

# نگاهی کارکردگرایانه به قاعده فقهی اعراض

تاریخ دریافت: ۸۹/۶/۲۵

تاریخ تأیید: ۹۰/۴/۱۵

عبدالحسین رضایی راد\*

## چکیده

در این مقاله، قاعده فقهی اعراض که در منابع فقهی به گونه‌ای روشن و مبسوط مورد بحث قرار نگرفته، ولی در حقوق مدنی ایران مبنای بعضی از قوانین بوده و ابهاماتی را برمی‌انگیزد، با هدف ارتقای قوانین موضوعه ایران و افزایش جنبه‌های کاربردی آنها و در جهت تأمین هرچه بیشتر امنیت مالی جامعه، مورد دقت بیشتری قرار می‌گیرد. همچنین، ضمن مطالعه قوانین بعضی کشورها و مقایسه آنها با دیدگاه‌های فقهای شیعه - که به طور پراکنده در آثار فقهی مطرح شده است - تلاش می‌شود حلقه‌های مفقوده این قاعده مهم را که در صحنه عمل و اجرا باعث سردرگمی قانونگذاران و مجریان شده، بیابد و نظریه درست در هر مورد را پیشنهاد کند. در نهایت نیز میزان کارآمدی و کاربرد این قاعده در هر مورد با توجه به مبانی و ادله آن مورد ارزیابی قرار داده شود.

مسائلی که این تحقیق درصدد تبیین و اثبات آنها برآمده، عبارت‌اند از:

میزان قابلیت تعمیم این قاعده، چگونگی اثبات اعراض و تفاوت مال معرض عنه و مال مفقود و متروک، عدم تأثیر اعراض در صورت رجوع مالک یا وجود احتمال رجوع و همچنین نتیجه اعراض در حقوق جمعی و مشترک و در نهایت عدم سلب مالکیت در اثر اعراض در اموال غیر منقول.

**واژگان کلیدی:** اعراض، مالکیت، قاعده فقهی، فقه، مال، نگاه

کارکردگرایانه به فقه.

## بیان مسئله

در میان فقهای معظم، سه نظر درباره تأثیر اعراض بر سلب مالکیت مالک، مطرح شده است؛ بعضی اعراض را مطلقاً باعث سلب مالکیت دانسته‌اند، بعضی منکر تأثیر آن بر سلب مالکیت ملک شده‌اند و گروه سومی نیز اعراض را صرفاً در اموال کوچک و کم‌ارزش، باعث سلب مالکیت مالک به شمار آورده‌اند و این تأثیر را برای اعراض در اموال گران‌قیمت و به خصوص در املاک و اموال غیرمنقول منکر شده‌اند (ر.ک: قمی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۴ / طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۴۱۳).

بررسی این سه نظر و ادله آنها در مقاله‌ای دیگر از همین مؤلف ذیل عنوان «بازخوانی قاعده اعراض» پیش از این منتشر شده؛ ولی در این مقاله درصدد آنیم که بگوییم هرکدام از آن سه نظریه را بپذیریم، چالش مهم‌تری در پیش‌رو خواهیم داشت که مسئله این تحقیق است و آن نیز ناگفته‌های بسیاری است که درباره این قاعده وجود دارد و در فروع نتایج عملی این قاعده و میزان کارآمدی آن، تأثیرهای اساسی بر جای می‌گذارد و می‌تواند این قاعده را در عمل، بی‌نتیجه یا دارای آثار معکوس کند.

پرسش اصلی تحقیق آن است که بر فرض پذیرش مبنای نظری آن و اینکه اعراض باعث ازاله ملکیت مالک از مال معرض عنه می‌شود، این قاعده در چه محدوده‌ای و با چه شروط و ضوابطی این تأثیر را بر جای می‌گذارد و ادله این قاعده تا چه میزان در توسعه دایره این قاعده کارآمدی دارد، همچنین مرزهای ممنوعه اجرای این قاعده کدام است و چه نکته‌های ناگفته‌ای که در اجرای کاربرد درست این قاعده تأثیرگذار است را می‌توان پیشنهاد کرد؟

## اهمیت بحث

اهمیت بحث از این قاعده و کلیات و نظرهای گوناگون درباره آن را در مقاله‌ای دیگر، ذیل عنوان «بازخوانی قاعده اعراض» بیان کرده‌ایم و خلاصه مطلب آنکه قاعده اعراض در صورت اثبات می‌تواند، به دولت حق بدهد که اموال رهاشده و بلا تکلیف را در اختیار گیرد یا برای احیا و اداره، یا بازسازی در اختیار دیگران گذارد. هرچند این قاعده

بر توانمندی و اختیارات دولت برای رفع مشکلات اجتماعی و اقتصادی می‌افزاید و مالکیت دولتی و عمومی را تقویت می‌کند؛ در عین حال، به نوعی می‌تواند امنیت مالی افراد را کاهش دهد و زمینه‌ساز تزلزل مالکیت خصوصی در جامعه باشد. همین آثار متضاد است که منشأ چالش‌های فراوانی در این بحث می‌شود و نظرهای مخالف و موافق را خواندنی و تأمل‌برانگیزتر می‌سازد.

## ۱. قاعده‌بودن اعراض

نخستین مطلبی که در حاشیه مسئله اعراض قابل بررسی می‌باشد، اینکه آیا اعراض حکمی جزئی است که در مورد خاص خود مطرح است یا یک قاعده کلی فقهی است که می‌تواند، دارای افراد و مصادیق متعددی باشد و در موارد متعددی به کار رود؟

۱۳۳

حقوق اسلامی / نگاهی کارکردگرایانه به قاعده فقهی اعراض

اگر اعراض حکمی جزئی باشد، تعمیم آن به سایر موارد و تسری احکام اعراض در غیر آن مورد خاص، قیاس است (برای نمونه، ر.ک: خویی، ۱۴۰۷، کتاب‌الاجاره، ص ۴۵)\* و با مبانی فقهی شیعه در تضاد می‌باشد، تنها در صورتی به عنوان قاعده‌ای عام قابل طرح است که قابلیت تعمیم و تسری آن با موازین فقهی اثبات و تأیید شده باشد.

بحث اعراض، از قدیم‌الایام در آثار فقهی مطرح بوده (ر.ک: ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۹۵ / حرّ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۲۵، ص ۴۵۵ / علامه حلی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۵۶ / ابن‌علامه، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۴۶)\*\*؛ ولی در حد حکمی جزئی و در ابوابی از فقه، به صورت متفرق؛ فی‌المثل در مکاسب محرّمه، مسئله اکل نثار نوع‌روسان (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۵ / بهوتی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص ۱۹۷) و در بحث خمس، مسئله اموالی که با غواصی از آب خارج می‌شود و صاحبان آن اموال از آنها اعراض کرده‌اند (قمی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۲ / بحرالعلوم، ۱۲۸۹، ج ۲، ص ۷۵ / شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۸۵) یا دورریز خاک زرگری

\* کلیت‌دادن به اعراض و تسری آن از بحث لفظه به سایر مباحث را نوعی قیاس برشمرده است و به کسانی که کوشیده‌اند حکم اعراض را از باب خاص خود به ابواب دیگر سرایت دهند، انتقاد کرده است.

\*\* حتی این بحث پیش از اسلام نیز مطرح بوده است (ر.ک: ژوستین، ۱۹۶۴، ص ۷۱).

در مبحث بیع (کرکی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۸۸ / نجفی؛ ۱۳۶۷، ج ۲۴، ص ۴۹-۵۰ / بهوتی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۱۹۷ / قمی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۲ / بحرالعلوم، ۱۲۸۹، ج ۲، ص ۷۷ / کرکی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۸۸ / بهوتی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص ۱۹۷ / بطاشی، ۱۴۰۶، ج ۷، صص ۱۵۸ و ۱۶۱ / نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۴، ص ۴۹-۵۰) یا در مبحث حیوان گمشده در بحث «لقطه» یا موارد دیگر و در هر مورد حکم خاص خود را داشته است.

از متقدمین فقها و متأخرین، به جز چند مورد معدود از فقهای معاصر، هیچ منبعی نیست که حکم کلی برای اعراض صادر کرده باشد و قابل تسری به همه انواع اعراض و صادق در همه ابواب باشد؛ ولی بعضی از بزرگان ادعای اجماع بر این قاعده را کرده‌اند (قمی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۴، به نقل از ابن‌ادریس).

