقل و انتقال صورت نگیرد غصب صورت نمی‌گیرد.

مبحث یازدهم-حق انتفاع، ارتفاق و سرقفلی در اموال منقول و غیرمنقول

این مبحث یکی از مباحث اساسی و بنیادین تحقیق مبنی بر این تفاوت اموال منقول و غیرمنقول می-باشد که در این بحث روی سه موضوع بزرگ و اساسی تحقیق و بررسی صورت می-گیرد. با آنکه حقوق انتفاع و ارتفاق از جمله اسباب کسب ملکیت به حساب می-آیند، ولی انتخاب آن‌ها در این بحث بر این مناسبت است که دانسته شود تا این دو حق در کدام اموال جاری می-شوند و در کدام اموال جاری نمی-شوند و همچنان حق سرقفلی در هر دو مورد قابل بحث است یا این‌که تنها در مال غیرمنقول قابل رعایت، می-باشد. بنابراین تا پایان این بحث تفاوت‌ها و شباهت‌های این حقوق بر ملا می-گردند.

مطلب اول: حق انتفاع و مفهوم آن

الف-تعریف انتفاع: چون حقیقت این است که از هر موضوع باید یک تعریفی داشته باشیم و برای همین نیاز دیده می-شود که نخست به گوشه‌های پنهان این موضوع دسترسی پیدا نماییم و سپس وارد بحث اساسی شویم. از این‌رو به تعاریف این حق می-پردازیم: انتفاع در لغت به معنی سودبردن، سود گرفتن، نفع کردن و حقی که به موجب آن می-توان از ملک دیگری استفاده کرد؛ اما نمی-توان آن را به شخص ثالث انتقال داد.¹ و در اصطلاح «انتفاع عبارت از حقی است برای غیر در ملک دیگری که به موجب یکی از اسباب کسب ملکیت منفعت حاصل می-شود.»² و یا این‌که «حق انتفاع عبارت از حق عینی در انتفاع از شی مملوک غیر به شرط حفظ ذات شی جهت رد آن به صاحب شی در صورت انتهای حق انتفاعی که در اثر موت منتفع که حتما منتفی می-گردد، است.»³ و یا این‌که «حق انتفاع جایز، عبارت از حق نفع گیرنده است در استعمال و به کار انداختن عین تا زمانی که به حالت خود باقی مانده، گرچه رقبه آن در مالکیت او نباشد.»⁴ با استفاده از متن این ماده قانون می-توان حق انتفاع را در اشیائی استعمالی دانست؛ یعنی در اشیائی استهلاکی چنین یک موردی قابل بحث نیست. همچنان بر این اشاره نموده است که حق انتفاع باید مشروع باشد، نه ناجایز یا نا مشروع؛ منظور از جایز و نا جایز در فقه و قانون تفاوت می-کند. در قانون بر این مفهوم است که قانون آن را جواز داده باشد. و اما در شرع آنست که شرع جواز داده باشد و این متوجه دنیا و آخرت می-شود. تعریف دیگری نیز وجود دارد: «حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می-تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاص ندارد استفاده کند.»⁵ حق انتفاع حق عینی است و

1 - معین محمد، فرهنگ فارسی معین، ج ۱، ص ۱۹۸.

2 - انصاری مسعود و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۸۴۱.

3 - السنهوری عبدالرازق احمد، الوسیط، ج ۹، ص ۱۲۰۱.

4 - ماده ۲۲۹۹، قانون مدنی افغانستان.

5 - قانون مدنی ایران، ماده ۴۰.

موضوع آن باید شیء مادی باشد و حق انتفاع از دین و حقوق معنوی مانند، حق مؤلف و مخترع از این جمله محسوب نمی‌گردند و در این گفتار مراد از حق انتفاع، حق انتفاع اموال مادی می‌باشد.¹

ب- انواع حق انتفاع: انواع حق انتفاع از دید فقها و حقوق‌دانان، تفاوت می‌نماید طوری که فقها این حق را به دو دسته، حق استعمال و حق استغلال تقسیم نموده اند و اما حقوق‌دانان این حق را به پنج دسته، تقسیم نموده اند که اینک به هر کدام پرداخته می‌شود. دیدگاه فقها در رابطه به انواع حق انتفاع قرار ذیل است:

۱- حق استعمال: حق استعمال این است که صاحب حق انتفاع خودش شخصاً از منفعت شیء استفاده نماید، مانند سکونت خود مستأجر در منزلی که به اجاره گرفته است؛

۲- حق استغلال: حق استعمار این است که صاحب حق انتفاع خود شخصاً از منفعت شیء استفاده نمی‌کند، بلکه آن را برای شخص دیگری انتقال میدهد، مانند اجاره دادن منزلی به اجاره گرفته شده، برای شخص دیگری توسط مستأجر. البته حق استعمال و استغلال با وصف داشتن وجه مشترک با هم متفاوت می‌باشند؛ اما گاهی اوقات هر دو در یک محل جمع می‌شوند، مانند خانه وقف شده یا اجاره داده شده یا وصیت کرده شده به سکونت و اجاره آن و یا به عاریت داده شده که در همه این‌ها شخص موقوف له، اجاره گیرنده، موصی له و اعاره گیرنده هم حق استعمال آن را دارد.²

تقسیم که حقوق‌دانان از حق انتفاع نموده اند قرار ذیل است:

۱- حق عمری: اگر حق انتفاع برای مدت عمر مالک برقرار شده باشد، با مرگ او برطرف می‌شود، ولی اگر به مدت عمر منتفع یا ثالث باشد، فوت مالک اثری در آن ندارد و وارثان او نمی‌توانند مزاحم صاحب حق شوند؛

۲- رقبی: رقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معین برقرار می‌شود. تفاوت عمده عمری و رقبی در این است که در قسم اخیر، مدت برقراری از طرف مالک معین شده و ارتباطی به عمر دو طرف یا شخص ثالث ندارد؛

۳- سکنی: اگر حق انتفاع ناظر به سکونت در محل باشد، به این اعتبار «سکنی» نامیده می‌شود. مدت برقراری حق ممکن است معین، یا به مدت عمر مالک و منتفع و شخص ثالث، یا به طور

¹ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۲۱۸.

² - غزنوی، حقوق عینی، ص ۶۸.

مطلق و همیشگی باشد، پس سکنی از نظر مدت قسم ممتازی از حق انتفاع نیست و فقط از نظر کثرت استعمال و شیاع آن قانون، قانون نام خاصی برای حق سکونت انتخاب کرده باشد؛

۴- **حبس مطلق:** در قرار داد حق انتفاع، نیاز نیست که مدت ایجاد حق معین شود. مالک می‌تواند به طور مطلق و بدون ذکر مدت، انتفاع از مال خود را به دیگری واگذار کند. در این صورت مالک می‌تواند هرگاه که بخواهد، رجوع کند و در هر حال با فوت مالک حق انتفاع از بین برود؛

۵- **وقف:** در عقد وقف حق انتفاع به طور مؤبد برای صاحبان حق بر قرار می‌شود، به همین جهت رابطه مالک اصلی نیز با مال موقوفه قطع می‌گردد. عقد وقف به خاطر اهمیت خاصی که از نظر اجتماعی دارد یکی از عقود معین است.^۱

ج- **شرایط انتفاع:** به نزد فقها اشیایی که محل حق انتفاع قرار می‌گیرند، شرط است که استعمالی باشند؛ زیرا اشیایی استعمالی اموالی اند که با استعمال آن‌ها عین آن از بین نمی‌رود، پس اشیایی استهلاکی که با استهلاک آن‌ها عین آن‌ها از بین می‌رود محل این حق قرار نمی‌گیرند^۲ و اما به نزد حقوق‌دانان شرایط ذیل برای حق انتفاع ضروری می‌باشد:

(۱) حق انتفاع با عقد ایجاد می‌شود. حق انتفاع معمولاً از تجزیه حق مالکیت به وجود می‌آید، بدین معنی که مالک پاره‌ای از حقوق خود را که لازمه مالکیت است به منتفع واگذار می‌نماید. بنابراین برای برقراری آن باید قراردادی بین مالک و منتفع منعقد گردد، چون حق انتفاع به موجب عقد برقرار می‌شود، شرایط اساسی صحت عقد در برقراری آن لازم است؛

(۲) موضوع حق انتفاع باید مالی باشد که استفاده از آن با بقاء عین ممکن است، اعم از این‌که مال مزبور منقول یا غیرمنقول، مشاع یا مفروز باشد. بنابراین اموالی که با اولین استفاده نابود شوند، مانند خوردنی‌ها و نوشیدنی‌ها نمی‌توانند موضوع حق انتفاع باشند؛

(۳) صاحب حق انتفاع باید در حین عقد موجود باشد؛ زیرا حق انتفاع چنانکه گفته شد با قرارداد برقرار می‌شود و طرف قرارداد باید در حین عقد موجود باشد، ولی ممکن است حق انتفاع به تبع موجود برای کسانی هم که در حین عقد به وجود نیامده اند برقرار شود؛

(۴) قبض صورت گرفته باشد. یعنی تا هنگامی که قبض محقق نگردیده باشد شرایط صحت حق انتفاع

^۱ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۲۲۱؛ صفایی سیدحسین، اموال و اشخاص، ص ۲۴۵؛ و امامی سیدحسین، حقوق مدنی، جلد ۱، صص ۶۳ و ۶۴.

^۲ - السنهوری عبدالرازق، الوسیط، ج ۹، صص ۱۲۰۷ و ۱۲۰۸.

کامل نگردیده و اثری بر عقد مترتب نخواهد بود. بنابراین حق انتفاع زمانی برقرار می‌گردد که قبض محقق گردد و قبل از قبض، انتفاع از مال از آن مالک است. البته در قبض فوریت شرط نیست، بلکه تا زمانی که مالک رجوع نکرده، هر وقت مال را به قبض بدهد، حق انتفاع کامل می‌شود.¹

د- پایان حق انتفاع: حق انتفاع در حالات زیر پایان یافته پنداشته می‌شود که در این مورد قانون مدنی نیز صراحت دارد و ذیلاً بر آن می‌پردازیم:

۱- ختم مدت معین، از بین رفتن محل و وفات منتفع: «حق انتفاع به انقضای مدت معینه انتفاع و به وفات نفع گیرنده و یا به از بین رفتن عینی که از آن نفع گرفته می‌شود، خاتمه می‌یابد.²» از نص این ماده برداشت می‌گردد که حق انتفاع در پایان مدتی که معین گردیده است، با وفات نفع گیرنده و در اثر از بین رفتن محل آن ختم می‌گردد؛ اما اگر حالت فوق رخ دهد، ولی عین به هدفی مشغول باشد که هنوز وقت آن نرسیده باشد، در این صورت عین به اختیار نفع گیرنده یا ورثه وی گذاشته می‌شود؛

۲- سپری شدن پانزده سال: یعنی حق انتفاع در صورت عدم استعمال با سپری شدن پانزده سال نیز از بین می‌رود. در این رابطه حکم قانون چنین است: «حق انتفاع به گذشت مدت پانزده سال در حال عدم استعمال حق، منتهی می‌شود³» فقها با تائید همین چند مورد فوق وفات صاحب عین نیز از جمله مراحل انتهای حق انتفاع میدانند.⁴

مطلب دوم: حق ارتفاق

حق ارتفاق یکی از حقوق وابسته به عین می‌باشد و بیش‌تر وابسته به اموال غیرمنقولی چون باغ و زمین است که ضمن این مطلب بر این حق پرداخته می‌شود.

الف- تعریف: ارتفاق از کلمه رفق گرفته شده⁵ و به معنی تکیه کردن بر آرنج، تکیه کردن بر نازبالش، نرمی کردن، دمسازی و همراهی کردن، طلب رفاقت کردن و حقی است برای شخص به تبعیت از ملک خود در ملک شخص دیگر برای استفاده بردن کامل از ملک خویش.⁶ و از لحاظ اصطلاحی برای ارتفاق تعریف‌های متعددی صورت گرفته است که به چند مورد آن می‌پردازیم. فقها برای ارتفاق چنین در نظر گرفته اند: «حق ارتفاق نوعی حق عینی است و عبارت از حقی است که بالای عمار جهت منفعت عمار دیگر، مانند حق شرب، حق مجری، حق مسیل، حق مرور و حق

1 - صفایی سیدحسین، اموال و اشخاص، ص ۲۴۴؛ و عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۲۵۱.

2 - قانون مدنی افغانستان، مواد ۲۳۱۴ و ۲۳۱۵.

3 - منبع قبلی، ماده ۲۳۱۶.

4 - الزحیلی و هیبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ۴۵۵۵؛ و عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۲۵۹.

