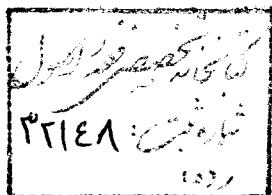


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سلسله پژوهش‌های فقهی - حقوقی ۴



بیع زمانی

(بررسی فقهی، حقوقی قرارداد (Time Sharing)

معاونت آموزش قوه قضائیه

دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی - قم

انتشارات جنگل

عنوان و نام پدیدآور	بیع زمانی (بررسی فقهی، حقوقی قرارداد Time Sharing /
مشخصات نشر	/ تدوین معاونت آموزش قوه قضاییه
مشخصات ظاهری	تهران: جنگل ۱۳۸۸.
فروست	۱۴۴ ص.
شابک	سلسله پژوهشهای فقهی - حقوقی ۴.
وضعیت فهرست‌نویسی	۵-۳۴۵-۹۸۱-۹۶۴-۹۷۸
یادداشت	فیفا
موضوع	کتابنامه به صورت زیرنویس.
موضوع	مالکیت محدود به زمان.
شناسه افزوده	مالکیت (فقه).
رده‌بندی کنگره	ایران، قوه قضاییه. دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی.
رده‌بندی دیوبی	۱۳۸۸ ب۲ ۹۸/۶ BP
شماره کتابشناسی ملی	۲۹۷/۳۷۲
	۱۷۰۶۷۹۳

پایگاه اینترنتی: WWW.law-training.ir پست الکترونیکی: [Email:motoon@law-training.ir](mailto:motoon@law-training.ir)

نشانی: تهران - خ حافظ شمالی - نبش خ سمیه - ساختمان شماره سه قوه قضاییه - معاونت آموزش قوه قضاییه



عنوان: سلسله پژوهشهای فقهی-حقوقی (۴) بیع زمانی (بررسی فقهی-حقوقی قرارداد Time Sharing)
گردآوری و تدوین: معاونت آموزش قوه قضاییه
محقق: مسعود امامی
بازبینی و کنترل نهایی: محمد اسماعیل بیگی
ناظر چاپ: منصور سعیدی
چاپ و صحافی: شرکت زیتون چاپ بهاران
تیراژ و نوبت چاپ: ۱۰۰۰ نسخه، اول، ۱۳۸۸
قیمت: ۲۰۰۰۰ ریال
ناشر: انتشارات جنگل

تلفن مرکز پخش: ۰۲۱-۶۶۴۹۵۲۷۵-۶۶۴۸۶۱۱۵-۹

<http://www.junglepub.org>
[email://Info@junglepub.org](mailto:Info@junglepub.org) ۰۳۱۱-۲۲۱۲۰۴۷-۲۲۳۹۸۰۹

« مسئولیت علمی مطالب و نظریه ها متوجه گروه تحقیقی است و الزاماً نظریه معاونت آموزش قوه قضاییه نمی‌باشد.

« معاونت آموزش قوه قضاییه از هرگونه نقد و نظر نسبت به محتوی این کتاب استقبال می‌کند.

« کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر محفوظ و متعلق به معاونت آموزش قوه قضاییه می‌باشد و نقل هرگونه مطالب با ذکر منبع بلامانع می‌باشد.

فهرست

پیشگفتار	چ
مقدمه	ذ

بخش اول: مفهوم مالکیت

مقدمه	۳
فصل اول: مفهوم مالکیت در فقه	۵
فصل دوم: مفهوم مالکیت در حقوق	۱۵

بخش دوم: جایگاه مالکیت موقت

مقدمه	۲۱
فصل اول: مالکیت موقت در حقوق	۲۳
فصل دوم: مالکیت موقت در فقه	۳۱

بخش سوم: دلایل نفی و اثبات مالکیت موقت

فصل اول: دلایل نفی مالکیت موقت	۵۵
دلیل اول	۵۵
دلیل دوم	۵۷
دلیل سوم	۶۳
دلیل چهارم	۶۶

۶۷		دلیل پنجم
۶۸		دلیل ششم
۶۹		دلیل هفتم
۷۰		دلیل هشتم
۷۳		فصل دوم: دلایل امکان و اثبات مالکیت موقت
۷۳		دلیل اول
۷۴		دلیل دوم

بخش چهارم: بیع زمانی در قالب قراردادها

۷۷		فصل اول: بیع زمانی در عقود معین
۷۷		۱. عقد بیع
۷۸		دلیل اول
۷۸		دلیل دوم
۸۴		دلیل سوم
۸۶		۲. عقد صلح
۸۶		۱-۲. تعریف عقد صلح
۹۰		۲-۲. پیشینه خصومت و اختلاف در عقد صلح
۹۳		۳-۲. اصالت عقد صلح
۹۵		۴-۲. نتیجه عقد صلح
۹۶		۵-۲. نتیجه گیری
۹۷		۶-۲. نقد و بررسی
۱۰۷		فصل دوم: بیع زمانی در عقود غیر معین
۱۱۱		خاتمه: برخی مقررات قرارداد بیع زمانی
۱۱۳		کتابنامه

پیشگفتار

امروزه با توجه به رشد سریع علوم، جامعه‌ای می‌تواند جایگاه مناسبی در بین جوامع داشته باشد که با رهروان قافله‌ی علم و دانش هماهنگ باشد و جامعه‌ای دارای رشد، توسعه و توان می‌باشد که نیروی انسانی متخصص و محقق بیشتری در جهت تولید علم در ابعاد گوناگون داشته باشد. عقب ماندگی علمی و فرهنگی معضلی است که کشورهای جهان سوم با آن دست و پنجه نرم می‌کنند و باعث تسلط قدرت‌های استعماری بر آنان شده است. در این کشورها تحقیقات اهمیت و ضرورت چندانی ندارد و کمترین بودجه را به این امر اختصاص می‌دهند.

با پیروزی انقلاب اسلامی ایران به رهبری حضرت امام خمینی علیه السلام، انقلابی عظیم در آحاد جامعه به وجود آمد و مردم به خودباوری رسیدند و تحرّک چشم‌گیری در جهت رشد علمی جامعه آغاز شد و هر روز نیز در حال گسترش است و امروز با هدایت‌های امام گونه‌ی رهبر فرزانه انقلاب حضرت آیت‌الله العظمی خامنه‌ای (دامت برکاته) و با اعلام نهضت نرم‌افزاری و تولید علم، شتاب بیشتری به خود گرفته است و می‌رود که در صورت حمایت همه جانبه‌ی مسؤولان و با همت بلند اندیشمندان و محققان و نهادهای شدن تحقیقات و اختصاص بودجه‌های کافی به این امر در زمانی نه چندان دور کشور اسلامی ما نیز در زمره‌ی پیشروان قافله‌ی علم و دانش قرار گیرد و عظمت از دست رفته خود را باز یابد؛ البته آنگاه تحقیقات اثربخش و قابل عرضه در مجامع علمی داخل و خارج خواهد بود که بنیادین، نو و در حوزه‌های مختلف مورد نیاز جامعه باشد.

بدون شک از جمله حوزه‌هایی که با توجه به نوپا بودن نظام اسلامی و دور بودن فقه

امامیه در قرن‌های گذشته (در بعد مسائل حکومتی) از متن جامعه، نیاز به تحقیق و پژوهش دارد، حوزه‌ی قضا می‌باشد؛ چرا که امروزه دستگاه قضایی و قضات در جریان رسیدگی به پرونده‌ها نظر به ابهام، اجمال، نقص و تعارض قوانین با مجموعه‌ای از سؤال‌های بی‌پاسخ مواجه هستند که پاسخ آنها را در قوانین مدون نمی‌یابند و از این رو است که قانون‌گذار در همان ابتدای پیروزی انقلاب با توجه خاص اقدام به تصویب اصل ۱۶۷ قانون اساسی کرد که مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند که حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» و لذا دستگاه قضایی کشور در جهت تحقق هرچه بهتر خواست قانون‌گذار در سال ۱۳۷۶ اقدام به تأسیس مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضاییه نمود - که در سال ۱۳۸۳ بخش وسیعی از وظایف آن به عهده‌ی دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی قرار گرفت - تا هم در جهت تهیه‌ی پاسخ سؤال‌های روزمره‌ی قضات با انجام پژوهش و استفتا از مراجع معظم تقلید اقدام نماید^۱ و هم در موارد لازم با انجام تحقیقات بنیادین در راستای ابهام‌زدایی از قوانین و ارائه پیشنهاد نسبت به اصلاح قوانین اقدام نماید و هم در تهیه‌ی متون آموزشی مناسب فعالیت کند که با توجه به عنایت حضرت حق و پشتیبانی مسؤولان محترم قوه‌ی قضاییه خصوصاً حضرت آیت‌الله هاشمی شاهرودی (دام‌عزه) رئیس معظم قوه‌ی قضاییه و کمک‌های بی‌دریغ حضرت حجت‌الاسلام والمسلمین جواهری (زید‌عزه) معاون محترم آموزش قوه قضاییه در این قسمت نیز تحقیقات به عمل آمده با عنوان سلسله پژوهش‌های فقهی - حقوقی تنظیم گردید که در چندین جلد چاپ و به جامعه‌ی علمی و حقوقی کشور تقدیم می‌شود. آنچه پیش رو دارید چهارمین جلد از این مجموعه با عنوان «بیع زمانی» می‌باشد.

اشاره به چند نکته بایسته است:

۱. بیع زمانی از موضوعات نوپیدایی است که در این پژوهش مورد کنکاش قرار گرفته است.
۲. هدف از انتشار این مجموعه ارتقای دانش فقهی علاقمندان به ویژه قضات محترم،

۱. تحقیقات انجام شده در این راستا تاکنون در سیزده جلد با عنوان مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور کیفری و حقوقی به چاپ رسیده است.

آشنایی بیشتر با مبانی فقهی قوانین و تسهیل جریان سیاست‌های کلی قوه‌ی قضاییه و ایجاد زمینه‌ی پژوهش‌های کاربردی دیگر است.

۳. پژوهش‌های انجام شده در این مجموعه بر اساس طرح‌های تحقیقاتی مصوّب قوه‌ی قضاییه در مرکز تحقیقات فقهی که زیر مجموعه‌ی معاونت آموزش و تحقیقات قوه بود، انجام شده و در دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی پی‌گیری و چاپ شده است. آرا و نظریات محققان محترم، لزوماً دیدگاه معاونت آموزش و دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی نمی‌باشد.

۴. مجموعه‌ی حاضر از اولین کارهای انجام شده به صورت گسترده می‌باشد که طبعاً با نقص‌هایی همراه خواهد بود؛ لذا از همه‌ی اندیشمندان و صاحب‌نظران تقاضا می‌شود با پیشنهادها و انتقادهای سازنده‌ی خویش ما را در ادامه‌ی این مسیر برای عرضه‌ی کارهای بهتر یاری نمایند.

در پایان از همکاران معاونت آموزش قوه‌ی قضاییه و دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی قم که در آماده‌سازی و چاپ این مجموعه نقش داشته‌اند تقدیر و تشکر می‌شود.

سعدالله قلی‌پور

مدیرکل دفتر آموزش روحانیون

و تدوین متون فقهی - قم

مقدمه

گستره‌ی رشد و تکامل جهان معاصر که با شتاب روزافزون به سوی افقی ناپیدا در حرکت است، هیچ شاخه‌ای از دانش بشری را بی نصیب نهماده است و هرروز شاهد زایش فرزندی جدید در عرصه‌های گوناگون علوم می‌باشیم. دانش حقوق نیز همسفر با دیگر شاخه‌های علم، این قافله‌ی شتابان را همراهی می‌کند و هر روز ما را به تماشای تحولات و دگرگونی در اندوخته‌های پیشین و نظاره فرزندان نوینش فرا می‌خواند.

یکی از نوزادان این دانش فراخ که چند سالی از عمر آن در جهان غرب نمی‌گذرد قرارداد تایم شرینگ (Time sharing) است. این قرارداد که براساس نیازها و امیال انسان معاصر شکل گرفته است می‌تواند به گونه‌ای پاسخ‌گوی او باشد و او را برای رسیدن به مقصودش یاری رساند. علاقه‌ی مفراط انسان به تنوع‌طلبی و بهره‌مندی هرچه بیشتر از مظاهر جهان مادی یکی از مهم‌ترین انگیزه‌های شکل‌گیری این تأسیس حقوقی بوده است. تمایل انسان به گذران خوشایند و لذت بخش اوقات فراغت سبب شده است که در صدد یافتن راه حلی برای یک‌نواختی کسالت بار ویلاها و اماکن تفریحی خود برآید. انسان معاصر که از خستگی و فشار زندگی پر مشغله‌ی شهری پناه به دامن طبیعت و مراکز تفریحی می‌برد و برای اطمینان خاطر به خرید مسکن و مأوایی در محل مورد علاقه‌ی خویش می‌پردازد، پس از مدتی از روزمرگی و یک‌نواختی منزلگاه جدید نیز به ستوه می‌آید و ترجیح می‌دهد اوقات فراغت و ایام تعطیلات را با تجربیاتی نو، بار دیگر لذت‌بار و فرح‌بخش نماید.

تعویض مکرر مالکیت اماکن تفریحی کاری آسان نیست. از سوی دیگر، استفاده از سایر قراردادهای و نهادهای حقوقی همچون اجاره، اطمینان خاطر لازم و نیز سلطه‌ی مورد

خواست بر محل را تأمین نمی‌کند. از این رو در صدد یافتن و ایجاد نهاد حقوقی بر آمد که در عین حصول مالکیت عین، به او این اجازه را بدهد که از مقدار محدود دارایی خویش در جهت استفاده‌ی هرچه بیشتر از مراکز گوناگون و متنوع تفریحی بهره‌مند گردد و در این میان چاره‌ای ندید جز آن که مالکیت بر عین را محدود و مقید به زمان کوتاهی در محدوده‌ی ماه، سال و... نماید. به عبارت دیگر، او به جای آن که ملکی را برای همیشه مالک شود، تنها مالک آن در محدوده‌ی خاصی از زمان خواهد بود که این محدوده با گذشت زمان متناوباً و برای همیشه تکرار می‌گردد. مانند آن که مالکیت ویلایی را تنها در فصل بهار یا ماه فروردین و یا هفته‌ی اول سال در اختیار گیرد و در سایر اوقات سال، این ویلا دارای مالک و یا مالکان دیگر باشد.

این گونه مالکیت، تفاوت آشکاری با مالکیت مشاع بر عین واحد دارد؛ زیرا در مالکیت به نحو اشاعه، همه‌ی مالکان در تمامی قطعات زمان دارای مالکیت عین مملوک می‌باشند و آنچه سبب می‌شود که مالکیت هریک از دیگری باز شناخته شود، سهم و یا سهام هریک نسبت به عین مملوک است. اما در این فرض جدید، مالکیت افراد متعدد بر عین واحد به واسطه‌ی قطعات زمان تقسیم و سهم‌بندی می‌گردد و سهم هریک، مالکیت کامل و بلامنازع وی در قطعه‌ی خاصی از زمان می‌باشد که با گذشت آن بخش از زمان، مالکیت او نیز به طور کامل منتفی می‌گردد، تا بار دیگر در طی گذشت زمان، آن قطعه‌ی خاص از زمان، تکرار گردد و در نتیجه، مالکیت او نیز تولدی دوباره یابد و برای همیشه مالکیت او با تکرار آن بخش از زمان متولد می‌گردد و با سپری شدن آن از میان می‌رود.

اندیشه‌وران دانش حقوق در مغرب زمین، نام این تأسیس حقوقی نوظهور را Time sharing نهاده‌اند، که معنای تحت اللفظی آن «سهم زمانی» می‌باشد. البته در حقوق اسلامی راه‌هایی وجود دارد که تا حدّی می‌تواند این خواسته را برآورده سازد که به عنوان نمونه می‌توان از عقد اجاره یا مهایات^۱ زمانی در تقسیم منافع مال مشاع میان شریکان نام برد. در عقد اجاره، مالکیت عین متعلق به موجر است و مستأجر مالک منافع عین در مدّت مشخصی خواهد بود و در مهایات زمانی، مالکان مال مشاعی برای استفاده از مال مشترک، منافع آن را به گونه زمانی میان خویش تقسیم می‌نمایند و منافع تمامی مال در مدّت معینی

۱. تقسیم منافع مال مشترک طبق اجزاء آن یا بر حسب زمان.

متعلق به یکی از مالکان خواهد بود. اما هیچ یک از این دو رابطه‌ی حقوقی، انطباق کامل با قرارداد بیع زمانی ندارد؛ زیرا در اجاره مالک عین در تمام زمان‌ها، موجر می‌باشد و مستأجر تنها مالک منافع است و در مهیایات، مال همیشه دارای مالکان متعدد می‌باشد که استفاده از منافع آن در طول زمان میان ایشان تقسیم گردیده است. در حالی که در قرارداد بیع زمانی در هر برهه‌ای از زمان، مال تنها دارای یک مالک است که حق استفاده از منافع آن را دارد.

بررسی علمی جایگاه این قرارداد در نظام فقه امامیه و حقوق ایران مستلزم یافتن مفاهیمی مشترک و آشنا با این نظام گرانسنگ می‌باشد. این مفاهیم را، هم در مرحله‌ی امکان و ثبوت که نتیجه و ثمره به دست آمده از این قرارداد است می‌بایست جستجو کرد، و هم در مرحله‌ی اثبات که راه رسیدن به آن مفهوم ثبوتی است. به عبارت دیگر، این قرارداد مستلزم رابطه‌ای اعتباری و حقوقی میان مالک و مملوک، و مالکان نسبت به یکدیگر می‌باشد که نزدیک‌ترین مفهوم حقوقی به آن در فقه، مفهوم «مالکیت موقت» است. هرچند فرد شایع و رایج مالکیت موقت در فقه همان مالکیت محدود به زمان خاص می‌باشد که با سپری شدن آن، مالکیت برای همیشه زایل می‌گردد. اما مفهوم مالکیت موقت ظرفیت شمول نسبت به مصادیق دیگری همچون نتیجه به دست آمده از قرارداد بیع زمانی را نیز دارد؛ زیرا اگرچه در این قرارداد، مالکیت از جهتی دائمی و همیشگی است و پیوسته با گذشت دوره‌ی زمانی خاصی تکرار می‌گردد، ولی از جهت دیگر محدود و مقید به بُعد زمان می‌باشد که شامل اجزای دیگر زمان نیست و بدین لحاظ مصداقی برای مالکیت موقت خواهد بود. پس نخستین وظیفه‌ی این نوشتار بررسی امکان و وقوع مالکیت موقت در فقه و حقوق، و نقد دلایل نفی و اثبات آن می‌باشد، تا در نتیجه جایگاه این قرارداد به عنوان یکی از مصادیق مالکیت موقت، در فقه و حقوق تبیین گردد.

از سوی دیگر، نوشتار حاضر به بررسی قالب‌ها و قراردادهایی می‌پردازد که احتمال شایستگی تحقق مالکیت موقت را به گونه‌ای که در بیع زمانی وجود دارد، دارا می‌باشند و این دو مبحث، محتوای اصلی رساله‌ی حاضر را تشکیل می‌دهند.

بخش اول

مفهوم مالکیت

مقدمه

یکی از نکات شگفت‌آور حیات عقلانی و علمی بشر این است که هرگاه انسان در صدد تفسیر، تشریح و تعریف علمی حقایقی برآمده که زندگی او را از هر سو احاطه نموده و روشنی و وضوح آن برای او تردیدناپذیر بوده است، بیشتر دچار اختلاف نظر و تشبّت آراء گردیده است.

این ویژگی سهل‌ممتنع در تفسیر واقعیات بدیهی، که از سویی تصور و درک آنها را ضروری می‌نمایاند و از سوی دیگر، تفسیر و تحلیل عقلانی آن را دشوار می‌سازد، مقولات اعتباری را نیز بی‌نصیب ننهاده است. یکی از این مفاهیم، مالکیت است که از پیشینه دراز و ناپیدایی در تمدن بشری برخوردار است و گویا انسان از آغاز پیدایش خود روزی را بدون آن سپری ننموده است. فقیهان و حقوقدانان در تفسیر و تحلیل حقیقت این مفهوم که از بدیهی‌ترین و روشن‌ترین مفاهیم اعتباری در نزد اقوام و ملل گوناگون در طول تاریخ بوده است، دچار اختلاف نظر گردیده‌اند.

فصل اول

مفهوم مالکیت در فقه

برخی از فقیهان به صراحت از این نکته یاد نموده‌اند که مفهوم مالکیت دارای معنای عرفی و عقلایی است و شریعت همان معنا و مفهوم را در مواردی امضا و در مواردی دیگر ردّ و در برخی دیگر از موارد، تأسیس نموده است. از این رو مفهوم مالکیت دارای حقیقت شرعی نیست.^۱

فقه‌های عامه که در تعریف مالکیت، تعبیری همچون «حکم شرعی»، «قدرة شرعية»، «اباحة شرعية»، «اتصال شرعی» و «اختصاص شرعی»^۲ دارند، مقصودشان این نیست که این مفهوم ساخته و زاینده شریعت است، بلکه به این نکته اشاره دارند که مالکیت در فقه، مفهومی اعتباری است که می‌بایست شارع آن را امضا یا تأسیس نماید و بدون اعتبار شارع هیچ‌گونه ارزش و اعتباری برای مالکیت نخواهد بود.

۱. نراقی، احمد، عوائد الایام، ص ۳۸: «و معنى الملكية و المالية و الملك و المال معنى عرفی او لغوی لا يتوقف معرفته على توقیف من الشرع و لاعلى دليل شرعی، بل يجب فيها الرجوع الى العرف و اللغة كما هو الشأن فی سایر الالفاظ التي لم يثبت لها حقائق شرعية. و لكن ثبوت ذلك الاختصاص و الربط للشيء بالنسبة الى شخص حتى يصدق عليه عرفاً انه ملكه و ماله لكونه امراً حادثاً متجدداً يتوقف على دليل». همچنین مراجعه شود به: نراقی، احمد، مستند الشیعة، ج ۱۴، ص ۳۰۴؛ حکیم، سید محسن، نهج الفقاهة، ص ۱۲۵.

۲. خفیف، علی، الملكية فی الشريعة الاسلامیة مع المقارنة بالشرایع الوضعیة، ص ۱۸؛ مصلح، عبدالله بن عبدالعزيز، قیود الملكية الخاصة، ص ۲۹؛ مغربی، محمود عبدالحمید، المال و الملكية فی الشريعة الاسلامیة، ص ۳۰.

فقه‌های گذشته شیعه با تکیه بر بداهت معنای عرفی مالکیت نیازی به تعریف آن ندیده‌اند. برخی از فقیهان تنها به بیان آثار مالکیت پرداخته‌اند. محقق حلّی فایده ملک را «سلطنت» می‌داند.^۱ و به نظر علامه حلّی مالکیت موجب «اطلاق تصرف» و «اباحه وجوه تصرفات» است.^۲

از برخی کلمات صاحب جواهر به دست می‌آید که وی مالکیت را نفس سلطنت معرفی کرده است.^۳ میان فقه‌های متأخر نیز این مسئله که مالکیت عین سلطنت است و یا سبب آن می‌باشد، اختلاف است. گروهی همچون آخوند خراسانی، محقق اصفهانی و امام خمینی سلطنت را غیر از مالکیت، و نتیجه آن می‌دانند.^۴ برخی دیگر مانند سید یزدی و محقق خوینی مالکیت را عین سلطنت معرفی کرده‌اند.^۵

بسیاری از فقیهان متأخر شیعه در تعریف مالکیت و بیان حقیقت آن تحت تأثیر مباحث و اصطلاحات فلسفی قرار گرفته‌اند. فیلسوفان در ضمن بحث از مقوله «جده» یا «ملک» که یکی از مقولات نه گانه اعراض می‌باشد، پیرامون مالکیت اعتباری سخن رانده‌اند.^۶ از برخی از سخنان فلاسفه گذشته چنین به دست می‌آید که آنان مالکیت اعتباری را از مصادیق مقوله جده قرار داده‌اند. ارسطو در کتاب مقولات، مالکیت خانه و متاع را از مصادیق همین عرض ذکر می‌نماید.^۷ و خواجه نصیرالدین طوسی در اساس الاقتباس می‌گوید:

«دیگر مقوله جده، ملک وله است. و این هر سه نامهای این مقوله است. و آن نزدیک متقدمان بودن چیز است بر چیزی را، مانند علم و شجاعت و صحت و جمال و مال و فرزند و مکان و امثال آن، زید را. و به نزدیک متأخران هیأتی است که جسم را

۱. حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۶۸.

۲. حلّی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۴، ۴۹۵.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۵، ص ۱۲۲.

۴. خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ص ۴؛ امام خمینی رحمته الله، البیع، ج ۱، ص ۱۰؛ اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۷.

۵. یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ص ۵۸؛ توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهة (تقریرات درس آیت الله سید ابوالقاسم خوینی)، ج ۲، ص ۴۴؛ روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثة، ص ۲۲۲.

۶. عرض در فلسفه مضاف در مقابل جوهر قرار می‌گیرد و هر دو قسمی از ماهیت می‌باشند. جوهر ماهیتی است که هر گاه در خارج از ذهن تحقق یابد نیازمند به موضوع و محل نمی‌باشد، برخلاف عرض. از این رو عرض واقعیت عینی و خارجی دارد، واقعیتی که نیازمند به موضوع و محل است. مراجعه شود به: شیرازی، صدرالدین محمد، الحکمة المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، ج ۴، ص ۲۳۵؛ طباطبائی، سید محمد حسین، نه‌ایة الحکمة، ص ۹۰.

۷. خوانساری، محمد، منطق صوری، ج ۱، ص ۱۷۷.

باشد به سبب نسبت او با ملاصقی یا محیطی یا شاملی که منتقل باشد به انتقال آن

جسم مانند تلبس و تسلح و تقمص و تزین و تنعل و غیر آن...»^۱

صدرالمتألهین در اسفار بعد از تعریف مقوله «جده» و نقل سخن فیلسوفان که این مقوله را به طبیعی و اعتبار خارجی تقسیم نموده‌اند و مالکیت اعتباری در «الفرس لزید» را از قسم دوم قرار داده‌اند، تصریح می‌کند که این مالکیت اعتباری از مقوله اضافه است.^۲ برخی از معاصران از ظاهر کلام وی چنین برداشت نموده‌اند که در نظر وی، مالکیت از مصادیق مقوله اضافه و در نتیجه ماهیتی متحقق و موجود در عالم خارج از ذهن است.^۳ اما مرحوم شیخ محمد حسین اصفهانی با توجه به کلام صدرالمتألهین در شرح هدایه اثیری که نسبت میان مخلوقات و خداوند را هم از مصادیق مالکیت طبیعی قرار داده است، چنین نتیجه می‌گیرد که مقصود وی این است که مالکیت به معنای مقوله اضافه است، نه این که از مصادیق خارجی مقوله اضافه باشد و تحت آن واقع گردد، زیرا بی تردید خداوند و فعل او که اضافه اشراقی می‌باشد تحت مقوله اضافه که عرض و محتاج به موضوع و محل است قرار نمی‌گیرد.^۴

علامه طباطبایی مالکیت را امر اعتباری برای مالکیت حقیقی و خارج از مقوله اضافه و سایر مقولات عرضی قرار داده است.^۵

شیخ انصاری در آغاز مباحث بیع در مکاسب، مالکیت را به نسبتی میان مالک و مملوک تعریف نموده است.^۶ سید یزدی در توضیح این فراز از مکاسب می‌نویسد: «ظاهر این سخن این است که او مالکیت را از مقوله اضافه قرار داده است» و سپس شرح می‌دهد که اگر مالکیت را نسبت و اضافه متکرر میان طرفین (مالک و مملوک) بدانیم یا آن را همچون مصنف امری واقعی قرار خواهیم داد که شارع کشف از آن می‌نماید و در این صورت از احکام وضعی نخواهد بود، بلکه از امور واقعی می‌باشد؛ و یا در نظر صحیح حکمی جعلی

۱. طوسی، محمد بن محمد، اساس الاقتباس، ص ۵۱.

۲. شیرازی، الحکمة المتعالیة، ج ۴، ص ۲۲۳.

۳. مصباح یزدی، محمد تقی، تعلیقة علی نهایة الحکمة، ص ۱۹۸.

۴. اصفهانی، حاشیة مکاسب، ص ۷۷ اصفهانی، محمد حسین، نهایة الدراية فی شرح الکفایة، ج ۵، ص ۱۲۳.

۵. طباطبایی، سید محمد حسین، نهایة الحکمة، ص ۱۳۴.

۶. انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۳، ص ۹.

از عرف و شرع است که حقیقت آن اعتبار عرفی است و واقعیتی جز اعتبار ندارد. آنگاه می‌گوید: می‌توان گفت مالکیت نفس سلطنت خاصه است نه علقه ملزومه آن، و این با ملاحظه سایر مشتقات مالکیت ظاهرتر می‌باشد، وی سپس به نقل نظر کسانی می‌پردازد که مالکیت را از مقوله جده قرار داده‌اند و ضعف این نظر را روشن می‌داند.^۱

به نظر می‌رسد سید یزدی از بعضی از مبانی اصولی شیخ چنین برداشت کرده است که مالکیت حکم جعلی از جانب عرف و شرع نیست، زیرا شیخ انصاری در فرائد هنگامی که سخن از صحت و فساد در معاملات می‌نماید و آن را به ترتب اثر و عدم ترتب اثر معنا می‌کند و از مالکیت به عنوان اثر بیع یاد می‌نماید، تصریح می‌کند که مالکیت و مانند آن حکم شرعی نمی‌باشند، بلکه شرع حکم به ثبوت آنها می‌نماید. و این امور یا امور اعتباری انتزاعی از احکام تکلیفی هستند و یا امور واقعی که شارع کشف از آنها می‌نماید.^۲ همچنین شیخ در حاشیه قوانین هنگامی که به شرح گفتار مائت پیرامون استصحاب در حکم شرعی و امور خارجی می‌پردازد می‌گوید:

«احتمال دارد مراد از حکم شرعی هر آن چیزی باشد که ثبوتش را از شارع می‌بایست اخذ نمود، در این صورت شامل احکام تکلیفی پنج‌گانه و احکام وضعی مانند سببیت، شرطیت، مانعیت، ... و غیر آنها همچون طهارت، نجاست، حریت، عبدیت، زوجیت و ملکیت می‌گردد. در این صورت مقصود از امور خارجی مانند رطوبت و بیوست خواهد بود... و احتمال دارد مراد از حکم شرعی خصوص احکام تکلیفی و وضعی باشد، و غیر آنها همچون طهارت و مابعد آن داخل در متعلق حکم شرعی قرار گیرد.»^۳

چنانچه ملاحظه می‌شود شیخ انصاری در دو عبارت نقل شده فوق، مالکیت را خارج از احکام تکلیفی و وضعی قرار داده است، ولی هیچ‌گونه تصریحی بر این که مالکیت از امور عینی و خارجی است در کلام او به چشم نمی‌خورد. در مقابل، وی در بخش دیگری از مکاسب در پاسخ به استدلالی به صراحت می‌گوید که صفت مالکیت نیازمند به موجود

۱. یزدی، حاشیه المکاسب، ص ۵۸.

۲. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، ج ۳، ص ۱۳۰.

۳. انصاری، مرتضی، حاشیه علی القوانين، ص ۶۹.

خارجی نیست و در توجیه آن این چنین می‌گوید:

«فالوجه ان الملكية امر اعتباری يعتبره العرف والشرع واحدهما فی موارد، و لیست صفة وجودیة متأصلة كالحموضة والسواد»^۱

میرزای نایینی حقیقت مالکیت را واجدیت، سلطنت و احاطه بر شیء می‌داند. به نظر او این مفهوم کلی، مصادیق مشکک چهارگانه‌ای دارد که هر یک مرتبه‌ای از این معنا می‌باشند. مرتبه برتر، مالکیت خداوند نسبت به موجودات است، که احاطه علّت تامّه نسبت به معلول خویش است، همچون مالکیت و واجدیت نفس نسبت به صور مرتسمه در ذهن. مرتبه بعد مالکیت و واجدیت اولی الامر «عَلَّاهُ» نسبت به دیگران است، که از مراتب واجدیت خداوند است و مرتبه سوم مالکیت اعتباری است که احاطه و واجدیت مالک نسبت به مایملک خویش است. و نازل‌ترین مرتبه، واجدیتی است که از احاطه شیء بر شیء همچون احاطه لباس بر بدن حاصل می‌شود. مرحوم نایینی سپس خرق اصطلاح می‌کند و می‌گوید:

«سزاوار است مقوله جده شامل همه مراتب واجدیت باشد، که گاهی جده حقیقی است، و آن سه مرتبه‌ای می‌باشد که از مقولات نه‌گانه هستند، و گاهی جده اعتباری است که عبارت است از ملکیتی که عرف و عقلاء اعتبار می‌نمایند»^۲

این کلام مرحوم محقق نایینی به دلیل اجمال و ابهامی که ناشی از برهم ریختن اصطلاحات قنّ می‌باشد، مورد اعتراض دیگر فقها قرار گرفته است. برخی خرده گرفته‌اند که مالکیت اعتباری نمی‌تواند از مراتب مالکیت حقیقی باشد، زیرا این دو مالکیت هم سنخ یکدیگر نیستند تا یکی مرتبه مادون دیگری باشد.^۳

به هر صورت، جای تردید نیست که مرحوم نایینی مالکیت را امری اعتباری و غیر متأصل در خارج می‌داند، هر چند فهم مراد او در تغییر اصطلاح مقوله جده و ذو مراتب دانستن مفهوم مالکیت دشوار و غامض است.

محقق اصفهانی نیز مالکیت را خارج از مقولات عرضی، و حقیقت آن را همچون

۱. انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۴، ص ۲۵۱.

۲. کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول (تقریرات درس اصول آیت‌الله میرزا محمد حسین نایینی)، ج ۴، ص ۳۸۳؛ آملی، محمد تقی، المکاسب و البیع (تقریرات درس فقه آیت‌الله میرزا محمد حسین نایینی)، ج ۱، ص ۸۴.

۳. جزائری مروج، سید جعفر، منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة، ج ۷، ص ۲۹۰؛ حکیم، سید محمد سعید، المحکم فی اصول الفقه، ج ۱، ص ۵۱.

صدرالمতألهین - بنا بر تفسیری که خود از نظر صدرالمتألهین ارائه نموده است - اعتبار مقوله اضافه، نه نفس این مقوله دانسته است. و در نظر وی مالکیت از نظر مفهومی مرادف با واجدیت و احتواء می‌باشد و با سلطنت هم معنا نیست.^۱ مرحوم محقق خوئی در بحث بیع کلی در ذمه بعد از طرح این اشکال معروف که مالکیت اگر از مقولات عرضی باشد نیازمند به معروض و موضوع است و کلی که متعلق و موضوع مالکیت است قبل از بیع واقعیت و وجودی ندارد تا مالکیت بر آن عارض شود؟! این گونه پاسخ می‌دهد که مالکیت از اعراض خارجی نیست بلکه امری اعتباری است که قوام آن در دست اعتبارکننده می‌باشد.^۲

امام خمینی نیز آرای فقیهان را که مالکیت را اعتبار مقوله جده یا مقوله اضافه دانسته‌اند این چنین شرح می‌دهد که مقصود این است که مالکیت اعتباری شبیه مقوله جده یا اضافه است، نه این که تحت آن مقولات و تابع آنها باشد، زیرا اعتبار مالکیت قبل از مباحث فلسفی پیرامون مقولات، وجود داشته و هم اکنون نیز عرف و عقلا هنگام اعتبار مالکیت هیچ‌گونه توجهی به مقوله جده و یا سایر مقولات ندارند.^۳

نتیجه سخن آن که، اگرچه در میان کلمات فقهاء اشاره به قول عینیت و واقعیت خارجی داشتن مالکیت تحت یکی از مقولات عرضی دیده می‌شود،^۴ و فقیهان در مباحث مختلف فقهی و اصولی به رد آن قول پرداخته و تصریح کرده‌اند که مالکیت امری اعتباری می‌باشد،^۵ ولی نگارنده قائل و یا قائلان این رأی غریب را در میان فقیهان شیعه نیافته است و بر این گمان است که صاحبان این رأی را می‌بایست در میان فیلسوفان مثلاً و یا پیروان آن فلسفه یافت. البته میان فقیهان در تفسیر و تبیین این امر اعتباری - چنانکه گذشت - اختلاف نظر وجود دارد. برخی معنای آن را اعتبار مقوله اضافه و یا شبیه به معنای مقوله اضافه قرار

۱. اصفهانی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۷، اصفهانی، نهاية الدراية، ج ۵، ص ۱۲۳.

۲. توحیدی، ج ۲، ص ۱۸.

۳. امام خمینی (ره)، البیع، ج ۱، ص ۹۹.

۴. علاوه بر بعضی از منابع اشاره شده گذشته می‌توان به این منابع نیز مراجعه کرد: مراغی، میرعبدالفتاح، العناوين الفقهية، ج ۲، ص ۲۱۲؛ خراسانی، محمد کاظم، کفاية الاصول، ص ۴۰۲.

۵. علاوه بر منابع پیشین می‌توان به این منابع مراجعه کرد: خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ج ۶، ص ۶۳؛ یزدی، سید محمد کاظم، تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص ۲۰۹؛ کاظمی خراسانی، (حاشیه آیت الله اغاضیاءالدین عراقی)، ج ۴، ص ۳۸۲؛ میلانی، سید علی، بلغة الطالب فی التعليق علی بیع المکاسب (تقریرات درس آیت الله سید محمد رضا گلپایگانی)، ج ۱، ص ۱۸؛ بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهية، ج ۴، ص ۲۸۲.

داده‌اند، و برخی دیگر اعتبار مقوله جده و یا شبیه به معنای آن دانسته‌اند. از سوی دیگر - چنانکه گذشت - گروهی آن را مرادف «سلطنت» و جمعی دیگر مرادف «واجدیت» معرفی کرده‌اند. برخی نیز همچون آخوند خراسانی و مرحوم حاج آقا رضا همدانی، مالکیت را به «اختصاص» معنا نموده‌اند. مرحوم آخوند در تعریف مالکیت می‌گوید:

«اختصاص خاص ناشیء من سبب اختیاری کالعقد او غیر اختیاری کالارث»^۱

محقق همدانی نیز می‌گوید:

«لا معنى للملكية الا اختصاص المال بشخص وعود منافعه اليه وعدم تعلقه لمن

عداه»^۲

فقیهان اهل سنت نیز تعاریف گوناگونی از مالکیت ارائه کرده‌اند.^۳ دکتر عبدالله مصلح تعاریف فقیهان اهل سنت پیرامون مالکیت را به سه قسم تقسیم می‌نماید: ۱. برخی همچون قرافی و ابن سبکی مالکیت را به عنوان حکم و اباحه شرعی تعریف نموده‌اند. ۲. گروهی دیگر مانند ابن تیمیه، ابن همام و ابن شاط، مالکیت را بر اساس نتیجه و اثری که از آن حاصل می‌شود و آن قدرت و سلطه بر تصرف است، تعریف کرده‌اند. ۳. برخی نیز مانند ابن عرفه، قاضی حسین و صدرالشریعه، مالکیت را بر اساس علاقه و رابطه میان مالک و مملوک معرفی نموده‌اند.^۴

دقت و وسواس در نقد و بررسی تعاریف سنتی ارائه شده برای مالکیت، همچون تعاریف بسیاری دیگر از مفاهیم حقیقی و اعتباری، امری وقت‌گیر و کم فایده است، آنچه لازم و ضروری است، تحلیل مفهوم مالکیت و تشخیص عناصر تشکیل دهنده این مفهوم و نیز صفات و قیود ملازم آن می‌باشد؛ ضرورتی که کمتر در آثار فقهی به آن توجه شده است و بر خلاف آن در منابع حقوقی مورد توجه و دقت حقوقدانان بوده است. از این رواز ورود در ریز مباحث فقیهان پیرامون تعریف صحیح مالکیت اجتناب نموده و تنها به این نکته بسنده می‌کنیم که نظر قریب به اتفاق فقیهان بر اعتباری بودن این مفهوم، اولین گام برای تسهیل در

۱. خراسانی، کفایة الاصول، ص ۴۰۳.

۲. همدانی، رضا، مصباح الفقیه، ج ۳، ص ۷۲.

۳. برای آشنایی با تعاریف مختلف فقهای اهل سنت از مالکیت مراجعه شود به: خفیف، علی، پیشین، ص ۱۸؛ مصلح، عبدالله بن عبدالعزیز، پیشین، ص ۲۹؛ مغربی، محمود عبدالحمید، پیشین، ص ۳۰.

