

مال و انواع آن

« ۲ »

فصل سوم

در اموالیکه مالکیت خاص ندارد

موجودات خارجییه یا مفروض الوجود از لحاظ استعداد و قابلیت ذاتی برای قبول ملکیت و تملک بر دو نوع است :

۱ - موجوداتیکه قابلیت ذاتی و استعداد طبیعی برای تملک و اتصاف بملکیت ندارند مانند آفتاب . هوا و فضا (۱)

۲ - موجوداتیکه استعداد طبیعی و قابلیت ذاتی برای مملوک شدن دارند و اسباب قانونی هم برای تملک آنها وجود دارد و میتوان با فراهم شدن شروط و رعایت مقررات مربوطه آنها را تملک نمود مانند اراضی موات که فقط با احیا قابل تملک است نه با تقاضای ثبت و صدور سند مالکیت (۲)

۱ - جای بسی خوشوقتی و ستایش و شکر گذاریمست که مبداء حیات و تکیه گاه عالم آفتاب و هوا را غیر قابل تملک خصوصی آفریده و الا اقویاً و متغذین آنها را هم مانند اراضی موات با تقاضای ثبت و صدور سند مالکیت اختصاص بخود داده و فقراً و بی نوایان را از بهره مندی از آنها هم ممنوع و محروم مینمودند و در عین حال مدعی بودند از مرز عدالت و انصاف خارج نگردیده و تملک هوا و آفتاب هم حق مشروع آنها است - آری این است روزگار سپری شده تلخ تر از زهر تا بار دیگر باتوجهات اولیای امور و زمامداران اجتماع روزگاری چون شکر آید و حقوق اجتماعی برای اجتماع محفوظ و اموال نهب شده بیجامه بازگشت نماید.

۲ - چنانچه ضمن مقالات مندرجه در شماره های ۵۱ و ۵۴ و ۵۵ مجله اشعار شده تملک اراضی موات مجوز قانونی و شرعی نداشته و اسناد مالکیت صادره نسبت بآنها اسناد رسمی و با ارزش قضائی نیست و بایستی با پیروی از مولای متقیان که پس از نبیل بخلافت ظاهری با یک اعلامیه رسمی که اعلامیه شماره یک دولت آن حضرت است به این بیان :

« الا ان کل قطیعة اقطعها عثمان وکل مال اعطاه من مال الله فهو
مردود فی بیت المال - فان الحق لا یبطله شیء - ولو وجدته قد تزوج به
النساء و فرق فی البلدان لرددته فان العدل فی سعة - و من ضاق علیه الحق
فالجور علیه اضیق . »

(بقیه پاورقی در صفحه ۴۲)

مال و انواع آن

بدیهی است این دو نوع خارج از مقصود منظور فصل سوم است و منظور فصل مزبور نوع سوم است که عبارت است از موجوداتی که با قابلیت و استعداد ذاتی برای اتصاف بملکیت و مملوک شدن قبول ملکیت ننموده و قابل تملک خصوصی نیستند و عدم قابلیت آنها برای تملک یا از جهت آنست که اسباب قانونی برای تملک آنها وجود ندارد و بالاخره محل تأثیر و اعمال اسباب تملک میشوند.

یا از جهت وجود منع قانونی است برای تملک آنها مانند مشترکات عمومی از قبیل طرق و شوارع و..... یا مانند اموال مشروحه در ماده ۲۶ که این گونه اموال در مواقع خاص از جهت قابلیت ذاتی برای تملک در صورت پیدایش سبب یا رفع مانع قانون خاص قابل تملک خصوصی خواهد شد چنانچه طرق و شوارع و اموال دولتی با اجازه قانون خاص فروخته میشوند و بملکیت خریدار در میآیند.

« اصل قابل تملک »

اصل این است که کلیه موجودات خارجی (اعم از آنکه مال موضوع ضمانات و معاملات بر آن صادق باشد یا نباشد) قابل تملک و اختصاص است و اگر مشکوک شویم یک موجود خارجی قابل تملک خصوصی است یا نه اصل این است که قابل تملک خصوصی است و برای اینکه موجودی بر خلاف اقتضای اصل مزبور غیر قابل تملک خصوصی باشد محتاج به تشریح حکم باتعین موضوع است.

کلیه اسناد مالکیت اراضی موات را که با فرمان عثمان خلیفه قبل صادر و باشخاص واگذار شده بود ابطال فرمودند ابطال گردد.

همین عمل آنحضرت دلیل کافی است که اراضی موات از طرف اولوالامر و زمامداران اجتماعی هم قابل تفویض و واگذاری و تملیک نیست و طریقی برای تملک خصوصی آنها جز احیا با اجازه اولوالامر وجود ندارد.

کما اینکه بیانیه مزبور آنحضرت از جمله هزاران فرمایشات سفرای الهی است که میتواند ملاک شرعی برای محاسبه کارمندان دولت و لایحه رسیدگی بدارائی آنان باشد.

آیا تملک موات با آیه مبارکه: « **والارض وضعها للانام و.....** » و فرمایشات سفیر اعظم که از آنجمله فرموده: « **من اخذ ارضا بغير حق كلف ان يحمل تراها الى المحشر و.....** » قابل تطبیق است.

آیا ادامه یک عمل غلط و خلاف شرع و تمکین از آن غلط دیگر و خلاف شرع و قانون نیست.

معلوم نیست تا بکی بایستی نسبت بانحراف از مقررات شرع و قانون تمکین و در مقام جلوگیری و جبران بر نیامد.

لابد تا وقتی که ممکن باشد و مصالح عزیزان بی جهت ایجاد نماید.

« ساقی بجم عدل بده باده تا گدا غیرت نیورد که جهان پر بلا کند »

مال و انواع آن

لذا فصل سوم قانون مدنی (با اینکه تداخل موضوعات نموده و مثل اغلب ابواب و فصول دیگر قانون مدنی فاقد حسن تعبیر و حسن اسلوب و تنظیم است) در مقام تشریح حکم و تعیین موضوعاتی که برخلاف اقتضای اصل مزبور نبایستی مملوک خصوصی واقع شوند بر آمده و بعبارت دیگر فصل سوم در مقام این است که مستثنیات از مقتضای اصل قابل تملک بودن موجودات خارجی را معین نماید که علی‌الاصول مثل سایر چیزها قابل تملک تشخیص نشوند. و جهاتی که برای عدم امکان تملک خصوصی آنها قابل فرض است عبارت است از:

۱ - چون اسباب قانونیکه غیر مملوک را مملوک نموده و موجب ملکیت میشود

عبارت است از:

الف - شق ۱ ماده ۱۴۰ قانون مدنی یعنی احیای اراضی موات و حیازت مباحات (شقوق دیگر ماده ۱۴۰ قانون مدنی اسباب ایجاد ملکیت و تملک نیستند بلکه اسباب تغییر و تبدیل مالک و بالنتیجه نقل ملکیت‌اند).

ب - تولید و ایجاد که در اثر وسائل صنعتی یا عمل شخصی چیزی بوجود بیاید مانند تولید نیروی برق و مجسمه ساز و نقاشی که مجسمه و تابلو نقاشی بوجود می‌آورند و اموال مورد اشعار ماده ۲۴ و ۲۶ نه از طرف شخص خاص و فرد معین احیاء شده و نه از مباحات اولیه است که قابل حیازت باشند و نه از اموری هستند که فرد خاص تولید نموده و بوجود آورده باشد.

بنابراین هیچیک از اسباب مزبوره که قانوناً موجب ملکیت میشوند نسبت بآنها قدرت و قابلیت تأثیر نداشته و قابل اعمال نیست و بالنتیجه وسیله و سبب قانونی برای تملک خصوصی آنها وجود ندارد.

