

عقد التملك الزمني

نورالدين شريعتمدار جزائري

وتقتضي دراسة هذا الموضوع تناول ما يلي:

1 - التملك الزمني في نشأته:

ذكر بعض في تحقيقه في موضوع التملك الزمني أنه نشأ من صناعة الحاسوب حيث اشترك جماعة في استخدام جهاز واحد من كامبيوتر ثم حدث في عام 1960 لأول مرة ابداعاً لفكرة جديدة في المؤسسات التجارية والاقتصادية من البنائيات والعمارات وغيرها حتى أصبح في الآونة الأخيرة عقداً شائعاً في أكثر البلاد في العالم وسبباً للامتلاك في أصول أو منافع المباني وقضاء فترات محدودة في المناطق المختلفة من السياحة والزيارة والنزهة⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن التعاون في استخدام المنابع والمصادر الاستخدامية ليس أمراً حادثاً في هذا العصر والدليل على ذلك وجود الشركات التجارية وامتلاك مصدر تجاري لجماعة من الملاك بنحو الإشاعة من سابق الزمان ولكن هناك فرق جوهري بين التملك الزمني والتملك على نحو الإشاعة، حيث أن التصرف في المشاع واستخدامه يناط بالاذن من جميع الملاك وليس لكل واحد منهم التصرف بالاستقلال ولكن في التملك الزمني يتصرف المالك في زمان تملكه بالاستقلال وبلا حاجة إلى الاذن من واحد وسيأتي توضيح ذلك.

وليعلم أيضاً أن التملك الزمني بحقيقته وماهيته كان موجوداً في إيران من قديم الأيام ولم يكن أمراً حادثاً في هذا البلد وهذه الحقيقة هي تملك المياه الزراعية المسماة بالقناة حيث استمر التملك في هذه المياه على نحو التملك الزمني.

والقناة عبارة عن المياه الجارية المعدة للزراعة من الآبار التي حفرت تحت الأرض من أعلى الجبل أو الأرض المرتفعة⁽²⁾.

والتملك في هذه القنوات يقع على العين لا المنفعة وقد نص قانون مديريةية تسجيل العقود أن التملك في هذه المياه واقع على العين⁽³⁾ فإذا تملك إنسان حصة خاصة من هذه المياه تكون من الأعيان المملوكة له وتكون الحصص المملوكة على حسب الزمان يوماً في الأسبوع أو يومين في الشهر وهكذا ويكون طلب تسجيل الحصة المملوكة من إدارة تسجيل العقود كطلب تسجيل سائر الممتلكات من العقار والأراضي مستقلاً لا في ضمن وجودها في المجموع⁽⁴⁾.

وكيف كان يوجد في الأعراف الإيرانية منذ زمن بعيد قسم من التملك الزمني المعاصر فيتملك عدد من الزراع المياه الزراعية على الأرض بالزمان ويكون الماء في ذلك الزمان ملكه يتصرف فيه كيف شاء بلا حاجة إلى الاذن من الآخرين كما هو الشأن في الملكية المشاعة.

2 - تعريف التملك الزمني:

التملك الزمني هو اشتراك عدد من الناس في الاستفادة من حصص شائعة يمتلكونها في أصول أو منافع المباني وقضاء فترات محدودة مثل المواسم الدينية دون الإقامة الدائمة⁽⁵⁾ فالمراد منه تملك العين أو المنفعة بتبع العين في زمان خاص وحيث

(1) الإنترنت.

(2) حميد رشيدى، قانون توزيع عادلانه آب در آئينه حقوق إيران ج 1 ص 252 شماره 209.

(3) المصدر المتقدم ص 254.

(4) آئين نامه ماده ثبت املاك ماده 3.

(5) الموضوع الثامن من الموضوعات الفقهية المقترحة للدراسة والتحقيق من مؤتمر جده.

أن الانسان في ذاته طالب للتملك والتملك في العين لا في المنفعة فيكون مقبلاً على التملك الزمني أكثر من اقباله على الاجارة أو التملك على نحو الاشاعة فيتملك عدد من الناس عمارة للاقامة أو النزهة أو غير ذلك من الاغراض العقلانية فيكون كل واحد منهم قادراً على الاستثمار والاستغلال والانتفاع بها في زمان خاص ومدة محدودة ويتصرف فيها كتصرف المالك الدائمي ليس لاحد منعه عن ذلك.

وهذا هو التملك الزمني الحادث في عصرنا الذي هو الموضوع لتحقيقنا ودراستنا.

3 - تكيف التملك الزمني وخصائصه:

إن للتملك الزمني خصائص تفترق عن التملك الدائمي ومنشأ، هذه الخصائص التحفظ على حقوق الملاك في التملك الزمني لأن اجتماع تملكات عديدة في عين واحدة أوجب تقييداً في آثار هذا التملك:

منها عدم جواز اتلاف العين إلا مع التراضي.

حيث أن حق الاستعمال وحق الاستغلال في العين لجميع الملاك في التملك الزمني متوقف على بقاء العين فليس لاحدهم اتلافها لأن الاتلاف تضييع لحق الآخرين نعم إذا رضى الجميع بالاتلاف فلهم ذلك.

ومنها عدم التصرف المضر بالغير.

فإذا كان التصرف في الموقع مضرراً لغيره أو موجباً لسقوط حقه فليس لاحد من الملاك التصرف المضر ويكون تصرفه فيه مقيداً بعدم الاضرار بالغير.

ومنها التحفظ على بقاء العين للاستثمار الاحسن.

فيلزم على الملاك التحفظ على بقاء الموقع للاستفادة والاستثمار منه بنحو احسن حفظاً لحق الاستثمار وعليهم نصب مدير بصير لإدارة الموقع. والمدير يمكن أن يكون أحدهم ويمكن أن يكون شخصاً آخر فالتملك الزمني يحتاج إلى ناظر عام قادر على صيانة الموقع وادارته وعرضه على الملاك في زمان استحقاقهم مع أن التملك الدائمي لا يحتاج إلى ذلك.

ومنها دفع الكلفة لصيانة الموقع.

إذا كانت صيانة الموقع متوقفة على كلفة فاللزام على جميع الملاك دفعها والالتزام بها لأن التحفظ على الموقع واجب على الجميع وما يتوقف عليه التحفظ يكون واجباً عليهم وليس لاحدهم التخلف عن ذلك لأن المستفيد من الموقع ليس هو وحده بل لجميع الملاك حق الاستعمال وحق الاستثمار في عمود الزمان فالتحفظ على حقوق الآخرين يلزم كل واحد منهم بدفع المصارف التي يحتاجها الموقع في صيانتها وبقائه.

بل يكون الالتزام بدفع الكلفة من قبيل الالتزام بالشرط في ضمن العقد وإن كان الشرط غير مذكور بلفظه بل العقد التملكي مبني عليه لعلم كل واحد منهم بلزوم بقاء العين ولزوم دفع الكلفة في ذلك فيقدم كل منهم عالماً بذلك فيكون كالشرط في ضمن العقد وقد يكون الشرط مذكوراً بلفظه في العقد والبايع يشترط في العقد على المشتري دفع الكلفة في التملك الزمني.

وخلاصة القول في خصائص التملك الزمني أن الانسان إذا كان غير قادر على تملك مكان خاص للنزهة والاستمتاع والانتفاع بالاقامة فيه وكان قلقاً من عجزه عن تحصيل مثل ذلك المكان فإنه يقدر على الوصول لغرضه بالحصول بنحو التملك الزمني عليه. كما أنه يقدر على تبديل ممتلكه بتملك زمني آخر وله ايجاره أو اجراء أية عملية اقتصادية عليه. والتملك الزمني ثروة دائمة اقدم عليها العقلاء في انحاء العالم. ولا يختص بهدف خاص بل يعم جميع المجالات الاقتصادية والاستثمارية بل يعم جميع الاهداف العقلانية في جميع المجالات من الحياة.

4 - علاقة التملك الزمني بالاجارة أو البيع:

التملك الزمني يقع على قسمين الاول تملك العين فيتملك المشتري في هذا القسم حصة من العين ويترتب عليه ما تقدم من الالتزام بدفع الكلفة في حفظها وصيانتها وغير ذلك من خصائص التملك الزمني.

والثاني تملك المنفعة لا العين فيتملك حق الاستفادة من العين بقدر ما دفع من مال في الشهر أو الاسبوع وليس عليه شيء من الكلفة كما في القسم الأول وعلى ذلك فالقسم الأول بيع ويترتب عليه آثار البيع والقسم الثاني ملحق بالاجارة ويترتب عليه آثار الاجارة.

5 - مجالات التملك الزمني وتطبيقاته المعاصرة:

التملك الزمني يجري في جميع مجالات الحياة التي يجري فيها البيع أو الاجارة لان هذا العقد أما ملحق بالبيع أو ملحق بالاجارة لكن الواقع منها في عصرنا مناطق للتنزه على سواحل البحار والأنهار الكبيرة وشقق مهيبة للاقامة في مختلف انحاء العالم.