۴. مصلح، عبدالله بن عبدالعزیز، همان، ص ۳۱.

پذیرش دگرگونی در حدود و دامنه این مفهوم اعتباری خواهد بود. زیرا حدود و ثغور مفاهیم اعتباری به دست اعتبار کننده آن است و اوست که می‌تواند به توسعه و تضییق در این زمینه اقدام نماید.

نکته مهم دیگری که در شناخت مفهوم مالکیت، در جهت مباحثی که ما در پیش داریم حایز اهمیت می‌باشد، این است که این مفهوم در فقه شیعه و اهل سنت از دامنه گسترده تری نسبت به علم حقوق برخوردار است. از موارد استعمال واژه مالکیت در فقه و همچنین از تعاریف اعمی که در فقه برای آن ارائه شده است به این نتیجه مهم می‌رسیم که مالکیت نزد فقها - لا اقل در یکی از اصطلاحات رایج - شامل هر گونه سلطنت و احاطه اعتباری است.

فقه‌های شیعه بر اساس همین معنای گسترده برای مالکیت، نتیجه عقد اجاره را «مالکیت منافع» دانسته‌اند و میان آن با مالکیت اعیان که نتیجه عقد بیع است و نیز حق انتفاع که اباحه در تصرف می‌باشد، تفاوت نهاده‌اند.^۱ بلکه در کلمات برخی از فقیهان گاهی از حق انتفاع به «مالکیت انتفاع» یاد شده است.

از این فراتر «مالکیت بضع» است که اصطلاحی رایج در میان فقها در تحلیل عقد نکاح می‌باشد.^۳ گاهی نیز در کلمات فقها از حق خیار و حق فسخ به «مالکیت خیار» و «مالکیت فسخ» تعبیر شده است.^۴ همین گستردگی استعمال نیز در منابع فقهی اهل سنت کاملاً مشهود است.^۵

۱. حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۱۲؛ فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۳۰؛ حلی، حسن بن یوسف، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، ج ۱، ص ۴۲۰؛ حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۵۹۰؛ حلی، احمد بن محمد بن فهد، المهدب البارع، ج ۳، ص ۱۷؛ شهید ثانی، زین الدین، الروضة البهیة (شرح لمعه)، ج ۴، ص ۳۲۷؛ طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۱۸۹؛ یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، ج ۵، ص ۵؛ اصفهانی، محمد حسین، الاجاره، ص ۳؛ امام خمینی رحمته الله، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۹.

۲. یزدی، حاشیه مکاسب، ص ۶۰؛ یزدی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب، ص ۳۰۴؛ امام خمینی رحمته الله، البیع، ج ۵، ص ۱۹۲.

۳. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۹، ص ۱۸؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۲.

۴. اصفهانی، حاشیه مکاسب، ص ۴؛ حکیم، نهج الفقاهة، ص ۴۳۸.

۵. مراجعه شود به: خفیف، علی، پیشین، ص ۲۶؛ مصلح، عبدالله بن عبدالعزیز، پیشین، ص ۹۸؛ مغربی، محمود عبدالحمید، پیشین، ص ۳۶.

علاوه بر استعمال‌های گوناگون واژه مالکیت در فقه، تصریح برخی از فقها نیز حکایت از معنای گسترده مالکیت در فقه دارد. صاحب بلغة الفقیه بعد از تعریف مالکیت به رابطه‌ای خاص میان مالک و مملوک که موجب سلطنت او بر ملکش و یا نفس سلطنت است می‌گوید:

«مالکیت به حسب شدت و ضعف دارای مراتب سه گانه است، که ضعیف‌ترین آنها مالکیت انتفاع می‌باشد. و قوی‌تر از آن مالکیت منفعت است، و برتر از این دو، مالکیت رقبه است، زیرا سلطنت به عین تعلق می‌گیرد و اگر این سلطنت در برگیرنده همه جهات عین باشد، از آن تعبیر به مالکیت رقبه و مالکیت عین می‌گردد و اگر شامل جهتی از جهات آن با فرض استقلال در آن جهت باشد، از آن تعبیر به مالکیت منفعت می‌گردد... ولی اگر شامل جهتی خاص و بدون استقلال باشد از آن به مالکیت انتفاع یاد می‌گردد. همچون حق المأز و حق نماز در زمینهای وسیع که اباحه در آن شرعی است. در این صورت عین از جهت انتفاع خاصی مملوک مباح له است، نه این که انتفاع، مملوک باشد. هر چند در اصطلاح انتفاع متعلق مالکیت می‌گردد... بلکه زوجه نیز از این جهت که زوج می‌تواند از بُضع او بهره‌مند گردد مملوک اوست، اگر چه در اینجا نیز تعبیر به ملک بُضع می‌شود، ولی مقصود مالکیت زوجه از جهت بُضع است.»^۱

مرحوم آیت‌الله خویی بعد از آن که حقیقت مالکیت را اعتبار احاطه مالک بر مملوک معرفی می‌نماید، تصریح می‌کند که این حقیقت مقول به تشکیک است و این سلطنت گاهی به اعیان تعلق می‌گیرد و گاهی به افعال.^۲

برخی از فقهاء همچون محقق اصفهانی و آیت‌الله حکیم اگر چه تصریح به معنای گسترده مالکیت دارند، تا جایی که اقسام حق، همچون حق شفعه و حق خیار را از مصادیق مالکیت می‌دانند، ولی بر خلاف دو فقیه سابق الذکر اطلاق مفهوم مالکیت را بر مصادیق گوناگونش به شکل اطلاق مفهوم کلی مشکک نمی‌دانند و معتقدند معنای مالکیت به گونه کلی متواطی بر مصادیقش صدق می‌نماید.

۱. آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، ج ۲، ص ۷۰ و نیز مراجعه شود به: همان، ج ۱، ص ۳۴.

۲. توحیدی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۵۰.

و به بیان محقق اصفهانی آنچه در موارد گوناگون حق و ملک تغییر می‌یابد نه مفهوم و معنا است و نه شدت و ضعف در مفهوم و معنا، بلکه متعلق مفهوم واحد مالکیت است که دگرگون می‌شود؛ متعلق که گاهی عین است و گاهی منفعت، گاهی انتفاع و گاهی نیز فسخ و یا مانند آن.^۱

فقه پژوهان معاصر اهل سنت نیز از توسعه و گستردگی معنای مالکیت در فقه یاد نموده‌اند. دکتر عبدالله مصلح همچون محقق اصفهانی مالکیت را به اعتبار متعلق و محلش به اقسامی تقسیم می‌نماید. او از مالکیت عین و منفعت، مالکیت عین بدون منفعت، مالکیت منفعت بدون عین، مالکیت انتفاع و مالکیت دین نام می‌برد. وی و برخی دیگر از معاصران قسم اول را که مالکیت عین و منفعت می‌باشد، «مالکیت تام» و سایر اقسام را «مالکیت ناقص» نام نهاده‌اند.^۲

۱. اصفهانی، حاشیه مکاسب، ص ۴؛ حکیم، نهج الفقاهه، ص ۴۳۸ و نیز مراجعه شود به، امام خمینی رحمه الله، البیع، ج ۱، ص ۱۰۰.

۲. مصلح، پیشین، ص ۹۸؛ خفیف، پیشین، ص ۲۶، ۴۱؛ مغربی، پیشین، ص ۳۶؛ سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۳۰.

فصل دوم

مفهوم مالکیت در حقوق

حق مالکیت در حقوق، برترین و کامل‌ترین حق عینی انسان بر اشیای مادی است. این حق دارای عناصر سه گانه حق استعمال، حق استثمار - و به تعبیر حقوقدانان عرب حق استغلال - و حق تصرف است. مراد از حق استعمال این است که مالک می‌تواند هرگونه که بخواهد از ملک خویش بهره‌مند گردد و حق استثمار یعنی مالک حق دارد منافع و ثمرات مال خود را به دیگری واگذار نماید. و در نهایت حق تصرف به معنای این است که مالک می‌تواند هرگونه تصرف مادی همچون تغییر و اتلاف، یا تصرف اعتباری همچون نقل و انتقال نسبت به ملک خویش را انجام دهد.^۱

ماده ۸۰۲ قانون مدنی مصر مالکیت را بر اساس همین سه عنصر تعریف نموده است.^۲ در قانون مدنی ایران اگرچه تعریفی برای حق مالکیت ارائه نشده است ولی به اعتقاد بعضی، ماده ۳۰ قانون مدنی که می‌گوید: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» دربردارنده سه عنصر فوق می‌باشد، زیرا در این ماده از دو عنصر حق تصرف و حق انتفاع نام برده شده است، که حق

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۰؛ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، ص ۱۰۶؛ فرج الصده، عبدالمنعم، الحقوق العينية الاصلية، ص ۲۶؛ سنه‌وری، عبدالرزاق، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، ج ۸، ص ۴۱۷.
۲. سنه‌وری، الوسيط، ج ۸، ص ۴۹۲.

انتفاع اعم از حق استعمال و حق استثمار است و عنصر سوم که حق تصرف می‌باشد به صراحت از آن یاد شده است.^۱

حقوقدانان علاوه بر عناصر ذکر شده، صفاتی را نیز برای حق مالکیت ذکر کرده‌اند، که مهم‌ترین آنها صفت اطلاق است. ماده ۳۰ قانون مدنی به روشنی گویای این صفت مالکیت می‌باشد. صفات دیگر مالکیت عبارت است از انحصاری بودن و دوام.^۲

در بخش‌های دیگر این نوشتار به تفصیل در مورد عناصر سه‌گانه و صفات حق مالکیت سخن خواهیم گفت، در این قسمت به همین مقدار بسنده می‌کنیم و به این نتیجه مهم می‌رسیم که اصطلاح «مالکیت» در حقوق تنها شامل برترین و کامل‌ترین حق اعتباری بر اشیا برای بهره‌مندی از آنها می‌باشد. و این اصطلاح نمی‌بایست با اصطلاح اعم مالکیت در فقه که شامل مراتب ضعیف‌تر سلطنت نیز می‌گردد، خلط شود. عدم تمیز میان این دو اصطلاح باعث شده است که دکتر کاتوزیان گمان کند که مالکیت منافع در عقد اجاره نقضی بر صفت دوام برای حق مالکیت است.^۳ در حالی که مالکیت منافع مربوط به اصطلاح اعم است و صفت دوام برای مالکیت، مربوط به اصطلاح اخص می‌باشد.

به نظر می‌رسد در قانون مدنی ایران این دو اصطلاح به خوبی از یکدیگر تمیز داده نشده است. در ماده ۲۹ سخن از مالکیت بر عین یا منفعت در کنار حق انتفاع به میان آمده است. در این ماده چنین می‌خوانیم: «ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱. مالکیت (اعم از عین یا منفعت) ۲. حق انتفاع ۳. حق ارتفاق به ملک غیر.» در ماده ۴۶۶ در تعریف اجاره چنین آمده است: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود.» در این دو ماده به صراحت از مالکیت بر منافع یاد شده است که فاقد بعضی از عناصر و صفات مالکیت به اصطلاح اخص می‌باشد و این به جهت تأثیر پذیری قانون مدنی از فقه است. در حالی که استنباط بعضی - چنانکه گذشت - از ماده ۳۰ منطبق با اصطلاح اخص می‌باشد و شارحان قانون مدنی نیز - تحت تأثیر اصطلاح اخص در حقوق غرب - در تبیین و تشریح حق مالکیت، عناصر و صفاتی را بر شمرده‌اند که بعضی از

۱. احمدزاده برّاز، سید عبدالمطلب، مالکیت موی‌ت‌زمانی، نامه مفید ۲۴، پاییز ۱۳۷۹، ص ۱۲۹.

۲. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۱.

۳. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۴؛ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (معاملات معوض عقود تملیکی)، ص ۳۴۷.

آنها همچون صفت دوام، در مالکیت منافع یافت نمی شود.

قانون مدنی مصر به صراحت اصطلاح اخص را برگزیده است. در آن قانون ضمن تعریف مالکیت به عناصر سه گانه که پیش از این اشاره شد، در ماده ۵۵۸ در تعریف اجاره چنین آمده است:

«الایجار عقد يلتزم الموجه بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معین مدة معینة لقاء اجر معلوم.»^۱

چنانکه ملاحظه می شود در این ماده به هیچ وجه سخن از مالکیت به میان نیامده است. دکتر امامی به تفاوت میان این دو اصطلاح این گونه اشاره می کند:

«ملکیت عبارت از رابطه است که بین شخص و چیز مادی تصور شده و قانون آن را معتبر شناخته و به مالک حق می دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از آن جلوگیری کند. در حقوق اسلام ملکیت نیز در معنای وسیع تری استعمال شده، چنانکه گفته می شود ملکیت منفعت، ملکیت مافی الذمة، ملکیت حق خیار، ملکیت حق انتفاع و امثال آن.»^۲

۱. سنهوری، الوسیط، ج ۶، ص ۳.

۲. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲ و نیز مراجعه شود به: خفیف، پیشین، ص ۲۶، ۴۱: «و بمقارنة ما ذهب اليه فقهاء القانون بما ذهب اليه فقهاء الشريعة يرى ان حق الملكية عند فقهاء القانون هو ملك العين و منفعتها جميعاً، و هو ما عبر عنه بعض الكاتبيين بالملك التام. اماما عده من انواع الملك في الشريعة فلا يتناوله حق الملكية في نظر رجال القانون.»

بخش دوم

جایگاه مالکیت موقت

مقدمه

چنانچه در مقدمه گذشت، اثری از قرار داد بیع زمانی و مانند آن در منابع فقهی و حقوقی که قبل از تأسیس و رواج این نهاد حقوقی به رشته تحریر در آمده است، نمی توان یافت. با عنایت به تتبع و جستجویی که در آثار فقهی و حقوقی به عمل آمده، می توان ادعا کرد که فقیهان و حقوقدانان قبل از تأسیس این نهاد حقوقی در غرب، تصویری از آن نداشته و یا لااقل ارائه نداده اند. و آنچه به عنوان مالکیت موقت یا بیع موقت در منابع فقهی و حقوقی یافت می شود انطباق کامل با این قرار داد ندارد. مصادیق متعددی که فقیهان و حقوقدانان به عنوان مالکیت موقت در بیع، وقف، اجاره، صلح و دیگر عقود مطرح کرده اند جملگی حکایت از مالکیتی می نماید که در زمان خاصی به واسطه سببی معین آغاز می شود و در مدت محدودی استمرار می یابد و سپس در زمان مشخص دیگری بدون حدوث هیچ سبب اختیاری و یا قهری، عمر آن به طور کامل پایان می یابد. فقیهان و حقوقدانان بحث های پردامنه ای را در امکان و یا وقوع چنین مالکیتی مطرح نموده اند، اما پر واضح است که بیع زمانی به هیچ وجه مصداق چنین مالکیتی نیست، بلکه مالکیت در قرارداد بیع زمانی از منظری موقت می باشد و از منظری دیگر دائمی است، زیرا مالکیت خریدار نسبت به عین اگر چه محدود به فصل خاص یا ماه خاص یا هفته ای خاص در طول سال است و این مالکیت شامل دیگر ازمنه سال نمی گردد و از این جهت مالکیتی موقت است، ولی مالکیت او نسبت به آن برهه خاص از زمان متناوباً تکرار می شود و از این جهت مالکیتی دائمی و ابدی است. این نکته است که بر برخی از فقه پژوهان معاصر که در زمینه قرارداد بیع زمانی تحقیق نموده اند، مخفی مانده است و بدون توجه به آن، پذیرش و یا طرد مالکیت موقت را

در فقه و حقوق، مرادف با اثبات ونفی قرار داد بیع زمانی گرفته‌اند.^۱ اما آنچه زمینه را برای بهره‌گیری از مباحث فقهی و حقوقی پیرامون مالکیت موقت مهیا می‌سازد دلایل و توجیهاتی است که در این منابع در نفی و یا اثبات این گونه مالکیت طرح شده است، زیرا بسیاری از این ادله و توضیحات قابل تسری به قرارداد بیع زمانی است و با تنقیح مناط می‌توان حکم این قرارداد را نیز از منابع فقهی و حقوقی استخراج نمود.

۱. شریعتی، سعید، بیع زمانی، فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، سال هفتم شماره ۲۶، ص ۲۱۰؛ احمدزاده بزار، نامه مفید، ۲۴، ص ۱۲۹.

فصل اول

مالکیت موقت در حقوق

پیش از این به اجمال اشاره شد که حقوقدانان صفاتی را برای حق مالکیت بر شمرده‌اند. یکی از این صفات که ارتباط مستقیم با بحث مالکیت موقت دارد، «صفت دوام» است.

حقوقدانان ایران و عرب به تبعیت از حقوق فرانسه، دائمی بودن (Perpetual) را از صفات و ویژگی‌های حق مالکیت بر شمرده‌اند،^۱ هر چند در تفسیر و توضیح آن اختلاف نظر دارند. دکتر سنه‌وری و برخی دیگر از حقوقدانان سه معنا برای این صفت ذکر نموده‌اند:^۲

۱. مالکیت بر اساس طبیعت خود دائمی است و بر خلاف سایر حقوق تا زمانی که شیء مملوک باقی است مالکیت نیز دوام دارد. البته انتقال از شخصی به شخص دیگر منافاتی با دوام آن ندارد، زیرا این حق در صورت انتقال مالک همچنان باقی است و آنچه تغییر می‌کند شخص مالک است، بدون آن که در برهه‌ای شیء بلا مالک گردد.^۳ دکتر کاتوزیان «وقف» و «اعراض» را نقضی بر این معنای دوام می‌داند، زیرا در وقف، مال از مالکیت واقف خارج

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۰؛ کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۴؛ فرج الصّده، پیشین، ص ۱۹؛ سنه‌وری، الوسيط، ج ۸، ص ۵۳۴؛ نبیل، ابراهیم سعد، الحقوق الاصلية، ص ۲۶؛ مرسى باشا، محمد کامل، الحقوق العينية الاصلية، ج ۱، ص ۲۷۲؛ ابوالسعود، رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ص ۲۹؛ زنوح، حسن علی، الحقوق العينية الاصلية، ص ۲۹.

۲. سنه‌وری، همان.

۳. فرج الصّده، همان، ص ۱۹؛ ابوالسعود، همان، ص ۲۹؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲.

می‌گردد بدون آن که به مالکیت موقوف علیهم درآید چون وقف فک ملک است، نه تملیک. همچنین در «اعراض» حق مالکیت انتقال نمی‌یابد و مال در زمره مباحات می‌گردد که یا با حیات دیگری حق مالکیت برای شخص دیگر ایجاد می‌شود و یا در زمره اموال عمومی (انفال) باقی می‌ماند.^۱ از این رو بر خلاف نظر دکتر سنه‌وری^۲ نمی‌توان ادعا کرد که این معنای مالکیت مورد اتفاق همه حقوق‌دانان است.

۲. حق مالکیت به واسطه عدم استعمال زایل نمی‌شود و به عبارت دیگر، مرور زمان موجب زوال حق مالکیت بر خلاف سایر حقوق نمی‌گردد.^۳ دکتر کاتوزیان نظر گروه اندکی از فقیهان را که بایر شدن زمین را موجب از میان رفتن مالکیت آن و دخول آن در زمره اموال عمومی می‌دانند، نقضی بر معنای دوم دوام مالکیت بر شمرده است.^۴

۳. مالکیت زمان‌مند و مدت دار نمی‌گردد. سنه‌وری می‌گوید: این معنای دوام بر خلاف دو معنای گذشته مورد اتفاق حقوق‌دانان نیست. جمعی از حقوق‌دانان فرانسه و عرب به مانند شخص دکتر سنه‌وری مخالف توقیت مالکیت می‌باشند.^۵ و در مقابل از گروه دیگری از حقوق‌دانان نام می‌برد که موافق مالکیت موقت هستند.^۶

در میان حقوق‌دانان ایران دکتر لنگرودی به صراحت با این معنای صفت دوام برای حق مالکیت مخالفت می‌نماید و آن را برگرفته از حقوق فرانسه و مخالف فقه امامیه می‌داند.^۷ برخی همچون دکتر امامی بدون هیچ نقدی دوام را از صفات مالکیت بر شمرده‌اند.^۸ دکتر کاتوزیان نیز مالکیت منافع را در عقد اجاره که با توقیت همراه است، استثنایی برای صفت دوام می‌داند.^۹ قانون مدنی ایران اگر چه تصریحی بر وصف دوام برای مالکیت ننموده است، ولی

۱. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۵.

۲. سنه‌وری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۳۴.

۳. فرج الصّده، پیشین، ص ۲۰، سنه‌وری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۳۴؛ مرسی باشا، پیشین، ج ۱، ص ۲۷۲.

۴. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۵.

۵. وی از این افراد نام می‌برد: پلانیول، ریبریو بولانجیه شماره ۲۷۲۶؛ مازو شماره ۱۳۴۸؛ شفیق شحاته شماره ۱۳۲؛ عبدالمنعم بدرآوی شماره ۳.

۶. بیدان و نواران شماره ۲۸۴؛ پلانیول و ریبریو پیکار شماره ۲۱۳؛ اسماعیل غانم شماره ۲۸؛ عبدالمنعم فرج الصّده شماره ۱۵؛ حسن کیره شماره ۵۲؛ عبدالفتاح عبدالباقی شماره ۵۶؛ منصور مصطفی منصور شماره ۷.

۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، ص ۹۱، ۱۴۰.

۸. امامی، پیشین، ج ۱، ص ۴۲.

۹. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۴؛ کاتوزیان، حقوق مدنی (معاملات معوض عقود تملیکی)، ص ۳۴۷.

بعضی از شارحان حقوق مدنی ایران چنانچه گذشت به تبعیت از حقوق فرانسه از دوام مالکیت یاد نموده‌اند.

برای درک بهتر صفت دوام، سزاوار است در ضرورت و چگونگی شکل‌گیری مفهوم حق مالکیت در تمدن بشری و صفات و ویژگی‌های دیگر این مفهوم و همچنین ارتباط این صفات با یکدیگر، دقت و تعمق بیشتری صورت گیرد. انسان‌ها برای حداکثر سلطه و استیلای خود بر موجودات دیگر، مفهومی اعتباری را تأسیس نمودند که نمونه‌ای از سلطنت و حاکمیت مطلق خداوند متعال بر مخلوقاتش می‌باشد؛ سلطنتی که تا جای ممکن از حداکثر اقتضا و قدرت اعتباری برخوردار است و با کمترین مانع مواجه می‌گردد. از این رو مهم‌ترین ویژگی حق مالکیت که برترین حق مالی بر اشیا می‌باشد فراگیر بودن و «اطلاق» آن نسبت به همه گونه بهره‌مندی و سلطه بر مملوک است؛ اطلاقى که تنها قانون می‌تواند آن را حدّ بزند. لازمه صفت اطلاق شمول آن نسبت به هر گونه تصرفات مادی و اعتباری است. یعنی هرگاه شیء به مالکیت فردی درآید بقای وجود خارجی آن و بقای وجود اعتباری آن به دست مالک است. از این روی اطلاق مالکیت اقتضا می‌کند که مملوک تا هنگامی که مالک اراده نکرده است تحت مالکیت او باقی باشد و این زایش صفت «دوام» از بطن صفت «اطلاق» است. چنانچه با دقت روشن می‌گردد که وصف «انحصاری بودن» نیز از همین صفت اطلاق متولد می‌گردد.^۱ زیرا سلطه همه جانبه مالک بر مملوک اقتضا می‌کند که حق این بهره‌برداری تنها در انحصار او باشد و دیگران از فواید آن محروم باشند.

پس مالکیت به طبیعت خود اقتضای دوام دارد و حقی که کمال اطلاق را دارا است و از این روی برای همیشه تحت اختیار مالک است، هیچگاه با عدم استعمال آن زایل نمی‌گردد (معنای دوم دوام)، و هرگز بدون اراده و اقدام مالکانه او از مالکیت وی خارج نمی‌شود (معنای سوم دوام). پس اطلاق مالکیت اقتضا می‌کند که خروج ملک از تحت ید مالک تنها به اراده مالکانه او صورت گیرد و او با تصرف اعتباری خویش آن را از مالکیت خود خارج سازد، نه این که مالکیت از آغاز اقتضای دوام را نداشته و مدت‌دار و زمان‌مند باشد. به تعبیر دیگر، مالکیت موقت با صفت اطلاق که مهم‌ترین ویژگی حق مالکیت است و

۱. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۷.

نیز عنصر حق تصرف که زاییده اطلاق می‌باشد و جملگی مورد اتفاق حقوقدانان است در تعارض می‌باشد. به همین سبب بعضی از حقوقدانان با درایت و دقت، ولی به اجمال تصریح نموده‌اند که مالکیت موقت با طبیعت مالکیت و یا با اطلاق آن منافات دارد.^۱

چکیده سخن آن که در حقوق، مفهوم و حقیقت مالکیت بر «سلطنت مطلقه» منطبق، و یا لااقل به آن نزدیک است و این به جهت صفات و عناصری است که برای آن برشمرده‌اند. اما با مطالعه در فقه به این نتیجه خواهیم رسید که مفهوم مالکیت در فقه بیشتر به «مطلق سلطنت» نزدیک است که با سلطنت مقیده نیز قابل جمع است. این ویژگی در فقه زمینه را برای پذیرش مالکیت موقت مهیا می‌نماید.

ناگفته نماند که به تصریح برخی از حقوقدانان، مفهوم مالکیت در حقوق نیز دچار تحول گردیده و از سیطره صفت اطلاق برگرفته از حقوق روم، کاسته شده است. بر اساس این وصف:

«مالک حق هرگونه تصرف را در ملک خود دارد و استثناهای این قاعده باید در قوانین مطرح باشد. در حقوق کنونی این استثنایا چندان فراوان است که به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت. واقع بینی ایجاب می‌کند که به جای اطلاق حق، از قید قانون در ماهیت آن یاد کرد و گفت: حقی که به مالک اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می‌دهد (ماده ۴۰۳ ق.م.آلمان، ماده ۶۴۱ ق.م.سویس، و ماد ۸۶۰ به بعد قانون ایتالیا)... پس در حقوق کنونی به جای گفتگو از وصف اطلاق حق مالکیت باید از اصل تسلط سخن گفت. بدین معنی که هرگاه در قوانین و عرف قیدی برای اعمال حق مالک دیده نشد اصل این است که حق انتفاع یا تصرف مورد نزاع را دارد، یا به طور خلاصه: آنچه منع نشده مجاز است.»^۲

اگر این تحول و دگرگونی در مفهوم مالکیت مورد پذیرش همه یا اکثر حقوقدانان واقع شود و موجب گردد تا آنان بار دیگر به تعریف و سامان دهی نوینی از مفهوم مالکیت که متناسب با درک امروزی از آن مفهوم می‌باشد بپردازند، بی‌تردید مهمترین موانع پذیرش مالکیت موقت در حقوق مرتفع می‌گردد. به خصوص که این تأسیس حقوقی که تحدید و

۱. مرسی باشا، پیشین، ج ۱، ص ۲۷۲؛ سنهوری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۴۰؛ نبیل، پیشین، ص ۲۶.

۲. کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۱.

تقیید مالکیت را بدنبال دارد با اراده و خواست مالک تحقق می‌یابد و قیدی تحمیلی نیست. در غیر این صورت مشکل بتوان مالکیت موقت و یا قرارداد بیع زمانی را بنابر مبانی موجود حقوق پذیرفت.

برخی از حقوقدانان بعد از فراغت از امکان مالکیت موقت، مدّعی وقوع آن در روابط قانونی و حقوقی شده‌اند. دکتر فرج الصّدّه چنانکه گذشت بر این باور است که طبیعت مالکیت منافات با توقیت ندارد. او نمونه‌ای برای تحقق مالکیت موقت ارائه می‌دهد و آن هنگامی است که مستأجر با اجازه مالک بنایی در زمین اجاره‌ای احداث نماید. در این صورت مالک زمین به مستأجر اجازه داده است که در طول مدّت اجاره مالک این بنا باشد و این مالکیت موقت است. پس اگر مستأجر در طول این مدّت بنا را از بین نبرد، بعد از پایان مدّت نصیب مالک می‌گردد. زیرا بنا متصل به زمین اوست و مالک می‌بایست به جای بنا مالی معادل آن به مستأجر بدهد. مالکیت موقت مستأجر در طول مدّت اجاره محرز است، از این روی او حتی می‌تواند بنای مذکور را رهن دهد و پس از پایان مدّت اجاره، حق طلبکار به چیزی منتقل می‌شود که مالک زمین به جای بنا به مستأجر می‌دهد.^۱

دکتر سنهوری این فرض را نمی‌پذیرد و تأکید می‌کند که اگر مستأجر چنین بنایی احداث کند، مالک آن موجر خواهد بود و تنها او می‌تواند این بنا را رهن دهد و مستأجر فقط حق بهره‌برداری و انتفاع دارد.^۲ اما دکتر رمضان ابوالسعود با پذیرش فرض مذکور آن را دلیل بر مالکیت موقت نمی‌داند. او می‌گوید: اگر مالک به مستأجر اذن در ساخت بنا و تملک آن دهد، در این صورت او می‌تواند بنا را مخروب سازد و اگر چنین کرد مملوک به جهت حق تصرف مالک آن از میان رفته است. ولی اگر آن را مخروب نساخت بعد از سپری شدن مدت اجاره مالک عوض می‌شود و مالک زمین چون بنا متصل به ملک اوست مالک بنا نیز می‌گردد و در هر دو صورت دوام مالکیت مخدوش نشده است.^۳

به نظر می‌رسد می‌توان شقوق مختلف این مثال را این گونه ترسیم نمود: اگر احداث بنا در زمین به اذن مالک زمین بوده است و او علاوه بر اذن تأسیس بنا، اذن تملک آن را نیز به

۱. فرج الصّدّه، پیشین، ص ۲۳.

۲. سنهوری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۴۲.

۳. ابوالسعود، پیشین، ص ۲۹.

مستأجر داده است، در این صورت مستأجر مالک دایمی بنا می‌گردد و دارای حق تصرف کامل در مملوک خویش می‌باشد و بعد از پایان مدت اجاره، زمین و عرصه این بنا ملک مالک زمین است، و بنا و اعیانی آن ملک مستأجر سابق می‌باشد. در این فرض هیچ‌گونه مالکیت موقتی به وجود نیامده است. اما اگر مالک زمین اذن تملک به مستأجر ندهد و تنها به او اجازه احداث بنا در زمینش را بدهد، در این صورت مالکیت بنا تابع مالکیت زمین است و هیچ‌گونه مالکیتی برای مستأجر نسبت به بنا ایجاد نشده است. در صورت احداث بنا بدون اذن مالک نیز به طریق اولی مالکیتی برای مستأجر نسبت به بنا حاصل نمی‌گردد. پس در تمامی فروض مسئله هیچ مالکیت موقتی تحقق نیافته است.

دکتر سنه‌وری یکی از شواهدی را که موافقان مالکیت موقت ارائه نموده‌اند، مالکیت مقرون به شرط فاسد معرفی می‌کند. زیرا هنگامی که شرط محقق می‌گردد. مالکیت فسخ می‌شود. پس در این صورت مالکیت، موقت بوده است. او سپس در پاسخ می‌گوید: این توقیت در مالکیت نیست. زیرا ممکن است شرط محقق نشود. اما اجل فاسخ و وقوعش حتمی است. پس آنچه ممکن نیست مالکیت موقت حتمی است، نه مالکیت موقت احتمالی.^۱

یکی دیگر از شواهدی که سنه‌وری در تأیید مالکیت موقت از جانب مدافعان آن بیان کرده است مالکیت فکری و ادبی است که قانون‌گذار برای آن حد زمانی تعیین کرده است. وی در پاسخ به این شاهد می‌گوید: حقوق فکری و ذهنی حق مالکیت نیست، بلکه حق عینی مستقلی می‌باشد.^۲

سنه‌وری در ضمن ادله اثبات مالکیت موقت که به نقد آنها نیز پرداخته است، این نمونه حقوقی را نقل می‌کند که هرگاه میان دو طرف قرارداد، عقد بیع ابتدایی واقع شود، و آن دو زمانی را برای عقد بیع نهایی میان خویش تعیین نمایند، مالکیت بایع تا انقضای اجل تعیین شده استمرار می‌یابد و این مالکیت موقت است. سپس در پاسخ به این دلیل می‌گوید: عقد بیع ابتدایی، بایع را از مالکیت گذشته خود سلب نمی‌کند، تا سپس مالکیت جدید و موقتی را تأسیس نماید، بلکه همان مالکیت گذشته دائمی او را با التزام به نقل آن به مشتری در زمان

۱. سنه‌وری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۴۱.

۲. سنه‌وری، همان و نیز مراجعه شود به: کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۲۴.

خاص همراه می‌نماید. پس آنچه زمان‌مند شده است مالکیت نیست، بلکه التزام به نقل است. از این روی بائع می‌تواند در طول این مدت مبیع را به دیگری بفروشد (یعنی فروش او صحیح است هر چند برخلاف تعهد وی نسبت به مشتری اول است) و اگر مالکیت بائع موقت بود و تا هنگام رسیدن اجل زمان‌مند شده بود، با رسیدن اجل زایل می‌شد و مجرد فرارسیدن اجل سبب نقل مالکیت به مشتری بود و نیازی به عقد نهایی و اراده انشایی بائع نمی‌بود.^۱

توضیحات دکتر سنهوری می‌تواند پاسخی روشن و دقیق به استدلال برخی به قراردادهای اجاره به شرط تملیک باشد. دکتر سید حسین صفایی بر این باور است که در این گونه قراردادهای چون فروشنده مالکیت مال را تا پرداخت تمامی اقساط برای خود حفظ می‌کند، در این صورت مالکیت او موقت خواهد بود و پس از طی مدّت تعیین شده در قرارداد، به مالکیت خریدار در خواهد آمد.^۲ در حالی که مالکیت فروشنده در طول زمان تعیین شده استمرار مالکیت گذشته وی است و اجل تعیین شده، مالکیت را زمان‌مند ننموده است، تا با رسیدن اجل، انتقال مالکیت به طور قهری صورت گیرد، بلکه التزام موجد به تملیک را زمان‌مند ننموده است، و با فرا رسیدن اجل، نیازمند اراده انشایی برای تملیک به مستأجر است.

۱. سنهوری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۴۲.

۲. شریعتی، پیشین، ص ۲۴۲، به نقل از دکتر سید حسین صفایی.

فصل دوم

مالکیت موقت در فقه

مسأله مالکیت موقت در فقه به طور مستقل و مشخص جایگاهی را به خود اختصاص نمی‌دهد. بلکه آرا و نظریات فقیهان را در این موضوع می‌توان در لابلای ابواب و فروعات گوناگون فقهی یافت و برای دست یافتن به دیدگاه فقیهان در این خصوص باید جستجو و تتبعی شایسته به عمل آورد تا بتوان جایگاه مالکیت موقت در فقه را به نیکی تبیین نمود. نگارنده بعد از تتبع فراوان بدین موارد دست یافته است:

۱. مهم‌ترین باب فقهی که می‌توان آرای فقیهان را پیرامون مالکیت موقت در ذیل فروعات گوناگون آن یافت، باب وقف است. ویژگی مهمی که موجب می‌شود که گاهی فروعات مختلف وقف مصداق مالکیت موقت گردد، تملیکی بودن آن است. مشهور فقهای شیعه بر این باور هستند که در وقف، مالکیت مال موقوف از واقف به موقوف علیه خاص و یا عام منتقل می‌گردد.^۱ از میان فقیهان، معدودی همچون ابوالصلاح حلبی منکر انتقال مالکیت در وقف هستند.^۲ برخی دیگر از فقیهان نیز انتقال مال موقوف در وقف عام را به موقوف علیه نپذیرفته‌اند، و حقیقت وقف را در این

۱. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۳، ص ۲۸۷؛ حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، ص ۱۵۲؛ حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۵۰؛ قمی، علی بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق، ص ۳۶۷؛ حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۲۹۴؛ حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۲۷۲؛ شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۲۶۹؛ نجفی، ج ۲۸، ص ۸۸؛ خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۴۶.

۲. حلبی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، ص ۳۲۴.

گونه موارد فک ملک، یا انتقال مالکیت به خداوند می‌دانند.^۱

در میان فقهای اهل سنت تنها نزد حنابله و در یکی از آرای منسوب به شافعی، انتقال مالکیت مال موقوف به موقوف علیه پذیرفته شده است^۲ و سایر فقهای ایشان یا مال موقوف را باقی بر مالکیت واقف می‌دانند و یا معتقدند مالکیت مال موقوف به خداوند منتقل می‌گردد.^۳ با توجه به این نکته، مشهور فقیهان دوام و تأیید را شرط صحت وقف قرار داده‌اند.^۴ حتی

۱. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۹، ص ۶۱؛ شهید ثانی، زین الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۵، ص ۳۷۷؛ سید یزدی در وقف مؤید معتقد به خروج مال موقوفه از مالکیت واقف است بدون آن که به ملکیت خداوند یا موقوف علیه درآید، بلکه مال بدون مالک می‌گردد، مراجعه شود به: یزدی، تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۲۳۲؛ امام خمینی رحمته الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۷۷؛ بهبهانی، سید علی، الفوائد العلیه، ج ۲، ص ۴۶۱.
۲. ابن قدامة، عبدالله بن احمد، المغنی، ج ۶ ص ۱۸۹؛ بهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع، ص ۳۰۳؛ زحیلی، وهبة، الوصایا و الوقف فی الفقه الاسلامی، ص ۱۴۸؛ کبیری، محمد عبید، احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیة، ج ۱، ص ۲۱۲.
۳. خطاب رعینی، محمد بن محمد، مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل، ج ۷، ص ۶۲۶؛ کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع، ج ۶، ص ۲۱۸؛ سمرقندی، علاء الدین محمد، تحفة الفقهاء، ج ۳، ص ۳۷۴؛ زرقاء، مصطفی احمد، احکام الاوقاف، ص ۲۹؛ ابوزهره، محمد، محاضرات فی الوقف، قاهره، ص ۹۹، ۱۰۳؛ ابوغده، عبدالستار و شحاته، حسین، الاحکام الفقهیة و الاسس المحاسبیة للوقف، ص ۴۵؛ زحیلی، الوصایا و الوقف فی الفقه الاسلامی، ص ۱۳۳.
۴. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۳، ص ۵۴۸؛ حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۴۸؛ حلی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیة، ج ۱۵۶؛ فاضل آبی، ج ۲، ص ۴۴؛ حلی، مختلف الشیعة، ج ۶، ص ۳۰۲؛ حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۴۳۲؛ حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۲۷۳؛ حلی، حسن بن یوسف، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، ص ۱۶۳؛ شهید اول، الدروس الشرعیة، ج ۲، ص ۲۶۴؛ حلی، المذهب البارع، ج ۳، ص ۵۰؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۶۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۵۳؛ بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۲، ص ۱۳۴؛ کاشف الغطاء، جعفر، کشف الغطاء عن مبهمات شریعة الفراء، ج ۲، ص ۳۶۵، ۳۷۲؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۵۱؛ یزدی، تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۹۲؛ خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۳؛ قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۴، ص ۷۳؛ امام خمینی رحمته الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۵؛ گلپایگانی، سید محمد رضا، هداية العباد، ج ۲، ص ۱۴۳؛ نووی، محیی الدین بن شرف، المجموع شرح المذهب، ج ۱۵، ص ۳۳۳، ۳۳۵؛ نووی، محیی الدین بن شرف، روضة الطالبین، ج ۴، ص ۳۹۰؛ انصاری، زکریا بن محمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج ۱، ص ۴۴۲؛ شربینی، محمد بن احمد، الاقتناع فی حل الفاظ ابی شجاع، ج ۲، ص ۲۹؛ شربینی، محمد بن احمد، مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، ج ۲، ص ۳۸۳؛ ملیباری، زین الدین بن عبدالعزیز، فتح المعین لشرح قرة العین بمهمات الدین، ج ۳، ص ۱۹۳؛ سید بکری، ابوبکر، اعانة الطالبین، ج ۳، ص ۱۹۲؛ خطاب رعینی، پیشین، ج ۷، ص ۶۴۱؛ دسوقی، محمد، حاشیة الدسوقی، ج ۴، ص ۸۴؛ کاشانی، ج ۶، ص ۲۲۰؛ ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج ۵، ص ۳۲۳، ۳۳۰؛ ابن قدامة، پیشین، ج ۶، ص ۲۰۹؛ بهوتی، پیشین، ج ۴، ص ۳۰۹؛ کحلانی، محمد بن اسماعیل، سبل السلام، ج ۳، ص ۸۸؛ شوکانی، محمد بن علی، نیل الاوطار، ج ۶، ص ۱۲۹.