5 - امامی سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۹۹.

6 - معین محمد، فرهنگ فارسی معین، ج ۱، ص ۱۱۶.

جوار^۱ و یا این که «حق ارتفاق حق مقرر بر یک عمار به منفعت عمار دیگر که مملوک عمار اول نباشد است»^۲. و قانونگذاران و حقوق‌دانان نیز از این حق تعاریفی دارند که باید این‌جا درج گردد. قانون مدنی افغانستان چنین تعریف می‌نماید: «ارتفاق عبارت از حقی است بالای عمار جهت منفعت عمار شخص دیگر»^۳ و قانون مدنی ایران چنین تعریف نموده: «ارتفاق حقی است برای شخص در ملک دیگری»^۴. در رابطه به تعریف قانون مدنی ایران حقوق‌دانان این کشور ایرادی می‌گیرند و آن‌ها بر این باور اند که این تعریف هیچ کمکی در شناخت این حق و ماهیت آن نمی‌کند؛ زیرا شامل حقوق عینی دیگری نیز می‌شود که آن عبارت از حق انتفاع یا حق مرتهن می‌باشد.^۵ برای رفع این معایب آن‌ها چنین تعریف نموده اند: «ارتفاق حقی است که به موجب آن صاحب ملکی، به اعتبار مالکیت خود می‌تواند، از ملک دیگری استفاده کند»^۶. حقوق‌دان دیگری بر این باور است که حق ارتفاق، حق کسی است که در ملک دیگری برای کمال استفاده از ملک خود، چنانکه باغی در همسایگی خانه دیگری است و مالک باغ برای مشروب نمودن درختان باغ خود، حق بردن آب از خانه همسایه داشته باشد.^۷

ب- ارکان حق ارتفاق: این حق دارای سه رکن است که موجودیت آن‌ها حتمی پنداشته می‌شود و آن‌ها عبارتند از:

(۱) وجود زمین مرتفق؛

(۲) زمین مرتفق به؛

(۳) فایده‌ای که مالک عمار دیگر به اساس عمار خویش از عمار همسایه می‌گیرد.^۸ حق ارتفاق حق ناقص است که به موجب آن مالک عمار می‌تواند به اساس عمار خویش از عمار دیگر که مملوک غیر است صرف انتفاع بگیرد. بنابراین، حقوق ارتفاق همیشه تابع عمار می‌باشد، نه شخص. از همین جهت آن را حق و ملکیت عینی می‌گویند.^۹

۱ - الزحیلی وهیة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۴۶۵۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۸۳۷؛ و نذیر دادمحمد، اساسات حقوق اسلام، ص ۲۰۶.

۲ - زیدان عبدالکریم، المدخل لدراسة الشریعة الاسلامیة، ص ۲۰۶.

۳ - قانون مدنی افغانستان، ماده ۲۳۴۰.

۴ - قانون مدنی ایران، ماده ۹۳.

۵ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۲۳۳؛ و سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۹۹.

۶ - کاتوزیان، منبع قبلی، ص ۲۳۳.

۷ - امامی، منبع قبلی، ص ۹۹.

۸ - السنهوری عبدالرازق احمد، الوسیط، ج ۹، صص ۱۲۸۰ تا ۱۲۸۲.

۹ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۲۷۰.

ج- خصوصیات حق ارتفاق: تعاریف فوق بیان‌گر این است که حق ارتفاق دارای خصوصیات ذیل می‌باشد:

۱- حق ارتفاق قائم به زمین است. بدین معنی که از طرفی به سود مالک زمین خاصی برقرار می‌شود و هرکس مالک آن شود، یا حق انتفاع از آن را به‌دست بیاورد، می‌تواند از آن حق استفاده کند و از سوی دیگر، حق مالکیت زمینی را که ارتفاق بر آن تحمیل شده است، به‌طور کلی محدود می‌سازد و تغییر صاحب آن اثری در زوال حق ندارد. به‌طور معمول، حق ارتفاق در دو ملک مجاور و متصل به وجود می‌آید، ولی نباید پنداشت که اتصال دو ملک از شرایط لازم آنست؛ زیرا گاه ممکن است بین دو ملک فاصله زیاد باشد؛

۲- حق ارتفاق تابع زمین است. حق ارتفاق را نمی‌توان از حق مالکیت جدا کرد و به دیگری انتقال داد. برعکس هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاقی در ملک دیگری یا در جزء دیگری همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می‌ماند، مگر این‌که خلاف تصریح شده باشد؛

۳- حق ارتفاق یک حق دائمی است. این خصوصیت نتیجه تابعیت حق ارتفاق از مالکیت زمین است. گفته شده که مالکیت در مورد عین دائمی است، پس ارتفاق نیز که رابطه کامل با آن دارد همیشگی است. با وجود این مالک می‌تواند برای مدت محدودی برای دیگری حق ارتفاق ایجاد کند و صاحب حق نیز اختیار دارد آن را پس از مدتی ساقط کند؛

۴- حق ارتفاق تقسیم‌پذیر نیست. مراد از تقسیم‌ناپذیر بودن حق ارتفاق این است که اگر حق به سود ملک مشاعی برقرار شده باشد، تقسیم ملک موجب تجزیه حق و اختصاص یافتن آن به یکی از سهام نیست. در این حالت هریک از شریکان مانند سابق می‌توانند از حق خود به‌طور کامل استفاده کنند.^۱

د- انواع حق ارتفاق: طبق تعاریف فوق و دیدگاه قانون مدنی افغانستان، حق ارتفاق چهار نوع حبابه، حق مجری، حق مسیل و حق مرور، می‌باشد که اینک به هرکدامی پرداخته می‌شود:

۱- **حبابه:** حبابه مرکب از دو کلمه حق عربی و آب فارسی است که در لغت به معنی سهم مشروع و مقرر دهی یا مزرعه‌ای یا باغی یا خانه‌ای یا کس از آب رود یا چشمه یا قنات در ساعات و به اندازه

^۱ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، صص ۲۳۳ و ۲۳۴؛ و صفایی سیدحسین، اموال و اشخاص، ص ۲۶۲.

معلوم.^۱ و همچنان حقی نسبت به سهمی از آب قنات و غیره می‌باشد.^۲ حقایق در فقه بنام حق شرب یاد می‌شود و همچنین به معنی حق آبیاری است. در اصطلاح فقهی حق شرب عبارت از حصه از آب جهت آبیاری زمین و درختان است.^۳ در اصطلاح قانون نیز تعریف دارد که بر آن پرداخته می‌شود. حقایق عبارت است از: «استحقاق اندازه معین آب از نهر.»^۴ و در قانون مدنی نیز چنین آمده است: «حقایق، عبارت است از نوبت استفاده از آب به منظور آبیاری زراعت یا اشجار.»^۵ حق شفه (نوشیدن آب)؛ یعنی حق اختصاص آب توسط انسان برای نوشیدن خود و حیوان نیز به حق شرب ملحق می‌گردد.^۶ از تعریف فوق چنین پیداست که حق شرب دو نوع می‌باشد، حق آبیاری درختان و زراعت و حق نوشیدن آب توسط انسان و حیوان. از همین رو امام کاسانی حق شرب را حق شفه و آبیاری نامیده است.^۷

۲- حق مجری: نوعی دیگری از حق ارتفاق حق مجری می‌باشد. مجری به فتح میم و سکون جیم اسم مکان است که در لغت به معنی محل جریان و گذرگاه است که جمع آن مجاری است.^۸ قانون مدنی افغانستان در این رابطه سکوت کرده است و اما در فقه چنین تعریف شده: «مجری، عبارت از حق صاحب زمین دور از مجری آب بر زمینی که آب از مسیر آن جهت آبیاری زمین، باغ و درختان صاحب زمین دور جاری می‌شود.»^۹ به عبارت دیگر: «حق مجری عبارت از حق جریان آب است از راهی که در ملکیت دیگران قرار دارد.»^{۱۰}

۳- حق مسیل: مسیل در لغت به معنی آبرو، محل جریان آب و گذرگاه سیل است. در اصطلاح فقهی مسیل عبارت است از: «حق جریان آب و سیل از خانه به خارج است»^{۱۱}. به عبارت وسیع‌تر حق مسیل عبارت است از حق جریان آب‌های زاید از حاجت و غیرصالح به مجاری عامه توسط مجری سطحی یا مجری مستور اعم از طبیعی، یا مصنوعی می‌باشد، حق مسیل شامل دفع آب‌های زاید از حاجت و مستعمل منازل می‌گردد و فرق آن با حق مجری این است که حق مجری، حق جلب آب‌های صالح جهت آبیاری اراضی می‌باشد، ولی حق مسیل حق دفع آب‌های غیرصالح و فاضل از اراضی و

۱ - دهخدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۶، ص ۸۹۹۶.

۲ - معین محمد، فرهنگ فارسی معین، ج ۱، ص ۵۹۶.

۳ - الزحیلی و هیبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۴۶۶۰.

۴ - مجلة الاحکام العدلی، ماده ۱۴۳.

۵ - قانون مدنی افغانستان، ماده ۲۳۴۶.

۶ - الزحیلی و هیبة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۴۶۶۰.

۷ - زیدان عبدالکریم، المدخل لدراسة الشریعة الاسلامیة، صص ۲۰۱ و ۲۰۲.

۸ - دهخدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۱۳، ص ۲۰۳۱۲.

۹ - اتاسی محمدخالد، شرح مجلة الاحکام، ترجمه موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت فراهی، ص ۱۱۶.

۱۰ - نذیر دادمحمد، اساسات حقوق اسلام، ص ۲۰۷.

۱۱ - مجلة الاحکام، ماده ۱۴۴.

خانه می‌باشد. وجه مشترک این دو این است هیچ کس نمی‌تواند این دو را در صورتی که باعث ضرر وی نگردد، منع نماید.¹

۴- **حق مرور:** مرور در لغت به معنی گذشتن، گذر کردن و عبور کردن است.² در اصطلاح فقهی: «حق مرور عبارت است از حق رفت و آمد در ملک غیر³». به مفهوم عام‌تر: حق مرور عبارت از از حق رفت و آمد در ملک وی از طریق راهی که در آن عبور و مرور می‌نماید اعم از این‌که راه عام باشد یا راه خاص.⁴

ه- **پایان حق ارتفاق:** حق انتفاع به اساس مواد قانون مدنی افغانستان با پدیدار شدن حالات ذیل پایان-پذیر می‌گردد:

۱- انقضای مدت، انهدام عقار مرتفق به و تملک هر دو عقار توسط یک شخص: طبق حکم ماده ۲۳۶۲ قانون مدنی: «(۱) حق ارتفاق به انقضای مدت معینه یا از بین رفتن کامل عقار مرتفق به یا عقار مرتفق و به اجتماع هر دو عقار دو ملکیت یک شخص منتهی می‌شود؛ (۲) اگر حالت اجتماع ملکیت بنابر تاثیری زایل گردد که به زمان گذشته راجع می‌گردد، حق ارتفاق عودت می‌نماید». به اساس نص این ماده حق ارتفاق در حالات انقضای مدت، از بین رفتن کامل عقار مرتفق و عقار مرتفق به، تملک عقار مرتفق و مرتفق به توسط یک شخص و اعاده حق ارتفاق خاتمه پیدا می‌کند؛

۲- عدم استعمال: طبق ماده ۲۳۶۳ قانون مدنی افغانستان: «اگر حق ارتفاق در خلال مدت پانزده سال استعمال نشود، منقضی می‌گردد». طبق نص این ماده هرگاه حق ارتفاق طی پانزده سال مورد استفاده قرار نگیرد به اساس قاعده مرور زمان این حق از بین می‌رود. ماده ۲۳۶۴ قانون مدنی نیز چنین بیان میدارد: «هرگاه عقار دارای حق ارتفاق در ملکیت یک عده شرکاء به صورت مشترک داخل شود، استفاده یکی از شرکاء از حق ارتفاق مرور زمان را در مورد سایر شرکاء قطع می‌نماید. هم-چنین توقف مرور زمان به منفعت یکی از شرکاء به منفعت شرکای باقیمانده، متوقف می‌شود.»؛

۳- ناممکن شدن استعمال: طبق ماده ۲۳۶۵ قانون مدنی افغانستان: «هرگاه وضع اشیاء طوری تغییر نماید که استفاده از حق ارتفاق غیر ممکن گردد، حق ارتفاق منقضی شناخته می‌شود. در صورتی که اشیاء به حالتی بر گردد که استفاده از حق مذکور ممکن شود، حق ارتفاق نیز اعاده می‌گردد، مگر

¹ - الزحیلی و هیة، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۴۶۷۵.

² - دехدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دехدا، ج ۱۳، ص ۲۰۷۱۹.