ظاهراً تنها اثر مستقلی که در این باره به رشته تحریر درآمده، *جمان‌السلک فی الاعراض عن الملك* از یکی از محققان معاصر، به نام *ایروانی* است که در حاشیه چاپ‌های قدیم مکاسب محرمه شیخ به چاپ رسیده؛ ولی حتی در این اثر نیز از اعراض به عنوان قاعده، نامی برده نشده است؛ نه در معروف‌ترین و قدیمی‌ترین اثر درباره قواعد فقهی، یعنی *کتاب القواعد والفوائد شهید اول* و نه در مفصل‌ترین کتاب یعنی *القواعد الفقهیه مرحوم آیت‌الله بجنوردی* - که اکثر قواعد فقهی مورد بحث مبسوط قرار داده است - این قاعده را از شمار قواعد نمی‌بینم. فقط در دو اثر از مؤلفان معاصر برای نخستین بار می‌توان نام اعراض را در شمار قواعد فقهی مشاهده کرد<sup>۳</sup> (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۱۸۸ به بعد / مصطفوی، ۱۴۱۷، ص ۵۰ به بعد).

در حقوق موضوعه ایران نیز به طور عام و کلی به مسئله اعراض اشاره نشده، بلکه فقط اعراض درباره اموال غرق‌شده در دریا به عنوان سببی برای خروج آنها از مالکیت مالکان‌شان (ماده ۱۷۸ ق.م.)<sup>\*</sup> و مواردی مانند آن پذیرفته شده است. برخی بزرگان اظهار می‌دارند که این ماده، اختصاص به غواصی ندارد؛ ولی تعمیم این قاعده به موارد

\* ماده ۱۴۹ اصلاح‌شده قانون ثبت، می‌تواند نمونه‌ای دیگر از موارد پذیرش، ضمن قاعده اعراض در حقوق موضوعه ایران باشد؛ زیرا در این قانون در موردی که ملک فروخته شده اضافه مساحت دارد و خریدار، بهای اضافی را به صندوق ثبت ایداع کرده، ولی فروشنده بیش از ده سال آن را نمی‌گیرد، به خریدار حق داده شده که وجه ایداع‌شده را بردارد. با وجود این پذیرش، این قاعده در دو یا چند مورد به آسانی نمی‌تواند مجوز سرایت آن به موارد دیگر باشد.

دیگر به آسانی امکان‌پذیر نیست؛ با وجود این در قوانین بعضی کشورها از جمله کامن‌لا (See: Encyclopedia International Q.v habandonment)، حقوق فرانسه (Ibid)، اتریش (ماده ۳۴۹ قانون مدنی اتریش)، آلمان فدرال (ر.ک: P.L Beck و ماده ۹۵۸ و نیز ر.ک: P. Baeck)، مصر (ماده ۸۷۱ قانون مدنی مصر ر.ک: و نیز ماده ۹۵۹ و ۹۵۸)، امریکا (ر.ک: The Encgclopedia American)، کانادای جنوبی (مراجعه شود به ماده ۵۹۳ قانون مدنی کانادای جنوبی و نیز P. L Baeck)، انگلستان (Encyclo pedia Britanica Q.V; abandonment «and» owener ship Pollock\_Maitand; 1952) و بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر با اعراض به عنوان یک قاعده برخورد شده و حکم کلی برای آن صادر گردیده است. گرچه در بعضی کشورها، اعراض، عامل ازاله ملک دانسته شده و در بعضی دیگر این اثر برای آن، به رسمیت شناخته نشده است یا شروط متفاوتی برای آن ذکر گردیده؛ ولی طرح آن به عنوان یک عنوان مستقل حقوقی و حکم کلی و قاعده‌گونه برای آن دارد، چیزی است که در حقوق موضوعه ایران و حتی در آثار فقهی ما سابقه ندارد (Martivestudent student Engyclopedia Q.V1 abandonment).

## ۲. محل نزاع در مبحث اعراض

یکی از ابهاماتی که در مبحث اعراض مطرح است، اینکه موضع نزاع طرفین مخالف و موافق چیست؟ و آن اعراضی که بعضی آن را مزیل ملک می‌دانند و بعضی نمی‌دانند، چه عملی است؟

محقق ایروانی، به عنوان صاحب نخستین اثر مستقل در مسئله اعراض نیز محل نزاع را در ترکی می‌داند که به نسبت اعراض و خروج از ملکیت، صورت گرفته باشد. در بعضی قوانین موضوعه ایران نیز حکم ترک و اعراض، یکی به حساب آمده است (برای نمونه ببینید: قانون آب و نحوه ملی شدن آن، مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷) و میان آنها تفکیکی قائل نشده‌اند و در بعضی دیگر، احراز در دادگاه، شرط تحقق اثر اعراض

یعنی سلب ملکیت دانسته شده است\* (آیین‌نامه اجرایی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام درباره مشکل اراضی بایر موجب ۱۳۶۱/۱۲/۱ و ماده ۱ و ۲ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۶۳/۵/۱۷).

با وجود این، به نظر نویسنده هنوز هم محل نزاع روشن نیست، یا دست‌کم، قاعده اعراض با این محل نزاع، ثمره عملی ندارد و هیچ ثمره‌ای در صحنه عمل از خود نشان نخواهد داد؛ زیرا تفاوت ترک و اعراض بنا بر آنچه گفته شده، صرفاً نیتی است که در دل مالک گذشته و برای کسی که می‌خواهد در آن ملک تصرف کند یا قاضی که می‌خواهد حکم به اعراض دهد، قابل تشخیص نیست.

اگر نیت مالک برای ما روشن باشد، نیاز به بحث چندانی نیست و به ادله موافق و مخالف نیز نیازی نخواهد بود؛ زیرا بنا به اصل حاکمیت اراده، می‌توان به راحتی نظریه ازاله ملک را پذیرفت و دست‌کم در حد یک معاطاة می‌تواند باعث اباحه تصرف دیگران باشد و بعید به نظر می‌رسد که مخالفان مزبلیت اعراض، چنین اعراضی را مدنظر داشته و حتی در صورت علم به رضایت مالک به ازاله ملکش با آن مخالف باشند.

به فرض آنکه چنین اعراضی نیز محل نزاع باشد، موارد و مصادیق آن بسیار نادر است؛ زیرا غالباً نیت مالک مبنی بر خروج ملک، زمانی برای دیگران محرز می‌شود که به مالک دسترسی باشد و از نظر او جویا شوند؛ چون نیت، امری درونی و باطنی است و قابل تشخیص برای دیگران نمی‌باشد و در صورت دسترسی به مالک، می‌توان با کسب اجازه از او مشکل را حل کرد و تصمیم مقتضی را برای مال گرفت و دیگر نیازی به بحث و دلیل موافق و مخالف نیست؛ بنابراین بحث، نتیجه عملی چندانی نخواهد داشت.

\* به عنوان مثال؛ ماده ۴ قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی آمده است: «عدم بهره‌برداری متوالی از اراضی دایر به مدت سه سال بدون عذر موجه، در حکم اعراض بوده و آن قسمت از اراضی که معطل مانده باشد، احکام راجع به اراضی بایر خواهد بود». در ماده ۴۲ قانون آب و نحوه ملی شدن آن نیز آمده است: «... در صورت عدم استفاده و یا اعراض و انصراف از بهره‌برداری به مدت سه سال متوالی با توجه به اخطار کتبی وزارت آب و برق به مالک یا مالکین، چنانچه در مدت سه ماه از تاریخ اخطار اقدامی به عمل نیاورد، این‌گونه مجاری متعلق به دولت خواهد بود».

در مجموع اگر محل نزاع همان باشد که محقق ابروانی بیان کرده - یعنی در صورت علم به نیت مالک - نزاع، ثمره ندارد و اگر آن باشد که نویسنده معتقد است - یعنی در صورت عدم علم به نیت مالک - اصلاً نزاعی وجود ندارد و عدم مزیت اعراض، مسلّم و متفق علیه می باشد و «هیچ فقیهی به سلب ارتباط مالکیت به محض ترک، فتوا نداده است» (فاضل لنکرانی، ۲۰۰۲، سایت، ص ۲).

برای حل این مسئله و روشن شدن اینکه محل نزاع چیست، بازخوانی روایات این باب تا اندازه‌ای راهگشاست.