برخی همچون شیخ طوسی در خلاف و صاحب جواهر ادعای اجماع نموده‌اند. فقیهان هر چند در مصادیق وجود یا عدم این شرط گاهی اختلاف نظر دارند، ولی به ندرت فقیهی در اصل شرط تردید نموده است. از معدود فقیهانی که به نظر بدوی در اصل شرط دوام تردید کرده است، علامه حلی در تذکره می‌باشد، وی در مسئله وقف بر «من ینقرض غالباً» قول به صحت را می‌پذیرد و هنگامی که استدلال قائلان به بطلان این گونه وقف را، به مخالفت این فرع با شرط تأیید نقل می‌نماید، در جواب می‌گوید:

«ولا نسلم ان شرط الوقف التأیید فانه المتنازع»^۱

شهید ثانی نیز دقیقاً همین راه را در مسئله مذکور طی می‌نماید و در پاسخ مخالفان می‌گوید:

«واشترط التأیید متنازع مشکوک فیه»^۲

برخی همچون صاحب حدائق پنداشته‌اند که این سخن شهید حکایت از مخالفت یا تردید او نسبت به شرط دوام و تأیید در وقف دارد،^۳ در حالی که شهید ثانی و همچنین علامه حلی موردی را که وقف به صراحت مقید به زمان باشد، مانند هنگامی که وقف نماید تا یکسال، چون فاقد شرط دوام و تأیید است از وقف خارج دانسته و معتقدند در این صورت حبس که فاقد تملیک عین می‌باشد، بجای وقف محقق می‌گردد.^۴ این گویای آن است که این دو فقیه نیز دوام را شرط وقف می‌دانند، ولی تنها موردی را که مصداق فقدان این شرط می‌دانند جایی است که وقف به صراحت مقید به زمان شود. پس مقصود آنان از این که شرط تأیید مورد نزاع و شک می‌باشد این است که تأیید به معنایی که مخالف با وقف بر موقوف علیه قابل انقراض غالبی است، مورد تردید و نزاع است.^۵ میرزای قمی احتمال دیگری در کلام علامه و شهید داده است و آن این است که مراد ایشان منع اشتراط تأیید در معنایی اعم از حبس باشد و برای این احتمال قرآینی ذکر کرده است.^۶

۱. حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۴۳۳.

۲. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۵۵.

۳. بحرانی، پیشین، ج ۲۲، ص ۱۳۴.

۴. حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۴۳۳؛ حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۲۷۴؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۵۳.

۵. نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۲.

۶. قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۷۳.

سید یزدی به صراحت با شرط تأیید در وقف مخالفت می‌نماید و در هیچ موردی، حتی هنگامی که وقف به صراحت مقید به زمان خاصی می‌شود آن را نمی‌پذیرد و وقف مقید به زمان خاص را صحیح می‌داند. او می‌گوید:

«وان شئت الحق الصریح نقول: لادلل علی اعتبار التأیید اصلاً، وانه یصح حتی الموقت الی مدّة، و الاجماع المدعی ممنوع. فان المنقول عن المفید (قده) انه لم یذكر التأیید من شروط الوقف وناقش فی اشتراطه صاحب المسالك، و عن المفاتیح الاشکال فیه. قال: ان اشتراط التأیید لادلل علیه. و الاصل و المعلومات تنفیه و علی فرض عدم المخالف نمنع کشف هذا الاجماع من قول المعصوم (علیه السلام)»^۱

او سپس این اشکال را مطرح می‌کند که چون وقف تملیک است، از این رو بازگشت دوباره ملک به واقف نیازمند به سبب جدید است، پس وقف موقت چون منجر به مالکیت موقت می‌گردد باطل است. و در پاسخ می‌گوید:

«وقف ایقاف است نه تملیک... و اگر هم تملیک باشد، تملیکی است که به مقدار مذکور در صیغه وقف از ملک واقف خارج می‌شود. اگر گفته شود: تملیک موقت ممکن نیست و لازمه صحت چنین وقفی تملیک موقت است، می‌گوییم: تملیک موقت مشکلی ندارد. زیرا ظاهر این است که اشکالی در وقف بر زید تا یک سال و سپس بر فقرا نمی‌باشد و در این صورت ملکیت زید تا یک سال است، چه فرق می‌کند مصرف بعد از این یک سال ذکر شود مانند مثال فوق و یا ذکر نشود مانند موردی که ما از آن بحث می‌کنیم»^۲

چنانکه ملاحظه می‌شود عبارات سید صراحت در قبول مالکیت موقت دارد و سید سه فرع مهم در بحث وقف را مصداق مالکیت موقت می‌داند. اول، فرعی می‌باشد که مباحث خود را ذیل آن طرح نموده، و آن وقف بر «من ینقرض غالباً» است. فرع دوم و سوم که سید

۱. یزدی، تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۹۴؛ محقق سبزواری نیز شرط دوام در وقف را به جماعتی از اصحاب نسبت می‌دهد و این حکایت از وجود مخالف دارد، مراجعه شود به: سبزواری، محمد باقر، کفایة الاحکام، ص ۱۴۰. همچنین توجه به این نکته لازم است که شیخ مفید اگر چه به صراحت از اشتراط تأیید در وقف سخن نمی‌گوید، ولی در پایان مقنعه، هنگامی که به بیان نحوه رسم کتابت وقف می‌پردازد، قید تأیید را ذکر می‌نماید. مراجعه شود به: مفید، محمد بن نعمان، المقنعه، ص ۸۲۴؛ قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۷۴.

۲. یزدی، همان.

به صراحت در عبارات گذشته از آنها یاد نمود، وقف تا مدّت معین و وقف تا مدّت معین و سپس بر فقرا می باشد.

سید علی بهبهانی از معدود کسانی است که تأیید را شرط وقف نمی داند و جمله فروعات فوق الذکر را همچون سید یزدی جایز می شمارد. ولی او بر خلاف سید یزدی، تملیک موقت را امری نا معقول می شمارد و چون حقیقت وقف را ایقاف می داند، نه تملیک، از این رو هیچ یک از موارد فوق نزد او مستلزم مالکیت موقت نخواهد بود.^۱

نکته مهمی که در پایان این مسئله حایز اهمیت است این می باشد که بیشتر فقیهان اگرچه وقف را تملیک عین موقوف به موقوف علیه می دانند، ولی گویا هیچ یک در مقام استدلال بر اشتراط دوام و تأیید در وقف به امتناع مالکیت موقت و تملیک موقت استناد ننموده اند و این نکته بسیار مهمی است و حکایت از این دارد که مسئله امتناع یا استبعاد مالکیت موقت در شریعت، امری واضح و روشن در میان فقهاء نبوده و نیست، زیرا پرواضح است که لازمه فقدان دوام و تأیید در وقف - با توجه به تملیکی بودن آن - تملیک موقت و در نتیجه مالکیت موقت می باشد و اگر این لازمه در نزد ایشان واضح البطلان بود، قطعاً برای استدلال بر اشتراط تأیید در وقف به آن استناد می نمودند.

فقهاء کمتر استدلال بر شرط تأیید نموده اند. جمعی از فقیهان شیعه با این بیان که مقتضای وقف، تأیید و دوام است^۲ اشاره به دلیلی دارند که برخی دیگر به تفصیل از آن سخن گفته اند و آن این است که لفظ وقف دلالت بر استمرار و دوام دارد و زمان مند نمودن وقف مخالف اقتضای حقیقت وقف است.^۳

به نظر می رسد دلالت وقف بر تأیید چنان نزد ایشان روشن بوده است که چندان نیازی به استدلال بر آن نمی دیدند.

فقهای عامه نیز گاهی در مقام استدلال بر شرط تأیید همین بیان را دارند^۴ و گاهی با کمی تغییر این چنین استدلال می کنند که اگر کسی صیغه وقف را مدّت دار انشا نماید، این صیغه

۱. بهبهانی، پیشین، ج ۲، ص ۴۶۱ و نیز مراجعه شود به: معروف الحسنى، هاشم، الوصایة والاقاف، ص ۱۵۷.

۲. حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۴۳۹؛ حلی، المذهب البارع، ج ۳، ص ۵۲؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص ۶۰، ۷۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۸۳؛ انصاری، المکاسب (البیوع)، ج ۴، ص ۳۶.

۳. نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۱؛ قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۷۲.

۴. ابن قدامة، پیشین، ج ۶، ص ۲۱۵.

فاسد و باطل است زیرا صیغه وقف وضع برای تأیید شده است.^۱ برخی از فقیهان نیز برای استدلال بر این شرط به روایات تمسک کرده‌اند.^۲ و در نهایت میرزای قمی که بیش از هر فقیه دیگری در صدد اثبات این شرط برآمده و به جمع ادله پرداخته است، هیچ اشاره‌ای به استدلال به امتناع یا عدم وقوع مالکیت موقت در فقه ندارد.^۳

البته محقق کرکی در ذیل فرع وقف بر «من ینقرض غالباً» که پیرامون آن سخن خواهیم گفت، استدلال قابل توجهی بر شرط تأیید ارائه می‌دهد. او در پاسخ کسانی که شرط تأیید را محل نزاع در فرع مذکور می‌دانند و بر این اساس استدلال به فقدان شرط تأیید، بر بطلان این فرع را بی‌مورد می‌پندارند، می‌گوید:

«کسی می‌تواند این چنین بگوید: وقف اقتضای انتقال ملکیت از واقف را دارد، و در غیر این صورت حبس می‌باشد، پس این ملکیت باز نمی‌گردد مگر به سببی شرعی، پس وقف مادامی که سبب جدیدی نیامده است اقتضای تأیید دارد.»^۴

چنانکه ملاحظه می‌شود محقق کرکی دلیل بر اشتراط تأیید و دوام را اقتضای واژه و یا حقیقت وقف قرار نداده است، بلکه علت آن را در انتقال مالکیت جستجو می‌نماید و معتقد است مالکیتی که به سببی اعتباری انتقال یافت تنها به سببی جدید باز می‌گردد و مادامی که سبب جدید حادث نشود، مالکیت اقتضای دوام دارد. این بیان چنانچه واضح است صراحت در انکار مالکیت موقت را دارد و به نظر می‌رسد محقق کرکی تنها کسی است که برای شرط تأیید در وقف به بطلان تملیک موقت استدلال نموده است.

صاحب جواهر بعد از نقل نظر محقق کرکی در پاسخ می‌گوید:

«فساد این سخن واضح است، زیرا اجتهاد در مقابل نص و فتوی در وقفی می‌باشد که مشروعیت آن به این شکل محرز است و به همین جهت وقف با دگرگونی اوصافی همچون زندگی، مرگ، فقر، غنا، علم و جهل و مانند این‌ها دگرگون

۱. شربینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۸۳؛ سید بکری، پیشین، ج ۳، ص ۱۹۲؛ خطاب ربینی، پیشین، ج ۷، ص ۶۴۱؛

دسوقی، پیشین، ج ۴، ص ۸۴.

۲. بحرانی، پیشین، ج ۲۲، ص ۱۳۴. قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۷۴.

۳. قمی، همان.

۴. کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص ۱۵: «... و لقائل ان يقول: ان الوقف يقتضي انتقال الملك عن الواقف قطعاً، و الا فهو الحبس، و حينئذ فيجب الايعود اصلاً بسبب شرعی، فظهر انه يقتضي التأیید ما لم يحصل السبب.»

می‌شود و در تمام این‌ها فرد دوم مالکیت عین و منفعت مال موقوف را از واقف می‌گیرد، نه از فردی که وصف از او زایل شده است. پس در محل بحث ما باکی نیست از این که بگوییم عین موقوفه، مملوک موقوف علیه است، تا هنگامی که منقرض نشده است و بعد از آن به واقف باز می‌گردد. ... پس نیازی به سبب جدید نمی‌باشد. زیرا نقل‌کننده ملک، تنها به همین مقدار نقل ملک نموده است. و این از موارد توقیت در ملکیت یا وقف که اجماع بر عدم جواز آن را نقل نمودیم نیست. چون مورد غیر جایز جایی است که مدّت و زمان غایت تملیک قرار گیرد، نه جایی که مدت به تبعیت انقراض موقوف علیه مطرح شود. پس بازگشت به ملکیت مالک اول به جهت پایان یافتن سبب نقل ملکیت همچون بازگشت به جهت سبب فسخ اقاله و خیار که سبب مالکیت جدید نمی‌باشند، است... زیرا این دو، سبب فسخ سبب اولی می‌باشند که اقتضای نقل ملکیت را داشت، پس اقتضای سبب اول بار دیگر به حال خود باز می‌گردد.^۱

صاحب جواهر در این کلام میان تقیید مالکیت به زمان و زمانیات فرق نهاده است. در صورت اول این گونه مالکیت در وقف و غیر آن جایز نیست. برخلاف هنگامی که مالکیت مقید به واقعیتهای مدّت دار و زمان‌مند گردد، در این صورت - که فرع مزبور از آن جمله می‌باشد - زمان قید و غایت مالکیت قرار نگرفته است، بلکه واقعیتهای که دارای پایان زمانی می‌باشد غایت مالکیت است. این گونه مالکیت دارای نمونه‌های آشکاری در فقه است. البته سید علی بهبهانی این کلام صاحب جواهر را در غایت ضعف می‌داند و بر این باور است که میان این دو تقیید فرقی نیست.^۲

شاید بتوان گفت که محقق کرکی مدعی است که مالکیت اقتضای استمرار و دوام را دارد و به تعبیر حقوقی دوام از صفات مالکیت است و تا هنگامی که سبب جدید عارض نشود، اقتضای سبب اول استمرار و دوام مالکیت است. اما صاحب جواهر بر این باور است که مالکیت می‌تواند از آغاز محدود و معیاً باشد و دوام اقتضای اولی مالکیت نیست و آنچه ممنوع می‌باشد این است که امد و غایت مالکیت، زمان باشد و مقصود از شرط تأبید در

۱. نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۷.

۲. بهبهانی، پیشین، ج ۲، ص ۴۶۲.

وقف نیز همین است و تأیید بدین معنا تنها شرط وقف نیست، بلکه هر گونه تملیک عینی مشروط به این گونه تأیید می‌باشد.

از میان معاصران، محقق بجنوردی به نقل از استاد خویش دلیل بر اشتراط تأیید در وقف را، امتناع مالکیت موقت دانسته است، او به نقل از استاد خویش می‌گوید:

«ان الوقف من العقود المملکة، و مفادها تملیک الموقوف للموقوف علیه، و التملیک لایمکن بدون التأیید، فان المملکة الموقته غیر معهود فی الشرع»

سپس در پاسخ چنین می‌گوید:

«اگر دلیلی دلالت بر مالکیت موقت نماید هیچ منعی از آن نیست، زیرا مالکیت امری اعتباری است که قابل توقیت و تأیید می‌باشد. پس تابع دلیلی است که حکایت از اعتبار شارع یا اعتبار عقلاء می‌نماید... پس مالکیت موقت نه تنها ممتنع نیست، بلکه نمونه‌هایی از آن در شریعت یافت می‌شود.»^۱

محقق بجنوردی بعد از نقد سایر ادله اعتبار تأیید در وقف، تنها با تکیه بر اتفاق و اجماع فقها بر این شرط که موجب اطمینان می‌گردد، وجود این شرط را در وقف لازم می‌داند.

۲. از بیانات قبل روشن شد که اولین و آشکارترین مصداق توقیت در وقف و به عبارت دیگر تحقق مالکیت موقت در وقف، هنگامی است که واقف به صراحت وقف خود را مقید به زمان خاصی بنماید، مانند این که بگوید: «وقف نمودم این را تا یک سال». به نظر می‌رسد غالب فقیهان این گونه وقف را یا به طور کلی باطل می‌دانند و یا معتقدند در این صورت حبس بجای وقف محقق می‌شود^۲ و چون حبس فاقد تملیک عین است، از این رو نمی‌تواند

۱. بجنوردی، پیشین، ج ۴، ص ۲۵۲.

۲. طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۵۴۸؛ طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۲۹۹؛ ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، ص ۲۹۸؛ حلی، ابن ادریس، پیشین، ج ۳، ص ۱۵۶؛ هذلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، ص ۳۷۰؛ قمی، جامع الخلاف و الوفاق، ص ۳۶۷؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص ۱۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۵۳؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۴۰؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۲، ص ۱۳۴؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۲۸۴؛ قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۷۱؛ نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۱؛ امام خمینی رحمته الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۵؛ خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۳۴؛ گلپایگانی، پیشین، ج ۲، ص ۱۴۲؛ روحانی، سید محمد، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۶۳؛ سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۹۳؛ صافی، گلپایگانی، لطف الله، هداية العباد، ج ۲، ص ۱۰۶؛ حکیم، عبدالهادی، حواریات فقهیة (مطابق فتاوی آیت الله سید محمد سعید حکیم)، ص ۲۷۲؛ زین الدین، محمد امین، کلمة التقوی، ج ۶، ص ۱۱۳؛ غالب منابع فقهی اهل سنت که در پاورقی مربوط به ضرورت شرط تأیید و دوام در وقف از آنها یاد شد، فرع فوق الذکر را - متفرع بر اشتراط تأیید - باطل می‌دانند.

مصادقی برای مالکیت موقت باشد. نگارنده غیر از سید یزدی در تکمله عروه و سید علی بهبهانی - چنانکه در مسئله قبل گذشت - و معدودی از اهل سنت^۱ هیچ فقیهی را نیافته است که بر این باور باشد که با اجرای صیغه بدین شکل، وقف به طور صحیح واقع می‌گردد.

فقه‌های شیعه و اهل سنت غالباً این فرع را بعد از شرط دوام و متفرع بر آن ذکر نموده‌اند، که گویای آن است که دلیل ایشان بر بطلان این فرع همان شرط دوام و تأیید است. برخی نیز در مقام تحلیل بر بطلان این فرع تصریح به شرط دوام نموده‌اند و هیچ یک به لازمه این فرع که مالکیت موقت است اشاره و یا تصریح نکرده است.

۳. یکی دیگر از فروعات وقف که می‌تواند مصداق برای مالکیت موقت باشد، وقف بر کسانی است که به طور غالب منقرض می‌گردند، مانند وقف بر فرد معین، یا وقف بر اولاد - بدون آن که نسل‌های بعد ضمیمه گردد - به تصریح بسیاری از فقیهان شیعه، اقوال در مورد این فرض که از آن به منقطع‌الآخر یاد می‌شود، سه قول است. مشهور فقیهان معتقد به صحت وقف می‌باشند.^۲ قول دوم بطلان است، البته جمعی از فقیهان تصریح کرده‌اند که قائل به بطلان را در میان فقیهان شیعه نیافته‌اند،^۳ نگارنده نیز با توجه به جستجویی که در این مورد انجام داد، قائلی برای این قول نیافت. قول سوم نیز صحت می‌باشد، ولی آنچه واقع می‌شود حبس است.^۴

فقیهان اهل سنت نیز در این مسئله میان سه قول اختلاف دارند،^۵ که علاوه بر صحت و بطلان، قول سوم صحت است در صورتی که مال موقوف عقار باشد و اگر مال حیوان باشد وقف باطل است.

۱. نووی، روضة الطالبین، ج ۴، ص ۳۹۱ (به نقل از برخی از فقیهان).

۲. طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۲۹۲؛ حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۴۸؛ حلی، المختصر النافع، ص ۱۵۶؛ فاضل آبی، ج ۲، ص ۴۵؛ حلی، مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۳۰۲؛ حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۴۳۳؛ حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۲۷۴؛ شهید اول، الدروس، ج ۲، ص ۲۶۵؛ حلی، المذهب البارع، ج ۳، ص ۵۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۵۴؛ یزدی، تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۹۴؛ امام خمینی رحمته الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۵؛ خوبی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۳۵.

۳. بحرانی، پیشین، ج ۲۲، ص ۱۳۶؛ نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۴.

۴. هذلی، ص ۳۷۰؛ حلی، ارشاد الاذهان، ج ۱، ص ۴۵۲؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۱۶۹؛ قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۷۸.

۵. نووی، المجموع، ج ۱۵، ص ۳۳۴؛ نووی، روضة الطالبین، ج ۴، ص ۳۹۱؛ انصاری، فتح الوهاب، ج ۱، ص ۴۴۲؛ سید بکری، ج ۳، ص ۱۹۷؛ منهاجی اسبوطی، محمد بن احمد، جواهر العقود و معین القضاة و الموقعین و الشهود، ج ۱، ص ۲۵۴.

نکته مهمی که در ذیل این فرع در کلمات فقیهان دیده می‌شود، استدلالی است که برخی از ایشان برای صحت وقف در این فرض اقامه نموده‌اند. علامه حلی اولین کسی است که در مقام استدلال این گونه می‌گوید:

«زیرا وقف نوعی تملیک و صدقه است، پس تابع اراده مالک در تخصیص و غیر آن

می‌باشد، مانند موارد غیر از صورت نزاع»^۱

او در تذکره عبارتی صریح‌تر دارد، می‌گوید:

«وقف نوعی تملیک و صدقه است، پس تابع اراده مالک در تخصیص به زمان

می‌باشد، چنانکه تابع اراده او در تخصیص به اعیان است»^۲

این عبارات علامه ظهور در پذیرش تملیک موقت دارد و به مالک این حق را می‌دهد که تملیک خود را به زمان تخصیص بزند. بعد از علامه نیز برخی از فقیهان همین رویه را در پیش گرفته و برای صحت وقف در فرض مذکور به همین شکل استدلال نموده‌اند.^۳ در مقابل جمعی دیگر از فقیهان همچون محقق کرکی و صاحب حدائق، استدلال مذکور را به دلیل آن که مستلزم تملیک موقت است باطل می‌دانند و به صراحت می‌گویند تملیک موقت امری نامعقول است.^۴ شهید ثانی در پاسخ به محقق کرکی می‌گوید:

«در این سخن نظر و اشکال است زیرا تملیک موقت در حبس و عمری و رقبی واقع

می‌گردد، و وقف نیز هم سنخ با آنها می‌باشد»^۵

و در نهایت صاحب جواهر این پاسخ شهید را مخدوش می‌داند و به درستی تذکر می‌دهد که در حبس و عمری و رقبی، تملیک منافع صورت می‌گیرد و وقف که تملیک عین است قابل قیاس با آنها نمی‌باشد.^۶

۱. حلی، مختلف الشیعة، ج ۶، ص ۳۰۲: «انه نوع تملیک و صدقة فیتبع اختیار المالك فی التخصیص و غیره، کغیر صورة النزاع»

۲. حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۴۳۳: «لان الوقف نوع تملیک و صدقة فیتبع اختیار المالك فی التخصیص بالازمان، کما یتبع اختیاره فی التخصیص بالاعیان»

۳. فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۷۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۵۴.

۴. کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص ۱۵: «... یرد علی الاولى: ان التملیک لا یعقل موقتاً». بحرانی، پیشین، ج ۲۲، ص ۱۳۸: «ان ما ذکره من انه نوع تملیک... مردود بانه لم یعقل فی التملیک کونه موقتاً بمدة و کذا الصدقة».

۵. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۵۴: «... و فیه نظر لان التملیک الموقت متحقق فی الحبس و اخویه، و هذا منه».

۶. نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۷.

اگر چه عبارات علامه و پیروان وی ظهور بدوی در پذیرش مالکیت موقت دارد، اما وی به صراحت در مواضع مختلف که پس از این نقل خواهد شد اعلام نموده است که تملیک قابل توقیت نمی باشد، از این رو چاره ای نیست جز این که جمع میان اظهار نظرهای گوناگون او بنماییم و شاید بهترین جمع، همان کلام صاحب جواهر باشد که در ذیل شرط تأیید نقل شد و به عبارت دیگر تفصیل دهیم میان تقیید مالکیت به زمان که مصداق واضح مالکیت موقت است و تقیید به زمانیات که فرع مورد بحث، مصداق آن است و صورت نخست را در نظر علامه ممنوع، و صورت دوم را جایز شماریم.

۴. فرع دیگری در وقف مطرح است که می تواند مصداق مالکیت موقت باشد و آن هنگامی است که وقف بر فرد یا افرادی تا زمان معینی واقع گردد و سپس وقف به طور دایم بر فقیران یا مانند آنها ادامه یابد، مانند این که گفته شود: «وقف نمودم این را برای یک سال بر زید و سپس بر فقراء».

علامه حلی در تذکره و تحریر این گونه وقف را صحیح می داند^۱ و حتی در تذکره ادعای اجماع بر صحت آن می نماید. برخی دیگر از فقیهان نیز این فرع را طرح نموده و آن را صحیح می شمارند.^۲ ولی علامه در قواعد می گوید: «در صحت چنین وقفی اشکال است».^۳ فرزندش فخر المحققین در شرح قواعد این گونه توضیح می دهد:

«وجه اشکال این است که آیا موقوف علیه مالک می شود یا نه، اگر گفتیم مالک می شود، این وقف صحیح نیست، زیرا اگر ملکیت حاصل شود زوال آن نیاز به سبب دارد و ملکیت موقت در شرع وارد نشده است، بر خلاف قید مدت حیات، زیرا در این صورت حیات، شرط در ملکیت است و اگر گفتیم خداوند یا واقف، مالک است چنین وقفی صحیح می باشد، چون این مدت (یکسال) در واقع بیان زمان مصرف منافع عین است. والد مصنف در تذکره ادعای اجماع بر صحت مسئله مذکور نموده است و هنگامی که من ازوجه این اشکال از او پرسش کردم همین مطلب را بیان کرد. و در نزد من نیز قول صحیح تر صحت وقف مزبور است».^۴

۱. حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۴۳۴؛ حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۲۸۱.

۲. شهید اول، الدرر، ج ۲، ص ۲۶۶.

۳. حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۹۰.

۴. فخر المحققین، پیشین، ج ۲، ص ۳۸۴.

محقق کرکی نیز در شرح قواعد همین وجه را به عنوان اشکال ذکر می‌کند و سپس بعد از اشاره به ادعای اجماع علامه در تذکره بر صحت این فرع می‌گوید: پس راهی برای قول به بطلان این فرع نیست، زیرا اجماع منقول به خبر واحد حجت است.^۱

برخی از فقیهان همچون سید یزدی در تکلمه عروه - چنانچه عبارت آن در فرع اول نقل شد - و محقق اصفهانی و سید محمد حسین بجنوردی به صراحت این فرع را مصداق مالکیت موقت می‌دانند، و ضمن پذیرش صحت آن، وجود آن را دلیل بر مقبولیت مالکیت موقت در شرع می‌دانند.^۲

فقه‌ای اهل سنت نیز قائل به صحت این فرع هستند و برخی تصریح نموده‌اند که پذیرش این فرع منافاتی با شرط تأیید در وقف ندارد.^۳

۵. برخی از فقها مالکیت بطون مختلف را در وقف خاص مصداق مالکیت موقت می‌دانند. محقق نایینی می‌گوید:

«ان القول بان الملكية الموقته غير ثابتة في الشرع غير مسموع، لان ثبوتها كذلك لم يقم برهان على امتناعه الا في البيع، لقيام الاجماع على بطلانه كذلك. فاذا اقتضى الدليل التوقيت في غير البيع فيتبع هذا. مع ان في الاوقاف الخاصة، الملك للبطون ليس دائماً.»^۴

مرحوم شیخ موسی خوانساری که مقرر مباحث میرزای نایینی می‌باشد، در حاشیه این عبارت، اشکالی را طرح می‌نماید و سپس پاسخ می‌دهد. او می‌گوید:

«گفته نشود که دوران ملک بر مدار حیات موجب مالکیت موقت نمی‌گردد، زیرا در این صورت در تمامی مالکیت‌ها این گونه است؛ چون در پاسخ می‌گوییم: میان مالکیت بطون و غیر آن تفاوتی آشکار است.»^۵

۱. کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص ۳۲.

۲. یزدی، تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص ۱۹۴؛ اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، ج ۳، ص ۸۵؛ بجنوردی، پیشین، ج ۴، ص ۲۵۲.

۳. شربینی، الاقناع، ج ۲، ص ۲۸؛ شربینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۸۳؛ سید بکری، پیشین، ج ۳، ص ۱۹۲؛ ابن قدامة، پیشین، ج ۶، ص ۲۲۱؛ بهوتی، پیشین، ج ۴، ص ۳۰۹.

۴. خوانساری، موسی، منية الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات درس آیت‌الله میرزا محمد حسین نایینی)، ج ۱، ص ۳۳۱.

۵. همان.

مقرر محترم این تفاوت را شرح نمی‌دهد، ولی برخی دیگر از فقیهان تفاوت میان مالکیت بطون با سایر مالکیت‌ها را این گونه توضیح می‌دهد که در مالکیت دائمی و ابدی، نفس مالکیت ثابت است و آنچه تغییر می‌یابد، طرف مالکیت است که مالک می‌باشد. اگر چه این ادعا به حسب دقت عقلی دارای مسامحه است، زیرا قوام مالکیت به مالک است و با تغییر آن، مالکیت نیز دگرگون می‌شود، ولی به نظر عرف این مالکیت ثابت و پایدار است. اما در مالکیت موقت، نفس مالکیت با تغییر مالک دگرگون می‌شود، همچون مالکیت بطون نسبت به مال موقوف، از این رو گفته می‌شود که بطن متأخر مالکیت را از بطن متقدم نمی‌گیرد (بلکه از واقف می‌گیرد).^۱

می‌توان کلام فوق را این گونه شرح داد که مالک اول می‌تواند مالکیت مال خود را به دو گونه منتقل نماید، شکل نخست این است که مالک، مالکیت مال خویش را به طور کامل و برای همیشه به فرد دومی واگذار نماید، تا او مالک همیشگی این مال گردد، اما او به جهت اختیار مالکانه خویش می‌تواند بعد از مدتی این مالکیت همیشگی را به فرد سومی انتقال دهد. در این تغییر و تحول، آنچه ثابت است مالکیت ابدی و همیشگی است که طرف آن (یعنی مالک) تغییر می‌یابد. شکل دیگر انتقال مالکیت این است که مالک اول از همان آغاز مالکیت مال خود را برای مدت محدودی به فرد دوم واگذار نماید. اگر چه حد زمانی این تملیک تمامی مدت حیات فرد دوم باشد. و بعد از سپری شدن این مدت، فرد سوم را مالک مال قرار دهد. در این هنگام مالکیت فرد سوم از مالک اول به او منتقل می‌شود، نه از مالک دوم و این مالکیت غیر از مالکیت محدود و موقت مالک دوم است که از میان رفته است.

با این تفسیر از مالکیت موقت، بسیاری از موارد وقف مصداق مالکیت موقت خواهند بود. اما برخی دیگر از فقیهان انتقال مالکیت در بطون و طبقات مختلف وقف را بدین شکل نمی‌دانند و بر این باورند که ادعای مالکیت موقت در طبقات مختلف وقف، ادعایی بدون دلیل است.^۲

۶. به نظر بعضی از فقیهان یکی از مصادیق مالکیت موقت در فقه مالکیت بدل حیلولة

۱. حکیم، سید عبدالصاحب، المرتقی الی الفقه الارقی (تقریرات درس آیت‌الله سید محمد حسینی روحانی)، ج ۲، ص ۲۹۲.

۲. خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۲۷.

است. بدل حیلولة که در باب ضمان و غصب مطرح می‌شود مالی است که ضامن یا غاصب در صورت تعذر و یا تعسر بازگرداندن مال مضمون، به عنوان جایگزین به مالک می‌دهد. این مال پرداخت شده را بدل حیلولة می‌گویند، زیرا مال اصلی هنوز تلف نشده است و مالکیت مالک بر آن مال نیز همچنان باقی است و این بدل حائل و حاجز میان مالک و مالش می‌گردد و در صورتی که مالکیت مالک را بر این بدل بپذیریم - چنانچه نظر فقیهان فوق الذکر همین می‌باشد - این مالکیت تنها تا زمانی استمرار دارد که مال مغضوب یا مضمون به مالک، بازگردانده نشده است و در صورت بازگشت مال، مالکیت او نسبت به بدل حیلولة زایل می‌گردد. پس مالکیت مالک بر بدل حیلولة مالکیتی موقت و محدود به زمانی است که مال مضمون یا مغضوب در اختیار مالک قرار نگیرد.^۱

۷. شیخ انصاری در کتاب زکات خود، در ذیل مسئله شرط مالکیت در وجوب زکات، بحثی را در مورد مالکیت عبد مطرح می‌نماید و در ضمن آن مسئله مالکیت موقت را طرح نموده و بعضی از فروعات را همچون وقف منقطع الآخر و وقف بر بطون و همچنین برخی از صور مالکیت عبد را مصداق مالکیت موقت معرفی می‌نماید. به جهت اهمیت بررسی و تحقیق شیخ پیرامون مالکیت موقت سزاوار است سخنان وی با وقت مورد ملاحظه قرار گیرد.

شیخ بعد از نقد و بررسی ادله گوناگون پیرامون امکان مالکیت عبد به طرح قواعدی می‌پردازد که منافات با مالکیت عبد دارد. او یکی از این قواعد را این گونه بیان می‌کند: «مانند این قاعده: که ملک از تحت مالکیت مالک خارج نمی‌شود مگر به یکی از اسباب قهری یا اختیاری نقل. در حالی که بعد از مرگ یا فروش و یا عتق عبد، مال او به ملکیت مولا باز می‌گردد (در صورتی که هیچ سبب نقل جدیدی حادث نشده است).»

شیخ سپس ادعا می‌کند که این قاعده مخدوش است، زیرا مالکیت گاهی بدون ناقل رفع می‌گردد. همچون رجوع مالکیت مال موقوف به واقف بعد از انقراض موقوف علیه در وقف منقطع الآخر - بنابر نظر بعضی - و یا انتقال ملک از بطن اول - بعد از انقراض آنان - به بطن دوم. آنگاه شیخ به رابطه این قاعده با موضوع مالکیت عبد می‌پردازد که تلخیص سخنان وی بدین قرار است: مالکیت عبد نیز که با رضایت مولا بر تملک او تحقق یافته است، بعد از مرگ، یا فروش و یا عتق عبد باقی نمی‌ماند و مال به مالکیت مولا باز می‌گردد. زیرا قراین و

شواهد گویاست که رضایت مولا بر بقای این مالکیت نیست و این رجوع نیازمند به انتقال توسط ناقلی نمی‌باشد. البته این سخن در مورد آنچه مولا مالک آنها بوده و مالکیت آن را بدین شکل به عبد انتقال داده روشن است، زیرا مولا تا زمانی که او عبدش می‌باشد و وی راضی به این تملیک است، انتقال را صورت داده است و بعد از مرگ و عتق و بیع و یا حتی رجوع مولا، سبب مالکیت همچون وقف مرتفع می‌گردد.

اما اگر مولا به عبد خود اجازه داده است که با اسباب تملک، مالک گردد، مسئله مشکل می‌شود. زیرا نتیجه اسباب تملک، مالکیت مطلقه‌ای است که به غیر منتقل نمی‌گردد، مگر توسط سبب نقل جدید. بلکه ملک به طور مطلق، حتی در مثل وقف مذکور نیز بدون سببیت ناقلی منتقل به غیر مالک اول نمی‌گردد و انتقال مال به طبقه دوم در وقف به جعل واقف است و بازگشت مال نیز در مثال وقف منقطع الآخر به واسطه همان سبب اول می‌باشد. چون مالک واقف، ملک را تنها بر این وجه از مالکیت خود خارج ساخته است و با منتفی شدن آن وجه، خروج نیز منتفی می‌گردد. به علاوه بازگشت این مال به مالک واقف اختلافی است و قابل منع است، زیرا مخالف اصل می‌باشد.

پس می‌توان تفصیل داد میان جایی که مولا عبد خود را از مایملک خویش مالک نماید، پس در این صورت مالکیت برای عبد حاصل می‌شود و در غیر این صورت که مالکیت عبد توسط اسباب تملک خواهد بود، مالکیت عبد منتفی است. بلکه اگر مولا توسط عقدی از عقود - همچون عقد هبه - عبد خود را از اموال خود بهره‌مند سازد، در این صورت نیز این عقد اقتضاء مالکیت مطلقه دارد و همچون وقف نیست که بر حسب آنچه واقف قصد کرده است واقع گردد و مفروض این است که مولا قصد مالکیت مطلقه نداشته و چنین مالکیتی شرعاً واقع نشده است، زیرا هیچ کس قائل به چنین مالکیتی برای عبد نیست. نتیجه سخن آن که تطبیق قول به مالکیت عبد بر قواعد کلی دشوارتر از تطبیق قول به عدم مالکیت بر برخی از قواعد مخالف آن است.^۱

چنانکه ملاحظه می‌شود شیخ قاعده فوق‌الذکر را که نتیجه آن انکار مالکیت موقت است در اسباب تملک پذیرفته است، بلکه وی این قاعده را در هر گونه مالکیتی که انتقال به غیر مالک اول صورت گیرد، می‌پذیرد و تنها در مواردی همچون وقف منقطع الآخر که در فرع

سوم از آن سخن گفتیم و وقف بر بطون که در فرع پنجم طرح گردید و نیز مالکیت عبد به غیر اسباب تملک و به غیر عقود تملیکی از جانب مالک، انکار نموده و مالکیت موقت را در این موارد محقق می‌داند.

۸. میرزای نایینی و محقق اصفهانی از یکی از فقهای معاصر خود نقل می‌کنند که حقیقت عقد اجاره «تملیک العین موقتاً»^۱ و یا «تملیک العین فی جهة خاصّة، فی مدّة مخصوصة»^۲ می‌باشد. ذکر دلایل این قول و نیز نقض و ابرام‌های این دو فقیه بزرگ ضروری نیست. تنها به همین مقدار بسنده می‌کنیم که گزینش این تعریف برای اجاره، پذیرش قطعی مالکیت موقت می‌باشد. از این رو محقق نایینی در پاسخ این فقیه می‌گوید:

«ولکن فساد واضح، لعدم معهودية التوقيت فی الملكية فی الشريعة.»

۹. سید یزدی در رساله سؤال و جواب خویش که پاسخ‌های وی به استفتائات می‌باشد، مالکیت موقت در عقد صلح را در ضمن پاسخ دو استفتا پذیرفته است. به جهت اهمیت پاسخ‌های سید، سزاوار است متن کامل این پرسش و پاسخ به دقت ملاحظه گردد:

«سؤال: هرگاه زید اموالی مصالحه کند به دو نفر برادر از نبیره‌های خود، و خیار برای خود قرار دهد تا مدت معینی، و شرط کند در ضمن عقد صلح که هر یک از این دو برادر فوت شدند سهم او مال دیگری باشد این شرط صحیح و ممضی است یا فاسد و مفسد؟

جواب: هرگاه مصالحه مزبور واقع شده است با آن دو یا با ولی یا وکیل آن دو در یک عقد که هر دو مصالحه کذائیه را قبول کرده‌اند، یا آن که عقد با هر یک جدا از دیگری بوده، و لکن آن دیگری نیز قبول شرط کرده باشد، بعید نیست صحت شرط مذکور چون اظهر صحت شرط نتیجه است. و مخالف شرع بودن آن نیز از باب این که منافعی با ادله ارث است، معلوم نیست. زیرا که مورث مالک مال کذایی شده است که قاصر از انتقال به وارث است. نظیر ملکیت طبقات در وقف. و وارث در وقتی ارث می‌برد که ملکیت مطلقه باشد. و در اینجا ملکیت مورث موقته است چون مغیایه به موت است. پس منافات با ادله ارث لازم نمی‌آید. و از این قبیل است

۱. خوانساری، منیة الطالب، ج ۳، ص ۲۱۵.

۲. اصفهانی، الاجارة، ص ۴.