ثم أن العقد فيه قد يقع على التملك الدائم للعين في الزمان الخاص فللمالك الاستفادة من العين دائماً في الزمان المختص به وله اجراء انواع العقود الشرعية على حصته المملوكة له بالبيع أو الاجارة أو الهبة أو غير ذلك وقد يقع على التملك في برهة من الزمان كخمسين عاماً مثلاً فيتملك المشتري الموقع في هذا الزمان لا غير كما أن زمان التملك يمكن تعيينه في مقطع خاص كالاسبوع الأول من كل شهر مثلاً كما يمكن أن يكون متغيراً ومتناوباً كاسبوع في شهر من العام.

6 - المرونة في عقد الاجارة للاشياء من حيث الاضافة للمستقبل ونحوها من الخصائص التي تتميز بها عن البيع:

البيع مبادلة بين مالين وتمليك للثمن والمثمن بمجرد العقد فيدخل كل منهما في ملك الآخر وتدخل المنافع أيضاً بتبع العين وليس لاحدهما منع الآخر عن حق الاستعمال وحق الاستثمار في المنافع إلا أن تكون العين مسلوقة المنافع حين العقد كما في العين المستأجرة إذا وقع عليها عقد البيع مع علم المشتري بذلك فإنه تنتقل إليه العين بلا منفعة إلى أن ينتهي زمان الاجارة ثم تنتقل المنفعة إلى المشتري وأما في عقد الاجارة فالمبادلة بين الاجرة والمنفعة وحيث أن الموجر مالك للمنفعة فله اجراء عقد الاجارة كيف شاء من تقييد الانتفاع بقيد من الزمان أو المكان أو غير ذلك من القيود فالمرونة في عقد الاجارة بالنسبة إلى البيع من حيث ان نقل المنافع في الاجارة دون العين والمنافع تحت ارادة الموجر واختياره فله نقل المنافع بعقد الاجارة على نحو الثبوت في عمود الزمان أو في مقطع خاص منه أو على نحو التغيير والتناوب

والتبديل في الازمنة المختلفة أو الامكنة المختلفة من غير تحديد من العرف أو الشرع في ذلك أو المنع عنه.

قال الإمام الخميني لا يشترط اتصال مدة الاجارة بالعقد فلو أجر داره في شهر مستقبل معين صح سواء كانت مستأجرة في سابقته أم لا ولو اطلق تنصرف الى الاتصال بالعقد لو لم تكن مستأجرة فلو قال أجرتك داري شهراً اقتضى الاطلاق اتصاله بزمان العقد(1).

ومن خصائص الاجارة التي ترتبط بالتملك الزمني صحة كون المستأجر شخصين للانتفاع بالعين المستأجرة على التناوب. قال المحقق الحلي ويجوز أن يستأجر اثنان جملاً أو غيره للعقبة ويرجع في التناوب الى العادة(2) وقال الشهيد الثاني والمراد بالعقبة النوبة فهما يتعاقبان على الرحلة إذا ركب هذا تارة وهذا أخرى فإن كان هناك عادة مضبوطة أما بالزمان أو المسافة حمل الاطلاق عليها وإلا وجب التعيين ولو اتفقا في المنضبط على خلافها وضبطاه صح ويعتبر تعيين مبدأ الركوب ومن يركب منهما أو لا(3).

وقال الإمام الخميني يجوز أن يستأجر اثنان مثلاً داراً على نحو الاشتراك ويسكنها معاً بالتراضي أو يقتسماها بحسب المساكن بالتعديل والقرعة كتقسيم الشريكين الدار المشتركة أو يقتسما منفعتها بالمهاياة بان يسكنها أحدهما ستة أشهر مثلاً ثم الآخر كما إذا استأجر معاً دابة للركوب على التناوب فإن تقسيم منفعتها الركوبية لا يكون إلا بالمهاياة بان يركبها أحدهما يوماً والآخر يوماً مثلاً أو يركبها أحدهما فرسخاً والآخر فرسخاً(4).

وحيث أن التملك الزمني قد يكون بتملك المنفعة بين شريكين فيمكن أن ينفقا على الانتفاع بالتناوب فيصح تقسيم المنفعة بينهما بان يختص أحدهما بالتصرف في زمان ويختص الآخر به في زمان آخر ويتفقان على ذلك من الأول أو بعد انقضاء مدة من الاجارة كما أنه لا فرق في صحة الاتفاق بينهما كونه موافقاً للعرف والعادة أو كونه خلافها.

7 - قسمة المنافع في حال الشيوع (المهاياة بنوعيتها المكانية والزمانية):

القسمة من العقود الشرعية وحيث أن المنافع مما يقبل التملك فإذا كانت المنفعة مملوكة لاثنين أو أكثر وكانت مشاعة من حيث الزمان والمكان فلهم قسمة المنافع وافرازها من حيث الزمان والمكان مع التراضي أو بالقرعة بعد تعديل السهام فالقسمة في المنفعة المشاعة تفرز حصة كل من المالكين من حيث الزمان أو المكان قال المحقق الحلي في تعريف القسمة وهي تمييز الحق من غيره وليست بيعاً سواء كان فيها رد أو لم يكن ولا تصح إلا باتفاق الشركاء وتكون بتعديل السهام والقرعة أما لو اراد احد الشركاء التمييز فالقسمة جائزة لكن لا يجبر الممتنع عنها(5) ويظهر من التعريف أن القسمة تجري في المنافع ولا تختص بالاعيان لأن الحق الوارد في التعريف يشمل كليهما كما تجوز قسمة المنافع بالمهاياة قال الإمام الخميني لو طلب بعض الشركاء المهاياة في الانتفاع بالعين المشتركة أما بحسب الزمان بان يسكن هذا

(1) تحرير الوسيلة ج 1 ص 513.

(2) شرائع الإسلام ج 2 ص 218.

(3) مسالك الافهام ج 5 ص 202.

(4) تحرير الوسيلة ج 1 ص 579.

(5) شرائع الإسلام ج 2 ص 154.

في شهر وذاك في شهر مثلاً وأما بحسب الاجزاء بان يسكن هذا في الفوقاني وذاك في التحتاني مثلاً لم يلزم على شريكه القبول ولم يجبر إذا امتنع نعم يصح مع التراضي لكن ليس بلازم فيجوز لكل منهما الرجوع.
هذا في شركة الاعيان.

وأما في شركة المنافع فينحصر افرانها بالمهاياة لكنها فيها أيضاً غير لازمة نعم لو حكم الحاكم الشرعي بها في مورد لاجل حسم النزاع يجبر الممتنع وتلزم⁽¹⁾.
وقال السنهوري والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود اطرافه الشركاء المشتاعون ومحلها المال الشايع ومن ثم تسري على هذه القسمة احكام العقود فلا بد من تراضي الشركاء وتوافر الاهلية وخلو الارادة من العيوب واستيفاء المحل لشروطه ووجوب سبب مشروع⁽²⁾.

وقال وأما قسمة المنافع المعبر عنها بالمهاياة المكانية أو الزمانية كثيراً ما يتفق الشركاء في الشيوخ تخلصاً من مشاكل ادارة المال الشايع وما يحيط بهذه الادارة من صعوبات على قسمة المهاياة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشايع وبذلك يتهبأ لكل منهم أن يحوز مالا مفرزاً يستقل بدارته واستقلاله والانتفاع به فله أن يسكن الدار وأن يؤجرها وأن يزرع الأرض على ذمته أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة وبوجه عام له أن يستغل ما اختص به مفرزاً من المال الشايع وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره ولا يحاسبه أحد من الشركاء على ادارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها في مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء على ما أختص به هذا الشريك وهذه هي المهاياة المكانية⁽³⁾ وقد تكون المهاياة مهاياة زمانية بان يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تناسب مع حصته فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شايعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الاول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا أو أن يختص الاول بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا⁽⁴⁾.

اتضح مما نقلناه صحة قسمة المنافع في المال الشايع المشترك بان يستقل كل واحد من الشركاء بالتصرف في مجموع المال المشترك من دون حاجة إلى الاذن من الآخر في زمان تملكه ويخرج بذلك من الاشاعة إلى الافراز في زمان خاص ومدة محدودة.

8 - تطبيق خيار التعيين في الاجارة لتنظيم تواريخ ومدد الانتفاع بين المشتركين في مصاديق التملك الشايعة:

تقدمت صحة القسمة في المنافع وإن حق الافراز في المنفعة الشايعة من حقوق تملكها فمن تملك منفعة شايعة في مال مشترك فله افراز حصته بالزمان أو بالمكان ويكون له اختيار التعيين في التاريخ ومدة الانتفاع لأن خصوصيات الانتفاع من آثار تملك المنفعة فإذا كانت المنفعة شايعة بين مشتركين في التملك كان لهما خيار تعيين مدة الانتفاع وتعيين تاريخه ويخرج التملك بذلك عن الشايع إلى الافراز والاستقلال

(1) تحرير الوسيلة ج 1 ص 632.

(2) الوسيط ج 8 ص 892.

(3) المصدر السابق ص 816.

(4) المصدر نفسه ص 820.