در هیچ کدام از روایات این باب، از واژه اعراض استفاده نشده، بلکه در بعضی «ترک» (حرّ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۷، ص ۳۲۸، باب ۳ از احیای موات و نیز همان، ص ۳۶۴) و در بعضی «سبب» (همان، ص ۳۶۴، باب ۱۳ از ابواب لقطه حدیث ۱ و ۲) یا «تسریح» (همان، ج ۲۵، ص ۴۵۴، حدیث ۳۲-۳۴۹) و مانند اینها استفاده شده که همگی به معنای ترک‌اند و لغت اعراض که در کلام فقها به کار رفته، به گونه‌ای استنباط و برداشت آنها از روایات است.

آنچه از روایات\* برمی آید اینکه اگر چیزی سبب خروج مال از مالکیت مالک باشد، آن چیز ترک است و مطابق روایات، تفاوتی میان انواع ترک نیست و شاید به همین دلیل است که برخی فقها میان انواع اعراض تفاوتی نگذاشته و هر دو را دارای حکمی دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۳۲)؛ بنابراین به نظر نگارنده، محل نزاع ترک است و اگر قائل به مزیت هستیم، باید ترک را مزیل بدانیم و مطرح کردن اعراض با قید نیت خروج، مدرک و مستندی ندارد؛ اگر محل نزاع، ترک باشد، نزاع از اساس منتفی و عدم مزیت مسلّم می باشد و هیچ فقیهی مطلق ترک را طالب ملکیت ندانسته است (فاضل لنکرانی، ۲۰۰۲، سایت، ص ۲).

\* مقصود از این روایات، روایات باب لقطه است که مورد استناد طرفداران اعراض قرار گرفته؛ به عنوان نمونه به یکی از آنها اشاره می شود و بقیه روایات در وسائل الشیعه، باب لقطه قابل دسترسی است: *عبدالله بن سنان* از امام صادق علیه السلام نقل می کند که فرمودند: «من اصاب مالاً او بعیراً فی فلاة من الارض قد کلت و قامت و سیبها صاحبها مالم یتبعها فاخذها غیره فاقام علیها و انفق حتی احیایها من الکلال و من الموت فهی له و لا سبیل له علیها و انما هی مثل الشیء المباح» (حرّ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۷، ص ۳۶۴، باب ۱۳ از ابواب لقطه، ح ۱ و ۲).

### ۳. چگونگی اثبات اعراض

همچنان که در سطور پیشین بیان شده، مسئله اصلی در بحث اعراض، احراز اعراض است و اگر وقوع اعراض، محرز و قطعی نباشد، اثر خود را که - به نظر قائلین به آن - عبارت است از قطع رابطه مالکیت، بر جای نمی‌گذارد.

صرف عدم انتفاع در تحقق اعراض، کافی نیست و باعث سلب مالکیت نمی‌شود، حتی اگر مدت مدیدی نیز طول بکشد (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص ۲۲۳ و ۱۴۲ / موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲، صص ۲۱۴ و ۲۸۸ / بحرالعلوم، ۱۲۸۹، ج ۲، ص ۱۹۵).

علاوه بر ترک انتفاع، قصد قطع رابطه ملکیت نیز ضروری و تعیین‌کننده است و تقریباً همه مؤلفان نظام‌های حقوقی بر این مطلب صحه گذاشته‌اند (ر.ک: Encyclopedia International Q.V. abandonment). حتی بسیاری از فقها ترک ارادی ناشی از یأس از یافتن را نیز اعراض به حساب نیاورده‌اند (برای نمونه؛ ر.ک: حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ص ۱۹۲) و طبق این توضیح، نکته مهم اینکه این نیت - که امری قلبی و درونی است - چگونه قابل تشخیص و اثبات می‌باشد؟ به خصوص اینکه غالباً در شرایطی برای ملک معرض عنه تصمیم‌گیری می‌شود که به مالک دسترسی نیست و حضور ندارد؛ زیرا در صورت حضور مالک، خودش درباره مالش تصمیم می‌گیرد و سخن وی ملاک عمل است. این بحث‌ها از اساس، منتفی و خارج از محل نزاع است و در زمان عدم دسترسی به مالک، تشخیص اینکه او در دل چه نیتی کرده، آیا قصد اسقاط رابطه مالکیت را کرده است یا خیر، کاری بسیار دشوار و بلکه محال است و قرائن نیز در فرض وجود، نمی‌تواند به اندازه‌ای قطع‌آور باشد که دلالتی بر نیت مالک داشته، با توجه به اینکه مال از حق الناس به شمار می‌آید و در این‌گونه امور بنا بر احتیاط و سخت‌گیری می‌باشد، نمی‌توان به قراین ظنیه اکتفا کرد و شاید به خاطر حل چنین مشکلی است که در حقوق موضوعه ایران، احراز اعراض در دادگاه، شرط تحقق آثار آن از جمله سلب ملکیت عنوان شده است (آیین‌نامه اجرایی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام درباره مشکل اراضی بایر مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱ و ماده ۱ و ۲ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ مصوب ۱۳۶۳/۵/۱۷)؛ ولی اینکه دادگاه چگونه و با چه روشی باید این مطلب را که امری قلبی و درونی است، احراز کند، پرسشی است که



پاسخی به آن داده نشده است.

مطابق ماده ۲۲ قانون ثبت، کسی که مال غیرمنقولی به نام او ثبت شده است، مالک آن مال شناخته می‌شود. می‌توان از این قانون چنین برداشت کرد که حتی با اعراض هم از ملک او خارج نمی‌شود و اعراض در چنین اموالی، مسقط مالکیت نیست؛ ولی این ماده، صرفاً برای مال غیرمنقول، تعیین تکلیف کرده، آن هم به شرطی که سند رسمی داشته باشد و درباره اموال منقول یا اموال غیرمنقولی که سند رسمی ندارند، راهکاری ارائه نمی‌دهد. آنچه مسلم است اینکه مثل هر دعوای حقوقی دیگر، «ارائه دلیل برای اثبات اعراض در دادگاه، به عهده مدعی آن است» (لنگرودی، ۱۳۷۳، ص ۳۸۳-۳۸۵) چه مدعی، دولت باشد یا شخص حقیقی یا حقوقی، این پرسش مطرح است که اگر مدعی نتواند این امر قلبی و درونی را ثابت کند و مالک هم در دادگاه حضور نیابد، تکلیف چیست؟

با عنایت به بعضی از فتاوی‌های موجود و نظریه دیوان عالی کشور، این‌مال، مال معرض عنه به شمار نمی‌آید، از ملکیتش خارج نمی‌شود، در شمار اموال مجهول‌المالک درمی‌آید و احکام آنها را پیدا می‌کند\* (نظریه شماره ۷/۳۳۵۵ مورخ ۱۳۶۱/۹/۶ دیوان عالی کشور)؛ زیرا بدون اثبات نیت مالک مبنی بر اسقاط رابطه مالکیت، به هیچ عنوان اعراض محقق نمی‌شود و در این مطلب تفاوتی نیست که معتقد به تأثیر اعراض در اسقاط رابطه مالکیت باشیم یا نباشیم.

در مجموع، اکثر موارد مبتلابه، در صورت عدم حضور مالک است و چون بدون حضور مالک، احراز اعراض در دادگاه در حد محال می‌باشد، در عمل، مال اعراضی حتی در نظر موافقانش، احکام مال غیرمعرض عنه را پیدا می‌کند؛ بنابراین بحث از قاعده اعراض، نتیجه عملی از خود بر جای نخواهد گذاشت.

---

\* در نظر مشورتی اداره حقوقی آمده است: «در اموالی که اعراض از آنها مسلم نیست یا عدم اعراض مسلم است، مجهول‌المالکند؛ بنابراین مطابق مفهوم مخالف این نظریه، اموالی که اعراض از آنها مسلم است از اموال مجهول‌المالک نیستند.

در ضمن، اصل ۴۷ قانون اساسی ایران که اموال رهاشده را در شمار اموال عمومی به حساب می‌آورد و در اختیار دولت می‌داند، این اصل در تأیید آن است که اموال اعراض (رهاشده)، پس از اعراض در شمار اموال مجهول‌المالک‌اند؛ زیرا انتقال به بیت‌المال از احکام اموال مجهول‌المالک است.