ممکن است گفته شود عدم امکان تملک خصوصی آنها با قابلیت ذاتی که برای آن دارند از جهت عدم وجود سبب قانونی برای تملک نیست بلکه از لحاظ منع قانون ایجاد مانع شده و قابلیت برای تملک را از جهت منع قانون از دست داده‌اند که هر وقت رفع مانع شد تملک آنها ممکن خواهد گردید.

۲ - اموال مزبوره از جهت احیاء و حیازت یا بوسیله عقود و تعهدات ملک دولت است که بعنوان شخص حقوقی بر طبق شق ۱ و ۲ ماده ۱۴۰ مالک شده و همانطور که مملوک افراد و اشخاص حقیقی برای دیگری قابل تملک نیست، مگر با وسائل نقل ملکیت، مملوک اشخاص حقوقی و دولت و اجتماع هم برای دیگری قابل تملک خصوصی نیست

۳ - اموال مزبوره که از بودجه عمومی تهیه شده بقاعده «**دخول معوض در ملک من خرج عن ملکه العوض**» (۱) مالک جامعه و عموم است لذا قابل تملک خصوصی نیست و بالنتیجه اموال مزبوره با دو فرض اخیر مملوک است ولی مالک خاص با شخصیت حقیقی ندارد و نمیتواند داشته باشد.

۱ - امید است در بحث از بیع فضولی یا از وکالت در فرع ادعای وکیل بانجام معامله برای خود با تأدیه ثمن از مال موکل از قاعده مزبور بحث شود.

مال و انواع آن

اینک با توجه بمقدمه فوق بایستی مواد فصل مرقوم بطور اجمال مورد بحث واقع شود.

ماده ۲۴ که مقرر داشته: «استفاده از اموالیکه مالک خاص ندارد مطابق قوانین و مقررات مربوطه بآنها خواهد بود» در مقام تشریح نیست بلکه در مقام تقييد و تحديد است.

يعنی این ماده نخواسته است چیز را که جایز نموده مجاز کند بلکه خواسته است برای یک امر مجاز علی‌الاصول که عبارت از استفاده و انتفاع از مشترکات و مباحات است حدود و قیودی مقرر دارد و عبارت دیگر میگوید ولو استفاده از اموالیکه مالک خاص ندارد برای هرکس مجاز است ولی این جواز و عدم منع مطلق نیست و از ناحیه قانون مقید و محدود است بر عایت مقررات و قوانین خاص مربوط بهر نوعی از آنها:

مثلاً یکی از مباحث انتفاعی و مشترکات عمومی که مالک خاص ندارد پلهای عمومی و طرق و شوارع است که هرکسی حق استفاده از آنها را دارد ولی نه هر اندازه و هر نوع استفاده بلکه استفاده که منظور از آنست که عبارت است از عبور و مرور بسلامت و بدون مزاحمت بنا بر این نمیتوان پلها و شوارع و طرق عامه را محل کسب یا انبار کالا و گاراژ اتومبیل قرار داد و روی این اصل تجار و مالکین اتومبیل که معابر عمومی را اشغال نموده و انبار کالاهای تجارتهای از قبیل تیر آهن و گاراژ اتومبیل قرار میدهند و عابری را دچار زحمت مینمایند مرتکب تعدی بحقوق عامه شده و برخلاف قانون عمل نموده‌اند و در صورت حدوث ضرر ضامن خواهند بود ولو مستند بعمل مستقیم آنها نباشد مثلاً در اثر تمرکز تیر آهن یا اتومبیل باربر یا عابری با برخورد بان افتاده و محمول او تلف یا عضوی از آن ناقص شود صاحب تیر آهن ضامن خواهد بود و هر فردی حق جلوگیری از تصرفات ناروای مزاحمین را خواهد داشت چه هرکس حق عبور آزادانه را دارد و هر ذیحقى میتواند از تعدی هر متعدی بر حق خود جلوگیری نماید.

برای ماده ۲۴ که مقرر داشته: «هیچ کس نمیتواند طرق و شوارع عامه و کوچه هائی را که آخر آنها مسدود نیست تملک کند» یک منطوقی است و یک مفهومی:

اما منطوقاً مشعر است که طرق و شوارع عامه که کوچه هائیکه آخر آنها مسدود نیست هم نوعی از آنست که مالک خاص ندارد و تا وقتی که عنوان مزبور محفوظ باشد یعنی تا وقتی که طریق و شارع عام باشد قابل تملک خصوصی هم نیست.

تغییر حکم و موضوع

بدیهی است در صورتیکه یک طریق و شارع عامی از عنوان شارعی خارج و متروک گردید از جهت تغییر موضوع مثل سایر زمینهای مباحه با احیا قابل تملک خواهد شد چه علی‌القاعده (چنانچه در محل خود بیان خواهد شد) با تغییر موضوع حکم

مال و انواع آن

هم تغییر میکند و ممنوعیت تملک طرق و شوارع از لحاظ عنوانهای مزبوره است نه از لحاظ ذات آنها لذا با زوال عنوان حکم هم زائل میگردد (ماده ۶ قانون توسعه معابر مصوب آبان ماه ۱۲ هم مبتنی بهمین قاعده است)

اما مفهوماً - مشعر است طرق خاصه که در بیان فقها به (طرق مرفوعه) مصطلح شده اگر چنانچه نظر جمعی از فقهای فریقین است اساساً مملوک مجموع کسانی که املاکشان در آن واقع است نباشد بدون تردید برای مجموع آنها قابل تملک است و میتوانند همه آنها آنرا تملک نموده و نظیر ملک مشترک هر گونه دخل تصرفی با توافق یکدیگر در آن بنمایند و مواد ۱۰۹۳ تا ۱۰۹۷ قانون مدنی عراق و ماده ۱۲۲۰ مجله هم طرق خاصه را نظیر ملک مشترک حق اختصاصی کسانی دانسته که املاکشان در آن واقع است بدون آنکه حق تقسیم و فروش و بستن مدخل آنها داشته باشند و سایر تصرفات را با توافق کلیه آنها جایز دانسته است و ماده ۱۰۹۷ قانون مدنی عراق و ماده ۱۲۲۳ قانون مجله مشعرند بر منع دخول و عبور و سرور غیر شرکاء در طرق خاصه مگر در موقع ازدحام طرق عامه و در موارد ضرورت.

بهر حال مفهوم مخالف حکم (هیچکس) در ماده این نیست که هیچکس نمی تواند طرق و شوارع عامه را تملک نماید ولی همه کس میتواند طرق خاصه و کوچه های بن بست را تملک کند . و خلاصه گر چه عبارت ماده ناقص و نارسا است ولی مستنبط از سنطوق و مفهوم آن این است که هیچکس نمیتواند طرق و شوارع عامه را تملک کند و همه کس هم نمیتواند طرق خاصه را مالک شود بلکه تملک طرق خاصه فقط حق مجموع کسانیست که املاکشان در آن واقع است که با توافق یا توافق میتوانند تملک و تقسیم و هر تصرفی که مقتضی بدانند بنمایند.