شرط خیار از برای خود مادام الحیاة که ارث برده نشود.
 و اما اذا قُئِد بَمَدَّة صَرِيحاً بَانَ قَالَ: «بَعْتِكَ اِلَى يَوْمِ كَذَا اَوْ صَالِحَتِكَ اِلَى زَمَانِ كَذَا»
 بطل. و هذا لَا يَسْتَلْزِمُ بَطْلَانَ مَا اِذَا قَالَ: «بَشَرْتُ اَنْ يَكُونَ لِفُلَانٍ فِي زَمَانِ كَذَا»
 بلی هرگاه عقد با هر یک جدا باشد و شرط را دیگری قبول نکند خالی از اشکال نیست چون مستلزم است ادخال در ملک غیر بدون رضا و قبول او را. و این در غیر وقف بالنسبة الى الطبقات المتأخرة مشکل است. فلو قال: «بَعْتِكَ دَارِي بِكَذَا بِشَرَطِ اَنْ يَكُونَ مَالِكُ الْفُلَانِي لَزِيدٍ» مِنْ دُونِ اَنْ يَكُونَ زَيْدٌ حَاضِراً وَ قَابِلاً لِلشَّرْطِ، فالظاهر عدم صحته. و دعوى انه مع الحضور و القبول ايضاً مشکل لانه مستلزم لتركب العقد مِنْ اَزِيدٍ مِنْ اِيْجَابِ احدهما و قبول الآخر. اذا لمفروض وجوب قبول ثالث، مرفوعة بعدم المانع عنه و عدم الدليل عليه. و مع ذلك كله هرگاه در مسأله مراعات احتیاط شود بهتر است، والله العالم.^۱

چنانکه ملاحظه می شود مرحوم یزدی اشتراط مالکیت را در عقد صلح تا زمان حیات مالک جایز می شمارد و این گونه مالکیت موقت را متفاوت با مالکیت موقتی می داند که به طور صریح مقید به زمان شده است و به همین جهت باطل است. تفاوت این دو مالکیت موقت در این است که در قسم اول مالکیت مقید به قیدی از زمانیات شده است که همان حیات مالک می باشد، برخلاف قسم دوم که مالکیت در آن مقید به نفس زمان است. یکی از معاصران این تفاوت را به نیکی در نیافته است و از این رو بر سید خرده می گیرد که چرا میان این دو مالکیت موقت فرق نهاده است. از مثال های نابجایی که در نقد سید مطرح می نماید این نکته به خوبی روشن می گردد، او می گوید:

«پرسی که از سید می شود این است که اگر کسی بخواهد ملکیت منزل مسکونی خویش را برای مدت ۲۰ سال به زید منتقل کند و پس از آن به خالد، چه تفاوتی دارد که بگوید: «خانه خود را برای ۲۰ سال به زید فروختم» یا بگوید: «خانه خود را به زید فروختم به شرط آن که پس از ۲۰ سال از آن خالد باشد؟»^۲
 متن پرسش و پاسخ دیگر از این قرار است:

۱. یزدی، سؤال و جواب، ص ۲۴۶، سؤال ۳۹۲.

۲. احمدزاده بزار، پیشین، ص ۱۴۵.

«سؤال: کسی چیزی به پسرهایش صلح کند و اختیار فسخ از برای خود بگذارد مادام الحیاة، و بعد از خود، برای این که چیزی به مادر بچه‌هایش نرسد، اختیار فسخ از برای هر یک از اولاد قرار دهد نسبت به قسمت اولاد دیگر به شرط موت او، که اگر بمیرد، و او زنده، فسخ کنند و ملک در حکم ملک پدر شود و بالارث ببرد، چه صورت دارد؟

جواب: علی الظاهر مانعی ندارد. لکن به فسخ که بر می‌گردیم بر پدر، مشترک می‌شود ما بین وارث پدر که از جمله آنها زوجه او است که مادر باشد، اگر از منقولات است و از جمله همان پسری است که فوت شده است و حصه او بالارث منتقل می‌شود به مادرش، وارث دیگر نداشته باشد. و اگر شرط کند بر هر یک که عند موت او آنچه منتقل به او شده برسد به برادرش این محذور مرتفع است. و لکن خالی از اشکال نیست، از جهت لزوم توقیت ملکیت. هر چند ممکن است دفع آن به این که تقیید ملکیت که لازم آن توقیت است، و آنچه باطل است توقیت صریح است. کما این که اشکال دیگر که آن این است که این شرط منافعی شرع است، از جهت این که به موت مالک باید مال او برسد به ورثه او، پس این شرط مخالف با ادله ارث است، مدفوع است به این که لازم این شرط قصور ملکیت است بر وجهی که قابل انتقال به وارث نیست، والله العالم.^۱

۱۰. شاید بتوان گفت در میان فقهای شیعه، علامه حلی اولین کسی است که به طور صریح مسئله مالکیت موقت را مطرح کرده است. نگارنده در میان فقهای پیش از وی این چنین صراحتی را ندیده است. آرا و نظریات او در برخی از فروع قبل گذشت، علاوه بر آن، وی در برخی دیگر از ابواب همچون عمری و رقبی و هبه مسئله مالکیت موقت در اعیان را مطرح می‌نماید و به روشنی مخالفت خویش را با آن ابراز می‌دارد. او در بحث عمری و رقبی تأکید می‌کند که عمری در نظر شیعه سبب مالکیت نمی‌گردد و بعد از ذکر ادله‌ای نقلی بر این مطلب، این گونه استدلال می‌نماید:

«ولان التملیک لا یتوقت، کما لو باعہ الی مدّة. فاذا کان لا یتوقت حمل قوله علی تملیک المنافع لانه یصح توقیته.»^۲

۱. یزدی، سؤال و جواب، ص ۲۴۳، سؤال ۳۸۷.

۲. حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۴۴۹.

از این عبارت علامه به صراحت فهمیده می شود که تملیک عین همچون بیع، مدت دار و زمان مند نمی گردد، برخلاف تملیک منفعت (مانند اجاره) که قابل توقیت است. او سپس از فقهای شافعی قول به بطلان تملیک موقت عین را نقل می نماید، آنگاه در مسئله ای دیگر این چنین می گوید:

«مسألة: لو وقت الهبة في غير العمرى والرقي، فقال، وهبتك هذا سنة، او الى ان يقدم الحاج، او الى ان يبلغ ولدي، او مدة حياتي، او مدة حياتك، او نحو ذلك لم يصح لانها تمليك للرقبة فلم تصح موقته كالبيع. بخلاف العمرى والرقي لانهما عندنا لا يتقلان الا عيان»^۱

علامه در کتاب هبه نیز همین مسئله را به صراحت بیان می کند:

«ولو وقت الهبة فقال، وهبتك هذا سنة، ثم يعود الى، لم يصح لانه عقد تمليك العين فلم يصح موقتاً كالبيع»^۲

۱۱. مالکیت موقت در عقد بیع نزدیک ترین مصداق فقهی قرارداد بیع زمانی است. البته پیش از این گذشت که تصور فقیهان و حقوقدانان از بیع موقت و بلکه مالکیت موقت قابل انطباق دقیق بر قرارداد نوظهور بیع زمانی نیست و نمونه و نشانه ای از این مفهوم خاص را نمی توان در آثار فقهی و حقوقی که پیش از رواج این قرارداد، تدوین یافته است، به دست آورد. ولی در عین حال می توان ادعا کرد که قرارداد بیع زمانی نوعی معامله موقت می باشد که می تواند مصداقی جدید و نوظهور برای آنچه فقیهان از آن به بیع موقت یاد می نمودند، باشد.

علامه حلی اولین فقیه شیعی است که مسئله بیع موقت را مطرح نموده و آن را مردود دانسته است. عبارات وی در مسئله پیشین پیرامون هبه موقته و عدم صحت آن همچون بیع موقت، گذشت. او در کتاب نهایة الاحکام واژه «بیع سنین» را که در حدیث نبوی (ص) از آن نهی شده است به بیع موقت معنا می نماید.^۳ بعد از علامه تا زمان فقهای متأخر و معاصر به سختی می توان در عبارات فقهای شیعه مطلبی پیرامون بیع موقت یافت.

۱. همان.

۲. حلی، همان، ج ۲، ص ۴۱۶.

۳. حلی، حسن بن یوسف، نهایة الاحکام، ج ۲، ص ۵۲۳: «روی انه عليه الاسلام نهی عن بيع السنين، و هو ان يقول: بعتك هذه سنة، على انه اذا انقضت السنة فلا بيع بيننا فأردانا الثمن و ترد انت المبيع. اما لو باعه و شرطه الخيار الى سنة بشرط رد الثمن جاز».

سید یزدی این مطلب را به صراحت در حاشیه مکاسب مطرح می‌نماید، او میان بیع موقت که زمان، قید تملیک می‌باشد، و بیع اعیانی که برای تعیین میزان و مشخص شدن مقدار آن باید از زمان استفاده کرد و در واقع زمان قید مملوک است، تفاوت می‌گذارد و قسم دوم را که هیچ اشکالی در صحت آن نیست از دایره بحث خارج می‌سازد. سید این گونه می‌گوید:

«هل يعتبر في حقيقة البيع كون التملك فيه مطلقاً، أولاً، بل هو اعم منه، و من الموقت؟ و بعبارة اخرى اذا قال: «بعتك هذا الى شهر» هل هو بيع، و ان كان فاسداً شرعاً، او انه ليس ببيع؟ هذا اذا لم يكن الاجل للمملوك، و الا فلا اشكال، كما اذا قال: «بعتك لبن هذا الشاة الى شهر، او ثمر هذا الشجر الى كذا.» و الاقوى هو الاول. لالعدم معقولة التملك الموقت كما قد يتخيل. كيف؟! و هو واقع في الوقف، بناء على كونه تمليكا. كما هو الا شهر الاقوى، بل لعدم الصدق عرفاً، و الشك فيه. و هم كاف في الحكم بالعدم كما لا يخفى.»^۱

محقق نایینی بیع موقت را مردود دانسته و ادعای اجماع بر بطلان آن می‌نماید.^۲ آیت‌الله خویی می‌گوید که معنا و مفهومی برای تملیک موقت در بیع قابل تصور نیست، زیرا معنای بیع خانه این است که بایع، خانه خود را به صورت ابدی و غیر مقید به زمان به دیگری تملیک کند. بنابراین بیع موقت صحیح نیست.^۳ ایشان در بخش دیگری از کتاب خود، وقتی در مسئله خیار شرط، این رأی را بر می‌گزیند که دایره مالکیت از ابتدا محدود و مقید به عدم فسخ است و منشأ در بیع مشروط به خیار شرط، مقید به عدم فسخ می‌باشد، اشکالی را طرح می‌نماید که مالکیت انشاء شده در بیع مالکیتی مطلق است، و بیع تا زمان خاص اجماعاً باطل می‌باشد. آن‌گاه در پاسخ اشکال می‌گوید:

«لا شبهة في ان المنشأ مطلق من حيث الزمان، و ان البائع انشأ ملكية مطلقة للمشتري و ابدية. و لكن كلامنا ليس في الاطلاق و التقيد من حيث الزمان، بل من حيث الزمانيات... و لا يقاس كون المنشأ ملكية محدودة بالفسخ بالبيع الى سنة، فان الثاني باطل بالضرورة، بخلاف الاول.»^۴

۱. یزدی، حاشیه مکاسب، ص ۶۶.

۲. خوانساری، منیة الطالب، ج ۱، ص ۳۳۱؛ عین عبارات مورد نظر در آغاز فرع پنجم نقل شد.

۳. توحیدی، پیشین، ج ۶، ص ۲۷۴.

۴. همان، ص ۲۰۶. و نیز مراجعه شود به: مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهية، ص ۲۶۱.

چنانکه واضح است ایشان همچون برخی دیگر از فقیهان میان مالکیت مقید به زمان و مالکیت مقید به زمانیات تفاوت نهاده است و تنها قسم اول را در بیع مردود و باطل می‌داند. فقهای اهل سنت به شکل روشن‌تری به مسئله بیع موقت پرداخته‌اند، تا جایی که جمعی از ایشان - از مذاهب مختلف اهل سنت - دوام و تأیید را قیدی در تعریف بیع قرار داده‌اند و بدین ترتیب بیع موقت را خارج از حقیقت بیع دانسته‌اند.

شریبینی شافعی می‌گوید: بعضی عقد بیع را این گونه تعریف کرده‌اند:

«عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين او منفعة على التأبید»^۱

بهوتی حنبلی بیع را این گونه تعریف می‌نماید:

«مبادلة مال ولو في الذمة او منفعة مباحة على التأبید»^۲

سید بکری دمیاطی بهترین تعریف را برای بیع چنین می‌داند:

«هو عقد معاوضة محضة يقتضي ملك عين او منفعة على الدوام»^۳

ابن عابدین فقیه مشهور حنفی برای صحت بیع بیست و پنج شرط بر می‌شمارد که یکی از آنها را عدم توقیت قرار داده است.^۴ ابن نجیم فقیه دیگر حنفی از مشایخ خویش نقل می‌کند که بیع قبول توقیت نمی‌نماید و توقیت برای آن به منزله شرط فاسد است.^۵

نتیجه‌گیری

از آرا و نظریات فقها در فروعات گذشته به دست می‌آید که مالکیت موقت از نظر مفهومی و حکمی جایگاهی روشن و یگانه در فقه ندارد. مطرح نبودن مسئله توقیت در مالکیت در آثار فقیهان قبل از علامه حلی گویای آن است که مفهوم مالکیت موقت در عصر علامه مفهومی نوظهور و انتزاعی می‌باشد که زاییده پیشرفت و تکامل علم فقه بوده است. از این رو نمی‌توان به مالکیت موقت به عنوان یک موضوع روشن فقهی نگریست که فقیهان آرا و فتاوی خویش را در ذیل آن مطرح نموده‌اند. انتزاعی بودن این مفهوم و عدم تبیین و تنقیح آن

۱. شریبینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳.

۲. بهوتی، پیشین، ج ۳، ص ۱۶۷.

۳. سید بکری، پیشین، ج ۳، ص ۵.

۴. ابن عابدین، محمد امین، حاشیه رد المحتار، ج ۵، ص ۹.

۵. ابن نجیم، پیشین، ج ۶، ص ۱۰.

در فقه موجب شده است که فقها علاوه بر اختلاف در حکم آن، در نفس موضوع و مفهوم آن نیز دچار تشتت آرا گردند. جمعی از فقیهان همچون صاحب جواهر در فرع اول، فخرالمحققین در فرع چهارم و محقق خوبی در فرع یازدهم میان تقیید مالکیت به زمان معین با تقیید آن به امری زمانی فرق نهاده‌اند و شاید در صدد این برآمده‌اند که تقیید مالکیت به امور زمانی را از توقیت در مالکیت خارج سازند. در حالی که برخی دیگر از فقیهان همچون سید یزدی و سید علی بهبهانی در فرع اول و علامه حلی در فرع سوم و محقق نایینی در فرع پنجم و ششم مصادیقی را برای مالکیت موقت ذکر نموده‌اند که مالکیت به هیچ وجه مقید به نفس زمان نشده است، بلکه قید مالکیت امری زمانی و قابل زوال می‌باشد. به عبارت دیگر، ارائه مصادیق مختلف برای مالکیت موقت، که از وقف تا مدت معین و بیع موقت آغاز و تا مالکیت بطون و مالکیت عبد و مالکیت در بدل حیلولة ادامه می‌یابد، گویای آن است که فقیهان در مفهوم مالکیت موقت دارای رأی واحد و نظر یکسانی نمی‌باشند.

حکم مالکیت موقت سرنوشتی نیز همچون مفهوم آن دارد. برخی همچون سید یزدی در فرع اول به صراحت هرگونه توقیت در مالکیت را می‌پذیرد. از آرای برخی دیگر همچون محقق کرکی به دست می‌آید که وی توقیت در مالکیت را به هر شکل انکار می‌نماید. فقیهی همچون محقق نایینی در فرع پنجم و هشتم آرای متباینی ارائه می‌دهد و حتی سید یزدی در مقام افتا در فرع نهم حکم به جواز در مالکیت مقید به زمان نمی‌دهد و احتیاط در مقام فتوا را پاس می‌دارد. در مقابل محقق کرکی با همه مخالفت‌هایش با مالکیت موقت، فرع چهارم را که مصداق مالکیت موقت می‌داند به دلیل وجود اجماع منقول می‌پذیرد.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین مشکل در مقابل مالکیت موقت، چنانکه بعضی نیز اشاره کرده‌اند ناشناخته بودن و یا به عبارت دقیق‌تر عدم رواج آن در فقه است. غالب اسباب تملک و تملیک در فقه چنانکه شیخ انصاری در فرع هفتم یادآور شده است، سبب ایجاد مالکیت مرسل و مطلق می‌باشند. اما با این وجود نمی‌توان نادیده گرفت که مالکیت موقت در فقه مصادیقی نادر، اما واضح و روشن همچون فرع چهارم دارد که سرسخت‌ترین مخالف را همچون محقق کرکی وادار به پذیرش نموده است. از این رو می‌توان ادعا نمود که فقیهان شیعه در مقابل مالکیت موقت موضعی یکسان و هماهنگ ندارند، و نمی‌توان حکم به انکار و یا اثبات این گونه مالکیت را به فقه شیعه نسبت داد و در بررسی این مفهوم اعتباری راهی جز تأمل و دقت در دلایل اثبات و انکار نمی‌باشد.

بخش سوم

دلایل نفی و اثبات مالکیت موقت

فصل اول

دلایل نفی مالکیت موقت

دلیل اول

در بحث پیرامون جایگاه مالکیت موقت در حقوق (فصل نخست از بخش دوم)، سخن از صفت دوام برای حق مالکیت به میان آمد و بیان شد که حقوقدانان برای این وصف سه معنای متفاوت ذکر کرده‌اند. اینک همین وصف می‌تواند - در یکی از معانی سه گانه آن - مانعی برای مالکیت موقت باشد، و به عنوان دلیلی بر رد آن اقامه گردد.

ما در همان مبحث روشن ساختیم که با تحلیل صفت اطلاق حق مالکیت که مهم‌ترین وصف آن می‌باشد، به هر سه معنای دوام خواهیم رسید و به این نتیجه رسیدیم که صفت اطلاق و دوام سازگار با مالکیت موقت نمی‌باشد و قابل جمع با آن نیست. به عبارت دیگر اذعان به اعتبار و نفوذ این دلیل بر انکار مالکیت موقت نمودیم و در پایان این نکته را یادآور شدیم که در صورتی می‌توان مالکیت موقت را به عنوان یک نهاد حقوقی پذیرفت که دست از برخی از عناصر و صفات مرسوم و سنتی حق مالکیت در حقوق برداشته شود و تعریف و تحلیلی نوین، و در عین حال واقعی و متقن از حق مالکیت ارائه گردد، که سازگار با مالکیت موقت باشد.

برخی از معاصران پنداشته است که حقوقدانان می‌بایست دلیلی بر اعتبار صفت دوام برای حق مالکیت ارائه نمایند و به صرف ادعای وجود چنین صفتی نمی‌توان از پذیرش

مالکیت موقت استنکاف ورزید، زیرا مادامی که وصف دوام در تعریف مالکیت اخذ نشده باشد، امکان جمع حق مالکیت با توقیت وجود دارد و چون به اعتقاد وی مالکیت مرادف با واجدیت است خصوصیت دوام در آن یافت نمی‌شود، از این رو زمان‌مند نمودن حق مالکیت بدون اشکال است.^۱

به نظر می‌رسد چند نکته مورد غفلت قرار گرفته است:

۱. حقوقدانان با تحلیل عناصر و صفات حق مالکیت در واقع به تعریف دقیق این مفهوم اعتباری پرداخته‌اند. مقصود آنان از عناصر و صفات مالکیت چیزی جز ترسیم حدود و اندازه‌های حقیقت این مفهوم اعتباری نیست. از این رو جای تردید نیست که به نظر آنان صفت دوام در تعریف حق مالکیت اخذ شده است. گویا فاضل معاصر گمان کرده است که تعاریف همیشه می‌بایست در یک جمله و تحت چند واژه که بیان‌گر جنس و فصل معرف می‌باشد، ارائه گردد. در صورتی که تحلیل مفاهیم و تجزیه آنها به عناصر و صفات تشکیل دهنده آنها، راهکاری مناسب‌تر و گویاتر در معرفی آن مفاهیم است.

۲. فاضل محترم به دنبال چه نوع دلیلی برای احراز وصف دوام می‌باشد؟ تعریف و یا به عبارت دیگر تجزیه و تحلیل مفاهیم اعتباری در نزد عقلا و عرف، جز با دقت و کاوش در ارتکازات عقلا و عرف میسر نیست و بهترین دلیل بر صدق این گونه تعاریف، انطباق دقیق آنها بر موارد و مصادیق اعتبار مفاهیم فوق در نزد عرف می‌باشد و جای تردید نیست که غالب مصادیق حق مالکیت در نزد عرف، مقرون به صفت دوام است و البته اگر موارد خلافی یافت شود که قابل توجیه و تبیین بر اساس تعریف ارائه شده نباشد، می‌تواند نقضی بر تعریف مذکور تلقی گردد.

۳. فقه اسلامی و یا فقه امامیه نظام حقوقی مستقلی است و مفاهیم و تعاریف که امور اعتباری هستند، می‌توانند در هر نظام حقوقی، جایگاهی متفاوت با نظامهای حقوقی دیگر داشته باشند، از این رو این امکان و احتمال وجود دارد که وصف دوام از نظر فقهی، از صفات و ویژگی‌های ضروری و همیشگی مالکیت نباشد، و بتوان در فقه تصویری قابل قبول از مالکیت موقت ارائه داد.

دلیل دوم

در نظر حقوقدانان یکی از عناصر تشکیل دهنده حق مالکیت، حق تصرف است. این عنصر حق مالکیت که در بخش مربوط به بررسی مفهوم مالکیت در حقوق مورد اشاره قرار گرفت، به دو قسم تصرف مادی و اعتباری تقسیم می‌گردد. به عبارت روشن‌تر مالک حق دارد هرگونه تصرف اعتباری همچون نقل و انتقال تمامی یا بخشی از حق خویش و یا تصرف مادی مانند تغییر و یا ائتلاف را در مورد مملوک خویش اعمال نماید. در حالی که در مالکیت موقت، مالک تنها در مدت محدودی حق مالکیت بر مملوک را دارد و پس از آن مال به مالک اول و یا فرد دیگری منتقل می‌گردد. در طول این مدت محدود اگر مالک دارای تمامی عناصر تشکیل دهنده حق مالکیت، از جمله حق تصرف باشد، می‌تواند مملوک خویش را نابود سازد و یا در آن تغییرات اساسی ایجاد نماید. در این صورت بازگشت مال به مالک بعدی دچار اشکال می‌شود. اگر مالک در طول این مدت فاقد حق این گونه تصرفات باشد، در این صورت این حق، حق مالکیت نیست و دارای عناصر تشکیل دهنده آن که همیشه ملازم با آن می‌باشد، نیست.

در بخش بررسی مالکیت موقت در حقوق، تلویحاً اعتبار این دلیل را پذیرفتیم و تصریح نمودیم که عنصر حق تصرف در حق مالکیت سازگار با زمان‌مند نمودن این حق نمی‌باشد و از این رو تصور مالکیت موقت را دشوار و بلکه ناممکن می‌سازد. این دلیل مهم‌ترین دلیلی است که برخی از حقوقدانان بر انکار مالکیت موقت اقامه نموده‌اند و بلکه در برخی از منابع حقوقی تنها به همین دلیل بسنده شده است.^۱

پاسخ‌های گوناگونی از سوی مدافعان مالکیت موقت، برای این دلیل ارائه شده است. دکتر فرج الصده که از آن جمله می‌باشد، مالکیت موقت را با فرض وجود حق تصرف، تصور نموده است، او می‌گوید:

«در ماهیت حق مالکیت چیزی وجود ندارد که منافات با توقیت داشته باشد. از این روی مالکیت موقت صحیح است و مال به مالک اول بر می‌گردد. ولی چون مالک موقت سلطه بر ائتلاف مملوک دارد، این گونه مالکیت در میان مردم تحقق پیدا نمی‌کند و مردم از وسیله قانونی دیگری برای رسیدن به این هدف استفاده می‌کنند،

۱. سنهوری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۴۰؛ فرج الصده، پیشین، ص ۲۳؛ ابوالسعود، پیشین، ص ۲۹.

بدون آن که حق مالک به خطر افتد و آن وسیله قانونی حق انتفاع است. پس عدم تحقق مالکیت موقت ربطی به جوهر حق مالکیت ندارد. بلکه بازگشت آن به ملاحظات آن است که حق مالک اول را به خطر نیندازد. از این روی مواردی که توقیت ملکیت بدون ایجاد خطر برای حق مالک اول تحقق یابد در روابط حقوقی بلامانع، بلکه محقق است، مانند...»^۱

او سپس مثال ایجاد بنا توسط مستأجر در زمین اجاره‌ای را که در بخش مربوط به مالکیت موقت در حقوق (فصل نخست از بخش دوم) ذکر نمودیم، به عنوان نمونه‌ای از مالکیت موقت که مالک دارای حق تصرف می‌باشد، ذکر کرده است.

در پاسخ این حقوقدان می‌توان گفت: وی پذیرفته است که مالکیت موقت با وجود عنصر حق تصرف در غالب موارد امری غیر عقلایی است و سبب از بین رفتن حق مالک اول می‌گردد. اما او بر این باور است که اگر موردی یافت شود که تصور مالکیت موقت را با وجود حق تصرف معقول و عقلایی سازد، می‌بایست آن را پذیرفت و سپس تنها، مثال مذکور را ذکر می‌نماید. اما اگر بتوان در مثال فوق مناقشه نمود و تصویر مالکیت موقت را در آن مخدوش ساخت، پاسخ وی عقیم می‌گردد و ایشان از ارائه حتی یک مثال برای عقلایی نشان دادن جمع میان مالکیت موقت و حق تصرف عاجز می‌ماند و ما پیش از این تصور مالکیت موقت را در مثال فوق مخدوش ساختیم.

برخی دیگر از مدافعان مالکیت موقت، وجود این گونه مالکیت را بدون تحقق همه جوانب حق تصرف بلامانع دانسته است. وی بر اساس نظر برخی از فقیهان - که پیش از این در بخش بررسی مفهوم مالکیت در فقه گذشت - مبنی بر تفاوت نهادن میان مالکیت و سلطنت، چنین می‌گوید:

«مالکیت و سلطنت دو مفهوم جدا از یکدیگرند و در حقیقت سلطنت انسان بر مال نتیجه‌ی اثر مالکیت اوست، نه آن که عین مالکیت و مرادف آن باشد... بر این اساس نمی‌توان مالکیت موقت را صرفاً به این دلیل که مالک، قدرت بر اتلاف مالش را در مدت معین ندارد، منافی با طبیعت مالکیت دانست. زیرا قدرت مالک بر اتلاف مال

خود، اگر چه برخاسته از طبیعت حق مالکیت است ولی جزء آن نیست. به عبارت دیگر، سلطه مالک بر اتلاف آن از آثار مالکیت است، که به استناد قاعده تسلیط برای مالک ثابت شده است، نه از اجزای طبیعت یا لوازم ذاتی و جدا نشدنی آن. بنابراین می‌توان تصور کرد که رابطه مالکیت بین مالک و مال برقرار باشد، ولی مالک به دلایل مختلف، حق از بین بردن مالش را نداشته باشد.^۱

به نظر می‌رسد این پاسخ از جهاتی قابل انتقاد است:

۱. نویسنده محترم خلط میان پیش فرض‌ها و مباحث مترتب بر آنها را در فقه و حقوق نموده است، و میان این دو نظام حقوقی مستقل، تفکیک لازم را نکرده است. ما پیش از این ثابت نمودیم که مفهوم مالکیت در فقه متفاوت با جایگاه این مفهوم در حقوق است و عدم تفکیک میان این دو اصطلاح متفاوت موجب شده است که محقق مذکور اصطلاح عام مالکیت را در فقه با اصطلاح خاص آن در حقوق یکی پندارد.^۲ زیرا هنگامی که ما این پیش فرض را در حقوق پذیرفتیم که حق مالکیت به عناصر سه گانه تجزیه می‌شود، که یکی از آنها حق تصرف است. باید توجه داشته باشیم که مقصود حقوقدانان از عناصر سه گانه، تجزیه حق مالکیت است. به عبارت دیگر حق تصرف، جزئی از حق مالکیت خواهد بود. همان‌طور که حق استعمال و حق استثمار دو جزء دیگر آن است و مجموع این سه جزء، حق مالکیت را تشکیل خواهد داد. از این رو - چنانکه گذشت - حق مالکیت در قانون مدنی مصر، ماده ۸۰۲، با بیان همین سه عنصر تعریف گردیده است. پس حق تصرف جزئی از مفهوم و معنای حق مالکیت است، که هیچگاه از آن منفک نمی‌گردد و اگر قرار باشد این حق فاقد یکی از مهم‌ترین اجزای خود باشد، در این صورت به گفته برخی از حقوقدانان تبدیل به حق انتفاع می‌گردد.^۳

شاهد روشنی که نشان دهنده عدم تبیین این دو اصطلاح فقهی و حقوقی در کلام نویسنده فوق می‌باشد، استشهادی است که وی به کلام محقق بجنوردی می‌نماید. او برای اثبات این که حق تصرف و یا سلطنت از آثار غیر لازم مالکیت است، نه جزء ماهیت و لوازم ذاتی آن، این کلام مرحوم بجنوردی را نقل می‌نماید:

۱. شریعتی، پیشین، ص ۲۳۷.

۲. هر چند نویسنده مقاله در بخشی از نوشتار خویش تصریح می‌کند که اصطلاح مالکیت در فقه اعم از این اصطلاح در حقوق است. اما وی در بررسی و نقد این دلیل بر نفی مالکیت موقت، گرفتار خلط میان دو اصطلاح گردیده است.

۳. سنهوری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۴۰؛ ابوالسعود، پیشین، ص ۲۹.

«الاثر فيما نحن فيه - ای التصرفات فی العین و جواز ورود التقلبات علیه - لیس اثرًا

لطبیعة الملك مطلقا، سواء أكان طلقا أو غير طلق، بل اثر للملك المطلق.»^۱

چنانچه واضح است مرحوم بجنوردی میان مالکیت مطلق، و مطلق مالکیت فرق نهاده است و پذیرفته است که سلطنت و حق تصرف از آثار ملازم مالکیت مطلق است، نه مطلق مالکیت و ما پیش از این روشن ساختیم که مقصود حقوقدانان از حق مالکیت، مالکیت مطلق است. پس وقتی استدلال کنندگان بر انکار مالکیت موقت، مدعی می‌شوند که حق تصرف که یکی از عناصر سه‌گانه حق مالکیت است، در مالکیت موقت از میان می‌رود. نمی‌توان از اصطلاح آنان خارج شد و بر اساس اصطلاح فقهی به آنان پاسخ داد. مگر آن‌که به صراحت پیش‌فرض‌های حقوقی مورد مناقشه قرار گیرد و تجزیه حق مالکیت به این سه عنصر انکار شود.

۲. حقوقدانان و فقیهان پیوسته باید از اختلاط مفاهیم فلسفی با حقایق اعتباری، حقوقی و عرفی بر حذر باشند. مفاهیمی همچون جزء ماهیت و طبیعت، یا لازم ذاتی و غیره در دامنه اعتباریات جایگاه دیگری پیدا می‌کند. به عبارت روشن‌تر حتی اگر بپذیریم که حق تصرف از آثار مالکیت می‌باشد، باز می‌توان گفت که عقلا می‌توانند برای فرق نهادن میان حق‌های اعتباری مختلف از یکدیگر، آنها را از آثار ایشان بازشناسند. زیرا مهم‌ترین ویژگی هر حقی اثری است که بر آن مترتب می‌شود. از این روی حقی که دارای بالاترین آثار برای صاحب آن باشد به حق مالکیت تعبیر می‌شود و اگر این حق فاقد یکی از مهم‌ترین آثار خود که حق تصرف مادی و اعتباری است گردد حق انتفاع خواهد بود. پس مردم حقوق عینی را از طریق آثار و ثمرات آنها تعیین و شناسایی می‌نمایند و اگر حقی از نظر اثر همانند حق مرتبه نازل‌تر باشد دیگر هیچ دلیلی وجود ندارد نام حق برتر بر آن نهاده شود. از این رو می‌توان گفت: حقوق اعتباری بر اساس آثار خود تعریف می‌گردند و اثر هر حقی در مفهوم و ماهیت آن اخذ شده است. به همین جهت حقوقدانان حق مالکیت را تحلیل و تجزیه به سه عنصر فوق‌الذکر نموده‌اند و مقصودشان از عنصر، جزء تشکیل دهنده آن حق است. یعنی با اجتماع آن سه حق، حق مالکیت به وجود می‌آید و اگر هر یک از آن سه مفقود گردد حقی دیگر شکل خواهد گرفت.

پاسخ سومی از سوی یکی دیگر از فقه پژوهان ارائه شده است که خلاصه آن چنین است:

۱. حق تصرف اعم از تصرفات اعتباری و مادی است و می‌توان در مالکیت موقت ادعا نمود که مالک تنها از تصرف مادی که موجب اتلاف و یا تغییر اساسی مال می‌گردد، ممنوع است. در این صورت مالکیت موقت مقرون با حق تصرف است و تنها بخشی از عنصر حق تصرف، که تصرف مادی است از مالکیت سلب گردیده و بخش دیگر آن که حق تصرف اعتباری همچون نقل و انتقال می‌باشد، بر جای خویش باقی است. پس نمی‌توان ادعا کرد که عنصر سوم حق مالکیت، که حق تصرف است، در مالکیت موقت مفقود می‌باشد.

۲. در مالکیت دایم نیز مواردی وجود دارد که استثنای بر حق تصرف است، همچون مالکیت مشاع که تلف نمودن هر یک از شرکا منوط به اذن دیگر شریکان است. پس نمی‌توان از فقدان این حق در مالکیت موقت نتیجه گرفت که اصل این گونه مالکیت که بدون حق تصرف است ناممکن است.

۳. دلیل اخص از مدعاست، زیرا آنچه به عنوان دلیل ذکر شد، ملازمه میان «داشتن حق تصرف» و «داشتن حق تخریب و تلف» بود. آری در جایی که مملوک مسکن یا مال منقولی باشد که بتوان آن را تخریب و تلف نمود، ممکن است جای این ملازمه باشد. اما در موردی که اصلاً تخریب و تلف مورد ندارد همچون مالکیت موقت دو کشاورز بر زمینی در نیمی از سال. در این صورت به هیچ وجه تخریب معنا پیدا نمی‌کند.

۴. به چه دلیل اگر مالکیت موقت مقرون با حق تصرف باشد، بدل به مالکیت دایم می‌گردد؟! این سخن عین مدعاست و دلیلی برای آن اقامه نشده است.^۱

به نظر نگارنده پاسخ‌های ارائه شده همگی قابل مناقشه است:

۱. این که حقوق‌دانان عناصر تشکیل دهنده مالکیت را به سه و یا بیشتر^۲ تجزیه نموده‌اند، تنها یک اصطلاح می‌باشد و تعداد در آن به هیچ وجه موضوعیت ندارد. آنچه مهم است اصل حقیقت این عناصر چندگانه است. حقوق‌دانان، ما را به این واقعیت راهنمایی می‌کنند

۱. احمدزاده براز، پیشین، ص ۱۳۴.

۲. دکتر لنگرودی، عناصر تشکیل دهنده حق مالکیت را هفت عنصر برشمرده است. مراجعه شود به: جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۸۹، ۹۱.

که مالک حق همه گونه بهره‌برداری از مال خود (حق استعمال) و واگذاری این حقوق به دیگران (حق استثمار) و نقل و انتقال آن، و همچنین اتلاف و تغییر آن (حق تصرف) را دارد و این همان مالکیت مطلقه‌ای است که اصطلاح اخص مالکیت می‌باشد و متعلق به علم حقوق است و مجموعه این عناصر برگرفته از صفت اطلاق حق مالکیت است. حال در این جهت چه تفاوتی می‌کند اصطلاح حق تصرف (Jus abutendi) شامل هر دو قسم تصرف مادی و اعتباری باشد^۱ و یا همچنانکه بعضی گفته‌اند این اصطلاح منحصر به تصرفات اعتباری باشد و تصرفات مادی در زمره حق استعمال جای گیرد^۲ و یا به نظر برخی دیگر هر یک به عنوان عنصری جداگانه تلقی گردد.^۳ تمامی این‌ها صرفاً اصطلاح است و تفاوتی در حقیقت حق مالکیت ایجاد نمی‌نماید. آنچه مهم است این می‌باشد که مالک این حق را دارد که مال خویش را تلف سازد و یا در آن تغییرات اساسی دهد و اگر مالکیتی فاقد این حق باشد، دیگر حق مالکیت مطلقه (اصطلاح اخص) نخواهد بود.

۲. مالکیت مشاع و یا برخی موارد دیگر که در مقاله نویسنده محترم آمده است نمی‌تواند استثنایی در مورد حق تصرف تلقی گردد. زیرا در این گونه موارد آنچه سبب می‌شود که مالک نتواند در مال خود انواع تصرفات را اعمال نماید، کاستی در اصل حق مالکیت او نیست، بلکه وجود مانع و مزاحمت برای آن است که سبب می‌شود تا این مالکیت نتواند از یکی از عناصر خویش بهره‌مند گردد. از این رو در مالکیت مشاع، نه تنها عنصر تصرف مادی، بلکه عنصر حق استعمال و حق استثمار هم منوط به اذن دیگر شرکا است و ناقد محترم بر اساس مبنای خود که استثنا نمودن حق تصرف مادی در این گونه مالکیت است، باید پاسخ دهد که این چگونه مالکیتی است که بیشتر عناصر آن استثنا خورده است و فاقد آنهاست؟! در حالی که به نظر ما مالکیت مشاع دارای تمامی عناصر خود می‌باشد و هیچ یک استثنا نخورده است، بلکه آنچه موجب محدودیت این عناصر می‌شود، وجود مانع که همان حق مالکیت دیگران نسبت به همین مال است، می‌باشد. چنانچه همه حقوق‌دانان پذیرفته‌اند که هرگاه حق مالکیت افراد مزاحمت با حقوق عمومی یافت، این حق محدود

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۹.

۲. سنه‌وری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۰۱.

۳. جعفری لنگرودی، حقوق اموال، ص ۸۹.

می‌شود. پس حق مالکیت در مالکیت مشاع اقتضا همه عناصر خویش را دارد، ولی وجود مانع است که سبب می‌شود که برخی یا بیشتر این عناصر اعمال نگردد و تفاوت نهادن میان مقتضی و مانع سبب اشتباه نویسندگان مذکور شده است.

سایر مثال‌های ایشان که یکی مصداق حق ارتفاق می‌باشد و دیگری مربوط به مالکیت آپارتمان است، خالی از این نقد نیست.

۳. نویسندگان با یک مثال خواسته است موردی را نشان دهد که تلف و تغییر در آن معنایی ندارد و نتیجه بگیرد که لااقل در این مثال مالکیت موقت ممکن است. در حالی که به نظر می‌رسد هیچ موردی را نتوان یافت که مال دچار تغییر و یا تلف نگردد. در مثال فوق نیز کافی است یکی از کشاورزان آنچنان تصرفی در زمین بنماید که به طور عادی زراعت در آن را ناممکن سازد. مانند این که آب رودخانه‌ای بزرگ را بروی آن باز نماید و یا زمین را تا اعماق آن نمکزار نماید و یا با مواد شیمیایی خطرناک آغشته سازد.

۴. مقصود دکتر سنهوری و دیگران از این که مالکیت موقت اگر مقرون با حق تصرف باشد بدل به مالکیت دائم می‌گردد، این است که غرض از مالکیت موقت، انتقال مال بعد از سپری شدن مدت محدود به مالک اول و یا دیگری است و اگر قرار باشد قبل از این انتقال، مالک موقت این حق را داشته باشد که مال را بالمرّة نابود سازد، در این صورت این نقض غرض است و مالی باقی نخواهد ماند تا به مالک اول یا دیگری منتقل گردد. پس مالکیت موقتی که مالک آن حق نابود ساختن مال را دارد با غرض اصلی مالکیت موقت سازگار نیست، بلکه با غرض اعتبار مالکیت دائمی همخوانی دارد.

دلیل سوم

آقای سعید شریعتی در مقاله خویش به نقل دلیلی می‌پردازد که آن را از آثار محقق اصفهانی اقتباس نموده است. وی در توضیح این دلیل می‌گوید:

«مالکیت از اعراض قارّ است، و از آنجا که عرض قارّ، محدود و مقید به زمان

نمی‌شود، مالکیت نیز قابل تحدید به زمان نخواهد بود.»