³ - مجلة الاحکام، ماده ۱۴۲.

⁴ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۷۹.

این‌که به اساس عدم استعمال تحت مرور زمان آمده باشد». به اساس نص این ماده هرگاه استعمال حق ارتفاق به دلیل تغییر اوضاع و احوال ناممکن گردد، حق ارتفاق خاتمه می‌یابد. به عنوان نمونه، اگر حق ارتفاق حق مرور باشد و ساحل عقار مرتفق به راه را تغییر دهد، مثلاً آن را ضم زمین زراعتی خویش نماید، استعمال حق مرور ناممکن و در نتیجه حق ارتفاق خاتمه می‌یابد؛ اما اگر صاحب عقار مرتفق به دوباره راه را از زمین زراعتی جدا نماید، حق ارتفاق دوباره اعاده نمی‌گردد، مگر این‌که حق مرور تحت مرور زمان مسقط حق قرار گیرد. در این صورت حق ارتفاق اعاده نمی‌گردد؛

۴- از بین رفتن فایده حق ارتفاق: طبق ماده ۲۳۶۶ قانون مدنی: «مالک عقار مرتفق به، وقتی می‌تواند که خود را از تمام ارتفاق خلاص کند که منفعت عقار مرتفق کاملاً از بین رفته یا منفعت محدودی از آن باقی مانده باشد که با تکالیف واقع بر عقار مرتفق به، تناسب نداشته باشد.» از نص این ماده این پیداست که زمانی عقار مرتفق به برای عقار مرتفق هیچ سودی نداشته باشد یا سود محدود داشته باشد که با تکالیف واقع بر عقار مرتفق به، تناسب نداشته باشد مالک عقار مرتفق به می‌تواند حق ارتفاق را از عقار خویش زایل نماید. به طور نمونه، اگر حق ارتفاق حق شرب باشد و صاحب عقار مرتفق در عقار خویش چاه احداث نماید و از آب آن زمین خویش را آبیاری نماید، صاحب عقار مرتفق به می‌تواند حق ارتفاق مالک عقار مرتفق را زایل نماید؛ زیرا در چنین حالتی حق شرب برای مالک حق ارتفاق دیگر فایده ندارد.^۱

مطلب سوم: حق سرقفلی

الف- تعریف: سرقفلی در لغت به معنی چیزی که از کرایه‌دار سوای کرایه حویلی یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست؛ حق آب و گل، حقی که مستأجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان‌سرای و امثال آن و او آن حق را به مستأجر بعد خود تواند فروخت.^۲ یا به معنی پولی که کسی به کس دیگری بدهد تا خانه یا دکانی را که در اجاره او است به وی واگذار کند.^۳ یا این‌که به معنی حقی که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع‌آوری مشتری و غیره، می‌باشد.^۴ در تجارت امروز، فعالیت و سرمایه تاجر و نوع کاری که انجام می‌دهد بیش از ویژه‌گی‌هایی اخلاقی او اهمیت دارد. ممکن است مشتری‌ها تجارت‌خانه صاحب آن را نشناسند، ولی در اثر اعتماد به نام و نشان تجارتی وی، مایل باشند اشیاء مورد نیازشان را از

۱ - السنهوری عبدالرازق احمد، الوسیط، ج ۹، صص ۱۳۸۹ تا ۱۴۰۹؛ و عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۲۸۴.

۲ - دهخدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، ج ۹، ص ۱۳۶۰۸.

۳ - عمید حسن، فرهنگ فارسی عمید، ص ۷۳۳.

۴ - معین محمد، فرهنگ فارسی معین، ج ۱، ص ۸۵۱.

فرآورده‌های او تأمین نمایند. بناً مشتریان تاجر بیش‌تر از شخصیت وی به نوع اموال و ارزش‌های که عرضه می‌کند بستگی دارد تا وکیل مدافع و دکتر که به شخصیت آن‌ها بستگی دارد. بنابر همین دلیل در فرانسه این فکر ایجاد گردید که تاجر باید بتواند مشتریان را مانند یکی از حقوق مالی بداند و در آن تصرفات مالکانه کند. با در نظر داشت موارد فوق می‌توان این حق را چنین تعریف نمود: «حقی است بر مشتریان و سرمایه تجارخانه». این حق را ممکن است در فارسی «مایه تجارت» ترجمه کرد، دارای عناصر گوناگون است که بعضی آن مادی و بعضی آن معنوی می‌باشد. اما عنصر اساسی و اصلی آن حفظ مشتریان تاجر و در نتیجه حقی است که وی در اثر فعالیت خویش به‌دست آورده است و سایر این عناصر از توابع این عنصر می‌باشند. از سوی دیگر، چون اموال غیرمادی و حقوق مالی را به حکم ماهیت و ذات خود نمی‌توان به منقول و غیرمنقول تقسیم کرد. تشخیص نوع این حقوق تنها به وسیله موضوع آن‌ها ممکن است. به این ترتیب، اگر موضوع حق مال منقول باشد، آن حق را منقول تبعی و اگر موضوع آن غیرمنقول باشد، حق غیرمنقول تبعی است. موضوع حق سرقفلی کار و فعالیت انسان است.¹

ب- سرقفلی در زمین و خانه: در دنیای تجارت این موضوع رایج است که مالک زمین یا خانه وقتی آن‌ها را به اجاره می‌دهد، حق ماندگاری که گاهی از آن به عنوان «حق قرار» یاد می‌نمایند برای مستأجر در بدل وجه مشخصی که دریافت می‌کند بدهد و این حق دایمی می‌باشد. همچنان به اضافه‌ی مقدار تادیه شده کرایه‌ی ماهواری پرداخت می‌گردد که بعد از این مستأجر مالک حق ماندگاری پنداشته می‌شود. حال، اگر مؤجر خواسته باشد آن زمین اجاره داده شده را پس بگیرد، در این صورت تنها می‌تواند باپرداخت وجه توافقی در این هنگام پس بگیرد. و اگر شخص سومی مایل به اجاره‌ی آن زمین باشد، مقدار پولی برای مستأجر بپردازد تا این‌که وی از حقی که به نسبت آن دارد درگذر شود. در این رابطه چهار پرسش مطرح می‌شود که باید پاسخ درستی گیرد: نخست این‌که آیا مؤجر می‌تواند علاوه از اجاره‌بها مبلغ مقطوع دیگری بابت اعطا و بخشش حق قرار یا حق بقای اجاره تا ابد دریافت کند؟ دوم این‌که اگر مالک خواست خانه یا زمینش را پس بگیرد، مستأجر می‌تواند عوضی از وی دریافت کند یا نه؟ سوم این‌که آیا مستأجر اول می‌تواند از مستأجر جدید مبلغی را بابت چشم‌پوشی حقش در بقای اجاره دریافت کند؟ و چهارم این‌که آیا مالک می‌تواند بعد از این‌که مستأجر اول در قبالت دریافت عوض از او از حق خود چشم‌پوشی کرد، از مستأجر جدید مبلغی را صرفاً به نسبت اعتراف این‌که او مستأجر است، دریافت کند؟ برای ارایه‌ی پاسخ به این چهار پرسش بحث ادامه پیدا می‌کند. در رابطه به پرسش نخست باید گفت که از لای گفتار و پندار فقها چنین بر

¹ - کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۶۵.

می‌آید که دریافت مبلغ مذکور جایز نیست، چون از نظر آن‌ها شرط گذاشتن همیشگی و ابدی اجاره را باطل می‌کند، چنانچه در کتاب «المحیط البرهانی» چنین آمده است: «موقت بودن شرط جواز اجاره است و ابدی بودن شرط این امر را باطل می‌گرداند»^۱. همچنان زیلعی در کتاب تبیین الحقایق چنین بیان می‌کند: «جایز نیست چنان مدتی را برای اجاره تعیین کنند که معمولاً کسی آن قدر عمر نمی‌کند، چون در بحث احکام آنچه غالب باشد در حکم مورد تحقق یافته تلقی می‌گردد و به لحاظ معنایی هم- چون ابدی کردن می‌گردد، بنابراین جایز نیست؛ زیرا همانگونه که معروف است شرط ابدی بودن اجاره را باطل می‌کند»^۲. برخی از فقهای متأخرین حق قرار بر زمین‌های دولتی و وقفی را اثبات کرده‌اند، البته در صورتی که آن زمین‌ها متروک باشند و افراد در صورتی حاضر به آبادانی آن‌ها باشند که نسبت به آن‌ها حق قرار داشته باشند یا فرصت دستیابی به چنین حقی برای‌شان در عوض آبادانی یا ساخت یا درختکاری فراهم گردد؛ زیرا چنین زمین‌هایی برای اجاره در نظر گرفته شده‌اند و کسی که اکنون در آن‌ها حضور دارد و این زمین‌ها در دست اوست به اجاره نمودن آن‌ها حق‌دارتر از دیگران اند.^۳

اما در هیچ موردی پیدا نگریدید که برای مؤجر مجاز باشد علاوه از مبلغ اجاره‌بها بابت حق قرار دریافت کند و تصریح نمودند که یکی از شروط قرار این است که مستأجر پیوسته کرایه‌ی مثل را بپردازد ولو این‌که کرایه افزایش پیدا کند. با توجه به آنچه گفته شد بدل سرقفلی که مؤجر آن را در ابتدای عقد دریافت می‌کند، در تفاوت برحق قرار می‌کند که متأخرین قرار دارد. پرواضح است که یکی از عاقدین نمی‌تواند عوضی از طرف دیگر صرفاً برای ورودش در عقد دریافت کند، مگر آنچه عقد ایجاب می‌کند، چون دریافت آن رشوه تلقی می‌گردد.^۴

در مورد پرسش دوم باید گفت علمای معاصر که دریافت بدل سرقفلی را جایز میدانند، به مستأجر اجازه داده‌اند که اگر مالک خواستار تخلیه‌ی ملکش شد، می‌تواند از او عوضی بگیرد و لازم نیست عوض مذکور به لحاظ ارزش برابر همان عوض دیگری با رضایت‌شان توافق کنند؛ اما بر مبنای نظر کسانی که بدل سرقفلی را جایز نمی‌دانند در صورتی که مدت اجاره مشخص نباشد، مستأجر نمی‌تواند در قبال تخلیه‌ی ملک از مالک عوضی دریافت کند.^۵

در مورد پرسش سوم باید گفت، کسانی که بدل سرقفلی را جایز میدانند، دریافت این عوض را هم

۱ - المحیط البرهانی، ج ۱۲، ص ۹۰.

۲ - زیلعی، تبیین الحقایق، ج ۶، ص ۷۹.

۳ - ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۱۴، ص ۷۲.

۴ - عثمانی محمدتقی، احکام معاملات، ترجمه محمدصادق رحمانی سورستانی، ج ۱، ص ۲۹۲.

۵ - منبع قبلی.

جایز میدانند؛ اما پرسش مذکور از نظر کسانی که بدل خلو را جایز نمیدانند دارای دو صورت است: یک، اگر مدت اجاره معلوم نیست دریافت عوض از مستأجر جایز نیست؛ دو، اگر مدت اجاره معلوم بود و مستأجر قدیم ملک را پیش از موعد مقرر به نفع مستأجر جدید تخلیه نمود، می‌تواند وجهی در قبال تخلیه‌ی زود هنگامش دریافت نماید. و در مورد پرسش چهارم چنین باید گفت که هنوز ندیدیم کسی را که آن را جایز گفته باشد، حتی کسانی که قایل به جواز دریافت بدل خلو هستند.¹

مطلب چهارم: بررسی تطبیقی

مبحث فوق در برگرفته سه مطلب است که در آن حق انتفاع، ارتفاق و سرقفلی به بحث و بررسی گرفته شد و تفاوت‌های قابل ملموسی دیده می‌شود که در این مطلب بر تفاوت هر دو مال در هر کدام آن‌ها گذری می‌گردد. نخستین مطلب حق انتفاع در اموال منقول و غیرمنقول می‌باشد، حق انتفاع یکی از حقوقی است که در هر دو مال وجود دارد و از این حیث هیچ تفاوتی میان این دو نوع مال دیده نمی‌شود، ولی از ناحیه دیگری قابل تفکیک می‌باشند. حق انتفاع در اموال غیرمنقول به صورت کلی جاری می‌گردد، ولی در اموال منقول چنین نیست و تنها در اموال منقولی جاری می‌گردد که بقاء عین آن ممکن باشد. یعنی در مال منقول استعمالی قابل ملاحظه می‌باشد و در اموال منقول غیراستعمالی نمی‌باشد که این خود تمایز بزرگی میان دو مال دیده می‌شود. بحث دومی صورت گرفته بود عبارت از حق ارتفاق می‌باشد. حق ارتفاق یکی از حقوق وابسته به اموال غیر منقولی چون زمین و باغ می‌باشد. حق ارتفاق چنانچه از تعریف آن برمیاد منحصر به زمین بوده و خلاف حق انتفاع به شخص وابسته نیست. اما این حق در اموال منقول قابل ملاحظه نمی‌باشد؛ زیرا یک حق عقال بر عقال دیگر است و در صورت نبودن زمین یا باغ چنین حقی وجود نمیداشته باشد. این حق با تغییر مالک زمین از میان رفتنی نیست و اما حق انتفاع نظر به اشخاص تغییر می‌نماید. مطلب دیگری که در این مبحث قابل ارزش و اهمیت بود بحث سرقفلی می‌باشد. حق سرقفلی یک حق منقول است، چنانکه در تعریف آن نیز آمده است و حقوق‌دانان بیش‌تر این حق را وابسته به اموال منقول میدانند و آن عبارت از خرید شهرت و جایگاه و نام نشان یک حق است، نه عین، مثلاً دکانی به سرقفلی داده می‌شود که پیش‌تر از نشان و شهرت بهتری برخوردار بوده و اکنون خریدار شهرت گذشته‌ی آن را می‌خواهد بگیرد یا ریس شرکتی می‌خواهد نشان بزرگی یک شرکت بزرگ از آن خود نماید. یا این‌که حقی است که بر خانه‌ای جهت پرداخت عنوانی می‌آید که در این قسمت حق نشیمن‌گاه بر آن دارد و این یک حق منقول است، نه یک حق غیرمنقول. دیدگاه فقها و قوانین در این زمینه در کنار هم قرار دارند و تفاوتی ندارد و این حق یکی از حقوقی است که بر منقول جاری می‌گردد، نه بر اموال

¹ - منبع قبلی، ص ۲۹۳.

