

نگاهی دوباره به شرط دوام در مالکیت

سید احمد علی هاشمی^۱

تاریخ دریافت: ۹۶/۳/۳

تاریخ پذیرش: ۹۶/۵/۲۲

چکیده:

یکی از اوصاف مالکیت که فقهاء و حقوقدانان درباره آن به بحث پرداخته‌اند، ویژگی دوام مالکیت است. این ویژگی در کنار دو ویژگی اطلاق و انحصار، می‌تواند تا حدود زیادی بیان‌کننده مفهوم مالکیت باشد؛ منظور از دوام مالکیت آن است که وقتی مالی در ملکیت شخص داخل شد برای همیشه در ملک او باقی می‌ماند، مگر آنکه به یکی از اسباب انتقال مالکیت به دیگری انتقال یابد؛ و منظور از مالکیت موقت آن است که مالکیت شخص، مقید و محدود به زمان مشخصی شود به گونه‌ای که با سپری شدن آن مدت، مالکیت شخص، خود به خود و بدون هیچ سبب جدیدی زایل شود و مال به مالک دیگری منتقل شود؛ این ویژگی‌ها امروزه مفهوم پیشین خود را از دست داده و در موارد زیادی تخصیص خورده است. بی تردید به جز حق مالکیت، سایر حقوق عینی قابل تحدید و تقیید به زمان است مانند حق ارتفاق و حق انتفاع و اما در مورد حق مالکیت، این تردید اساسی وجود دارد که آیا مالکیت می‌تواند موقت باشد؛ برخی از فقهاء و حقوقدانان مالکیت را قابل تقیید به زمان ندانسته و مالکیت موقت را غیر معقول و باطل دانسته‌اند و برخی دیگر این نظر را نپذیرفته و از آن انتقاد کرده‌اند که در این مقاله به بررسی این دیدگاه‌ها پرداخته شده است.

کلمات کلیدی: مالکیت، مالکیت دائم، مالکیت موقت

۱ - دکتری حقوق خصوصی، عضو هیات علمی دانشگاه پیام نور، نویسنده مسئول.
رایانامه: hashemu.ahmaali@gmail.com

□ مقدمه

پیش از ورود به بحث باید در نظر داشت که «مالکیت» و «حق مالکیت» دو عنوان متفاوت بوده که معانی مختلفی دارند، چه آن که بر اساس دیدگاه بسیاری از اندیشمندان اسلامی، جدای از عنوان ملک چیزی به نام حق مالکیت وجود دارد که به تعبیر برخی می‌تواند کامل‌ترین حق باشد. چه آن که «حق» از حکمی وضعی یا تکلیفی انتزاع می‌شود، چنانچه حق تصرف و انتفاع از مالکیت انتزاع می‌شود. بر اساس این دیدگاه، حق مالکیت عبارت است از حقی که شخصی بر یک شیء معین مادی پیدا می‌کند و به مقتضای آن می‌تواند آن شیء را به کار گیرد و در چارچوب مقررات و قانون، مورد تصرف و بهره برداری قرار دهد.^۱ (ابراهیمی و حسینی ۱۳۸۱، ج ۱ صص ۵۶ و ۵۷) و منظور از اعتباری بودن مالکیت که مورد پذیرش برخی فقهاء، از جمله امام خمینی قرار گرفته این است (امام خمینی، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، صص ۲۵ و ۱۰).

مثلاً کتابی که در دست ماست یک واقعیت خارجی دارد، وجود ما که کتاب را در اختیار داریم نیز یک واقعیت خارجی است، از رابطه یا نسبت بین کتاب و خودمان واقعیت دیگری استفاده می‌شود که از مقوله حقایق خارجی نیست و بلکه اعتباری است، وقتی ما این کتاب را توسط نواقل شرعی به انتقال دیگری در می‌آوریم، از رابطه و نسبت بین آن فرد و کتاب مفهوم اعتباری دیگری استفاده می‌شود، این امر نشان دهنده آن است که این رابطه تغییر پذیر است. همچنین اگر مثلاً با تصویب قانونی در مجلس، مالکیت بر اراضی موات لغو شود، در این صورت خود اراضی تغییری نکرده، بلکه نسبت بین اراضی و اشخاص تغییر نموده است.

از نظر شیخ انصاری مالکیت از احکام شرعی به حساب نمی‌آید ولی حکم به ثبوت آن شرعی است. در جای دیگر فرمودند: «ملکیت عبارت است از اعتبار عرفی یا شرعی که معتبر در هنگام تحقق اسباب آن، آن را ملاحظه می‌کند.» (الانصاری، ۱۴۱۵، صص ۶۳)

حال آیا مالکیت، حقی همیشگی است یا می‌توان آن را مقید به زمان کرد؟ به عبارت دیگر آیا مالکیت موقت در حقوق و فقه قابل قبول است یا خیر؟ بی شک مالکیت افراد همواره در حال نقل و انتقال است و اموال در مالکیت افراد به سبب اسباب ناقله قهری یا اختیاری از شخصی به شخصی دیگر منتقل می‌شود؛ اما پر واضح است که منظور از دوام مالکیت در این جا این نیست که مالکیت افراد، زایل نشدنی بوده و همیشه در ملکشان باقی می‌ماند چرا که چنین معنایی با واقعیت خارجی همخوانی نداشته و هیچکس آن را نمی‌پذیرد و به این معنا، همه مالکیت‌ها جز مالکیت خدای تعالی موقتی است.

منظور از دوام مالکیت آن است که وقتی مالی در ملکیت شخص داخل شد برای همیشه در ملک او باقی می‌ماند، مگر آنکه به یکی از اسباب انتقال مالکیت به دیگری انتقال یابد؛ حال منظور از مالکیت موقت آن است که مالکیت شخص، مقید و محدود به زمان مشخصی شود به گونه ای که با سپری شدن آن مدت، مالکیت شخص، خود به خود و بدون هیچ سبب جدیدی زایل شود و مال به مالک دیگری منتقل شود؛ این امر مساله ای ایست که در این مقاله باید مورد بررسی قرار گیرد لیکن قبل از هر چیز می‌باید مفهوم و مبنای مالکیت مورد واکاوی قرار گیرد.

۱- مفهوم مالکیت

مالکیت، اصطلاحی است که برای اشاره به رابطه ای مخصوص بین شیء (مملوک) و شخص (مالک) به کار می‌رود. این رابطه اعتباری به مالک اجازه می‌دهد که از شیء مملوک استفاده کند و از آن بهره برد. به تعبیر دیگر، مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری مخصوص بین مالک و مملوک که به مالک حق می‌دهد انتفاعات ممکن را از آن ببرد در آن مال تصرف کند و کسی نتواند از آن جلوگیری نماید. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۴۲).

برخی از فقها تصریح کرده‌اند که لفظ مالکیت حقیقت شرعیه ندارد و برای شناخت مفهوم مالکیت نیازی به مراجعه به متون شرعی نیست؛ مرحوم نراقی در این باره می‌فرماید: «معنای مالکیت و مالیت و ملک و مال، معنایی عرفی و لغوی است که شناخت آن منوط به بیان شرع یا دلیل شرعی نیست، بلکه در این زمینه همانند سایر الفاظی که فاقد حقیقت شرعیه اند و باید به عرف و لغت مراجعه کرد» (نراقی، ۱۳۷۵، ش، ص ۱۱۳)؛ ایشان در کتاب دیگرش می‌نویسد: «مبنا در اینکه شیئی مال و مملوک باشد عرف است و دلیل شرعی در تعریف آن وجود ندارد». (نراقی، ۱۴۰۵، ق، ج ۲ ص ۳۷۱) دقت در کلام سایر فقهای که به تعریف مالکیت پرداخته‌اند نشان می‌دهد که، اگر چه آنان به این مطلب تصریح نکرده‌اند، اما در تعریف مالکیت به جای استناد به ادله شرعی، به ارتکاز عرف و عقلا و نیز برداشت عمومی مردم از مفهوم آن بسنده کرده‌اند. بنابراین مالکیت، مفهومی عرفی است و شارع مقدس نیز با توجه به همان معنا و مفهوم عرفی، احکام و آثاری را بر آن مترتب کرده است و لذا برای شناخت ماهیت آن باید به عرف مراجعه کرد.

از طرفی مالکیت در حقوق اسلام دارای مفهومی گسترده تر از مالکیت در حقوق رم است. مالکیت در حقوق اسلام نه تنها شامل مالکیت عین می‌گردد، بلکه مالکیت منفعت و انتفاع و ملک الملک را نیز فرا می‌گیرد و حتی این کلمه گاهی در مورد حقوق غیر مالی نیز مثل مالکیت ادبی به کار می‌رود. (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۷۰) با توجه به همین دیدگاه موسع برخی از نویسندگان اطلاق مالکیت را بر حق مولفان و هنرمندان روا دانسته‌اند. (همان).

مالکیت به طور کلی دارای چهار مرتبه مختلف است. (توحیدی، ۱۳۷۶، ج ۲ ص ۲۰)
الف) مالکیت حقیقی که عبارت است از: «سلطنت کامل بر موجودات به گونه ای که اختیار مملوک حدوثا و بقاء به دست مالک باشد. چنین مالکیتی مخصوص ذات باری تعالی است.