او سپس پاسخ مرحوم اصفهانی را بیان می‌کند که ایشان تقیید و تحدید موجودات به زمان را به دو قسم تقسیم می‌نماید. قسم اول تقیید بالذات است که در اعراض غیر قارّ

همچون حرکت محقق می‌شود. در این قسم ذات عرض تدریجی الحصول است و قابل تقسیم به قطعات زمانی می‌باشد، برخلاف قسم دوم که امور قار می‌باشند و ذات آنها قابل تقسیم به قطعات زمانی نیست، ولی این امور چون در ظرف زمان قرار دارند، می‌توان آنها را با توجه به زمان‌های مختلف، به بخش‌های زمانی تقسیم نمود و مالکیت از قسم دوم است. آقای شریعتی بعد از نقل این گفتار محقق اصفهانی، پاسخی را خود ضمیمه آن می‌کند، که عبارتست از این که:

«مالکیت اساساً از اعراض نیست، بلکه صرفاً امر اعتباری است و لذا جعل و رفع، و کیفیت اعتبار آن به دست منشأ اعتبار آن است.»^۱

به نظر نگارنده نکته‌ای بر آقای شریعتی مخفی مانده است و همین سبب شده است که ایشان گمان کند در عبارات محقق اصفهانی، دلیلی بر انکار مالکیت موقت یافته است. برای روشن شدن مقصود مرحوم اصفهانی، لازم است سخنان وی با دقت مورد تحلیل قرار گیرد. او در بحث صحت اجاره بعد از مرگ موجر یا مستأجر، مواردی را از این حکم استثنا نموده است. آن‌گاه یکی از این موارد را اجاره مال موقوفه توسط بطن اول به مدتی افزون بر زمان حیات ایشان قرار داده است. سپس اضافه می‌کند که ادعای صحت در مورد این فرع ممکن است به این شکل باشد که گفته شود مالکیتی که واقف برای تمامی بطنون قرار داده است مالکیتی یگانه و مرسل می‌باشد و امر واحد تکثر و تبعض بر نمی‌تابد و چون مالکیت عرض قار است پس متحد و مقید به زمان نمی‌شود. از این روی مالکیت تقسیم به زمان نمی‌گردد، چون مالکیت برای تمامی نسل‌ها است نه این که هر نسل مالکیتی جداگانه داشته باشد. پس لازمه این سخن این است که تنها یک مالکیت است که برای بطن اول قرار داده شده و سپس همان مالکیت برای بطن دوم، و هكذا و چون هر بطن مالکیت مرسله واحده را داراست پس می‌تواند آن را اجاره مدت مازاد بر حیات خود دهد.

محقق اصفهانی در پاسخ می‌فرماید: مالکیت مرسله متعدد نمی‌شود یعنی اینجا چند مالکیت مرسله نداریم، اما بسط مالکیت مرسله بر همه بطنون بی‌اشکال است، زیرا توهم امتناع تحدید و تقيید مالکیت به زمان با این توضیح رفع می‌شود که تحدید به زمان گاهی

بالذات است چنانچه در اعراض غیر قار می‌باشد و گاهی بالعرض، چنانچه در اعراض قار است. این گونه اعراض اگر چه مقدر به زمان نمی‌شوند ولی زمان بر آنها می‌گذرد. پس می‌توان آنها را با این زمان و یا زمان دیگر لحاظ کرد. پس امر واحد مستمر تقطیع می‌شود به لحاظ زمان‌هایی که بر او می‌گذرد و برای هر بطنی قطعه‌ای از این زمان قرار داده می‌شود.^۱

به نظر می‌رسد این بحث ارتباطی با مسئله امکان مالکیت موقت ندارد، زیرا گوینده در کلام محقق اصفهانی برای تصحیح اجاره مال موقوفه توسط نسل اول بعد از مرگ آنان، این گونه استدلال می‌کند که چون مالکیت عرض قار است پس با گذشت زمان بر آن، تعدد نمی‌یابد و تبدیل به مالکیت‌های متعدد نمی‌شود، به گونه‌ای که هر یک قید ماهوی جداگانه، که همان بُعد زمانی اوست پیدا کند و در نتیجه ماهیات مختلف متولد گردد. از این روی، نسل اول مالکیت منافع مال موقوفه را که یک مالکیت بیشتر نیست به مستأجر اجاره می‌دهد تا مدت معینی که آن مدت افزون بر زمان حیات ایشان است و چون مالکیت نسل اول نسبت به مال موقوفه، فردی مباین با مالکیت نسل دوم نسبت به مال موقوفه نمی‌باشد و تنها یک مالکیت واحد وجود دارد که توسط واقف به همه نسل‌ها منتقل شده است، پس با مرگ نسل اول و انتقال مالکیت عین به نسل دوم فرد جدیدی از مالکیت متولد نمی‌شود، تا صحت اجاره با مشکل مواجه گردد. بلکه همان فرد سابق که منافعش به مستأجر تملیک شده است و زمان اجاره آن هنوز به سر نیامده است به نسل بعدی منتقل می‌گردد. همچون انتقال عین مستأجره با مرگ موجر به ورثه او.

به عبارت دیگر، گوینده تنها در صدد این است که ثابت کند گذشت زمان بر مالکیت موجب تغییر ماهوی آن و تعدد یافتن ذاتی آن نمی‌گردد، نه این که مالکیت به اعتبار مرور زمان قابل تمیز و تقسیم غیر ذاتی نیست و مرحوم اصفهانی نیز دقیقاً به همین نکته پاسخ می‌دهد که چون تغییر و تقطیع غیر ذاتی مالکیت و هر عرض قاری ممکن است، پس همین مقدار کافی است که واقف به هر نسلی به اعتبار زمان حیاتشان قطعه‌ای از مالکیت واحده را تملیک نماید. پس هر نسلی نمی‌تواند منافع عین موقوفه را به مدت مازاد بر زمان حیات خود اجاره دهد زیرا مالکیت او چنین گستره‌ای را ندارد.

اگر در تفسیر و شرح کلام محقق اصفهانی این بیان را نپذیریم که تقطیع عرضی مالکیت مورد قبول گوینده فرضی می‌باشد جای این سؤال به جدّ مطرح است که پس چگونه او اصل عقد اجاره را که تملیک منافع در مدت معین می‌باشد پذیرفته است، به بیان دیگر چون فقها عقد اجاره را به تملیک منافع در مدت معین تعریف نموده‌اند پس ممکن نیست مالکیت موقت را لااقل در مالکیت منافع انکار نمایند.

دلیل چهارم

مرحوم آیت‌الله خویی در بحث اجاره عین در مدت خيار، استدلالی بر امتناع مالکیت موقت در اعیان ذکر می‌کند، که بدین قرار است:

«عین چون از جواهر است ممکن نیست مقید به زمان گردد... از این رو گفته نمی‌شود: خانه امروز و خانه فردا، بدین معنا که یکی غیر از دیگری باشد. ولی منافع چون از اعراض هستند با زمان قابل اندازه‌گیری می‌باشند و می‌توان تملک منفعت را مقید به زمان خاصی نمود، برخلاف عین که ممکن نیست تملیک عین برای فردی در مدت معینی محقق شود.»^۱

این دلیل بر نفی مالکیت موقت در اعیان بی‌اشکال نیست:

۱. بنا بر نظریه حرکت جوهری که ذات جواهر را در حال دگرگونی و تغییر می‌داند، زمان در کنار سه بُعد دیگر ماده (طول، عرض و عمق) بُعد چهارم آن خواهد بود، که در ذات و ماهیت جوهر مندرج است و نمی‌توان جوهر جسمانی را بدون آن تصور کرد. بنابراین می‌توان گفت: خانه امروز و خانه فردا. زیرا ماهیت و جوهر خانه همچون اعراض آن به اعتبار زمان‌های مختلف دگرگون می‌شود.^۲

۲. در مالکیت موقت، عین مقید به زمان نمی‌گردد. بلکه مالکیت آن مقید به زمان می‌شود. به بیان روشن‌تر تملیک موقت یعنی مالکیت عین در قطعه مشخصی از زمان، به دیگری منتقل می‌گردد، نه آن که عین در قطعه مشخصی از زمان، به دیگری تملیک شود.^۳

۱. توحیدی، پیشین، ج ۷، ص ۴۸۸.

۲. برای مطالعه تفصیلی در این زمینه می‌توان به منابع حکمت متعالیه مراجعه نمود: شیرازی، الاسفار الاربعة، ج ۳، ص ۵۹؛ طباطبایی، نه‌ایة الحکمة، ص ۲۰۷.

۳. شریعتی، پیشین، ص ۲۲۹.

دلیل پنجم

یکی از معاصران با استناد به قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) در صدد اثبات سه صفت معروف حق مالکیت در حقوق که عبارت است از: اطلاق، دوام و انحصاری بودن، بر آمده است. و آن‌گاه صفت دوام را به گونه‌ای معنا می‌کند که قابل جمع با مالکیت موقت نیست. وی این چنین می‌گوید:

«در حقوق اسلام با استناد به قاعده تسلیط، مالکیت سه ویژگی دارد: مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن. ویژگی اخیر به این معناست که وقتی فردی مالک چیزی شد تا زمانی که مالک آن است، بدون مقید بودن به زمان خاص، حق استفاده و بهره‌برداری از آن را دارد. یکی از تفاوت‌های مستأجر، و به طور کلی کلیه اشخاصی که از طرف مالک حق استفاده و انتفاع از ملکی را پیدا می‌کنند، همین است که استفاده و بهره‌برداری مالک، مقید به زمان و وقت خاص نیست، ولی حق انتفاع اشخاص دیگر فقط در محدوده زمانی مشخصی امکان‌پذیر است.»^۱

در پاسخ به استدلال ایشان می‌توان گفت:

۱. با دقت در مباحث تفصیلی مطرح شده در کتاب ایشان که بررسی آن مجال دیگری می‌طلبد این نکته به دست می‌آید که وی میان اصطلاح اخص مالکیت در حقوق، با اصطلاح اعم آن در فقه فرقی ننهاده است و در نتیجه غفلت نموده است که فقیهان نتیجه اجاره را مالکیت منفعت می‌دانند، نه واگذاری حق انتفاع و میان این دو تفاوت‌های گوناگونی قائل هستند.^۲ خلط میان مالکیت منفعت و حق انتفاع در عبارت فوق نیز روشن است.

۲. مفاد قاعده تسلیط که اطلاق سلطنت مالک بر مالش است (الناس مسلطون علی اموالهم) موقوف بر بقای موضوع بر عنوان وصفی خود است. یعنی مادامی که مال او (موضوع) این وصف را دارد که مال اوست حکم سلطنت جاری است، ولی اگر مال به هر دلیلی از مالکیت او خارج شد دیگر وصف اضافی «مال او» بر آن صدق نمی‌کند، تا حکم سلطنت جریان یابد. بدین ترتیب هیچگاه حکم در موضوع خود تصرف نمی‌کند، بلکه با

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ص ۱۰۷.

۲. برای دست یافتن به وجوه افتراق میان مالکیت منفعت و حق انتفاع مراجعه شود به: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۵۰۶، شماره ۱۳۳۸۹، کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۰.

فرض وجود آن جریان می‌یابد. پس اگر به هر دلیلی مالکیت مالی موقت و زمان‌دار شد قاعده تسلیط تنها دلالت بر سلطنت مالک در مدت مالکیت او را دارد و هیچ منافاتی با توقیت مالکیت ندارد.

دلیل ششم

آقای سعید شریعتی در مقاله خویش، ویژگی انفکاک ناپذیری مالکیت از عین را یکی از دلایل مخالفان مالکیت موقت معرفی نموده است و این مطلب را به برخی از حقوقدانان، از جمله دکتر سنه‌وری نسبت داده است.

وی در بیان این دلیل این گونه شرح می‌دهد که به عقیده حقوقدانان یکی از ویژگی‌های مالکیت آن است که همواره با مملوک همراه می‌باشد و تا وقتی که شیء مملوک باقی است مالکیت آن نیز باقی می‌باشد. البته تفکیک ناپذیری مالکیت از مملوک به معنای عدم انتقال آن به افراد دیگر نیست، زیرا حق مالکیت در این موارد قطع نشده است، تا مجدداً ایجاد شود، بلکه مالکیت منتقل‌الیه ادامه مالکیت گذشته است. این ویژگی نتایج چندی را به دنبال دارد، که یکی از آنها این است که مالکیت نمی‌تواند مقید به زمان شود.

او سپس در پاسخ به این استدلال چنین می‌گوید:

«انفکاک ناپذیری مالکیت یعنی حق مالکیت از شیء مملوک جدا نمی‌شود، نه این که از شخص مالک قابل انفکاک نباشد و تفاوتی بین انتقال مال به وسیله اسباب ناقله مالکیت و مالکیت موقت به نظر نمی‌رسد... و در مالکیت موقت که مال از مالک - مثلاً - به مدت یک سال به دیگری منتقل می‌شود، پس از سپری شدن یک سال، مالکیت عین زایل نمی‌شود، بلکه به همان مالک اصلی باز می‌گردد. بنابراین هیچ‌گونه انفکاک‌ی بین مالکیت و مال صورت نمی‌گیرد.»^۱

به نظر می‌رسد ایشان در این مبحث به درستی مقصود حقوقدانان را درنیافته و گمان کرده که عدم انفکاک مالکیت از عین از جمله دلایل انکار مالکیت موقت است. در صورتی که با دقت در منابع حقوقی، از جمله منابع مورد اشاره وی، روشن می‌گردد که حقوقدانان

این گونه استدلال نکرده‌اند.

دکتر سنه‌وری - چنانکه گذشت - «دوام مالکیت» را یکی از صفات حق مالکیت برشمرده است و برای این صفت سه معنا ذکر کرده است که دو معنای اول آن به نظر ایشان مورد اتفاق حقوق‌دانان است و معنای سوم که معارض با مالکیت موقت است، مورد اختلاف می‌باشد. انفکاک ناپذیری حق مالکیت از عین مملوک اولین معنای اجماعی حقوق‌دانان است که به نظر سنه‌وری و سایر حقوق‌دانان به همان دلیل که آقای شریعتی اشاره کرده است هیچ تعارضی با مالکیت موقت ندارد.^۱

البته برخی از حقوق‌دانان بعضی از صورت‌های غیر متعارف مالکیت موقت را مانند هنگامی که مالی به طور موقت به مالکیت مالکی در می‌آید که بعد از سپری شدن مدت، مال بدون مالک می‌گردد مغایر با معنای اول صفت دوام (انفکاک ناپذیری حق مالکیت از عین) می‌دانند،^۲ ولی واضح است که عدم امکان چنین فرضی ناشی از توقیت مالکیت نمی‌باشد بلکه منشأ آن فرض مملوک بدون مالک و به عبارت دیگر بدون حق مالکیت است. پس هیچ حقوق‌دانی در صورت‌های متعارف مالکیت موقت که مملوک بعد از سپری شدن اجل به مالکیت مالک اول و یا فرد دیگری منتقل می‌شود ادعای تعارض مالکیت موقت با دوام مالکیت به معنای اول را ننموده است.

دلیل هفتم

مرحوم صاحب جواهر در مسئله وقف بر کسانی که غالباً منقرض می‌گردند، این گونه می‌گوید:

«... و لیس هذا من التوقیت فی الملک او فی الوقف الذی قد حکینا الاجماع علی

عدم جوازه.»^۳

برخی از این کلام این گونه برداشت نموده‌اند که وی ادعای اجماع بر نفی مالکیت موقت کرده است و سپس با استناد به مواردی از فروع فقهی که بعضی از فقیهان، مالکیت موقت

۱. سنه‌وری، الوسیط، ج ۸، ص ۵۳۵؛ فرج الصده، پیشین، ص ۱۹.

۲. نبیل، پیشین، ص ۲۶ به نقل از حسن کیره فقره ۱۵، ص ۲۲.

۳. نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۷.

را در آنها پذیرفته‌اند، سعی در تضعیف این اجماع نموده است.^۱

اما به نظر می‌رسد اجماع مورد ادعای صاحب جواهر تنها مربوط به نفی توقیت در وقف است، نه توقیت در مطلق ملک، زیرا در عبارات گذشته جواهر، که به تصریح وی این اجماع پیش از این نقل شده است، تنها اجماع بر نفی توقیت در وقف و یا به عبارت دیگر شرط دوام در وقف دیده می‌شود. او در آغاز بحث شرایط وقف، این چنین می‌گوید:

«القسم الرابع فی شرایط الوقف و هی اربعة: الدوام والتنجیز والاقباض و اخراجه عن نفسه، بلا خلاف اجله فی الاول، بمعنی عدم توقیته بمدة کسنة و نحوها. بل الاجماع محصله و محکیه فی الغنیة و عن الخلاف و السرائر علیه.»^۲

پس همچنان که هیچ یک از فقیهان قبل از صاحب جواهر و بعد از او ادعای اجماع بر نفی مطلق مالکیت موقت ننموده است، او نیز چنین ادعایی ندارد و فقیهان بعد از او نیز از کلام وی چنین برداشتی نکرده‌اند.

دلیل هشتم

برخی از فقیهان، ناشناخته بودن مالکیت موقت در شرع را دلیلی بر انکار آن قرار داده‌اند. فخرالمحققین پیرامون وجه اشکالی که پدرش علامه حلی در قواعد، در صحت وقف در مواردی که گفته می‌شود: «وقف نمودم این را برای یک سال بر زید، و سپس بر فقیران» وارد نموده است، این گونه توضیح می‌دهد که این شکل از وقف مستلزم مالکیت موقت است، و این گونه مالکیت در شرع وارد نشده است.^۳ مرحوم نایینی و محقق بجنوردی نیز که مالکیت موقت را در مواردی پذیرفته بودند،^۴ گاهی برای ابطال آرای دیگران این گونه استدلال می‌کنند که لازمه این قول مالکیت موقت است، و این گونه مالکیت در شرع غیر معهود و ناشناخته است. از جمله محقق نایینی در ردّ نظر کسی که اجاره را تملیک موقت عین معرفی می‌نماید، این چنین می‌گوید:

۱. شریعتی، پیشین، ص ۲۴۳.

۲. نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۵۱.

۳. فخرالمحققین، پیشین، ج ۲، ص ۳۸۴.

۴. مراجعه شود به فصل دوم از بخش دوم، فروع اول و پنجم.

«ولکن فسادہ واضح، لعدم معهودية التوقيت في الملكية في الشريعة»^۱

مرحوم بجنوردی نیز در بحث بدل حیلولة بعد از این که مدعی می شود که ضمان در بدل حیلولة از باب غرامت است، نه از باب معاوضات قهری، به صراحت می گوید:

«ان الملكية الموقته في باب المعاوضات في الاعيان اولا غير معهودة في الشرع»^۲

در نقد و بررسی این دلیل توجه به این نکات لازم است:

۱. با بررسی و تتبعی که در فروع و گوناگون مبحث مالکیت موقت در فقه به عمل آمد، روشن گردید که مالکیت موقت در شریعت دارای نمونه های روشنی است. موارد فراوانی را در فقه می توان یافت که مالکیت مقید به واقعیتی زمان مند شده است، و از این فراتر موارد خاصی است که مالکیت مقید به نفس زمان و مدت گردیده است، همچون هنگامی که وقف بر زید تا یک سال و سپس بر فقرا باشد که به عنوان فرع چهارم در فصل دوم از بخش دوم مطرح گردید، در این صورت مالکیت زید قطعاً مقید به زمان یک سال گردیده است و چنانکه اشاره شد علامه حلی صحت این فرع را اجماعی دانسته است و محقق کرکی که در موارد مختلف و از جمله فرع مذکور مخالفت خود را با مالکیت موقت ابراز داشته است، صحت این فرض را به دلیل وجود اجماع به ناچار پذیرفته است.

از این رو نمی توان ادعا نمود که مالکیت موقت به طور مطلق فاقد نمونه و شاهی در شریعت است. به همین جهت است که محقق نایینی در بخش دیگری از تقریرات خویش، نظر خود را اصلاح می کند و به صراحت اذعان می کند که مالکیت موقت در فقه دارای نمونه ها و شواهدی است و تنها در بیع است که اجماع بر بطلان تملیک موقت وجود دارد.^۳ و محقق بجنوردی نیز تنها مدعی فقدان مالکیت موقت در معاوضات می باشد.

۲. اگر این مبنای مهم را در فقه بپذیریم که اقسام عقود و ایقاعات در شریعت توقیفی نیست و عرف مردم و عقلا بر اساس نیازها و تغییر شرایط اجتماعی و اقتصادی می تواند به تأسیس قراردادهای جدید حقوقی که مخالف با مقررات و قوانین عام قراردادهای فقه نمی باشد، بپردازد، در این صورت نبود مالکیت موقت در عقود و ایقاعات رایج عصر

۱. خوانساری، منیة الطالب، ج ۳، ص ۲۱۵.

۲. بجنوردی، پیشین، ج ۴، ص ۹۴.

۳. خوانساری، منیة الطالب، ج ۱، ص ۳۳۱.

تشریع به هیچ وجه دلیل بر بطلان این گونه مالکیت در ضمن عقود و قراردادهای جدید نخواهد بود. برخی از فقیهان معاصر - چنانکه خواهد آمد - بیع زمانی را با همین توجیه، صحیح و نافذ دانسته‌اند.

فصل دوم

دلایل امکان و اثبات مالکیت موقت

دلیل اول

مالکیت چنانکه گذشت مفهومی اعتباری است و تحقق و عدم تحقق مفاهیم اعتباری و همچنین اطلاق و تنقید آنها تابع اراده اعتبار کننده است. از سوی دیگر مفهوم مالکیت در فقه - بر خلاف حقوق - به گونه‌ای تبیین و تعریف نشده است که ملازم با اطلاق و دوام باشد. پس اعتبار کننده می‌تواند بدون هیچ منعی مالکیت را مقید به زمانی خاص بنماید.

در مبحث مالکیت موقت در فقه (فصل دوم از بخش دوم)، در ذیل فرع سوم عباراتی از علامه حلی نقل شد که گویای این بود که تنقید و تخصیص مالکیت به زمان تابع اراده مالک است و فقهای همچون فخرالمحققین و شهید ثانی نیز با استناد به همین دلیل در صدد اثبات مالکیت موقت در فرع مذکور بر آمدند.

محقق بجنوردی نیز به صراحت از همین دلیل یاد می‌کند، وی می‌گوید:

«و اما الملك الموقت فلا مانع منه اذا دل الدليل عليه، لانه امر اعتباری قابل للتوقيت والتأیید، فتابع للدليل واعتبار الشارع اول اعتبار العقلاء.»^۱

دلیل دوم

وقوع مالکیت موقت در فقه در موارد و مصادیقی که مورد اتفاق و یا مورد پذیرش مشهور فقیهان می‌باشد، دلیلی روشن بر امکان آن است و ما در مبحث مالکیت موقت در فقه به برخی از آن موارد اشاره نمودیم و تنها در صورتی می‌توان از این دلیل روشن دست برداشت که دلایل متقن و قوی فقهی بر انکار مالکیت موقت وجود داشته باشد و فقدان چنین دلایلی در بخش پیشین ثابت شد.

بخش چهارم

بیع زمانی در قالب قراردادها

فصل اول

بیع زمانی در عقود معین

در قرارداد بیع زمانی، مالکیت عین بگونه زمان‌بندی شده و در مقابل عوض به یک یا چند نفر منتقل می‌شود. بنابراین چنین قراردادی از نظر ماهیت و آثار به عقود تملیکی معوض عین شباهت دارد و در میان این عقود، عقد بیع و عقد صلح می‌توانند قابلیت انطباق بر این قرارداد را داشته باشند.

۱. عقد بیع

چنانکه پیش از این ذکر شد، در منابع فقهی و حقوقی هیچ‌گونه اثری که دلالت بر تصور گذشتگان از این قرارداد جدید التأسیس نماید، یافت نمی‌شود. فهم آنان از مالکیت موقت و یا بیع موقت انطباق کامل با قرارداد بیع زمانی ندارد. از این رو این قرارداد از هر جهت پدیده‌ای نوین است که نیاز به تصور و شناخت اولی و سپس تصدیق و یا عدم تصدیق دارد. قضاوت و داوری حقوقدانان و فقیهان پیرامون مالکیت موقت و بیع موقت در مباحث گذشته بیان شد و روشن گردید که به جهت شباهت فراوانی که میان این قرارداد و مالکیت موقت یا بیع موقت است، می‌توان از استدلالات و نقض و ابرام‌های صاحب نظران پیرامون این دو پدیده فقهی و حقوقی، آرای ایشان را پیرامون قرارداد بیع زمانی نیز استنباط نمود. فقها چنانکه در مباحث قبل گذشت بیع موقت را به دلایلی باطل و غیر نافذ می‌دانند:

دلیل اول

دلیل برخی از فقیهان بر این ادعا، بطلان مطلق تملیک و مالکیت موقت است و ما در بررسی ادله این موضوع، دلایل فقهی آن را ناکافی و غیر متقن یافتیم. هر چند در مباحث حقوقی به این نتیجه رسیدیم که بر اساس تعاریف و ویژگی‌های ارائه شده برای مالکیت در علم حقوق، جمع میان این مفهوم با توقیت و زمان‌مندی ناممکن است.

دلیل دوم

دلیل دیگری که فقیهان بر بطلان بیع موقت ارائه نموده‌اند، عدم صدق عرفی عنوان بیع بر تملیک موقت است. در نظر فقهاء عنوان بیع دارای حقیقت شرعی نیست و شارع و قانون‌گذار این مفهوم را به همان معنای عرفی آن استعمال نموده است. از این رو باید ملاحظه نمود که آیا تملیک موقت در نظر عرف می‌تواند مصداقی برای مفهوم بیع باشد؟ فقیهان گذشته - حتی کسانی همچون سید یزدی که مالکیت موقت را مشروع و محقق می‌دانند^۱ - بر این باور بودند که عنوان عرفی بیع بر تملیک موقت صدق نمی‌نماید. لذا ادله نفوذ و صحت بیع، شامل تملیک موقت نمی‌گردد و نمی‌توان بیع موقت را مصداق بیع دانست و چنانکه در فرع یازدهم از فصل دوم از بخش دوم گذشت، محقق نایینی ادعای اجماع بر بطلان بیع موقت نموده است و محقق خویی آن را بی معنا و بطلانش را ضروری انگاشته است.

قرارداد بیع زمانی نیز اگر چه انطباق کامل با بیع موقت در نظر فقیهان ندارد، ولی دلیل آنان بر بطلان بیع موقت شامل آن می‌گردد. به عبارت دیگر انعقاد این قرارداد در قالب عقد بیع، به دلیل آن که صدق عرفی عنوان بیع بر آن محقق نیست، ناممکن می‌باشد. از این رو می‌توان به این نتیجه رسید که فقیهان گذشته در صورت مواجهه با قرارداد بیع زمانی به دلیل فوق الذکر، این قرارداد را در قالب عقد بیع نمی‌پذیرفتند.

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه در سال ۱۳۷۷ استفتایی از جمعی از فقیهان و مراجع تقلید نمود. متن استفتا بدین قرار است:

«در بخش عقود، فروش یک ملک به صورت زمانی به چند نفر چه حکمی دارد؟ مثلاً ملکی به چهار نفر فروخته شده، این ملک در هر فصل سال در اختیار مالک همان فصل است که خودش استفاده کند یا اجاره دهد و یا...»

۱. متن سخن مرحوم سید یزدی در این مورد در ضمن فرع یازدهم مباحث مالکیت موقت در فقه (فصل دوم از بخش دوم) ذکر شد.

این سؤال دارای اجمال است و در آن به روشنی مشخص نشده است که قرارداد مزبور در قالب کدام یک از عقود مورد پرسش قرار گرفته است، البته شاید لفظ «فروش» ظهور در عقد بیع داشته باشد. در پاسخ به این استفتا، حضرات آیات محمدتقی بهجت، جواد تبریزی، سیدعلی خامنه‌ای، سیدعلی سیستانی، لطف الله صافی گلپایگانی، محمدفاضل لنکرانی، ناصر مکارم شیرازی و حسین نوری همدانی، این نحو قرارداد را جایز ندانسته‌اند و تنها آیت الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی تحقق این معامله را تحت عنوان بیع بعید ندانسته است.^۱

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه بار دیگر -مقارن با تحقیق حاضر و در جهت تکمیل آن- در سال ۱۳۸۲ استفتایی در همین زمینه از مراجع تقلید نمود. در این استفتا از مشروعیت قرارداد بیع زمانی در قالب عقد بیع، عقد صلح و عقدی مستقل پرسش شده است. حضرات آیات موسوی اردبیلی، مکارم شیرازی و فاضل لنکرانی، تحقق این قرارداد را در قالب عقد بیع جایز شمرده‌اند و حضرات آیات نوری همدانی، سیستانی، تبریزی، صافی گلپایگانی و بهجت، تحقق آن را در همین قالب، نامشروع دانسته‌اند. چنانچه روشن است با طی فاصله زمانی میان این دو استفتا، بر مدافعان مشروعیت این قرارداد در قالب عقد بیع افزوده شده است و برای برخی از مراجع در طول این مدت، تبدل رأی حاصل شده است.^۲

۱. مجموعه آرای فقهی قضایی در امور حقوقی، ج ۱، ص ۹.

۲. متن استفتا و پاسخ به شرح زیر است:

سؤال

نتیجه قرارداد تایم شر (بیع زمانی) مالک شدن شخص بر ملکی در زمان معین و محدودی همچون ماه خرداد در هر سال است و در غیر این زمان هیچ حق مالکیتی بر عین و منافع آن ندارد. با گسترش این نوع قرارداد مسائل و پرسش‌های گوناگونی درباره آن به وجود آمده است، مستدعی است پاسخ سؤالات ذیل را حتی المقدور با ذکر دلایل مرقوم فرمایید:

الف. با توجه به این که این نوع قرارداد در عرف، خرید و فروش تلقی می‌گردد آیا از جهت فقهی نیز می‌توان آن را در قالب عقد بیع محقق ساخت؟

ب. با عنایت به عدم تبعیت عقد صلح در احکام و شرایط از سایر عقود آیا می‌توان قرارداد یاد شده را در قالب عقد صلح ابتدایی، منعقد کرد؟

ج. آیا می‌توان قرارداد فوق را که به نظر می‌رسد فاقد منع عقلی، عرفی و شرعی است، به عنوان عقدی جدید و مستقل پذیرفت؟

د. آیا مالکان مشاع در صورت توافق بر افراز و تقسیم ملک خود می‌توانند آن را بر اساس زمان تقسیم نمایند، به گونه‌ای که هر یک مالک ملک در بخش خاصی از زمان همچون ماه خرداد باشد؟

در دفاع از رأی کسانی که تحقق این معامله را در قالب عقد بیع جایز می‌شمارند،

شروع از صفحه قبل

آیت‌الله العظمی محمدتقی بهجت

الف. می‌تواند عقد بیع مشروط به مهاباة در منفعت و انتفاع باشد.

ب. مانعی ندارد.

ج. لازم نیست.

د. افزاز زمانی معنی ندارد و لذا اگر خسارت ناخواسته سنگین به ساختمان وارد شود و محتاج تعمیر پرهزینه شود

نمی‌گویند فقط آن که نوبت او بوده باید خسارت را متحمل شود. [۱۳۸۳/۲/۲۰]

آیت‌الله العظمی میرزا جواد تبریزی

معامله‌ی مزبور باطل است و احکام بیع و صلح را ندارد، ملکیت مبیع که در بیع به مشتری منتقل می‌شود ملکیت

مطلق و دائمی است و از جهت زمانی قابل تقبید و تحدید نیست، و افزاز مال مشترک بر اساس زمان نیز صحیح

نیست، بلی تراضی شرکاء بر استفاده از مال مشترک و تصرف در آن بر اساس تقسیم بندی زمانی مانعی ندارد، والله

العالم. [۱۳۸۴/۸/۱۷]

آیت‌الله العظمی سیدعلی سیستانی

الف. بیع عرفی و شرعی نیست مگر خودش یک عقد جداگانه باشد.

ب. می‌توان صلح این معامله را ابقاع کرد.

ج. آری.

د. ظاهراً ممکن است و خود یک عقد جداگانه‌ای است. ۲ ربیع الثانی ۱۴۲۵ ه.ق.

آیت‌الله العظمی لطف الله صافی گلپایگانی

الف. مالکیت به نحو مذکور مشروع نیست، والله العالم.

ب. صلح نیز صحیح نیست، والله العالم.

ج. دلیلی بر صحت چنین عقدی به نظر نرسیده و عموماً شامل چنین عقدی نمی‌شود.

د. مالکان ملک مشاع می‌توانند نسبت به منفعت ملک مشترک مشاع تقسیم مهاباتی نمایند، والله العالم. ۱۳ ذی القعدة

۱۴۲۴ ه.ق.

آیت‌الله العظمی ناصر مکارم شیرازی

الف تا د. این در واقع نوعی بیع است که در عصر ما به وجود آمده (به خاطر نیازها و ضرورت‌ها) و هرگاه در عرف

محل رایج شده باشد عمل به آن اشکالی ندارد و مشمول احل الله البیع و سایر ادله بیع است و بر این اساس مفروز

کردن مال الشرکه با شرط فوق مانعی ندارد. ۱۳۸۲/۱۰/۲

آیت‌الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی

این معامله را به عنوان بیع و یا صلح و یا عقد مستقل می‌توان محقق ساخت و از نظر شرعی اشکالی ندارد و تقسیم

ملک به حسب زمان نیز اشکالی ندارد و شرعاً جایز است ولی هنگام معامله باید جهت استفاده هر یک از افراد

ضوابطی تعیین شود تا بعداً موجب اختلاف نگردد. ۱۳۸۲/۱۰/۱۵

آیت‌الله العظمی حسین نوری همدانی

الف. خیر.

ب. بلی.

ج. بلی.

د. به عنوان صلح اشکال ندارد. ۱۳۸۳/۳/۱۲

(گنجینه‌ی آرای فقهی - قضایی، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، سؤال ۲۹۳).

می‌تواند گفت: اگرچه معدودی از فقیهان اهل سنت، تأیید و دوام را در تعریف بیع داخل کرده‌اند^۱ و از این رو عنوان بیع به دلالت لفظی شامل قرارداد بیع زمانی نمی‌گردد، ولی هیچ‌یک از فقهای شیعه این گونه قیود را در تعریف بیع وارد نکرده‌اند^۲ و با مراجعه به تعاریف فقیهان شیعه به روشنی در می‌یابیم که این تعاریف شامل قرارداد بیع زمانی می‌گردد و به همین جهت تحت عموماًتی همچون «أحلّ الله البيع»^۳ ی‌لر می‌گیرد. تنها ممکن است ادعا شود که لفظ بیع اگرچه به دلالت لفظی شامل این قرارداد می‌شود ولی به دلیل غیر معهود بودن انصراف^۴ از آن دارد. ولی این ادعا پذیرفته نیست، زیرا ندرت وجود و یا حتی فقدان

۱. مراجعه شود به بخش دوم، فصل دوم، فرع یازدهم.

۲. مفید، المقنعه، ص ۵۹۱: «والبیع ینقذ علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبايع له اذا عرفاه جميعاً و تراضیا بالبیع و تقابضاً و افتراقاً بالابدان»؛ حلی، الکافی، ص ۳۵۱: «البيع عقد یقتضی استحقاق التصرف فی المبیع و الثمن و تسلیمهما»؛ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۷۵: «البيع هو انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدّر علی وجه التراضی»؛ ابن حمزه، الوسیله، ص ۲۳۵: «البيع عقد علی انتقال عین مملوکه، او ما هو فی حکمها من شخص الی غیره بعوض مقدّر علی جهة التراضی»؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۲۴۰: «البيع هو انتقال عین مملوکه، من شخص الی غیره بعوض مقدّر، علی وجه التراضی»؛ محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۶۷: «هو اللفظ الدال علی نقل الملك من مالک الی آخر بعوض معلوم»؛ محقق حلّی، المختصر النافع، ص ۱۱۵: «البيع فهو الايجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العین المملوکه من مالک الی غیره بعوض مقدّر»؛ علامه حلّی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۵ و تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ص ۴: «البيع انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدّر علی وجه التراضی»؛ شهید اول، الدرر، ج ۳، ص ۱۸۹: «و هو الايجاب و القبول من الکاملین الدالان علی نقل العین بعوض مقدّر مع التراضی»؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۹۱: «و هو الايجاب و القبول الدالان علی نقل الملك بعوض معلوم»؛ ابن فهد حلّی، المهذب البارع، ج ۲، ص ۳۵۴: «فهو الايجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العین المملوکه من مالک الی غیره بعوض مقدّر»؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۵۳: «نقل الملك من مالک الی آخر بصیغة مخصوصة»؛ نراقی، مستند الشیعة، ج ۱۴، ص ۲۴۳: «نقل الملك بعوض من مالک الی آخر بعقد مخصوص»؛ انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۱: «انشاء تملیک عین بمال»؛ همچنین مراجعه شود به: شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۱۴۳؛ اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۸، ص ۱۳۸؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۱۰۹؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۰۴؛ خراسانی، حاشیة المکاسب، ص ۴؛ یزدی، حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۵۳؛ اصفهانی، حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۹؛ نائینی، منیة الطالب، ج ۱، ص ۱۱۱؛ امام خمینی رحمته الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۵۲.

۳. انصراف یکی از مباحث مهم علم اصول است که در منابع اصولی ذیل بحث اطلاق و تقیید مطرح می‌گردد. دانشمندان علم اصول اقسام مختلفی برای انصراف ذکر کرده‌اند که در برخی از آنها انصراف مانع از ظهور لفظ در برخی از اصناف و افراد مشمول معنای لغوی می‌گردد. یکی از شایع‌ترین تقسیمات انصراف میان متأخران، تقسیم به انصراف ناشی از کثرت وجود و کثرت استعمال است. گاهی هنگام استعمال واژه مطلق، برخی از مصادیق آن به علت کثرت وجود، متبادر به ذهن می‌گردند و ذهن از افراد نادر انصراف می‌یابد. مانند انصراف لفظ ماء به ماء فوات برای ساکنان اطراف این رودخانه، چنین انصرافی بدوی است و با تأمل زائل می‌شود، از این رو نمی‌تواند مانع اطلاق ادامه در صفحه بعد

بعضی از مصادیق در زمان شارع، مانع از شمول لفظ نسبت به آنها نمی‌گردد.

آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی وجود همه مصادیق لفظ مطلق در زمان شارع را لازم نمی‌شمارد و ظهور برخی مصادیق جدید را که مشمول عمومات و مطلقات شرعی گردند، منتفی نمی‌داند. ایشان در پاسخ به استفتای پیش گفته نوشته است:

«این در واقع نوعی بیع است که در عصر ما به وجود آمده (به خاطر نیازها و ضرورت‌ها) و هرگاه در عرف محل رایج شده باشد عمل به آن اشکالی ندارد و مشمول احل الله البیع و سایر ادله بیع است.»

از این پاسخ وجه تغییر فتوای ایشان در فاصله زمانی میان دو استفتا روشن می‌گردد، زیرا چنانچه مرقوم داشته است، رواج و شیوع متأخر بعضی از مصادیق می‌تواند زمینه را برای شمول اطلاقات فراهم سازد و شاید به علت عدم رواج قرارداد بیع زمانی در زمان استفتا نخست در میان مسلمانان بوده است که ایشان فتوا به عدم مشروعیت آن داده است، در حالی که در زمان استفتا دوم به علت رواج این قرارداد، این مانع از میان رفته است و ایشان نیز فتوا به جواز داده است.

اما این ادعا قابل مناقشه است، زیرا مبنا در تعیین معانی الفاظ استعمال شده در کتاب و سنت، فهم عرفی مردم همان روزگار است و تغییر معانی الفاظ در اعصار بعد، مجوز فهم جدید از کتاب و سنت نیست زیرا در این صورت چه بسا قرائت‌های متعارض در طول تاریخ بر قرآن در روایات تحمیل گردد و احکام متفاوت و بلکه متناقض به آن دو نسبت داده شود.

شروع از صفحه قبل

باشد. اما گاهی انصراف به جهت کثرت استعمال لفظ در برخی از مصادیق است، به گونه‌ای که در مرحله نخست سبب شک در شمول مطلق نسبت به مصادیق دیگر خواهد بود و به عبارت دیگر مصادیق کثیر الاستعمال قدر متیقن از معنای مراد از مطلق می‌باشد و در مرحله بالاتر سبب ظهور لفظ در معنای مجازی آن و یا حتی سبب پیدایش معنای جدید حقیقی برای لفظ - به گونه اشتراک لفظی - و بلکه نقل لفظ از معنای نخست به معنای دوم می‌گردد. در تمامی این حالات انصراف مانع از اطلاق خواهد بود (مراجعه شود به: خوبی، اجود التقریرات، ج ۱، ص ۵۳۲؛ هاشمی شاهرودی، دراسات فی علم الاصول، ج ۲، ص ۳۴۱؛ هاشمی، بحوث فی علم الاصول، ج ۳، ص ۴۳۱؛ حکیم، حقائق الاصول، ج ۱، ص ۵۶۰؛ صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ص ۲۱۲). تقسیم دیگری که در کلمات برخی از اصولیان به چشم می‌خورد، تقسیم به انصراف بدوی و انصراف حقیقی در ماهیات تشکیکی است، با این توضیح که ماهیت اگرچه از نظر عقلی مشکک نیست، ولی گاهی عرف آن را تشکیکی می‌یابد و صدق آن را بر برخی از افراد آشکارتر از افراد دیگر می‌بیند، تا جایی که هنگام استعمال، تنها افراد خاصی به ذهن متبادر می‌گردد، مانند عبارت «مالی‌کل لحمه» و یا «حیوان» که انصراف از انسان دارند. (مراجعه شود به: خوبی، اجود التقریرات، ج ۱، ص ۵۳۲؛ فیاض، محاضرات فی اصول الفقه، ج ۵، ص ۳۷۲؛ حکیم، منتقى الاصول، ج ۳، ص ۴۴۴).