غیرمنقول؛ زیرا در هر موردی که خواسته شود، امکان رهایی برای مالک نیست و شخص دارنده این حق نیز از آن به غیر داده نمی‌تواند که استفاده نماید. این حق نیز برای مالک جدید یک حق استفاده می‌باشد، نه یک حق دایمی که هر نوع عمل حقوقی بر آن انجام دهد. از لابلای گفتار پیشین پیداست که حق سرقفلی یک حق منقول و وابسته به اموال منقول می‌باشد.

مبحث دوازدهم-حمایت قانون و دادگاه صالح برای رسیده‌گی به دعوا در اموال منقول و غیرمنقول

چون بحث روی تفکیک اموال منقول و غیرمنقول است، از این‌رو نیاز دیده می‌شود که از هر طرف بر تمایز میان این دو نوعی از مال باید تمرکز صورت گیرد که در این مرحله به حمایت قانون و محکمه صاحب صلاحیت به رسیدگی دعاوی آن‌ها پرداخته می‌شود. در قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان و کتاب‌های حقوقی که در واقع شرح قانون اصول محاکمات مدنی می‌باشد بر این موضوع توجه قابل تأملی صورت گرفته که اینک زیر عنوان‌های جداگانه به هر کدام آن‌ها پرداخته می‌شود.

مطلب اول: حمایت قانون از اموال منقول و غیرمنقول

قوانین به طور قابل ملاحظه‌ای از اموال منقول و غیرمنقول حمایت نموده است که برای اموال منقول دیدگاه متفاوت و از اموال غیرمنقول حمایت جدی‌تری صورت گرفته است. چنانچه در ماده ۴۱ قانون اساسی افغانستان: «اشخاص خارجی در افغانستان حق مالکیت اموال عقاری را ندارند. اجاره عقار به منظور سرمایه‌گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشد. فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و به موسسات بین المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشد». از متن این ماده قانون اساسی برداشت‌هایی می‌شود:

در قسمت اول این ماده درج گردیده است که اشخاص خارجی نمی‌توانند در افغانستان عقار خرید نمایند. در این قسمت متن ماده از کلمه شخص استفاده شده و این کلمه به‌طور خاص نبوده، بلکه در برگیرنده اشخاص حقیقی و حقوقی (حکمی) می‌باشد. دلیل این‌که برای اتباع خارجی ممنوعیت ملکیت عقار در نظر گرفته شده جانب گرفتن احتیاط لازم به منظور حفظ و نگهداری قلمرو کشور و جلوگیری از تحت اختیار قرار گرفتن آن توسط کشورهای خارجی یا اتباع آن‌هاست؛ زیرا افغانستان کشور در حال توسعه و رشد است و سرمایه داران ملی در آن به پیمانانه قابل توجهی دسترسی ندارند و نیاز دیده می‌شود که تجاران خارجی در کشور ما سرمایه‌گذاری نمایند و در این کشور به خرید و فروش غیرمنقول بپردازند که در آینده خطر استیلاء آن‌ها بر کشور قابل پیش‌بینی است. به اساس بند دوم این ماده اجاره عقار برای اتباع خارجی مجاز دانسته می‌شود و شرایط و نحوه اجرای آن توسط قانون خاص اجرا می‌گردد که هنوز قانون دیگری غیر از قانون زمین‌داری وجود ندارد. در قسمت آخر این ماده فروش برای نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و موسسات سیاسی که افغانستان عضو آن‌ها است به اساس قانون مجاز دانسته می‌شود. یعنی قانون‌گذار به منظور سیاست کشور که در سطح بین الملل دارد و حفظ ارزش‌های بین المللی این قسمت ماده را خاص نموده است و این خاص

نمودن صرف جنبه سیاسی دارد که طوری عمل مقابل نیز پنداشته می‌شود.¹

مورد دیگری که باید بر آن پرداخته شود نحوه فروش این دو نوع مال می‌باشد. به اساس ماده ۶ قانون فروش عمار به نمایندگی‌های سیاسی دولت‌های خارجی و سازمان‌های بین‌المللی: «(۱) فروش عمار به نمایندگی‌های سیاسی با رعایت احکام این قانون به پیشنهاد وزارت خارجه و منظوری ریس جمهور به اساس رویه بالمثل صورت می‌گیرد؛ (۲) فروش عمار به مؤسسات بین‌المللی با رعایت احکام این قانون پیشنهاد وزارت خارجه و منظوری ریس جمهور صورت می‌گیرد؛ (۳) وجه فروش عمار به حساب عواید دولت تحویل بانک می‌گردد». و همچنان در ماده ۵ قانون فروش عمار به نمایندگی‌های سیاسی دولت‌های خارجی و سازمان‌های بین‌المللی: «نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی نمی‌توانند عمار را مستقیماً از اتباع افغانستانی خریداری نمایند.» یا این‌که در ماده ۸ این قانون آمده است که: «انتقال ملکیت عمار به نمایندگی‌های سیاسی و مؤسسات بین‌المللی به اساس سند شرعی (بعد از اخذ محصول) که توسط محکمه محل عمار ترتیب می‌گردد، مطابق احکام قانون صورت می‌گیرد». در متون فوق چنین درج گردیده است که انتقال ملکیت عمار از برای نمایندگی‌های سیاسی کشورهای خارجی و سازمان‌های بین‌المللی بدون اجراءات محکمه محل و ترتیب سند ملکیت امکان‌پذیر نیست. البته این موضوع در مورد اشخاص حقیقی داخلی که تابعیت این کشور را دارند نیز صدق می‌کند. همچنان نمایندگی‌های سیاسی حق ندارند ملکیت خریداری نمودگی را برای دیگری به فروش برسانند.²

مطلب دوم: دادگاه صالح برای رسیده‌گی به دعاوی اموال منقول و غیرمنقول

اصل بر این است که مدعی تابع محکمه اقامت‌گاه مدعی علیه می‌باشد؛ زیرا باور بر این است که مدعی نباید سبب مزاحمت شخص مدعی علیه گردد که ادعایی ندارد. فرض بر این است که هیچ‌کسی با دیگری اختلاف ندارند و ظاهر بر حقیقت دلالت دارد.³ در این مورد قانون اصول محاکمات مدنی در ماده ۸۱ خویش چنین حکم دارد: «دعوی مدنی در محل سکونت مدعی علیه حل و فصل می‌گردد»، ماده ۶ قانون اصول محاکمات مدنی نیز همین مورد رعایت نموده است، البته با تغییر عبارت آن: «با در نظر گرفتن احکام سایر مواد این فصل، دعاوی تجارتي در محکمه‌ای دایر می‌گردد که اقامت‌گاه قانونی مدعی علیه در حوزه قضایی آن واقع باشد». این ماده از اقامت‌گاه قانونی⁴ سخن رانده است و قانون اصول محاکمات مدنی از محل سکونت مدعی علیه برای تعیین اقامت‌گاه

1 - رسولی محمدشرف، تحلیل و نقد قانون اساسی افغانستان، ج ۱، صص ۴۰۵ و ۴۰۶.

2 - عبدالله نظام‌الدین، حقوق عینی، ص ۲۷.

3 - عمرانی مکی ثریا و شهرجردی، پیام، اصول محاکمات مدنی افغانستان، ص ۳۳.

4 - طبق ماده ۷ اصول محاکمات تجارتي: «اقامت‌گاه قانونی عبارت از محلی است که شخص با اراده خود برای سکونت دایمی خویش اختیار نموده باشد».

صحبت کرده است. هر چند اصل اولیه در مورد اقامه دعوا، طرح آن در محل اقامتگاه مدعی علیه است، با این وجود بر اثر شرایط و اوضاع و احوالی ممکن است مقررات خاصی در این مورد اعمال گردد. مثلاً اگر مدعی علیه کارمند دولت به شمول اعضای نیروهای نظامی باشد، محکمه مستقر در محل اشتغال او صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد و اگر در صورتی که زن شوهردار مدعی علیه باشد، رسیدگی دعوا از صلاحیت محکمه محل اقامت شوهر می‌باشد؛ اگر مدعی علیه دختر دارای اهلیت کامل باشد، یا مدعی علیه کسی باشد که ناقص اهلیت باشد در این صورت محکمه محل اقامتگاه پدر دختر یا محارم شرعی وی و از ناقص اهلیت محکمه محل اقامت ولی، قیم یا وصی وی می‌باشد.^۱ با در نظر داشت موارد فوق استثنایی نیز در این رابطه وجود دارد. پیش از هر توضیحی در مورد نحوه اقامه دعوا در مورد عفار باید یادآوری کرد که در کشور ما مطابق ماده ۸۱ قانون اصول محاکمات مدنی تمام دعاوی در محل اقامتگاه مدعی علیه اقامه می‌گردد، جز آنچه در مواد ۸۲ تا ۸۷ قانون اصول محاکمات مدنی تخصیص داده شده است.^۲ متحدالمال ۱۸۲۵/۱۸۷۸، مورخ ۱۳۸۶/۵/۱۳، نیز نامید می‌کند که ماده ۸۱ قانون اصول محاکمات مدنی عمومیت دارد و شامل تمام دعاوی می‌شود، جز استثناء مواد فوق.^۳ اما از مفهوم ماده ۹۲ قانون اصول محاکمات مدنی چنین بر می‌آید: در دعوی مربوط به عفار محکمه‌ای ذیصلاح دانسته می‌شود که عفار مدعی بها در حوزه صلاحیت آن موقعیت داشته باشد، ولی در سایر دعاوی اصولاً محکمه محل اقامت مدعی علیه ذیصلاح دانسته می‌شود، جز مواد فوق.^۴

قانون آیین دادرسی مدنی ایران در مورد این اموال در ماده ۱۲ خویش چنین حکم دارد: «دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول اعم از دعاوی مالکیت، مزاحمت، ممانعت از حق، تصرف عدوانی و سایر حقوق راجع به آن در محکمه‌ای اقامه می‌شود که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است، اگرچه مدعی علیه در آن حوزه مقیم نباشد». براساس این ماده اگر حق مورد ادعا از حقوقی باشد که برای اشخاص نسبت به اموال غیرمنقول به وجود می‌آید، دعوی مربوط به آن مال باید در محل وقوع آن اقامه شود. همین‌طور دعاوی راجع به مطالبه اجرة‌المثل غیرمنقول و خسارات وارده بر آن، در صلاحیت محکمه محل وقوع غیرمنقول است؛ اما مطالبه اجاره‌بها، ثمن معامله غیرمنقول و هرنوع وجه راجع به غیرمنقول که در اثر عقد یا قرارداد ایجاد شده باشد، در صلاحیت محکمه محل اقامت مدعی علیه است.^۵ همچنان در میان قضات افغانستان نیز اتفاق نظر ندارند و شماری بر این باور بودند

۱ - قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان، مواد ۸۲، ۸۳، ۸۴ و ۸۶؛ و ماده ۱۰۰۷ قانون مدنی ایران.