فيكون كل منهما مالكاً لجميع المنفعة على الاستقلال لكن في الزمان المعين المختص به مضافاً إلى جريان الخيارات في الاجارة الاخير المجلس وخيار الحيوان وخيار التأخير حيث أنها تختص بالبيع ولا تجري في غيره وأما غيرها من أقسام الخيار فيجري في الاجارة كخيار الشرط وخيار تخلف الشرط. قال المحقق الحلّي ولو شرط الخيار لاحدهما أو لهما جاز سواء كانت معينة كان يستأجر هذا العبد أو هذه الدار، أو في الذمة كان يستأجره لبيني له حائطاً⁽¹⁾ وقال الإمام الخميني والظاهر أنه يجري فيها جميع الخيارات الاخير المجلس وخيار الحيوان وخيار التأخير فيجري فيها خيار الشرط وتخلف الشرط والعيب والغبن والرؤية وغيرها⁽²⁾.

فيجوز جعل خيار الشرط في عقد الاجارة بان يشترط المستأجر على الموجر أو على شريك له في الاجارة بان يستأجرها معاً عيناً فيشترط أحدهما على الآخر اختيار تعيين مدة الانتفاع وغير ذلك من خصوصيات الانتفاع بالعين.

9 - كيفية التصرف من مالك حق التملك الزمني بهذا الحق بيعاً أو تأجيراً أو نحوه:

قال السنهوري عناصر حق الملكية الاستعمال والاستغلال والتصرف فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء فلا يكون الحق في الشيء حق ملكية إذا منع صاحبه من التصرف في الشيء منعاً أبدياً وإنما يجوز أن يمنع من التصرف فيه لمدة معينة⁽³⁾.

فحق التصرف من الحقوق الثابتة للملكية في القانون الوضعي كما هو كذلك في الفقه الاسلامي المستفاد من الكتاب والسنة ويأتي بيان ذلك في بيان الحكم الشرعي للتملك الزمني ولا فرق في الملكية في ذلك بين التملك الدائمي وبين التملك الزمني لأن الملكية إذا حصلت في مورد يترتب عليها جميع آثارها القانونية والفقهية بلا تفاوت بين مورد ومورد.

والتملك الزمني ملكية ثابتة في موقعها فيترتب عليها عناصر حق الملكية من حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، والمالك في التملك الزمني يستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً فإذا كان منزلاً كان له أن يسكنه أو سيارة له أن يركبها أو حديقة فيأكل ثمرها. وله كل التصرفات المادية والقانونية إلى الحد الذي فرضه القانون له من عدم كون التصرف ضاراً بالجار ضرراً غير مألوف، كما أن له عدم استعمال ملكه كما يشاء فلا يسكن المنزل ويتركه خالياً دون أن يوجره وأن لا يركب سيارته كما له ايجاره للغير ومالك الأرض الزراعية له أن يوجرها لمن يزرعها ويقبض الاجر كما أن له أن ينقل ملكية الشيء الذي يملكه إلى غيره بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية. ونقل الملكية على هذا الوجه هو اوسع ضروب التصرف الذي يستطيع المالك أن يقوم بها فلا فرق بين ما يملك بعقد التملك الزمني وبين ما يملك بالعقد الدائمي في التصرفات المادية والقانونية والاستعمال والاستغلال والاستثمار وغير ذلك مما يترتب على حق الملكية ولكن آثار عقد التملك الزمني على قسمين قسم يشترك مع التملك الدائمي وقسم يختص بالتملك الزمني فإن حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف من عناصر الملكية ولا فرق في الملكية بين الدائم والموقت فالمالك فيهما له كل ذلك على ما تقدم

(1) شرائع الاسلام ج 2 ص 210.

(2) تحرير الوسيلة ج 1 ص 573.

(3) الوسيط ج 8 ص 496.

بيانه، كما لا فرق في التملك الزمني بين تملك العين وبين تملك المنفعة فان هذه الحقوق يجري فيها كل على حده القانوني والشرعي فالمالك للمنفعة المشاعة بعد افراز حصته بالمهياة له حق التصرف والانتفاع بلا حاجة الى الاذن من شريكه كما تقدم تفصيل ذلك في المهياة، وافراز الحصة المشاعة من المنفعة، والمهياة الزمانية هي أن ينفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم بما تتناسب مع حصته فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلا يستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا(1)

وقد تقدم نقل كلمات الفقهاء في ذلك وأن القسمة في الاعيان المشتركة والمهياة في المنافع من العقود الشرعية النافذة للمالك في التملك الزمني كل ذلك سواء كان مالكا للعين أو المنفعة.

كما أن حق عدم الاستعمال حق مشترك بين الملكين ولا فرق في ذلك بين الملك الدائم والمؤقت كما أن حق الاستثمار بمعنى الانتفاع من ثمرات المال ومنافعه المتصلة والمنفصلة حق مشترك بينهما ولا فرق بين أقسام الثمرة من الطبيعية التي تحصل في الطبيعة بلا تدخل انسان والثمرة الصناعية التي تحصل بالصناعة من الانسان وتدخله في حصولها والثمرة الحقوقية كالمنفعة في العين المستأجرة(2) فإن حق الاستثمار ثابت في الجميع للمالك في التملك الدائم والتملك الزمني فإن من تملك بستاناً دائماً أو في زمان خاص له الانتفاع بما ينبت فيه طبيعياً من غير تدخل مالكة في حصولها وله الانتفاع بالثمرات الحاصلة من الاشجار بعد سقيها واجراء عملية تحصيلها وله أن يوجرها وينتفع باجرتها وأما الآثار الخاصة للتملك الزمني فقد تقدم بيانها تحت عنوان تكيف التملك الزمني وخصائصه.

10 - ادارة المواقع التي فيها حقوق التملك الزمني والتقييد بالاشتراطات التي يتطلبها تنظيم وصيانة المواقع:

ادارة الموقع الذي فيه حق التملك الزمني يتطلب لفت النظر إلى أمور:

الاول: أن التملك هل يقع على العين أو على المنفعة لان لكل واحد منهما أثراً تختص به كما تقدم.

الثاني: أن الهدف في العقد لاينقضى سريعاً بل الهدف فيه طويل الامد وتحتاج صيانة الموقع الى الكلفة وحسن التدبير حتى يبقى الانتفاع والاستمتاع به في طول الزمان.

الثالث: تمكن المالك من الانتفاع به مباشرة بالتصرف فيه واستعماله أو بالواسطة من تأجيريه وتعويضه وتبديله الى غير ذلك من وجوه التصرفات التي يرغب فيها الناس ويبدل بازائها المال فلو كان الموقع قليل المنفعة وغير مرغوب فيه تلحقه الخسارة ولايترتب عليه الاثر المطلوب منه.

الرابع: الالتفات الي أن الكلفة في التعمير والصيانة تتزايد في كل عام والالتزام بدفعها ضروري لئلا يؤدي عدم دفع الكلفة الى التخريب والزوال.

(1) الوسيط ج8 ص820.
(2) توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية ص84 و87.

الخامس: تعيين المدة في التملك وتحصيل شروط صحة العقد لئلا يقع فاسداً فيذهب ماله هدرًا.

11 - شرعية اصدار صكوك على حق التملك الزمني (صكوك الاجارة):

نقل العين أو نقل المنفعة من عناصر حق الملكية على ما تقدم فالمالك في التملك الزمني له ذلك بمقتضى ملكيته ولا فرق في النقل بين كونه بالعقد اللفظي أو القولي أو الفعلي أو بالكتابة أو باصدار صكوك جامعة لشروط صحة العقد وما يتوقف عليه البيع أو الاجارة ولم يكن في اصدار الصك ما يمنع عنه شرعاً من جهالة و غرر وعدم ملك أو كونه غير متمول أو غير ذلك من موانع الصحة فالصك الناقل للمنفعة الذي يكون اجارة لايد من كونه جامعاً لشروط الاجارة من تعيين العين المستأجرة وتعيين المنفعة ومدتها وتعيين الاجرة وغير ذلك مما يتوقف عليه عقد الاجارة فلا مانع من اصدار صكوك الاجارة في نقل منفعة ما تملك بعقد التملك الزمني مع الشرائط كما يصح اصدار صكوك الاجارة في اجارة ما استوجر إذا كان جامعاً لشروط الاجارة ثانياً فان ما استوجر أولاً قد يجوز اجارته ثانياً وقد لايجوز إلا بالاذن من المالك الاول.

قال المحقق الحلي وللمستأجر ان يوجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ولو شرط ذلك فسلم العين المستأجرة الى غيره ضمنها(1) وقال الامام الخميني لو استأجر عيناً ولم يشترط عليه استيفاء منفعتها بالمباشرة يجوز أن يوجرها باقل مما استأجر وبالمساوي وبالاكثر هذا في غير البيت والدار والدكان والاجير وأما فيها فلا تجوز اجارتها باكثر منه إلا إذا احدث فيها حدثاً من تعمير أو تبييض أو نحو ذلك(2).

12 - حكم الشرع في التملك الزمني بصوره المختلفة في العقارات وغيرها:

تبيين حكم الشرع في التملك الزمني يقتضي تحقيق أمور الاول تحقيق مفهوم الملك لغة واصطلاحاً.

أما لغة فقد عرفه ابن منظور بانه احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به(3).

وفي معجم مقاييس اللغة اصل صحيح يدل على قوة في الشيء ملكت الشيء قوّيته(4).