آری، مصادیق آن معانی ثابت می‌توانند نوین و مستحدث باشند و در هر عصری مصادیق نوپیدایی ظهور یابد که تحت آن مفاهیم مطلق و عام قرار گیرند، ولی اگر محرز شد که آن مفاهیم از برخی از مصادیق جدید، انصراف دارند، در این صورت اطلاق و عموم آن مفاهیم شامل این گونه مصادیق نخواهد بود.

به عبارت دیگر اگر منشأ انصراف، تنها کثرت و ندرت مصادیق یا وجود و عدم آنها در برخی از اعصار باشد، این انصراف نمی‌تواند مانع اطلاق گردد، ولی اگر انصراف سبب تغییر معانی متفاهم عرفی شود، به گونه‌ای که ذهن مخاطبان در مواجهه با لفظ مطلق، تنها برخی از مصادیق به آن متبادر گردد، در این صورت شمول عام و مطلق نسبت به مصادیق دیگر مردود و یا لااقل مشکوک خواهد بود.

به نظر می‌رسد ادعای انصراف لفظ بیع از این قرارداد، بعید نیست، زیرا چنانچه برخی از دانشمندان علم اصول تصریح کرده‌اند اگر منشأ انصراف ذهن از بعضی از انواع و افراد، غلبه استعمال لفظ در خصوص برخی از مصادیق باشد، به گونه‌ای که میان لفظ و آن مصادیق الفتی به وجود آید که منجر به تبادر تنها آن مصادیق برای لفظ شود، در این صورت لفظ عام و مطلق از مصادیق دیگر انصراف خواهد داشت و ظهوری برای آن، نسبت به آن گونه مصادیق نخواهد بود. لفظ بیع نیز از همین قبیل است، این لفظ برای مطلق خرید و فروش و مبادله مال به مال وضع گردیده است، اما شیوع استعمال آن در خصوص خرید و فروش دائمی و غیر مقید به زمان، منجر به انصراف ذهن از مصادیق دیگر می‌گردد، چنانچه لفظ بیع - به دلالت لفظی - شامل قرارداد اجاره نیز می‌شود، زیرا در این قرارداد نیز در واقع خرید و فروش یا مبادله‌ای صورت گرفته است و منافع انسان یا عینی در مقابل مالی مبادله و معاوضه شده است، اما این لفظ از این گونه مصادیق به علت کثرت استعمال در موارد دیگر، انصراف دارد و ذهن عرفی مخاطبان از لفظ بیع، خرید و فروشی را که در عقد اجاره صورت می‌گیرد، نمی‌فهمد و به تعبیر دیگر می‌توان گفت ماهیت بیع در خصوص مصادیقی که تملیک در آن دائمی است، ظهور بیشتری دارد، به گونه‌ای که ذهن از تملیک موقت انصراف دارد و یا لااقل تبادر آن مشکوک است. پس عمومات و اطلاقات مشروعیت عقد بیع شامل این قرارداد نمی‌شود و نمی‌توان این قرارداد را در قالب عقد بیع محقق ساخت.

به نظر می‌رسد استدلال اکثریت فقیهان به عدم صدق عرفی عنوان بیع بر بیع موقت و

قرارداد بیع زمانی قوی است، زیرا ارتکاز عرف در گذشته - و حتی زمان حال - از عنوان بیع و خرید و فروش، سلطنت و مالکیت همه جانبه و در همه ازمان بر مبیع می‌باشد و با این ارتکاز عرفی، نمی‌توان ادله نفوذ و صحت بیع را شامل مواردی غیر از این مرتکز، همچون بیع موقت و قرارداد بیع زمانی دانست. بلکه به تعبیر مرحوم سید یزدی و برخی از معاصران در صورت تردید در صدق این عنوان بر موارد فوق، باز هم نمی‌توان به ادله عام صحت بیع تمسک نمود، زیرا لازمه چنین استدلالی، تمسک به عام در شبهه مصداقیه آن است.

دلیل سوم

برخی از فقهای معاصر در پاسخ به سؤالی در این مورد، دلیل بر عدم صحت قرارداد بیع زمانی را، فقدان شرط تنجیز در چنین معامله‌ای قرار داده‌اند. یکی از ایشان این چنین پاسخ داده است:

«... عقد بیع در حکم علت و سبب تام جهت انتقال مبیع به مشتری است. لهذا با ایجاد عقد، ملک به تملک مشتری در می‌آید. و این خود یکی از دلایل شرطیت تنجیز در عقود و ایقاعات می‌تواند باشد. لهذا یا باید عقد، عقدی باشد که تمام ملک آن‌ا به تملک مشتری درآید (هر چند تصرفات مالکانه مشروط به شرط و یا مدتی باشد) و یا به تملک تمام مشتریها بنحوا افزا و یا مشاع درآید...»^۱

در بررسی این دلیل، این نکته حایز اهمیت است که شرط تنجیز هیچ منافاتی با تصویری که فقهای گذشته از بیع موقت داشته‌اند، ندارد. زیرا چنانچه کراراً ذکر شد مصداق بیع موقت در نظر فقهای گذشته منحصر بود به این که فروشنده مال خود را تا مدت معینی به خریدار تملیک نماید، تا پس از آن به مالک بازگردد. در این صورت مالکیت خریدار از هنگام عقد محقق می‌شود و تا پایان زمان تعیین شده استمرار می‌یابد و خللی به شرط تنجیز وارد نمی‌شود. به همین جهت هیچ یک از فقهای گذشته بیع موقت را فاقد شرط تنجیز ندانسته است. اما در قرارداد بیع زمانی ممکن است زمان تعیین شده برای مالکیت مشتری از هنگام عقد نباشد و ماه‌ها یا فصول آینده زمانی باشد که برای مالکیت وی معین شده است، در این

۱. آیت‌الله سیدعلی شفیعی و همچنین پاسخ آیت‌الله ابوطالب تجلیل (متن سؤال و پاسخ ایشان در دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی موجود است).

صورت این اشکال قابل طرح است که از هنگام عقد مالکیتی برای مشتری حاصل نمی شود و تحقق مالکیت معلق به فرارسیدن زمان مذکور است، پس شرط تنجیز مفقود گردیده است. برای بررسی این دلیل لازم است نکاتی پیرامون شرط تنجیز در عقود ذکر شود. فقها میان تعلیق انشا و منشأ فرق نهاده اند و تصریح کرده اند که تعلیق در انشا نه تنها جایز نمی باشد، بلکه امکان نیز ندارد، زیرا حقیقت انشا ایجاد امر اعتباری است و آنچه که حقیقت آن موجودیت در خارج است، تعلیق در آن بی معنا است. به عبارت دیگر انشا یا محقق شده است و یا معدوم می باشد و امر آن دایر مدار میان وجود و عدم است و وجود تعلیقی در آن معنا ندارد. برخلاف منشأ که قابل تعلیق می باشد. از این روی شرط تنجیز و یا به عبارت دیگر عدم تعلیق در عقود مربوط به منشأ است و بسیاری از فقیهان بر این باورند که تعلیق در منشأ جایز نیست و عقد می بایست منجزاً واقع گردد. البته فقیهان پیرامون تعلیق فروض مختلفی را ذکر نموده اند، که تنها برخی از آنها مشمول حکم بطلان است. هر چند اقلیتی از فقیهان نیز بطلان تعلیق در آن فروض را نیز نپذیرفته و از اشتراط تنجیز در عقود سرباز زده اند.^۱

اما با دقت در قرارداد بیع زمانی روشن می گردد که در این قرارداد هیچ گونه تعلیقی وجود ندارد و عقد به طور منجز واقع می شود. زیرا در عقود معلق سه چیز وجود دارد، که عبارتند از: انشا و منشأ و شرط. در این عقود انشاء منجزاً واقع می شود و حقیقت انشاء در هنگام اجرای صیغه تحقق می یابد. ولی تحقق منشأ موکول به تحقق شرطی از زمان و یا زمانیات می گردد. در این هنگام عقد فاقد شرط تنجیز است و معلقاً واقع شده است. اما در قرارداد بیع زمانی تنها دو چیز وجود دارد: انشا و منشأ. منشأ به هیچ وجه معلق بر قید زمان و یا زمانی نگردیده است و آنچه موجب شده است که استدلال کنندگان گمان کنند که این قرارداد فاقد شرط تنجیز است، این نکته می باشد که زمانی خاص داخل در منشأ است و به همین دلیل حقیقت آن منشأ تنها در همان زمان تحقق می یابد. به عبارت دیگر، در این قرارداد «مالکیت فصل بهار» انشا شده است، نه این که «مالکیت» به شرط فرا رسیدن بهار، انشا شده باشد، تا تعلیق لازم آید. آری چون زمان خاص داخل در حقیقت منشأ است، بدین جهت منشأ واقعی در غیر آن زمان نخواهد داشت و ممکن است هنگام انشا به جهت فرا نرسیدن آن

زمان، منشأ تحقق نیابد. ولی این عدم تحقق نه به جهت تعلیق منشأ بر شرطی زمانی است، بلکه بدین جهت است که زمان خاصی داخل در حقیقت منشأ گردیده است.

۲. عقد صلح

بیشتر فقه پژوهان معاصری که به بررسی و تحلیل تفصیلی قرارداد بیع زمانی پرداخته‌اند، انعقاد این قرارداد را در قالب عقد صلح جایز و نافذ دانسته‌اند.^۱ بیشتر مراجع تقلید معاصر نیز در پاسخ به استفتای سال ۱۳۸۲، تحقیق این قرارداد را در قالب عقد صلح جایز شمرده‌اند. حضرات آیات سیستانی، بهجت، موسوی اردبیلی، نوری همدانی و فاضل لنکرانی از این قبیل می‌باشند، اما حضرات آیات تبریزی و صافی گلپایگانی تحقق این قرارداد را در قالب عقد صلح جایز نمی‌دانند.

برای تبیین این نکته که آیا عقد صلح قابلیت پذیرش چنین قراردادی را دارد یا خیر؟ لازم است آشنایی مختصری با این عقد و مبانی گوناگون فقیهان در این زمینه پیدا نمود. بدین جهت مباحث ذیل به عنوان مقدمات لازم این موضوع طرح می‌گردد:

۱-۲. تعریف عقد صلح

فقه‌های گذشته شیعه عقد صلح را بر اساس معنای لفظی و حقیقی آن، تنها در موارد رفع منازعات و اختلافات تعریف می‌کردند. گویا اولین تعریف از ابن حمزه (متوفی حدود ۵۶۰) در وسیله آغاز می‌شود، او می‌گوید: «الصلح فصل الخصومة بین المتداعیین»^۲ و سپس تعاریف دیگری همچون: «عقد شرع لقطع التجاذب»^۳، «و هو مشروع لقطع المنازعة»^۴، «عقد شرع لقطع التنازع بین المتخاصمین»^۵، «عقد شرع لقطع التنازع بین المختلفین»^۶، «و آن

۱. شریعتی، پیشین، ص ۲۲۴؛ احمدزاده بزاز، پیشین، ص ۱۴۴؛ گرجی، ابوالقاسم، مقاله «مصلحت بالاتر از حق است»، روزنامه جام‌جم، سال سوم، شماره ۷۰۹ (۸۱/۷/۲۹)، ص ۸.

۲. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة، ص ۲۸۳.

۳. حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۶۶؛ حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۷۲؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۴۰۷؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۵۷؛ نجفی، پیشین، ج ۲۶، ص ۲۱۱.

۴. حلی، المختصر النافع، ص ۱۴۴؛ فاضل آبی، پیشین، ج ۲، ص ۳۰؛ ابن فهد حلی، پیشین، ج ۲، ص ۵۳۳.

۵. حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۱۷۶.

۶. حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۵؛ کرکی، رسائل کرکی، ج ۱، ص ۱۹۰.

عقدیست که شارع آن را وضع کرده است جهت قطع نزاع»^۱، «و هو مشروع فی الاصل لقطع المنازعة السابقة او المتوقعة»^۲، میان ایشان رواج می‌یابد.

ولی از زمان شیخ انصاری تعریف کاملاً جدیدی از صلح ارائه می‌شود، او در تعریف صلح می‌گوید:

«ان حقيقة الصلح ولو تعلّق بالعین لیس هو التملیک علی وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الاصلی هو التسالم»^۳

البته نقطه آغازین این تعریف را می‌توان در کلمات صاحب جواهر دید او در پاسخ به کلام بعضی چنین می‌گوید:

«... ان المراد بلفظ الصلح الواقع فی ایجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا و اصطلاحا و تسالما علیه فیما بینهما، لا ان المراد به خصوص الصلح المتعقّب للخصومة مثلاً كما هو واضح»^۴

چنانچه واضح است شیخ و پیش از او صاحب جواهر برخلاف فقهای گذشته، وجود نزاع و اختلاف را از تعریف عقد صلح خارج ساخته و آن را به مطلق تسالم و توافق تعریف نموده‌اند.

قریب به اتفاق فقیهان شیعه بعد از شیخ انصاری تعریفی را برگزیده‌اند که از سخن گذشته شیخ اقتباس شده است و جملگی - با اندک اختلافی - صلح را تراضی و تسالم بر تملیک عین یا منفعت، و یا اسقاط دین و حق، و مانند این امور تعریف کرده‌اند.^۵ البته شیخ الشریعه اصفهانی حقیقت صلح را تسالم نمی‌داند، بلکه معنای حقیقی آن را تجاوز و صفح و معافی

۱. بهایی، محمد بن حسین، جامع عباسی، ص ۱۱۶.

۲. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۳۳.

۳. انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۱۳.

۴. نجفی، پیشین، ج ۲۶، ص ۲۱۱.

۵. یزدی، العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۵۹؛ آملی، محمد تقی، المکاسب و البیع (تقریرات درس آیت الله میرزا محمد حسین نائینی)، قم، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۳؛ بجنوردی، پیشین، ج ۲، ص ۱۲۱؛ آل بحر العلوم، پیشین، ج ۲، ص ۳۶۲؛ حکیم، نهج الفقاهة، ص ۶۲؛ خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ص ۳۹۳؛ امام خمینی رحمته الله، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۱؛ خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۹۱؛ گلپایگانی، هدایة العباد، ج ۱، ص ۴۰۶؛ روحانی، سیّد محمد، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۱۷؛ روحانی، سیّد محمد صادق، فقه الصادق، ج ۲۰، ص ۱۹۳؛ بهجت، محمد تقی، توضیح المسائل (عربی)، ص ۳۹۹؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۶؛ صافی گلپایگانی، پیشین، ج ۱، ص ۳۵۱؛ تبریزی، جواد، ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۱۸؛ خازن، علی، مدخل الی علم الفقه، ص ۶۰.

مترادفی همچون اعراض و صفح ید قرار داده است.^۱

فقه‌های مذاهب چهارگانه اصل سنت در تعاریف خود برای عقد صلح بر قید رفع خصومت و نزاع تصریح نموده‌اند. و تمامی آنان این عقد را با این قید تعریف کرده‌اند.^۲ در قانون مدنی ایران فصل خاصی مشتمل بر نوزده ماده قانونی در موضوع عقد صلح تنظیم یافته است. در این فصل هیچ تعریف روشنی از صلح ارائه نشده است، از این رو حقوقدانان بر اساس مواد گوناگون این فصل و فقه امامیه اقدام به تعریف صلح کرده‌اند.^۳ در مجله عدلیه که پایه حقوقی بسیاری از کشورهای اسلامی و عربی می‌باشد، عقد صلح در ماده ۱۵۳۱ این چنین تعریف شده است:

«الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي»^۴

این تعریف چنانکه روشن است شباهت تامی از حیث لفظ و معنا به تعاریف بیشتر فقه‌های اهل سنت دارد.

در قوانین مدنی کشورهای عربی نیز، عقد صلح به گونه‌ای تعریف شده است که وجود

۱. شیخ الشریعه اصفهانی، نخبة الازهار فی احکام الخیار، ص ۲۴۵. مرحوم میرزا فتاح شهیدی نیز احتمال داده است که تسالم در کلام شیخ انصاری به معنای اعراض و تجاوز باشد. مراجعه شود به: شهیدی تبریزی، فتاح، هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، ص ۱۵۳.

۲. رافعی شافعی، پیشین، ج ۱۰، ص ۲۹۴: «العقد الذی ینقطع به خصومة المتخاصمین». انصاری شافعی، پیشین، ج ۱، ص ۳۵۴: «عقد یحصل به قطع النزاع». نووی شافعی، پیشین، ج ۳، ص ۴۲۶: «العقد الذی ینقطع به خصومة المتخاصمین»؛ شربینی شافعی، الاقناع، ج ۱، ص ۲۷۹: «عقد یحصل به قطع النزاع»؛ کاشانی حنفی، پیشین، ج ۶، ص ۵۳: «فهر انقطاع الخصومة المنازعة بین المتداعیین شرعاً حتی لاتسمع دعواهما بعد ذلک»؛ ابن نجیم حنفی، پیشین، ج ۷، ص ۴۳۴: «عقد یرفع النزاع»؛ حصکفی حنفی، علاء الدین، الدر المختار، ج ۶، ص ۱۸۸ و ج ۸ ص ۳۴۵: «عقد یرفع النزاع و یقطع الخصومة»؛ ابن قدامة حنبلی، پیشین، ج ۵، ص ۲: «معاهدة یتوصل بها الی الاصلاح بین المختلفین»؛ بهوتی حنبلی، پیشین، ج ۳، ص ۴۵۴: «معاهدة یتوصل بها الی مرافقة بین المختلفین ای متخاصمین»؛ کحلانی، ج ۳، ص ۵۸: «الصلح لقطع الخصومة»؛ سابق، سید، فقه السنة، ج ۳، ص ۳۷۵: «عقد ینهی الخصومة بین المتخاصمین»؛ حماد، نزیه، عقد الصلح، ص ۶: «اتفقت المذاهب الاربعة علی ان الصلح فی الاصطلاح الفقهی معاهدة یرتفع النزاع بین الخصوم و یتوصل بها الی الموافقة بین المختلفین فهو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضی عندهم»؛ زحیلی، پیشین، ج ۶، ص ۴۳۳: «عقد وضع لرفع المنازعة».

۳. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ص ۴۷۳؛ بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۳۰۶؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۱۵؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق مدنی (رهن و صلح)، ص ۳۵؛ تعاریف ارائه شده در این منابع با اندک اختلافی در عبارات، منطبق بر تعاریف فقه‌های بعد از شیخ انصاری است.

۴. اتاسی، محمد طاهر، شرح المجلة، ج ۴، ص ۵۳۲؛ حیدر، علی، درر الحکام شرح مجلة الاحکام، تعریب فهمی حسینی، ج ۴، ص ۷.

اختلاف و نزاع پیشین یکی از ارکان تعریف می‌باشد.^۱ به عنوان نمونه در قانون مدنی جدید مصر عقد صلح این گونه تعریف شده است:

«الصلح عقد یحسم به الطرفان نزاعاً قائماً او یتوقیان به نزاعاً محتملاً، و ذلک بان ینزل کل منهما علی وجه التقابل عن جزء من اجزائه».^۲

حقوقدانان مصر معتقدند در این ماده قانونی سه رکن برای عقد صلح در نظر گرفته شده است: ۱. نزاع موجود یا محتمل، ۲. نیت از میان برداشتن نزاع، ۳. دست برداشتن هر یک از طرفین عقد از بخشی از ادعای خود در مقابل تنزل و کوتاه آمدن طرف دیگر.^۳ در قوانین کشورهای اروپایی نیز عقد صلح با در نظر گرفتن وجود اختلاف و نزاع تعریف شده است.^۴ در قانون مدنی فرانسه ماده ۲۰۴۴ آمده است:

«صلح عقدی است که طرفین آن نزاع موجودی را به واسطه آن از میان برمی‌دارند و یا مانع به وجود آمدن نزاع احتمالی می‌شوند».^۵

۱. مرسی باشا، کامل محمد، شرح القانون المدني الجديد (المقود المسماة)، ج ۴، ص ۴۸۶؛ ماده ۶۹۸ قانون مدنی عراق: «الصلح عقد یرفع النزاع والخسومة بالتراضی» وزارت عدل حکومت مصر، القانون المدن مجموعة الاعمال التحضيرية، ج ۴، ص ۴۳۹؛ ماده ۵۳۲ قانون مدنی سابق مصر: «الصلح عقد به یترک کل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه علی وجه التقابل لقطع النزاع الحاصل، اولممنع وقوعه»؛ کامل مرسی باشا، ج ۴، ص ۴۸۵؛ ماده ۵۱۷ قانون مدنی جدید سوریه مطابق است با تعریف ارائه شده در قانون مدنی جدید مصر (که در متن آمده است). مجلس الوزراء، القانون المدني، مکتب وزیر الدولة للشئون القانونية والادارية، کویت، ۱۹۸۱، ص ۱۶۱؛ ماده ۵۵۲ قانون مدنی کویت: «الصلح عقد یحسم به عاقده نزاعاً قائماً بینهما او یتوقیان به نزاعاً محتملاً، و ذلک بان ینزل کل منهما علی وجه التقابل عن جانب من ادعائه» نخله، موريس، الكامل فی شرح القانون المدني، ج ۷، ص ۲۴۵؛ ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی لبنان «الصلح عقد یحسم به الفريقان النزاع القائم بینهما او یمنعان حصوله بالتساهل المتبادل».

۲. مرسی باشا، العقود المسماة، ج ۴، ص ۴۸۵؛ طلبه، انور، الوسيط فی القانون المدني، ج ۲، ص ۴۵۹؛ وزارت عدل حکومت مصر، ج ۴، ص ۴۳۹؛ سنهوری، الوسيط، ج ۵، ص ۵۰۷.

۳. مرسی باشا، العقود المسماة، ج ۴، ص ۴۸۹؛ سنهوری، الوسيط، ج ۵، ص ۵۰۸؛ طلبه، ج ۲، ص ۴۵۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکت‌ها و صلح)، ص ۲۹۷: «در حقوق پاره‌ای از کشورها نیز عقد صلح تنها به منظور رفع ترافع و پایان بخشیدن به دعوی به کار می‌رود (حقوق فرانسه ماده ۲۰۴۴ ق.م. الجزایر ماده ۴۵۹ ق.م.) در حقوق فرانسه وجود اختلاف و قصد پایان بخشیدن به آن و گذشت‌های متقابل از ارکان عقد صلح است (پلنیول و ریپروساواتیه، ج ۱۱، شماره ۱۵۶۳ به بعد)» دکتر کاتوزیان در صفحه ۳۰۲ کتاب خویش، بعد از آن که واژه تسالم در کلام شیخ انصاری را همچون مرحوم میرزا فتح شهیدی به گذشت‌های متقابل معنا می‌کند، در پاورقی این چنین توضیح می‌دهد: «در حقوق فرانسه و قوانین مدنی آلمان (ماده ۷۷۹) و اسپانی (ماده ۱۰۸۹) همین امتیازها و گذشت‌های متقابل (concessions reciproques) جوهر صلح را تشکیل می‌دهد (مازواج ۳، شماره ۱۶۳۳ - ریپرو بولانژه، شماره ۲۴۷۰)».

۵. مرسی باشا، العقود المسماة، ج ۴، ص ۴۸۶؛ جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن و صلح)، ص ۲۶۴.

۲-۲. پیشینه خصومت و اختلاف در عقد صلح

چنانکه در تعاریف ارائه شده از فقه اهل سنت و حقوق کشورهای عربی و همچنین قوانین مدنی بعضی از کشورهای اروپایی ملاحظه شد، وجود اختلاف و نزاع پیشین از ارکان تحقق عقد صلح است. این موضوع حتی در تعاریف فقهای گذشته شیعه نیز به چشم می‌خورد. اما نخستین بار علامه حلی به صراحت از این نکته یاد می‌کند که در نظر فقیهان شیعه وجود اختلاف و نزاع پیشین در عقد صلح لازم و ضروری نیست.^۱ او این قول را با ظهور واژه «عندنا» به شیعه نسبت می‌دهد. در حالی که قبل از او اثری از طرح این مسئله در کلمات فقهای شیعه دیده نمی‌شود. جمعی از فقیهان پس از او، یکی پس از دیگری به گونه‌ای ادعای اجماع در این مسئله را می‌نمایند. محقق کرکی در رسائل خود و شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه از همین واژه استفاده می‌کنند.^۲ محقق اردبیلی به استناد سخن علامه و عدم نقل خلاف، ادعای اجماع می‌نماید.^۳ محقق سبزواری در کفایه و بحرانی در حدائق ادعای عدم خلاف دارند.^۴ و در نهایت وحید بهبهانی و صاحب ریاض و میرعبدالفتاح مراغی به اجماع استناد می‌نمایند.^۵

وجود تعارض میان این رأی فقهای شیعه و تعاریف گذشتگان از عقد صلح، سبب شده است تا برخی از فقها در صدد پاسخ‌گویی برآیند. معدودی همچون محقق اردبیلی و محدث بحرانی این گونه تعاریف در آثار فقهای شیعه را برگرفته از فقه اهل سنت - که سبق خصومت در عقد صلح در نزد آنان معتبر است - می‌دانند.^۶ اما بیشتر فقها پاسخی دیگر داده‌اند. اولین کسی که این پاسخ را در آثار خود ذکر کرده است محقق کرکی در شرح قواعد می‌باشد. او هنگامی که تعریف علامه حلی در قواعد را ذکر می‌کند، در پاسخ اشکال تعارض، این گونه توضیح می‌دهد که اصل مشروعیت صلح برای فصل خصومت می‌باشد، ولی این بدان معنا نیست که در تمامی موارد صلح، فصل خصومت وجود داشته باشد. مانند نماز قصر در سفر

۱. حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۱۷۷.

۲. کرکی، رسائل، ج ۱، ص ۱۹۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۵۷؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۷۳.

۳. اردبیلی، مجمع الفائده، ج ۹، ص ۳۳۱، ۳۳۳.

۴. سبزواری، پیشین، ص ۱۱۶؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۱، ص ۸۴.

۵. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۳۵؛ بهبهانی، وحید، حاشیه مجمع الفائده، ص ۴۳۷؛ مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقهیة، ج ۲، ص ۲۲۲.

۶. اردبیلی، مجمع الفائده، ج ۹، ص ۳۳۳؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۱، ص ۸۵.

که به جهت مشقّت تشریع شده است ولی حکم دایر مدار مشقّت نیست، بلکه در سفر بدون مشقّت نیز نماز، شکسته خواهد بود.^۱ این پاسخ محقق کرکی را بسیاری از فقهای بعد از او تکرار کرده‌اند و با بیانی اصطلاحی و فنی این نکته را افزوده‌اند که فصل خصومت «حکمت» تشریع صلح است، نه «علّت» آن و حکم دایر مدار علّت خویش است نه حکمت آن.^۲

تعریف فقهای پس از شیخ انصاری نیز به صراحت ضرورت هرگونه خصومت و نزاعی را در پیشینه عقد صلح نفی می‌نماید. هر چند معدودی از فقیهان معاصر رأی خلاف مشهور را برگزیده‌اند.^۳

ماده ۷۵۳ قانون مدنی که اولین ماده در فصل مربوط به عقد صلح است به دو گونه در منابع حقوقی ثبت شده است. در برخی از منابع چنین آمده است:

«صلح ممکن است یا در مورد تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی، در مورد معامله و غیر آن واقع شود.»^۴

در برخی دیگر از منابع حقوقی این گونه آمده است:

«... یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود.»^۵

دکتر جعفری لنگرودی که ماده قانونی را با حرف «یا» ثبت نموده است، این چنین می‌گوید:

۱. کرکی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۴۰۷.

۲. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۵۷؛ اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۷ ص ۳۳۳؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۱، ص ۸۵؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۳۵؛ نجفی، پیشین، ج ۲۶، ص ۲۱۱؛ عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، (الدین و توبه) ج ۲، ص ۸۰۷؛ خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ص ۳۹۳؛ بجنوردی، پیشین، ج ۵، ص ۱۱؛ گلپایگانی، هدایة العباد، ج ۱، ص ۴۰۶؛ صافی گلپایگانی، پیشین، ج ۱، ص ۳۵۱.

۳. مراجع معاصر، توضیح المسائل مراجع، ج ۲، ص ۲۷۳؛ (فتاوی آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی). خمینی، سید مصطفی، مستند تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۱۸۴، ۱۸۵.

۴. اداره مطبوعات و اطلاعات مجلس شورای ملی، مجموعه قوانین موضوعه و مسائل مصوبه دوره نهم تقنینیه (۲۴ فروردین ۱۳۱۲ - ۲۴ فروردین ۱۳۱۴)، ص ۱۸۷؛ محجوب، محمد جعفر، دوره قانون مدنی، ص ۱۱۲؛ ناجی، محمود، دوره کامل قانون مدنی، ص ۱۰۸؛ ناصرزاده هوشنگ، مجموعه قوانین (قانون مدنی)، ص ۱۲۷؛ کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۴۷۸؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشّی قانون مدنی، ص ۳۹۰.

۵. حمیدی، انوار، دوره کامل قانون مدنی، ص ۹۹؛ مجردی، عبدالحسین، قانون مدنی، ص ۱۲۹؛ کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکتها و صلح)، ص ۲۹۹؛ عدل، ص ۳۷۵؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۱۵؛ جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن و صلح)، ص ۱۳۴؛ اداره کل قوانین و مقررات کشور، قانون مدنی، ص ۷۱؛ حائری شاه‌باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۲، ص ۶۵۸.

«این ماده به چهار قسم از عقد صلح اشاره کرده است: ۱. صلح نزاع موجود ۲. صلح نزاع محتمل ۳. صلح بدون دعوی موجود و محتمل که در مورد معاملات واقع می‌شود ۴. صلح بدون دعوی موجود و محتمل که در خارج از قلمرو معاملات شناخته شده تحقق می‌یابد. قسم اخیر با عبارت «غیر آن» بیان گردیده است.»^۱

قسم سوم و چهارم مصداق صلح ابتدایی و یا به عبارت دیگر صلحی است که در آن سابقه نزاع و خصومت موجود یا محتمل وجود ندارد. از این روی ماده قانونی فوق به صلح ابتدایی و جاهت قانونی داده است. سایر حقوقدانان نیز از ماده مزبور جواز صلح ابتدایی را برداشت نموده‌اند.^۲

به نظر می‌رسد اگر کلمه «یا» در متن قانون نباشد، نه تنها این ماده قانونی صراحت و ظهوری در جواز صلح ابتدایی ندارد، بلکه ظهور در انحصار عقد صلح در موارد وجود نزاع و یا احتمال آن را دارد. حتی اگر کلمه «یا» در متن قانون نیز باشد این ماده قانونی ظهوری در جواز صلح ابتدایی ندارد. زیرا این احتمال وجود دارد که قانون‌گذار تنها دو قسم صلح را روا شمرده است و آن صلح در تنازع موجود و صلح در جلوگیری از تنازع احتمالی است و این دو قسم یا در مورد معامله واقع می‌شوند و یا در غیر معامله. به بیان دیگر، عبارت «یا در مورد معامله و غیر آن» به دلیل این که حرف واو بر سر آن نیامده است قسیم دو فرض قبل که نزاع موجود و نزاع محتمل است، نمی‌باشد. بلکه تقسیمی دیگر برای صلح است. پس قانون‌گذار فرضی غیر از نزاع موجود و محتمل را نپذیرفته است. گویا بعضی از حقوقدانان نیز همین گونه برداشتی را از ماده فوق نموده‌اند.^۳

پس تنها در صورتی می‌توان ادعا نمود که ماده ۷۵۲ صریح در جواز صلح ابتدایی است که هم حرف «یا» و هم حرف «واو» بر سر عبارت «در مورد معامله» درآمده باشد و هیچ کس این ماده قانونی را این چنین ضبط نکرده است. پس این ادعای مشهور که قانون مدنی به صراحت صلح ابتدایی را روا شمرده است جای تأمل جدی دارد.

۱. جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن و صلح)، ص ۱۳۴؛ جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۳۹۰.

۲. عدل، پیشین، ص ۳۷۵؛ بروجردی عبده، پیشین، ص ۳۰۷؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۲۰؛ کانوزیان، حقوق مدنی (مشارکت‌ها و صلح)، ص ۲۹۹.

۳. حائری شاه‌باغ، پیشین، ج ۲، ص ۶۵۸؛ نوین، پرویز و خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی ۶، ص ۱۴۵.

۲-۳. اصالت عقد صلح

اکثریت قریب به اتفاق فقهای شیعه برخلاف اهل سنت معتقد به اصالت صلح می‌باشند و آن را در احکام و شرایط تابع عقدی که در نتیجه با آن یکسان است، نمی‌دانند.^۱

شیخ طوسی برای اولین بار موضوع اصالت یا فرعیت صلح نسبت به سایر عقود را مطرح می‌نماید. شیخ چنانچه بعضاً روش او در کتاب مبسوط است، در آغاز مسئله را بدون تصریح، و تنها بر اساس اندیشه و اجتهاد اهل سنت و به خصوص مذهب شافعی بیان می‌کند و ابراز می‌دارد که صلح فرع یکی از عقود پنج‌گانه بیع، اجاره، عاریه، ابراء و هبه است و سپس بعد از چند سطر به صراحت می‌گوید:

«آنچه در نزد من قوی به نظر می‌رسد این است که صلح اصلی مستقل است و فرع

بیع نمی‌باشد و نیازی به شرایط بیع و اعتبار خیار مجلس ندارد.»^۲

او در خلال کتاب صلح کراً یا یادآوری می‌کند که صلح در نزد وی عقدی مستقل است و فرع سایر عقود نیست.^۳ ابن ادریس که بیش از دیگران به آثار شیخ نزدیک است این واقعیت را به نیکی در یافته است.^۴ محقق متبّع صاحب مفتاح الکرامه و شیخ الشریعه اصفهانی نیز بر این حقیقت واقف گردیده‌اند.^۵

ولی بعضی از کسانی که آشنایی چندانی با روش شیخ در کتاب مبسوط ندارند و یا مباحث باب صلح آن را با دقت تا پایان باب مطالعه نکرده‌اند و یا به هر دلیل دیگری، پنداشته‌اند که شیخ طوسی بر اساس آنچه در آغاز این باب بیان کرده است صلح را فرع سایر

۱. ابن براج، عبدالعزيز، جواهر الفقه، ص ۱۲۲؛ حلی، ابن ادریس، پیشین، ج ۲، ص ۶۴؛ حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۶۶؛ حلی، مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۲۱۳؛ حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۱۷۷؛ شهید اول، الدروس، ج ۳، ص ۳۲۵؛ فاضل مقداد، ابن عبدالله، التنقیح الرائع، ج ۲، ص ۱۹۹؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۴۰۶؛ کرکی، رسائل کرکی، ج ۱، ص ۱۹۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۵۷؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۷۳؛ ابن فهد حلی، پیشین، ج ۲، ص ۵۳۷؛ اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۹، ص ۳۳۰؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۱۶؛ فیض کاشانی، محسن، مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۱۲۰؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۴۲؛ شیخ الشریعه اصفهانی، پیشین، ص ۲۴۵؛ روحانی، سید محمد، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۱۷؛ روحانی، فقه الصادق، ج ۲، ص ۱۹۳؛ بهجت، پیشین، ص ۳۹۹؛ امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۱؛ خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۹۱؛ سیستانی، پیشین، ج ۲، ص ۳۲۶؛ گلپایگانی، پیشین، ج ۱، ص ۴۰۶؛ زین الدین، کلمة التقوی، ج ۴، ص ۱۹۵.

۲. طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۲۸۸.

۳. همان، ص ۲۹۱، ۳۰۸.

۴. ابن ادریس، پیشین، ج ۲، ص ۶۵.

۵. عاملی، مفتاح الکرامه (الدین و توابه)، ج ۲، ص ۸۱۳؛ شیخ الشریعه اصفهانی، پیشین، ص ۲۴۵.

عقود می‌داند و در این موضوع با اهل سنت هم رأی است. همین اشتباه در میان فقیهان و حقوقدانان شیوع می‌یابد، تا جایی که بسیاری از ایشان این امر را از مسلمانات پنداشته‌اند و چنین شهرت یافته است که در میان شیعه دو قول پیرامون اصالت صلح و فرعیت آن وجود دارد، که اقلیتی از فقها که در آن میان تنها از شیخ نام برده می‌شود به مانند فقهای اهل سنت صلح را فرع سایر عقود می‌دانند.^۱

البته این بدین معنا نیست که قول به استقلال و اصالت عقد صلح مورد اتفاق همه فقیهان شیعه است، بلکه معدودی از ایشان قول به فرعیت صلح را برگزیده‌اند.^۲

جمهور فقهای اهل سنت برخلاف فقیهان شیعه عقد صلح را در احکام و شرایط تابع عقدی می‌دانند که در نتیجه با آن یکسان است. پس اگر مثلاً عقد صلح افاده تملیک عین به عوض را بنماید تابع احکام و مقررات عقد بیع است و اگر افاده تملیک منفعت را نماید تابع احکام عقد اجاره می‌باشد.^۳

ماده ۷۵۸ قانون مدنی ایران مطابق با فقه امامیه به صراحت از اصالت عقد صلح یاد می‌نماید و در ماده ۷۵۹ برای تأکید بیشتر و رفع این توهم که شاید حق شفعه از احکام خاص بیع نباشد آمده است:

«حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد.»

قوانین کشورهای عربی نیز همچون فقه اهل سنت عقد صلح را در احکام و شرایط تابع عقدی قرار داده است که در نتیجه با آن یکسان و یا نسبت به دیگر عقود به آن نزدیک‌تر است. مواد ۱۵۵۴، ۱۵۴۸ و ۱۵۴۹ المجلة مواردی از این ضابطه کلی را ذکر کرده است. و

۱. حلی، مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۲۱۳؛ شهید اول، الدروس، ج ۳، ص ۳۲۵؛ ابن فهد حلی، پیشین، ج ۲، ص ۵۳۶؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۱، ص ۸۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۶۰؛ اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۹، ص ۳۳۱؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۴۲۰؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۱۶؛ فیض کاشانی، پیشین، ج ۳، ص ۱۲۰؛ انصاری، محمد علی، الموسوعة الفقهية المیسرة، ج ۱، ص ۱۶۴؛ حائری شاه‌باغ، پیشین، ج ۲، ص ۶۴۴؛ کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکت‌ها و صلح)، ص ۲۹۸.

۲. راوندی، قطب الدین، فقه القرآن، ج ۱، ص ۳۸۶؛ خمینی، سید مصطفی، البیع، ص ۹.

۳. مرتضی، احمد، شرح الازهار، ج ۴، ص ۲۹۱؛ شافعی، محمد بن ادریس، الاّم، ج ۳، ص ۲۲۶؛ مزنی، اسماعیل بن یحیی، مختصر المزنی، ص ۱۱۰۵؛ رافعی شافعی، عبدالکریم بن محمد، فتح العزیز، ج ۱۰، ص ۲۹۵؛ نووی، پیشین، ج ۳، ص ۴۲۷؛ انصاری شافعی، پیشین، ج ۱، ص ۳۵۵؛ شربینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۱۷۷؛ رعینی مالکی، پیشین، ج ۷، ص ۳؛ سمرقندی، پیشین، ج ۳، ص ۲۵۰؛ دسوقی، پیشین، ج ۳، ص ۳۰۹؛ دردیر، سیدی احمد، الشرح الكبير، ج ۳، ص ۳۰۹؛ ابن نجیم حنفی، پیشین، ج ۷، ص ۴۳۵؛ ابن عابدین حنفی، پیشین، ج ۶، ص ۱۸۹؛ ابن قدامه حنبلی، پیشین، ج ۵، ص ۱۸؛ بهوتی حنبلی، پیشین، ج ۳، ص ۴۵۶.