#### ۴. شرط اختیار

یکی از مسائل در بحث اعراض، اینکه اختیار، شرط تحقق اعراض و اجرای این قاعده است؛ یعنی اعراض به شرطی آثار خود را بر جای می‌گذارد - و بنا بر نظر قائلین به آن باعث زوال ملکیت می‌شود - که اعراض‌کننده با میل و رغبت از مال خود اعراض کرده باشد (بحرالعلوم؛ ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۱۹۵ و ۱۹۵ / خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص ۲۲۳ و ۱۴۲ / روحانی، ۱۴۱۴، ص ۹۴)؛ زیرا اعراضی که از روی اجبار و اکراه باشد، در حقیقت اعراض نیست و مثل هر عمل حقوقی دیگر، بدون رضایت کامل، فاقد هرگونه آثار حقوقی و شرعی خواهد بود.

اگر بنا باشد اعراض ناشی از عجز و یأس مالک، موجب خروج مال از مالکیت مالک باشد، ظالمان به راحتی می‌توانند همه اموال مردم را تملک کنند و با ایجاد شرایط ظالمانه، قدرت تصرف مالکان را در اموالشان از بین برده یا به قدری کاهش دهند تا مالکان، ناچار به اعراض از آنها شوند. بر این اساس می‌توان گفت، ادعای کسانی که میان اعراض اجباری و اعراض غیراجباری فرق نگذاشته‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۳۲ / بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۷۸)، ادعایی بی‌دلیل است و جز جمود بر ظاهر روایات، دلیلی ندارد؛ بنابراین به نظر نویسنده، سخن کسانی که تصرف در مال اعراض را در صورت اجباری یا اضطراری بودن اعراض، حرام و در حکم غصب دانسته‌اند (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص ۲۲۳ و ۱۴۲)، سخنی به صواب است و نیز به همین دلیل می‌توان گفت، بعضی از قوانین موضوعه ایران که عدم بهره‌برداری از ملک را بدون هیچ قید و شرطی به منزله اعراض دانسته‌اند (برای نمونه ر.ک: قانون آب و نحوه ملی شدن آن، مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷)، در صورت مسبوق به اجبار بودن اعراض به اجبار یا اضطرار و مانند آن، محل خدشه و اشکال می‌باشند و نیاز به بازنگری جدی دارند.

#### ۵. احتمال رجوع مالک

از نکات دیگری که برای احراز مال باید مورد توجه قرار گیرد، اینکه اعراض در صورتی صحیح و مؤثر است که با رجوع مالک همراه نباشد؛ زیرا در صورت رجوع

مالک، تملک غیر، بی‌اثر شده و ملک به مالک اول برمی‌گردد.

دلیل این امر نیز روشن است؛ زیرا اعراض مثل دیگر اعمال حقوقی، زمانی معنای حقیقی خود را دارد که با احتمال رجوع همراه نباشد و با قاطعیت و بی‌شک و تردید انجام شده باشد؛ زیرا عقد و انشای غیرمنجز، بالاجماع غیرمؤثر و باطل است، چه اینکه عقد هم نباشد و بعید نیست بتوان گفت رجوع مالک حتی پس از تملک نیز کاشف از آن باشد که از آغاز اعراضی در کار نبوده؛ بنابراین از ملک او خارج نشده و تملک شخص دیگر در آن، تملک غیرمجاز و کأن لم یکن خواهد بود. هرچند در این باره میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد؛ برخی رجوع مالک را پس از اعراض و مباح شدن آن مال بی‌اثر دانسته‌اند و تملک ایجادشده در آن را معتبر می‌شناسند (شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۶۶) و عده‌ای پس از رجوع مالک، مال را قابل برگشت به مالک دانسته‌اند و کلیه تصرفات متصرفان پس از اعراض را قابل ابطال می‌دانند (بحرالعلوم، ۱۲۸۹، ص ۷۹-۸۰ / خوبی، ۱۳۶۵، ص ۴۵۹ / کرکی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۸۵ / طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۴۱۳ / طبع قدیم / شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۴، ص ۹۱).

## ۶. اعراض از اموال غیرمنقول

در آثار فقهی - همچنان که در مقاله‌ای دیگر درباره اعراض بیان کردیم - غالباً در موارد خاص و مشخص، بحث اعراض مطرح می‌شود و مثال‌های ساده مورد استفاده قرار می‌گیرد و موارد کاربرد اعراض، غالباً در چند مثال ساده؛ مانند نثار نوع‌روسان (برای نمونه؛ ر.ک: بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۱۹۰ / انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۵ / بهوتی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص ۱۹۷)، اموال غرق شده (آشتیانی، ۱۳۲۷، ص ۳۵۶) در دریا و بقایای مانده از مسافران (آشتیانی، ۱۳۲۷، ص ۳۵۶) و مانند آن خلاصه می‌شود، در حالی که کاربرد قاعده اعراض به این موارد محدود نمی‌شود و در مواردی ممکن است، تشخیص مورد کاربرد آن، بسیار دشوار باشد.

یکی از مصادیق پیچیده و قابل بحث اعراض، اعراض از اموال غیرمنقول، مانند زمین و خانه می‌باشد و موارد بسیاری پیش می‌آید که مالکان زمین‌های زراعتی یا املاک مسکونی یا تجاری به دلایل گوناگون به بهره‌برداری از آنها علاقه‌ای نشان

نمی‌دهند و آنها را بلا تکلیف رها می‌کنند.

حال پرسش این است، آیا زمین‌هایی که زمانی آباد بوده؛ ولی به دلیل اعراض مالکان به حالت مخروبه درآمده، حکم زمین‌های موات را دارد و قابل احیا و تملک برای دیگران است یا خیر؟

اگر قاعده اعراض و مزبلیت آن نسبت به ملک را به قدری توسعه دهیم که اموال غیرمنقول را نیز شامل شود، در اینجا باید به جواز تملک و احیای این‌گونه اراضی حکم کنیم و در صورتی که اعراض را مزیل ملکیت ندانیم نیز نباید مزیل ملک بدانیم. زمین‌هایی که قبلاً آباد بوده؛ ولی در اثر بی‌توجهی مالکان به حالت موات درآمده، زمین‌های بایر نامیده می‌شوند و ذیل عنوان زمین‌های متروک و به تبع زمین‌های موات، در بخش احیای موات در کتب فقهی مورد بحث قرار می‌گیرند.

نظام‌های حقوقی کشورهای غربی، غالباً اعراض در اموال غیرمنقول را بی‌اثر دانسته‌اند و موجب سلب رابطه ملکیت نمی‌دانند (ر.ک: Encyclopadia International). قانون مصر (ر.ک: السنهوری. [بی‌تا]، ج ۹، ص ۱۵) و اتیوپی (ر.ک: Encyclopadia International) نیز این مطلب را پذیرفته‌اند؛ ولی در حقوق انگلستان (ر.ک: Encyclopadia Britanica) تمایزی میان این دو نوع مال قائل نشده، بلکه اموال به محسوس و غیرمحسوس تقسیم شده‌اند. البته در هر دو نوع، اعراض در صورت داشتن شرایط، باعث سلب رابطه مالکیت تشخیص داده شده است.

در قوانین باستانی چون حمورابی، یونان باستان و الواح دوازده‌گانه رُم در تأثیر اعراض به قطع رابطه مالکیت میان اموال منقول و غیرمنقول فرقی نگذاشته‌اند (ر.ک: Marite Student Encyclopedia). مشهور است فقها میان این‌گونه زمین‌ها (زمین‌های بایر) با زمین‌های موات فرق می‌گذارند و می‌گویند که این‌گونه زمین‌ها گرچه قابل احیا برای افراد دیگر است؛ ولی قابل تملک نیست و حق مالک و محیی اول بر آنها محفوظ است و محیی دوم فقط اولویت استفاده دارد، آن هم به شرطی که حق مالک را پرداخت کند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۶۹ / علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۲۹ / شهید اول، ۱۴۱۲، ص ۲۱۰ / شهید ثانی، ۱۳۱۳، ج ۱۲، ص ۵۹۶ / نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۸، ص ۲۱).

اما علامه حلی (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۰۱) و شهید ثانی در مسالک‌الافهام

(شهید ثانی، ۱۳۱۳، ج ۱۲، ص ۴۰۰ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۱۳۸) و شهید صدر در اقتصادنا گفته‌اند: «اموال متروکه پس از اعراض از انفال محسوب شده، به حالت اباحه اولیه باز می‌گردند و با اذن امام قابل احیا و تملک برای دیگران می‌شوند، چه قصد اعراض مالک محرز باشد، چه نباشد». یعنی از نظر این بزرگواران، تفاوتی ندارد که اموال متروکه صاحب داشته باشند یا نداشته باشند و اعراض صاحب آن، محرز شده باشد یا نشده باشد، در هر صورت ملک امام محسوب شده و قابل احیا و تملک برای محیی‌اند (مظاهری، ۲۰۰۹، ص ۲).