وفي المنجد ملك الشيء احتواه قادراً على التصرف والاستبداد به(5). فاهل اللغة عرفوه بآثارها لبحقيقتها وماهيتها ويمكن أن يعرف بالواجدية وكون الشيء موجوداً عند الانسان ولكن هذا التعريف أيضاً اعم من حقيقة الملك لان وجود الشيء عند أحد لا دلالة فيه على كونه ملكاً له ومع أن مفهوم الملك واضح فانه لايمكن تعريفه بحقيقته وذاته وبالتعريف المنطقي فتكفي الاشارة الى مفهومه بكل ما يدل عليه.

وأما في الاصطلاح فقد عرفه العلماء أيضاً بآثاره لا بحقيقته قال الشيخ الأنصاري أن الملك نسبه بين المالك والمملوك(6) أو سلطنة فعلية(7) والسيد اليزدي

(1) شرائع الاسلام ج 2 ص 214.

(2) تحرير الوسيلة ج 1 ص 579.

(3) لسان العرب ج 10 ص 492 مادة ملك.

(4) معجم مقاييس اللغة ج 5 ص 351.

(5) المنجد ص 774 مادة ملك.

(6) المكاسب ص 79.

(7) المكاسب ص 268.

بانه السلطنة(1) والشيخ النائيني بانه من مقولة الجده(2) والمحقق الخراساني بانه نوع اضافة(3) والاصفهاني بانه الواجدية(4) وعرفه وهبة الزحيلي بانه الاختصاص بالشيء يمنع الغير منه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع شرعي(5) والسنهوري بان حق ملكة الشيء هو حق الاستثمار باستعماله وباستغلاله بالتصرف فيه على وجه دائم(6) لكن قيد التصرف فيه بعد ذلك بالوظيفة الاجتماعية وبما في القانون من الحدود وقال ما دام ملتزماً حدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وان يتصرف فيه دون أي تدخل من جانب الغير بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية(7).

ثم أن الكلام لما كان في مفهوم الملكية فلا بد من الاشارة الى اقسام المفاهيم حتى يتضح المقصود من المفهوم في مفهوم الملكية والمفاهيم على أربعة اقسام:

1 - المفاهيم الخارجية التي لها وجود خارجي وحقيقة خارجية حسية كما في مفاهيم الوجودات الخارجية في اطرافنا.

2 - المفاهيم الذهنية التي لها وجود وليس لها وجود خارجي كمفهوم الانسان الكلي.

3 - المفاهيم الانتزاعية التي لا وجود لها خارجاً ولا ذهنياً بل هي أمور انتزاعية تنزع من الوجودات الخارجية فوجودها انما هو بوجود منشأ أنتزاعها كالفوقية والتحتية.

4 - المفاهيم الاعتبارية التي وجودها اعتباري من معتبر كمفهوم الملكية المبحوث عنها في المقام ومما ذكرنا ظهر أن المفهوم في الملكية اعتباري كما أن حقيقة الملكية أيضاً أمر اعتباري فيكون مفهوم الملكية من الامور الاعتبارية التي تحتاج في وجودها الى اعتبار معتبر ولا وجود لها خارجاً ولا ذهنياً ووجودها اعتباري والمعتبر لهذا الوجود قد يكون العرف والعقلاء، وقد يكون الشرع واحسن شيء قيل في تعريفها هو الواجدية وإن كان هذا تعريفاً باعم لكن لا مناص منه لعدم امكان تعريفها الحقيقي.

ثم أن الواجدية تحتاج الى متعلق في صدقها حتى يصح أن يقال أنه واجد أي واجد لشيء فالحاجة الى المتعلق جعلها من المفاهيم ذات الاضافة كما صرح به المحقق النراقي(8) فلا تحصل الملكية لاحد إلا إذا كان شيء مملوك له والحق أيضاً من أقسام الملك لا أن الملك من أقسام الحق فإن مفهوم الواجدية كما يصدق على ملك الاعيان كذلك يصدق على الحقوق وقد عرف الشيخ حق الفسخ من اقسام الملك وقال في تعريفه بانه ملك فسخ العقد(9) فاطلق الملك على حق الفسخ.

الثاني: أقسام الملكية

الملكية على اقسام:

- (1) حاشية المكاسب ص 57.
- (2) تقريرات النائيني ص 57.
- (3) كفاية الاصول ج 2 ص 307.
- (4) حاشية المكاسب ج 1 ص 7.
- (5) الفقه الاسلامي وادلته ج 4 ص 56، وج 5 ص 489.
- (6) الوسيط ج 8 ص 493.
- (7) الوسيط ج 8 ص 493.
- (8) عوائد الايام ص 113.
- (9) المكاسب ص 214.

- 1 - الملكية الحقيقية وهي مختصة بذات الباري تعالى فالله تعالى مالك ذاتاً بالملكية الحقيقية كما قال (ولله ما في السموات والأرض)(1)، (الذي اعطى كل شيء خلقه ثم هدى)(2)
- 2 - الملكية الذاتية وهي حيثية وجودية ناشئة عن وجود شيء تكون جميع التصرفات فيه مختصة بمالكها كما في ملكية الانسان بالنسبة الى افعاله واعماله.
- 3 - الملكية المقولية وهي المبحوث عنها في الفلسفة وهي من الاعراض وتسمى (جدة) وعرفوها بانها هيئة حاصلة من احاطة شيء لشيء كالتقمص الحاصل لجسم الانسان من احاطة القميص له.
- 4 - الملكية الاعتبارية وهي الناشئة عن اعتبار معتبر من عرف أو شرع كالعلقة الحاصلة بين الانسان وامواله(3).

والملكية المبحوث عنها هي القسم الرابع فالمفهوم في الملكية امر اعتباري والحقيقة فيها امر اعتباري وتكون السعة والضيق والاطلاق والتقييد والخصوصيات فيها كلها اموراً اعتبارية في الملكية ومن مفهومها فللمعتبر الذي يعتبر الملكية ويعطيها الوجود الاعتباري اعتبارها مطلقة ومرسلة أو اعتبارها مقيدة ومحددة وله اعتبارها دائماً واعتبارها مؤقتاً ومقيداً بزمان وهذا هو الحجر الاساسي في بناء التملك الزمني وصحة اعتبار الملكية في زمان محدود.

الثالث: عناصر حق الملكية

اختلفوا في عناصر حق الملكية في أنها ثلاثة أو اقل من ذلك فإن السنهوري بعد ما ذكرها ثلاثة من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف قال ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما الآخر فكلاهما استعمال للشيء فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا استعمالاً وإما إذا استعمله بواسطة غيره في مقابل الاجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استعمالاً(4).

وهذه العناصر مأخوذة من الحديث المعروف الناس مسلطون على أموالهم(5) في الفقه الاسلامي ويأتي تحقيق ذلك.

الرابع: أوصاف الملكية

قال السنهوري يقال عادة أن حق الملكية له خصائص ثلاث فهو حق جامع وهو حق مانع وهو حق دائم وكان يقال قديماً أن الملكية حق مطلق وقد رأينا أن الملكية على العكس من ذلك مقيدة إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية(6) ثم فسّر الاول بالانتفاع بالشيء بالملكية واستغلاله والتصرف فيه والمالك له أن يصنع بملكه ما يشاء إلا ما منع منه القانون فالاصل في الملكية الاباحة والتحرير هو الاستثناء وفسر الثاني بانها حق مقصور على المالك دون غيره فلا يجوز لاحد أن يشاركه في ملكه أو أن يتدخل في شؤون ملكيته ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لشخصين في وقت واحد وفسر الثالث بان الملكية حق دائم قال فانما نقصد أنها حق

(1) النجم/21.

(2) طه/50.

(3) مصباح الفقاهة ج 2 ص 20.

(4) الوسيط ج 8 ص 496.

(5) عوالي اللئالي ج 1 ص 222 الرقم 99.

(6) الوسيط ج 8 ص 528.

دائم بالنسبة الى الشيء المملوك لا بالنسبة الى شخص المالك ذلك أن الملكية تبقى ما دام الشيء المملوك باقياً ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء أي بهلاكه فهي إذن حق دائم بالنسبة الى الشيء المملوك فما دام هذا الشيء باقياً لم يهلك فهي دائمة لا تزول⁽¹⁾.

وقيل في معنى الدوام أنه عبارة عن بقاء الملك ولو لم يستعمل المالك مملوكه ولم يستخدمه في شيء⁽²⁾ وقيل أنه عبارة عن بقاء الملك لمالكه في طول الزمان ولا ينتقل الى الغير بلا سبب ملك⁽³⁾ ولكن هذه الاوصاف لم تبقى على اطلاقها وارسالها كما يأتي.