احکام طرق

برای طرق و شوارع اعم از عام و خاص احکامی است که اقتضا داشت قانون مدنی لااقل تا حدود لازم احکام آنها را بیان نموده باشد . از جمله احکام قابل توجه طرق خاصه که اقتضا داشت در قانون مدنی تکلیف آن صریحاً معین شود موضوع هزینه تعمیرات لازمه آنست و ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی عراق تعمیر طرق خاصه را بر شرکاء مقرر داشته باین نحو که تمام شرکاء یا صاحب ملکی که در مدخل طریق خاص واقع است در هزینه تعمیر بایستی شرکت کنند و صاحب ملک واقع در مدخل میتواند از شرکت در هزینه و تعمیر قسمتهای بعدی آن خودداری و امتناع نماید و بهمین نحو هر صاحب ملک مقدم حق امتناع از شرکت در هزینه و تعمیر قسمتهای بعدی دارد و صاحب ملکی که در آخر طریق خاص واقع است علاوه از آنکه در تعمیر قسمتهای مقدم بایستی شرکت کند منفرداً مکلف بتعمیر قسمتی است که فقط مورد استفاده عبوری او میباشد.

طریق مسبوق بملکیت

شارعهایی که مسبوق بملکیت غیر است مثل زمینی که بین مالکین مشاعی افزاز

مال و انواع آن

و تقسیم و هر مالکی در سهم اختصاصی و مفروزی خود ساختمانی احداث نماید و قسمتی از زمین هم برای استفاده عبور مالکین بحالت اشاعه باقی و خیابان و کوچه قرار داده شود که در نتیجه آبادی اطراف آن شارع عام گردد آیا مالکین حق ممانعت دیگران را از عبور و سد کردن مدخل آنرا خواهند داشت یا نه ؟

اگر خواسته باشیم بدون تردید این نوع شوارع عامه را هم در ردیف شوارع عامی که اصلاً مسبوق بملکیت نبوده قرار دهیم بایستی بر آخر ماده ۲۴ عبارت « و هر زمینی که شارع عام شد باستناد ملکیت قبلی و سنه مالکیت تغییر پذیر نخواهد بود » اضافه شود و در نظر بعضی از فقها هم چنین شارعی شارع عام بشمار آمده است.

مباحات عینیه و انتفاعیه

بطوریکه از ماده ۲۷ و سایر مواد قانون مدنی استفاده و استنباط میشود در نظر قانون هم مباحات دو نوع است :

۱ - مباحات قابل تملک و قابل انتفاع مثل اراضی موات که هم با احیا برای اتباع دولت ایران قابل تملک است و هم بدون تملک برای عموم سکنه ایران هر نوع استفاده و انتفاع که از آنها ممکن شود مجاز است و میتوان این نوع مباحات را بمباحات عینیه تعبیر نمود.

۲ - مباحاتی که فقط از لحاظ استفاده و انتفاع مباح است نه از لحاظ عین و تملک که میتوان این نوع را بمباحات انتفاعیه نامید و ماده ۲۵ در مقام شناسائی و معرفی این نوع مباحات انتفاعیه باتعین چند مصداق برآمده و مقرر داشته :

« هیچکس نمیتواند اموالی را که مورد استفاده عمومست و مالک خاص ندارد از قبیل پلها و کاروانسراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میداناتهای عمومی تملک کند و همچنین است قنوات و چاههایی که مورد استفاده عموم است ».

و بالجمله میگوید مباحاتی که مورد استفاده عموم است و برای هیچکس قابل تملک خصوصی نیست از قبیل پلها و کاروانسراها و است نه از قبیل مباحات اولیه و بالاصل مانند اراضی موات و سیاه مباحه ولی حق این است که هر نوع مباحی که مورد استفاده عموم است و برای رفع احتیاجات عامه لازم است اعم از اینکه از مباحات اولیه باشد از قبیل اراضی موات و چشمهها و بیشهها و یا از سنخ کاروانسرا و مدارس و میداناتها و قابل تملک نیست.

بالجمله یکی از شروط اساسی تملک مباحات این است که مورد استفاده عمومی و احتیاجات جامعه نباشد و لذا فقها احیای اراضی موات اطراف شهر و قراء را تا حدیکه برای احتیاجات ضروری شهر لازم است از قبیل مسیل و جایز ندانسته و قابل تملک نمیدانند و همچنین سایر مباحات از قبیل رودخانه و چشمه و ... تا حدیکه مورد احتیاج و استفاده عموم است برای افراد قابل تملک خصوصی نیست.

مال و انواع آن

بهر حال با توجه باینکه اموال مصرحه در ماده ۲۵ اموالی نیستند که بخودی خود موجود شده باشند بلکه تمام آنها ساخته و ایجاد شده اشخاص است بنابراین حالت سابقه اینگونه اموال مسلماً ملکیت بوده مگر در مثل مورد چاه و قنات که حفر کننده بدون قصد تملک و فقط بمنظور استفاده و انتفاع عمومی حفر کرده باشد. و از اموال خود هم چیزی در آنها بکار نبرده باشد و احیا هم چنانچه معتقد بعضی از فقها و دانشمندان است از اسباب قهریه برای تملک نباشد که در چنین صورتی و نسبت بچنین موضوعی (چاه و قنات) میتوان مدعی بود مسبق بملکیت نبوده و مالک خاصی نداشته است و در سایر مصادیق مصرحه در ماده ۲۵ مسلماً مسبق بملکیت بوده اند و بایستی تشخیص داد با چه سببی از اسباب ملکیت مالک از آنها زائل گردیده است.

اعراض

برطبق نظر جمعی از فقها و دانشمندان و برخلاف نظر دسته دیگر از فقها یا متفهمین یکی از اسباب مزایه ملکیت اعراض مالک است (۱) و مستنبط از ماده ۲۵ این است که مقنن نظر دسته اول از فقها را ترجیح داده و با پیروی از آنها مالک را از اسباب مزایه ملکیت و اباحه مال مورد اعراض دانسته است.

با توجه بنوع اموال مصرحه در ماده ۲۵ و نوع استفاده و انتفاعی که از آنها مقصود و منظور بوده واضح و غیر قابل شک و تردید است که احداث کننده نظری به بقاء ملکیت خود نسبت بانها نداشته و نخواسته است آنها جزء دارائی شخص او باقی بماند و بطور قطع یا از آنها اعراض نموده که از جهت اعراض ملکیت مالک زائل شده و چون اعراض مالک با منظور و مقصود استفاده و انتفاع عمومی بوده است حکم مباحات عینیه قابل تملک را نداشته بلکه از مباحات انتفاعیه و غیر قابل تملک خصوصی گردیده است یا وقف و حبس نموده و بالتیجه اموال مزبوره برای استفاده و انتفاعات عمومی مجبوس است اعم از آنکه از طرف مالک وقف شده یا با قید انتفاع عمومی اعراض شده باشد.

ناگفته نماند که کلمه «خاص» در ماده ۲۵ لزومی نداشته و معنی صحیحی هم برای آن بنظر نمیرسد چه اگر منظور از کلمه «خاص» همان معنی مقابل کلمه «عام» باشد مفهوم ماده این میشود که اموالیکه مورد استفاده عموم است اعم از آنکه مالک عام داشته باشد یا اصلاً بدون مالک باشد برای کسی قابل تملک خصوصی نیست.

در صورتیکه بر فرض برای عام هم بعنوان عام ملکیت قابل فرض باشد اموال مصرحه در ماده مسبق بملکیت خاص بوده و از اموالی نیستند که اجمال عموم یا در ملک عموم بوجود شده باشند و اگر منظور از کلمه خاص مرادف یا مشخص و معین باشد معنی ماده این میشود که اموالیکه مالک مشخص و معین ندارد و مورد استفاده عموم است قابل تملک خصوصی نیستند در صورتیکه با مسبق بملکیت چنین اموالی مجهول المالک و مشمول مقررات ماده ۲۸ خواهند بود.

۱ - امید است در بحث از ماده ۱۶۲ سببیت اعراض برای زوال ملکیت بیان شود.