شارحان المجله در توضیح این مواد قانونی تصریح به قاعده کلی فوق الذکر کرده‌اند.^۱ ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی لبنان، ۷۰۷ و ۷۰۸ قانون مدنی عراق، ۱۴۷۷ قانون مدنی مراکش و ۱۱۱۶ قانون مدنی تونس نیز بر تبعیت عقد صلح از سایر عقود تصریح می‌نماید.^۲

۴-۲. نتیجه عقد صلح

شیخ طوسی در مبسوط به تبع فقه شافعی از این نکته یاد می‌کند که عقد صلح می‌تواند نتیجه و فایده عقود پنج‌گانه بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء را داشته باشد.^۳ این عبارت شیخ بعدها در آثار فقها رواج می‌یابد، ولی فقیهان به ندرت وارد این بحث شده‌اند که دامنه و گستره عقد صلح آیا شامل همه عقود معین می‌گردد یا خیر؟ تنها برخی از متأخران بر این نکته تصریح دارند که عقد صلح می‌تواند نتیجه همه عقود، غیر از عقد نکاح را داشته باشد.^۴ به نظر می‌رسد با توجه به عمومیت و اطلاق ادله، جمهور فقیهان شیعه با این رأی موافق بوده‌اند.

اما فقیهان معاصر در تعریف نوین خود از عقد صلح که بعد از شیخ انصاری رواج یافته است تصریح به عمومیت دامنه عقد صلح نسبت به تمامی عقود معین نموده‌اند. جمعی از ایشان بعد از ذکر فواید و نتایج گوناگون عقد صلح مانند تملیک عین به عوض، تملیک منفعت به عوض، اسقاط و یا انتقال حق و دین، با کلماتی همچون «غیر ذلک» و «نحو ذلک» روشن ساخته‌اند که این عقد می‌تواند فواید و نتایج همه عقود را دربر داشته باشد.^۵ برخی دیگر علاوه بر آن با عبارت صریح «یجوز ایقاعه علی کل امر و فی کل مقام الا ما احل حراماً و حرم حلالاً» به اطلاق و شمول این عقد نسبت به فواید همه عقود تأکید نموده‌اند.^۶ در این میان جمعی از فقهای معاصر دامنه نتیجه عقد صلح را از عقود معین فراتر می‌برند و بخشی

۱. اتاسی، پیشین، ج ۴، ص ۵۴۸، ۵۵۳؛ حیدر، پیشین، ج ۴، ص ۳۰.

۲. نخله، پیشین، ج ۷، ص ۲۸۷؛ کامل مرسی باشا، پیشین، ج ۴، ص ۱۰۵۲.

۳. طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۲۸۷.

۴. مامقانی، عبدالله، مناهج المتقین، ص ۲۸۰؛ طباطبایی، سید محمد، المناهل، ص ۳۴۳؛ قزوینی، علی، صیغ العقود، ص ۲۸؛ شیرازی، سید محمد، الفقه، ج ۵۲، ص ۱۶۹؛ جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن و صلح)، ص ۲۵۹.

۵. روحانی، سید محمد، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۱۷؛ زین الدین، پیشین، ج ۴، ص ۱۹۵؛ خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۹۲.

۶. امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۱؛ گلپایگانی، هدایة العباد، ج ۱، ص ۴۰۶؛ صافی گلپایگانی، پیشین، ج ۱، ص ۳۵۱؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۶.

از معاملات و قراردادهای نو پیدا را همچون بیمه که به نظر ایشان ذیل هیچ یک از عقود جای نمی‌گیرد، با عنوان عقد صلح صحیح و نافذ می‌شمارند.^۱

شیخ انصاری نیز بعد از آن که تصریح می‌کند که «اباحه معوضه» ثمره و نتیجه هیچ یک از عقود شناخته شده نمی‌باشد، تحقق آن را به وسیله عقد صلح ممکن می‌شمارد.^۲ و بعد از او نیز برخی از فقیهان همین رأی را بر می‌گزینند.^۳

ماده ۷۵۲ قانون مدنی نیز دامنه عقد صلح را به نتایج همه عقود معین و غیر معین توسعه داده است.

۵-۲. نتیجه‌گیری

جمهور فقیهان متأخر و معاصر شیعه با توجه به مبانی خود پیرامون عقد صلح که در بندهای پیشین ذکر شد، موقعیت ویژه‌ای را برای این عقد در نظر گرفته‌اند. آنان پیشینه خصوصیت و نزاع موجود و یا محتمل را در این عقد لازم نمی‌دانند و همین سبب مشروعیت یافتن صلح ابتدایی در معاملات بدوی، که بدون هر گونه اختلاف و نزاعی میان طرفین عقد است، می‌گردد. از سوی دیگر به نظر ایشان این عقد، عقدی مستقل و اصیل می‌باشد که در احکام و شرایط تابع هیچ یک از عقود نیست. و در نهایت عقد صلح می‌تواند نتایج و ثمرات همه عقود معین (غیر از نکاح) و غیر معین را به بار آورد. تلفیق این مبانی با یکدیگر جایگاه خاصی به عقد صلح در عقود معین و غیر معین برای طرفین عقد مهیا می‌کند. آنان از سویی می‌توانند برای پرهیز و فرار از احکام و شرایط خاص هر یک از عقود معین، ثمره‌ای را که از آن عقد انتظار داشتند تحت عنوان عقد صلح که دامنه آن همه عقود معین را می‌گیرد، محقق سازند و از سوی دیگر به وسیله عقد صلح می‌توان هر گونه قرارداد و معامله جدید و نوپیدایی را که امکان اندراج آن تحت هیچ یک از عقود شناخته شده و معین نیست و با

۱. امام خمینی رحمته‌الله، توضیح المسائل، ص ۴۱۱، مسئله ۲۸۶۶؛ صافی گلپایگانی، لطف الله، توضیح المسائل، ص ۵۷۵، مسئله ۲۸۵۵؛ گلپایگانی، سید محمد رضا، توضیح المسائل، ص ۴۸۹، مسئله ۲۸۵۵؛ نوری همدانی، حسین، توضیح المسائل، ص ۶۰۲؛ روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثة، ص ۷۲.

۲. انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۹۰.

۳. آملی، پیشین، ج ۱، ص ۲۱۷.

قوانین و قواعد کلی و آمره در معاملات منافات ندارد، منعقد ساخت. این موقعیت ویژه، فراگیر و راهگشا برای عقد صلح موجب شده است که برخی از صاحب نظران به این عقد، لقب «سید العقود و الاحکام» را ارزانی دارند.^۱

قرارداد بیع زمانی نیز می‌تواند از این موقعیت ممتاز عقد صلح استفاده لازم را ببرد و به راحتی در حقوق اسلامی جای پای خویش را باز نماید. البته توجه به این نکته لازم است که در صورتی این قرارداد تحت عنوان صلح واقع می‌گردد که مالکیت موقت که نتیجه این قرارداد جدید است مورد انکار فقهی نباشد و ما پیش از این ثابت نمودیم که هیچ‌گونه دلیل قاطعی بر نفی مالکیت موقت در فقه وجود ندارد.

۲-۶. نقد و بررسی

در یکی از مقدمات و مبانی ذکر شده پیرامون عقد صلح مناقشه جدی وجود دارد. صلح ابتدایی - برخلاف نظر مشهور فقیهان متأخر و معاصر - فاقد مشروعیت است و عقد صلح جز در مواردی که پیشینه خصومت و یا احتمال آن وجود دارد، صحیح و نافذ نیست. از این رو هیچ معامله بدوی از عقود معین و غیر معین در قالب عقد صلح جای نمی‌گیرد. نگارنده در مقاله‌ای مستقل به بررسی تفصیلی این موضوع پرداخته و ادله اثبات صلح ابتدایی را به نقد کشیده است.^۲ خلاصه‌ای از انتقادات و ایرادات مذکور در آن مقاله بدین قرار است:

۱. بیشتر دلایل اثبات عقد صلح حاوی واژه صلح و یا یکی از مشتقات آن می‌باشد. به همین جهت سزاوار است واژه صلح از نظر لغوی مورد بررسی قرار گیرد. پیش از بررسی معنای صلح توجه به این نکته بدیهی، لازم است که شارع برای این لفظ به مانند بسیاری دیگر از الفاظ معاملات معنایی برخلاف معنای عرفی و لغوی آنها وضع ننموده است، به عبارت دیگر، کلمه «صلح» در قرآن و روایات برخلاف برخی از الفاظ عبادات همچون «صلاة»، «صوم» و «حج» دارای حقیقت شرعی نیست. از این روی بهترین راه

۱. قزوینی، پیشین، ص ۲۸؛ جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن و صلح)، ص ۱۳۵.

۲. امامی، مسعود، مجله فقه اهل بیت (علیه السلام)، شماره ۳۴، تابستان ۸۲، مقاله صلح ابتدایی، ص ۷۸.

برای درک بهتر حقیقت صلح و یافتن پاسخ این پرسش که آیا صلح ابتدایی می‌تواند مصداقی برای این واژه به کار رفته در قرآن و روایات باشد مراجعه به لغت و عرف است.

به نظر می‌رسد که واژه صلح با توجه به معنای روشن ارتكازی آن در نزد عرب زبانان و فارسی زبانان بدون عنایت و مجاز در صلح ابتدایی که معنایی جز توافق و تراضی طرفین ندارد، استعمال نمی‌شود و امثله و شواهد عرفی و لغوی گواه روشنی بر این است که سابقه خصومت و یا حداقل زمینه و احتمال آن برای استعمال حقیقی این واژه ضروری است. در عین حال مراجعه به آثار لغوی و غیر لغوی این حقیقت را بیشتر آشکار می‌سازد:

الف) بیشتر لغت شناسان عرب «صلح» را به «سلم» معنا نموده‌اند^۱ و در مقابل «صلح» را نیز به عنوان یکی از معانی «سلم» ذکر کرده‌اند.^۲ واژه سلم که به کسر سین و سکون لام، و فتح سین و سکون لام، و فتح سین و فتح لام قرائت شده است، در منابع لغوی ضد «حرب» قرار داده شده است.^۳ از این تصریح اهل لغت فهمیده می‌شود که در معنای «سلم» و به عبارت دیگر «صلح» ضدیت و تقابل با جنگ نهفته است.^۴ تقابلی که به روشنی در زبان فارسی میان جنگ و صلح برقرار است.

۱. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، ج ۱، ص ۴۷۳؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۸۴، زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس، ج ۶، ص ۵۴۸؛ ابن سیده، علی بن اسماعیل، المحکم والمحیط الاعظم، ج ۳، ص ۱۵۲؛ ابن سکیت، ترتیب اصلاح المنطق، ص ۲۲۶؛ ابوالقاء، ایوب بن موسی کفوی، الکلیات، ص ۵۶۰؛ بستانی، المنجد، ص ۴۳۲؛ جرّ، خلیل، لاروس، ص ۷۴۹؛ یوسف موسی، حسین و سعیدی، عبدالفتاح، الانصاح فی فقه اللغة، ج ۱، ص ۶۳۶؛ انیس، ابراهیم، المعجم الوسیط، ج ۱، ص ۵۲۰؛ مسعود، جبران، الرائد، ج ۲، ص ۹۲۸؛ رضا، احمد، معجم متن اللغة، ج ۳، ص ۴۷۹؛ بستانی، عبدالله، البستان، ص ۶۱۳؛ شرتونی، سعید، اقرب الموارد، ج ۱، ص ۶۵۶.

۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، ج ۵، ص ۱۹۵۱؛ ابن منظور، پیشین، ج ۲، ص ۴۲۸؛ ج ۶، ص ۱۲، ص ۲۹۲؛ زبیدی، پیشین، ج ۸، ص ۳۳۷؛ فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، ص ۳۴۶؛ ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۹۱؛ بستانی، المنجد، ص ۲۴۷؛ اصفهانی، راغب، مفردات الفاظ القرآن، ص ۲۴۶.

۳. خلیل ابن احمد، العین، ج ۳، ص ۲۱۳؛ ج ۷، ص ۲۶۶؛ جوهری، پیشین، ج ۱، ص ۱۰۸؛ ابن منظور، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۲ و ۳۰۷.

۴. در زیارات معصومین علیهم‌السلام همچون زیارت عاشورا و زیارت جامعه کبیره، نیز واژه سلم و حرب در تقابل با یکدیگر قرار دارند، «سلم لمن سالکم و حرب لمن حاربکم» مراجعه شود به: صدوق، محمد بن علی، من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۶۱۴؛ ابن قولویه، جعفر بن محمد، کامل الزیارات، ص ۳۲۹، ۳۳۰، ۵۰۴، ۵۲۳.

مفسران نیز بیشتر آیاتی را که واژه «سلم» در آنها بکار رفته است به صلح به معنای پایان دادن به جنگ و اختلاف معنا کرده‌اند.^۱ این دو قرینه می‌تواند معنای اراده شده از سلم را که مرادف صلح است برای ما روشن سازد.

ب) جمع فراوانی از اهل لغت تصریح نموده‌اند که صلح سازش و توافق بعد از خصومت و نزاع است. در منابع لغوی پیرامون معنای صلح چنین می‌خوانیم:

«الصلح یختصّ بازالة النفاق بین الناس»،^۲

«الصلح: انتهاء الخصومة و انتهاء حالة الحرب، و السلم»،^۳

«الصلح: السلم بعد الحرب و الخصومة»،^۴

«الصلح: التام شعب القوم المتصدّع و هو السلم»،^۵

طریحی نیز در توضیح حدیث نبوی ﷺ: «الصلح جایز بین المسلمین» می‌گوید:

«اراد بالصلح التراضی بین المتنازعين».^۶

ج) جمعی از فقهای عامّه در آغاز باب صلح در کتب فقهی خویش، قبل از شرح و توضیح معنای اصطلاحی عقد صلح، معنای لغوی آن را ذکر کرده‌اند و جملگی تصریح دارند که صلح در لغت به معنای «قطع منازعه»^۷ و یا «قطع نزاع»^۸ است.

یکی از محققان معاصر اهل سنت به نقل از بعضی از منابع لغوی، صلح را به «المسالمة بعد

۱. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان، ج ۴، ص ۴۸۸؛ طبرسی، فضل بن حسن، جوامع الجامع، ج ۲، ص ۳۴؛ فیض کاشانی، محسن، الاصفی، ج ۱، ص ۴۴۶، ج ۲، ص ۱۱۷۸؛ طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان، ج ۱۸، ص ۲۴۸؛ طبری، محمد بن جریر، جامع البیان، ج ۵، ص ۲۷۱؛ جصاص، احمد بن علی، احکام القرآن، ج ۲، ص ۲۷۸، ج ۳، ص ۵۲۲؛ قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، ج ۳، ص ۲۳، ج ۵، ص ۳۳۸، ج ۸، ص ۳۹؛ نحاس، ابوجعفر، معانی القرآن، ج ۱، ص ۱۵۳، ج ۳، ص ۱۶۷.

۲. اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ص ۴۸۹.

۳. انیس، پیشین، ج ۱، ص ۵۲۰.

۴. مسعود، پیشین، ج ۲، ص ۹۲۸.

۵. رضا، پیشین، ج ۳، ص ۴۷۹.

۶. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، ج ۳، ص ۳۸۸.

۷. بهوتی، پیشین، ج ۳، ص ۴۵۴؛ ربیع، پیشین، ج ۷، ص ۲؛ نووی شافعی، یحیی بن شرف، تحریرالتنبیه، ص ۲۲۵؛ سابق، پیشین، ج ۳، ص ۳۷۵.

۸. انصاری، فتح الوهاب، ج ۱، ص ۳۵۴؛ شربینی، الاقتاع، ج ۱، ص ۲۷۹؛ شربینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۱۷۷؛ زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۴۳۰.

المنازعة» معنا نموده است^۱ و فقیه حنفی ابو عبدالله بخاری در معنای لغوی صلح توسعه‌ای می‌دهد و آن را شامل دفع فساد محقق و فسادی که در پی خواهد آمد قرار داده است.^۲

د) لغت شناسان فارسی صلح را به «آشتی» معنا کرده‌اند^۳ و با تبعی که در این زمینه به عمل آمد هیچ فرهنگ‌نویسی یافت نشد که آشتی را به عنوان تنها معنا و یا یکی از معانی صلح ذکر نکرده باشد. بعضی از اهل لغت در کنار واژه آشتی، کلمه «سازش» را نیز افزوده‌اند.^۴ در میان فرهنگ‌های مراجعه شده تنها در فرهنگ نفیسی متعلق به ناظم الاطباء علاوه بر معنای آشتی و سازش از الفاظی همچون «موافقت، یگانگی، تسلی، اتفاق، عهد و پیمان و قرارداد» استفاده شده است.^۵

در فرهنگ نظام آمده است:

«صلح، آشتی کردن که دوستی بعد از دشمنی است.»^۶

در فرهنگ فارسی امروز صلح با دقت این گونه معنا شده است:

«صلح: ۱. حالتی که بر اثر پایان گرفتن یا نبودن جنگ و ناآرامی پدید آید، آرامش

۲. عمل یا فرایند پایان بخشیدن به جنگ یا اختلاف، آشتی ۳. (حق) دست

کشیدن مدعی یا صاحب حق از حق خود و واگذاشتن آن به دیگری در عوض

چیزی یا بدون آن.»^۷

۱. حماد، ص ۵: به نقل از مطرزی در المغرب، ج ۱، ص ۴۷۹ و مناوی در التوفیق علی مهمات التعریف، ص ۴۶۰ و سنفی در طلبية الطلبة، ص ۲۹۲.

۲. زاهد بخاری، محمد بن عبد الرحمن، محاسن الاسلام، ص ۸۶.

۳. دهار، قاضی خان بدر محمد، دستورالخوان، ج ۱ ص ۳۸۹؛ مؤلف (ناشناخته)، تاج الاسامی، ص ۳۰۱؛ ابن معروف، محمد بن عبد الخالق، کنز اللغات، ج ۲ ص ۸۳۶؛ نفیسی، حبیب بن ابراهیم، قانون ادب، ج ۱ ص ۴۲۱؛ پادشاد، محمد، فرهنگ آندراج، ج ۴ ص ۲۷۶۱؛ داعی الاسلام، سید محمد علی، فرهنگ نظام، ج ۲ ص ۶۱۰؛ دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، ج ۹ ص ۱۳۲۴۸ (به نقل از منتهی الارب و مذهب الاسماء). معین، محمد، فرهنگ معین، ج ۲، ص ۲۱۶۰؛ نفیسی، علی اکبر، فرهنگ نفیسی، ج ۳، ص ۲۱۶۱؛ بهشتی، محمد، فرهنگ صبا، ص ۶۸۴؛ صدری، غلامحسین، فرهنگ فارسی امروز، ص ۷۶۲؛ مشیری، مهشید، فرهنگ قیاسی زبان فارسی، ص ۶۷۴؛ شکری، گیتی، فرهنگ دبستانی، ج ۲، ص ۵۷۵؛ قریب، محمد، واژه‌نامه نوین، ص ۶۸۹؛ انصاف‌پور، غلامرضا، فرهنگ فارسی، ص ۶۶۹؛ فروتن، مجید، فرهنگ فارسی دانش، ج ۲، ص ۱۲۰۵؛ عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، ص ۸۲۷.

۴. دهخدا، همان؛ معین، همان؛ مشیری، همان؛ قریب، همان؛ انصاف، همان؛ فروتن، همان؛ عمید، همان.

۵. نفیسی، پیشین، ج ۳، ص ۲۱۶۱.

۶. داعی الاسلام، ج ۲، ص ۶۱۰.

۷. صدری، پیشین، ص ۷۶۲.

اگر چه واژه آشتی برای فارسی زبانان معنا و مفهومی روشن دارد و هیچ فارسی زبانی این واژه را مترادف مطلق توافق و تراضی نمی داند، در عین حال سزاوار است برای اتقان بحث بار دیگر به منابع ادب فارسی مراجعه شود. در فرهنگ دهخدا چنین آمده است:

«آشتی: دوستی از نو کردن، ترک جنگ، رنجشی را از کسی فراموش کردن، صلح، مصالحه، سلم، مسالمة، موادعه، هدنه، مهاده، سازش مقابل جنگ و پنداشتی و حرب.»^۱

دکتر معین در معنای آشتی چنین می نویسد:

«آشتی: ۱. رنجشی را فراموش کردن، پس از قهر از نو دوستی کردن ۲. صلح کردن پس از جنگ ۳. جمع میان دو عقیده یا دو رأی که صورت مخالف نمایند ۴. آرامش.»^۲

همچنین در لغت نامه های فارسی واژه سلم نیز به آشتی و یا صلح و آشتی معنا شده است.^۳

با این شواهد و دلایل روشن^۴ هیچ جای تردید باقی نمی ماند که در معنای حقیقی و اولی صلح، پیشینه خصومت و نزاع شرط می باشد و حتی در مواردی که زمینه و احتمال بروز اختلاف و نزاع وجود دارد استعمال این واژه مجازی خواهد بود. البته این مجاز به جهت وجود علاقه مجازی آشکار در زبان عربی و فارسی، شایع است. ولی استعمال این واژه و الفاظ مترادف آن همچون «سلم» و «آشتی» در مواردی که هیچ پیشینه و زمینه ای میان طرفین وجود ندارد تا براساس آن احتمال بروز اختلاف و نزاع وجود داشته باشد، غلط و یا استعمال مجازی بسیار بعیدی می باشد که نیازمند علاقه مجازیه است. پس استناد به لفظ صلح و مشتقات هم معنای این اسم مصدر مانند تصالح، مصالحه و اصطلاح، برای مشروعیت دادن به صلح ابتدایی و به عبارت صحیح تر معامله ابتدایی ضعیف و بدون شاهد قوی لغوی است و می توان گفت: اصطلاح «صلح ابتدایی» از نظر لغوی غلط رایج است و اطلاق «صلح» بر معامله ابتدایی جایز نیست.

۱. دهخدا، پیشین، ج ۱، ص ۱۰۴.

۲. معین، پیشین، ج ۱، ص ۵۹.

۳. ابن معروف، پیشین، ج ۲، ص ۷۶۶؛ بادشاد، پیشین، ج ۳، ص ۲۴۶۴؛ تفسیسی، پیشین، ج ۳، ص ۱۵۶۸؛ دهار، پیشین، ج ۱، ص ۳۴۴؛ دهخدا، پیشین، ج ۸، ص ۱۲۱۰۷ (به نقل از فرهنگ های برهان، جهانگیری، غیاث، منتهی الارب و مذهب الاسماء)؛ کردی نیشابوری، یعقوب، کتاب البلغة، ص ۳۷۶؛ عمید، پیشین، ص ۷۴۸.

۴. نگارنده در مقاله مستقل پیرامون صلح ابتدایی شواهد و دلایل لغوی دیگری نیز در این زمینه ذکر نموده است.

با تبیین معنای لغوی واژه صلح روشن می‌گردد که استدلال بعضی از فقها^۱ به اطلاق روایت نبوی ﷺ «الصلح جایز بین المسلمین»^۲ و نیز روایت امام صادق علیه السلام «الصلح جایز بین الناس»^۳، و بلکه هر آیه و روایتی که در آن واژه صلح یا مشتقات آن استعمال شده است، بر جواز صلح ابتدایی ضعیف و مخدوش می‌باشد. زیرا واژه صلح هیچ‌گونه عموم و اطلاقی نسبت به موارد بدون مخاصمه و نزاع ندارد و بر فرض شک، این گونه استدلال، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است، که واضح البطلان می‌باشد. از این رو برخی از فقیهان این استدلال را به همین دلیل مردود دانسته‌اند.^۴

۲. آیات و روایاتی که دلالت بر صلح دارند هیچ یک شامل صلح ابتدایی نمی‌گردند. زیرا:

الف) هر آیه و روایتی که در آن لفظ صلح و مشتقات آن به کار رفته است، به دلیل وضع لغوی این واژه تنها شامل مواردی است که پیشینه خصومت و یا احتمال آن وجود دارد. ب) صلح دارای معنای عامی است که شامل هرگونه فصل خصومتی می‌گردد، بدون آن که موضوع خاصی برای خصومت تعیین گردد. از این رو ممکن است طرفین صلح زن و شوهری باشند که در مسائل خانوادگی اختلاف دارند، یا مسلمانان و کفار باشند که بعد از جنگ و اختلاف اقدام به صلح نموده‌اند. فقیهان معمولاً از پنج قسم صلح یاد می‌کنند که عبارتند از: صلح میان مسلمانان و کفار، صلح میان اهل عدل و اهل بغی، صلح میان زوجین، صلح در باب جنایات و صلح در اموال و سپس تصریح می‌کنند که باب صلح که یکی از ابواب معاملات می‌باشد تنها متکفل بحث از قسم اخیر است و مباحث پیرامون اقسام دیگر

۱. اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۹، ص ۳۳۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۵۹.

۲. نوری، حسین، مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۴۴۳؛ ابن ماجه، محمد بن یزد، السنن، ج ۲، ص ۷۸۸؛ ابو داود، سلیمان بن اشعث، السنن، ج ۲، ص ۱۶۳.

۳. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۵، ص ۲۵۹، ج ۷، ص ۴۱۳؛ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۲؛ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۲۰۸، ۲۲۶؛ عاملی، حرّ، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۴۳، ج ۲۷، ص ۲۱۲.

۴. قمی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۱۲۱، ۱۵۲، ۲۱۳: «... فیه ان کما ورد لفظ الصلح فی الآیات و الاخبار ظاهرة فی صورة النزاع و الشقاق، لا الصلح الابتدایی، حتی قوله ﷺ: «الصلح جایز بین الناس»؛ خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ص ۳۹۲: «... قد یتأمل مثل النبوی ﷺ و ما فیہ لفظ الصلح من الاخبار علی العموم من جهة احتمال ان مفهوم الصلح ما کان مسبوقاً بالنزاع».

را در ابواب دیگر فقه همچون جهاد، طلاق، قصاص و دیات می‌توان یافت.^۱ بدین جهت بسیاری از آیات و روایاتی که از صلح سخن گفته است ارتباطی با عقد صلح که مربوط به معاملات مالی می‌باشد ندارد. محقق اردبیلی بعد از ذکر شش آیه از قرآن کریم که گاهی مورد استناد فقیهان برای مشروعیت عقد صلح می‌باشد، می‌گوید:

«بدان که در دلالت تمامی این آیات بر صلح شرعی که فقها در کتاب صلح آن را طرح می‌نمایند تأملی آشکار است.»^۲

ج) در جوامع روایی شیعه در ذیل باب صلح روایات چندی ذکر شده است.^۳ تمامی این روایات که کمتر واژه صلح و مشتقات آن در آنها به کار رفته است، حکایت از نزاع و اختلاف موجود و یا نزاع و اختلاف احتمالی که ناشی از تراحم حقوق طرفین می‌باشد، دارد. در نهایت به روایاتی برمی‌خوریم که اگر احتمال نزاع را در آن موارد نپذیریم، حداقل حقوق پیشینی برای طرفین در آن روایات وجود دارد، که وجود آن حقوق منجر به مصالحه گردیده است و در هیچ یک از اخبار به موردی برخورد نمی‌کنیم که طرفین عقد بدون هیچ نزاع و اختلاف محقق و احتمالی و بدون هیچ‌گونه حق سابق نسبت به یکدیگر، اقدام به عقدی کنند، که در روایت از آن تعبیر به صلح شده باشد.

مرحوم سیّد احمد خوانساری استدلال به روایات و آیاتی را که دارای واژه صلح می‌باشند، بر صلح ابتدایی، به دلیل عدم شمول واژه صلح بر موارد بدون اختلاف و نزاع، ناکافی می‌داند. و در مقابل برای مشروعیت صلح ابتدایی به روایاتی تمسک می‌کند که فاقد ماده صلح است، ولی تمامی آن روایات صراحت در حقوق پیشینی میان طرفین دارد که آن حقوق ممکن است منجر به نزاع و اختلاف گردد.^۴

۱. حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۴؛ کرکی، رسائل کرکی، ج ۱، ص ۱۹۰؛ بهایی، پیشین، ص ۲۲۶؛ ابن قدامة، پیشین، ج ۵، ص ۲؛ شربینی، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۱۷۶؛ بهوتی، پیشین، ج ۳، ص ۴۵۴؛ کحلانی، پیشین، ج ۳، ص ۵۸؛ زحیلی، فقه الاسلامی، ج ۶، ص ۴۳۳۲؛ حماد، پیشین، ص ۱۷؛ انصاری، فتح الوهاب، ج ۱، ص ۳۵۳؛ شروانی، پیشین، ج ۵، ص ۱۸۷؛ شربینی، الاقناع، ج ۱، ص ۲۷۹.

۲. اردبیلی، احمد، زبدة البیان فی احکام القرآن، ص ۴۶۱ و نیز مراجعه شود به: عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۴۵۴.

۳. کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۲۵۸؛ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۲؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۲۰۶؛ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۳۹؛ نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۴۴۱.

۴. خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ص ۳۹۲؛ نگارنده در رساله صلح ابتدایی به تفصیل به بررسی دلالت آیات و روایات باب صلح بر صلح ابتدایی پرداخته است.

البته برخی از روایات فاقد هرگونه حق پیشینی است، همچون صحیحہ عبد اللہ به سنان که از امام صادق علیه السلام پیرامون مردی پرسش نموده است که گوسفندان خویش را به مردی دیگر می‌دهد تا در مدت معینی از شیر آن استفاده کند و در مقابل مقداری درهم و روغن به او بدهد و امام علیه السلام آن را جایز شمرده‌اند.^۱ در این روایت که بسیاری از فقها آن را حمل بر صلح نموده‌اند،^۲ به هیچ وجه واژه صلح به کار نرفته است و هیچ دلیلی وجود ندارد که این روایت و مانند آن که عاری از هرگونه خصومت و حق پیشینی است داخل عقد صلح باشد، مگر این که این گروه از فقیهان امثال این روایات را توانسته‌اند تحت هیچ یک از عقود معین قرار دهند و به ناچار آنها را به عنوان عقد صلح پذیرفته‌اند. در حالی که حداقل می‌توان این گونه قراردادهای را، معاملاتی جدید پنداشت که ادله عمومی صحت عقود شامل آن می‌گردد. چنانچه برخی دیگر از فقیهان همین رویه را در قبال این روایت پذیرفته‌اند.^۳

بنابراین هیچ دلیلی از کتاب و سنت وجود ندارد که صلح ابتدایی را بتوان بر اساس آن صحیح و نافذ شمرد.

۳. چنانکه در بحث پیشینه خصومت و اختلاف در عقد صلح گذشت، برخی از فقیهان قول عدم اشتراط سبق خصومت در عقد صلح و به عبارت دیگر مشروعیت صلح ابتدایی را اجماعی می‌دانند. اما همان‌طور که در همان مبحث بیان کردیم، این مسئله در آثار فقیهان قبل از علامه حلی مطرح نبوده و به چشم نمی‌خورد. بلکه در تعاریفی که آنان از عقد صلح ارائه کرده‌اند وجود اختلاف و نزاع از ارکان این عقد شمرده شده است و فقهای بعد از علامه در مواجهه با تعارض این تعاریف و پذیرش صلح ابتدایی دست به توجیهات خلاف ظاهر زده‌اند. پس اجماع منقولی که معقد آن سابقه‌ای در نزد قداما ندارد، بلکه خلاف اجماع از بیانات و تعاریف آنان دیده می‌شود و حتی در میان متأخران و معاصران مخالفان معدودی دارد، به هیچ وجه نمی‌تواند دلیلی معتبر تلقی گردد.

۴. شارع مقدس علاوه بر قوانین و مقررات عامی که برای عقود و معاملات وضع نموده،

۱. کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۲۲۳؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۱۲۷؛ طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الآثار، ج ۳، ص ۱۰۳؛ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۵۱؛ هیچ یک از منابع مذکور این روایت را در باب صلح جای نداده‌اند.

۲. شهید اول، الدرر، ج ۳، ص ۱۹۷؛ قمی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۱۲۳؛ بجنوردی، پیشین، ج ۵، ص ۲۸۲؛ مراجع معاصر، توضیح المسائل مراجع، ج ۲، ص ۲۷۴.

۳. حلی، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۲۴۹؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۱۱۰؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۰، ص ۶۲.

نسبت به هر یک از اقسام و انواع قراردادهای معین مالی نیز شرایط و مقرراتی را قرار داده است. دست یافتن به نتایج و ثمرات معاملات تنها در گرو رعایت قوانین و قواعد عمومی و اختصاصی عقود می باشد. بی تردید وضع و تشریع این دو نوع از قوانین به جهت دست یافتن به مصالح و برهیز از مفاسدی است که ملاکات و علل تشریع این احکام می باشند. به عنوان نمونه هنگامی که شارع و قانونگذار در بیع مشاع یکی از شریکان، قانون حق شفعه را برای شریک دیگر وضع می نماید، در صدد حفظ و رعایت حقوق واقعی شرکاء نسبت به یکدیگر است. در حالی که با پذیرش صلح ابتدایی تمامی احکام و مقررات اختصاصی عقود برهم می ریزد و طرفین عقد به راحتی می توانند با تغییر عنوان و قالب عقد خویش و تبدیل آن به عقد صلح، به همان نتایج و ثمرات عقود دست یابند، بدون آن که هیچ یک از قوانین اختصاصی آنها را رعایت نمایند.

به نظر می رسد توجیه عقلانی این گونه قانون گذاری کاری دشوار و بلکه ناممکن چست. به راستی اگر حق شفعه در ورای این قوانین اعتباری دارای مصلحت واقعی می باشد - که به عقیده فقیهان شیعه تمامی احکام شریعت تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند - و شارع به جهت رعایت مصلحت واقعی شرکاء چنین حقی را وضع نموده است، در این صورت آیا حکیمانه خواهد بود که شارع با تغییر عنوان و صیغه عقد و بدون آن که هیچ تغییری در محتوا و نتیجه و هدف متعاقدين حاصل شود، رعایت این حق را که کتاب مستقلی برای خود در فقه دارد، لازم ندانسته باشد؟!

اگر چه بسیاری از مصالح و مفاسد واقعی احکام و ملاکات و علل قوانین الهی بر ما مخفی است، ولی توجه به این نکته بسیار مهم است که قوانین و مقررات الهی در بخش معاملات تفاوت چشمگیری با احکام عبادی دارد. عمده مقررات بخش معاملات شریعت بر اساس اصول عقلایی و سازگار با اندیشه سلیم بشری است، و با اندک تأملی در بسیاری از این احکام این حقیقت را به خوبی می توان دریافت. آری اگر ادله محکم و قوی شرعی بر اثبات قوانین و مقرراتی عقل گریز، حتی در بخش معاملات وجود داشته باشد، چاره ای جز پذیرش آنها نیست. ولی صلح ابتدایی - چنانکه گذشت - عاری از ادله نقلی معتبر می باشد و مسئله ای است که از زمان علامه حلی مطرح شده است و به هیچ وجه نمی توان آن را از مسلمات فقه شیعه پنداشت.

به تعبیر برخی از معاصران، صلح ابتدایی وسیله ای برای انواع تقلب ها و حيله های قانونی و

موجب برهم ریختن نظم قوانین و بی‌فایده شدن بسیاری از مقررات می‌باشد^۱ و به همین جهت است که گویا این قسم از صلح در حقوق هیچ یک از ملل جهان پذیرفته نشده است. نکته جالب توجه این است که برخی دیگر از معاصران، مشروعیت صلح ابتدایی در فقه شیعه را از مفاخر آن فقه و راهکاری سودمند در فقه امامیه برای رعایت اصل آزادی قرارداده‌ها و وسیله‌ای سودمند در مواجهه با قراردادهای نوین دنیای معاصر می‌دانند.^۲ در حالی که برای یافتن جایگاه قانونی برای عقود نامعین و نوپیدا، راهکار مناسب‌تری وجود دارد و آن شکستن حصر عقود معین و توقیفیت آن است که چندان از ادله قوی برخوردار نیست؛ نه این که با پذیرش صلح ابتدایی به جهت دست یافتن به جایگاه قانونی برای عقود نامعین، اسباب هرج و مرج در عقود معین را فراهم سازیم.

پس صلح ابتدایی نه تنها فاقد ادله معتبر شرعی می‌باشد، بلکه از هیچ‌گونه توجیه عقلانی متقنی برای یافتن جایگاهی مناسب در یک نظام حقوقی برخوردار نیست. در حالی که اصالت و استقلال عقد صلح و عدم پیروی آن از احکام و شرایط اختصاصی عقود معین هنگامی که این عقد دارای پیشینه نزاع و یا احتمال آن است، بسیار قابل توجیه و معقول می‌باشد. زیرا شارع و قانونگذار به جهت رفع اختلاف، و یا احتمال آن و اهمیت فراوانی که به فصل خصومات و رفع نزاعات می‌دهد، این گشایش و توسعه را برای طرفین عقد صلح قرار داده است که برای برداشتن نزاع و اختلاف، مقررات اختصاصی عقود معین را رعایت نمایند و هنگامی که این اختلاف و نزاع وجود ندارد و حتی احتمال آن نیز نمی‌رود هیچ دلیل معقولی وجود ندارد که اجازه دهد مقرراتی را که خود قانونگذار برای هر یک از عقود لازم شمرده است، پایمال گردد.

نتیجه سخن آن که چون صلح ابتدایی دارای ادله معتبر شرعی نیست، نمی‌توان قرارداد بیع زمانی را در قالب این عقد، توجیه فقهی و حقوقی کرد.

۱. کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکت‌ها و صلح)، ص ۳۰۴.

۲. جعفری لنگرودی، حقوق مدنی (رهن و صلح)، ص ۱۴۴.

فصل دوم

بیع زمانی در عقود غیر معین

از مباحث گذشته روشن شد که دلیلی بر بطلان مالکیت موقت در شریعت وجود ندارد و قرارداد بیع زمانی نیز که مصداقی برای مالکیت موقت است ثبوتاً امکان تحقق دارد، اما اثباتاً می‌بایست در ضمن یکی از عقود معین، و یا به عنوان عقدی مستقل واقع شود. در مبحث پیشین تحقق این قرارداد را در قالب عقد بیع و یا صلح ابتدایی که نزدیک‌ترین عقود به ثمره و فایده این قرارداد است، مردود دانستیم و در این مبحث تحقق مالکیت موقت و یا به طور خاص قرارداد بیع زمانی را به عنوان عقدی جدید و مستقل به اشاره و اجمال بررسی می‌کنیم.

از دیرباز این مسئله میان فقیهان مطرح بوده است که آیا عناوین عقود و معاملات توقیفی است، یعنی منحصر در عقود شناخته شده از لسان شرع می‌باشد و یا عموماً و اطلاقات اعتبار عقود همچون آیه کریمه «**اَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»^۱ شامل هر عقد عرفی و عقلایی می‌گردد، حتی اگر آن عقد در زمان صدور و ابلاغ شریعت سابقه‌ای نداشته باشد؟ به عنوان نمونه در کتب فقهی از عقد مغارسه یاد می‌شود. در این عقد که هیچ‌گونه ذکر از آن در قرآن و سنت به میان نیامده است، فردی زمین خود را به دیگری واگذار می‌کند تا او در آن زمین درختکاری نماید و سپس مالکیت زمین و درختان و یا تنها درختان میان آن دو به نسبتی

خاص تقسیم گردد. غالب فقیهان گذشته این عقد را به دلیل توقیفی دانستن اسباب نقل و انتقال مالکیت، باطل می‌دانستند.^۱ اما تردیدهایی از زمان محقق اردبیلی شکل می‌گیرد، او و محقق سبزواری امکان تمسک به عموماً ادله صحت عقود را برای مشروعیت دادن به این عقد جدید مطرح می‌سازند.^۲ فقهای همچون سید یزدی و آیت‌الله حکیم نیز همین راه را می‌پیمایند و تمسک به عموماً ادله عقود را برای صحت قراردادهای جدیدی همچون مغارسه ممکن می‌شمارند.^۳

شیخ انصاری نیز اباحه معوضه را که نتیجه هیچ یک از عقود معین نمی‌باشد، به عنوان عقدی مستقل و جدید می‌پذیرد و برای مشروعیت دادن به آن به عموماً ادله استناد می‌نماید.^۴ برخی از فقهای معاصر نیز عقد بیمه را بر اساس همین مبنا به عنوان عقدی مستقل، مشروع می‌دانند، که از جمله آنان امام خمینی می‌باشد، که به صراحت می‌گوید:

«و دعوی توقیفیة اسباب المعاملات لانها اسباب شرعية فی غاية السقوط».^۵

آیت‌الله محمد یزدی در پاسخ به سؤالی پیرامون بیع زمانی بر اساس همین مبنا این‌گونه پاسخ داده است:

«قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^۶

همان‌طور که استاد اعظم آیت‌الله العظمی‌الخمینی ره فرموده‌اند: ظاهر آیه شریفه تقابل حق و باطل است و تجارت به عنوان مصداق حق ذکر شده. و ملاک حق و باطل در معاملات عرف و عقلاء است، مگر آن که شارع به طور خاص آن را باطل یا حرام اعلام کرده باشد، مثل ربا که فرموده: ﴿أَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا﴾^۷. و

۱. حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۰۱؛ حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۲۳؛ حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۲۳۳، ۳۴۳؛ حلی، ارشاد الاذنان، ج ۱، ص ۴۳۰؛ حلی، تحریر الاحکام، ج ۳، ص ۱۵۴؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۷، ص ۳۹۲؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۳۲۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۷۱؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۱، ص ۳۹۲.