الخامس: التقييدات الواردة على الملكية

بعد ظهور المجتمعات البشرية وحركة الحقوق من شكلها الفردي الى شكلها الاجتماعي وبعد تعديل اصالة الفردية واصالة الحاكمية والارادة للفرد وردت تقييدات على عناصر الملكية واوصافها ولم تبقى على اطلاقها وارسالها قال السنهوري كان يقال قديماً أن الملكية حق مطلق وقد رأينا أن الملكية على العكس من ذلك حق مقيد اذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون وأن يقوم للملكية من وظيفة اجتماعية⁽⁴⁾ وقال لما كان حق الملكية كما قدمنا حقاً غير مطلق فإن القيود التي ترد عليه من شأنها أن تؤكد هذا المعنى وقد تعددت هذه القيود وتنوعت وتكثرت بخاصة في العهود الاخيرة⁽⁵⁾ وأما التقييدات الواردة على الملكية فهي:

الف: التقييد في التصرف في المملوك رعاية التصرف للمالك المجاور في ملكه.
فإذا كان التصرف في الملك موجباً لمنع الآخرين من التصرف في ملكهم فهذا التصرف ممنوع الى أن يصير التصرف للآخرين ممكناً⁽⁶⁾.

ب: المنع من فتح الباب الى الجدار المجاور المملوك له.
فان المالك للدار ليس له أن يفتح باباً من داره الى الدار المجاور ولو كان الباب من الجدار ملكاً له فان هذا التصرف من جداره المملوك له ممنوع في القانون.

ج: المنع من التصرف في الشقة المملوكة.
ورد في القانون من المادة 125 من القانون المدني أن التصرف في الشقة المملوكة الواقعة في العمارة ذات شقق ممنوع إلا مع موافقة سائر الملاك للشقق أو موافقة أكثرهم ولو كان التصرف في الشقة المملوكة له لا في شقة الآخرين⁽⁷⁾.

د: التقييد من جهة الاشاعة.

الاشاعة في الملك تحصل من الشركة في الملكية فإذا كان الشيء مملوكاً لاكثر من واحد فالملكية لهم مشاعة أي منتشرة في جميع اجزاء الشيء المملوك وكل جزء منه ملك مشترك بينهم على مقدار سهامهم من الملك فإن كان المالك اثنين فالاشتراك في النصف وهكذا ولكن الاشاعة في الملك توجب تقييداً في اوصاف الملكية فليس لأحدهم التصرف في المشاع إلا مع إذن الشركاء فإذا كان الملك جداراً فليس لأحدهم فتح نافذة أو شباك أو بناء شيء عليه أو وضع شيء عليه إلا بإذن الآخرين كما أنه إذا

- (1) المصدر السابق ص 529.
- (2) محمد جعفر جعفري لنگرودي حقوق وأموال ص 536.
- (3) الوسيط ج 8 ص 539.
- (4) الوسيط ج 8 ص 529.
- (5) المصدر السابق.
- (6) ناصر كاتوزيان دروه مقدماتى حقوق مدنى ص 128.
- (7) المادة 133 من القانون المدني.

أجر أحد الشريكين نصيبه من الملك المشاع فليس له تسليم العين المستأجرة إلا بأذن شريكه.

وقال السنهوري فيما إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة أما باقي الشركاء فإنهم يعتبرون من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في المال الشائع وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال⁽¹⁾.

هـ : التقيد في سطح الأرض علواً وعمقاً.

الأصل في من يملك أرضاً أن يكون مالكاً لما فوقها ولما تحتها وقد أكدت هذا المعنى المادة 1/922 من القانون المدني إذ تقول: كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض اقامه على نفقته ويكون مملوكاً له⁽²⁾.

ولكن يجوز أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها وأن تكون ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً.

وليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه ومن ذلك اضطرار مصلحة التلفون إلى إيصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو شركة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال قال السنهوري لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التلغرافية فوق أرضه إذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضرراً وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم 93 لسنة 1939 الخاص بإنشاء الخطوط الكهربائية وحمايتها⁽³⁾.

ولا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات في أثناء طيرانها فوق أرضه فهي تحلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث ضرراً وصوتاً أزيزاً وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضرراً كافياً لطلب منعها وإلا تعطلت الملاحة الجوية⁽⁴⁾.

وليس له أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه فإذا اضطرت مصلحة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال⁽⁵⁾.

و: التقيد من قبل الاتفاقيات.

الاتفاقيات الصادرة من الأفراد والحكومات نافذة مشروعة ما لم يمنع منها الشرع أو القانون الوضعي المقبول لدى الشرع وعليه فللمالك تقيد تصرفاته وتصرفات غيره من ملكه ما لم يكن مخالفاً للمشروع كما إذا اشترط في عقد البيع عدم كون المشتري مالكاً للبيع فلا ينفذ هذا الشرط.

وأما إذا كان الشرط غير مخالف للمشروع فينفذ ومن ذلك عقد الإجارة فإنه من العقود النافذة للمنفعة إلى المستأجر فليس للمالك بعد إجارة ملكه التصرف فيه لأن الإجارة حجبته عن التصرف.

(1) الوسيط ج 8 ص 879.

(2) الوسيط ج 8 ص 570.

(3) الوسيط ج 8 ص 573.

(4) الوسيط ج 8 ص 574.

(5) الوسيط ج 8 ص 576.

ومن ذلك منع المالك من التصرف في أرضه لاستخراج المعادن منها فإن المعادن حسب القانون في المعادن قسمت على ثلاثة أقسام وللمالك التصرف في قسم منها وليس له التصرف في جميعها ولو كانت في أرضه المملوكة له (1).

إلى غير ذلك من العقود الشرعية والاتفاقيات المانعة من تصرف المالك في ملكها وكذلك الشروط الواقعة في ضمن العقود التي يوجب تقييداً لتصرف من انتقل إليه الملك بالعقد الواقع فيه الشرط.

والحاصل من جميع ما تقدم أن حق الملكية لم يبق على إطلاقه بل وردت عليه تقييدات كثيرة.

قال السنهوري في ذلك فهناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء بل تبيح تدخل الغير في ملكه من ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور وما يفرضه على الجار في أن لا يجاوز مضار الجوار المألوفة ومن مراعاة مسافة معينة في فتح مظل على جاره ومن ذلك جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها للمنفعة العامة بعد أن يدفع للمالك مقدماً تعويض عادل ومن ذلك ما هو مقرر من أن للملكية وظيفة اجتماعية يفرض على المالك القيام بهذا ومن ذلك حق الشفعة وحق الاسترداد ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي ومن ذلك التسعير الجبري وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمن لا يجاوز حداً معيناً (2) إلى غير ذلك من التقييدات التي ذكرها.

السادس: أقسام الملكية

قسموا الملكية إلى أقسام من جهات عديدة منها تقسيمها من جهة التنوع في المالك كالمالكية في الحكومة ومالكية المسلمين الأرض مفتوحة عنوة ومالكية المجتمع للشوارع والطرق ومالكية الفرقة كالفقير في الزكاة ومالكية الجهة كالمالكية في المساجد والمدارس والمالكية الفردية ومنها تقسيمها من جهة التنوع في المملوك كالمالكية للعين والمالكية للمنفعة ومنها تقسيمها من جهة التنوع من الأسباب المملكة كالمالكية من سبب العمل والمالكية من سبب العقد والمالكية من سبب الحاجة ومنها تقسيمها من جهة الزمان كالمالكية الدائمة والمالكية الموقته والمقصود في البحث والدراسة هنا هو التقسيم الأخير بالنسبة إلى المالكية في العين والمالكية في المنفعة.

ولكن يبقى سؤال وهو أخذ الزمان قيداً في الملكية مع أن الدوام وصف من أضافها على ما تقدم والاجابة على هذا السؤال يظهر مما تقدم من كون الملكية من الامور الاعتبارية التي سعتها وضيقتها باعتبار معتبرها بانها لم تنبثق على اطلاقها وارسالها بل وردت عليها تقييدات كثيرة قد تقدمت الاشارة الى بعضها وبصحة اشتراط التوقيت في الملكية عند انتقالها الى الغير كما إذا اشترط البايع في عقد البيع على المشتري أن لا يبيع إلى مدة معينة أو اشترط ايجار بعضه كذلك يمكن تقييد التملك بالزمان الخاص فيبيع الدار بشرط أن يكون مالكا في شهر من العام فالتملك في العقود المملكة إذا كان مطلقاً فيفيد الدوام وإذا كان مقيداً يكون محدوداً بذلك القيد والمصحح لهذا التقييد عدم أخذ الدوام في الملكية لا في ذاتها ولا في أوصافها الذاتية حتى يكون التقييد بزمان خاص منافياً للعقد مبطلا له فالاركان في الملكية الزمانية ثلاثة:

(1) محمد جعفر لنكرودي حقوق واموال ص358.

(2) الوسيط ج8 ص532.

الاول: التملك.

الثاني: الزمان المعين.

الثالث: الحصة المتملكة من العين.

والتملك الزمني قد يتعلق بالعين وقد يتعلق بالمنفعة بتبع العين ويتحقق الاول بسبب حصول أحد العقود الممكنة للعين كشراء دار مثلا في زمان مخصوص والثاني بما إذا كانت دار مملوكة مشتركة بين اثنين وحصل بينهما اتفاق على سكنى أحدهما في زمان وسكنى الآخر في زمان آخر ويأتي تحقيق ذلك في المباحث التالية ويصح تقسيم الملكية الى دائم ومؤقت كما صح تقسيمها الى الأقسام المتقدمة.