۲ - احمدی هاشمی، اصول محاکمات مدنی همراه با نمونه فیصله‌های محاکم، ص ۹۵.

۳ - ژوبل محمد عثمان، مجموعه متحدالمال‌ها و رهنمودهای ستره محکمه ج.ا.ا از سال ۱۳۸۵ تا ۱۳۸۹، صص ۳۸۶ تا ۳۸۸.

۴ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۳۰.

۵ - عسگری غلام حسین، آیین دادرسی مدنی فراملی، ص ۴۴۶.

که دعاوی مدنی، دعوی اصل ملکیت «رقبه» دعوی منافع آن طور جداگانه رسیده‌گی شود و دعاوی اموال منقول و غیرمنقول نیز از هم تفکیک و به‌طور جداگانه مورد رسیده‌گی قرار گیرد. تا جائیکه به قوانین نافذه و فقه مراجعه شده در این مورد کدام قاعده‌ای جهت وضاحت موضوع پیدا نگرديد. برای توضیح این موضوع چنین نظر داده شده است: هرگاه دعوی منافع تابع اصل دعوی باشد، مدعی می‌تواند دعوی منافع را توأم با دعوی اصل آن در پیشگاه محکمه اقامه نماید و محکمه نیز به منظور تسریع رسیده‌گی قضایا و جلوگیری از سرگردانی طرفین دعوی، دعوی منافع را یکجا با دعوی اصل رقبه بررسی نمایند. البته اگر مدعی بها اموال منقول و غیرمنقولی بوده باشد که باهم مرتبط نباشند، محاکم در این صورت هرکدام را طور جداگانه بررسی نمایند.¹

مطلب سوم: بررسی تطبیقی

حمایت قانون یک حمایت همه‌پذیر و همه‌پسند در نظام حقوقی افغانستان و جهان دانسته می‌شود که قوانین هرکشور به اساس خاستگاه آن از سوی قانون‌گذاران مورد بررسی و حمایت قرار می‌گیرد. چنانچه در آغاز بحث نیز گنجانیده شده اموال منقول از جمله اموالی اند که در حمایت قانون اند، ولی از اهمیت اموال غیرمنقول برخوردار نیستند، طوری در خرید و فروش بیگانه در این کشور دیده می‌شود آن‌ها حق خرید و فروش اموال غیرمنقول را ندارند؛ زیرا احتمال پیش‌گیری از خطر در این خرید و فروش وجود دارد و اما در قسمت خرید و فروش اموال منقول ایرادی براین نیست که بیگانه یا داخلی از آن استفاده نماید. متن ماده ۴۱ قانون اساسی افغانستان به خوبی بیان نموده که اموال غیرمنقول را بیگانگان خرید نمی‌توانند، چون این کشور، یک کشور در حال رشد است و خطر این وجود دارد که مالک اصلی این سرزمین بیگانگان گردد. برعکس اجاره گرفتن این اموال برای بیگانگان مجاز است و اما قانون برای خرید و فروش اموال منقول هیچ قیدی در نظر نگرفته و بیان می‌نماید که این قید صرف در اموال غیرمنقول وجود دارد. تفاوت دیگری که در قانون میان اموال منقول و غیرمنقول دیده می‌شود دادگاه صالح به رسیدگی دعوی این دو نوع مال می‌باشد که قانون اصول محاکمات مدنی دادگاه صالح برای رسیدگی به دعاوی منقول را دادگاه محل زندگی مدعی علیه قرار می‌دهد. اما دادگاه صالح برای رسیدگی به دعاوی اموال غیرمنقول دادگاهی دانسته می‌شود که عمار در حوزه صلاحیت آن قرار دارد و قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز همین نظر دارد. دو تفاوت بزرگی که دیده می‌شود در این مطلب برآن پرداخته شد که قانون در قسمت فروش عمار به بیگانه و دادگاه صالح برای رسیدگی دعاوی آن‌ها تفاوت می‌نماید.

¹ - اسناد و مصوبات سمینار عالی قضایی ستره محکمه ج.ا، ۲۵ حوت ۱۳۹۵، ص ۱۱۳.

مبحث سیزدهم-حکم اموال منقول و غیرمنقول در فقه و قانون

مبحث سیزدهم خلاف مباحث دیگر روی مواردی بحث می‌کند که در فقه و قانون با شکل و محتوای مختلف وجود دارند. در این بحث حکم مال منقول و غیرمنقول در فقه و قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ یعنی طوری بیان می‌گردد که راه‌های به دست آوردن اموال منقول و غیرمنقول در قانون و فقه از کدام راه‌های ممکن و از کدام دریچه‌هایی غیرممکن پنداشته می‌شود و موقف فقه و قانون در راستای به دست آوردن این نوع اموال یکی است یا تفاوت می‌کند. در ادامه بحث خواهید دید که جایگاه قانون و فقه در امر به دست آوردن اموال چگونه است و روی کدام موارد می‌چرخند.

مطلب اول: حکم اموال منقول و غیرمنقول در فقه

از آنچه عنوان بیان می‌کند درست مفهومی است که باید در این مطلب بر آن پرداخته شود و آن عبارت از احکام مال در نظام فقهی می‌باشد. در فقه موضوعات از دو دید قابل بحث بوده که یکی در برگزیده نظام دنیایی است و بر می‌گردد به مسایل جهانی؛ یعنی در این قسمت موضوعات متوجه روزگاری می‌باشد که انسان‌ها در روی زمین انجام می‌دهند و پاسخده اعمال خویش در روی زمین می‌باشند. اما مورد دیگری عبارت از مواخذه آخرت می‌باشد که انسان‌ها در دنیا و آخرت پاسخده بر آنچه انجام می‌دهند می‌باشند. یعنی فقه پی‌گیر افعال دنیایی و آخرتی می‌باشد، بدون کم و کاست. فقها برای اموال احکامی در نظر گرفته اند. احکام فقهی در منابع مختلف به صورت پراکنده وجود دارند که فقها زحمت کشیده موضوعات مورد نیاز کنار هم قرار دادند و یک حکم منحصر به موضوع در مجلد مشخصی نیست و احکام بیشتر و کمتر در تعارض دیده می‌شوند، از برخی آن‌ها چنین بر می‌آید که حرمت برای شخص معین ثابت می‌شود و از قسمت دیگری چنین برداشت می‌گردد که حرمت آن ساری بوده و برای خریدار یا اشخاص دیگری نیز قابل انتقال می‌باشد. با این همه در کل از میان تمام دیدگاه‌های دانشمندان و فقهای اسلامی این پدیدار می‌گردد که برای اموال دو حکم در فقه وجود دارد که باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد. دو حکمی که برای اموال پیداست عبارت از همان حکم حلال بودن و حرام بودن اموال برای استفاده، استفاده کننده‌گان آن می‌باشد. حکم حلال همیشه بر این استوار است که آنچه مباح باشد قابل استفاده بوده و نیازی دیده نمی‌شود به تحریم آن؛ اما آنچه در مورد ممنوع بودن استفاده آن نصی یا دلیلی وجود داشته باشد در این صورت آن حرام بوده و برای غیر قابل استفاده نمی‌باشد، مثلاً استفاده از اموالی که در ملکیت شخص قرار می‌گیرد، در حالی که ملکیت دیگری بر آن ثابت است. بیش‌ترین و مشهورترین راه به دست آوردن از راه غیر مشروع فقهی همان غصب اموال می‌باشد که هم در مال منقول و هم در مال غیرمنقول قابل استناد می‌باشد. فقها بر این باور اند که اموال غصبی باید برای صاحب آن برگردانده شوند و اگر

مالک مال زنده نبود برای وارثان وی انتقال داده شود؛ زیرا برای شخص دیگری غیر از مالک استفاده آن مجاز نیست و اگر بدون مالک دیده می‌شد راه‌حلی بهتر آن این است که اموال به صدقه داده شوند. این یک حکم کلی و عمومی است، تفاوت ندارد که مال غصبی باشد یا به‌دست‌آمده از راه-های دیگری (نامشروع) باشد.¹ در این رابطه ابن رشد چنین گفته: «اگر مال حرام نزد گیرنده‌اش از بین نرفته بود و او همچنان آن را در اختیار داشت، خود مال به صاحبش بازگردانیده می‌شود. تفاوتی ندارد که غصب کننده مال حلالی دارد یا نه و برای هیچ‌کس حلال نیست که اگر مال غصب شده کالا بود، آن را از او (غاصب) بخرد و در صورتی که مال غصبی از نوع پول نقد باشد، هیچ کس نمی‌تواند با غاصب وارد معامله شود. همچنان نمی‌تواند در صورتی که مال غصبی مواد غذایی باشد، آن را بخورد. همچنین کسی حق ندارد بخشی از آن را به عنوان هدیه قبول کند و نمی‌تواند چیزی از آن به عنوان طلب از غاصب دریافت نماید و هرکس با وجود دانستن غصبی بودن آن دست به یکی اقداماتی بزند در تمام حالات همچون خود طرف غصب کننده تلقی خواهد شد.»²

اگر فردی کالایی از کسی خرید که مالش مخلوطی از حرام و حلال است مانند پادشاه ستمگر یا فرد رباخوار در صورتی که میدانست کالای خریداری شده از مال حلال اوست، پس حلال و اگر پی برد که کالا از مال حرام اوست، در این صورت گرفتن آن حرام است و قول خریدار در این حکم علیه فروشنده پذیرفتنی نیست؛ زیرا ظاهر آنچه انسان در اختیار دارد متعلق به خود اوست و اگر ندانست کالای خریداری شده از مال حلال اوست یا از مال حرامش، معامله مکروه می‌باشد، چون احتمال حرمت در آن وجود دارد؛ اما معامله‌اش باطل نمی‌گردد، چون امکان حلال بودن در آنچه کم یا زیاد نیز دور از انتظار نیست و این امر موجب ایجاد شبهه می‌شود و میزان شبهه بسته به میزان و زیاد بودن حرمت است.³

شماری از فقهای احناف بر این باور اند که حرمت به دو ذمه سرایت نمی‌کند، این در صورتی است که طرف از غصبی بودن کالا خبری نداشته باشد؛ یعنی گیرنده نداند که مال دریافتی متعلق به فرد دهنده آن نیست.⁴ نظر صحیح این است که چنین مالی برای ورثه نیز در صورت اطلاع از حرام بودن آن حلال نیست و تفاوتی ندارد که آنان صاحب آن را بشناسند یا نه، این که از صاحب آن شناخت داشته باشند برای وی بازگرداندن و اگر نمی‌شناختند باید مال حرام به صدقه داده شود.⁵

1 - عثمانی محمدتقی، احکام معاملات، ج ۲، ص ۲۱۵.

2 - الحطاب، مواهب الجلیل، ج ۵، صص ۲۷۸ و ۲۷۹.

3 - ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۳۰۸.

4 - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۶، ص ۳۸۵.

5 - منبع قبلی، ص ۱۸۶.