۲. اردبیلی، مجمع الفائدة، ج ۱، ص ۱۴۳؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۲۳.

۳. یزدی، العروة الوثقی، ج ۵، ص ۳۸۷؛ حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۳۱ و نیز مراجعه شود به: روحانی، فقه الصادق، ج ۱۹، ص ۲۱۱.

۴. انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۹۰.

۵. امام خمینی رحمته الله، البیع، ج ۱، ص ۲۱۸.

۶. نساء: ۲۹.

۷. بقره: ۲۷۵.

معاملات معمولاً از نظر شرع امضایی است نه تأسیسی و تعبدی. و حق در برابر باطل در معاملات اختصاص به معاملات متداول و جاری ندارد، که اگر معامله جدیدی حسب شرایط زمان بوجود بیاید، که حتی هیچ یک از عناوین فعلی معاملات بر آن صدق نکند و عقلاً آن را حق می‌دانند، و شارع به طور خاص یا عام آن را رد نکرده باشد، صحیح و معتبر و ممضی خواهد بود، مثل بیمه در اشکال گوناگون آن. با توجه به این مقدمه، بیع زمانی که در فرض سؤال آمده یک معامله صحیح و عقلایی است که خریدار نسبت به ملک در آن فصل مالک است و هر نوع انتفاع مالکانه می‌تواند ببرد، از استفاده شخصی یا فروش یا اجاره به غیر و... چه آن که صدق بیع و مبادله به مال بر آن باشد یا نه...»^۱

بیشتر مراجع معاصر نیز در پاسخ به استفتای سال ۱۳۸۲، انعقاد این قرارداد را در قالب عقدی مستقل و جدید مشروع و جایز شمرده‌اند. حضرات آیات فاضل لنکرانی، سیستانی، نوری همدانی و موسوی اردبیلی، چنین نظری دارند و تنها حضرات آیات تبریزی و صافی گلپایگانی به طور صریح با آن مخالفت کرده‌اند.

سخن پیرامون توقیفی بودن اسباب معاملات و عدم آن، نیازمند تحقیقی گسترده و همه جانبه می‌باشد که مجالی واسع و رساله‌ای مستقل طلب می‌نماید. در پایان به همین مقدار بسنده می‌کنیم که با پذیرش نظریه مستدل و راهگشای عدم توقیفیت معاملات، که ماده ۱۰ قانون مدنی نیز بر اساس آن شکل گرفته است،^۲ می‌توان این قرارداد نوین را به عنوان عقدی مستقل پذیرفت، و از مزایای آن در جامعه بهره‌مند شد.

نتیجه‌گیری

قرارداد بیع زمانی که به گونه‌ای سبب نقل و انتقال موقت مالکیت اعیان می‌گردد، به جهت نتیجه‌ای که به بار می‌آورد از مصادیق مالکیت موقت می‌باشد و توقیت و زمان‌مند نمودن حق مالکیت اگرچه براساس تحلیل رایج حق مالکیت در دانش حقوق امری پذیرفتنی نیست، ولی با تعاریف و مبانی ارائه شده در فقه تعارضی ندارد، بلکه شواهد و نمونه‌های

۱. اصل سؤال و پاسخ در دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی در دسترس است.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱، ص ۹۵.

قابل توجهی از آن را در فقه می‌توان یافت. از این رو می‌توان گفت که نتیجه این عقد منافاتی با مبانی فقهی ندارد و دلایلی را هم که بعضی بر نفی آن اقامه نموده‌اند قابل نقادی است. اما پذیرش این قرارداد نوین در قالب یکی از عقود معین و رایج همچون بیع و صلح - به نظر نگارنده - دشوار، و بلکه ناممکن است، و راه معقولی برای ورود این قرارداد در نظام حقوقی شیعه جز دست برداشتن از حصر عقود معین و ایجاد زمینه برای تأسیس قراردادهای نوپیدا نمی‌توان یافت. هر چند بنابر نظر مشهور فقهای شیعه و از جمله مراجع تقلید معاصر، تحقق این قرارداد در قالب عقد صلح بلامانع است. از این رو راهکار عملی و زود هنگام برای قانون‌مند نمودن ثبت این قرارداد در دفاتر اسناد رسمی، انعقاد آن تحت صلح‌نامه می‌باشد که با رأی مشهور فقهای معاصر و - به نظر برخی با - قانون مدنی سازگار است.

خاتمه: برخی مقررات قرارداد بیع زمانی

قوانین و احکام جانبی بیع زمانی تحت تأثیر دو مؤلفه مهم در این قرارداد شکل می‌گیرند، مؤلفه اول مفهوم مالکیت است که اقتضائات مربوط به خود را در پی دارد و مؤلفه دوم تراحم حقوق سایر مالکان می‌باشد، که موجب برخی محدودیت‌ها برای هر یک از مالکان می‌گردد. در پایان این نوشتار نگاهی کوتاه و اجمالی به برخی از این مقررات خواهیم داشت:

۱. مالک هر برهه زمانی در قرارداد بیع زمانی به اقتضای حق مالکیت خویش دارای حق تصرف، حق استثمار و حق استعمال است. او می‌تواند به واسطه حق تصرف، هرگونه تصرف مادی در ملک خود بنماید، البته با این قید که مزاحم حقوق سایر مالکان نباشد. از این رو مالک هر دوره زمانی نمی‌تواند سبب اتلاف ملک گردد و یا آن را به گونه‌ای تغییر دهد که مورد خواست سایر مالکان نیست. تصرفات اعتباری نیز برای مالک روا می‌باشد، نقل و انتقال مالکیت موقت هر یک از مالکان به فردی دیگر در اشکال مختلف عقود و قراردادهای همچون وصیت، وقف و هبه در صورتی که آن عقود ظرفیت پذیرش مفهوم مالکیت موقت را داشته باشند، بلامانع است و وجود حق شفعه برای مالکان دیگر به دلیل اختصاص این حق به عقد بیع و مالکیت مشاع، منتفی می‌باشد.

۲. قراردادهایی که متضمن نقل و انتقال مالکیت عین نیستند، مانند رهن، ودیعه، عاریه و اجاره می‌توانند متعلقی چون عین مملوک در بیع زمانی داشته باشند و هر یک از مالکان می‌تواند ملک مورد نظر را در دوره زمانی مربوط به خود موضوع یکی از این عقود قرار دهد.

۳. مالک در قرارداد بیع زمانی به دلیل استحقاق حق استثمار می‌تواند منافع و ثمرات مال خویش را در محدوده زمانی خاص خود به دیگری واگذار نماید، و حق انتفاع از ملک را در اختیار دیگری قرار دهد.

۴. مالکیت موقت در قرارداد بیع زمانی همچنان‌که موضوع نقل و انتقالات اختیاری قرار می‌گیرد، به واسطه اسباب نقل قهری همچون ارث نیز منتقل می‌شود. و در نهایت غصب و یا اتلاف ملک در بیع زمانی سبب ضمان غاصب و تالف نسبت به همه مالکان می‌گردد، مگر این‌که در غصب، ملک به مالکان بازگردانده شود که در این صورت غاصب تنها ضامن منافع از دست رفته مدت زمانی می‌باشد که ملک در اختیارش بوده است، و این ضمان تنها در قبال مالک و یا مالکان همان برهه زمانی است.

۵. تلف ملک نیز در دست هر مالکی اگر بدون تعدی و تفریط او باشد موجب ضمان وی نسبت به سایر مالکان نخواهد بود، زیرا سیطره و سلطنت هر مالکی بر ملک در زمان مربوط به خود، نسبت به حق سایر مالکان، همچون سلطه‌ای امانی است که تنها در صورت تعدی و تفریط سبب ضمان می‌گردد.

کتابنامه

قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیة المکاسب، وزارت ارشاد، ۱۴۰۶، چاپ اول.
۲. آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، مکتبه الصادق علیه السلام، تهران، ۱۴۰۳، چاپ چهارم.
۳. آملی، محمد تقی، المکاسب و البیع (تقریرات درس آیت الله میرزا محمد حسین نائینی)، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۳.
۴. ابن براج، عبدالعزیز، جواهر الفقه، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۱، چاپ اول.
۵. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة، کتابخانه آیت الله مرعشی، قم ۱۴۰۸، چاپ اول.
۶. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۱۷، چاپ اول.
۷. ابن سکیّت، ترتیب اصلاح المنطق، مؤسسه انتشارات آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۴۱۲، چاپ اول.
۸. ابن سیده، علی بن اسماعیل، المحکم و المحيط الاعظم، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۱، چاپ اول.
۹. ابن عابدین، محمد امین، حاشیة ردّ المحتار، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۵.
۱۰. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی، تهران، ۱۴۰۴.
۱۱. ابن قدامة، عبدالله بن احمد، المغنی، دارالکتب العربی، بیروت.

۱۲. ابن قولویه، جعفر بن محمد، کامل الزیارات، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷، چاپ اول.
۱۳. ابن ماجه، محمد بن یزید، السنن، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۰، چاپ اول.
۱۴. ابن معروف، محمد بن عبد الخالق، کنز اللغات، انتشارات مرتضی، تهران.
۱۵. ابن منظور، لسان العرب، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۶، چاپ اول.
۱۶. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دارالکتب العلمیه.
۱۷. ابو البقاء، ایوب بن موسی کفوی، کلیات، مؤسسه الرساله، بیروت، ۱۴۱۳، چاپ دوم.
۱۸. ابوالسعود، رمضان، الوجیز فی الحقوق العینیة الاصلیة، دار المطبوعات الجامعیة، اسکندریه، ۱۹۷۷.
۱۹. ابوداود، سلیمان بن اشعث، السنن، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۰، چاپ اول.
۲۰. ابوغده عبدالستار وشحاته، حسین، احکام الفقیهه و الاسس المحاسبه للموقف، کویت، ۱۹۹۸، چاپ اول.
۲۱. اتاسی، محمد طاهر، شرح المجله، مطبعة حمص، ۱۹۳۴.
۲۲. احمدزاده بزاز، سید عبدالمطلب، مالکیت موقت (زمانی)، نامه مفید ۲۴، پاییز ۱۳۷۹.
۲۳. اداره مطبوعات و اطلاعات مجلس شورای ملی، مجموعه قوانین موضوعه و مسائل مصوبه دوره نهم تقنینیه (۲۴ فروردین ۱۳۱۲ - ۲۴ فروردین ۱۳۱۴)، اداره مطبوعات و اطلاعات مجلس شورای ملی، بهمن ۱۳۲۹، چاپ سوم.
۲۴. اداره‌ی کل قوانین و مقررات کشور، قانون مدنی، ریاست جمهوری، تهران، ۱۳۷۴.
۲۵. اردبیلی، احمد، زیده البیان فی احکام القرآن، مکتبه مرتضویه، تهران.
۲۶. اصفهانی، راغب، مفردات الفاظ القرآن، دار القلم، دمشق، ۱۴۱۲، چاپ اول.
۲۷. اصفهانی، محمد حسین، الاجاره، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۹، چاپ دوم.
۲۸. _____، حاشیه المکاسب، دارالذخائر، قم.
۲۹. _____، حاشیه المکاسب، نشر عباس محمد آل سباع، قم، ۱۴۱۹.
۳۰. _____، نه‌ایة الدراية فی شرح الکفاية، مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۰۸، چاپ اول.

۳۱. الحسنی، هاشم، الوصایة والاقواف، دارالقلم، بیروت، ۱۹۸۰، چاپ اول.
۳۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ هیجدهم.
۳۳. امامی، مسعود، صلح ابتدایی، فقه اهل البیت (علیهم السلام)، شماره ۳۴، قم، تابستان ۱۳۸۲.
۳۴. انصاری، زکریابن محمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطالب، دارالکتب العلمیة، بیروت.
۳۵. انصاری، محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵.
۳۶. انصاری، مرتضی، الزکاة، کنگره شیخ انصاری، قم، ۱۴۱۵، چاپ اول.
۳۷. _____، المکاسب، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ۱۳۷۸.
۳۸. _____، حاشیة على القوانين، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵، چاپ اول.
۳۹. _____، فرائد الاصول، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ۱۴۱۹، چاپ اول.
۴۰. انصاف پور، غلامرضا، فرهنگ فارسی، انتشارات زوار، تهران، ۱۳۷۷، چاپ سوم.
۴۱. انیس، ابراهیم، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استانبول.
۴۲. بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهية، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹، چاپ اول.
۴۳. بحرانی، یوسف، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، مؤسسه نشر اسلامی مهدوی، اصفهان.
۴۴. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۰.
۴۵. بستان، عبدالله، البستان، مكتبة لبنان، بیروت، ۱۹۹۲ میلادی، چاپ دوم.
۴۶. بستانی، المنجد، دارالمشرق، بیروت، ۱۹۹۲ میلادی، چاپ سی و سوم.
۴۷. بهایی، محمد بن حسین، جامع عباسی، مدرسه صدر مهدوی، اصفهان.
۴۸. بهبهانی، سید علی، الفوائد العلیة، مكتبة دار العلم، اهواز، ۱۴۰۵، چاپ دوم.
۴۹. بهبهانی، وحید، حاشیة مجمع الفائده، مؤسسه علامه وحید بهبهانی، قم.
۵۰. بهجت، محمد تقی، توضیح المسائل (عربی)، شفق، قم.
۵۱. بهشتی، محمد، فرهنگ صبا، انتشارات صبا، ۱۳۷۲، تهران.
۵۲. بهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع، دارالکتب العلمیة، بیروت.
۵۳. پادشاد، محمد، فرهنگ آندراج، انتشارات کتابخانه، خیام، تهران.

۵۴. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۹، چاپ دوم.
۵۵. تفلیسی، جیش بن ابراهیم، قانون ادب، انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، تهران، ۱۳۵۰.
۵۶. توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهة (تقریرات درس آیت الله سید ابوالقاسم خویی)، مطبعة سید الشهداء، قم.
۵۷. جرّ خلیل، لاروس، مکتبه لاروس، پاریس.
۵۸. جزائری مروّج، سید جعفر، منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة، ناشر مؤلف، قم، ۱۴۱۰، چاپ اول.
۵۹. جصاص، احمد بن علی، احکام القرآن، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۵، چاپ اول.
۶۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.
۶۱. _____، حقوق مدنی (رهن صلح)، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰، چاپ دوم.
۶۲. _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸، چاپ اول.
۶۳. _____، مجموعه محشّی قانون مدنی، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹، چاپ اول.
۶۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، دارالعلم للملایین، بیروت، ۱۴۰۷، چاپ چهارم.
۶۵. حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶، چاپ اول.
۶۶. حصکفی حنفی، علاء الدین، الدر المختار، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۵.
۶۷. خطاب رعینی، محمد بن محمد، مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۶، چاپ اول.
۶۸. حکیم، سید عبدالصاحب، المرتضی الی الفقه الارقی (تقریرات درس آیت الله سید محمد حسینی روحانی)، دارالجلی، تهران، ۱۳۷۸.
۶۹. _____، منتقى الاصول (تقریرات درس آیت الله سید محمد روحانی)، الهادی، قم، ۱۴۱۶، چاپ دوم.
۷۰. _____، حقائق الاصول، مکتبه بصیرتی، قم، ۱۴۰۸، چاپ پنجم.

۷۱. _____، مستمسک العروة الوثقی، داراحیاء التراث العربی، بیروت.
۷۲. _____، نهج الفقاهة، انتشارات ۲۲ بهمن، قم.
۷۳. حکیم، سید محمد سعید، المحکم فی اصول الفقه، مؤسسه المنار، ۱۴۱۴، چاپ اول.
۷۴. حکیم، عبدالهادی، حواریات فقهیة (مطابق فتاوی آیت الله سید محمد سعید حکیم)، مؤسسه المنار، ۱۴۱۶، چاپ اول.
۷۵. حلبی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، مکتبه امیرالمؤمنین علیه السلام، اصفهان، ۱۴۰۳.
۷۶. حلبی، ابن ادريس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۱، چاپ دوم.
۷۷. حلبی، احمد بن محمد بن فهد، المهدب البارع، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۱.
۷۸. حلبی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامية، مؤسسه البعثة، تهران، ۱۴۱۰، چاپ سوم.
۷۹. _____، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۳، چاپ دوم.
۸۰. حلبی، حسن بن یوسف، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۰، چاپ اول.
۸۱. _____، تبصرة المتعلّمين فی احکام الدین، انتشارات فقیه، تهران، ۱۳۶۸.
۸۲. _____، تحریر الاحکام، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۲۰، چاپ اول.
۸۳. _____، تذکرة الفقهاء، منشورات المکتبة المرتضوية.
۸۴. _____، قواعد الاحکام، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۳، چاپ اول.
۸۵. _____، نهاية الاحکام، اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰، چاپ دوم.
۸۶. حماد، نزیه، عقد الصلح، دارالعلم، دمشق، ۱۴۱۶.
۸۷. حمیدی، انوار، دوره کامل قانون مدنی، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۰.
۸۸. حیدر، علی، درر الاحکام شرح مجلة الاحکام، تعریب فهمی حسینی، دار الجیل، بیروت، ۱۹۹۱، چاپ دوم.
۸۹. خازم، علی، مدخل الی علم الفقه، دارالغربة، بیروت، ۱۴۱۳، چاپ اول.

۹۰. خلیل بن احمد، العین، دارالهجرة، قم، ۱۴۰۵، چاپ اول.
۹۱. خفیف، علی، الملكية فی الشریعة الاسلامیة مع المقارنة بالشرایع الوضعیة، دارالفکر العربی، ۱۴۱۸.
۹۲. امام خمینی رحمته الله، البیع، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم.
۹۳. _____، تحریرالوسیلة، دارالکتب العلمیة، قم.
۹۴. _____، توضیح المسائل، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ نهم.
۹۵. خمینی، سید مصطفی، مستند تحریرالوسیلة، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۹۶. _____، البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۹۷. خوانساری، موسی، منیة الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات درس آیت الله میرزا محمد حسین نائینی)، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۹۸. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، مکتبة الصدوق، تهران، ۱۳۵۵، چاپ دوم.
۹۹. خوانساری، محمد، منطق صوری، انتشارات آگاه، تهران، ۱۳۵۹، چاپ سوم.
۱۰۰. خوبی، سید ابوالقاسم، اجود التقريرات (تقریرات درس اصول آیت الله میرزا محمد حسین نائینی)، مؤسسه مطبوعات دینی، قم، ۱۴۱۰، چاپ دوم.
۱۰۱. _____، منهاج الصالحین، مدینة العلم، قم، ۱۴۱۰، چاپ بیست و هشتم.
۱۰۲. داعی الاسلام، سید محمد علی، فرهنگ نظام، شرکت دانش، تهران، ۱۳۶۳، چاپ دوم.
۱۰۳. دردیر، سیدی احمد، الشرح الكبير، دار احیاء الکتب العربیة، بیروت.
۱۰۴. دسوقی، محمد، حاشیة الدسوقی، دار احیاء الکتب العربیة، بیروت.
۱۰۵. دهار، قاضی خان بدر محمد، دستور الاخوان، انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، تهران، ۱۳۴۹.
۱۰۶. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۳، چاپ اول از دوره جدید.
۱۰۷. رافعی شافعی، عبدالکریم بن محمد، فتح العزیز، دارالفکر، بیروت.
۱۰۸. راوندی، قطب الدین، فقه القرآن، کتابخانه آیت الله مرعشی، قم، ۱۴۰۵، چاپ دوم.

۱۰۹. رضا، احمد، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، بيروت، ۱۳۷۸.
۱۱۰. روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثة، مؤسسه دارالکتاب، قم، ۱۴۱۴، چاپ چهارم.
۱۱۱. _____، فقه الصادق، مؤسسه دارالکتاب، قم، ۱۴۱۴، چاپ سوم.
۱۱۲. روحانی، سید محمد، منهاج الصالحین، مكتبة الالفین، کویت، ۱۴۱۴، چاپ دوم.
۱۱۳. زاهد بخاری، محمد بن عبدالرحمن، محاسن الاسلام، دارالکتب العلمیة، بیروت.
۱۱۴. زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس، دارالهدایة.
۱۱۵. زحیلی، وهبة، الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي، دارالفکر المعاصر، بیروت، ۱۴۱۹، چاپ دوم.
۱۱۶. زرقاء، مصطفى احمد، احكام الاوقاف، دارالفکر العربی، قاهره.
۱۱۷. زنوح، حسن علی، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابط، بغداد، ۱۹۵۴.
۱۱۸. زین الدین، محمد امین، کلمة التقوی، ۱۴۱۳، چاپ سوم.
۱۱۹. سابق، سید، فقه السنة، دار الکتاب العربی، بیروت.
۱۲۰. سبزواری، محمد باقر، کفایة الاحکام، مدرسه صدر مهدوی، اصفهان.
۱۲۱. سمرقندی، علاء الدین محمد، تحفة الفقهاء، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۴، چاپ دوم.
۱۲۲. سنهوری، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، قاهره.
۱۲۳. _____، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۱۲۴. سید بکری، ابوبکر، اعانة الطالبین، دارالفکر، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۱۲۵. سیستانی، سید علی، رحمۃ اللہ علیہ منهاج الصالحین، مكتبة آیت الله سیستانی، قم، ۱۴۱۶، چاپ اول.
۱۲۶. شافعی، محمد بن ادريس، الأم، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۳، چاپ دوم.
۱۲۷. شربینی، محمد بن احمد، الاقتاع في حل الفاظ ابی شجاع، دار المعرفة.
۱۲۸. _____، مغنی المحتاج الى معرفة معانی الفاظ المنهاج، شركة مصطفى البابی الحلبي.

۱۲۹. شرتونی، سعید، اقرب الموارد، مكتبة لبنان، بیروت، ۱۹۹۲، چاپ دوم.
۱۳۰. شریعتی، سعید، بیع زمانی، فقه اهل بیت علیهم‌السلام، سال هفتم، شماره ۲۴.
۱۳۱. شکری، گیتی، فرهنگ دبستانی، پژوهشگاه علوم انسانی، تهران، ۱۳۷۴، چاپ اول.
۱۳۲. شوکانی، محمد بن علی، نیل الاوطار، دارالجلیل، بیروت، ۱۹۷۳.
۱۳۳. شهید اول، محمد مکی عاملی، الدروس الشرعية فی فقه الامامية، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴، چاپ اول.
۱۳۴. شهید ثانی، زین الدین، الروضة البهیة (شرح لمعه)، انتشارات داورى، قم، ۱۴۱۰.
۱۳۵. _____، مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۴، چاپ اول.
۱۳۶. شهیدی تبریزی، فتاح، هداية الطالب الى اسرار المكاسب، کتابخانه آیت الله مرعشی، قم، ۱۴۰۷.
۱۳۷. شیخ الشریعه اصفهانی، فتح الله، نخبة الازهار فی احکام الخيار، المطبعة العلمیه، قم.
۱۳۸. شیرازی، سید محمد، الفقه، بیروت، دارالعلوم.
۱۳۹. شیرازی، صدرالدین محمد، الحکمة المتعالیه فی الاسفار العقلیه الاربعه، منشورات مصطفوی، قم.
۱۴۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، توضیح المسائل، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۴.
۱۴۱. _____، هداية العباد، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۶، چاپ اول.
۱۴۲. صدر، سید محمدباقر، دروس فی علم الاصول، دارالکتاب اللبنانی، بیروت، ۱۴۰۶، چاپ دوم.
۱۴۳. صدری، غلامحسین، فرهنگ فارسی امروز، مؤسسه نشر کلمه، تهران، ۱۳۷۵، چاپ دوم.
۱۴۴. صدوق، محمد بن علی، عیون اخبار الرضا علیه‌السلام، مؤسسه اعلمی، بیروت، ۱۴۰۴، چاپ اول.
۱۴۵. _____، من لا یحضره الفقیه، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۴، چاپ دوم.
۱۴۶. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۹، چاپ اول.

۱۴۷. طباطبائی، سید محمد حسین، میزان، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۱۴۸. _____، نهاية الحکمة، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۴.
۱۴۹. طباطبائی، سید محمد، المناهل، مؤسسه آل البيت، قم، چاپ سنگی.
۱۵۰. طبرسی، فضل بن حسن، جوامع الجامع، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۱۵۱. _____، مجمع البیان، مؤسسه اعلی، بیروت، ۱۴۱۵، چاپ اول.
۱۵۲. طبری، محمد بن جریر، جامع البیان، دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۵.
۱۵۳. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، مؤسسه الوفاء، بیروت، ۱۴۰۳، چاپ سوم.
۱۵۴. طلبه، انور، الوسیط فی القانون المدنی، دار المطبوعات الجامعه، اسکندریه، ۱۹۹۶.
۱۵۵. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الآثار، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۱۵۶. _____، الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷، چاپ اول.
۱۵۷. _____، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه المرتضویه، تهران، ۱۳۷۸.
۱۵۸. _____، تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۵، چاپ چهارم.
۱۵۹. طوسی، محمد بن محمد، اساس الاقتباس، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۱، چاپ سوم.
۱۶۰. عاملی، حر، وسائل الشیعه، مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۴، چاپ دوم.
۱۶۱. عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، دارالتراث، بیروت، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۱۶۲. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، امیرکبیر، تهران، ۱۳۴۲، چاپ هفتم.
۱۶۳. عراقی، آغاضیاء الدین، حواشی بر فوائد الاصول، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۹، چاپ اول.
۱۶۴. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۳، چاپ سوم.
۱۶۵. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، مؤسسه نشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۸، چاپ اول.
۱۶۶. فاضل مقداد، ابن عبدالله، التنقیح الرائع، کتابخانه آیت الله مرعشی، قم، ۱۴۰۴، چاپ اول.

۱۶۷. فرج الصده، عبدالمنعم، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، القاهرة.
۱۶۸. فروتن، مجید، فرهنگ فارسی دانش، انتشارات مهتاب، تهران، ۱۳۷۴، چاپ اول.
۱۶۹. فیاض، محمد اسحاق، محاضرات فی اصول الفقه (تقریرات درس اصول آیت الله سید ابوالقاسم خویی)، دار الهادی، قم، ۱۴۱۰، چاپ سوم.
۱۷۰. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۲، چاپ اول.
۱۷۱. فیض کاشانی، محسن، الاصفی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۱۷۲. _____، مفاتیح الشرایع، مجمع الذخائر الاسلامیه، قم، ۱۴۰۱.
۱۷۳. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، مطبوعات محمد علی صبیح، مصر، ۱۳۴۷.
۱۷۴. قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۵.
۱۷۵. قریب، محمد، واژه‌نامه نوین، انتشارات بنیاد، تهران.
۱۷۶. قزوینی، علی، صیغ العقود، چاپ قدیم.
۱۷۷. قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، انتشارات کیهان، تهران، ۱۳۷۱.
۱۷۸. قمی، علی بن محمد، جامع الخلاف والوفاق، زمینه سازان ظهور امام عصر (عج)، قم، ۱۳۷۹.
۱۷۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۶، چاپ چهارم.
۱۸۰. _____، حقوق مدنی (مشارکاتها و صلح)، گنج دانش، تهران، چاپ دوم.
۱۸۱. _____، حقوق مدنی (معاملات معروض و عقود تملیکی)، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۶، چاپ ششم.
۱۸۲. _____، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۰، چاپ چهارم.
۱۸۳. _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، چاپ اول.
۱۸۴. کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع، المكتبة الحبیبه، پاکستان، ۱۴۰۹.

۱۸۵. کاشف الغطاء، جعفر، کشف الغطاء عن مبهات شریعة الغراء، انتشارات مهدوی، اصفهان.
۱۸۶. کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول (تقریرات درس اصول آیت الله میرزا محمد حسین نائینی)، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۹، چاپ اول.
۱۸۷. کیسی، محمد عید، احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیة، وزارة اوقاف الجمهوریة العراقیة.
۱۸۸. کحلانی، محمد بن اسماعیل، سبل السلام، شركة مصطفى الحلبي، مصر، ۱۳۷۹، چاپ چهارم.
۱۸۹. کردی نیشابوری، یعقوب، کتاب البلغة، انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، تهران، ۱۳۵۰.
۱۹۰. کرکی، علی بن حسین، رسائل کرکی، کتابخانه آیت الله مرعشی، قم، ۱۴۰۹، چاپ اول.
۱۹۱. _____، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۰، چاپ اول.
۱۹۲. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دارالکتب الاسلامیة، تهران، ۱۳۶۷، چاپ سوم.
۱۹۳. گرجی، ابوالقاسم، «مصلحت بالاتراز حق است»، روزنامه جام جم، سال سوم، شماره ۷۰۹، ۸۱/۷/۲۹.
۱۹۴. گلپایگانی، سید محمد رضا، توضیح المسائل، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۳.
۱۹۵. _____، هداية العباد، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۳، چاپ اول.
۱۹۶. مامقانی، عبدالله، مناهج المتقین، مؤسسه آل البيت، قم، چاپ سنگی.
۱۹۷. مجردی، عبدالحسین، قانون مدنی، چاپ دیبا، ۱۳۶۳، چاپ دوم.
۱۹۸. مجلس الوزراء، القانون المدنی، مكتب وزير الدولة للشؤون القانونیه والإداریه، کویت، ۱۹۸۱.
۱۹۹. محبوب، محمد جعفر، دوره قانون مدنی.
۲۰۰. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، سمت، تهران، ۱۳۷۶، چاپ دوم.
۲۰۱. مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیة، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷، چاپ اول.

۲۰۲. مرتضی، احمد، شرح الازهار، غمضان، صنعاء، ۱۴۰۰.
۲۰۳. مرسی باشا، محمد کامل، الحقوق العينية الاصلية، المطبعة العالمية، قاهره، ۱۹۵۱، چاپ دوم.
۲۰۴. _____، شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة)، مطبعة عالمية، مصر، ۱۹۵۲، چاپ دوم.
۲۰۵. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، مجموعه آرای فقهی قضایی در امور حقوقی، مرکز تحقیقات فقهی، قم، ۱۳۸۱، چاپ اول.
۲۰۶. معاونت آموزش قوه قضاییه، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی قم، گنجینه آرای فقهی - قضایی (نرم‌افزار).
۲۰۷. مزنی، اسماعیل بن یحیی، مختصر المزنی، دارالمعرفة، بیروت.
۲۰۸. مسعود، جبران، الرائد، دارالعلم للملایین، بیروت، ۱۹۸۶ میلادی، چاپ پنجم.
۲۰۹. مشیری، مهشید، فرهنگ قیاسی زبان فارسی، سروش، تهران، ۱۳۷۴، چاپ سوم.
۲۱۰. مصباح یزدی، محمد تقی، تعلیقه علی نهایه الحکمة، مؤسسه در راه حق، قم، ۱۴۰۵، چاپ اول.
۲۱۱. مصطفوی، سید محمد کاظم، مؤه قاعده فقهیه، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷، چاپ سوم.
۲۱۲. مصلح، عبدالله بن عبد العزیز، قیود الملكية الخاصة، مؤسسه الرسالة، بیروت، ۱۴۰۸، چاپ اول.
۲۱۳. معین، محمد، فرهنگ معین، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۵، چاپ نهم.
۲۱۴. مغربی، محمود عبد الحمید، المال و الملكية فی الشریعة الاسلامیة، المکتبه الحدیثه، ۱۹۸۷، چاپ اول.
۲۱۵. مفید، محمد بن نعمان، المقنعة، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۰، چاپ دوم.
۲۱۶. مکارم شیرازی، ناصر، توضیح المسائل مراجع، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۷۸، چاپ سوم.
۲۱۷. ملیباری، زین الدین بن عبد العزیز، فتح المعین لشرح قره العین بمهمات الدین، دارالفکر، ۱۴۱۸، چاپ اول.

۲۱۸. منهاجی السیوطی، محمد بن احمد، جواهر العقود، دارالکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۷، چاپ اول.
۲۱۹. موسوی، اردبیلی، سید عبدالکریم، استفتائات، انتشارات نجات، قم، ۱۴۲۱.
۲۲۰. میلانی، سید علی، بلغة الطالب فی التعليق علی بیع المکاسب (تقریرات درس آیت الله سید محمد رضا گلپایگانی)، مطبعة خیام، قم، ۱۳۹۹.
۲۲۱. مؤلف (ناشناخته)، تاج الاسامی، تصحیح علی اوسط ابراهیمی، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، ۱۳۶۷، چاپ اول.
۲۲۲. ناجی، محمود، دوره کامل قانون مدنی.
۲۲۳. ناصرزاده، هوشنگ، مجموعه قوانین (قانون مدنی)، نشر دیدار، ۱۳۷۶، چاپ دوم.
۲۲۴. نبیل، ابراهیم سعد، الحقوق العینیة الاصلیة، دار النهضة العربیة، بیروت.
۲۲۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیة، تهران، ۱۳۶۷، چاپ سوم.
۲۲۶. نحّاس، ابو جعفر، معانی القرآن، جامعہ ام القری، عربستان، ۱۴۰۹، چاپ اول.
۲۲۷. نخله، موریس، الکامل فی شرح القانون المدنی، منشورات حلبی، بیروت، ۲۰۰۱.
۲۲۸. نراقی، احمد، عواید الایام، مکتبه بصیرتی، قم، ۱۴۰۸.
۲۲۹. _____، مستند الشیعة، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، مشهد، ۱۴۱۸، چاپ اول.
۲۳۰. نفیسی، علی اکبر، فرهنگ نفیسی، کتابفروشی خیام، تهران.
۲۳۱. نوری، حسین، مستدرک الوسائل، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۰۸، چاپ سوم.
۲۳۲. نوری همدانی، حسین، توضیح المسائل، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۰۶، چاپ چهارم.
۲۳۳. نووی، یحیی بن شرف، تحریر التنبیه، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۰، چاپ اول.
۲۳۴. _____، روضة الطالبین، دارالکتب العلمیة، بیروت.
۲۳۵. _____، المجموع شرح المذهب، دارالفکر، بیروت.
۲۳۶. نوین، پرویز و خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی ۶، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۷، چاپ اول.

۲۳۷. وزارت عدل حکومت مصر، القانون المدنی مجموعة الاعمال التحضيریه، قاهره.
۲۳۸. هاشمی، سید محمود، بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس اصول آیت الله سید محمدباقر صدر)، المجمع العلمی، قم، ۱۴۰۵، چاپ اول.
۲۳۹. هاشمی شاهرودی، سیدعلی، دراسات فی علم الاصول، مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، قم، ۱۴۱۹، چاپ اول.
۲۴۰. هذلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، قم، ۱۴۰۵.
۲۴۱. همدانی، رضا، مصباح الفقیه، مکتبه الصدر، تهران.
۲۴۲. یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۰، چاپ اول.
۲۴۳. _____، تکملة العروة الوثقی، مکتبه داوری، قم.
۲۴۴. _____، حاشیه المکاسب، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم.
۲۴۵. _____، سؤال و جواب، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۶، چاپ اول.
۲۴۶. یوسف موسی، حسین و سعیدی، عبدالفتاح، الافصاح فی فقه اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۱۰، چاپ چهارم.

لیست کتابهای موجود

رویه قضایی ایران در ارتباط با دادیار (۴ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با بازپرس	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادستان	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی جزایی (۱۳ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با مراجع کیفری (دادگاه‌ها)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی حقوقی (۱۶ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده (۵ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های اطفال	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های نظامی	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های انقلاب (۲ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با مشاغل عمومی دادسرا	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با مراجع حقوقی	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه تجدید نظر استان (کیفری)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه تجدید نظر استان (حقوقی) (۳ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه کیفری استان (۳ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با اجرای احکام مدنی	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با شعب مدنی دیوان عالی کشور	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با شعب کیفری دیوان عالی کشور	معاونت آموزش قوه قضاییه
رویه قضایی ایران در ارتباط با مدیریت دادرسی	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده‌ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه آئین دادرسی مدنی	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده‌ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه آئین دادرسی کیفری (۳ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده‌ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه حقوق بین‌الملل (۲ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده‌ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه حقوق جزای عمومی (۴ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده‌ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه حقوق اساسی	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه حقوق جزای اختصاصی (۴ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه حقوق مدنی (۶ جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه حقوق تجارت	معاونت آموزش قوه قضاییه
گزیده ای از پایان نامه‌های علمی در زمینه حقوق کار و اداری	معاونت آموزش قوه قضاییه
مجموعه نشست‌های قضایی مسائل آئین دادرسی کیفری (۲جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
مجموعه نشست‌های قضایی مسائل آئین دادرسی مدنی (۲جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
مجموعه نشست‌های قضایی مسائل قانون مجازات اسلامی (۲جلدی)	معاونت آموزش قوه قضاییه
مجموعه نشست‌های قضایی مسائل قانون مدنی	معاونت آموزش قوه قضاییه

مجموعه پرسش و پاسخ های حقوقی امور اجتماعی	معاونت آموزش قوه قضائیه
مجموعه پرسش و پاسخ های حقوقی امور مدنی، تجاری	معاونت آموزش قوه قضائیه
مجموعه پرسش و پاسخ های حقوقی امور جزایی	معاونت آموزش قوه قضائیه
مجموعه پرسش و پاسخ های حقوقی امور خانواده	معاونت آموزش قوه قضائیه
نکته های کلیدی آئین دادرسی مدنی (امور اتفاقی)	معاونت آموزش قوه قضائیه
نکته های کلیدی در رسیدگی به جرم کلاهبرداری	معاونت آموزش قوه قضائیه
مجموعه مطالعه موردی جعل و کلاهبرداری (جزایی ۱)	معاونت آموزش قوه قضائیه
مجموعه مطالعه موردی روابط موجر و مستأجر (حقوقی ۱)	معاونت آموزش قوه قضائیه
راهنمای حقوقی مشاوران املاک	معاونت آموزش قوه قضائیه
راهنمای حقوقی مشاوران خودرو	معاونت آموزش قوه قضائیه
توصیف و تحلیل آرای قضایی قتل عمد (مسایل جزایی ۱)	معاونت آموزش قوه قضائیه
توصیف و تحلیل آرای قضایی تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ ها (مسایل جزایی ۲)	معاونت آموزش قوه قضائیه
توصیف و تحلیل آرای قضایی خانواده جلد اول (مسایل حقوقی ۱)	معاونت آموزش قوه قضائیه
مجموعه جدول های محاسبه دیات	معاونت آموزش قوه قضائیه
آشنایی با جرم پولشویی	معاونت آموزش قوه قضائیه
بررسی توصیفی جرایم مواد مخدر	معاونت آموزش قوه قضائیه
بررسی تحلیلی جرایم مطبوعاتی	معاونت آموزش قوه قضائیه
سیاست جنایی - تقنینی ایران در جرایم اقتصادی	معاونت آموزش قوه قضائیه
وظایف و اختیارات عملی قاضی ناظر زندان	معاونت آموزش قوه قضائیه
نحوه ی رسیدگی به دعاوی طلاق ویژه محاکم خانواده	معاونت آموزش قوه قضائیه
راهنمای حقوقی مراجعین به دادگستری	معاونت آموزش قوه قضائیه
تعرض به سند	معاونت آموزش قوه قضائیه
نگرشی کاربردی به دستور موقت	معاونت آموزش قوه قضائیه
نکته هایی از مقالات حقوقی (۲ جلدی) در امور جزایی و مدنی	معاونت آموزش قوه قضائیه
طبقه بندی مواعد قانونی	معاونت آموزش قوه قضائیه
مصادیق دعاوی مالی و غیر مالی	معاونت آموزش قوه قضائیه
نکته هایی از پزشکی قانونی	معاونت آموزش قوه قضائیه

کتابخانه تخصصی
فقه و حقوق