كما أنه يشترط في عقد التملك الزمني كل ما يشترط في العقود بلا فرق بينها وما هو السبب في تحقق الاثر في العقد المطلق هو السبب في تحقق الاثر في العقد المقيد بالزمان ولا فرق بين العقدين في الصحة والاثر عرفاً وشرعاً والعقد في التملك الزمني كالعقد في غيره وان اختلف الفقهاء في السبب المؤثر في العقد هل السبب هو اللفظ الموضوع له عرفاً فيحصل الاثر المطلوب من العقد باللفظ الموضوع لذلك العقد عرفاً كما اختاره المحقق النائيني⁽¹⁾ أو أن للعقد مراتب من الوجود وجود اعتباري قائم بالنفس ووجود لفظي انما يحتاج اليه لظهور ذلك الوجود الاعتباري فالارادة القائمة بالنفس هي السبب المؤثر لايجاد مضمون العقد كما اختاره المحقق الخوئي⁽²⁾ أو أن السبب انما هو حكم العرف والعقد مقدمة له فتمام السبب هو حكم العرف بعد قصد العاقد ايجاد مضمون العقد وابرازه باللفظ كما اختاره آخر⁽³⁾

وكيف كان فما هو السبب المؤثر في العقود هو السبب المؤثر في عقد التملك الزمني.

السابع: المباني الفقهية لتصحيح التملك الزمني

يمكن الاستدلال لتصحيح عقد التملك الزمني بوجوده الاول الحديث المعروف المقبول عند الفقهاء الناس مسلطون على اموالهم⁽⁴⁾ دل هذا الحديث على سلطة الناس في اموالهم فلم تصرف فيها وإن الشارع اقر كل التصرفات من المالك في ماله إلا ما منع عنه بدليل كالربا والاتلاف بلا غرض وغير ذلك من التصرفات الممنوعة شرعاً فالاطلاق في نفوذ التصرفات حاكم إلا التصرف الممنوع فان الاطلاق يقيد به فالمستفاد من الحديث حاكمية الارادة للانسان في التصرف في ماله وأن التصرف نافذ كيفما اراده المالك فالعقد الصادر من الانسان الناشئ عن ارداته يقع كيفما اراد العاقد فإن أراد الاطلاق والدوام في التملك تكون الملكية المنتقلة بالعقد مطلقة ودائماً وإن أراد التقييد فيه تكون الملكية مقيدة ولا فرق في القيود بين الزمان وغيره فالتملك في زمان خاص من المالك تصرف في ملكه حسب ارادته فيكون نافذاً شرعاً حسب دلالة الحديث على نفوذ كل تصرف صدر من المالك في ماله وقد استفاد فقهاؤنا الاطلاق من الحديث وحكموا بنفوذ تصرفات المالك في ماله ما لم يمنع عنه دليل قاطع وتوجيه ذلك على ما ذكره بعضهم أن في اطلاق دلالة الحديث وجوه ثلاثة ذهب الى كل منها ذاهب الاول تشريع السلطنة للمالك في انحاء تصرفاته كما وكيفاً فإذا شك في جواز بيع ماله في مورد امكن دفع الشك بهذا الحديث وكيفية انشائه تصرف في المال

(1) محمد تقي آملی المكاسب والبيع تقريرات النائيني ص 278.

(2) السيد أبو القاسم الخوئي مصباح الفقاهة ج 2 ص 51.

(3) حسين فشقائي شيوه تفسير قرار دادهاي خصوصى بخش 2 ص 68.

(4) عوالي اللئالي ج 1 ص 222 الحديث 99.

مشروع بمقتضى جعل السلطنة ويستفاد عمومه لجميع التصرفات من حذف المتعلق وهو التصرف إذا السلطنة التشريعية على الأموال كناية عن السلطنة على التصرف فيها فيدل الحديث على امضاء جميع الاسباب المتداولة عند العرف ومال الى هذا الوجه صاحب البلغة وصاحب العروة وهو ظاهر صاحب الجواهر في بحث المعاطاة. الثاني أن الحديث في مقام تشريع انحاء التصرفات كما لا كيفاً فللمالك السلطنة على بيع ماله واجارته وهبته ولكن لو شك في اعتبار صفة خاصة فيها أو حصولها بالتعاطي لم يكن الحديث متكفلاً لرفع هذا الشك لعدم كونه في مقام تشريع الاسباب وتنفيذها وهذا الوجه مختار الشيخ الانصاري في بحث المعاطاة. الثالث أن الحديث في مقام بيان سلطنة المالك بما هو مالك على التصرفات المشروعة في أمواله في مقابل الحجر فليس الحديث في مقام تشريع السلطنة لا كما ولا كيفاً حتى يتمسك به لرفع الشك في أصل جواز تصرف خاص في المال ولا في كيفية وقوعه بل لابد من احراز مشروعية التصرفات واسبابها بوجه آخر. وهذا الوجه مختار المحقق الخراساني في حاشيته على المكاسب وظهر الوجوه هو الوجه الاول وذلك لان حذف المتعلق يدل على العموم كما تقدم والسلطنة في الحديث تشريعية لا تكوينية كما أن المراد منها السلطنة الوضعية لا التكوينية لعدم السلطنة على التكليف الشرعي، وأن الاصل في الكلام التأسيس لا التأكيد. فإذا تحققت هذه الامور كان المستفاد من الحديث الاطلاق كما وكيفاً إذ لا قرنية، على ارادة تصرف خاص من متعلق السلطنة وحذفه يفيد العموم وحمله على خصوص الانواع دون اسبابها بلا قرنية بل الحذف والتأسيس قرينتان على العموم إذ لو حمل على خصوص الانواع لزم كون الحديث مؤكداً لا مؤسساً واطلاق السلطنة يشمل جميع انحاءها حتى اخراج المال عن ملكه كابقائه إذ لا فرق في نظر العقلاء في السلطنة على المال بين الابقاء والاخراج⁽¹⁾. وذكر المحقق الاصفهاني في توجيه الاطلاق في الحديث أن اطلاق الحديث لا يكون بلحاظ الكم خاصة بل اطلاقه بلحاظ الكيف أقوى منه بلحاظ الكم، وذلك لأن السلطنة على البيع مثلاً باعتبار تخصصها بمتعلقها تكون حصة من طبيعي السلطنة ولما كان البيع المتحقق بالمعاطاة حصة من طبيعي البيع قطعاً كانت السلطنة على هذه الحصة حصة من طبيعي السلطنة فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكويني والوضعي لذي المال وهو المتحقق لحقيقة السلطنة فلا محالة تكون الاسباب ملحوظة أما ابتداء بنفسها أو بتبع لحاظ المسببات المفروضة حصصاً وبهذه الاعتبار لها نفوذ ومضى ولا نفوذ ولا مضي الا بملاحظة الاسباب ولو من حيث القيدية المحصنة للملك والمحصنة للسلطنة⁽²⁾.

وعلى ذلك فيصح التمسك باطلاق الحديث فيما إذا شك في نفوذ تصرف خاص للمالك كما إذا شك في صحة تملك ماله مقيداً بزمان خاص فيرفع الشك باطلاق الحديث ويحكم بصحة هذا التصرف ونفوذ هذا العقد فالتملك الزماني سواء وقع بعقد البيع أو الهبة المعوضة أو غيرها من العقود الشرعية صحيح نافذ بمقتضى الاطلاق في الحديث ويمكن ايقاعه بعقد الصلح أيضاً فإنه من العقود الشرعية وأن اختلف في كونه عقداً بنفسه أو مندرجاً تحت عقد من العقود الشرعية⁽³⁾ وكيف كان فيغتفر في الصلح ما لا يغتفر في غيره من العقود ويكون أوسع من غيره ويصح الصلح فيما لا يصح بغيره من العقود.

(1) سيد محمد جعفر مروج هدى الطالب ج 1 ص 401.
 (2) الشيخ محمد حسين الاصفهاني حاشية المكاسب ج 1 ص 26.
 (3) فتح القدير ج 7 ص 47 مشارق الاسلام ص 147.

بل يمكن التملك المؤقت بعقد البيع أيضاً لأن البيع النقل والانتقال كما عن بعض⁽¹⁾ والمبادلة بين الثمن والمثمن كما عن آخر⁽²⁾ وغير ذلك مما ذكروا في تعريف البيع فإن قيد الدوام لم يؤخذ في مفهوم المبادلة ولا في مفهوم النقل ولا في مفهوم الملكية فالتقييد بالزمان لا ينافي ذلك كله فلا منع عرفاً ولا شرعاً من كون الملكية المنتقلة بالبيع مقيدة بالزمان فالمفهوم في النقل والانتقال والمبادلة لم يؤخذ فيه قيد الدوام والدوام مستفاد من اطلاق عقد البيع لا أن نفس العقد وذاته مقيد بالدوام حتى ينافيه التقييد بالزمان فلا منع في تقييد اطلاق البيع لا من ناحية مفهوم الملكية ولا من ناحية مفهوم البيع ولا من ناحية عقد البيع وبهذا يصح عقد التملك الزمني بايقاعه مبيعاً كما صح ايقاعه صلحاً أو هبة معوضة أو غير ذلك من العقود الشرعية.