مشابه این حکم درباره چاه‌هایی که توسط فردی حفر و سپس رها شده است نیز مطرح می‌باشد که در این باره گفته شده، این چاه پس از ترک مالک، برای دیگران مباح و قابل بهره‌برداری و حتی اگر مالک دوباره بازگردد، با دیگران مساوی است (شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۶۶).

## ۱-۶. ادله طرفین

علامه حلی و به تبع او شهید صدر (۱۳۹۳) اصل علیت را برای اثبات این نظر مورد استناد قرار می‌دهند و می‌فرمایند: «اذا زالت العلة زال المعلول» (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۰۱ / شهید ثانی، ۱۳۱۳، ج ۱۲، ص ۴۰۰)؛ یعنی وقتی علت (احیا) زایل شود و تعطیل گردد، معلول آن (ملکیت) نیز زایل می‌شود؛ بنابراین مال به حالت قبل که ملکیتی روی آن نبود، برمی‌گردد؛ یعنی مباح می‌شود. سپس مثالی برای این مطلب می‌زنند و می‌فرمایند:

اگر فردی آبی از رود دجله برمی‌دارد، مالک آن آب می‌شود؛ ولی به مجرد آنکه آن را به منشأش برگرداند، ملکیت او نسبت به این عمل آب نیز از بین می‌رود؛ چون ملکیت دجله از خدا و امام است؛ بنابراین حال که آب به منشأش بازگشت، مال امام می‌شود (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۴۰۱).

اما ظاهراً این استدلال ناتمام است؛ زیرا تعبیر از احیای به علت، تعبیر دقیقی نیست و اینها علت به معنای دقیق فلسفی نیستند، بلکه شبه‌العله‌اند؛ زیرا اصل علیت درباره وجود است، پس در امور اعتباری مثل ملکیت، صادق نیست؛ بنابراین نمی‌توان در اینجا

نیز مثل بحث وجود علت موجد یا محدثه و علت مبقیه را لزوماً یکی دانست و این از موارد عدم تفکیک فلسفه و حقوق است. در نتیجه دلیلی نیست که هرگاه احیای علت ملکیت بوده، بقای ملکیت نیز به ادامه احیا وابسته باشد.

مرحوم صاحب معالم برای تشریح این مطلب، ساختمانی را مثال می‌زنند که علت محدثه و موجدش بنا می‌باشد؛ ولی علت دوام و بقایش دیگر بنا نیست، بلکه قوام و استحکام ساختمان است و ساختمان برای بقای خود دیگر نیازی به بنا ندارد (مظاهری، سایت، ص ۲).

علاوه بر این، قیاسی که در قالب یک مثال انجام شده نیز درست نیست و قیاس مع الفارق است؛ زیرا وقتی کسی آب را در دجله ریخت، در حقیقت اعراض کرده، در حالی که در بحث ما اعراض معلوم نیست و فقط ترک محقق شده؛ اگر علامه می‌خواستند مثال بزنند، باید مثال کسی را می‌زدند که آب را از دجله برداشته؛ ولی نه آن را در دجله ریخته و نه از آن استفاده می‌کند، بلکه آن را در ظرف گذاشته، رها کرده و رفته است. حالا ببینیم در چنین حالتی فرد هنوز مالک می‌باشد یا خیر؟ و آیا می‌توان گفت مالکیت او سلب شده؟ (همان). بنابراین ملکیت باقی خواهد ماند و حتی مرحوم صاحب جواهر ادعای اجماع می‌کنند (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۲۱) و چنانچه ما به سایر کتب علامه (برای نمونه؛ ر.ک: علامه حلی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۴۰ / علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۱۴۳)\* مراجعه کنیم، خواهیم دید که آنها نیز قائل به بقای ملکیت پس از ترک می‌باشند؛ پس ما می‌توانیم هم از متقدمین و هم در متأخرین، ادعای اجماع کنیم.

از دلایلی که برای این مطلب به آن تمسک شده است، روایت ذیل است:  
محمد بن یعقوب عن عده عن اصحابنا من سهل بن زیاد عن الریان ابن الصلت او رجل

\* لازم به توضیح است که سخن علامه در این منابع، تعمیم به همه موارد اعراض ندارد، بلکه در اولی، بحث بر مفتوح‌العنوه و در دومی بر انفال است؛ ولی همچنان که پیش از این نیز بیان شد، تقریباً در همه آثار فقهی کهن بحث اعراض به طور موردی مطرح شده و اعراض به عنوان قاعده‌ای عام و قابل تسری به همه ابواب مطرح نگردیده است؛ بنابراین با قاطعیت نمی‌توان از سخن آنان قاعده‌ای کلی درباره اعراض استخراج کرد، حتی بسیاری، منکر قاعده‌بودن اعراض شده‌اند و آن را در شمار قواعد فقهی نیاورده‌اند و در بخش‌های پیشین همین مقاله مورد اشاره قرار گرفت.

عن الريان عن يونس عن العبدالصالح قال: ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده فمن عطل ارضاً ثلاث سنين متواليه لغير ما عله اخذت من يده و دفعت الي غيره و من ترك مطالبه حق له عشر سنين فلا حق له (حرّ عاملي، ۱۳۸۷، ج ۱۷، ص ۳۴۵، باب ۱۷ از ابواب احیای موات حدیث ۱)؛ اگر کسی زمینی را بدون علت به مدت سه سال متوالی معطل کند، از او گرفته می‌شود و به دیگری واگذار می‌شود و اگر کسی ده سال حق خود را مطالبه نکند، دیگر حق مطالبه ندارد و صاحب حق شناخته نمی‌شود.

روایات دیگری نیز وجود دارد بدین مضمون که اگر کسی زمینی را آباد کرد؛ ولی پس از مدتی آن را رها کرد تا خراب شد و کس دیگری آن را مجدداً آباد کرد، فرد دوم بر فرد اول اولویت دارد؛ مانند صحیحہ معاویہ بن وهب از امام صادق علیه السلام (حرّ عاملي، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۲۸، حدیث ۳۲۲۲۹) و صحیحہ کابلی از امام علی علیه السلام (همان، ج ۱۷، ص ۳۲۹، حدیث ۳۲۲۳۰) که شهید صدر در اقتصادنا برای اثبات نظر خود به آن استناد کرده است.

### ۱-۱-۶. نقد این دلیل

روایت اول؛ روایت کلینی به نقل از سهل بن زیاد از نظر سند مجهول است؛ زیرا راوی می‌گوید که نمی‌دانم سهل بن زیاد از ریان نقل کرده، یا از مرد دیگری و روایت مجهول، برای مسائل فقهی قابل استفاده نیست.

همچنین، از نظر دلالت به مقصود نیز ناتمام است؛ زیرا، به اینکه زمین معطل مانده، احیاشده بوده یا تنها تحجیر شده صراحت ندارد؛ زیرا در صورت احیا و ایجاد ملک، تصرف دیگران بدون اذن جز غصب چیزی نیست و گرفتن آن از دست او با عموم ادله حرمت غصب، در تضاد است و این روایت که از این جهت اجمال دارد، نمی‌تواند با ادله صریح حرمت غصب معارضه کند و ادله غصب بر این دلیل حاکم می‌شود.

این روایت و سایر روایات مورد استناد این گروه از فقها با بعضی از روایات دیگر در تضاد است؛ از جمله روایت زیر:

قال امیرالمومنین: الحق جدید و ان طالت علیه الايام والباطل مخذول و ان نصره؛ حق همیشه تازه است، اگرچه سال‌ها بگذرد و طول بکشد، باطل همیشه باطل است، حتی اگر پشتیبان زیاد داشته باشد (همان، ج ۲۵، ص ۴۳۴، ح ۳۲۲۹۲).