مال و انواع آن

و خلاصه منظور ماده اموالی است که در اثر اعراض ملکیت از آنها زائل و اصلا مالکی ندارد - نه مالک دارد ولی مالک آن عام یا غیر مشخص است.

اموال دولتی

اموال متصرفی دولت بر طبق تعبیر ماده ۲۶ که مقرر داشته :

« اموال دولتی که معداست برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه ذخیره و سفاین جنگی و هم چنین اثاثیه و ابنیه سلطنتی و عمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتابخانه‌های عمومی و آثار تاریخی و امثال آنها. و بالجمله آنچه که از اموال منقوله و غیر منقوله دولت بعنوان مصالح عمومی و منافع ملی - در تحت تصرف دارد قابل تملک خصوصی نیست و هم چنین است اموالیکه موافق مصالح عمومی بایالت یا ولایت یا ناحیه شهری اختصاص یافته باشد » دو نوع است :

۱ - اموال معد برای مصالح عمومی از قبیل اموالیکه دولت برای امورات نظامی و جنگی و حفظ امنیت و وسائل اعمال حاکمیت در اختیار دارد مثل قلاع جنگی و تجهیزات قشونی و بسیاری از دوائر دولتی.

۲ - اموال معد برای انتفاعات عمومی از قبیل بیمارستانها و دبستانها ولی در عداد مصادیق وامثله که در ماده تصریح شده نوع سوم هم که عبارت از اثاثیه و ابنیه سلطنتی است نامبرده شده و شاید نظر این بوده که ابنیه و اثاثیه سلطنتی هم خارج از دو نوع مزبور نباشد.

بهر حال منظور از اینکه اموال مصرحه در ماده قابل تملک خصوصی نیست این است که افراد نمیتوانند بعنوان حیازت آنها را مالک شوند نه آنکه عین آنها در هیچ موقعی و یا هیچ وسیله بملکیت اشخاص در نخواهد آمد چنانچه املاک خالصه و اثاثیه وزارتخانه‌ها و سایر اموال دولتی که در مواقع فروخته میشود.

فرق بین این ماده با ماده ۲۵ این است که برای اموال مورد اشعار این ماده فرض مالک شده و آن دولت است و در اموال مورد اشعار ماده ۲۵ فرض عدم مالک شده با منع تملک خصوصی.

بالتیجه دولت هم نمیتواند جهت اختصاصی برای خود نسبت با اموال مورد اشعار ماده ۲۵ قائل شود و در تحت هیچ عنوانی حق واگذاری و تصرف اختصاصی در آنها را ولو بعنوان مصالح عمومی یا انتفاع و یا استفاده خصوصی از آنها یا تغییر نوع استفاده که از آنها منظور است نخواهد داشت بنابراین دولت هم حق ندارد یک مدرسه یا رباط یا را که مورد استفاده فعلی عموم است متصرف شود که عموم از بهره‌مندی که منظور از آن بوده است محروم گردند مثل اینکه یک مدرسه

مال و انواع آن

یا رباطی را سر بازخانه یا پاسگاه یا بیمارستان قرار دهد (۱) و فقط وظیفه دولت نسبت به آنها این است که نگذارد از تصرف انتفاعی عمومی خارج شود و بالجمله فقط نظارت در حفظ آنها و حدود انتفاعات خواهد داشت.

لازم بتذکر نیست که تعبیر ماده با تطویلی که دارد خالی از نقص و مصون از انتقاد و ایراد نیست و تصور می‌رود اگر به این نحو (اموالی که دولت بعنوان مصالح مملکتی و عمومی و منافع ملی و اعمال حاکمیت و تصدی در اختیار دارد قابل تملک خصوصی نیست) تعبیر شده بود علاوه از اختصار جامع تر بود!

مشترکات

در تعبیر فقها اموالیکه مالک خاص ندارد و عیناً قابل تملک است بمباحات و اموالیکه مالک خاص ندارد و نمیتواند داشته باشد و برای همه قابل استفاده و انتفاع است مانند طرق و شوارع بمشترکات مصطلح شده است.

ولی ماده ۲۷ که مقرر داشته :

اموالیکه ملک اشخاص نمیباشد و افراد مردم میتوانند آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه بهر یک از اقسام مختلفه آنها تملک کرده و یا از آنها استفاده کنند مباحات نامیده میشود مثل اراضی موات یعنی زمینهاییکه معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد .

هر دونوع را مباحات نامیده کما اینکه بعضی از فقها از هر دونوع را بمشترکات تعبیر نموده‌اند.

بنا بر این در فرهنگ قانون و اصطلاح مقنن مباحات عبارت است از اموالیکه بدون مالک است و قابل برای تملک و انتفاع یا فقط قابل استفاده و بهره‌مندی از قبیل پلها و طرق و شوارع و رباطها و.....

و با توجه به متن و عبارت ماده محرز است که اراضی بایستی با رعایت مقررات قوانین خاص مربوطه که در ماده ۱۴۵ نیز بیان اشاره شده تملک شود و اولین شرط اساسی تملک آنها بر طبق نظر فقهاء و صریح ماده ۱۴۳ عبارت است از احیا با قصد تملک بنا بر این اراضی موات قبل از احیا مملوک نیست و بالنتیجه اسناد مالکیت صادره نسبت بآنها اسنادیست که بدون مجوز نسبت بغیر مملوک صادر شده لذا ارزش قضائی و قانونی نمیتوان برای آنها قائل شد.

۱ - بدیهی است در مواقع غیر عادی از قبیل جنگ و شیوع مرض و امثال آنها حتی خانه‌های شخصی بایستی برای مصالح عمومی و اجتماعی مورد استفاده و در اختیار دولت قرار گیرد چه رسد بمدارس و رباطها و امثال آنها.

مال و انواع آن

مجهول المالك

بجهاتیکه لازم بتذکر نیست مقنن نسبت باسوال مجهول المالك واحکام آن بماده ۲۸ که مقرر داشته :

« اموال مجهول المالك با اذن حاکم یا ماذون از قبل او بمصارف فقرا میرسد » قناعت نموده است.

اسوال مجهول المالك یعنی اسوالیکه مالک خاص دارد ولی مالک آن مشخص و معلوم نیست اعم از آنکه معلوم بوده و مجهول شده یا از بدو اسر مجهول باشد دو نوع است :

مجهول المالك عینی و دینی

۱ - عینی مثل مالیکه از سارق گرفته شده و مسروق منه آن غیر معلوم است یاودیعه که امانت گذار آن غیر معین و مجهول است.

۲ - دینی و ذمی مثل مجهول المالك عینی که در اثر تعدی یا تفریط تلف شده و عوض آن بر ذمه تالف ثابت و مستقر گردیده و در حکم آنست اجیر ناشناس که اجرت خود را نگرفته و مفقود شده و مدیونیکه شخصیت دائن خود را ندانسته یا فراموش نموده و امثال آنها.

حکم مجهول المالك

حکم مطلق مجهول المالك (باستثناء لقطه و ضاله که در باب چهارم بیان خواهد شد) بر طبق ماده ۲۸ فقط این است که با اذن حاکم یا ماذون او بمصارف فقرا برسد و نسبت بنحوه و کیفیت و وقت صرف آن تعیین تکلیفی در قانون نشده که در صورتیکه عینی باشد همان عین بایستی بمصرف فقرا برسد یا ممکن است فروخته شده و وجه آن بمصرف آنها برسد و آیا ممکن است عین آنها نگهداری و منافع آنرا در صورتیکه دارای منافع باشد بمصرف فقرا رسانید و چه شخص یا مرجعی مکلف بمصرف آنست (۱) و آیا به مجردیکه مجهول المالکی بتصرف در آید بایستی با تحصیل اجازه از حاکم بمصرف رسانید یا بایستی در مقام تفحص و تجسس (جستجو) از مالک برآمد و در این صورت آیا حدی برای تفحص از مالک هست یا نه و اگر جستجوی از مالک مستلزم هزینه باشد هزینه آن بر عهده کیست و از چه محلی بایستی تأدیه گردد و در صورت پیدا شدن مالک بعد از صرف بر فقرا چه حکمی دارد و در صورتیکه عین آن نزد فقیر موجود باشد برای مالک قابل استرداد است یا نه و اگر مدعی برای آن پیدا شد تکلیف چیست که مقتضی بوده نسبت بتمام امور مذکوره در قانون تعیین تکلیف شده باشد. لذا بطور اختصار و تا حد ضروری و لازم بیان میگردد.