الوجه الثاني: العقد العرفي

ويمكن تصحيح التملك الزمني بوجه آخر وهو أن التملك الزمني قد استقر عليه بناء العقلاء وتلقاه العرف بالقبول فهو عقد صحيح عند العرف والعقلاء ويكون من العقود العرفية وقد أمر الله تعالى في الكتاب العزيز بالوفاء بالعقود العرفية فقال تعالى: (أوفوا بالعقود)⁽³⁾.

فالوفاء بكل عقد عرفي واجب شرعاً والتملك الزمني عقد من العقود العرفية فيجب الوفاء به ولا دليل على اختصاص هذه الآية بالعقود المتعارفة في عصر النزول حتى يكون الخطاب فيها على نحو القضية الخارجية بل الظاهر منها أنها على نحو القضية الحقيقية لأن الخطاب الوارد من الشرع ظاهر في التشريع والتقنين وبيان الحكم الشرعي لا الاخبار بما هو موجود في الخارج حتى يكون الآية في مقام الاخبار المنافي لشأن الشارع في تشريعه.

فيكون الظاهر من الآية وجوب الوفاء أي الالتزام بمضمون كل عقد عرفي إلا أن يمنع عنه دليل قاطع كما في العقد الربوي مثلاً الممنوع شرعاً.

الوجه الثالث: قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض)⁽⁴⁾ نهى الله تعالى عن أكل المال بالباطل واستثنى منه التجارة عن التراضي فالتجارة عن تراض غير ممنوعة وتكون صحيحة نافذة بحكم الاستثناء والتملك الزمني تجارة عرفية صادرة عن تراضي الطرفين فيها وقد استقر على صحتها ونفوذها العرف والعقلاء فتكون صحيحة و نافذة بحكم الآية المباركة.

الوجه الرابع: الحديث المشهور المسلمون عند شروطهم⁽⁵⁾ حيث أن المستفاد منه لزوم الوفاء بالشروط وان المسلم يجب عليه الالتزام والعمل بالشروط الذي وقع عليه العقد ولأريب في أن التملك مقيداً بزمان خاص شرط فيجب الوفاء به بمقتضى الحديث.

الوجه الخامس: اصالة اللزوم بمعنى أن الاصل في كل عقد اللزوم ووجوب الوفاء إلا أن يمنع عنه دليل واضح فكل عقد صدر من أهله ووقع في محله عرفاً يجب الوفاء به شرعاً وتوجيه هذا الاصل كما قرره الشيخ الأنصاري بان الملك إذا حصل فلا يزول للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الاصلية وأن انقسام الملك الى

(1) الشيخ الطوسي المبسوط ج 2 ص 76 والمحقق الحلي شرائع الاسلام ج 2 ص 13.

(2) الشيخ محمد حسن النجفي جواهر الكلام ج 22 ص 208 والشيخ الأنصاري المكاسب ص

79

(3) المائدة/1

(4) النساء/28

(5) وسائل الشيعة ج 13 ص 90.

المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في السبب(1)

واستدل الشيخ على اللزوم في العقود باستصحاب الملك المتحقق بالعقد وكفاية كون الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك وبالجمله فلا اشكال في اصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعاً وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائر كالصالح من دون عوض والهبة(2).

ثم استدل بالحديث المشهور الناس مسلطون على أموالهم(3) ولايحل مال امرء الا عن طيب نفسه(4) وقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض)(5) والحديث في خيار المجلس البيعان بالخيار ما لم يفترقا(6) وقوله تعالى: (اووفوا بالعقود)(7) والحديث المؤمنون عند شروطهم(8) استدل بذلك كله على اللزوم في العقد وإن الاصل في كل عقد لزوم الوفاء بمضمونه وعقد التملك الزمني عقد من العقود وهذا الاصل يحكم باللزوم وفيه وجوب الوفاء بمضمونه.

الوجه السادس اصالة الصحة

اصالة الصحة من الاصول الجارية في المعاملات والعبادات وقد استقر عليها العرف والعقلاء وامضاها الشارع ومعناها أن كل عقد صدر من أهله وشك في صحته وبطلانه فالاصل على صحته وذكر السيد اليزدي أن الدليل على هذا الاصل هو الاجماع والسيرة واختلال النظام لولاه(9) وقد تسالم الفقهاء على هذا الاصل في العقود ولكن اختلفوا في اختصاصه بالعقود المتعارفة في عصر الشارع أو عمومها لكل عقد عرفي في كل عصر واختار الاول صاحب الجواهر(10) واختار الثاني جماعة من الفقهاء منهم السيد اليزدي بدعوى أن الصحة في العقود لا تحتاج الى البيان والذي يحتاج اليه البيان إنما هو الفساد فإن كان العقد فاسداً لزم على الشارع البيان فعدم البيان في عقد دليل على صحة ذلك العقد لأن العقود عرفية ومبناها حاجات الناس في معاشهم وليس الشارع مبدعاً للعقود بل المبدع لها إنما هو العرف والعقلاء حسب حاجاتهم اليها فكل عقد ابدعه العرف قضاء لحاجته وبني على صحته يكون صحيحاً شرعاً إلا إذا ظهر فساده بدليل واضح فيكون باطلاً(11) وحيث أن التملك الزمني من العقود العرفية لمسيب الحاجة اليه فيكون صحيحاً بمقتضى اصالة الصحة في العقود وقال بعض أن الحاجات الاجتماعية والاقتصادية اوجبت صحة العقود العرفية للحفاظ على المنافع العامة للمجتمع(12).

(1) المكاسب للشيخ الأنصاري ج3 ص52 ط مجمع الفكر الاسلامي.

(2) المصدر السابق ص53.

(3) عوالي اللئالي ج3 ص208 الحديث 49.

(4) المصدر السابق ج2 ص113 الحديث 309.

(5) النساء/29.

(6) وسائل الشريعة ج12 ص245 الباب 1 من أبواب الخيار الحديث 1 و2.

(7) المائدة/1.

(8) وسائل الشريعة ج15 ص30 الباب 2 من أبواب المهور الحديث 4.

(9) العروة الوثقى ج2 ص180.

(10) جواهر الكلام ج23 ص213.

(11) العروة الوثقى ج2 ص313.

(12) قواعد عمومي قرار دادها ص358.

واستدل الشيخ الانصاري بعموم ادلة البيع وادلة العقود على هذا الاصل وأن مقتضى الاطلاق والعموم في هذه الادلة صحة كل عقد من أهله(1) وقال المراغي لاريب أن المعاملات إنما هي أمور ضرورية للتعيش وليس من مخترعات الشرع بل لاريب في أن المكلفين يحتاجون الى نقل الاعيان بعوض أو بدونه وكذلك المنافع بعوض أو بدونه ويحتاجون الى الشركة والاسترباح والاجارة والعارية والوكالة والشركة والمضاربة والنكاح والزراعة والمساقاة والجمالة وغير ذلك من العقود ولا يخفى على كل من له دراية أن هذه كلها من الامور المتداولة بين الناس على اختلاف الأنواع والأشخاص بل قد تداول بينهم ما ليس داخلًا تحت هذه العقود المعنونة في الفقه فانهم يستعملونها على حسب حاجاتهم وبعضها يمكن تخريجها بحيث يدخل تحت أحد المذكورات وبعضها مما لا يمكن فيعلم من ذلك تداول هذه الامور في زمن الشارع أيضاً فلو كان المشكوك فيه حراماً وفساداً لم يقرر الشارع لهم على ذلك مع أن ظاهر اتصال هذا التداول الى زمن الشارع كون الشارع قد قرره على ذلك وتقريره دال على صحته وامضاء الشارع له وهو مبنى ترتب الاثر(2).

ثم أنه استدل على اصاله الصحة مضافاً الى ذلك بعموم الحديث المتقدم الناس مسلطون على اموالهم(3) بدعوى صحة جمع التصرفات الصادرة من المالك في ماله وتقرير الشارع للصحة بمقتضى العموم في هذا الحديث.

واستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: (اوفوا بالعقود)(4) بدعوى أن الايجاب والقبول الواقعين بين المكلفين داخل في العقود فتعم الآية كل عقد وظاهر الامر وجوب الوفاء بكل عقد وكل ما وجب الوفاء به من المكلفين فهو صحيح(5) وإذا ثبت اصل الصحة في كل عقد فالعقد في التمليك الزمني صحيح بمقتضى هذا الاصل.

وقد تبين من الوجوه المتقدمة نفوذ عقد التمليك الزمني وصحته وعدم المنع منه عقلاً وشرعاً.

ثم أن القائل بالصحة غير محتاج الى الاستدلال والذي يحتاج اليه إنما هو القائل بالفساد وذلك لأن القائل بالفساد لابد عليه من اثبات كون الدوام من مقتضيات الملكية وذاتياتها حتى ينافيه التقييد بالزمان والتوقيت به واما القائل بالصحة فلا يلزم عليه اثبات شيء حتى يحتاج الى الاستدلال ومن المعلوم أن اصاله العدم في جنب القول بالصحة كما أن اصل اللزوم في العقود واصل الصحة في العقود أيضاً في جنبه هذه مضافاً الى ما تقدم من عدم أخذ الدوام في مفهوم الملكية ولا في ذاتها وطبيعتها وعلى هذا الاساس اجاب صاحب الجواهر عما اعترض على رجوع الموقوف الى الواقف أو الى ورثته بعد موته حين انقراض الموقوف عليهم في الوقف على ينقرض غالباً والاعتراض هو أن رجوع الموقوف الى الواقف يستلزم عدم الدوام في الملكية في الوقف وإذا خرج شيء عن ملك أحد فرجوعه الى ملكه ثانية يحتاج الى سبب مملك والجواب عن الاعتراض هو أن دعوى الدوام في الملكية واضحة الفساد إذ السبب المملك في الوقف على من ينقرض عليه اقتضى الملكية الموقته والمقيدة لا غيرها فلا مانع عن رجوع العين الموقوفة الى الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم كما في

(1) المكاسب للشيخ الانصاري ج 3 ص 350. ط مجمع الفكر الاسلامي.