همچنین با روایت حلبی از امام صادق علیه السلام درباره مردی که وارد زمین مخروبه‌ای می‌شود و آن را آباد می‌کند، از ایشان می‌پرسند که برعهده این مرد چیست؟ امام پاسخ می‌دهند: صدقه (زکات) و سپس حلبی می‌پرسند: اگر صاحبش را می‌شناسد چطور؟ امام می‌فرمایند: باید حق او را بدهد (همان، ج ۱۷، ص ۳۲۱، حدیث ۳۲۲۳۱). این روایت صراحت دارد به اینکه زمینی که مالک دارد، حق مالک بر آن محفوظ است؛ در حالی روایت مورد استناد شهید صدر با استنباطی که می‌فرمایند، دلالت بر قطع ارتباط مالکانه مالک بر زمین معروض‌عنه داشت و به رغم تلاش شهید صدر - در پاورقی اقتصادنا ذیل همین مطلب (صدر، ۱۳۹۳، ص ۴۲۶) - ایجاد جمع قابل قبولی میان این دو دسته روایات به گونه‌ای که جمع تبرعی که فاقد حجیت است، نبوده (حسینی روحانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۲۸۵ / کاظمی، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۵۱) و عرفی و مطابق موازین فقهی باشد، به آسانی وجود ندارد. علاوه بر اینکه همان روایات نیز صراحتی بر قطع رابطه ملکیت ندارند، بلکه بیشتر دال بر احقیت و اولویت محیی دوم و رفع مانع از او دارند و به مواردی حمل می‌شوند که تملک فرد اولی به دلیل عدم تکمیل مراحل احیا، هنوز محرز و منعقد نشده و محیی هنوز در مرحله تحجیر و انجام مقدمات می‌باشد و به مانحن فیه، یعنی مواردی که مالکیت محیی، بر زمین محقق شده است و زمین به سبب احیا به ملکیت او درآمده، دلالتی ندارند و اگر هم داشته باشد با روایاتی که صراحت در مالکیت محیی بر زمین احیا شده دارد (حرّ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۷، ص ۳۲۸، باب ۳ احیای موات) در تعارض خواهد بود. مؤید این مطلب این است که صاحب جواهر این روایت را در باب تحجیر آورده‌اند و با استناد به آن فرموده‌اند: «کسی که زمینی را تحجیر کند و سه سال آن را رها کند، دیگر حقی روی آن ندارد» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۸، ص ۵۹).

علاوه بر این، این‌گونه روایات - به خصوص صحیحہ کابلی (حرّ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۷، ص ۴۲۸، ح ۳۲۲۳۰) - اختصاص به زمان حضور معصومین دارند و تعمیم آنها به زمان غیبت، به آسانی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا در این روایات آمده است: «من و اهل بیتم همان متقینی هستیم که زمین به آنها به ارث رسیده است و زمین همه‌اش مال ماست و هرکسی از مسلمانان آن را آباد کند، مالک درآمدهای آن است و باید مالیاتش را به امام بدهد...».



این جملات به روشنی دلالت دارد بر اینکه در عصر حضور، هیچ کس مالک هیچ زمینی نیست و محیی نیز صرفاً مالک درآمدهای زمین احیاشده خویش است؛ بنابراین استناد به این گونه احادیث برای اثبات سلب مالکیت محیی اعراض کننده، نادرست است؛ زیرا پیش فرض این گونه احادیث، کسی است که در عصر حضور با اجازه امام معصوم روی زمینی کار کرده و مالک منافع آن شده، نه کسی که با احیا، مالک زمین شده است و اگر هم دلالت داشته باشد با روایات صریحه‌ای که احیا را سبب تملک می‌شمارد (همان، باب ۳ از احیای موات) در تعارض قرار می‌دهد و تنها راه جمع حمل این گونه روایات در زمان حضور خواهد بود و روایات دیگری از این دسته نیز که صراحت به زمان حضور ندارند (همان، ج ۱۷، ص ۳۲۸، حدیث ۳۲۲۲۹) (صحیحہ معاویه ابن وهب) نیز از باب اطلاق و تقیید قابل حمل بر این مقیدهاست. نتیجه کار، مطابق نظر مشهور نیز می‌باشد؛ زیرا مشهور فقها فرموده‌اند که در عصر غیبت هر کس زمینی را احیا کند، مالک آن می‌شود (خویی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۸۵-۳۸۷)؛ ولی اگر کسی زمینی را تحجیر کرد و سه سال رهایش کرد، دیگر حقی ندارد (نجفی ۷، ۱۳۶۷، ج ۳۸، ص ۵۹).

نقد دیگر اینکه مخالف مشهورند و روایاتی که مخالف مشهور باشند، حتی اگر سندشان ضعیف هم نباشد (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۳۰۳ / عراقی، [بی تا]، ج ۴، ص ۲۰۶ / کاظمی، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۷۸۶) از آن اعراض می‌شود و روایت اول، علاوه بر آنکه مخالف فتوای مشهور فقهاست، سند مجهولی دارد.

### ۱-۲-۶. دلیل قول مشهور

مشهور که زمین‌های متروکه را باقی در ملک محیی اولیه می‌دانستند، به روایت زیر تمسک می‌کنند:

با سنده عن الحسين عن سعيد عن النضر عن هشام بن سالم عن سليمان بن خالد قال، سألت ابا عبدالله ع، عن الرجل يأتي الارض الخربه فيستخرجها و يجري انهاراً و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه؟ قال الصدقه. قلت فان كان يعرف صاحبها؟ قال فليؤد اليه حقه؛ از امام صادق ع سؤال درباره مردی که وارد زمین خرابه‌ای می‌شود و از آن آب استخراج می‌کند و آبادش می‌کند و در آن زراعت می‌کند، بر عهده این مرد چه

هست؟ امام فرمود: صدقه گفتم، حتی اگر صاحبش را بشناسید؟ امام فرمود: باید حق صاحبش را هم به او پرداخت کند (حرّ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۷، ص ۳۲۹، باب ۳ از احیای موات حدیث ۳).

اطلاق قسمت اول، کلام علامه و شهید صدر را تأیید می‌کند؛ زیرا بیان می‌دارد که زمین‌های خرابه اعم از اینکه صاحبی داشته یا نداشته باشد و صاحبش اعراض کرده یا نکرده باشد، قابل تملک و احیا توسط دیگران است و فقط محیی باید صدقه (زکات) دهد؛ ولی قسمت دوم روایت به گونه‌ای دیگر مسئله را جهت داده است و همین قسمت دوم مورد تمسک مشهور فقها قرار گرفته؛ زیرا در اینکه صاحب ملک، یعنی محیی، اول در این زمین حقی دارد و باید حقش ادا شود، صراحت دارد.

## ۲-۶. نقد این دلیل

این روایت؛ اولاً، صدر و ذیل آن با هم معارض است؛ زیرا در بخش اول، اجازه تصرف و احیا در ملک متروکه را می‌دهد؛ ولی در بخش دوم، برای مالک و محیی اولیه حقی در نظر می‌گیرد و آن حق روشن نیست که چه چیزی است و اگر از مالک اذن گرفتن، حق او نباشد، چه حقی دیگر برای او باقی می‌ماند؟ اگر بنا باشد حقی برای محیی اول در نظر بگیریم، چیزی جز اذن او نیست و اگر اذن از او شرط تصرف و احیا باشد، در صورت عدم دسترسی یا عدم رضایت او، تصرف مجاز نخواهد بود و این مطلب با آنچه در روایت آمده، در تضاد است.

این روایت با روایات دیگری در پاسخ به پرسش مشابه که همین حق را نیز برای محیی اولیه در نظر نگرفته، در تضاد است. یکی از آن روایات این است:

فان كانت ارض لرجل قبله فغاب عنها و ترکها فاخر بها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله و لمن عمّرها؛ اگر زمینی وجود دارد که از مردی است که قبل از او مالک آن بوده؛ ولی ناپدید شده است، زمین را متروکه رها کرده تا خراب شده است، ولی بعد از مدتی می‌آید و زمین منخروبه را که فرد دیگری آباد کرده، مطالبه می‌کند، در این صورت زمین از آن خداست و هرکس آن را آباد کرده است (همان، ص ۳۲۸، باب ۱۳ از احیای موات حدیث ۱).

همچنین حدیثی که می‌فرماید: «اگر صاحبش را می‌شناسد باید حق او را بدهد»

(همان، ص ۳۲۸، باب ۱۳ از احیای موات حدیث ۳).