ب) مالکیت انسان بر نفس و اعضا و افعال و ذمه‌اش.
ج) مالکیت مقولی خارجی که عبارت است از: «هیات حاصله از احاطه جسمی بر جسم دیگر و این نوع مالکیت تحت عنوان مقوله جده در فلسفه مورد بحث قرار می‌گیرد. مانند هیات حاصله از احاطه لباس به انسان. مالکیت به این معنا از اعراض خارجی است که قوام آن نیز به یک موجود خارجی می‌باشد.

د) مالکیت اعتباری که عبارت است از: «اعتبار سلطنت و احاطه یک شخص (مالک) بر یک شیء (مملوک). سه قسم اول از مالکیت، اموری حقیقی و واقعی هستند ولی مالکیت به معنای اخیر، امری اعتباری است که عقلا یا شارع آن را برحسب نیاز جامعه اعتبار می‌کنند و حق مالکیت که در فقه و حقوق

مورد بحث قرار می‌گیرد، همین مرتبه از مالکیت است. بنابراین مالکیت در اصطلاح فقه و حقوق از مقولات واقعی و اعراض خارجی نیست. (اصفهانی، ۱۳۶۳، ص ۴) به تعبیر روشن تر مالکیت امری اعتباری است، یعنی حقیقت آن عین اعتبار عقلا یا شارع است. (یزدی، ۱۴۰۵، ص ۵۳)

نراقی در تعریف مالکیت می‌نویسد: «معنی الملکیه و المالیه و مایراد منهما من الالفاظ معنی اضافی لایتحقق الا مع وجود مالک و متمول و هذا المعنی الاضافی بحکم العرف و التبادر عباره عن اختصاص خاص و ربط مخصوص معهود بین المالک و المملوک و المتمول و المال موجب للاستبداد به و الاقتدار علی التصرف فیهِ منفرداً و ماله ذلك الاختصاص المعهود بالنسبه الی شخص هو الملك و المال. (نراقی، ۱۳۷۵، ص ۱۱۳).

۲- منشأ اعتبار مالکیت

مالکیت اعتباری برای اشخاص توسط عقلا به خاطر مصالحی اعتبار می‌شود و شارع به خاطر آن مصلحت، این اعتبار را امضا می‌کند (توحیدی، ۱۳۷۶، ج ۲ ص ۲)؛ امام خمینی درباره اعتبار مالکیت می‌فرماید: «اعتبار در مالکیت بر مبنای عقل است و شارع تابع عقل است و شارع اعتبار مستقلی در قبال عقل ندارد» (امام خمینی، ۱۴۱۰ ق، ص ۴۵۴)؛ بنابراین با توجه به منشأ اعتبار مالکیت، سه قسم زیر قابل تصور است:

الف) مواردی که عقلا، مالکیت را اعتبار می‌کنند و شارع نیز امضا می‌کند که غالب موارد مالکیت از این قبیل است.

ب) مواردی که گاه عقلا مالکیت را اعتبار می‌کنند ولی شارع آن را امضا نکرده است، مانند مالکیت در برخی معاملات باطل.

ج) مواردی که شارع مقدس بدون اعتبار عقلا، اقدام به اعتبار مالکیت کرده است، مانند مالکیت مهدوم علیهم و غرق شدگان در ارث.

سلطنت انسان بر مال نتیجه و اثر مالکیت اوست نه آنکه عین مالکیت و مرادف آن باشد. به همین دلیل تعریف مالکیت به سلطنت انسان بر مال، نادرست است. فقها برای بیان اختیارات مالک و آثار مالکیت به قاعده تسلیط استناد کرده‌اند. این قاعده که مستفاد از حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» است هر گونه سلطه و اختیاری را برای مالک اثبات می‌کند و همین روایت نیز دلیل روشنی است بر اینکه تسلط مالک بر مال، چیزی جدا از مالکیت است. (امام خمینی، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۰)

۳- خصایص مالکیت

از مجموعه روایات و به ویژه حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار، ج ۲، ص ۲۷۲ که پشتوانه‌ای محکم، در ادله «عقل» و «نقل» دارد، اختیار تام مالک بر مال خویش و سلطه مالکانه‌اش در کلیه تصرفات مربوط به دارایی خود استخراج شده است که از این اصل چند نتیجه حاصل می‌شود:

۳-۱- اطلاق مالکیت

در معنای حقوقی، «مطلق بودن» بدین معناست که مالک، حق دارد ضمن ارتباط مستقیم با مالش از مال خود بهره برداری و استفاده نماید؛ بنابراین مالکیت، عام و فراگیر است و به مالک اختیار می‌دهد هر گونه «تصرفی» که بخواهد در مال خود بنماید. مطابق ماده «۳۰» قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به ما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.»

در «حقوق اروپا» مطلق بودن مالکیت، تحت تأثیر شرایط سیاسی زمان خود بوده است؛ استعمال صفت مطلق در «اروپا» در جهت تثبیت مالکیت، در مقابل مالکیت‌های دولتی و حمایت از «لیبرالیسم» است. این کلمه بر یک نکته سیاسی تکیه داشت که «هر فرانسوی باید بتواند لویی شانزدهم بشود». بنابراین «مطلق بودن» بدین مساله توجه داشت، تا از مالکیت در مقابل غصب و تجاوز جلوگیری کند و افراد بتوانند در برابر قدرت دولت، از مال خود محافظت کنند. (Carbonnier, 1990, p130).

۳-۲- انحصار

در این معنا، مالک حق دارد به تنهایی و به صورت کامل، حشش را اجرا کند و هیچکس بدون اذن و اجازه او حق تصرف در مال او را ندارد، مطابق ماده «۳۱» قانون مدنی: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون.» معنای انحصاری بودن مالکیت، چنان با اطلاق درآمیخته است که جدایی بین آن دو مشکل است؛ اما هرگاه «انحصار» در مقابل معنای «اطلاق» قرار گیرد، به معنای «عدم تجزیه» است.

این حق، موجب ایجاد بسیاری از آثار حقوقی می‌گردد و حتی عدم رعایت این حق، ممکن است دارای عناوین مجرمانه مثل سرقت یا تصرف نامشروع و کلاهبرداری شود. حکم «وضعی» آن نیز، لزوم رد مال به مالک است.

۳-۳- دوام

دائمی بودن مالکیت، بدین معناست که گذشت زمان هر چند طولانی، و عدم استفاده مالک از مال خود، موجب سلب حق مالکیت از وی نمی‌گردد. در «فقه امامیه» برخی با استناد به جمله امام علی (ع) «الحق القدیم لا یبطله شیء، یعنی حق گذشته را هیچ چیز از بین نمی‌برد» چنین گفته‌اند که با دقت در جمله ایشان که لفظ «شیء» را در سیاق نفی آورده است، چنین برداشت می‌شود که گذشت زمان حق را از بین نمی‌برد و هیچ دستاویزی نمی‌تواند حقوق افراد را پایمال کند، و «خداوند» که شارع است در هیچ آیه‌ای از اسباب «براء ذمه» و یا از «اسباب تملک» و یا از اسباب «اسقاط حقوق»، «مرور زمان» را ذکر نکرده است و «فقهاء» نیز چنین مسأله‌ای را ذکر نکرده‌اند. (مطهری، ۱۳۷۵، ص ۱۱۲)

بنابراین، حق مالکیت، یک حق موقت و محدود به زمان نمی‌باشد؛ البته در مواردی مثل تلف شدن موضوع آن یا «اعراض» مالک، حق مزبور «زایل» می‌شود.

در حقوق «فرانسه» نیز این ویژگی، مورد توجه قرار گرفته و در آراء قضات متجلی گشته است؛ در سال «۱۹۰۵» در مورد زمینی که مالک آن، «۷۰» سال از آن استفاده نکرده و رها کرده بود است، «دیوان عالی کشور فرانسه» اعلام کرد: «مالکی که از حشش، بخاطر محرومیت موقت بر اثر عوامل طبیعی استفاده نکرده است، پس از رفع مانع به ملکیتش بر می‌گردد».^۲ اما موضوعی که این مقاله را به خود مشغول کرده است این است که این ویژگی تا چه مقدار در حقیقت مالکیت نقش داشته که باید مورد بررسی قرار گیرد؛ این ویژگی از سوی برخی از فقها و حقوقدانان مورد تردید قرار گرفته است که ما در این جا به بررسی ادله منکران و معتقدان مشروعیت مالکیت موقت می‌پردازیم.

□ ۴- دلایل قائلین به دوام مالکیت

از بررسی مجموع کلمات فقها و حقوقدانان بر می‌آید که به طور کلی پنج دلیل بر ویژگی دوام مالکیت اقامه شده است. از این تعداد، یک دلیل بیشتر رنگ فلسفی دارد و دو دلیل به جنبه فقهی مالکیت اشاره می‌کند و دو دلیل نیز از دیدگاه حقوقی مساله را مورد بررسی قرار داده است که ما به ترتیب به ذکر آنها مبادرت می‌کنیم.