۱ - نظامنامه مصوبه دوازدهم تیر ماه ۳۱۲ هیئت وزراء در قسمت مربوط بماده ۲۸ علاوه از آنکه کوتاه و نارسا است بدون مجوز قانونی است و پارکه باستناد آن حق تصرف در اموال مجهول المالك را ندارد.

مال و انواع آن

تفحص از مالک

آنچه از بیان بعضی فقها و بعضی از اخبار ملاک نظر آنها بر میآید این است که پس از یأس از مالک بایستی بمصرف فقرا برسد مخصوصاً خبر معاویة بن عمار از حضرت ابی عبدالله (ع) مشعر است که بایستی در جستجوی مالک جدیت کامل بخرج داد و پس از یأس از پیدا شدن مالک بایستی اقدام بتصدق بفقرا نمود و حدی برای مدت تفحص نیست مگر حصول یأس از پیدا شدن مالک ولو ده سال طول بکشد.

ولی خبر حفص بن غیاث مشعر است که یکسال تعریف شود و سپس بمصرف فقرا برسد و ظاهراً خبر مذکور هم ناظر است بحصول یأس با تعریف یکسال یا مخصوص است بمورد روایت که عبارت است از موردیکه دزدی مال مسروقه را تودیع نموده و مستودع مالک آنرا نشناسد.

یاس بدوی

لزوم تفحص و جستجو از مالک تا حصول یاس در مواردیست که امید پیدا شدن مالک باشد و احتمال عقلائی آن برود والا اگر از بدو امر یاس از پیدا شدن مالک باشد مخصوصاً اگر یاس توأم با اوضاع و احوال و قرائن و اشاراتی باشد محتاج بتفحص و تعریف نیست چه با یاس حکم تفحص و تکلیف تجسس ضرری یا لغو است و حکم لغوی در شرع و قانون منتفی.

ب عبارت دیگر جستجو از مالک مجهول المالک مصطلح طریقت و اروانه موضوعیت و مقدمه ایصال بمالک است و از باب مقدمه لازم است که در موردیکه بظاهر احوال عدم حصول نتیجه معلوم باشد لزوم تفحص از بین میروند ولو در خصوص لقطه ظاهر بیان بعضی از فقها مشعر بر موضوعیت تعریف ولی حق این است که در لقطه هم با یاس از پیدا شدن مالک تعریف لازم نیست.

بهر حال علاوه از حکم عقل و اقتضای قاعده عدم لزوم تفحص با یاس از پیدا شدن مالک در اموال مجهول المالک میتوان از خبر علی بن میمون زرگر از حضرت ابابعدالله (ع) استنباط نمود.

گر چه میتوان عدم لزوم تفحص را در مورد یاس بدوی از پیدا شدن مالک که از خبر اشعاری استنباط میشود مخصوص بمورد همان خبر دانست.

چه بیان امام در مورد کسب تکلیف علی بن میمون زرگر دائر بفروش خاکهای زرگری که از اعیان متعلقه بغير حاصل شده بطعام و تصدق آن بفقرا در مقام تعیین تکلیف موردی است که معلوم است مال مجهول المالک متعلق بمالکین متعددیست که از لحاظ تعدد آنها شناخته نشده و سهامشان معین نمیشود نه در مقام تعیین تکلیف مطلق مجهول المالک و همین اندازه فرق برای تغایر حکم در دو مورد مذکور کافی است که در مقام جمع بین اخبار گفته شود حکم در نظائر مورد خبر از جهت مذکور عدم تفحص از مالکین است

مال و انواع آن

و در سایر موارد با یاس بدوی یا حصول یاس در اثنای تفحص هم بایستی با اندازه متعارف تا حدیکه عادتاً با آن اندازه تفحص مالک شناخته میشود بتفحص ادامه داده شود.

مضافاً باینکه در مورد خاکهای زرگری که از اعیان مالکین متعدد بدست آمده احتمال قریب بقطع و یقین این است که مالکین نظری بآن نداشته و صرف نظر و اعراض از آن نموده اند لذا با اینکه برای شخص متصرف از جهت اعراض مالکین قابل تملک بوده است حضرت بدون دستور فحص از مالک با امر استجابی و رجحانی در پاسخ سؤال متصرف فرموده اند خاکهای زرگری بطعام فروخته شده و بفقرا تصدق شود و این حکم نسبت بموردیکه مسلم است مالک اعراض و صرف نظر از آن نموده یا اعراض و صرف نظر او ولو بقرائن و امارات معلوم نباشد جاری نمیشود.

بنا بر این گرچه مقتضای عقل و قاعده عدم لزوم فحص است با یاس بدوی ولی اولی از لحاظ رعایت احتیاط ادامه فحص است تا حدیکه عادتاً مالک با آن اندازه فحص پیدا میشود.

تصدق بعین یا قیمت

در قسمت تصدق بعین یا قیمت هم بحسب اختلاف موارد و احوال مختلف است و در مواردیکه اصل عین برای فقیر غیر قابل استفاده است یا بایستی بین فقرا متعدد تقسیم شود که بدون فروختن ممکن نخواهد شد بایستی فروخته شده و قیمت حاصله بمصرف فقرا برسد و همین معنی از خبر علی بن میمون زرگر استفاده میشود که حضرت میفرماید خاکهای زرگری که شامل ذرات طلا و نقره و آهن است که از اعیان متعلقه بغیر حاصل شده بطعام فروخته و آنرا بفقرا تصدق نماید.

و در جائیکه اصل عین قابل تصدق و مصرف فقرا باشد چون بیع مال غیر تصرف غیر ماذون است و امر شارع مجوز تصرف بتصدق گردیده و با فرض اینکه اصل عین قابل تصدق و مصرف فقرا است موجب عقلائی و مجوزی برای تصرف به بیع و تصدق بقیمت نیست.

محل صرف و نوع مصرف

گرچه اخبار مربوطه اشعار بتصدق بفقرا دارد و متبادر از تصدق هم همان دادن بفقرا است بنا بر این درست کردن بیمارستان و کودکانستان و امثال آنها برای فقرا مشمول ظاهر اخبار مربوط نیست ولی با تعمیم تصدق میتوان تأسیس مشاریع خیریه و تخصیص بفقرا را هم داخل در عنوان صدقه و مصرف آنها دانست.

خلاصه از مجموع اخباریکه مصرف مجهول المالک را معین نموده چنین بنظر میرسد که محل و مورد صرف اموال مجهول المالک فقرا هستند و تعبیر بتصدق در اخبار بعنوان بیان مصرف است و از جهت آنکه ظاهرترین نوع مصرف همان دادن بفقراست نه بمنظور تعیین انحصاری آن و چه بسا اگر سائلی از حضرت سؤال میکرد میتوان با اموال مجهول المالک بیمارستانی برای فقرا تأسیس نمود پاسخ حضرت مثبت بود و با

مال و انواع آن

ظاهر عبارت ماده که مقرر داشته « بمصارف فقرا میرسد » جواز تأسیس بیمارستان و امثال آن برای فقرا بدون تردید است چه بیمارستان و نظائر آن از جمله مصارف آنها محسوب است.