برای رفع این تعارض، فقها توجیهات گوناگونی را ارائه داده‌اند. برخی روایت اول را حمل به استحباب کرده، گفته‌اند: «فلیؤد الیه حقه» جنبه استجابی دارد (مظاهری، سایت، ص ۲) و واجب نیست. برخی اولی را حمل به صورت عدم اعراض و دومی را حمل به صورت اعراض کرده، گفته‌اند: اگر مالک و محیی اولیه از ملک اعراض کرده باشد، حقی ندارد؛ ولی اگر اعراض نکرده، حق دارد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۸، ص ۲۸). برخی دیگر اولی را حمل به صورتی کرده‌اند که از طریقی غیر از احیا مالک شده‌اند و دومی را حمل به صورتی کرده‌اند که از طریق احیا مالک شده باشد (حرّ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۷، ص ۳۲۸، ذیل حدیث ۱ از باب ۳ احیای موات به بعد).

با توجه به اینکه هیچ کدام از توجیهات در روایت تصریح نشده و برداشت‌های شخصی است، نمی‌تواند نظر نهایی باشد و تعارض همچنان به قوت خود باقی است و اگر نخواهیم از راه ترجیح در روایان حدیث مدد بگیریم، تساقط راهکارست و وقتی تساقط شد، رجوع به اصول عملیه، تنها راهکار موجود خواهد بود و مقتضای اصل در اینجا اصل استحباب می‌باشد و مؤید نظر مشهور و بقای ملکیت مالک اولیه است.

## ۷. تعارض قاعده اعراض و قاعده لاضرر

یکی از مهم‌ترین مباحث در قاعده اعراض که با وجود کاربردی بودن و ابتلای بسیار به آن کمتر مورد توجه نویسندگان قرار گرفته، تعارض قاعده اعراض با قاعده لاضرر است و در مواردی پیش می‌آید که اعراض فردی از مال یا حق خود، باعث ضرر به اموال یا حقوق دیگران می‌شود؛ مثلاً فردی با رهاکردن ملک خود و عدم تکمیل یا تعمیر آن، باعث زشت شدن فضای شهر یا تجمع جانوران موذی یا تمرکز اراذل و اوباش در آن مکان شده است، یا اینکه فردی با رهاکردن فرزند خود در خیابان و اعراض از حق سرپرستی خود، باعث آسیب‌رسیدن به فرزند یا به جامعه از جانب آن فرزند می‌شود و یا اینکه فردی با رهاکردن حیوان خود که بیمار یا موذی و مضر است، باعث شیوع بیماری در جامعه یا اختلال نظم شهری یا آسیب‌رسیدن به اموال مردم از طریق آن حیوان رهاشده، می‌شود.

در این گونه موارد اعتقاد به مزیل نبودن اعراض و احترام به مالکیت خصوصی از جهتی دیگر باعث بی‌احترامی به مالکیت خصوصی می‌شود و احترام به مالکیت فردی، مالکیت و حقوق دیگران را به مخاطره می‌اندازد.

گرچه مطابق رأی نویسنده که در مقاله‌ای دیگر ذیل عنوان «بازخوانی قاعده اعراض» بیان شده است، اعراض جز در اموال حقیر نمی‌تواند مزیل ملک باشد و نمی‌تواند اجازه تصرف و تملک دیگران در اموال متروکه و معرض عنه باشد؛ ولی نباید از نظر دور داشت که احترام بیش از اندازه به مالکیت خصوصی گاهی خود به نوعی بی‌احترامی به مالکیت خصوصی است و باید به گونه‌ای مناسب برای این مطلب چاره‌جویی کرد.

به نظر می‌رسد این گونه موارد از مصادیق تعارض قاعده اعراض و قاعده لاضرر است و آنجا که قاعده لاضرر، حکومت بر سایر قواعد دارد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۳۳۱ به بعد) می‌توان به استناد قاعده لاضرر، حق اعراض را از مالک سلب کرد و او را وادار به رسیدگی نمود و در صورت عدم دسترسی، به اندازه رفع ضرر می‌توان در آن تصرف کرد یا به دیگران اذن تصرف داد.

اما در این باره از باب لزوم جمع میان حقیقین و قاعده جمع، باید به نکات ذیل توجه کرد:

۱. در صورت دادن اذن تصرف، تصرفات باید به اندازه رفع ضرر باشد، نه تصرف مالکانه و بیش از حد رفع ضرر؛
۲. در صورتی اذن تصرف به دیگران مجاز است که امکان اجبار مالک به تصرف وجود نداشته باشد؛
۳. در صورت رجوع مالک از اعراض، پس از تصرف دیگران، مالکیت مال به او برمی‌گردد؛ ولی حق متصرفان نیز باید ادا شود.

این دیدگاه و این راه حل براساس مبنای کسانی که قاعده لاضرر را در امور عدمی جاری نمی‌دانند، قابل قبول نخواهد بود؛ زیرا در اینجا عدم استفاده از حق، باعث ضرر شده؛ بنابراین با تکیه بر این دیدگاه، قاعده لاضرر نمی‌تواند این گونه امور را نفی کند (همان، ص ۳۳۵ به بعد). این مشکل، خود دلیلی بر ضعف دیدگاه کسانی است که

لاضرر را تنها به امور وجودی اختصاص می‌دهند.

## نتیجه

درباره اعراض سه نظر وجود دارد، برخی آن را مطلقاً باعث سلب مالکیت می‌دانند، برخی مطلقاً سالب مالکیت نمی‌دانند و برخی دیگر فقط در اموال حقیق و کم‌ارزش چنین اثری را برای اعراض می‌پذیرند، البته نظر اول، نظر اکثر فقهاست.

در صورت پذیرش نظر اول، اعراض به شرطی سالب رابطه مالکیت است که صرف ارتفاع ترک نباشد، بلکه ترک انتفاع با نیت قطع ارتباط مالکیت صورت گرفته باشد، آن هم با اختیار و بدون اجبار، ترس، عجز یا نسیان که اعراض با چنین شرایطی بعیدالوقوع است؛ بنابراین این قاعده براساس نظر اول، در عمل مصداق‌های روشنی نخواهد یافت و کارآمدی بسیار ضعیفی خواهد داشت.

با توجه به آنکه نیت مالک در تحقق اعراض و ظهور آثار آن تعیین‌کننده است و احراز که امری باطنی و قلبی است، در زمان عدم حضور مالک دشوار است و اکثر موارد مبتلا به، بدون حضور مالک است، قاعده لااعراض، در اکثر موارد مبتلا به، کاربردی نمی‌یابد.

ادله نقلی اعراض، عمده‌ترین دلیل اثبات آن است و آن هم درباره اموال مفقوده و ارتباط دادن آنها با اموال متروکه و معرض عنه، با مسئله اعراض بدون تکلف و تأویل آسان نیست. با این وصف، بنیادهای نظری این قاعده نیز مانند کارآمدیش متزلزل است و از ادله نقلی برای کشف راهکارهایی برای اموال معرض عنه که مالکشان در دسترس نیست و اعراض مالک آن محرز نگردیده است، نمی‌توان کمک گرفت.

## نتیجه

براساس یافته‌های این تحقیق، پیشنهاد می‌شود که حل مشکل اموال معرض عنه یا بلا تکلیف را در موضع قوانین مدنی و مقررات محدودکننده، نسبت به اموال و تصویب نهادهای مدنی مردمی و سیره عقلا و تجربیات عملی جوامع گوناگون جست‌جو کنیم و از ادله نقلی این باب که بعضاً مبهم یا با هم متعارض‌اند و همچنین، دلایل عقلی و

انتزاعی، انتظار راهکارهای عملی را نداشته باشیم.

از جمله قوانینی که می‌توان با اتکاء به سیره عقلا، تجربه عملی جوامع و اقتضای مصالح جامعه برای حل مشکل تصویب کرد، سلب مالکیت مطلق و تصویب مالکیت محدود است به صورتی که در هر مورد مالکیت مالکان، مقید به بهره‌برداری باشد و به شرط عدم بهره‌برداری تا مدت به خصوص، حق سلب مالکیت یا تصرف مورد نیاز به دولت داده شود.