۴-۱- دلیل فلسفی

اولین دلیل بر دوام مالکیت آن است که زمان در اعیان راه ندارد زیرا فلاسفه بر این عقیده‌اند که جوهرها قابل تقیید به زمان نیستند و زمان نمی‌تواند برای تعیین و اندازه‌گیری جوهر به کار رود و از آنجا که عین هم از جمله جوهر است، قابل تقدیر و تحدید به زمان نیست مثلاً نمی‌توان گفت: کتاب امروز، کتاب فردا و... و نمی‌توان گفت: این کتاب نسبت به زمان‌های مختلف فرق می‌کند و یکی غیر از دیگری است. اما منافع که از اعراض است می‌تواند به زمان محدود شود و بر همین اساس تملیک منفعت موقت و محدود به زمان امکان پذیر است ولی در اعیان ممکن نیست؛ بنابراین تملیک موقت عین به دیگری قابل تصور نیست. (توحیدی، ۱۳۷۶، ص ۴۸۸)

برخی در نقد این استدلال گفته‌اند: درست است که عین از جمله جوهرهاست و قابل تقدیر و تعیین به وسیله زمان نیست، اما تملیک موقت عین به معنای تقیید عین به زمان نیست. توضیح آنکه وقتی شخصی فرضاً کتابی را برای مدت مشخصی به دیگری تملیک می‌کند، این شخص در حقیقت، مالکیت کتاب را مقید و محدود به زمان کرده است نه خود کتاب را و به بیان روشن تر تملیک موقت یعنی مالکیت عین در قطعه مشخصی از زمان به دیگری منتقل می‌شود نه آنکه عین مقید به زمان،

۲- در سال «۱۸۲۴» یک خانواده که مالک یک تالاب بودند زمین خود را بر اثر طوفان عظیمی که اتفاق افتاد از دست دادند و ارتباط بین دریا و تالاب باعث شد که تالاب جزو دریا شود و به عنوان بخشی از دریا درآید، پس از آن به تدریج نوار ساحلی به عقب رفته دوباره پس از هفتاد سال تالاب ظاهر گشت و ورثه مالک، تقاضای تعیین حدود مالکیتشان را نمودند؛ دیوان عالی کشور فرانسه اعلام نمود بر اساس یک اصل روشن و با توجه به اینکه مانع طبیعی امکان استفاده مالک از مالش را سلب کرده است و مالک نتوانسته مالکیتش را حفظ کند، پس از رفع این مانع طبیعی، مالکین حق دارند مال خود را تصرف کنند و مانع طبیعی نمی‌تواند موجب سلب مالکیت ایشان گردد. (۱۹.dp, ۱۹۰۵, ۱۲juill.Ver). (۳۱۹.obs, Pothiew, Grands arrêts de la jurisprudence civile.p, ۰۷)

به دیگری تملیک گردد. بنابراین، هیچ اشکال و مانعی وجود ندارد که مالکیت با توجه به قطعات زمانی به قطعات مختلف تقسیم شود و تقسیم مالکیت یک عین با توجه به قطعات زمانی، مستلزم تقیید خود عین به زمان نیست.. (خویی، ۱۳۷۱، ص ۳۰)

از این گذشته، اگر این استدلال را در مورد اعیان بپذیریم و تملیک موقت اعیان را بر این اساس مورد تردید قرار دهیم، در بسیاری از موارد اجاره با مشکل مواجه خواهیم شد، زیرا اجاره به نظر بسیاری از فقها عبارت است از: تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم و در موارد بسیاری، منفعت مورد اجاره از اعراض نیست بلکه از اعیان خارجی می‌باشد یعنی منفعت عین مورد اجاره، خود از اعیان است مثل اجاره درخت برای میوه آن و اجاره زن برای شیر دادن. (خویی، ۱۳۷۱، ص ۳۰)

۴-۲- قاعده تسلیط

دلیل دیگری که بر عنصر دوام مطرح شده است، استناد به قاعده تسلیط می‌باشد. برخی از محققان بر این عقیده‌اند که در حقوق اسلام با استناد به قاعده تسلیط، وقتی فردی مالک چیزی شد تا زمانی که مالک آن است بدون مقید بودن به زمان خاص، حق استفاده و بهره برداری از آن را دارد و یکی از تفاوت‌های مالکیت عین و مالکیت منافع (اجاره) نیز همین است که مالک و به طور کلی کلیه اشخاصی که از طرف مالک، حق استفاده و انتفاع از ملکی را پیدا می‌کنند، مقید به زمان و وقت خاص نیست؛ همچنانکه در حق انتفاع اشخاص دیگر فقط در محدوده زمانی مشخصی امکان پذیر است. (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۱۰۷)؛ بنابراین ویژگی دائمی بودن مالکیت را می‌توان از قاعده تسلیط استفاده کرد.

در نقد این دلیل گفته شده است، مفاد قاعده تسلیط آن است که اشخاص بر اموال خود مسلط‌اند و حق همه گونه تصرف و استفاده ای را در اموال خود دارند ولی این مساله که مالکیت، دائمی است یا موقت، از قاعده فوق استنباط نمی‌شود؛ به عبارت دیگر مضمون این قاعده، تسلط کامل مالکان بر اموال خود است و این معنا در مورد مالکیت موقت هم قابل جریان است یعنی مالک در زمان مالکیت خود چه دائمی و چه موقت مسلط بر مالش بوده، قادر به تصرف و استفاده از مالش است؛ بنابراین نمی‌توان دوام مالکیت را مستقیماً از این قاعده استنباط کرد.

۴-۳- عدم سابقه شرعی مالکیت موقت

برخی گفته‌اند مالکیت موقت سابقه ای در شرع ندارد و از این رو نمی‌توان چنین امری را مشروع دانست. برخی فقها صحت عقود معاوضی را موقوف به اذن شرع و سابقه آن در زمان شارع و عدم ردع آن توسط معصوم (ع) می‌دانند و معتقدند چون مالکیت موقت در زمان شارع وجود نداشته است و امضای شارع یا عدم ردع معصوم درباره آن محرز و ثابت شده نیست لذا مشروعیت ندارد. از دید این فقها تنها عقود معهوده و شناخته شده که در زمان شارع هم وجود داشته است می‌توانند معتبر باشند. لذا معاملات مستحدثه که در مرئی و مسمع معصوم نبوده‌اند غیر شرعی هستند؛ محقق نائینی که از پیروان این نظریه است می‌گوید: «المعاملات المستحدثه ألتی لم تکن فی زمان الشارع

کالمعاملات المعروفه فی هذا الزمان (البیمه) انها اذا لم تندرج فی عموم احل الله البیع (بقره/ ۲۷۵) و اوفوا بالعقود (مائده/ ۱) و نحو ذلك فلا يجوز ترتیب آثار الصحه علیها. (نائینی، ۱۴۱۷. ق، ص ۱۹) این سخن در کلمات برخی از فقها به چشم می‌خورد لیکن برخی دیگر از فقها به پاسخگویی آن پرداخته و گفته‌اند اولاً، سابقه نداشتن امری در شرع نمی‌تواند در همه موارد، دلیل بر ممنوعیت و عدم مشروعیت آن باشد. شاید بتوان این عقیده را در مورد عبادات پذیرفت چرا که عبادات، امری توقیفی هستند و اگر امری سابقه ای در شرع نداشته باشد نمی‌توان آن را به عنوان عبادت پذیرفت. اما در بخش معاملات که قسمت عمده آن به عرف واگذار شده است، پذیرش این عقیده به طور مطلق صحیح نیست به ویژه در مورد موضوعات و مفاهیمی که حقیقت شرعی و متشرعه ندارد و توضیح آن به عرف محول شده است؛ از سوی دیگر مالکیت، امری اعتباری است که چگونگی آن تابع نحوه اعتبار آن می‌باشد و به همین دلیل، قابل توقیت و تایید است. ثانیاً، ملکیت موقت سابقه روشن فقهی دارد و مواردی را در فقه می‌توان یافت که مالکیت موقت از سوی فقها پذیرفته شده است. (بجنوردی، ۱۴۱۰، ق، ص ۲۴۲)

۴-۴- عدم انفکاک بین عین و مالکیت

دلیل دیگری که بر دوام مالکیت اقامه شده این است که دوام مالکیت، نتیجه منطقی ویژگی انفکاک ناپذیری مالکیت از عین است. به عقیده حقوقدانان یکی از ویژگی‌های مالکیت آن است که همواره با مملوک همراه بوده، تا وقتی که شیء مملوک باقی است مالکیت آن نیز باقی می‌باشد. بر این اساس، مالکیت نسبت به شیء مملوک، تنها در صورتی زایل می‌شود که آن شیء منعدم شود و تا وقتی که شیء مملوک وجود دارد حق مالکیت مربوط به آن نیز وجود دارد. تفکیک ناپذیری مالکیت از مملوک، به معنای عدم انتقال آن به افراد دیگر نیست بنابراین ارث و انتقال مالکیت وارث، منافاتی با دوام مالکیت شیء به معنای فوق ندارد چرا که حق مالکیت در این موارد، قطع نشده تا مجدداً ایجاد شود. به عبارت دیگر مالکیت منتقل الیه و ورثه ادامه مالکیت سابق وارث و ناقل است. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۴۲)

به نظر برخی دیگر، ویژگی دوام مالکیت به معنای فوق به این معنا نیست که مالکیت از وجود فیزیکی و خارجی مملوک جدا نمی‌شود چرا که انفکاک ناپذیری حق مالکیت از وجود فیزیکی، خلاف واقعیت مسلم است و لذا باید گفت: منظور از جدا نشدن حق مالکیت از شیء مملوک این است که وجود حقوقی مملوک همواره ملازم با حق مالکیت است. بنابراین هر شیء مملوکی اگر بخواهد در عالم حقوق مطرح شده، موضوع حق و تکلیف قرار گیرد ناچار بایستی متصل به حق مالکیت مالکی باشد زیرا حق مالکیت، اولین و فراگیرترین حق عینی بر اموال است و سایر حقوق عینی در حقیقت زائیده و فرع آن می‌باشد. پس نمی‌توان در عالم حقوق، مالی را تصور کرد که همراه با حق مالکیت مالک نباشد.