فقیر

اگر از نظر وزارت دارائی و اداره مالیات بردرآمد خواسته باشیم فقیر را معین کنیم فقیر کسی است که سترعورت هم نداشته باشد^(۱) و اگر از نظر مقررات شرع مقدس و آئین مبین اسلام خواسته باشیم تعریف کنیم فقیر کسی است که مئونه و ضروریات حیاتی یکسال تمام خود و عائله خود را مطابق وضع اجتماعی روز موجود نداشته باشد. بنا براین کسانی که از لحاظ شرعی میتوانند محل صرف اموال مجهول المالک شده و ذیحق در آن میباشند کسانی خواهند بود که مئونه یکسال زندگانی خود و عائله خود را مطابق شئون اجتماعی موجود نداشته باشند و چنین اشخاص در نظر شرع اسلام فقیر محسوبند^(۲) آری این است مقررات اسلام که اگر رعایت شود جامعه از نغمه های ناموزون شمال و جنوب مصون خواهد ماند!

مباشر صرف

آنچه از ظاهر عبارت ماده ۲۸ استفاده میشود این است که حاکم شخصاً نمیتواند در مال مجهول المالک دخل و تصرفی نماید و غیر از دادن اذن و وظیفه دیگری ندارد و متصرف مال مزبور شخصاً بایستی اقدام بفحص از مالک بنماید و با یأس از پیدا شدن مالک مباشرت در صرف بر فقرا داشته باشد و همین معنی از اخبار مربوطه هم مستفاد است. ولی آنچه بنظر میرسد جواز مباشرت بتصرف است در صرف بر فقرا نه عدم جواز مباشرت حاکم و بر فرض صحت فرض اول حاکم بعنوان حکومت نمیتواند مداخله و مباشرت در صرف بر فقرا داشته باشد و مانعی ندارد که بعنوان نیابت یا وکالت مباشرت بعمل مزبور بنماید چنانچه متصرف میتواند بدیگری هم وکالت بدهد.

۱ - قوانین نامتناسب مالیاتی که نتیجه آن گرفتن مالیات از کسانی که طبق مقررات شرعی معاف از پرداخت هرگونه مالیات شرعی هستند و نگرفتن یا کم گرفتن از ثروت مندان که حقاً بایستی تأدیه کنند از جهات عدیده شایسته بررسی است - گویا توجه نشده مالیات دادن کسانی که تأدیه آن در وضع زندگانی آنها مؤثر است تا چه اندازه مخالف با مصالح اجتماعی است گرفتن مالیات از کسانی که بایستی محل صرف آن باشند و صرف بر کسانی که حقاً بایستی مؤدی آن باشند نتیجه غیرمطلوبی را دربر خواهد داشت - مالیات بایستی از محل واقعی آن وصول و به محل واقعی آن صرف شود نه از غیر محل و بر غیر محل - امید است در آتی توجه باین حقیقت بشود.

۲ - بر کسانی که قوت روزانه خود را نداشته و احتیاج شدید دارند « بنیس و عدیم » اطلاق میشود نه فقیر. منظور ابوذر غفاری از بیان « عجیب لمن لم یجد القوت فی بینه کیف لایخرج علی الناس شاهر اسیفه » طبقه معدمین و بؤسا بوده.

مال و انواع آن

ولی در صورتیکه وکیل او اعم از آنکه حاکم باشد یا غیر حاکم در تفحص از مالک سهل انگاری نماید یا در غیرمحل واقعی که فقیر است صرف کند یا در اثر تعدی و تفریط او تلف شود موکل ضامن خواهد بود چه تکلیف تفحص از مالک و صرف بر فقیر متوجه شخص او بوده و شخص او در مقابل مالک و با حکم تکلیفی برای صرف بر فقیر مسئول است ولو وکیل هم در مقابل او مسئولیت داشته باشد.

بعبارت دیگر باتوکیل غیررفع حکم و مسئولیت تکلیفی او نشده مگر در صورتیکه وکیل بتکلیف واقعی او عمل نموده باشد - این حکم در اشتباه و نظائر هم جاری است مثل آنکه وکیل دین موکل را بطلبکار حقیقی نداده یا مال امانی را بامانت گذار واقعی مسترد نداشته باشد که ذمه موکل بری نخواهد شد.

هزینه تفحص

در صورتیکه تفحص از مالک مستلزم هزینه باشد بطوریکه از بیان بعضی از فقها استفاده میشود از بابت مقدمه واجب بر متصرف است که مکلف بایصال مال بمالک است چنانچه در لقطه تصریح نموده اند که مصارف تعریف بر پیداکننده است و طبق نظر بعضی اگر مالک پیدا شد از او وصول والا از عین مال استیفا میشود و بقیه بمصرف فقرا میرسد و این وجه حتی در لقطه هم اوجه است گرچه در لقطه بالخصوص قول او هم خالی از وجه نیست چه در لقطه پیداکننده پس از تعریف یکسال اگر مالک پیدا نشد میتواند شخصاً پیدا شده را تملک کند و در این صورت تعریف بر نفع او است ضرر آنهم بایستی بر او باشد.

ولی در مجهول المالک پس از تفحص و یأس از مالک حق تملک ندارد و فقط بایستی بمصارف فقرا برسد و متصرف مجهول المالک فقط مکلف بفحص از مالک است نه مکلف بتحمل هزینه جستجوی از مالک و با فرض اینکه فحص از مالک مقدمه ایصال مال باو است تحمل هزینه مقدمه ایصال نیست بلکه فقط در اقدام بصرف برای فحص است نه در تحمل آن که بهیچ وجه ذیحق در استیفاء نباشد و مقتضای قاعده احترام مال هم این است که متصرف مجهول المالک که صرفاً محسن است مکلف بتحمل هزینه ایصال نیست بلکه اگر برای مباشرت در فحص هم اجرتی فرض شود بمقتضای قاعده احترام عمل ذیحق در استیفاء اجرت المثل عمل خود هم خواهد بود.

ضامن تلف

تلف بدون تعدی و تفریط مجهول المالک از لحاظ ضمان و عدم ضمان بحسب موارد و اختلاف ونحوه ید متصرف بشرح آتی مختلف است :

۱ - متصرف عالم به مجهول المالکی آن بوده و آنرا با نیت و قصد ایصال بمالک متصرف شده مثل اینکه مال مسروقه را از سارق بمنظور رساندن بمالک گرفته که متصرف در این فرض محسن محض بوده (۱) و مسلماً ید او ید امانی است لذا ضامن تلف بدون تعدی و تفریط آن نخواهد بود.

۱ - « و ما علی المحسنین من سبیل » .

مال و انواع آن

۲ - با علم بمجهول المالکی با قصد تملک آن را متصرف شده مثل اینکه با قصد تصاحب و تملک از سارق گرفته یا خریده که مسلماً در این فرض با اثبات ید برمال غیرضامن آن خواهد بود و از عهده تلف آنهم بهر نحوی واقع شود بایستی برآید.