(2) العناوين ج 2 ص 7.

(3) عوالي اللئالي ج 1 ص 222 الحديث 99.

(4) المائدة/1.

(5) العناوين ج 2 ص 10.

رجوع البيع الى البايع بعد الفسخ أو الاقالة فان الرجوع اليه ليس بسبب مملك جديد⁽¹⁾.

ولو كان الدوام في ذات الملكية لزم عدم رجوع المبيع الى البائع بعد الفسخ والاقالة لعدم تحقق سبب مملك فان الفسخ أو الاقالة ليسا من اسباب المملكة بل سببان لازالة العقد السابق ورفع اثره فيرجع المبيع الى البايع بعد ما كان ملكاً للمشتري.

ويظهر من ذلك أن الدوام ليس من طبع التملك بل التملك بالنسبة الى الدوام والتوقيت مطلق ومرسل ويمكن تقييده بالدوام كما يمكن تقييده بالزمان فان قيد بالاول يكون دائماً وأن قيد بالثاني يكون مقيداً وأن لم يقيد بشيء فلا اقتضاء فيه من حيث الدوام والتوقيت إلا أن اطلاق العقد يحمل على الدوام فالاطلاق امر زائد على ذات الملكية فيكون كالدليل الخارج.

اضف اليه أن الملكية من الامور الاعتبارية التي تقدم بيانها فهي ربط اعتباري بين المالك وماله والحدوث والبقاء فيها وكذا سائر خصوصياتها من الدوام والتوقيت كلها امور اعتبارية والمعتبر لها العرف والعقلاء أو الشرع فللمعتبر اعتبارها كيف اراد وتكون الملكية في سعتها وضيقها وخصوصياتها تابعة لاعتبار المعتبر فإذا اعتبر العرف الملكية مقيداً بالزمان ومقيداً به فله ذلك ويكون الوجود الاعتباري للملكية هو ما اعتبره العرف والاعتبارات العرفية إذا لم يمنع عنها الشارع يكون نافذة بل ممضاة شرعاً لأن عدم المنع من الشرع بالنسبة الى الاعتبار العرفي يكفي في صحته ونفوذه قال السيد الجنوردي أن المالكية امر اعتباري قابل للتوقيت والتأييد وهي تابعة لاعتبار الشارع أو العقلاء⁽²⁾.

وأول دليل على امكان شي وقوعه وقد وقع التقييد في الملكية في الفقه وفي القانون الوضعي كثيراً وقد تقدم بيان بعضها تحت عنوان التقييدات العارضة للملكية حيث تسلمها الفقهاء بالقبول فالملكية المقيدة بالزمان أيضاً أمر عرفي ولم يمنع عنها الشرع فتكون نافذة وصحيحة.

الاستدلال على فساد عقد التملك الزمني

استدل على فساد العقد التملك الزمني بان الدوام مأخوذ في مفهوم الملكية فلا يصح تقييد التمليك بالزمان وتوقيته بمدة قال السنهوري أن التوقيت وصف لاحق لجميع الحقوق الشخصية والعينية ومن الحقوق القابلة للتوقيت حق المنفعة ويمكن تقييد هذا الحق بالزمان والحق العيني الذي لا يصح تقييده بالزمان انما هو حق الملكية لان طبيعة الملكية تقتضي الدوام⁽³⁾ وقال أيضاً لو فرض تقييد التملك بمدة كسنة مثلاً فالمالك في هذه المدة لابد وأن يكون مالاً لجميع عناصر الملكية ومنها الاتلاف فهل للمالك في هذه المدة اتلاف العين المملوكة أم ليس له ذلك فان كان له ذلك فليس بعد الاتلاف من المملوك عين ولا اثر حتى تنتقل الملكية الى غيره فيصير بعده مالاً له وأن لم يكن له اتلاف العين فليس للمالك جميع عناصر الملكية وليس المالك مبسوط اليد في التصرف في ملكه فيلزم من التوقيت في المالكية أحد المحذورين أما عدم بقاء العين حتى تنتقل الى غيره حسب التقييد والتوقيت وأما منع المالك من التصرف في ماله فلا يصح تقييد المالكية بالزمان⁽⁴⁾.

(1) جواهر الكلام ج 28 ص 55 - 58.
(2) السيد حسن الجنوردي القواعد الفقهية ج 4 ص 342.
(3) نظرية العقد ج 3 ص 96.
(4) المصدر السابق ص 540.

ويجاب عن الاول بما تقدم من عدم أخذ الدوام في ذات الملكية وطبعها بل الملكية من حيث الدوام والتوقيت مطلقة والدوام والتوقيت قيدان خارجان عن ذاتها قابلان للحقوق بها فيمكن تقييد الملكية بوقت خاص كما يمكن تقييدها بالدوام وهذا هو معنى الاطلاق في عقد التمليك فالعقد التمليكي مطلق من حيث الدوام والتقييد.

كما يمكن رد الاستدلال الثاني بان الاتلاف غير التصرف المشروع في المال والمنع عن الاتلاف لا يلزم حجر المالك عن التصرف في ماله فلا محذور في منع المالك عن اتلاف ماله وبقاء حق التصرف له كما أن المالك ممنوع عن اتلاف ماله الدائم بلا غرض عقلائي فليس له احراق داره وما فيها من الاحوال الثمينة سفهاً بدعوى أنه مالك وأن المال ملكه فله اتلافه متى شاء وكيف شاء فكما أن المنع عن الاتلاف في الملك الدائم لا يوجب حجب المالك عن التصرف في ماله كذلك منع المالك في الملك الموقت لا يوجب حجبه عن التصرف اذف اليه أن المالك في الملك الدائم المشاع المشترك بين اثنين ليس له اتلاف المال المشاع بينهما مع أن المالكية في حقه تام ودائم.

كما أن المالك إذا أجر ملكه في مدة ليس له اتلاف ملكه في ذلك المدة بدعوى أن المال ملكه فالمالك محجور عن اتلاف ماله ولا يستلزم ذلك خللاً في مالكيته فكما يمكن منع المالك عن التصرف في ملكه في مدة الاجارة ولا يلزم ذلك زوال الملكية فكذا يمكن تقييد الملكية بالزمان ومنع المالك عن الاتلاف في ذلك الزمان ولا يلزم ذلك خللاً في الملكية ولا زوالها وقد تقدم صحة تقييد الملكية في موارد استقر عليها العرف والشرع مضافاً الى أن الدليل اخص من المدعي إذ اتلاف العين في بعض الموارد ممكن والمالكية مطلقة دائمة كما في المياه المتملكة بالزمان المتقدم وصفها في أول البحث المسماة بالفتات فان المالك للماء في الزمان المخصوص له اتلاف ماله بأرسال الماء في أرض بائرة لآزرع فيها فالملكية تامة والمالك قادر على اتلاف ماله ولا يلزم منه محذور.

كما أن الاتلاف قد يكون ممنوعاً والملكية موقته مقيدة كما إذا تملك اثنان ارضاً زراعياً ثم انفقا على أن تكون الأرض لاحدهما ستة أشهر من العام وللآخر بعده ستة أشهر فيتصرف الاول في الأرض ويزرعها في زمانه المخصوص به ثم يتصرف فيها الآخر كذلك بعد ذلك وليس لهما اتلاف الأرض لعدم امكان الاتلاف وعدم تحققه فيها فالملكية موقته والاتلاف غير ممكن فلا يصح أن يقال أن الاتلاف مستلزم للمحذور فلا محذور في اجتماع الملكية الموقته وحق التصرف بل حق الاتلاف إذا كان غير ممنوع عقلاً وشرعاً.

قد تبين مما تقدم كله صحة عقد التملك الزمني ولا فرق فيها بين تملك العين بهذا العقد كما إذا اشترى شيئاً وتملكه في زمان خاص فيكون ملكاً له في ذلك الزمان وبين تملك المنفعة بتبع العين كما إذا كان شيئاً مملوكاً لاثنتين فيكون الملك بينهما مشاعاً لا يجوز لاحدهما التصرف فيه الا باذن الآخر فاتفقا واقتسما ذلك الشيء المملوك بينهما بالزمان مهياة بان تكون المنفعة لاحدهما في مدة ثم لآخر بعد ذلك في مدة فيصح من كل منهما التصرف في مجموع الملك مستقلاً وبلا حاجة الى الاذن من الآخر فهذا النوع من التملك الزمني المسمى في الفقه بالمهياة أيضاً صحيح وقد تقدم تفصيل ذلك كله.