امام مالک، امام شافعی، امام احمد و امام ابویوسف رح بر این باور اند که غاصب با به هم آمیختن مال غصبی مالک مال غصبی نمی‌شود، بلکه مال مخلوط میان صاحبانش مشترک می‌باشد و مالکیت آن نسبت به کالا از بین نمی‌رود. بنابراین احکام قبلی بر آن جاری می‌گردد و هیچ کس حق ندارد هدیه‌ای از او بپذیرد یا با همین کالاها وارد معامله شود.¹ امام ابوحنیفه معتقد است که وقتی غاصب اموال غصبی را از افراد متعدد غصب کرده باشد، به هم بیامیزد، مالک مال ناپاک آن‌ها نمی‌گردد و باید مانند کالاهای غصبی برگردانده شود و جایز نیست استفاده آن‌ها. امام ابوحنیفه بر این باور است که غاصبی چنین اموالی را اقدام به فروش تمامی یا بخشی از آن نماید، معامله‌اش نافذ است؛ یعنی مالکیت کالای غصبی به همان نا پاکی خود به خریدار منتقل می‌شود.²

مطلب دوم: حکم مال منقول و غیرمنقول در قانون

در این قسمت از تحقیق به مواردی پرداخته می‌شود که قانون در مورد آن حکم دارد. وقتی سخنی از قانون لای تحقیق پدیدار می‌گردد بر این معنی است که موضوع باید در راستای قانونی بودن و غیرقانونی بودن مورد بحث قرار گیرد. حکم مال منقول و غیرمنقول در قانون به طور عموم گذاره- ای از دو راه می‌باشد؛ یعنی روش و نگرش قانون به حکم مال منقول و غیرمنقول در برگیرنده دو نگاه می‌باشد. نخست این است که حکم قانون بر مشروعیت آن وجود داشته باشد؛ یعنی قانون برای به‌دست‌آوردن یا گرفتن آن راه‌هایی را در نظر گرفته باشد که به اساس آن باید صورت گیرد؛ و دوم این که قانون برای استفاده از آن مانعی در نظر گرفته باشد و برای اعمال یا استفاده کننده آن مجازی نداده باشد. در این مطلب حکم قانون در مورد اموال است که یکی آن راه مشروع (قانونی) و دیگری آن راه نا مشروع (غیرقانونی) می‌باشد. در قسمت به‌دست‌آوردن اموال منقول و غیرمنقول دو راه قبلی که تذکره داده شد یکی راه مشروع بود که عبارت از بیع، هبه، وقف و ... بود و دیگری راه غیرمشروع که عبارت از همان غصب، سرقت، نهب و ... می‌باشد. با این همه باید نوشت که قانون و مواد آن مرتبط به موضوعات دنیایی بوده و متوجه شخص مرتکب اعمال خلاف قانون در دنیای کنونی پنداشته می‌شود. از این‌که این مطلب گنجایش بحث بیش‌تری را ندارد به‌صورت کوتاه و خیلی سریع روی حکم قانون در مورد به‌دست‌آوردن این اموال از راه غیرمشروع می‌پردازیم و از دیدگاه قانون به بررسی می‌گیریم. کود جزای افغانستان در مورد سرقت اموال منقول چنین بیان می‌دارد: «سرقت عبارت از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت و به مقصد تملک³» می‌باشد. در این ماده به خوبی بیان گردیده است که سرقت تنها در اموال منقول صورت می‌گیرد و کسی مرتکب

1 - المحيط البرهانی، ج ۸، ص ۲۲۶.

2 - الفتاوی الهندیة، ج ۳، ص ۳۴۲.

3 - کود جزای افغانستان، فقره (۱) ماده ۶۶۹.

چنین عملی می‌گردد زمانی دزد (سارق) پنداشته می‌شود که شرایط نشانی شده در این متن ماده را داشته باشد. قانون جزا در رابطه به دزدی اموال منقول حکم می‌نماید که برای سارق ضمن رد دوباره اموال مسروقه به جزای مشخصی تعیین می‌گردد و این جزا در برگیرنده حبس قصیر، متوسط، طویل و حبس دوام درجه دو می‌باشد.¹ کود جزا در ماده‌ی دیگری چنین حکم می‌نماید: «شخصی که با استفاده از عنف، اکراه، تهدید یا ارباب، به طور آشکار پول یا مال منقول دیگری را اخذ نماید، مرتکب جرم غصب اموال منقول شناخته می‌شود».² قانون‌گذار ضمن ناخوب دانستن این عمل برای انجام دهنده آن در قانون مجازات‌های چون جزای نقدی از پنج هزار شروع تا صد هزار، حبس قصیر، حبس متوسط و حبس طویل در نظر گرفته است.³

چون مطلب در برگیرنده هر دو مال است در این قسمت تحقیق به غصب اموال غیرمنقول می‌پردازیم. قانون‌گذار در متن قانون چنین حکم می‌نماید: «تصرف، تصاحب، استفاده، انتقال، رهن، تضمین، اجاره یا کرایه زمین‌های دولتی، عامه، شخصی، مرعی (عامه و خصوصی) یا وقفی بدون داشتن اسناد مدار اعتبار یا حکم قانون غصب زمین پنداشته می‌شود».⁴ یکی از راه‌هایی دیگری در حکم راه‌هایی غیرقانونی پنداشته می‌شود عبارت از غصب مال غیرمنقول است که قانون‌گذار در مورد حکمی دارد و برای عامل آن با در نظر داشت ارزش مال مغضوبه جزایی معین نموده است. قانون‌گذار در ماده ۷۱۶ کود جزا به خوبی بیان نموده است که در صورت انجام عمل با در نظر داشت ارزش مال مجازاتی برای وی در نظر بگیرد.⁵

ضمن حکم قانون جزا (کودجز) در رابطه به راه‌های به‌دست‌آوردن اموال منقول و غیرمنقول، قانون اساسی و قانون مدنی افغانستان نیز در رابطه به خرید و فروش اموال منقول و غیرمنقول توسط شهروندان افغانستانی و غیر افغانستانی نیز احکامی دارند. قانون اساسی در مورد مسئولیت اموال چنین حکم می‌نماید: «ملکیت از تعرض مصئون است. هیچ شخص از کسب ملکیت و تصرف در آن منع نمی‌شود، مگر در حدود احکام قانون. ملکیت هیچ شخص بدون حکم قانون و فیصله محکمه با صلاحیت مصادره نمی‌شود. استملاک ملکیت شخصی تنها به مقصد تأمین منافع عامه در بدل تعویض قبلی و عادلانه، به موجب قانون مجاز می‌باشد. تفتیش و اعلان دارایی شخص تنها به حکم قانون صورت می‌گیرد».⁶؛ اما در ماده ۴۱ این قانون چنین حکمی وجود دارد: «اشخاص خارجی در

1 - مراجعه به مواد ۷۰۰ تا ۷۱۰ کود جزای افغانستان شود.

2 - منبع قبلی، ماده ۷۱۱.

3 - جهت فهم بیشتر به ماده ۷۱۱ این قانون مراجعه شود.

4 - منبع قبلی، ماده ۷۱۵.

5 - شرح کود جزا، ج ۴، ص ۵۲.

6 - ماده ۴۰، قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان.

افغانستان حق ملکیت عقاری را ندارند. اجاره عقار به منظور سرمایه‌گذاری، مطابق به احکام قانون مجاز می‌باشد. فروش عقار به نمایندگی‌های سیاسی دول خارجی و مؤسسات بین‌المللی که افغانستان عضو آن باشد، مطابق به احکام قانون، مجاز می‌باشد». از متن این ماده چنین بر می‌آید که قانون در رابطه به اموال منقول ممنوعیتی برای بیگانگان نداشته و در قسمت اموال عقاری دارند که بحث آن در مباحث پیشینه گذشت. همچنان قانون مدنی در ماده ۲۱۱۲ خویش چنین حکم می‌نماید: «اجانب نمی‌توانند بر اساس وصیت مندرج فقره (۱) این ماده حق ملکیت را در اموال عقاری کسب نمایند»، ولی بیگانگان می‌توانند اموال منقول مجاز را مطابق قانون خریداری و تملیک نمایند.^۱

متن مواد قانون اساسی و قانون مدنی در رابطه به حقوق اتباع بیگانه صریح بود و نیازی دیده نمی‌شد که توجیهی بر آن صورت گیرد؛ زیرا چرایی این موضوع گذشت. اما قانون مدنی برای شهروندان افغانستانی نیز حکمی دارد: «ملکیت عقار و سایر حقوق عینی که در آن شرایط مقرر قانونی مبنی بر ثبت اسناد رعایت نشود انتقال نمی‌نماید.^۲»، ولی فروش اموال منقول معامله تجارتي پنداشته می‌شود؛^۳ زیرا اموال منقول بیش‌تر تابع اسناد رسمی نمی‌باشند.^۴

۱ - عبدالله نظام الدین، حقوق بین الملل خصوصی، ص ۱۱۰.

۲ - ماده ۲۲۱۲، قانون مدنی.

۳ - ماده ۱۴، اصولنامه تجارت.

۴ - عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، ص ۳۰.

نتیجه گیری

تحقیق و بحث در این رابطه بیانگر این نتیجه است که اموال منقول عبارت از اموالی است که نقل و انتقال آن از جایی به جایی دیگر بدون تغییر ماهیت پیشین آن ممکن باشد؛ اموال غیرمنقول عبارت از اموالی اند که نقل و انتقال آن از جایی به جایی دیگر بدون تغییر در هیئت و ماهیت پیشین آن ممکن نباشد. در رابطه به تفاوت و تمایز میان مال منقول و مال غیرمنقول باید گفت که اموال منقول و غیرمنقول از حیث مال بودن شباهت و ارزش یکسانی دارند، ولی این شباهت مانع تفاوت میان آنها نمی‌شود؛ زیرا تفاوت این اموال به نسبت شباهت آنها بیشتر و بارزتر به چشم می‌خورد. با در نظر داشت مواردی که در متن گنجانیده شده ایجاب می‌نماید که زیر چندین شماره به بیرون دادن نتایج این بحث پردازیم.

یک: مال منقول و غیرمنقول نخست از همه در تعریف تفاوت دارند؛ یعنی تعریفی که فقها و قانون-دانان از این دو نوع مال نمودند تفاوت بزرگی در آنها دیده می‌شود طوری که مال منقول قابلیت نقل و انتقال از جایی به جایی دیگر دارد و مال غیرمنقول قابل انتقال بدون تغییر ماهیت آن نمی‌باشد. با آنکه تفاوت نظری میان آنها نیز دیده می‌شود، ولی این تفاوت مبین ایجاد مشکل پنداشته نمی‌شود. قانون‌دانانی که در این بحث از دیدگاه آنها استفاده گردیده است، تفاوت متنی نیز دارند؛ زیرا قانون-گذار ایرانی در متن قانون آن کشور درج نموده که دختران از اموال منقول ارث می‌برند و اما از اموال غیرمنقول ارث برده نمی‌توانند که این مورد با قانون افغانستان در مغایرت قرار دارد و مبنای تفاوت صریح دو قانون نیز همین می‌باشد.

دو: فرق دیگری که در این بحث به دست آمده است فرق آنها در التصاق هر کدام بوده؛ یعنی اموال منقول در صورت التصاق به صاحب مال دارای قیمت بیش‌تر سپرده می‌شود و اما مال غیرمنقول چسبیده به مال غیرمنقول دیگر مربوط دولت می‌شود. یعنی اموالی که بدون در نظر داشت صاحبان آنها باهم چسبیده باشند، اگر منقول باشد به شخصی بر می‌گردد که قیمت مال وی بیش‌تر است، البته پس از پرداخت قیمت مال طرف مقابل و اما اگر مال غیرمنقولی در اثر ریزش زمین یا سیلاب با زمین دیگری ملحق گردد در این صورت زمین به وجود آمده مربوط دولت می‌باشد. متن ماده قانون مدنی افغانستان نیز همین مفهوم می‌رساند.

سوم: مورد دیگری که تفاوت میان این دو مال به نظر می‌رسید عبارت از تحول این دو نوع مال بود. اموال منقول وقتی به غیرمنقول تحول می‌نمایند با از بین رفتن حالت تحول دوباره به هیئت اول خویش بر می‌گردند و اما اموال غیرمنقول با تحول خویش به منقول دوباره خاصیت اولی خویش را

به خود نمی‌گیرند؛ زیرا ممکن نیست تکه‌های آن به هم بچسبند و از سر یک عمار دیگری به وجود آید. مثلا با یکجا شدن در و کلکین یا لوله‌ها ساختمان اموال منقول به غیرمنقول بدل می‌شوند و با ویرانی ساختمان از حالت غیرمنقول به منقولی می‌درآیند؛ اما معادن که در آغاز غیرمنقول اند، پس از استخراج دوباره غیرمنقول نمی‌شوند.

چهارم: مورد دیگر یا نتیجه‌ی دیگری که از تحقیق برمی‌آید عبارت از تفاوت این دو نوع مال در موجودیت حق شفعه بر آن‌ها می‌باشد. فقها بر این باور اند که حق شفعه یک حق دفع ضرر است و ضرر قابل دید نمی‌باشد، مگر در اموال غیرمنقولی چون باغ و زمین که آن‌ها همیشگی هستند. اما اموال منقول که خاصیت دایمی بودن ندارند ضرری نیز در آن‌ها تصور نمی‌شود. یعنی تفاوت دیگری که در میان این دو نوع مال بود همانا موجودیت شفعه در آن‌ها می‌باشد.

پنجم: نتیجه‌ی که از بحث پنجم این تحقیق بدست آمده همانا تفاوت اموال منقول و غیرمنقول در وقف می‌باشد. شماری از فقها بر این عقیده هستند که وقف در اموال منقول و غیرمنقول جایز است و اما شماری دیگری مخالف این رای اند و می‌گویند که وقف تنها در اموال غیرمنقول قابل تصور می‌باشد؛ زیرا وقف زمانی پذیرفتنی می‌باشد که مال وقف شده دایمی باشد و مراد از دایمی بودن همان غیرمنقولی می‌باشد. در میان نظریات فقها نظر دوم قابل تایید به نظر می‌رسد، چون عرف کنونی نیز چنان است.