در پاسخ به این استدلال گفته شده است، جدا نشدن مالکیت از وجود اعتباری مال در عالم حقوق، اگر چه سخنی صحیح و قابل قبول به نظر می‌رسد، اما بدان معنی نیست که مالکیت قابل تقیید به

زمان نمی‌باشد زیرا انفکاک ناپذیری مالکیت، یعنی حق مالکیت از شیء مملوک جدا نمی‌شود نه اینکه از شخص مالک قابل انفکاک نباشد و تفاوتی بین انتقال مال به وسیله اسباب ناقله مالکیت و مالکیت موقت به نظر نمی‌رسد. بنابراین همان گونه که انتقال مالکیت از یکی به دیگری، ضرری به دوام آن نمی‌زند در مالکیت موقت نیز چنین امری مضر نیست.

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 انفکاک‌کی بین مالکیت و مال صورت نمی‌گیرد.

بر این اساس هرچند اگر ویژگی انفکاک ناپذیری مالکیت از شیء مملوک را بپذیریم، اما نتیجه منطقی آن، بطلان مالکیت موقت نیست.

۴-۵ - طبیعت مالکیت

دلیل دیگری که توسط حقوقدانان مطرح شده این است که تقیید مالکیت به زمان با طبیعت مالکیت منافات دارد زیرا مهم‌ترین ویژگی مالکیت آن است که مالک می‌تواند در ملک خود تصرف کند و دایره اختیارات مالک تا حدی است که حتی می‌تواند مالش را از بین ببرد و نابود سازد. با توجه به این ویژگی می‌توان گفت: مالکیت موقت با طبیعت مالکیت و عناصر تشکیل دهنده آن منافات دارد زیرا پذیرش مالکیت موقت بدان معناست که برای مالک موقت نیز همان اختیارات و حقوق مالک دائمی وجود داشته باشد در حالی که مثلاً چنانچه فرض کنیم که مالکیت، محدود و مقید به یک سال شده است در این صورت اگر مالک موقت، در خلال این یک سال که مالک آن است در آن مال تصرف کند یا آن را از بین ببرد چگونه می‌توان تصور کرد که مالکیت پس از انقضای یک سال به مالک اصلی بر می‌گردد؟ بنابراین یا باید مالک موقت را از تصرف و از بین بردن مال در طول یک سال ممنوع سازیم تا مال به مالک اصلی برگردد که در این صورت مالکیت موقت چیزی جز حق انتفاع موقت نیست زیرا چنین مالکیتی تفاوتی با حق انتفاع ندارد چون در حق انتفاع هم مالک می‌تواند از مال بهره مند شود، ولی حق از بین بردن و انعدام آن را ندارد و یا آنکه قائل به عدم جواز تصرف و از بین بردن مال توسط مالک موقت شویم که در این صورت چنین ملکیتی دیگر مالکیت نیست. گرچه دلیل فوق در کلمات فقها دیده نمی‌شود، لیکن غالب فقیهانی که بر بطلان مالکیت موقت پای فشرده‌اند آن را امری غیر معقول و غیر قابل تصور دانسته و بر همین اساس، مشروعیت آن را مورد تردید قرار داده‌اند. (بحرانی، ۱۳۶۳، ش، ص ۱۲۸)، اما بعید نیست که منظور آنان از این سخن، اشاره به دلیل فوق باشد.

در پاسخ باید گفت: اولاً در مالکیت دائم نیز مالک شرعاً مجاز به هر نوع تصرف و تخریب و از بین بردن مال نیست ثانیاً در مالکیت دائمی مشاع نیز مالک بدون اذن شریک نمی‌تواند در مال مورد شرکت هر گونه تصرف انتقالی یا تخریب کند. ثالثاً گفتیم که حق مالکیت، رابطه اعتباری بین مالک و مال است و اشاره شد که قدرت و سلطه مالک بر استفاده و تصرف در آن مال یا انتقال و اخراج از

مالکیت و اتلاف آن برخاسته از حق مالکیت و از آثار آن است. 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 مال از آثار مالکیت است که به استناد قاعده تسلیط برای مالک ثابت شده است نه از اجزای طبیعت یا لوازم ذاتی و جدانشدنی 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. در این موارد که نمونه‌های آن هم در فقه کم نیست اگر چه مالک، سلطه کامل بر مال ندارد، ولی اعتبار مالکیت توسط عقلا همچنان به قوت خود باقی است.

بنابراین، نمی‌توان از فقدان آثار مالکیت در مواردی خاص، نفی طبیعت مالکیت را اثبات کرد و نه می‌توان از وجود آثار مالکیت در موردی، به وجود و عدم مالکیت پی برد، زیرا آثار مالکیت، لازمه ذات مالکیت نیستند تا وجود و عدم آن‌ها همیشه ملازم با وجود و عدم مالکیت باشد. به بیان روشن‌تر آثار مالکیت یعنی حق تصرف در مال و نقل و انتقال و اتلاف آن اثر طبیعت هر ملک نیست، بلکه اثر ملک مطلق است. بنابراین نهایت چیزی که از فقدان آثار مالکیت در یک مورد می‌توان اثبات کرد آن است که در آن مورد خاص، مالکیت مطلق وجود ندارد نه اینکه مطلقاً مالکیتی وجود ندارد. (بجنوردی، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۸۲)

البته باید دانست که فقدان تمام آثار مالکیت می‌تواند دلیلی بر انتفای اصل مالکیت باشد چراکه عقلا، هیچ گاه بدون دلیل و فایده، مالکیت را اعتبار نمی‌کنند. به عبارت دیگر اعتبار مالکیت همواره متوقف بر این است که اعتبار، فی الجمله دارای اثری باشد زیرا اعتباری که فاقد اثر و نتیجه است لغو بوده و از سوی عقلا صورت نمی‌گیرد. اگر همه آثار مالکیت از مالی سلب شود و مالک از همه تصرفات مالکانه ممنوع گردد، عقلا دیگر برای چنین مالکی حق مالکیت را اعتبار نمی‌کنند. (امام خمینی، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۳۳) اما سلب یک یا چند اثر از آثار مالکیت با طبیعت آن منافات ندارد، چرا که سایر آثار و نتایج باقی بوده و همین برای صحت اعتبار مالکیت توسط عقلا کافی است.

□ ۵- دلایل مشروعیت مالکیت موقت

قائلین به مشروعیت مالکیت موقت ضمن پاسخگویی به ادله قائلین به مالکیت دائم دلایلی نیز بر صحت مالکیت موقت ارائه نموده‌اند که ذیلاً به بررسی آن دلایل می‌پردازیم.

۵-۱- مالکیت امری اعتباری است

گفتیم که مالکیت عبارت است از: رابطه اعتباری بین مال و شخص که توسط عقلا اعتبار می‌شود. حدوث و بقای مالکیت همانند هر امر اعتباری دیگر به دست منشأ اعتبار آن است و کیفیت اعتبار مالکیت نیز به دست همان منشأ اعتبار است و نیز اشاره کردیم که شارع مقدس در مورد مفهوم مالکیت و مصادیق آن بیان خاصی ندارد و تشخیص این امور را به عرف و عقلا واگذار کرده است. نیز با عنایت به این که موقت بودن مالکیت، هیچ منافاتی با طبیعت مالکیت ندارد، می‌توان گفت: از

نظر عقل و حقوق، هیچ مانعی در راه تصور و اعتبار مالکیت موقت نیست چرا که عقلاً همانگونه که مالکیت مستمر را اعتبار کرده‌اند، مالکیت موقت را نیز می‌توانند لحاظ کنند و در بسیاری از موارد، چنین اعتباری تحقق یافته است.