۳ - پس از تصرف و اثبات ید بر مال بعنوان تملک مطلع از تعلق آن بغير و مجهول المالکی آن گردیده مثل اینکه مال مسروقه را بدون اطلاع از مسروقت از سارق خریده و بعداً مطلع از آن شده ولو قصد ایصال آنرا بمالک بنماید که در نظر دستة از فقها حکم بضمن اوفق با قاعده است چه بعقیده آنان عموم «علی الید» شامل فرض مذکور است و احسانی هم در بین نبوده که مخصوص آن و رافع ضمان باشد چنانچه در سایر موارد هم با اثبات ید بر مال غیر ولو باجهل تعلق آن بغير به مقتضای قاعده «علی الید» ضامن است مثل موردیکه مال مغضوبه خریده و تلف شود که مشتری چنانچه ماده ۳۲۳ و ۳۲۵ اشعار میدارد ضامن است و علت ضمان این است که تصرف و اثبات ید برمال غیر مملک و مجوز واقعی لازم دارد و در هر موردیکه اثبات ید برمال غیر بدون مجوز واقعی باشد بمقتضای قاعده علی الید ضامن محقق است.

ولی آنچه بنظر میرسد در صورتیکه خریدار مال مجهول المالک پس از اطلاع از آن قصد ایصال بمالک پیدا کند عنوان احسان صادق و ید امانی است و از بدو امر هم عدوانی نبوده و فرق فارقی با موردیکه بانیت ایصال بمالک متصرف شده باشند ندارد لذا نبایستی در چنین فرضی ضامن تلف بدون تعدی و تفریط آن تشخیص شود بلکه پتربیی که در بحث از ماده ۳۲۵ خواهیم گفت ضمان بر سارق مستقر و ثابت است نه بر خریداری که بدون اطلاع از مسروقت خریده و پس از اطلاع قصد ایصال بمالک داشته است.

و اگر اثبات ید بعنوان تملک نبوده بلکه بعنوان امانی باشد مثل اینکه بدون اطلاع از مسروقت و مجهول المالکی اثبات ید امانی شده باشد مثل اینکه سارق مسروقه را ودیعه و رهن گذاشته و امین یا سرتهن بعداً اطلاع از مسروقت و مجهول المالکی آن یافته و تصمیم ایصال بمالک واقعی اتخاذ نماید که حکم عدم ضمان بدون تردید است چه ید او از بدو امر امانی بوده نه عدوانی و قاعده ید مسلماً منصرف از چنین فرض است.

انقلاب ید امانی بعدوانی

در موردیکه بانیت ایصال بمالک اثبات ید بر مجهول المالک نموده و بعداً تصمیم و قصد تصاحب و تملک آنرا بنماید ید امانی او منقلب بعدوانی شده و ضامن تلف بدون تعدی و تفریط آن خواهد بود و مستفاد از بیان جمعی از علما این است که اگر مجدداً از قصد و تصمیم مزبور عدول و تصمیم و قصد ایصال بمالک پیدا کند ضمان استصحاباً باقی است چنانکه در ودیعه و عاریه و امثال آنها که نیت تملک شده در صورت تلف بدون تعدی و تفریط استصحاباً قائل بضمن متصرف شده اند.

مال و الواع آن

ولی تحقیق مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی در حاشیه مکاسب مشعر بر ارتفاع ضمان است و خلاصه نظر مشارالیه این است که اگر ید از حالت عدوانی و خیانت منقلب بامانت بشود حکم ضمان هم مرتفع میشود چه ضمان بر عنوان عدوان مترتب است و با عود بامانت عنوان عدوان باقی نمانده و مجلی برای استصحاب و استمرار ضمان باقی نمیماند (۱) و بعبارت دیگری موجب ضمان که اثبات ید عدوانی است منقلب بموجب عدم ضمان که امانت و احسان است میگردد.

و این در صورتیست که ید قبلاً امانی بوده و بعداً با قصد تملک در حکم عدوانی شده و مجدداً عود بامانی بشود مثل مالی که بعاریه یا ودیعه گذاشته و امین نیت تملک آنرا بنماید و مجدداً از قصد و نیت تملک عدول و تصمیم و نیت ایصال بملک پیدا کند.

و اگر ید و تصرف از بدو امر عدوانی بوده و بعداً نیت و قصد ایصال بملک بشود مثل سارق و غاصبی که از کرده خود پشیمان شده و قصد ایصال بملک پیدا کند که ضمان باقی است چه عمل عدوانی را عمل ایصال جبران میکنند نه نیت ایصال.

ضمان تصدق

چنانچه گفته شد مجهول المالک دو نوع است و حکم هر دو نوع این است که پس از جستجو و یأس از پیدا شدن مالک بایستی بمصرف فقرا برسد. اینک بایستی دید اگر پس از صرف بر فقرا مالک پیدا شود تکلیف مصرف کننده بر فقیر از لحاظ ضمان و عدم ضمان چیست.

دسته از فقها در مطلق مجهول المالک قاعده «علی الید» و عموم «من ائلف» و صدق عنوان تلف بر مصرف رساندن مال غیر بر فقیر معتقدند بضمن کسی که مجهول المالک را بمصرف فقرا رسانده و در نظر این دسته اذن شارع هم در تصدق بر فقرا با حفظ عنوان ضمان متصدق است در صورت پیدا شدن مالک.

گویا نظر آنها این باشد که در مجهول المالک یک حکم تکلیفی است که عبارت است از تصدق بر فقرا پس از یأس از مالک و یک حکم وضعی که عبارت است از ضمان در صورت پیدا شدن مالک که با صرف بر فقیر حکم تکلیفی مرتفع و حکم وضعی باقی خواهد بود!

ولی آنچه بنظر میرسد قاعده علی الید و اتلاف را ملاک ضمان متصدق مجهول المالک و نظایر آن قرارداد انصافاً بی مورد است چه :

اولاً - متصرف مجهول المالک که بتکلیف خود عمل نموده و پس از یأس با فحص باسرعین بمصرف فقرا رسانده محض است و عموم «ما علی المحسنین من سبیل» که وارد بر قاعده علی الید و مخصص آنست مانع از تحقق ضمان.

۱ - استصحاب در این موارد نظیر استصحاب حکم شراب است با علم باینکه منقلب

بسرکه شده.

مال و انواع آن

ثانیاً - مقتضای علی الید فقط ایصال بمالک است و صدق ایصال بمالک بحسب موارد و اختلاف احوال مختلف است و در مجهول المالک پس از یأس از پیدا شدن مالک همان صرف بر فقیر از طرف مالک که باسر شارع است هم یک نحوه از ایصال بمالک محسوب است بنابراین با صرف بر فقیر بمقتضای علی الید هم عمل شده نه آنکه برخلاف آن عمل شده باشد.

ثالثاً - قاعده اتلاف ناظر باتلاف بر علیه است نه اتلاف بر له و تصدق از قبیل مالک با امر شارع اتلاف بر علیه مالک نیست بلکه اصلاً عنوان اتلاف بر آن صادق نیست چه با امر شارع بمصرف بر فقیر اتلاف نشده و بر فرض صدق عنوان اتلاف مآذون اعم از اذن شخص مالک یا اذن شارع موجب ضمان نیست و بخلافه عموم من اتلف متصرف از اتلاف مآذون است و اذن شارع اگر قوی تر از اذن مالک نباشد ضعیفتر نیست. بنا بر این بمقتضای قواعد متصرف مجهول المالک عینی باصرف آن بر فقیر در صورت پیدا شدن مالک ضامن نخواهد بود مگر با نص خاص و صحیح و صریح غیر قابل خدشه و تأویل.