ششم: موضوع ششم تحقیق، اهمیت فروش اموال منقول و غیرمنقول صغیر توسط وصی می‌باشد. به اساس دیدگاه‌های پیشین وصی حق دارد که اموال منقول صغیر را هنگام ضرورت به فروش رساند و اما به هیچ صورت حق فروش اموال غیرمنقول صغیر ندارد. هم‌چنان در ادای دین مدیون مهجور نخست به اموال منقول وی نظر افکنده شود و سپس در صورت نارسایی اموال منقول، اموال غیرمنقول وی به فروش رسد. بحث دیگری که در اموال منقول و غیرمنقول دارای ارزش و اهمیت بوده عبارت از انتهای ملکیت آن می‌باشد که انتهای ملکیت در اموال منقول بدون اراده‌ی محکمه و اما در اموال منقول اراده‌ی محکمه ضروری می‌باشد.

هفتم: فقها بر این باور اند که در بیع وفا در اموال منقول قابل تصور نیست و این بیع در اموال غیرمنقول قابل اجراء می‌باشد. هم‌چنان شماری فقها این بیع از جمله عقود توثیقی نمی‌دانند، ولی قانون مدنی افغانستان، این بیع از جمله عقود تملیکی و مجاز میداند. یعنی تاریخ و پیشینه‌ی این بیع به مردم بخارا بر می‌گردد و آن‌ها از آن در اموال غیرمنقول استفاده می‌نمودند.

هشتم: نتیجه‌ی دیگر این است که غصب تنها در اموال منقول قابل تصور می‌باشد و اما در اموال غیرمنقول قابل بحث نیست، چون اگر به تعریف این موضوع سری بزنیم در می‌یابیم که منظور از غصب همان دور نمودن دست مالک از مال می‌باشد و این عمل زمانی پذیرفتنی می‌باشد که نقل و انتقال مال از جایی به جایی دیگر ممکن باشد و اموال غیرمنقول این خصوصیت را دارا نمی‌باشد.

نهم: موضوع دیگر حق انتفاع، ارتفاق و سرقفلی می‌باشد که هر یک نیز تفاوتی دارند. حق انتفاع در اموال منقولی قابل تصور است که عین آن بقاء داشته باشد و اما در اموال غیرمنقول به صورت کلی پذیرفتنی است. حق ارتفاق از جمله حقوق عقاری دانسته می‌شود و حق سرقفلی، حق موجود بر اموال منقول می‌باشد. اموال منقول و غیرمنقول هر دو در حمایت قانون بوده اند، ولی تفاوت کلی آن‌ها در این است که بیگانگان می‌توانند اموال منقول خرید و فروش نمایند و اما اموال غیرمنقول از این امر مستثنی می‌باشند. همچنان دادگاه صالح به رسیدگی دعوی اموال منقول دادگاه محل سکونت مدعی علیه می‌باشد و اما در اموال غیرمنقول دادگاهی دانسته می‌شود که عقار در صلاحیت آن باشد.

دهم: مورد آخری که در عنوان گنجانیده شده است عبارت از حکم هردو مال در قانون و فقه می‌باشد. در قانون و فقه برای اموال منقول و غیرمنقول دو نوع حکم وجود دارد؛ یک حکم اموال منقول و غیرمنقول در قانون: در قانون برای اموال منقول و غیرمنقول دو حکم وجود دارد که عبارت از حکم اموال مشروع (قانونی) و اموال غیر مشروع (غیرقانونی). اموال قانونی اموالی است که از راه قانونی و مشروع به دست آمده و مالک آن بدون کدام محدودیت قانونی در استفاده آن دست باز میداشته باشد و اموال غیرقانونی اموالی است که از راه غیرمشروع به دست آید و مالک غیرقانونی آن حق استفاده از آن را ندارد. اما حکم اموال در فقه طوری است که شرع باید آن را جواز داده یا محدود نموده باشد که عبارت از مال حلال و حرام می‌باشد. اموال حلال عبارت از اموالی است که شرع در مورد استفاده آن برای مالک یا استفاده کننده آن هیچ محدودیتی وضع نکرده باشد و اموال حرام عبارت از اموالی است که شرع برای استفاده کننده آن محدودیتی وضع نموده باشد که در صورت استفاده از آن شخص استفاده کننده مورد مواخذه قرار می‌گیرد. تفاوتی که میان حکم مال در فقه و قانون دیده می‌شود این است که قانون متوجه اعمالی هر شخص در دنیا بوده و جنبه اخروی ندارد؛ اما حکم اموال منقول و غیرمنقول در فقه متوجه اعمال اشخاص در دنیا و آخرت می‌باشد.

پیشنهادات

در پایان تحقیق خویش باید بنویسم که موضوعات ارزشمند و با اهمیتی در فقه و قانون وجود داشت که به صورت کلی و درست آن بررسی و تحقیق صورت گرفت. موضوع تفاوت اموال منقول و غیرمنقول یک موضوع قابل بحث و با ارزشی است که در دانش‌کده‌های حقوق و شرعیات کشورها زیر عنوان حقوق اموال یا حقوق عینی تدریس می‌شود و افغانستان نیز جزء آن کشورها است. لازم می‌بینم که در زمینه پیشنهادی برای آینده داشته باشم.

نخست از همه برای اداره‌ی دانشگاه سلام پیشنهادی دارم که در راستای تأمین مواد لازم برای دانش‌جویان این پوهنتون نگاهی نمایند و کوشش نمایند که بیش‌تر منابع به زبان‌های رسمی کشور در اختیار شاگردان قرار دهند؛ زیرا بیش‌تر دانش‌جویان در راستای تأمین منابع مشکل دارند و این مشکل یک مشکل فراپاور در میان دانش‌جویان می‌باشد، چون بیش‌تر منابع حقوقی و فقهی در افغانستان به زبان‌هایی است خارجی اند.

سپس پیشنهادی دارم برای دانش‌جویانی که در کاروان علم و دانش روان اند. افغانستان کشور زیردست و فروافتاده‌ای است که هنوز قادر نشده تا برای شهروندان خویش یک منبع قابل استفاده به زبان‌های رسمی خویش گردآوری نماید و این امر سبب گردیده که شهروندان به شمول دانش‌جویان حقوق از منابع حقوقی خویش در هر رشته‌ای بی‌بهره بمانند. بناً در راستای گردآوری موضوعات حقوقی به زیان خویش کوشا گردند که در آینده به مشکلات این‌چنینی رو به رو نباشیم و بتوانیم از منابع داخلی استفاده نماییم. این کردار شما امری نیست جز رستگاری شهروندان این کشور و همکاری شما در راستای فرهنگ و دانش و رهایی اجتماع کنونی از جهل و انحراف‌های غیر ملموس. ناگفته نماند که این امر یک خدمت برای جامعه و مردم می‌باشد.

شماره	اعلام	صفحه
۱	المقدسی موفق القدين ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد، مشهور به ابن قدامه	۶۱
۲	ابو عبدالله كمال الدين محمد بن عبدالواحد سواسی، مشهور به ابن همام	۶۱
۳	عمر بن محمد بن احمد بن اسمعيل بن محمد بن لقمان نسفی، معروف به مفتی ثقلین ابو حفص نجم الدين نسفی	۱۱۰
۴	قاسم بن سلام هروی، مشهور به ابو عبید یا ابن عبدالسلام	۶۸
۵	شهاب الدين ابوالفضل احمد بن علی بن محمد بن محمد بن علی بن احمد بن محمود بن احمد حجر عسقلانی کنانی مصری، مشهور به ابن حجر عسقلانی	۷۰
۶	أبو عمرو عثمان بن علی بن محجن البارعی، فخرالدين زيلعی الحنفی، مشهور به زيلعی	۱۱۰
۷	محمد بن علی بن محمد ظهیری سمرقندی، مشهور به ظهیرالدين سمرقندی	۱۱۰
۸	ابو ذکریا یحیی ابن آدم بن سلیمان قرشی کوفی، مشهور به یحیی ابن آدم	۶۵
۹	محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز بن احمد بن عبدالرحیم بن محمد صلاح الدين، مشهور به ابن عابدين	۲۳
۱۰	حسن ابن صالح احول کوفی، مشهور به حسن ابن صالح	۶۵
۱۱	حسام الدين امام عمر (۴۸۳-۵۳۶ق) ملقب به برهان الائمة، برهان الدين، معروف به صدر الشهيد	۱۱۰
۱۲	شیخ محمد بن علی بن محمد بن علی بن عبدالرحمان بن محمد بن جمال الدين بن حسن بن زین العابدین، مشهور به حصکفی	۱۱۱
۱۳	ابوالحسن فخرالدين حسن بن منصور بن عبدالعزیز الفرغانی الاوزجندی، معروف به قاضی خان اوزجندی یا شمس الائمة	۱۱۰
۱۴	سیدحسین صفایی	۲۶
۱۵	احمد علی حمیتی واقف	۲۶

فهرست اعلام

فهرست منابع

منابع عربى

- ابن عابدين محمدا مين، ردالمحتار على الدرالمختار، بدون تاريخ، ١٢ ج، كويته: انتشارات مكتب رشيديه.
- ابى بكر سعود الكاسانى حنفى علاءالدين، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، بدون تاريخ، ٥ ج، پشاور: چاپ مكتب حقاينه.
- عبدالله بن احمد بن محمود النسفى، كنزالدقائق، بدون تاريخ، پشاور: چاپ مكتب اكرميه.
- كمال الدين محمد بن عبدالواحد، فتح القدير، بدون تاريخ، ١٠ ج، كويته: انتشارات مكتب رشيديه.
- الزحيلى وهبة، الفقه الاسلامى و ادلته، بدون تاريخ، ١٢ ج، كويته: انتشارات مكتب رشيديه.
- سرخسى ابى بكر بن محمد بن احمد، المبسوط، بدون تاريخ، ٣٠ ج، كويته: انتشارات مكتب رشيديه.
- يعقوب بن ابراهيم ابويوسف، كتاب الخراج، سال ١٩٧٩م، بيروت-لبنان: نشر دارالمعرفه.
- السنهورى احمد عبدالرازق، الوسيط فى الشرح القانون المدنى الجديد، سال ٢٠٠٢م، ١٤ج، بيروت لبنان، نشر انتشارات دار احياء التراث العربى.
- القره داغى على محى الدين، المقدمه فى المال والاقتصاد و العقد الملكيه، سال ١٤٠٣ هـ ق، چاپ اول، قطر، نشر شركة دارالبشائر الاسلاميه.
- وزارة الاوقاف والشئون الاسلاميه، الموسوعة الفقيهيه، سال ١٩٨٣ هـ ش، ٤٥ ج، چاپ ٢، كويت.
- زيدان عبدالكريم، المدخل لدراسة الشريعة الشريعة الاسلاميه، سال ١٤١١ هـ ق، عمان: مكتبة البشائر.
- عثمانى محمدتقى، فقه بيوع على مذاهب اربعه، سال ١٤٣٦ هـ ش، ٢ جلدى، كراچى-پاكستان: مكتبه معارف القرآن.
- مصطفى احمد زرقاء، المدخل الفقهي العام، سال ١٩٦٧-١٩٦٨م، ٣ ج، چاپ ٩، دمشق، دارالفكر.

- البخارى برهان الدين أبى متعالى محمود بن صدر الشريعة ابن مازة، محيط البرهاني، بدون تاريخ، نشر ادارة القرآن.
- الزيلعى فخرالدين عثمان ابن على ١٣١٣هـ، تبیین الحقايق شرح كنزالدقائق، بدون تاريخ، نشر مطبعة اميريه.
- الخطيب شربيني، مغنى المحتاج شرح المنهاج، بدون تاريخ، مصر: نشر مطبعة البابى الحلبي.
- الميدانى عبدالغنى، اللباب شرح الكتاب، بدون تاريخ، قاهره-مصر: نشر مطبعة صبيح.
- الحنبلى زين الدين عبدالرحمن ابن احمد ابن رجب، قواعد ابن رجب، بدون تاريخ، نشر مكتب توفيقه.
- سليم عمرو عبدالمنعم، فتح العزيز، بدون تاريخ، نشر انتشارات دارالضياء.
- موفق الدين عبدالله بن محمد ابن قدامة، المغنى، بدون تاريخ، چاپ سوم، قاهره-مصر: نشر بدار المنار.
- رستمباز لبنانى سليم، شرح المجلة الاحكام، سال ١٣٠٥هـ ق، بيروت-لبنان.
- الحفيد ابى الوليد محمد ابن احمد، ابن الرشد، بداية المجتهد، بدون تاريخ، مصر: مطبعة الاستقامة.
- الحنفى زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق، سال ١٢٩٠هـ ق، مصر: نشر مطبعة البابى الحلبي.
- المرغينانى ابى الحسن برهان الدين على ابن ابى بكر ١٤٢٩هـ، الهداية شرح البداية المبتدى، باكستان: نشر مكتب البشرى.
- بن سلام عبيدالقاسم، الأموال، ٢٠٠٧م، چاپ اول، دارالهدى النبويه، دارالفضيلة.
- البهوتى منصور بن يوسف، كشاف القناع شرح متن الاقناع، بدون تاريخ، نشر مطبعة السنه الحميديه.
- العسقلانى احمد بن على بن حجر، فتح البارى، بدون تاريخ، نشر مكتب السلفية.
- العميره محمد ابن عبدالعزيز، نوازل العقار، ٢٠١١م، الرياض-سعودى: نشر مشترك انتشارات بنك البلاد و دارالميمان.
- الخرشى محمد بن عبدالله، شرح مختصر خليل، بدون تاريخ، نشر انتشارات دارلفكر.
- الرملى محمد بن شهاب، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، بدون تاريخ، مصر: نشر مطبعة

البهية.