مرحوم بجنوردی در این باره می‌نویسد: اگر دلیلی بر مالکیت موقت وجود داشته باشد، هیچ مانعی از آن نیست و چون مالکیت، امری اعتباری و قابل توقیت و تابید است تابع اعتبار شارع یا عقلاً خواهد بود. (بجنوردی، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۴۲)

علامه حلی نیز در مساله وقف بر کسی که غالباً از بین می‌رود به این دلیل اشاره کرده و می‌فرماید: «هرگاه کسی مالی را وقف نماید بر افرادی که منقرض می‌شوند مثل اینکه تنها بر اولاد و اولاد اولاد وقف کند و نسبت به ادامه وقف سکوت کند به نظر برخی این وقف باطل و به نظر برخی صحیح است لیکن به نظر من صحیح است چرا که این نوعی تملیک است و تابع اختیار مالک است». (علامه حلی، ۱۳۷۳ ش، ص ۲۶۵)

۵-۳- سیره عقلا

مقصود از سیره، استمرار عادت مردم و بنای عملی عقلا بر انجام دادن یا ترک چیزی است مقصود از مردم هم یا همه عقلای جهان است که سیره عقلا نامیده می‌شود یا مقصود همه مسلمانان است که سیره متشرعه نامیده می‌شود.

این سؤال مطرح می‌شود که شرایط زندگی امروز، با زمان شارع و قبل از آن بسیار متفاوت است و به دلیل شرایط جدید، عقلای این عصر ممکن است معاملات و قواعدی بین خود بنا نهند که در عصر شارع اصلاً اثری از آن‌ها وجود نداشته باشد، حال آیا مصالح عمومی بشر و قوام نظام اجتماعی، اقتضاء نمی‌کند که شارع، بنائات عقلانیه هر زمان را امضا نماید؟ پاسخ این پرسش، مثبت است. اساساً باید گفت که در بسیاری از احکام شارع، قواعد و مناسبات بین عقلاء نقش عظیمی داشته است، به طوری که اگر آن مبادلات و مناسبات در میان عقلای عصرهای بعد دگرگون شود، حکم شرع نیز که از آن‌ها تأثیر پذیرفته بود قطعاً تغییر می‌یابد.

برای مثال، قبل از عصر شارع، نظام برده‌داری در میان عموم مردم و عقلاً پذیرفته شده بود، با ظهور اسلام، شارع مقدس، این نظام را نامشروع اعلام نکرد، هر چند تمهیداتی برای آزادسازی بردگان در نظر گرفت. یکی از دلایلی که اسلام، برده‌داری را ممنوع نکرد این بود که اصلاً برده‌داری بخشی از زندگی عادی عقلای آن عصرها به شمار می‌رفت اما امروز در جوامع عقلانی دیده نمی‌شود.

اسلام، نه تنها با این سیره‌های جدید-که با اصول کلی و مسلم اسلام منافات ندارد- مخالفت نمی‌کند، بلکه چون احکام شرع در بسیاری از موارد ناظر به بنائات عقلانیه است، از آن‌ها تأثیر نیز می‌پذیرد. به عنوان نمونه فشار نیازها و ضرورت‌های زندگی امروز، باعث شده که عقلای این عصر عقد جدیدی به نام «بیمه» را به وجود بیاورند. آیا تنها با این استدلال که بیمه در زمان شارع وجود نداشته، باید آن را غیر شرعی دانست؟ خیر، نه تنها غیر شرعی نیست، بلکه چون ضرورت زندگی عقلا وجود آن را اقتضاء کرده و منع صریح شرع در مورد آن وجود ندارد، اسلام نیز بر آن صحه می‌گذارد.

بنابراین، شرط حجیت یک سیره عقلائیه، هم عصر بودن آن با زمان شارع نیست. زیرا ملتزم شدن به این شرط بمعنی نادیده گرفتن تغییر وسیع شرایط و دگرگونی ضروریات زندگی جدید است. پس از گذشت قرن‌های متممادی از صدر اسلام، به دلیل گسترش روز به روز علوم و فنون چهره دنیا کاملاً عوض شده و مسائل مستحدثه فراوانی به وجود آمده‌اند که در صدر اسلام، اصلاً نشانی از آن‌ها نبود. پس با عنایت به این عقیده که اسلام می‌تواند جواب گوی تمام مسائل بشری در هر عصر و مکانی باشد. بنای عقلا و شناخت درست آن، می‌تواند یکی از منابع استنباط احکام بوده و چه بسا بتوان از آن به عنوان منبع پنجم نام برد.

۵-۲- وقوع مالکیت موقت در فقه

موارد متعددی را می‌توان یافت که فقها در آن قائل به مالکیت موقت شده‌اند؛ این موارد نشان می‌دهد که مفهوم مالکیت موقت در میان فقها امری ناشناخته و مبهم نبوده، بلکه در پاره ای موارد به مشروعیت آن معتقد شده‌اند. به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

۵-۲-۱- وقف موقت

فقها در این مساله اختلاف نظر دارند که آیا می‌توان مالی را در مدت معینی بر گروهی و پس از آن مدت، بر عده دیگری وقف باشد؟ مثلاً شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر زید و سپس بر فقرا وقف کند، چنین وقفی مورد بحث قرار گرفته و بسیاری از فقها چنین وقفی را صحیح و نافذ دانسته‌اند. صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: «اگر فردی مالی را برای فرزندش به مدت یکسال وقف کند و سپس آن را وقف فقراء قرار دهد در دروس این وقف صحیح شمرده شده است البته این مخالف شرط دوام است مگر اینکه بگوییم این تقیید در زمان تقیید اصل وقف است و نه تقیید موقوف علیهم...» (نجفی، ۱۳۷۸، ص ۶۱)

با توجه به مبنای فوق، در مواردی که وقف، مقرون به زمان است، مانند مثال فوق، مالکیت موقوف علیه به صورت موقت می‌باشد. (یزدی، ۱۴۰۵، ص ۶۶) مثلاً اگر شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر زید و سپس بر فقرا وقف کند، در چنین وقفی، مالکیت زید در طول مدت ده سال ادامه دارد و پس از آن منقضی می‌شود. بنابراین مالکیت زید، مالکیت موقت و محدود به زمان است. (بجنوردی، ۱۴۱۰ ق، همان)

مساله دیگر اینکه در باب وقف، هنگامی که مالی بر چند طبقه از موقوف علیهم وقف می‌شود، عین موقوفه به مالکیت طبقه اول از موقوف علیهم در می‌آید و پس از انقضای طبقه اول، در ملک طبقه دوم وارد می‌شود و به همین ترتیب ادامه می‌یابد. همچنین در صورتی که مالی به ترتیب بر زید و فقرا وقف شود، به این صورت که ده سال بر زید وقف باشد و پس از آن، وقف بر فقرا باشد، در میان فقها این بحث مطرح شده است که رابطه طبقات بعدی موقوف علیهم که الان وجود ندارند یا وجود دارند، ولی به دلیل وجود طبقه قبلی، مالکیت فعلی ندارند با مال موقوفه و طبقه اول چه نوع رابطه‌ای است؟ تردیدی نیست که طبقات بعد، در حال حاضر مالکیت فعلی برمال ندارد چرا که

به فعلیت رسیدن مالکیت آنان منوط به انقراض طبقه سابق است. برخی از فقها همچون شیخ انصاری قائل به ثبوت مالکیتشانی برای طبقه معدوم شده‌اند. به عقیده وی طبقه معدوم، دارای اختصاص موقت نظیر اختصاص بطن موجود است که با صیغه وقف، انشا و ایجاد شده و فقط در تحقق و وجود خارجی از آن متأخر است. به عبارت دیگر عین موقوفه در عین حال که ملک فعلی طبقه موجود است، ملکشانی طبقه معدوم نیز است. یعنی واقف با صیغه وقف، دو نوع مالکیت انشا کرده: یکی مالکیت فعلی برای طبقه موجود و دیگری مالکیتشانی برای معدومان. نتیجه این مبنا آن است که اگر عین موقوفه در موارد جواز بیع عین موقوفه فروخته شد، ثمن آن هم همانند مبیع، ملک فعلی طبقه موجود و ملکشانی طبقه معدوم است. (انصاری، ۱۴۱۶ ق، ص ۱۶۸) پس از شیخ انصاری برخی از فقها مالکیتشانی طبقات معدوم را نپذیرفته‌اند. به عنوان مثال محقق اصفهانی در این باره می‌گوید: «معدومان، هیچ گونه حق جعل شده‌ای از ناحیه شارع ندارند و مالکیتشانی، یک سنخ خاص از مالکیت نیست، بلکه مالکیتشانی، قابلیت مالکیت است نه چیز دیگر. (اصفهانی، ۱۳۶۳، ص ۲۶۵)

صاحب عروه در ملحقات، وقف را بر کسی که غالباً منقرض می‌شود صحیح می‌داند، چون وقف عبارت از ایقاف است نه تملیک؛ وی در ادامه می‌نویسد: «تملیک در این معنا این است که مالک زمان معینی از مالکیت را از ملک خود اخراج نموده است و این امر ممنوع نیست ...». (یزدی، ۱۴۰۵، ص ۱۹۵)