دسته دیگر فقط نسبت بمجهول المالک دینی با پیدا شدن مالک مصرف کننده بر فقیر را ضامن میدانند چه در نظر آنها با پیدا شدن مالک و ذیحق معلوم میشود که بر ذمه مدیون باقی بوده و با صرف معادل ما فی الذمه بر فقیر برائت ذمه او حاصل نشده است. ولی نتیجه و خلاصه تحقیق دقیق مرحوم طباطبائی در حاشیه مکاسب مشعر بر عدم فرق است در حکم بضمنان بین عین و دین چه در دین هم که مأمور بتصدق بوده و جهی را که بمصرف فقیر رسانده بدل ما فی الذمه بوده به این معنی که کلی که در ذمه بوده در وجه یا عین خارجی معین و مشخص گردیده و باسر شارع بفقیر تصدق شده و همان حکم مجهول المالک عینی بر آنها جاری خواهد بود اعم از ضمان یا عدم ضمان.

نتیجه

حقاً اگر با تصدق مجهول المالک عینی یا دینی باسر شارع که منظور از آن حصول برائت ذمه است برائت ذمه حاصل نکند نتیجه آن چیست و چه باعث میشود که تحمل زحمت حفظ و نگهداری آن و تفحص از مالک و مسألت صرف بر فقیر بنماید و بالجمله نظر آندسته از فقها که با پیدا شدن مالک پس از صرف بر فقیر در هر دو نوع قائل بعدم ضمان مصرف کننده شده اند منطقی تر و با قواعد سازگارتر بنظر میرسد.

ضمان تعلل

چنانچه پس از یأس از پیدا شدن مالک در صرف بر فقیر تعلل و تسامح شود و مجهول المالک عینی ولو بدون تعدی و تفریط متصرف آن تلف شود متصرف ضامن است و بایستی بمصرف مثل یا قیمت آن بر فقیر رفع ضمان بنماید چه پس از یأس از پیدا شدن مجهول المالک (بر خلاف لقطه چنانچه در بحث از آن بیان خواهد شد) استمرار اثبات ید و ادامه تصرف بر آن مجوزی نداشته و در حکم عدوانی خواهد بود و نظیر این

مال و انواع آن

است که در تسلیم مال امانی با مطالبه مالک یا قائم مقام او بدون جهت تعلل و تسامح شود و مال امانی بدون تعدی و تفریط تلف گردد.

عدم جواز استرداد از فقیر

اگر عین مال پس از تصدق در تصرف فقیر موجود باشد و مالک پیدا شود مالک حق ندارد آنرا از فقیر مطالبه و دریافت نماید چه پس از تصدق مأذون از قبل شارع عین مال از ملکیت مالک خارج شده و با مجوز بتصرف و ملکیت فقیر درآمده و بطوریکه ماده ۸۰۷ نیز اشعار دارد اصل لزوم صدقه است و اخبار معصومین هم شعر بر عدم جواز رجوع است چنانچه خبر زاره صریحاً مشعر است چیزیکه در راه خدا داده شد قابل رجوع نیست و با تصدق بامر شارع مثل این است که مالک شخصاً تصدق کرده یا باو ایصال شده باشد.

مدعی بدون معارض

بصرف ادعا میتوان مجهول المالک را بمدعی مالکیت آن که معارضی ندارد تسلیم نمود ولی در صورت کشف خلاف متصرف که بدون ثبوت ادعای مدعی مجهول المالک عینی را باو تسلیم نموده است ضامن خواهد بود حتی اگر ادعای مدعی مالکیت مقرون بامارات و قرائن باشد از قبیل بیان اوصاف خفیه و فقط طریقیکه موجب رفع ضمان است این است که مدعی بطرق سایر دعاوی مالکیت خود را در محضر حاکم اثبات و حاکم متصرف را ملزم بتسلیم آن بمدعی بنماید که در این صورت اگر بعداً معلوم شد مدعی مالک نبوده ضمانتی متوجه تسلیم کننده نخواهد بود و این حکم در اشباه و نظائر مورد مذکور هم جاری است مثل اینکه بصرف ادعای وراثت و حصر وراثت ولو معارضی در بین نباشد نمیتوان مال امانی مورث را بمدعی وراثت تسلیم نمود مگر با حکم حاکم والا تسلیم کننده در صورت کشف خلاف ضامن است و اگر مال مجهول المالک دینی و ذمی باشد عدم ضمان تسلیم کننده بمدعی ولو با حکم حاکم خالی از اشکال نیست.

چه با کشف خلاف معلوم میشود مال در ذمه او باقی است و حکم حاکم مبتنی بر تأدیه دین بغیر ذیحق واقعی موجب رفع ضمان و برائت ذمه او نسبت بذیحق واقعی نخواهد شد.

فرق بین این مورد با مورد فرض مرحوم طباطبائی که گفته شد با تصدق مجهول المالک دینی از لحاظ آنکه مافی الذمه در عین خارجی مشخص و معین شده و مثل عینی گردیده و حکم عینی را دارد این است که در مورد مزبور بامر شارع همان مافی الذمه در عین خارجی مشخص و بامر شارع بفقیر تصدق شده و بعبارت دیگری شارع فقیر را نسبت به مجهول المالک دینی قائم مقام مالک قرارداد است.

مثل این است که بشخص مالک تأدیه گردیده و بالنتیجه ذیحق واقعی مجهول المالک بجعل و تعیین شارع همان فقیر است و در فرض مزبور بحکم حاکم دین بغیر ذیحق واقعی تأدیه گردیده و شارع هم با حکم حاکم غیر ذیحق قرار نداده است

مال و انواع آن

و امر فرموده بتأدیه دین بغیر ذیحق واقعی لذا اگر محکوم علیه قطع بخلاف حکم حاکم داشته باشد میتواند بمیزان تأدیه شده بحکم حاکم بغیر ذیحق واقعی از مال او تقاص نماید چه حکم حاکم نه از اسباب مملکه است و نه از اسباب مستقطه.

تعدد مالک

در صورتیکه مجهول المالک عینی متعلق بمالکین متعددی بوده و مالکین پیدا شوند متصرف مجهول المالک نمیتواند بدون موافقت کلیه آنها بیکدیگر از آنها تسلیم نماید چه مستلزم تسلیم مال غیر است و همچنین نمیتواند سهم یکی از مالکین را تأدیه نماید ولو مجهول المالک مزبور قابل تقسیم باشد چه تأدیه سهم یکی از مالکین با فرض اشاعه عین تقسیم است که متصرف مجاز برای آن نیست و در صورتیکه بدون حکم حاکم حصه بعنوان سهم بیکی از مالکین تأدیه شود سایر مالکین هم در آن بحسب سهام خود سهم است و این حکم در اشباه و نظائر فرض مزبور هم (چنانچه در بحث از ماده ۶۲۷ بیان خواهد شد) جاری است.

در صورتیکه یکی از مالکین پیدا شود موضوع خالی از اشکال نیست چه از طرفی متصرف در مجهول المالک مکلف است بایصال بمالک اعم از آنکه مطالبه کند یا نکند برخلاف ودیعه که تا مالک مطالبه نکند مکلف به تسلیم نیست و از طرفی تأدیه سهم یکی از مالکین مخصوصاً با عدم یأس از پیدا شدن بقیه آنها تقسیم و تصرف غیر مأذون است و آنچه بنظر میرسد در این فرض طریق متعین برای حصول براءت و تخلص از ضمان تسلیم عین است بحاکم تا حاکم با ولایت عمومی که دارد حسب الاقتضاء عمل نماید.

ناگفته نماند که گنجانیدن ماده ۲۸ که مربوط است باموالی که مالک خاص دارد ولی مالک مجهول است در فصل سوم که عنواناً مربوط باموالی است که مالک خاص ندارد بی مورد بوده و متناسب این بوده که ماده ۲۸ قبل از باب چهارم یا ضمن مواد آن مقرر شده باشد چنانچه مقتضی حسن تنظیم و ترتیب این بود که از ماده ۲۳ تا ماده ۲۷ بعد از مواد مربوط باسباب تملک بیان شده باشد.