- الكليبولى عبدالرحمن ابن محمد ابن سليمان، مجمع الانهر، بدون تاريخ، بيروت-لبنان: نشر دارالكتب علميه.

- محمود طهماز عبدالحميد، الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، بدون تاريخ، ٥ جلدى، باكستان: چاپ مكتب حقانيه.

- عثمانى محمد تقى، تكملة الفتح الملهم، بدون تاريخ، دمشق: نشر انتشارات دارالقلم.

- احمد بن محمد، شرح الصغير للدردير، بدون تاريخ، مصر: نشر دارالمعارف.

- الدسوقى محمد عرفه، حاشية الدسوقى الشرح الكبير للدردير، بدون تاريخ، نشر مطبعه البابى الحلبي.

- ابن جزى، قوانين فقيهيه، سال ٢٠١٠م، وزارة الشؤون الاسلاميه، كويت: چاپ اول.

- المرعى بن ابى يوسف، غاية المنتهى، بدون تاريخ، چاپ اول، دمشق.

- جماعة العلماء هند، فتاوى الهنديه، بدون تاريخ، نشر مطبعه اميرييه.

- الحنفى زين الدين ابن نجيم، الأشباه و النظائر، بدون تاريخ، مصر: نشر دارالطباعة العامره.

- الحطاب، مواهب الجليل، ١٣٩٨ هـ ق، دارالفكر.

- التجويرى، محمد ابن ابراهيم ابن عبدالله، مختصر فقه اسلامى فى ضوء قرآن و سنت، سال ١٤٣١ هـ ق، العربية-السعودية: نشر انتشارات داراصداء.

منابع قانونى

- وزارت عدليه، قانون اساسى، سال ١٣٨٢ هـ ش، منتشره جريده رسمى شماره ٨١٨.

- وزارت عدليه، قانون مدنى، سال ١٣٥٢، ٤ جلدى، منتشره جريده رسمى شماره ٣٥٣.

- وزارت عدليه، قانون اصول محاكمات مدنى، سال ١٣٦٩ هـ ش، منتشره جريده رسمى شماره ٧٢٢.

- وزارت عدليه، قانون اصول محاكمات تجارتي، سال ١٣٤٣، منتشره جريده رسمى شماره ١-٤.

- وزارت عدليه، اصولنامه تجارت، نافذه سال ١٣٣٦ هـ ش.

- وزارت عدليه، قانون فروش عقار به نمايندگى هاى سياسى دول خارجى و سازمان هاى بين

المللی، سال ۱۳۸۷ هـ ش، منتشره جریده رسمی شماره ۹۴۷.

- وزارت عدلیه، قانون استملاک زمین، سال ۱۳۹۶ هـ ش، منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۵۸.

- وزارت عدلیه، کودجزا، سال ۱۳۹۶، منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۶۰.

- ژوبل محمدعثمان، مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودهای ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۵-۱۳۸۹)، سال ۱۳۹۰ هـ ش، چاپ اول، کابل: مطبعه نبراسکا.

- ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، اسناد و مصوبات سمینار عالی قضایی ۲۲-۲۵ حوت، ۱۳۹۵ هـ ش، با ضمایم ۱۳۴۹، ۱۳۵۰ و ۱۳۶۱، سال ۱۳۹۶ هـ ش، نشر انتشارات ستره محکمه.

- قانون مدنی، ایران.

- قانون آیین دادرسی مدنی، ایران.

- قانون تجارت ایران.

- قانون ثبت اسناد و املاک، ایران.

- مجلة الاحکام العدلیه.

کتابهای فارسی

- غزنوی غفوراحمد، حقوق عینی، سال ۱۳۹۳، کابل، نشر انتشارات نورمحمد احمدی.

- عبدالله نظام الدین، حقوق عینی، سال ۱۳۹۷، چاپ ۹، کابل، نشر انتشارات سعید.

- صمیم عبدالمجید، حقوق عینی اصلی، سال ۱۳۹۶ هـ ش، کابل، نشر انتشارات مستقبل.

- عبدالله نظام الدین، حقوق بین الملل خصوصی، سال ۱۴۰۰ هـ ش، چاپ ۱۲، کابل، نشر انتشارات سعید.

- دانش سرور، حقوق اداری افغانستان، سال ۱۳۹۴ هـ ش، چاپ دوم، کابل، نشر انتشارات دانشگاه ابن سینا.

- کاتوزیان ناصر، اموال و مالکیت، سال ۱۴۰۰ هـ ش، چاپ ۵۴، تهران، نشر انتشارات میزان.

- کاتوزیان ناصر، شفعه، وصیت و ارث، سال ۱۳۹۸ هـ ش، چاپ ۳۰، تهران، نشر انتشارات میزان.

- صفایی سیدحسین، اشخاص و اموال، سال ۱۳۸۸ هـ ش، چاپ ۹، تهران، نشر انتشارات میزان.
- امامی سیدحسن، حقوق مدنی، ۶ ج، بدون تاریخ، تهران، نشر مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان.
- جعفری لنگرودی محمد جعفر، حقوق اموال، سال ۱۳۸۰ هـ ش، چاپ ۵، تهران، نشر کتابخانه گنج دانش.
- حمیتی واقف احمدعلی، سال ۱۳۸۳ هـ ش، اموال و مالکیت، تهران، نشر انتشارات رخسار.
- وزارت عدلیه، شرح کودجزا، سال ۱۳۹۸ هـ ش، ۴ جلدی، کابل-افغانستان، نشر بنیاد آسیا.
- اتاسی محمدخالد، شرح المجلة الاحکام، ترجمه امان الله موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت، سال ۱۳۷۰، کابل: انتشارات ستره محکمه.
- عثمانی محمدتقی، احکام معاملات، سال ۱۳۹۶، ترجمه محمدصادق رحمانی سورستانی، دو جلدی، چاپ اول، تهران: نشر انتشارات خواجه عبدالله انصار.
- نذیر دادمحمد، اساسات حقوق اسلام، سال ۱۳۸۸ هـ ش، چاپ اول، کابل، مطبوعه نعمانی.
- ولوین رضا، جزوه مدنی دو: اموال و مالکیت، بدون تاریخ، تهران: نشر انتشارات میزان.
- هاشمی سید احمدعلی، ابراهیم تقی‌زاده، حقوق اموال و مالکیت، سال ۱۳۹۵، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور.
- احمدی هاشمی، اصول محاکمات مدنی، سال ۱۳۹۷ هـ ش، چاپ ۴، کابل: نشر انتشارات واژه.
- شهبازی محمد حسنین، حقوق مدنی، بدون تاریخ، تهران: مؤسسه فرزندگان دادآفرین.
- عمرانی-مکی ثریا شهرجردی پیام، اصول محاکمات مدنی افغانستان، سال ۲۰۰۷ م، مؤسسه بین المللی مطالعات تطبیقی.
- عسگری غلام حسین، آیین دادرسی مدنی، سال ۱۳۸۱ هـ ش، چاپ اول، قم: انتشارات مؤسسه مطبوعاتی دارالکتب جزایری.
- امینی محمد علی، حقوق مدنی دو، سال ۱۳۹۷ هـ ش، کابل: نشر انتشارات دانشگاه غرجستان.
- رسولی محمدشرف، نقد و تحلیل قانون اساسی افغانستان، سال ۱۳۸۹ هـ ش، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.

- سابق سید، فقه السنه، سال ۱۳۷۱ هـ ش، ۴ جلدی، ترجمه محمود ابراهیمی، انتشارات محمدی سقر.

فرهنگ‌ها

- مولانا محمد غیاث الدین، غیاث الغات، بدون تاریخ، کویت-پاکستان: نشر فیضی کتب‌خانه.
- سیاح احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین عربی به فارسی (ترجمه المنجد لويس معلوف)، سال ۱۳۷۷ هـ ش، چاپ بیستم، تهران: نشر انتشارات اسلام.
- پوهنتون کابل، پوهنځی حقوق و علوم سیاسي، قاموس اصطلاحات حقوقی، سال ۱۳۸۷ هـ ش، کابل: نشر انتشارات وزارت عدلیه.
- دهخدا علی اکبر، فرهنگ فارسی دهخدا، سال ۱۳۷۷ هـ ش، ۱۶ ج، چاپ ۲، تهران: نشر دانشگاه تهران.
- معین محمد، فرهنگ فارسی معین، سال ۱۳۸۱ هـ ش، ۲ ج، چاپ ۴، تهران: نشر انتشارات ادنا.
- عمید حسن، فرهنگ فارسی عمید، سال ۱۳۸۱ هـ ش، یک جلدی، تهران: نشر موسسه انتشارات امیر کبیر.
- جعفری لنگرودی محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، سال ۱۳۸۲ هـ ش، چاپ ۱۳، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، سال ۱۳۸۱ هـ ش، ۵ ج، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- انصاری مسعود و طاهری علی محمد، دانشنامه حقوق خصوصی، سال ۱۳۸۴ هـ ش، ۳ ج، چاپ ۱، تهران: انتشارات محراب فکر.

Summary of Discussion

Movable property and immovable property, although they are similar in property being, this sameness is not considered as a reason for these two types of property to be the same type of property, but both types of property from any point of view, such as shofa'a, easement, adhesion etc. are different. When we talk about property and its types, it includes all properties that is used as a tool for the collective life of humans. A number of scientists believe that wealth and property bring happiness in this world and on the doomsday. This is the correct statement, because a knowledgeable person and an ignorant person can never be compared to each other, and knowledge and science are included under a set of assets that include both material benefit and spiritual benefit. However, it can be seen that a rich and powerful person is open handed than ever, during his possessions. It is also the meaning of the hadith that "the giver is better than the receiver". The above reasons and proofs show that movable and immovable property has a good and right place among humans and human desires move more and more to have two types of property. Human existence in general is selfish and self-centered and definitely works and fights for more property, and this increased desire of humans has caused that religions and their subgroups, scholars and scientists in relation to wealth and its types, how, where and on what reasons should be made for someone special, they have turned and focused. Considering the topic, it was necessary to highlight the key and fundamental points of the research, which has been done and the hidden corners and differences between movable and immovable property have been discussed in the research. Movable and immovable property differed in matters such as the definition of jurists and lawyers, their jurisdiction, protection of these two types of property, attachment, intercession, waqf, their rulings in jurisprudence and law, rights of easement and usufruct, goodwill, etc. are included in this discussion. Although there have been many researches and efforts in relation to wealth; There has not been a specific view and comprehensive collection regarding the separation or difference between movable and immovable property, and most of the benefits of this research are due to the fact that it is a collection for "difference between movable and immovable property and its ruling". In this research, a lot of efforts have been made to collect the best contents, from reliable jurisprudential sources and laws, in order to make it easy for dear readers. Islamic countries believe in movable and immovable property. Based on all the complexities of movable property and immovable property, it has been viewed from all sides. The findings show that movable and immovable property have significant differences compared to similarities, which are detailed in the discussion.

Key Words: Rulings, Difference, Immovable, Property, Movable.



Salam university

Faculty sharia & law

Master program jurisprudence & law



Islamic Imerate of Afghanistan

Ministry of higher education

DM of academic affairs

The differences between Movable and immovable property and its sentence

In sharia & law

Student: Abdul Halim Hanafi

Supervisore: Dr. Mohammad unis Ebrahimi

Year: ۲۰۲۲



Salam university

Faculty sharia & law

Master program jurisprudence & law



Islamic Emirate of Afghanistan

Ministry of higher education

DM of academic affairs

The differences between Movable and immovable property and its sentence

In sharia & law

A Master's thesis

Student: Abdul Halim Hanafi

Supervisore: Dr. Mohammad unis Ebrahimi

Year: 2022