۵-۲-۲- بدل حیلولة

مالکیت بدل حیلولة مورد اختلاف فقهاست؛ برخی، بدل حیلولة را ملک مالک عین غصب شده می‌دانند و برخی دیگر تنها اباحه تصرف در آن را برای مالک عین ثابت دانسته‌اند. بدل حیلولة، غرامت و خسارتی است که به مالک عین داده می‌شود و به مالکیت مالک عین در می‌آید، ولی مالکیت او دائمی و مستمر نیست بلکه مالکیتی موقت است یعنی تا زمان تعذر رد یا استرداد عین مغضوبه باقی است زیرا در بدل حیلولة، عین موجود است و در مورد وجود اصل عین، خسارتی وارد نشده است و خسارت، محدود به زمان معینی است و تدارک آن هم تا زمانی است که سلطنت مالک بر عین باز گردد. (بجنوردی، ۱۴۱۰ ق، ص ۸۰) بنابراین، مالکیت موقت در بدل حیلولة تحقق یافته و برخی فقها بدان معتقد شده‌اند. (همان، ص ۲۴۲)

۵-۲-۳- اجاره به شرط تملیک

به عقیده برخی از حقوقدانان، در موارد خاصی از قراردادهای نیز می‌توان رد پای مالکیت موقت را یافت. مثلاً هرگاه، انتقال مالکیت در بیع به بعد موکول شده باشد؛ مانند قراردادهای اجاره به شرط تملیک که فروشنده مالکیت آن را تا پرداخت کلیه اقساط برای خود حفظ می‌کند مالکیت فروشنده موقت خواهد بود و پس از مدت معین در قرارداد، مبیع به مالکیت خریدار در خواهد آمد. (صفایی، ۱۳۷۵ ش، ص ۶۶)

۵-۲-۴-حبس

شاهد ثانی پس از نقل قول کسانی که تملیک موقت را امری غیر معقول دانسته‌اند، می‌نویسد: «در این نظر اشکال است زیرا تملیک موقت مثل حبس و عمری و رقبی اتفاق افتاده است.» (شاهد ثانی، مسالک الافهام، ج ۵ ص ۳۵۵)

البته این نظر را نمی‌توان پذیرفت چرا که در حبس، تملیک عین صورت نمی‌گیرد، بلکه عین در مالکیت حبس کننده باقی می‌ماند و تنها حق انتفاع به دیگری منتقل می‌شود، بنابراین حبس را نمی‌توان از موارد مالکیت موقت دانست. (نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۲)

برخی از فقها نیز اجاره را نوعی تملیک موقت دانسته‌اند. توضیح آنکه عده ای از فقها منفعت را قابل تملیک ندانسته و لذا تعریف مشهور اجاره را نادرست شمرده‌اند و به نظر آنان اجاره، تملیک عین است و اجاره را چنین تعریف کرده‌اند: تملیک عین در جهت خاص و در مدت مخصوص در مقابل بیع که عبارت است از: تملیک عین از همه جهات بدون تقیید به جهت خاص و مدت مخصوص. مرحوم اصفهانی این قول را به بعضی معاصران خود نسبت داده و سپس به پاسخ گویی آن پرداخته است. (اصفهانی، ۱۳۶۳، ص ۴) البته، تعریف فوق از عقد اجاره، تعریفی نادرست است، چرا که منفعت نیز همچون عین، مستقیماً قابل تملیک است، اما به هر حال می‌توان گفت که تملیک موقت عین در نظر این عده از فقها، امری ممکن و مشروع بوده است.

بنابراین، از مجموع موارد فوق می‌توان به این نتیجه رسید که مالکیت موقت، دست کم در نزد عده زیادی از فقها امری ممکن و قابل تصور، بلکه مشروع بوده و لذا در مواردی به آن معتقد شده‌اند. همین مقدار نشان می‌دهد که اجماع ادعا شده بر بطلان مالکیت موقت امری غیر قابل قبول است (نجفی، محمدحسن).

۵-۲-۵-مهائات

در عقد شرکت در صورتی که شرکا نتوانند در یک زمان از مال مورد مشارکت استفاده کنند، می‌توانند با توافق بر استفاده مستقل هر کدام در زمان خاص، منافع را براساس نسبت شرکت تقسیم کنند، این توافق را تقسیم مهائاتی گویند.

با توجه به ویژگیهای عقد شرکت و قصد طرفین قرارداد در مالکیت موقت، به نظر می‌رسد مالکیت مشاع و تقسیم مهائاتی بهترین و نزدیک‌ترین مصداق در مالکیت موقت است. در این روش هر چند باز هم مالکیت به طور کامل و مستقل ایجاد نمی‌شود و تصرفات و انتفاعات باید در حد اذن سایر شرکاء باشد، ولی به هر حال استفاده کننده یکی از مالکان عین محسوب می‌شود.

البته تقسیم به مهائات را نمی‌توان در ضمن خود عقد شرکت شرط کرد و باید آن را به وجه الزام‌آور دیگری لازم نمود.

□ ۶- مالکیت موقت و تایم شر

در مبحث گذشته دیدیم که مالکیت موقت امری مشروع است. در این مبحث به دنبال پاسخ به این سؤال هستیم که آیا قرارداد تایم شر را می‌توان معتبر و صحیح دانست؟ به عبارت دیگر آیا تحت

عنوان یک عقد عرفی و قرارداد عقلایی که در میان مردم رواج دارد می‌توان راهی برای مشروعیت آن یافت؟

۶-۱- مفهوم تایم شر

در قرارداد تایم شر (مالکیت زمانی)، مالک عین، مالکیت آن را به چند نفر انتقال می‌دهد، به گونه‌ای که در یک دوره مشخص مثلاً یک ساله هر کدام از این افراد در مدت زمان معین و محدودی مالک عین مزبور هستند.

رواج مالکیت زمانی در اروپا و تبلیغ آن در رسانه‌های جهانی و بین‌المللی و مسافرت برخی از افراد متمکن به خارج از کشور و استفاده از این سیستم، موجب شد برخی به فکر ایجاد این امر در داخل کشور بیافتند و لذا به عنوان مثال پس از رایزنی‌هایی با سازمان میراث فرهنگی و صنعت توریسم مجوزهایی به شرکتهایی مثل نارنجستان و آبادگردان و... داده شد.

اما در استفتاءاتی که از مراجع عظام شیعه در مورد این پدیده اقتصادی شده است، اکثر علما و فقهای شیعه حکم به بطلان این معامله داده‌اند. این استفتا توسط مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه در قم تهیه و در ماهنامه دادرسی درج شده است.

مشخصه اصلی این قرارداد، انتقال مالکیت از مالک به دیگری است بنابراین آن را باید در گروه قراردادهای تملیکی قرار داد. در این قرارداد، عین به دیگری تملیک می‌شود و منافع به تبع عین انتقال می‌یابد بنابراین گر چه از جهت زمان بندی و مدت دار بودن به اجاره شباهت دارد، اما تفاوت در تملیک، باعث تمایز آن از اجاره شده است. اگر چه در نهایت، عین به چند نفر منتقل می‌شود، اما این بدان معنا نیست که همه آن‌ها به طور موازی و همزمان مالک عین باشند، بلکه در هر زمانی فقط یک نفر مالک آن است و همین مشخصه باعث تفاوت آشکار این قرارداد با بیع مشاع می‌گردد. در این نوع مالکیت، مالکیت هر شخص در حقیقت یک مالکیت موقت و محدود است زیرا عین، هیچگاه به طور دائمی در مالکیت یک مالک باقی نمی‌ماند و به طور مرتب از یک مالک به دیگری انتقال می‌یابد. به عبارت روشن تر، مالکیت هر نفر محدود به دو حد زمانی است که پیش از آن، شخص دیگری مالک عین بوده و پس از آن هم عین به مالکیت دیگری وارد خواهد شد.

۶-۲- مشروعیت مالکیت در تایم شر

بی تردید در قرارداد تایم شر، مال، هیچ‌گاه بدون مالک نمی‌ماند چرا که همواره با انقضای زمان مالکیت یک مالک، مال به دیگری منتقل می‌شود و فترتی در این میان وجود ندارد که مال بلا مالک بماند؛ از سوی دیگر از آن جا که در هر زمان، تنها یک نفر مالک عین است فرض اشاعه در مالکیت نیز نادرست است. بنابراین سؤال اساسی این است که رابطه چند مالک که به طور زمان بندی شده در یک عین شریک‌اند، چیست؟ در قرارداد تایم شر نیز مالکیت مالکان موقت که به ترتیب، مالک عینی می‌شوند، همانند طبقات موقوف علیهم است بنابراین بر مبنای شیخ انصاری می‌توان در مساله مورد بحث هم قائل به مالکیت فعلی و مالکیتشانی شد. به این صورت که مالکان موقت، در زمان مالکیت خود دارای مالکیت فعلی

و در غیر آن، دارای مالکیتشانی هستند. مثلاً اگر فرض کنیم خانه ای ملک چهار نفر به صورت مالکیت زمانی فصلی باشد، در فصل بهار که فرضاً خانه متعلق به الف است، این فرد مالک فعلی خانه بوده و سه نفر دیگر مالکیتشانی بر آن دارند. اما بنا بر مبنای گروه دوم، نمی توان برای مالکان دیگر مالکیتشانی تصور کرد چرا که به عقیده این گروه، مالکیتشانی، چیزی جز قابلیت شخص برای مالک شدن نیست. بنابراین در زمان مالکیت فعلی یک مالک، مالکان دیگر حقی در آن مال ندارند. به نظر می رسد با توجه به ماهیت مالکیت می توان گفت: مالکیت همان گونه که گروه دوم گفته اند قابل تقسیم به دو نوع نیست و بر همین اساس، مالکیتشانی، سنخ خاصی از مالکیت نیست، اما بدیهی است که در مالکیت موقت، نمی توان رابطه مالکان دیگر با عین را کاملاً منقطع دانست و عین را ملک طلق مالک موقت به شمار آورد. مالکیت، امری عرفی و عقلایی است و عقلاً همان گونه که مالکیت را برای شخص به طور موقت اعتبار می کنند، رابطه دیگر مالکان را هم کاملاً منقطع و منتفی نمی دانند. به عبارت دیگر اگر چه مال در ملک مالک موقت بوده و مالکان دیگر هیچ گونه مالکیت فعلی یا شانی بر آن ندارند اما همچنان، رابطه ای ضعیف و اعتباری بین عین و مالکان دیگر برقرار است و همین رابطه ضعیف را اگر چه نمی توان نوعی مالکیتشانی دانست، اما باعث می شود که دایره اختیارات مالک موقت محدود شود که در بحث بعد به آن می پردازیم.

۳-۶- حدود اختیارات مالکان

مهم ترین اثر مالکیت آن است که مالک بتواند در ملک خود تصرفات مالکانه کند، یعنی آزادانه از آن منتفع شود آن را به گونه های مختلف به دیگران منتقل کند و انتفاعات ممکن را از آن ببرد. حدود اختیارات مالک در مواردی که مال، تنها یک مالک دارد بسی گسترده و وسیع است ولی در جایی که چند نفر نسبت به یک مال حق مالکیت دارند چه به صورت مالکیت عرضی (مانند اشاعه) و چه به صورت مالکیت طولی (مانند تایم شر) اختیارات مالکان محدود می شود. حال سؤال اصلی این است که محدوده اختیارات مالکان موقت در تایم شر چیست؟

پاسخ به این سؤال، تا حدود زیادی بسته به مبانی پیش گفته است. نتیجه منطقی مبنای اول این است که هریک از مالکان در زمان مالکیت فعلی خود، حق هرگونه تصرف و استفاده ای را دارد یعنی می تواند آن را به دیگری انتقال دهد یا هبه کند و... و همین مالکیت به وراثت وی منتقل می شود اما از آنجا که در همین زمان، افراد دیگری هم مالکیتشانی بر آن مال دارند تصرفات مالک تا آن اندازه مجاز است که لطمه ای به حق دیگران وارد نشود چراکه عین در این صورت متعلق حق افراد دیگر است نظیر عین موقوفه و مرهون که متعلق حق مرتهن و طبقات بعدی موقوف علیهم است. بنابراین در قرارداد تایم شر هیچ مالکی حق از بین بردن مال خود را ندارد چرا که حق افراد دیگر به مال او تعلق گرفته و تصرفات او نباید باعث آسیب به حق دیگران شود و این امر، منافاتی با طبیعت مالکیت ندارد. بنا بر مبنای دوم، مالکیتشانی، چیزی جز شانیت تملک نیست. بنابراین در زمان مالکیت یکی از مالکان، دیگران حقی در مال ندارند و لذا عین، فقط متعلق یک حق مالکیت فعلی است و حق دیگری به آن تعلق نگرفته است تا باعث محدود شدن اختیارات و تصرفات مالک شود. مقتضای مبنای اخیر

اگر چه مجاز بودن مطلق تصرفات مالکانه توسط مالک است، اما به نظر می‌رسد حتی با پذیرش این مبنا هم نمی‌توان دست مالک را در مورد هرگونه تصرفی حتی تصرف منجر به تلف مال بازگذاشت زیرا این مورد از مصادیق تعارض قاعده تسلیط و لاضرر است و باید بر آن اساس اظهار نظر شود. فقها معمولاً حدود اختیارات مالک را از قاعده تسلیط استفاده می‌کنند. این قاعده هرگونه تصرف و انتفاعی را برای مالک جایز دانسته است اما قاعده لاضرر، محدوده اختیارات مالک را محدود می‌سازد. به همین جهت جواز تصرفات مالک در ملک خود در صورتی که به ضرر دیگران منتهی شود، مشروط به شرایط خاصی است. در این جا ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی می‌تواند برای ما راه گشا باشد چرا که این ماده بیان کننده موارد تعارض قاعده تسلیط و لاضرر می‌باشد و مقرر می‌دارد: کسی نمی‌تواند تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

روشن است که کلمه همسایه در این ماده نمی‌تواند شمول آن را محدود سازد. با توجه به مبانی فقهی آن می‌توان قاعده ای کلی را از این ماده استنباط کرد، چرا که ملاک این ماده شامل هر موردی است که تصرف مالک موجب ضرر دیگری شود. بنابراین در بحث حاضر، می‌توان در مورد برخی تصرفات مالکان موقت که موجب ضرر دیگر مالکان می‌شود، چنین اظهار نظر کرد که تصرفاتی مانند اتلاف و از بین بردن مال توسط یکی از مالکان موقت، چون به ضرر دیگر مالکان است و غالباً فاقد دو شرط مذکور در ماده فوق الذکر است، جایز نیست. از این گذشته، به اعتقاد بسیاری از فقها قاعده تسلیط پیش از آنکه قاعده ای شرعی و تعبدی باشد، قاعده ای عقلایی بوده و بنای عقلا مهم‌ترین مدرک و مستند آن است و نقش شارع مقدس در این قاعده تنها نقش امضایی است. عقلا همان گونه که مالک را مسلط بر مالش می‌دانند، ضرر زدن به دیگری را هم مجاز نمی‌شمارند و بر همین اساس تصرفات مالکانه را تا جایی که برای رفع ضرر از مالک یا رفع حاجت باشد، مجاز می‌دانند و به مالک اجازه نمی‌دهند که بدون دلیل موجه در ملک خود تصرفاتی کند که موجب ضرر دیگران شود. با توجه به آنچه گذشت بخوبی می‌توان نتیجه گرفت که در قرارداد تایم شر که چند نفر به صورت مقطعی مالک مال هستند هر کدام از مالکان می‌تواند هر گونه تصرفی را در مال خود کند، مگر تصرفی که موجب ضرر دیگران شود و به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود نباشد و گذشت که محدود شدن اختیارات مالک در این موارد منافاتی با حق مالکیت او ندارد.

۶-۴- قالب قرارداد تایم شر

صرف نظر از مباحثات نظری میان فقها و حقوقدانان، ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل آزادی قرارداد را مورد تاکید و تأیید قرار داده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است.» بنابراین در حقوق ما، آزادی اراده را باید به عنوان اصلی مسلم و پذیرفته تلقی کرد و جز در مواردی که قانون، مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌هایشان است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ش، ص ۱۴۴ ص ۱۴۶) مهم‌ترین نتیجه اصل آزادی اراده آن است که اشخاص می‌توانند قراردادهای خود را تحت هر

عنوان که مایل باشند منعقد ساخته، نتایج و آثار آن را به دلخواه معین کنند. بنابراین پیش بینی نهادهای حقوقی و عقود معین در فقه و قانون بدان معنا نیست که اشخاص ناچار باشند یکی از قالب‌های پیش ساخته قراردادی را برای هر پیمان برگزینند. (همان)

بر این اساس از آن جا که موضع قانون مدنی و نظام حقوقی ایران در قبال اصل آزادی قراردادی روشن و بی ابهام است، نیازی به بحث اساسی در این باره دیده نمی‌شود ولی اشاره به مبانی این اصل در فقه برای استحکام و تقویت بحث، لازم به نظر می‌رسد.

مهم‌ترین دلیلی که طرفداران اصل آزادی قراردادی در فقه بدان تمسک کرده‌اند، آیه اول سوره مائده است: یا ای‌ها الذین آمنوا اوفوا بالعقود... عقد به گفته بعضی از لغوی‌ها به معنای مطلق عهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴ ش، ص ۱۴۶ ۳۸۹) و به عقیده بعض دیگر به معنای عهد مؤکد و وثیق است. (زبیدی، ۱۴۰۱، ص ۴۲۶) و در هر صورت شامل معاملات و قراردادها می‌شود. بنابراین مفاد آیه این است که وفا به هر چه عرفاً عنوان عقد بر آن صدق می‌کند، واجب است. معنای وفا به عهد، عمل بر طبق مقتضای آن است (امام خمینی، ۱۴۱۰، ق، ص ۷۰)

با توجه به عموم آیه شریفه نسبت به همه عقود و قراردادها می‌توان چنین استنباط کرد که هر قراردادی که در عرف مصداق عقد دانسته شود، معتبر و لازم الوفاست. علاوه بر فقیهان معاصر، در میان فقهای گذشته نیز کسانی یافت می‌شوند که تمسک به عمومات را برای اثبات صحت و اعتبار قراردادهای نامعین مجاز دانسته‌اند. به عنوان مثال مرحوم محقق اردبیلی در مورد عقد مغارسه بر این اعتقاد است که اگر اجماع علما بر بطلان آن نبود، این امکان وجود داشت که به مقتضای عمومات ادله، به صحت عقد مغارسه حکم داد. (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۴۴)

اگر چه فقهای متقدم به اصل آزادی اراده، به دیده تردید می‌نگریستند، اما فقهای معاصر عموماً به آن متمایل شده و آن را پذیرفته‌اند. به عقیده اینان، عناوین عقود، توقیفی نیست چون شارع مقدس در معاملات، طریقه خاصی را اختراع نکرده و نقش شارع در مورد معاملات، نقش امضایی است یعنی معاملات رایج بین مردم را امضا کرده است. به بیان دیگر شرع مقدس در زمینه معاملات، حقیقت جدیدی را نیاورده جز امضای آنچه نزد عرف و عقلاً متداول است و با جمله اوفوا بالعقود تمامی آنچه را که نزد مردم و در عرف بازار رواج دارد امضا کرده است. (معرفت، ۱۳۷۷، ص ۱۳) به هر تقدیر، اصل آزادی اراده در میان فقهای معاصر مورد پذیرش قرار گرفته و این فقیهان برای اثبات مشروعیت و اعتبار قراردادهای نامعین بدان تمسک کرده‌اند.

نتیجه

با عنایت به ارائه دلایل و بررسی‌های صورت گرفته قول به جواز مطلق مالکیت موقت شایسته و کامل به نظر می‌رسد. بنابراین وجود منافع محله مقصوده عند العقلا، دلیل معقولیت مالکیت موقت و استقرار بنای عقلا بر جواز و عمل به آن با توجه عدم منع شرعی، دلیل مشروعیت و مقبولیت مالکیت موقت در جوامع اسلامی است. برای رفع زیان‌ها و سوء استفاده‌های احتمالی، لازم است در جهت قانونمند کردن مالکیت موقت اقدام شود، نبودن قوانین موضوعه و کنترل کننده به طور طبیعی

موجب سوء استفاده افراد فرصت طلب می‌شود. سیستم تایم شر نیز از این قاعده مستثنی نیست که برای تحقق منافع آن، دولت می‌باید تسهیلات قانونی و اقتصادی و مالی را در اختیار شرکت‌های متعهد به اصول اخلاقی و قانونی برای گسترش مالکیت زمانی قرار دهد و مردم با توجه به وجود منافع فراوان آن، از این گونه طرح‌ها آگاهانه استقبال کرده و از منافع آن بهره مند شوند.

□ فهرست منابع و ماخذ

الف: منابع فارسی

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد نخست، چاپ سیزدهم ۱۳۷۶، انتشارات اسلامیه.
- ۲- انصاری، مرتضی، مکاسب، تبریز، چ سنگی ۱۲۷۵ ق.
- ۳- انصاری، مرتضی، فرائدالاصول، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق،
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق،
- ۵- پروانی، محمد رضا، «حق ابتکار در فقه اسلامی مقارن»، نامه مفید شماره چهارم
- ۶- امام خمینی، تحریر الوسیله، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۷ ق، ج ۲
- ۷- امام خمینی (امام)، روح الله، صحیفه نور، موسسه چاپ و نشر آثار امام، ۱۳۷۵.
- ۸- بجنوردی، سید حسن القواعد الفقهیه، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق، ج ۵
- ۹- جزوه استفتائات مرکز تحقیقات قوه قضائیه درباره بیع زمانی
- ۱۰- خامنه ای، محمد، «مالکیت عمومی»، مجموعه مقالات فارسی اولین مجمع بررسی‌های اقتصادی، ۱۳۷۴.
- ۱۱- دهخدا، علی اکبر، «فرهنگ دهخدا»، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ ش
- ۱۲- صفایی، سید حسین، مقالاتی در باره حقوق مدنی و تطبیقی، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۷۵ ش،
- ۱۳- کاتوزیان، دکتر ناصر قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت انتشار، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق، ج،
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها صلح، تهران، شرکت انتشار، چاپ ششم، ۱۳۷۴ ش،
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران، یلدا، چاپ اول ۱۳۷۴.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر عقود معین، تهران، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۶۸ ش، ج،
- ۱۷- گرجی، ابوالقاسم، مالکیت در اسلام، مجموعه مقالات فارسی اولین مجمع بررسی‌های اقتصاد اسلامی، ۱۳۷۴.
- ۱۸- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی) تهران، سمت، چاپ اول، ۱۳۷۳ ش، ج ۲
- ۱۹- مرتضوی، حسن، مالکیت و تحدید آن در اسلام، انتشارات امام صادق، ۱۳۷۵.
- ۲۰- مطهری، مرتضی، «تکامل اجتماعی انسان»، انتشارات صدرا، تهران، ۱۳۶۲ ش
- ۲۱- معرفت، محمدهادی، مقاله ضمانت، گسترش یا انتقال محل پرداخت ماهنامه دادرسی، ش، مهر و آبان ۷۷
- ۲۲- معین، محمد، فرهنگ فارسی، تک جلدی، تهران، یلدا، ۱۳۷۶.

- ب: منابع عربی
- ۲۳- امام خمینی، کتاب البیع، قم، موسسه اسماعیلیان، چ چهارم، ۱۴۱۰ ق
- ۲۴- آل بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، تهران، مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۳۶۲
- ۲۵- بجنوردی، سید حسن القواعد الفقهیه، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق، ج ۵
- ۲۶- مقدس اردبیلی، احمد، قم، موسسه نشر اسلامی، مجمع ۱ الفائده و البرهان، ج ۱۰
- ۲۷- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ج ۲۲
- ۲۸- نراقی، ملا احمد، عوائد الایام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۵ ش،
- ۲۹- نراقی، ملا احمد، مستند الشیعه، قم، کتابخانه نجفی، چاپ سنگی، ۱۴۰۵ ق، ج ۲
- ۳۰- یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات عروه الوثقی، قم، داورى، ۱۴۰۵
- ۳۱- صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، مطبعه الآداب، نجف، ۱۳۹۵ ق.
- ۳۲- ابن المنظور، ابو الفضل، «لسان العرب»، دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى ۱۴۰۵ ق
- ۳۳- آخوند خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، انتشارات اسلامیه، ۱۳۶۴.
- ۳۴- اصفهانی، محمد حسین، حاشیة المکاسب، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳ ش
- ۳۵- امام خمینی، تحریر الوسیله، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۷ ق، ج ۲
- ۳۶- امام خمینی، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۶۴ ش، ج
- ۳۷- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق،
- ۳۸- نصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق،
- ۳۹- بحر العلوم، محمد، بلغه الفقیه، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
- ۴۰- بحرانی، یوسف، الحدایق الناظره، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳ ش، ج ۲
- ۴۱- توحیدی، محمدعلی، (تقریرات درس آیت الله خویی)، قم، موسسه انصاریان، ۱۳۷۶.
- ۴۲- حرّ عاملی، محمد بن حسن، «وسایل الشیعه»، تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، الطبعة الثانية، قم، ۱۴۱۴ هجری قمری
- ۴۳- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه، بیروت، دار احیاء التراث، ج ۷
- ۴۴- حکیم، محسن، حقایق الاصول، مکتبه المرعشی، ۱۴۰۴ ق.
- ۴۵- حکیم، محمدتقی، الاصول العامه للفقّه المقارن، موسسه آل البيت، چ سوم، ۱۳۹۰ ق.
- ۴۶- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم، موسسه انصاریان، ۱۳۷۱.
- ۴۷- روحانی، محمد صادق، المسائل المستحدثه، دار الکتب الاسلامیه، قم، ۱۴۱۴ ق.
- ۴۸- شهید ثانی، مسالک الافهام، انتشارات حافظ، چاپ اول، ۱۱۴۴ ق، ج ۴
- ۴۹- شهید ثانی، زین الدین، مسالک الافهام، انتشارات حافظ، چاپ اول، ۱۱۴۴ ق،
- ۵۰- شیخ انصاری، مکاسب، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق،
- ۵۱- طریحی، فخر الدین، «مجمع البحرین»، تحقیق سید احمد حسینی، مکتب نشر الثقافه الاسلامیه، الطبعة الثانية، ۱۴۰۸ ق
- ۵۲- علامه حلی، مختلف الشیعه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۳ ش، ج ۶

- ۵۳- علامه حلی، یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲
- ۵۴- محقق اردبیلی، احمد، مجمع الفایده و البرهان، مکتبه المرتضویه، ۱۳۶۴.
- ۵۵- محقق کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، تهران، چ سنگی ۱۲۷۲ ق.
- ۵۶- مغنیه، محمد جواد، اصول الفقه فی ثوبه الجدید، مکتب نشر الثقافه الاسلامیه، الطبعة الثانية ۱۴۱۸ ق.
- ۵۷- میرزای قمی، جامع الشتات، تهران، کیهان، چاپ اول، ۱۳۷ ش، ج ۲
- ۵۸- نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، ج ۳، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ۵۹- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۸.
- ۶۰- نراقی، احمد، «مستند الشیعه فی احکام الشریعه»، تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، مشهد،
- ۶۱- نراقی، احمد، عوائد الايام، مکتب الاعلام الاسلامیه، ۱۳۷۵ ه.ش
- ۶۲- یزدی (طباطبائی) سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، اسماعیلیان، ۱۳۷۸.