## منابع

۱. ابن حمزه (ابن حمزه طوسی)، ابی جعفر محمد بن علی الطوسی؛ الوسيلة الى نيل الفضيلة؛ تحقيق محمد الحسون به اشراف سيد محمد مرعشي؛ ج ۱، قم: خيام، ۱۴۰۸ق.
۲. ابن ادريس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد؛ السرائر؛ ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامي، [بی تا].
۳. ابن منظور الافريقي المصري، محمد بن مكرم؛ لسان العرب (۱۵ جلدی)؛ ج ۱، بيروت: دار صادر، ۱۴۱۴ق.
۴. احسائي (ابن ابی جمهور)، محمد بن علی بن ابراهيم؛ عوالي اللئالی العزيزیه فی الاحاديث الدينيه؛ تحقيق سيد مرعشي و سيد مجتبی عراقی؛ ج ۱، قم: چاپخانه سيد الشهداء، ۱۴۰۳ق.
۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد؛ النکاح؛ تحقيق گروه پژوهش در کنگره بزرگداشت شيخ انصاری؛ قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت (ع)، ۱۴۱۵ق.
۶. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین؛ حاشية المكاسب جمان السلك فی الاعراض عن الملك؛ قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۹ق.
۷. آشتیانی، شیخ محمد حسن بن جعفر؛ القضاء؛ تهران: دارالنفائس، چاپ رنگین، ۱۳۲۷ق.
۸. بجنوردی؛ القواعد الفقهیه؛ تحقيق مهدی مهریزی؛ ج ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۹. بحر العلوم، سيد محمد؛ بلغة الفقيه؛ شرح و تعليق سيد محمد تقی آل بحر العلوم؛ ج ۲، تهران: منشورات مكتبة الصادق، ۱۴۰۳ق.

١٠. بطاشی، محمد؛ غایة المأمول؛ ج ٧، عمان: وزارة التراث القومي، ١٤٠٦ق.
١١. بهوتی، منصور؛ کشف القناع عن متن الاقناع؛ به کوشش هلال مصیلی و مصطفی هلال؛ ج ٤، بیروت: دارالکتب العلمیه، ١٤٠٢ق.
١٢. حرّ عاملی، محمدبن الحسن؛ وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه؛ تصحیح محمد رازی؛ ج ٣، ١٧ و ٢٥، تهران: مکتبه الاسلامیه، ١٣٨٧ق.
١٣. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق؛ المسائل المستحدثه؛ ج ٤، قم: دارالکتاب، ١٤١٤ق.
١٤. —؛ فقه الصادق؛ قم: مؤسسه دارالکتاب، ١٤١٢ق.
١٥. —؛ ج ٧، منتقى الاصول (تقریرات درس عبدالصاحب حکیم)؛ ج ٣، قم: چاپخانه امیر، ١٤١٦ق.
١٦. حلّی (ابن علامه)، ابی طالب محمدبن الحسن بن یوسف مطهر؛ ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد؛ تعلیق سیدحسن موسوی کرمانی و شیخ علی پناه اشتیاردی؛ ج ١، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٣٨٧ق.
١٧. حلّی (علامه)، جمال الدین ابی منصور الحسن بن یوسف بن علی المطهر؛ ارشاد الاذهان الی احکام الايمان؛ ج ١، تحقیق فارس الحسون؛ ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، [بی تا].
١٨. —؛ تحریر الاحکام الشرعیه؛ ج ١، تحقیق ابراهیم بهادری؛ ج ١، قم: مؤسسه آل البيت للطباعة والنشر، ١٤٢٠ق.
١٩. —؛ قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام؛ محقق: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٣ق.
٢٠. —؛ تذکره الفقهاء؛ ج ٢، قم: مؤسسه آل البيت، ١٣٨٨ق.
٢١. خمینی (امام)، سیدروح الله؛ تحریر الوسیله؛ ج ٢، نجف: مطبعة الآداب، ١٣٩٠ق.
٢٢. خمینی، مصطفی؛ (الف)؛ مستند تحریر الوسیله؛ ج ٢، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤١٨ق.
٢٣. —؛ (ب)؛ البیع؛ تهران: تحقیق و نشر مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤١٨ق.



٢٤. خویی، سیدابوالقاسم؛ المكاسب - مصباح الفقاهة (تقریرات درس آیت الله خویی) ج ٢؛ تألیف محمدعلی توحیدی؛ قم: مکتبه الداوری، ١٣٧١.
٢٥. —؛ کتاب الاجاره الاول (مستند العروة الوثقی کتاب الاجاره)؛ تألیف شیخ مرتضی بروجردی؛ قم: المطبعة العلمیه، ١٣٦٥.
٢٦. —؛ کتاب النکاح الاول؛ ج ٢، نجف: مکتبه الآداب، ١٤٠٧ق.
٢٧. —؛ منهاج الصالحین؛ ج ٢، چ ٨، قم: ناشر مدینه العلم آیت الله خویی، ١٤١٠ق.
٢٨. ژوستینیان مدونه، جوستینیان؛ فی الفقه الرومانی؛ ترجمه عبدالعزیز فهمی؛ قاهره: دارالکتب المصری، ١٩٦٤م.
٢٩. السنهوری، عبدالرزاق؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].
٣٠. شعرانی، ابی الحسن؛ پاورقی های وسائل الشیعه حرّ عاملی؛ تهران: چاپ المکتبه الاسلامیه، ٣٦٧ق.
٣١. شهید اول (مکی عاملی)، شمس الدین؛ الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه؛ ج ٢ و ٤، چ ١، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ١٤١٢ق.
٣٢. —؛ لمعة الدمشقیة؛ قم: دارالفکر، ١٤١١ق.
٣٣. شهید ثانی (زین الدین بن علی)؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ ج ٧، چ ٢، قم: کتابفروشی داوری، ١٤١٠ق.
٣٤. —؛ مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام؛ ج ١٢، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ١٣١٣ق.
٣٥. صدر، سیدمحمدباقر؛ اقتصادنا؛ بیروت: دارالفکر، ١٩٧٣م.
٣٦. طباطبائی، سیدعلی؛ ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل؛ ج ٢، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٢ق.
٣٧. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ٢، تحقیق و تعلیق محمدتقی کشفی؛ تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریة، ١٣٨٧ق.
٣٨. عراقی، ضیاء الدین؛ نهیة الأفكار فی مباحث الالفاظ (تقریر ابیات علامه شیخ آقاضیاء عراقی)؛ تألیف محمدتقی بروجردی نجفی؛ ج ٤، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، [بی تا].

۳۹. فاضل لنکرانی، جواد؛ سایت ایشان در شبکه اینترنت:  
[http://www.Fazel.org/beta/lesson/index\\_beta/page/5/2008/12/1423](http://www.Fazel.org/beta/lesson/index_beta/page/5/2008/12/1423).
۴۰. قمی، میرزا ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ۲، تصحیح مرتضی رضوی؛ تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۷.
۴۱. کاظمی (خراسانی)، محمدعلی؛ فوائد الاصول؛ ج ۳ و ۴، تقریرات درس اصول میرزا محمدحسین غروی نائینی؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۶ق.
۴۲. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ محقق: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ق.
۴۳. —؛ رسائل الکرکی (رسائل المحقق الکرکی)؛ ج ۲ و ۴، محقق محمد حسون؛ قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۴۴. لنگرودی، محمد؛ آرای شورای عالی ثبت و شرح آنها؛ تهران: انتشارات ابن سینا، ۱۳۷۳.
۴۵. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه بخش مدنی؛ ج ۴، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها، ۱۳۸۰.
۴۶. مصطفوی (معاصر)، محمدکاظم؛ مأه قاعده فقهیه؛ ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۴۷. مظاهری، حسین؛ سایت اینترنتی به نشانی:  
[http://www.almazaheri.org/farsi/print\\_print.aspx.2009/01/21](http://www.almazaheri.org/farsi/print_print.aspx.2009/01/21)
۴۸. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا؛ هدایة العباد؛ ج ۲، چ ۱، قم: دارالقران الکریم، ۱۴۱۲ق.
۴۹. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۶، ۲۴، ۲۸ و ۳۸، چ ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ق.
۵۰. نوری (طبرسی)، میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۱۷، چ ۱، بیروت: مؤسسه آل البيت، لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ق.
۵۱. یزدی (طباطبایی)، سیدمحمدکاظم؛ حاشیة المکاسب؛ قم: مکتبه الداوری، ۱۴۲۱ق.

52. **Encyclopedia Britannica London;** Encyclopedia Britanica In 1989.
53. **Encyclopedia International;** New York, Grolier 1971.
54. **Merite Student Encyclopedia US Glier;** 1970.
55. P.L. Baeck; **The German Civil Coole of Austvia Tranciaded into English by P.L Baeck Tublishel Oceana Tublicu Inc;** New York 1972.
56. **The Encyclopeda Amencan;** New York American corporation 1963.





پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی