

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه

عبّاس کریمی* / هادی شعبانی کندسری** / حسن اسکندری***

چکیده

در این مقاله، تقسیم‌بندی ملک، حق و حکم در فقه امامیه، مورد بازنگری قرار گرفته است. با بررسی نظرات فقهی به این نتیجه رسیده ایم که برخلاف حکم، حق، متضمن سلطنت است و صاحب حق می‌تواند آن را اسقاط کرده، یا انتقال دهد. از طریق مراجعه به روایات، تعیین طبیعت امر موردنظر و غایت و هدف آن و در نهایت، رجوع به اصول عملی می‌توان حق را از حکم باز شناخت. مهم‌ترین فایده پذیرش تفکیک حکم و حق این است که نظریه حکم می‌تواند جایگزین تئوری غربی نظم عمومی گردد. در مقابل، تفکیک حق و ملک صحیح به نظر نمی‌رسد، چرا که ملک نیز یکی از حقوق است که از آن به «حق مالکیت» تعبیر می‌شود و به مالک توان انجام تمامی تصرفات را اعطا می‌کند. بنابراین، به جای تفکیک حق و ملک، باید «حق» را مبنای تقسیم قرار داد و آن را به حق مالکیت و سایر حقوق و به تعبیر حقوق امروزی، که کامل‌تر به نظر می‌رسد، به حق عینی و دینی تقسیم نمود. نتیجه مهم این تحلیل، آن است که در عقد بیع نیز، حق مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌شود؛ بنابراین، سایر حقوق هم می‌توانند در عقد بیع، مبیع و ثمن قرار بگیرند.

کلیدواژه: حق، حکم، ملک، سلطنت، حق مالکیت، حقوق معنوی

* استاد حقوق خصوصی دانشگاه تهران abkarimi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران (نویسندهٔ مسوؤل) h_shabani1367@ut.ac.ir

*** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس eskandarihassan29@gmail.com

تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۱۱/۱۹ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۰۴/۲۶

۱ - مقدمه

تفکیک حق و حکم در فقه امامیه، سابقه طولانی دارد و فقیهان شیعی در بسیاری از فروع فقهی، مستند حکم خود را حق و حکم بودن مسأله مطروحه قرار داده- اند (قواعد فقهیه/۳۰۱/۳ و ۳۱۲). به علاوه، تفکیک حق و ملک یا ملکیت نیز در متون فقهی بسیاری مرسوم و شایع است. به ویژه، از زمانی که شیخ انصاری (ره) بحث انواع حقوق و امکان ثمن قرار گرفتن حق را ضمن تعریف عقد بیع مطرح نمود، شارحین و نویسندگان متأخر در مقام شرح و ارزیابی نظرات شیخ، مبحثی را به بیان «الفرق بین الملك و الحق و الحكم» اختصاص داده و به تعریف و معیار تشخیص آنها پرداخته اند (حاشیه کتاب المكاسب/۱۷/۱؛ مهذب الأحكام/۱۶/۲۰۵/۱۱/۱۴۶؛ دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام/۲۳۲/۱؛ أنوار الفقاهه/۱۴۰/۶). گروه کثیری نیز به تعریف و تمییز حق و حکم مبادرت ورزیده اند (حاشیه کتاب المكاسب/۴۵۱؛ الرسائل الفشارکیه/۴۴۶؛ بلغه الفقیه/۱۱/۱؛ رساله فی تحقیق معنی البیع/۲۱۷؛ نهایه المقال/۳؛ رساله فی تحقیق الحق و الحكم/۱/۲۵؛ نهج الفقاهه/۸؛ نظریه العقد/۳۱؛ بلغه الطالب/۲۴؛ کتاب البیع/۹/۱؛ ما وراء الفقه/۳/۲۲۵). مطالعه متون متعدد فقهی، که پس از کتاب مکاسب شیخ انصاری و در حاشیه آن نوشته شده، و رساله‌هایی که به تبیین حق و حکم و ملکیت پرداخته‌اند، نمودار دقت نظر عمیق و ژرف‌نگری فقهای معظم پیرامون بحث حاضر است. با وجود این، اختلاف نظر در خصوص مفهوم حق و حکم زیاد است و ضابطه تشخیص آنها نیز کافی به نظر نمی‌رسد. شاید همین امر، سبب شده است که در نظام حقوقی ما، از آثار این تقسیم، به شکل مفید استفاده نشود. در حالی که با ساماندهی بحث در فقه امامیه، می‌توان از آن به عنوان منبعی ارزنده برای نظام حقوقی استفاده نمود. افزون بر آن، تفکیک حق و ملک سبب شده است که فقهای شیعی، حق را مال و ملک محسوب نکنند، و از اینرو، مبیع قرار گرفتن حق و همچنین، ثمن واقع شدن آن را نپذیرند. در حالی که در عرف کنونی، انتقال حقوق در برابر عوض، بیع شمرده می‌شود. در نتیجه، این سؤال مطرح می‌شود که چه مانعی برای بیع شمردن حق و اجرای احکام بیع بر خرید و فروش حقوق، به ویژه حقوق و مالکیت‌های فکری وجود دارد؟ دقت نظر در متون فقهی نشان می‌دهد که دلیل اصلی بطلان بیع حق، این

است که از منظر فقهای شیعه، حق و ملک در برابر هم قرار می‌گیرند و حق، ملک محسوب نمی‌شود و به همین دلیل، بیع آن صحیح نیست. بنابراین، برای ارزیابی امکان بیع حق یا ثمن واقع شدن آن، ابتدا باید این مسأله مقدماتی و تفکیک حق و ملک، مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

با توجه به مراتب فوق، ابتدا تفکیک ملک، حق و حکم از منظر فقیهان امامیه مطالعه می‌شود و در آن سعی می‌شود تا مفهوم حق و ملک و همچنین، تعریف، انواع و ضابطه تشخیص حق و حکم تبیین گردد. سپس، با تأمل در اعتبار تقسیم مذکور، تلاش می‌شود آثار تقسیم مزبور، در حقوق کنونی بیان گردد.

۲- تمییز ملک، حق و حکم در فقه امامیه

در این مبحث می‌خواهیم ببینیم که ملکیت، حق و حکم، در فقه امامیه چگونه تعریف شده، و ضابطه و معیار تمییز آنها چیست؟ از اینرو، ابتدا تعریف و تمییز حق و ملکیت از منظر اندیشمندان اسلامی، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. آنگاه به تعریف حق و حکم در فقه شیعه و معیار تفکیک آنها و انواع حق و حکم پرداخته می‌شو.

۲-۱- تمییز حق و ملک

در لغت، حق در معانی مختلفی مانند ثابت، ثبوت، یقین در برابر باطل، صحیح و صادق بودن و حتی به معنای مال و ملکیت به کار رفته است (المصباح المنیر/۱۴۳/۲؛ معجم المصطلحات/۵۷۸/۱؛ القاموس الفقہی/۹۳؛ مصطلحات الفقہ/۲۱۳). ملک و ملکیت نیز به احتواء و سلطنت بر شیء، سلطنت تام، قدرت استبداد بر چیزی و اتصال شرعی بین شخص و شیء که مطلق تصرفات را اجازه می‌دهد، معنا شده است. در اصطلاح فقها نیز، ملکیت، به حق تصرف مالک در شیء مملوک به نحو مطلق (تصرف در عین از قبیل بیع، هبه، وقف، و تصرف در منفعت از سوی مالک یا انتقال آن به دیگری در قالب اجاره، عاریه و وصیت به منفعت) تعریف شده است. در عرف نیز، ملک به معنای اشیاء و اموال مملوک استعمال می‌شود (معجم المصطلحات/۳۵۲/۳-۳۵۱؛ القاموس الفقہی/۳۴۰؛ رساله فی تحقیق الحق

و الحکم/۲۷/۱؛ مصطلحات الفقه/۲۱۴ و ۵۱۴). حق و ملک، به طور جداگانه معنای وسیعی دارند؛ به عنوان مثال، در قرآن کریم ملکیت معنای عامی دارد و شامل مالکیت تکوینی (یونس/۳۱)، ملکیت منافع (نور/۶۱)، صاحب اختیار بودن (مائده/۲۵) و مالکیت عین، استعمال شده است، ولی حق و ملک در برابر یکدیگر، معنای خاصی دارند (أنوار الفقاهه/۱۴۰/۶). بنابراین، در تقسیم‌بندی ملک، حق و حکم، که حق و ملکیت در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند، تبیین مفهوم حق و ملک از منظر فقیهان امامیه و دسته‌بندی نظرات ارائه شده به علت اختلافات موجود و پراکندگی آنها دشوار است. با این وجود، می‌توان در قالب تقسیم‌بندی‌های زیر، مهم‌ترین نظرات موجود را دسته‌بندی نمود.

۱- حق، نوعی از ملکیت است. طبق این تعریف، حق نیز نوعی مالکیت یا مرتبه ضعیفی از آن است. بنابراین، صاحب حق نسبت به آن چه زمام آن در دست اوست، مالک است. بنابراین، در این تعریف، تفاوت حق و ملک در شدت و ضعف تصرف و سلطنت است (نهایه المقال/۳؛ حاشیه المکاسب/۵۵/۱؛ حاشیه کتاب المکاسب/۴۵۲-۴۵۱؛ بلغه الفقیه/۱۳/۱-۱۴؛ المکاسب و البیع/۹۲/۱؛ منیه الطالب/۴۲/۱ و ۴۴؛ مصباح الفقاهه/۴۴/۱؛ مصطلحات الفقه/۲۱۳). برخی، بر این تعریف خرده گرفته‌اند که ملکیت، امری بسیط است و از اینرو، تقسیم آن به مراتب مختلف و بر حسب شدت و ضعف، قابل انتقاد می‌نماید (فقه الصادق(ع)/۲۰۳/۱۵؛ مفتاح الکرامه/۱۷/۳؛ قواعد فقیهه/۶۶/۱).

۲- حق و ملک، هر دو، نوعی سلطنت یا سلطه هستند. در واقع، مقسم هر دو، سلطنت است، منتها حق و ملکیت، از حیث شدت و ضعف، با یکدیگر تفاوت دارند. به عبارت دیگر، سلطنت و سلطه، سلسله مراتبی دارد که ملکیت، در بالاترین آن و حق، در مرتبه پائین آن جای می‌گیرد. سلطنت ناشی از ملک، کامل بوده و همه تصرفات را دربر می‌گیرد، ولی سلطنت ناشی از حق، ناقص و ناظر به حیثیات و جهات خاص است (حاشیه المکاسب/۵۵/۱؛ بلغه الفقیه/۱۴-۱۳؛ کتاب البیع/۱۰/۱؛ مهذب الأحکام/۲۰۵/۱۶؛ حاشیه کتاب المکاسب/۳۸/۲؛ حاشیه المکاسب/۷۳/۱؛ مصباح الفقاهه/۴۴/۱؛ منیه الطالب/۴۱/۱؛ حاشیه المظفر/۷/۲؛ قواعد فقه/۱۸/۱-۱۷؛ ۲۸۴/۲). به دیگر سخن، حق و ملک هر دو سلطه آور هستند، ولی هنگامی که میزان سلطه به اندازه‌ای باشد که شخص بتواند انحاء تصرفات و تقلبات را در اعیان و

اموال انجام دهد، آن را ملک می‌گویند. ولی هنگامی که درجه سلطه، به اندازه‌ای نیست که شخص بتواند هر تصرفی انجام دهد و ملتزم به رعایت حدودی است، مانند سلطه مرتهن بر عین مرهونه که به موجب این حق، مرتهن نمی‌تواند بیشتر از طلب خود در آن تصرف کند، و حقّ خیار که صاحب آن تنها در اعمال یا عدم اعمال حقّ فسخ، سلطه دارد و همچنین سلطه شفیع بر تملک مبیع که به واسطه دادن ثمن می‌تواند از مشتری بگیرد، حقّ نام دارد (نظریه العقد/۳۳). افزون بر تفاوت در رتبه، گفته شده است که حقّ و ملک، در متعلق نیز متفاوت اند: حقّ، سلطنت بر اعمال است و تنها به فعل خاص تعلق می‌گیرد، اما ملکیت، به طور مستقیم به عین یا منفعت (یا افعال) تعلق دارد (أنوار الفقاهه/۲۰-۱۹؛ أنوار الفقاهه/۱۴۰/۶؛ مصباح الفقاهه/۴۵-۴۴). عده‌ای دیگر نیز، حقّ و ملک را در سلطنت، مشترک دانسته و بر این باورند که متعلق حقّ، ممکن است مال (مال کسی غیر از صاحب حقّ)، و یا غیر مال باشد، ولی ملک، تنها از سنخ مال (مال متعلق به خود او) است (کتاب البیع/۱۱/۱). به نظر می‌رسد تفکیک تعلق ملک به عین یا منفعت، و تعلق حقّ به عمل و فعل، درست نباشد، چرا که اگر مالکیت به طور مستقیم به عین یا منفعت تعلق می‌گیرد، حقّ ارتفاق و انتفاع نیز، به طور مستقیم به مال موضوع حقّ ارتفاق و انتفاع تعلق دارد. از طرف دیگر، اگر گفته شود که متعلق حقّ، فعل است، به این اعتبار که صاحب حقّ می‌تواند در متعلق آن تصرف کند، ملک نیز به عمل و فعل تعلق می‌گیرد، چرا که مالک نیز می‌تواند در مال موضوع حقّ، تصرف نماید. به بیان دیگر، مالکیت نیز، انجام تصرفات را برای مالک مقرر می‌کند. افزون بر آن، تعبیر حقّ به سلطنت، مورد انتقاد برخی از فقها قرار گرفته است، زیرا سلطنت از احکام حقّ است، نه خود حقّ؛ و در تعریف، نباید احکام را جزئی از ماهیت آن دانست و ماهیت را به آثار و احکام تعریف کرد. بنابراین، حقّ را نمی‌توان به معنای سلطنت دانست (حاشیه المکاسب/۴؛ حاشیه کتاب المکاسب/۴۱/۲؛ نظره فی الحقوق، أحكامها و أقسامها/۱۳۱؛ محاضرات/۲۸). باید خاطر نشان کرد که پاره‌ای از فقیهان، این دو دیدگاه را یکی دانسته و معتقدند که در دیدگاه نخست نیز، ملک و حقّ، هر دو از مقوله سلطنت هستند. با این تفاوت که ملکیت،

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه _____ ۲۵۲

سلطنتی قوی و حق، سلطنتی ضعیف است، نه این که ملک به لحاظ کمال و نقص و شدت و ضعف، دارای مراتبی است که مرتبه قوی و کامل آن، ملک، و مرتبه ضعیف و ناقص آن، حق است (مصباح الفقه/۱-۱۴۴-۱۴۳). به عبارت دیگر، سلطنت، سلسله مراتبی دارد، نه ملکیت.

۳- حق، مشترک لفظی است و در هر مورد، آثار خاصی دارد. برای نمونه، حق رهن اقتضا دارد که در صورت عدم پرداخت دین در سررسید، مرتهن بتواند طلب خود را از حاصل فروش مورد رهن استیفاء نماید. حق تحجیر، سبب حق اولویت در احیاء می‌گردد و غیره. البته در برخی موارد، حسب دلیل، حق به معنای سلطنت است، مانند حق قصاص و حق شفعه و حق خیار (رساله فی تحقیق الحق و الحکم/۲۰/۱). به عبارت دیگر، حق، ماهیت اعتباری خاص با آثار ویژه است. به عنوان مثال، در حق خیار، سلطنت بر فسخ ایجاد می‌شود و در حق شفعه، سلطنت بر تملک حصه فروخته شده در برابر پرداخت عوض آن، و در حق تحجیر، سلطنت بر تملک به طور رایگان (حاشیه المکاسب/۴-۳؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم/۲۰/۱؛ فقه الصادق(ع)/۲۰۳/۱۵؛ قواعد فقهیه/۱-۶۵-۶۵؛ التقریرات للخرم‌آبادی/۶۵). در این تعریف، حق شامل ملکیت نمی‌شود. در هر حال، تعریف حق به: ماهیت اعتباری خاص با آثار مخصوص، نه ماهیت آن را نشان می‌دهد و نه آثار آن را و تعیین مفهوم و اثر حق را به رجوع به هر مورد خاص موکول می‌کند و قاعده عام به دست نمی‌دهد.

۴- حق، مشترک معنوی است، به این معنا که حق دارای ماهیت اعتباری و انحصاری مختلف است: گروهی قابلیت نقل و انتقال دارند و بعضی ندارند، بعضی قابل اسقاطند و برخی خیر. بعضی از حقوق، ملکیت است، برخی اولویت، پاره‌ای، احقیت است و غیره. این بدان معنا نیست که حق، دارای ماهیت متفاوت است و هر کجا به شکلی است؛ بلکه حق، حقیقت واحده و امری وحدانی است و به عبارت فنی، مشترک معنوی است. در واقع، نباید تصور کرد که حق قصاص در عالم حق بودن، با حق تحجیر مغایر است، هر دو در عالم حق بودن، واجد همان ماهیت اعتباری‌اند و فقط به

اعتبار متعلقات، فرق می‌کنند که آن هم، از ناحیه شرع مقدس پدید آمده است. نتیجه - ای که از این تحلیل گرفته می‌شود، آن است که آثار حق نسبت به مجعول، بالذات نیست، بلکه جزو لواحق و متعلقات حقوق و از امور طاری است. از اینرو، حقوق، قابل اسقاط و نقل و انتقال اند (قواعد فقهیه ۶۸/۱-۶۶؛ کتاب البیع ۳۹/۱).

۵- بین حق و ملک، رابطه تباین وجود دارد، چه از لحاظ اعتباری و چه از لحاظ حکمی. برای نمونه، هنگامی که شک می‌کنیم این خانه، ملک زید است یا او حق رهن بر آن دارد، امر دایر بین دو متباین است، نه اقل و اکثر. افزون بر آن، حق رهانت تنها نسبت به ملک غیر ایجاد می‌شود، نه ملک خود و این دلیلی است بر تباین آنها. این گفته در مورد حق تحجیر و غیر آن هم مصداق دارد (أنوار الفقاهه ۳۹۳؛ فقه الشركه و كتاب التأمین ۲۵). جمعی دیگر نیز، رابطه حق با ملک و سلطنت را تباین خوانده‌اند، چرا که علاوه بر فهم عرف و ارتکاز عقلایی، حق در مواردی صدق می‌کند که ملک و سلطنت در آن صادق نیست؛ همانند پیشی گرفتن در نشستن در مسجد یا موقوفات. پس، حق اعتباری مقابل سایر اعتبارات است (کتاب البیع ۴۶/۱-۴۰؛ فقه الشركه و كتاب التأمین ۲۴-۲۲؛ محاضرات ۲۹-۲۸). ایراد این تعریف، آن است که رابطه موجود بین حق و ملک را نادیده می‌گیرد، در حالی که همان‌طور که خواهد آمد، ملکیت نیز نوعی حق است که از آن، به حق مالکیت تعبیر می‌شود

۲-۲- تمییز حق و حکم

از دیرباز در متون فقهی، حق و حکم در برابر هم قرار گرفته‌اند. حکم در لغت به معنای امر، دستور و فرمان و در لسان اصولیان و فقها، به مفهوم خطاب خداوند است که به اقتضاء یا تخییر یا وضع به فعل مکلف تعلق می‌گیرد (معجم المصطلحات ۵۸۲/۱؛ القواعد و الفوائد ۳۹/۱؛ القاموس الفقہی ۹۷-۹۶). اما از حکم به مفهوم مقابل حق، در فقه شیعه تعریف - های فراوانی صورت گرفته و برای تشخیص آنها معیارهایی ارائه شده است. از اینرو، تعریف حکم و حق و انواع آنها و معیار تشخیص حقوق و احکام در زیر تبیین می‌شود.

۲-۱-۲- تعریف حق و حکم و انواع آنها

الف) تعریف حق و حکم

۱- حکم، خطاب شارع است که به اقتضاء (وجوب، استحباب، کراهت و حرمت) یا تخییر (اباحه) یا وضع (حکم وضعی) به فعل مکلف تعلق می‌گیرد (القواعد و الفوائد/۳۹/۱؛ الحدائق الناضره/۳۷۱/۲۰). به عبارت دیگر، حکم، مجرد تشریح از ناحیه خداوند سبحان است که آدمی را به انجام فعلی وادار یا از انجام آن منع و یا در انجام و ترک آن رخصت می‌دهد، یا این که اثری بر فعل او بار می‌کند، بدون آن که ایجاد سلطنت نماید، ولی حق شخص را مسلط بر انجام فعلی از افعال می‌نماید (أنوار الفقاهه/۲۰؛ منیه الطالب/۱؛ أنوار الفقاهه/۱۴۰/۶). در این تعریف، حق و حکم به اباحه با یکدیگر شباهت دارند، چرا که مفاد حق و حکم به اباحه و رخصت به انسان توانایی می‌دهند که عملی را انجام دهد یا از انجام آن خودداری کند. از اینرو، لازم است جهت تشخیص آنها، معیارهایی ارائه گردد که در مباحث آتی بدان می‌پردازیم.

۲- حکم، همان الزامات و التزامات و ترخیصات شرعی است که به فعل مکلف تعلق دارد. بنابراین، نمی‌تواند به یک شیء خارجی تعلق بگیرد. حکم، بدون وجود شخص مکلف معنا پیدا نمی‌کند، زیرا حکم، آدابی در خصوص فعل است نه شیء. پس، بدون وجود مکلف، محقق نمی‌شود. در مقابل، حق به شیء یا مال تعلق می‌گیرد و مقوم به وجود مالک نیست. در حقیقت، حق درجه‌ای ضعیف‌تر از مالکیت بوده و عامل جواز تصرف شخص در متعلق حق یا منع سایرین از تصرف در آن می‌شود و آثاری متناسب با آن درجه ایجاد می‌کند و برخلاف حکم، بدون وجود ذی‌الحق که انسان است، هم موجودیت دارد، زیرا وجود اعتباری حق، به شیء یا مال تعلق می‌گیرد و شخص محق در آن رکن اصلی نیست. به همین دلیل، نقل و انتقال ارادی و قهری و اسقاط آن پذیرفته می‌شود (حاشیه کتاب المکاسب/ ۴۵۲-۴۵۱؛ فقه العقود/ ۱/۱۲۱؛ التعلیقه علی المکاسب/ ۲/۲۷۵).

۳- حکم، از طرف شارع یا حاکم شرع وضع می‌شود و امر وضع و رفع آن به دست اوست و از آنجا که الزام شرعی دارد، قابل اسقاط نیست؛ زیرا با هدف از ایجاد آن که صلاح بشر است، در تناقض قرار گرفته و نقض غرض است. اما حق، از سوی صاحب حق قابل اسقاط است (القواعد الفقهیه/۳۱؛ بلغه الفقیه/۱/۳۵؛ التعلیق علی المکاسب/۲/۲۷۴؛ نهج الفقاهه/۷؛ حاشیه المکاسب/۳۳۴؛ تکمله العروه الوثقی/۲/۵۷؛ موسوعه الفقه الإسلامی/۳/۲۴).

۴- برخی برای تبیین حق، حکم و همچنین ملکیت، به بررسی موضوع در فقه امامیه و حقوق غربی با تأکید بر نظر دکتر سنهوری، حقوقدان بزرگ مصری، پرداخته و به این نتیجه رسیده‌اند که آن چه در حقوق غرب به «رخصه»، «المنزله الوسطی» و «الحق» موسوم است، در فقه شیعه به ترتیب حکم، حق و ملک نام دارد. به این صورت که رخصت، همان الزام قانونی است که در شأن آزادی عامه وضع شده است. مراد از منزله وسطی نیز، حق است. آن چه در حقوق خارجی حق نامیده می‌شود، در حقوق امامیه ملک گفته می‌شود. به عبارت دیگر، منظور حقوقدانان غربی از «حق»، «حق مالکیت» است (نظریه العقد فی الفقه الجعفری/۴۳-۴۰؛ فقه الشركه و کتاب التأمین/۲۵).

۵- حق و حکم از حیث ماهیت، تفاوتی با یکدیگر ندارند، زیرا هر دو، اعتبار شرعی یا عقلایی هستند و تفاوت آنها، تنها در آثار آن دو است، نه در ذاتشان. به این نحو که حکم، قابل اسقاط نیست، ولی حق، اسقاط پذیر است. پس، در این دیدگاه، حق نیز حکمی است که به فعل انسان تعلق می‌گیرد (مصباح الفقاهه/۲/۴۵؛ قواعد فقهیه/۱/۶۸-۶۹). برخی دیگر نیز، حق و حکم را یکی دانسته و حکم را حکم تکلیفی و حق را حکم وضعی بشمار آورده‌اند (التعلیق علی المکاسب/۲/۲۷۵). در این دیدگاه، تفاوت حق و ملک در آن است که متعلق فعل، عمل است و متعلق ملک، اعم از عین خارجی یا فعل. البته این دیدگاه مورد انتقاد قرار گرفته است، چرا که اگر حکم در معنای عام منظور باشد، شامل حق نیز می‌شود؛ اما در تقسیم مذکور که حق در برابر حکم قرار می‌گیرد، حق و حکم با یکدیگر مابینت دارند و تفاوت آنها در قابلیت اسقاط حق است (نظریه فی الحقوق،

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه _____ ۲۵۶
أحكامها و أقسامها/۱۳۷-۱۳۶). همچنین، جنس و فصل هر یک با دیگری متفاوت است (أنوار
الفقاهه/۱۴۰/۶).

ب) انواع حق و حکم

۱) علما و اندیشمندان اسلامی، حقوق را به انواع متفاوت و متعددی تقسیم
نموده‌اند (نظرة فی الحقوق، أحكامها و أقسامها/۱۵۴-۱۴۰؛ بلغه الفقیه/۱۷/۱-۱۶؛ کتاب البیع/۴۹-۴۷؛ حاشیه
المکاسب/۵۶/۱؛ أنوار الفقاهه/۲۱؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم/۲۱/۱؛ کتاب البیع/۱۳/۱؛ فقه الصادق/۲۰۴/۱۵؛
محاضرات-کتاب البیع/۲۴؛ أنوار الفقاهه-کتاب النکاح/۱۴۱/۶)، ولی به نظر می‌رسد که حقوق در
مجموع چهار قسم است: ۱- حقوق قابل اسقاط، قابل انتقال (قهری و از طریق ارث) و
قابل نقل (ارادی)، همانند اکثر حقوق، از قبیل حق تحجیر، حق خیار، حق قصاص،
حقوق معنوی مثل حق تألیف، حق اختراع و حقوقی نظیر امتیاز آب و برق و گاز و
تلفن و امتیاز تأسیس شرکت و چاپ روزنامه و مجله و امثال آن. ۲- حقوق قابل اسقاط
و قابل انتقال و غیر قابل نقل، مانند حق شفعه و حق رهانت که طبق نظر مشهور، به طور
مستقل و جدای از انتقال طلب، قابل واگذاری به دیگری نیست. ۳- حقوق قابل اسقاط
و قابل نقل و غیر قابل انتقال، مثل حق قسم که زن می‌تواند آن را اسقاط نماید یا به
شوهرش منتقل سازد، ولی با فوت او از بین رفته و انتقال نمی‌یابد. همچنین است حق
سبق، قبل از اقامه جماعت. ۴- حقوق قابل اسقاط و غیر قابل نقل و انتقال، مثل حق
قذف و حق غیبت و ایذاء در اثر ضرب و شتم و اهانت، طبق نظر گروهی از فقها که
معتقدند در اثر غیبت، برای غیبت شونده حقی ایجاد می‌شود که می‌تواند آن را ساقط
نماید. به خاطر همین حق غیبت شونده است که توبه بدون حلالیت از او پذیرفته نمی-
شود.

از تقسیم فوق، معلوم می‌شود که تمامی حقوق قابل اسقاط‌اند. بنابراین، امری
که قابل اسقاط نیست، حکم است نه حق (المکاسب و البیع/۹۲؛ محاضرات-کتاب البیع/۵۱/۳-۵۰؛
نهج الفقاهه/۸؛ نظریه العقد/۳۴؛ نظرة فی الحقوق، أحكامها و أقسامها/۱۴۲-۱۴۰). به علاوه، حقوق قابل
اسقاط، گاهی فقط قابل انتقال است و گاهی تنها قابل نقل و گاهی هم قابل نقل و هم

قابل انتقال است. در نتیجه، حقوق در مجموع به چهار نوع تقسیم می‌گردند. ممکن است تقسیم مزبور، حصر عقلی نیز باشد، چرا که حق سه اثر دارد: قابلیت اسقاط، امکان نقل و قابلیت انتقال، که روی هم رفته به چهار نوع مذکور، قابل تقسیم است.

۲) حکم نیز به لحاظ تعلق آن به فعل مکلف، به طور مستقیم یا غیر مستقیم، به حکم تکلیفی (وجوب، استحباب، کراهت، حرمت و اباحه) و حکم وضعی (نظیر مالکیت)؛ و از جهت ثبوت آن برای چیزی به عنوان اولی یا ثانوی، به حکم واقعی اولی و حکم واقعی ثانوی؛ و از لحاظ به دست آمدن آن از ادله قطعی یا ظنی، به حکم واقعی و ظاهری؛ و به لحاظ صدور آن به جهت مولویت یا ناصحیت و مرشدیت، به حکم مولوی و حکم ارشادی و از جهت صدور آن، ابتدا از شارع بدون داشتن پیشینه‌ای نزد عقلا و عرف یا صدور آن از شارع، به جهت امضای بنای عقلا و عرف، به حکم تأسیسی و امضایی تقسیم شده است (موسوعه الفقه الاسلامی/۳/۳۵۰).

۲-۲-۲- ضابطه تمییز حق و حکم

پس از روشن شدن معنای حق و حکم، باید دید که معیار تمییز آنها چیست و چگونه می‌توان در مصادیق مشتبه، به ویژه در مورد حق و حکم به اباحه و رخصت، آن دو را از هم تشخیص داد. برای تمییز حکم و حق، معیارهایی از سوی فقها ارائه شده است که باید به تکمیل آنها پرداخت:

۱) توجه به آثار حق و حکم: به نظر جمعی از فقها، برای تمییز حق و حکم، باید به آثار آن دو توجه نمود. به این ترتیب که، اگر امری قابل اسقاط یا قابل نقل ارادی و یا انتقال قهری باشد، حق است و در غیر این صورت، حکم (محاضرات- کتاب‌البيع/۳/۹۲؛ حاشیه‌المکاسب/۱/۵۶؛ منیه الطالب/۱/۴۲؛ نهج الفقاهه/۸). پس، معیارهای ارائه شده عبارتند از: الف- قابلیت اسقاط: حکم از طرف شارع مقدس وضع می‌شود و امر وضع و رفع آن هم به دست اوست. از اینرو، قابل اسقاط از سوی مکلف نیست و در صورت لزوم، توسط حاکم شرع که آن را وضع کرده، ساقط می‌شود. در حالی که حق، از سوی صاحب حق، قابل اسقاط و ابراء است و او هیچ الزامی برای اجرای آن ندارد (فقه

الامامیه، قسم الخيارات/۷). ب- قابلیت نقل ارادی: حکم، یک امر شرعی است که در قالب امر و نهی ظهور پیدا می‌کند و قائم به شخص است. از همین رو، حکم، یک امر فردی است و شخص نمی‌تواند آن را به دیگری واگذار کند؛ چرا که این انتقال با هدف وضع آن، که ایجاد التزام است، تعارض دارد. در مقابل، حق بما هو حق، قابلیت انتقال به دیگری را دارد (همان ۸-۷)، زیرا حق، خصوصیت فردی ندارد که فقط صاحب اولیه آن امکان بهره‌مندی از آن را داشته باشد. پس شخص می‌تواند حق تحجیر یا حق اختصاص خود را به دیگری صلح کند یا معاوضه نماید (همان؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم/۵۰/۱-۴۹؛ کتاب البیع/۱۰/۱؛ نهج الفقاہه/۱۰). ج- قابلیت انتقال قهری: مراد از انتقال قهری حقوق، انتقال آنها از طریق ارث است. احکام به همان دلیلی که گفته شد، قابل انتقال قهری از طریق ارث نیستند. به عنوان مثال، حکم و وجوب نماز را که بر عهده یک شخص قرار دارد، نمی‌توان بر دوش دیگری گذاشت، چه از طریق اختیاری و چه به صورت قهری. در مقابل، حقوق، طبق قاعده به ارث می‌رسند، مانند حق تحجیر و حق خیار که به ارث رسیدن آن به ورثه، یک امر معقول است (نهج الفقاہه/۱۰؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم/۵۰/۱؛ فقه الامامیه، قسم الخيارات/۷). اما برخی از حقوق، نظیر حق قسم بین همسران یک مرد، گرچه قابلیت انتقال به صورت ارادی را دارد، اما به ارث نمی‌رسد، زیرا فلسفه وجودی این حق، حمایت از زنان است و وصف بارز صاحب حق، زن بودن است و امکان به ارث رسیدن آن به وراثت که ممکن است مرد باشند، وجود ندارد (رساله فی تحقیق الحق و الحکم/۵۱/۱-۵۰).

با وجود این، ضابطه ارائه شده برای تمیز حق و حکم، مستلزم دور است؛ چراکه برای تمیز این که امری حق یا حکم است، باید به قابلیت نقل یا انتقال و یا اسقاط آن توجه نمود و قابلیت نقل یا انتقال یا اسقاط آن امر نیز، مستلزم تشخیص حق یا حکم بودن آن است. به علاوه، صرف قابل نقل و یا انتقال نبودن چیزی به معنای حکم بودن آن نیست، چه همان‌طور که دیدیم، پاره‌ای از حقوق نیز، قابلیت نقل و یا انتقال ندارند. بنابراین، گرچه ضابطه مذکور در پاره‌ای موارد می‌تواند حق یا حکم

بودن امری را نشان دهد، ولی در موارد مشکوک و مورد تردید، کمکی نمی‌کند و باید به بدنبال معیارهای دیگری بود که در ذیل ارائه می‌شوند.

۲) توجه به طبیعت امر مورد نظر: به نظر می‌رسد بهترین معیار برای تمییز حق و حکم، توجه به طبیعت امر مورد نظر است: ۱- طبیعت پاره‌ای از امور چنان است که می‌توان آن را اسقاط کرد و یا به دیگری منتقل نمود و با فوت او نیز به وراثت می‌رسد، نظیر حق تحجیر و بسیاری از حقوق معنوی. بنابراین، این دسته از امور را باید حق شمرد. ۲- همچنین، طبیعت برخی از امور اقتضا دارد که بتوان آن را اسقاط نمود و با فوت نیز، به صورت قهری به بازماندگان برسد، ولی قابلیت نقل ارادی ندارد، مانند حق شفعه، چرا که شفعه برای رفع ضرر شریک برقرار شده است و از اینرو، طبیعی است که وی، حق انتقال آن به غیر را نداشته باشد. ولی، به دلیل قابلیت اسقاط و انتقال، در زمره حقوق می‌آید. ۳- طبیعت بعضی از امور نیز، با انتقال قهری منافات دارد و تنها قابل نقل و اسقاط است، همانند حق قسم، چون حق قسم تنها ناظر به رابطه شوهر و همسران متعدد است و انتقال قهری آن به وراثت زوجه فوت شده، معنا ندارد. ۴- پاره‌ای امور نیز، تنها قابل اسقاط‌اند و طبیعت آنها، با قابلیت نقل و انتقال منافات دارد، مانند حق قذف و غیبت. این دسته از امور نیز به دلیل قابل اسقاط بودن، حق محسوب می‌شوند. پس، هر امری که طبیعت آن با قابلیت نقل یا انتقال و یا اسقاط آن مغایر باشد، حکم خواهد بود.

۳) توجه به هدف و غایت امر مورد نظر: هدف پاره‌ای از تأسیس‌ها، حمایت از جامعه یا افراد مشخصی است، همانند ولایت حاکم یا پدر و جد پدری. در این گونه موارد، گرچه به ظاهر، ولی قهری و حاکم اسلامی از حق ولایت برخوردار است، ولی این حق برای حفظ و اداره اموال محجور یا بقای جامعه اسلامی به وی اعطا شده است. بنابراین، غایت آن اقتضا دارد که قابل اسقاط نبوده، و به ارث نرسد و از طریق قراردادی نیز، قابل انتقال نباشد. همچنین است ریاست شوهر بر خانواده، حق طلاق و بسیاری از مسائل مربوط به امور خانوادگی و محجوران. بنابراین، در این موارد باید از

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه _____ ۲۶۰

ظاهر گذشت، و حق را از حیث ماهیت، حکم دانست. پاره‌ای از فقیهان معاصر نیز، ضابطه تمیز حق و ملک را در آن دیده‌اند که حق، برای مصلحت مکلف و رعایت حال او تشریح شده است و از اینرو، او می‌تواند آن را ساقط نماید. ولی حکم، رخصتی است از سوی شارع برای فعلی که به علت مصلحت و مفسده و بدون رعایت حال هیچ یک از مکلفین، تشریح گردیده و از اینرو، قابل اسقاط نیست (کتاب البیع/۱۲/۱؛ محاضرات فی فقه الإمامیه/۲۵).

۴) توجه به روایات: راه دیگر تشخیص حکم و حق، رجوع به روایات وارده است. اگر روایاتی در زمینه تشخیص حق و حکم وجود داشته باشد، باید با مراجعه به آنها، تکلیف امر مورد تردید را روشن نمود. به عنوان مثال، طبق روایات رسیده، نزدیکی در عقد موقت، حق زوج است و می‌توان آن را اسقاط نمود، ولی حق مزبور، قابل نقل و انتقال نیست. همچنین، روایات متعددی وجود دارد که حق قسم را قابل اسقاط یا قابل نقل به زوجه دیگر یا شوهر شمرده است (أنوار الفقاهه/۱۴۲). از این روایت‌ها متوجه می‌شویم که نزدیکی در نکاح موقت و قسم، از جمله حقوق هستند نه احکام.

۵) رجوع به اصول عملیه: در صورتی که با هیچ یک از معیارهای فوق، نتوان حکم یا حق بودن امری را روشن نمود، ناچار باید به اصول عملی و قواعد عام رجوع کرد (حاشیه المکاسب/۵۶/۱؛ کتاب البیع/۴۹/۱؛ بلغه الفقیه/۱۹/۱). درباره این که در صورت شک در حکم یا حق بودن امری، اصل را باید بر حق بودن آن گذاشت یا حکم بودن؟ نظرات واحد نیست. پاره‌ای از فقیهان، بر این باورند که اصل، این است که مسأله مورد تردید (نظیر نفقه) حکم است و حق بودن آن باید ثابت گردد. به عبارت دیگر، مقتضای اصل عدم، آن است که مسأله مورد نظر، حق نیست و از اینرو، قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست (أنوار الفقاهه/۶/۱۴۳؛ أنوار الفقاهه-کتاب البیع/۲۲؛ مصباح الفقاهه/۴۸/۲). سید یزدی هم در این حالت، اصل استصحاب بقاء را جاری نموده است (حاشیه المکاسب/۵۶/۱ به بعد؛ محاضرات-کتاب البیع/۳۰). برخی دیگر، معتقدند که هرگاه در حکم یا حق بودن امری تردید کنیم، به مقتضای اصل عدم، کلیه آثار وجودی حق یا حکم بودن آن امر نفی

می‌شود. بنابراین، چنین امری، نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال. به علاوه، حکم نیز محسوب نمی‌شود، چرا که حکم بودن آن، مستلزم این است که اصل مثبت را حجت بدانیم، در حالی که اصل مثبت، حجت نیست (بلغه الفقیه/۱۹/۱؛ قواعد فقه/۲۲/۱).

۳- نقدی بر تقسیم ملک، حق و حکم؛ تفکیک حق و حکم و ادغام حق و ملک

تفکیک ملک، حق و حکم که در فقه امامیه مرسوم شده است و تعریف و معیارهای تمیز آنها نیز گذشت، واجد اشکال به نظر می‌رسد، زیرا مقسم حق و حکم و ملک، یکی نیست. در واقع، تقسیم حق و ملک به اعتبار میزان سلطه و گستره تصرفات مالک و صاحب حق و موضوع آن دو است؛ اما تقسیم حق و حکم به اعتبار قابلیت اسقاط، انتقال و نقل متعلق حق و حکم است؛ اموری که در مورد حق و ملک با تردیدی مواجه نیست. به ویژه آن که بین ملکیت و حکم، مقسمی وجود ندارد. از اینرو، به نظر می‌رسد که باید تفکیک حق و ملک را با یکدیگر ادغام نمود و از تفکیک حق و حکم سخن گفت و به تبیین آثار آنها پرداخت.

۳-۱- تفکیک حق و حکم و آثار آن

تقسیم حق و حکم در فقه شیعه، از دیرباز پذیرفته شده است و برای توجیه بسیاری از مسائل و فروع فقهی، به آن تمسک می‌شود (بلغه الفقیه/۱۳/۱). ولی چنان که شایسته است، از این تقسیم مفید و مطلوب در نظام حقوقی ما استفاده نمی‌شود. فایده این تقسیم در حقوق قراردادها انکارناپذیر است، زیرا دو طرف، می‌توانند در مورد حقوق خویش توافق کنند، ولی توافق آنها بر خلاف آن چه حکم خوانده می‌شود، صحیح نیست. منتها مبهم بودن این مفهوم و بیگانه بودن آن با مبانی حقوقی و فقهی ما سبب شده است که این تئوری در حدّ دکتربین باقی بماند و در کمتر قراردادی است که دادگاه‌ها بدان استناد می‌کنند. در حالی که نظریه حق و حکم، با مشخص بودن

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه _____ ۲۶۲
تعریف و معیار تمیز آن، می‌تواند جایگزین مناسبی برای تئوری غربی باشد و به دلیل
برخورداری از سابقه عظیم فقهی، مورد توجه قضات قرار گیرد.

۳-۲- ادغام حق و ملک و آثار آن

۳-۲-۱- ادغام حق و ملک

برخلاف تقسیم حق و حکم، تفکیک حق و ملک، قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد و
حتی بنا به نتایج زیانباری که از آن گرفته می‌شود، نهاد مزاحمی است که باید از آن
دست کشید. به نظر می‌رسد قانون مدنی نیز فریفته این تقسیم شده و در ماده ۲۹ مقرر
داشته است: «ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱-
مالکیت (اعم از عین یا منفعت) ۲- حق انتفاع ۳- حق ارتفاق به ملک غیر». همان‌طور
که ملاحظه می‌شود، قانونگذار از اصطلاح «علاقه» استفاده کرده و علقه افراد نسبت به
اموال را به دو دسته تقسیم نموده است: یکی مالکیت، و دیگری حق انتفاع و ارتفاق.
یعنی همانند برخی از فقیهان، حق و ملک را از هم جدا کرده است. با وجود این، به نظر
می‌رسد که باید از این تفکیک چشم پوشیده و حق را مقسم قرار داد و آن را به حق
مالکیت و سایر حقوق تقسیم نمود. در حقیقت، در مالکیت نیز، حقی که مالک بر شیء
موضوع آن داراست، مالیت دارد و موضوع انتقال قرار می‌گیرد، و گرنه صرف آن
شیء، نه مالیت دارد و نه مورد حمایت است. رابطه بین شخص (مالک) و مال (موضوع
مالکیت) که از آن به «حق مالکیت» تعبیر می‌شود، همچون سایر حقوق است که به
مالک، توانایی و سلطنت تصرف در آن مال را اعطا می‌کند، با این تفاوت که دامنه
اختیارات مالک، از دارنده حق انتفاع و ارتفاق و سایر حقوق بیشتر است.

تفکیک مالکیت و حقوق از یکدیگر، در فقه و قانون مدنی ما به نظر می‌رسد
ناشی از یکی دانستن مالکیت، با مال موضوع حق مالکیت باشد، بدین معنا که چون
مالکیت، کامل‌ترین حق است و در دید عرف، با موضوع خود یکی پنداشته می‌شود،
فقها نیز، مالکیت و مال موضوع حق مالکیت را یکی شمرده‌اند. بدین توضیح که تصور
می‌شود مالکیت و مال موضوع مالکیت، یکی هستند؛ یعنی وقتی گفته می‌شود شخصی

مالک است یا مالی متعلق به شخصی است، مراد از مالکیت، همان شیء (مال) موجود در خارج است. همین امر سبب شده است که جمعی از فقها، حق را مال یا ملک محسوب نکنند (مصباح الفقاهه ۲/۳۹؛ دراسات فی القضاء ۲/۷۷؛ کتاب البیع ۱/۴۳؛ منهاج الصالحین ۲/۱۴۳؛ کتاب البیع ۱/۱۰). در حالی که مالکیت، چیزی جز حق مالکیت بر شیء مملوک نیست. به بیان دیگر، در مالکیت، آن چه مهم بوده و موضوع انتقال قرار می‌گیرد، رابطه بین مالک و شیء و به عبارت دیگر، حق مالکیت است، و گرنه، خود مال که جنبه مادی دارد، نمی‌تواند در اثر اسباب اعتباری و ارادی در جهان حقوق، موضوع انتقال قرار گیرد. به عنوان مثال، شخصی مالک آپارتمان معینی است، در عرف کسی نمی‌گوید من نسبت به آپارتمان (یا هر مال دیگر) «حق مالکیت» دارم، بلکه می‌گوید: «مال من یا آپارتمان من». از همین رو، مالکیت و مال موضوع آن، یکی تلقی می‌شوند. بر عکس سایر حقوق مثل حق انتفاع یا ارتفاق، که شخص نمی‌گوید من مالک حق انتفاع یا ارتفاق هستم، بلکه می‌گوید من نسبت به این آپارتمان، حق ارتفاق دارم. همین تصور عرفی، سبب شده است که فقیهان و حقوقدانان (اعم از غربی و داخلی) حق مالکیت را با مال موضوع حق، امر واحدی حساب کنند. در حالی که اگر دقت کنیم، می‌بینیم که مالکیت نیز، حقی است برای مالک، چرا که به او توان تصرف در آن را اعطا می‌کند. به طور کلی، جهان حقوق (به معنای علم حقوق)، عالم حقوق (حق‌ها) است و از حقوقی که افراد در جامعه دارند، حمایت می‌کند. مالکیت نیز، از این جهت که شخصی (مالک) نسبت به آن حقی دارد (حق مالکیت)، مورد حمایت قرار می‌گیرد. به خاطر همین، برخی از اموال که مالیت نیز دارند، ولی حق مالکیت کسی به آنها تعلق نگرفته است، در علم حقوق حمایت نمی‌شوند: هر کسی بخواهد، می‌تواند آنها را تملک کند یا از آنها استفاده ببرد، استیلا بر آنها غصب محسوب نمی‌شود و استفاده کننده، تکلیفی به پرداخت اجرت‌المثل آنها ندارد. از حیث انتقال نیز، برخلاف آن چه معروف است، مال موضوع عقد (یعنی مبیع) نیست که در اثر عقد بیع به خریدار انتقال می‌یابد، بلکه حق مالکیت است که به او منتقل می‌شود. دلیل آن هم، این است که

عقود و قراردادهای از امور اعتباری هستند و از طریق آنها می‌توان در عالم اعتبار، تصرف کرد، نه در امور مادی. اراده می‌تواند امور اعتباری را خلق کند، انتقال دهد یا زایل سازد، ولی توان تصرف در امور مادی را ندارد. به عنوان مثال، برای ساخت یک ساختمان، باید از اسباب و ابزارهای مادی استفاده برد، مثل مصالح ساختمانی و غیره. اراده، توان ایجاد ساختمان را ندارد، بلکه تنها می‌تواند امور حقوقی و اعتباری را بیافریند یا منتقل سازد. در عقد بیع نیز، توافق دو طرف نمی‌تواند مال موضوع بیع را جابجا کند، بلکه تنها می‌تواند حق مالکیتی را که متعلق به بایع بوده است، به مشتری منتقل سازد. بنابراین، از نظر تحلیل حقوقی نیز، باید مالکیت را حقی دانست که به مالک، حق تصرف در متعلق آن را اعطا می‌کند. به خاطر همین، در مورد فرآورده‌های فکری و حقوق معنوی نیز، لفظ مالکیت را استعمال می‌کنند، چرا که صاحب حقوق معنوی نسبت به تولیدات و آفریده‌های فکری، حق مالکیت دارد. به علاوه، همین امر باعث شده است که در حقوق کنونی، حقوق را به: عینی و شخصی تقسیم کنند و حق مالکیت را مصداق بارز حقوق عینی قلمداد نمایند.

در فقه امامیه و قانون مدنی و حقوق ایران نیز، حق شمردن ملکیت و تعبیر مالکیت به حق مالکیت، سابقه طولانی دارد. به عنوان مثال، فقهای ما در تعریف شرکت گفته‌اند: «اجتماع حقوق الملائک فی الشیء الواحد علی سبیل الشیاع» (شرائع الإسلام/۲/۱۰۵؛ تذکره الفقهاء/۳۰۷/۱۶؛ جامع المقاصد/۷/۸؛ مسالک الأفهام/۳۰۱/۴؛ فقه الشریکه/۱۸۹/۱۰؛ الحدائق الناضره/۲۱/۱۴۷؛ مفتاح الکرامه/۳۱۰/۲۰؛ جواهر الکلام/۲۶/۲۸۴). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، از مالکیت، به حقوق مالکان یا همان حق مالکیت تعبیر شده است. در واقع، مهم‌ترین حقی که در اثر شرکت، اختلاط و اجتماع می‌یابد و حالت اشاعه پیدا می‌کند، مالکیت است و اجتماع سایر حقوق، فرع بر آن است. بنابراین، در شرکت با این که مالکیت‌ها مجتمع می‌شوند و اشاعه به وجود می‌آید، از اجتماع حقوق صحبت شده است و این، نشان می‌دهد که مالکیت نیز خود حقی از حقوق بوده و عنوان حق بر آن صادق و قابل اطلاق است.

با توجه به مراتب فوق، باید بر این باور بود که حق در برابر حکم قرار می‌گیرد و خود، به حق مالکیت و سایر حقوق تقسیم می‌گردد. در حقوق امروز، سعی شده است تا دسته‌بندی کاملی از حقوق ارائه گردد. از اینرو، حقوق را به عینی و شخصی (دینی) تقسیم کرده‌اند. حقوق عینی، حقوقی هستند که به طور مستقیم، نسبت به عینی قابل اعمال هستند. حق مالکیت (خواه نسبت به عین و خواه نسبت به منافع)، حق انتفاع، حق ارتفاق، حق تحجیر، حق رهن و نظایر آنها از حقوق عینی‌اند. دامنه اختیارات صاحب حق در حقوق مذکور، یکسان نیست، بلکه مالک عین، از حق انجام هرگونه تصرفی در ملک خویش برخوردار است و پس از آن، مالک منفعت با رعایت حق مالکیت مالک، می‌تواند در مال موضوع حق خود (منافع) تصرف نماید. صاحب حق انتفاع، حق ارتفاق، حق تحجیر و حق رهن نیز تنها می‌تواند به اندازه حقی که دارد، تصرف کند. مثلاً مرتهن، تنها می‌تواند در صورت خودداری مدیون از پرداخت دین در سررسید، از حاصل فروش مورد رهن، طلب خود را برداشت نماید. در مقابل، حق شخصی یا دینی، حقی است برای شخصی در برابر دیگری. به عبارت دیگر، حقی است که اجرای آن را باید از شخص دیگری خواست، مثل تعهد کفیل به احضار مدیون، و یا حق قصاص، که دارنده حق، تنها نسبت به کفیل و جانی، حق دارد، نه نسبت به اموال او (برای ملاحظه تفکیک حق عینی و دینی در فقه امامیه و مصادیقی از آنها، ر.ک: نظریه العقد/۵۲-۴۶؛ فقه الشرکه/۲۵-۲۴). ادغام حق و ملک، آثار مهمی دارد که در ذیل به دو مورد مهم آن، یعنی ثمن واقع شدن حقوق و مبیع قرار گرفتن حقوق اشاره می‌شود.

۳-۲-۲- آثار ادغام حق و ملک

الف) ثمن واقع شدن حقوق

در فقه امامیه، در خصوص این که لازم نیست ثمن در عقد بیع، عین باشد، تردیدی نیست؛ اما درباره این که علاوه بر اعیان و منافع، حقوق هم می‌توانند ثمن قرار گیرند یا نه؟ اختلاف شده است. بدون تردید، حقوق غیر قابل اسقاط یا غیر قابل نقل و انتقال، نمی‌توانند عوض واقع شوند. اما آیا حقوق قابل نقل و انتقال یا قابل اسقاط می-

توانند ثمن قرار گیرند؟ بسیاری از بزرگان فقه شیعه، ثمن واقع شدن حقوق را صحیح نمی‌دانند (کتاب المکاسب/۹/۳؛ منیه الطالب/۴۴-۴۳؛ المکاسب و البیع/۹۶-۹۲؛ ایصال الطالب/۵/۹؛ بلغه الطالب/۳۰؛ رساله فی تحقیق معنی البیع/۲۲۷؛ کتاب البیع/۱۱/۱). برخی، به این دلیل که بیع، مبادله مال به مال است و حقوق، مالیت نداشته و مال محسوب نمی‌شوند، بر این باورند که حق نمی‌تواند در عقد بیع، ثمن قرار گیرد (کتاب المکاسب/۱۰/۳-۹؛ ایصال الطالب/۵/۹-۱۱؛ بلغه الطالب/۳۱-۳۰). در حقیقت، گفته شده است: ایرادی که در عوض قرار گرفتن حق وجود دارد، به تفاوت حق و ملک باز می‌گردد: آن چه که در «ملک»، بیع بر آن واقع می‌شود، مملوک خارجی (مانند خانه و زمین) است، و نه مالکیت (آن خانه)، ولی حق مطلقاً از آثار سلطنت است، پس نمی‌تواند در بیع، عوض قرار گیرد، زیرا بیع، مبادله مال به مال است. افزون بر آن که حق، صرفاً سلطنت خاص است و عقلاً، بیع سلطنت را معتبر نمی‌دانند (بلغه الطالب/۳۱؛ کتاب البیع/۱۱/۱). به علاوه، در بیع لازم است که هر یک از مبیع و ثمن، ملک مالک مقابل باشد، در حالی که حقوق، ملک نیستند و از نظر سنخیت با آن مباینت دارند، گرچه حق، نوعی سلطنت به معنای عام یا درجه ضعیفی از ملکیت-اند، ولی چنین سلطنت یا مرتبه ضعیف مالکیت، نمی‌تواند ثمن قرار گیرد (منیه الطالب/۴۴-۴۳؛ المکاسب و البیع/۹۶-۹۲؛ و برای نقد آن ر.ک: کتاب البیع/۶۹-۵۸).

در مقابل، جمعی از متأخران و معاصرین فقه امامیه، ثمن واقع شدن حقوق را پذیرفته‌اند (جواهر الکلام/۲۰۹/۲۲؛ کتاب البیع/۵۴-۵۳ و ۵۹؛ حاشیه المکاسب/۵۶/۱؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم/۲۳۰/۱-۲۲۸؛ نظره فی الحقوق، أحكامها و أقسامها/۱۷۷-۱۷۴؛ المسائل المستحدثه/۳۰۴؛ منهاج الصالحین/۲۳/۲؛ مهذب الأحکام/۷/۱۷؛ منهاج الصالحین/۱۱/۲؛ فقه الصادق(ع)/۲۰۷/۱۵؛ أنوار الفقاهه-کتاب البیع/۲۴-۲۳). در تأیید این نظر، پاره‌ای از فقها استدلال کرده‌اند که در ماهیت بیع، تملیک و تملک شرط نیست، زیرا در بیع وقف عام، با این که ثمن، ملک هیچ یک از موقوف‌علیهم نمی‌شود، ولی بیع آن صدق می‌کند. بنابراین، بیع، مبادله سلطنت دو مال است، نه مبادله ملکیت. به علاوه، در عرف هم به انتقال حقوق یا انتقال عین در برابر حقی، بیع گفته می‌شود. از اینرو، بیع حق تحجیر در مقابل عوض، نزد عقلا بیع است (کتاب البیع/۵۴-۵۳ و ۵۹). برخی دیگر، با این که مبیع واقع شدن حق را نمی‌پذیرند، بر این

باورند که حقوق قابل نقل می‌تواند ثمن باشد، چرا که بیع، تملیک عین در برابر «عوض» است و لازم نیست که از جانب عوض هم تملیک صورت گیرد. از همین رو، اسقاط حق می‌تواند ثمن واقع شود (حاشیه المکاسب/۵۷/۱؛ فقه الصادق(ع)/۲۰۸/۱۵؛ کتاب البیع/۶۰/۱-۵۹؛ و برای ملاحظه تفصیل بحث ر.ک: کتاب البیع/۷۵/۱-۶۹). بعضی دیگر از فقهای معاصر، حقوق قابل نقل را بدین دلیل که مالیت دارند، قابل عوض قرارگرفتن برشمرده‌اند. بنابراین، اگر کتابی یا لباسی در برابر حق انشعاب آب یا برق یا تلفن و یا حق تحجیر و امثال آن فروخته شود، مانعی بر شمول بیع و احکام آن بر عقد مزبور، وجود ندارد (أنوار الفقاهه- کتاب البیع/۲۳).

با توجه به تحلیلی که از حق و رابطه آن با ملکیت ارائه شد، ثمن واقع شدن حقوق به راحتی توجیه می‌شود، چرا که در ثمن قرارگرفتن اعیان نیز آن چه در واقع ثمن قرار می‌گیرد، حق مالکیت نسبت به عین است، نه خود عین. بنابراین، تفاوتی بین حق مالکیت نسبت به عین یا منفعت و سایر حقوق وجود ندارد. افزون بر آن، بیع، تملیک عین به عوض معلوم است و تنها کافی است که عوض (ثمن)، جنبه مالی داشته باشد. منظور ما از حقوق نیز حقوق مالی است، زیرا حقوق غیر مالی، تخصصاً از محل بحث خارج‌اند. بنابراین، حقوقی نظیر حق انتفاع یا ارتفاق یا حقوق معنوی که مالیت و قابلیت داد و ستد داشته، و مال محسوب می‌گردند، می‌توانند ثمن در عقد بیع واقع شوند.

ب) مبیع واقع شدن حقوق

غالب فقیهان امامیه، بیع حق را صحیح نمی‌شمرند؛ زیرا بیع، به «انشای تملیک عین در برابر عوض معلوم» تعریف شده و عقیده مشهور، آن است که مبیع باید عین باشد (کتاب المکاسب/۷/۳؛ منیه الطالب/۳۹/۱؛ حاشیه کتاب المکاسب/۱۲/۴) و حقوق و منافع، نمی‌توانند مبیع واقع شوند. به عبارت دیگر، در تعریف مذکور، عین در برابر منفعت و حق قرار دارد (حاشیه المکاسب/۵۳/۱؛ منیه الطالب/۳۹/۱). در حقوق مدنی نیز، حقوقدانان با توجه به تعریف ماده ۳۳۸ در مورد بیع، بر این باورند که اموال غیر مادی و حقوق مالی نمی‌

توانند موضوع بیع قرار گیرند. در فقه شیعه، برای عدم صحت بیع حق، به دلایل دیگری نیز استناد شده است، از جمله این که به باور برخی، حقوق مالیت ندارند (ایصال الطالب/۷/۵؛ التقریرات للخرم آبادی/۶۴). دلیل دیگری که برای عدم امکان بیع حق ارائه شده، این است که نقل و انتقال حق، مشمول تعریف بیع که «تملیک» مال به دیگری است، قرار نمی‌گیرد (رساله فی تحقیق معنی البیع/۲۲۹). در همین زمینه، گروهی از اندیشمندان، حق را به سلطنت تعبیر کرده و بین حق و ملک تفاوت گذاشته، و از آن نتیجه گرفته‌اند که آن چیزی که بیع بر آن واقع می‌شود، مملوک خارجی است، نه آن رابطه حقوقی بین شخص و مال، که می‌تواند حق باشد و با این تفاسیر، عقلاً، بیع حق را نمی‌پذیرند (بلغه الطالب/۳۱؛ المکاسب و البیع/۲۰/۱؛ کتاب البیع/۱۰/۱). ولی مهم‌ترین دلیل بر عدم امکان بیع حق، این است که بیع، تملیک «عین» است و حق، عین محسوب نمی‌شود (منیه الطالب/۴۳/۱؛ نظره فی الحقوق، أحكامها و أقسامها/۱۷۴؛ المسائل المستحدثه/۳۰۱). در مقابل، معدودی از فقهای معاصر، بیع حق را صحیح شمرده‌اند (أنوار الفقاهه/۲۴-۲۳؛ کتاب البیع/۶۹/۱-۵۲؛ تحریر الوسیله/۵۱۵/۱؛ محاضرات-کتاب البیع/۳۵). در این راستا، امام خمینی (ره) تصریح کرده‌اند که بعضی از حقوق، مالیت دارند و در برابر آنها ثمن پرداخت می‌شود و معیار مالیت نیز همین است و حتی افزوده‌اند که حقوق قابل اسقاط نیز، می‌توانند مبیع یا ثمن واقع شوند (کتاب البیع/۶۰-۵۹). پاره‌ای دیگر نیز، بیع حق و ثمن واقع شدن آن را جایز دانسته و انتقال حقوقی مثل سرقفلی و انشعاب آب و الکتریسیته را بیع تلقی کرده‌اند (أنوار الفقاهه/۲۴). برخی از فقیهان جعفری نیز گفته‌اند: بیع مال، شامل حق هم می‌شود، زیرا گرچه برخی، مال را صرفاً شامل اعیان خارجی می‌دانند و امور معنوی نظیر حق را مشمول آن نمی‌شمرند، ولی باید توجه داشت که اطلاق مال به شیء، به خاطر رغبت مردم به آن و پرداخت چیزی در ازای آن است. از اینرو، حق نیز مشمول مال قرار می‌گیرد (محاضرات-کتاب البیع/۳۵). جمعی نیز، تأکید نموده‌اند که بیع حقوق در برابر عوض، از نظر عرف و عقلاً بیع است (کتاب البیع/۵۳/۱؛ أنوار الفقاهه/۲۴-۲۳).

با تحلیلی که از مفهوم حق و ملک گفته شد، باید حقوقی را که طبیعت‌شان با مفهوم و احکام بیع سازگاری دارد، قابل فروش دانست و احکام بیع را بر آن جاری کرد، زیرا چنان که گذشت، در بیع اعیان نیز، آن چه در واقع منتقل می‌شود، حق مالکیت بایع بر مبیع است؛ و گرنه صرف مال (مبیع) تا زمانی که حق مالکیت کسی بر آن تعلق نگرفته، مورد حمایت نیست و انتقال آن، توسط اراده که امری اعتباری است، میسر نیست. بنابراین، همان‌گونه که در بیع اعیان، حقی (حق مالکیت) از بایع انتزاع شده و به مشتری منتقل می‌شود، در سایر حقوق نیز، اصل حق از فروشنده قلع شده، و به خریدار انتقال می‌یابد. به نظر می‌رسد که مراد از عین در تعریف بیع، به «تملیک عین در برابر عوض معلوم»، اصل مال است که در برابر منفعت قرار می‌گیرد. بنابراین، تنها انتقال منفعت در برابر عوض، از شمول تعریف بیع خارج می‌شود و انتقال معوض حقوق و اموال غیر مادی نظیر مالکیت‌های فکری، داخل در تعریف قرار می‌گیرند. از اینرو، صاحب حق ارتفاق می‌تواند در برابر عوضی، حق ارتفاق خود را به صاحب زمین مجاور بفروشد، چرا که اصل حق او در ملک دیگری، همان حق ارتفاق اوست. همچنین، بیع اموال غیر مادی و حقوق فکری، به این دلیل که در محدوده طبیعت خود، سلطه کامل برای صاحب آن ایجاد می‌کند، مشمول تعریف حق مالکیت قرار داشته و صحیح است. در زمینه بیع حقوق معنوی، باید اشاره کرد که گرچه در ابتدا نسبت به شریعت و اعتبار این دسته از حقوق تردید وجود داشت و عده‌ای از فقها برای حق طبع و چاپ اثر، اعتبار شرعی نمی‌شناختند (تحریر الوسیله/۲-۶۲۶-۶۲۵؛ صراط النجاه/۱-۲۵۲)، اما امروزه، فقیهان شیعی برای مالکیت‌های فکری نظیر حق تألیف، حق انتشار و حق اختراع و حقوق غیر مادی (معنوی) از قبیل حق امتیاز تلفن و گاز و برق، حق تأسیس شرکت، حق استخراج معدن و نظایر آن، اعتبار شرعی قائل شده‌اند (حواریات فقهیه/۳۱۸؛ المسائل المستحدثه/۹۶). امکان بیع حق با مفهوم عرفی بیع نیز تطبیق می‌کند، چرا که بیع، حقیقت شرعیه یا متشرعه ندارد، بلکه در همان مفهوم عرفی باقی مانده است. از اینرو، برای تعیین افراد آن، باید به عرف رجوع کرد و دید عرف چه چیزی را بیع می‌داند

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه _____ ۲۷۰

(کتاب البیع/۱/۱۰؛ المکاسب/۳/۱۰؛ ایصال الطالب/۵/۱۰-۹؛ بلغه الطالب/۳۱)؛ عرف امروز نیز، واگذاری حقوق را بیع می‌شمارد. بنابراین، برای تعیین مصادیق بیع، باید به عرف رجوع کرد و احکام بیع را بر مبادله‌ای که عرف بیع می‌داند، جاری کرد. افزون بر آن، کاربرد عین در تعریف بیع، برای خروج منافع از شمول آن است (المکاسب/۳/۷؛ مفتاح الکرامه/۱۲/۴۷۹) و حقوق مالی تحت شمول آن باقی می‌مانند. در حقیقت، استفاده از واژه «عین» در تعریف بیع، برای آن است که بین بیع و اجاره، تمیز داده شود؛ زیرا اجاره، تملیک «منفعت» در برابر عوض است (تحریر الأحکام/۳/۶۷؛ مسالک الأفهام/۵/۱۷۱؛ فقه الشریکه/۱/۳۴۹؛ مهذب الأحکام/۱/۶۴۸). بنابراین، تنها اجاره از شمول تعریف بیع خارج می‌شود و سایر موارد، از جمله حقوق، ذیل آن باقی می‌مانند.

نتیجه

فقه‌های امامیه، «حق و حکم» را در برابر یکدیگر نهاده و تعریف‌ها و معیارهای بسیاری برای تمیز آنها ارائه داده‌اند که ساده‌ترین راه، رجوع به روایات است: اگر روایات رسیده در خصوص موضوعی، آن را قابل اسقاط یا نقل یا انتقال بدانند، امر مورد نظر، حق است و اگر آن را غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط شمرده باشند، حکم خواهد بود. راهکار دیگر، توجه به طبیعت امر مورد نظر است: طبیعت پاره‌ای از امور با قابلیت نقل و انتقال یا اسقاط هماهنگ است و طبیعت پاره‌ای دیگر، چنان است که قابل انتقال، قابل نقل و قابل اسقاط نیستند. از اینرو، باید دسته اول را حق، و گروه دوم را حکم شمرد. همین طور، غایت و هدف مسأله مورد تردید می‌تواند راهگشا و تعیین‌کننده باشد و در آخرین گام، برای تشخیص آن دو باید به اصول عملیه رجوع کرد. تفکیک حق و حکم در نظام حقوقی ما دارای آثار فراوان است، به گونه‌ای که در حقوق قراردادهای می‌توان نظریه حکم را جایگزین تئوری عاریتی و غربی «نظم عمومی» ساخته، و از این طریق، جلوی قراردادهای مخالف قواعد آمره و مخلّ به بنیادهای مذهبی و قوانین دولتی را گرفت. به علاوه، «حق و ملک» نیز در مقابل هم قرار

گرفته‌اند. بیشتر فقیهان، حق و ملک را نوعی سلطه و سلطنت می‌دانند که از حیث مراتب و شدت و ضعف با هم تفاوت دارند. برخی نیز حق را نوعی ملک و درجه ضعیف آن برشمرده‌اند. اما به نظر می‌رسد باید از تفکیک حق و ملک آن‌گونه که گفته شده، چشم پوشید، چرا که ملک یا ملکیت نیز خود نوعی حق است، با این تفاوت که حق مالکیت و درجه سلطه مالک از دیگر صاحبان حقوق، قوی‌تری است. در فقه امامیه تصور شده است که آن چه مالیت دارد و موضوع انتقال قرار می‌گیرد، همان مال موجود در خارج است و ملک یا ملکیت نیز نسبت به همان مال اطلاق می‌شود، در حالی که به نظر می‌رسد مالکیت، رابطه‌ای است که مالک را با مال موضوع آن مرتبط می‌سازد و از آن تعبیر به حق مالکیت می‌شود. به عبارت دیگر، همانند حق انتفاع یا حق ارتفاق که به صاحب آن، حق می‌دهد که در متعلق آن تصرف کند، در حق مالکیت نیز، همین حق مالکیت است که به مالک اختیار انحنای تصرفات را اعطا می‌کند. به علاوه، مال موجود در خارج نیز به خودی خود، موضوع انتقال و مورد احترام نیست، بلکه قابلیت انتقال و حرمت آن به خاطر آن است که حق شخصی بر آن تعلق گرفته است. از اینرو، در اثر بیع یا سایر عقود ناقله، اراده که امری اعتباری است و تنها توان تصرف در امور حقوقی و اعتباری را دارد، همین حق مالکیت را به خریدار منتقل می‌کند. بنابراین، همان‌طور که در بیع اموال مادی، حق مالکیت بایع به مشتری منتقل می‌شود، در حقوق غیر مادی و مالکیت‌های معنوی نیز، حق صاحب حق در اثر بیع به خریدار انتقال می‌یابد. پس، از تحلیل گفته شده معلوم می‌شود که هم می‌توان حق را به عنوان ثمن قرار داد و هم به عنوان مبیع آن را فروخت.

منابع

- اراکی، محمدعلی، کتاب البیع، ج ۱، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ق.
- اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۱ و ۱۰، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۳ق.
- اصفهانی، فتح‌الله، رساله فی تحقیق معنی البیع، قم، انتشارات دار الکتب، ۱۳۹۸.

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه _____ ۲۷۲

- اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه کتاب المکاسب**، ج ۲ و ۴، قم، انتشارات أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- _____، **رساله فی تحقیق الحق و الحكم**، قم، أنوار الهدی، ۱۳۶۱.
- انصاری (شیخ)، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۳، قم، منشورات دار الذخائر، ۱۴۱۵ق.
- ایروانی، علی، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- بحر العلوم، سید محمد، **بلغه الفقیه**، ج ۱، تهران، منشورات مکتبه الصادق (ع)، ۱۴۰۳ق.
- بحرانی، یوسف، **الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره**، ج ۲۰ و ۲۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- جمعی از پژوهشگران (زیر نظر هاشمی شاهرودی)، **موسوعه الفقه الإسلامی**، ج ۳، قم، ۱۴۲۳ق.
- حائری، سید محمد کاظم، **فقه العقود**، ج ۱، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
- حسینی، هاشم، **نظریه العقد فی الفقه الجعفری**، بیروت، منشورات مکتبه هاشم، بی تا.
- حسینی روحانی، سید صادق، **المسائل المستحدثه**، قم، دار الفقه، بی تا.
- _____، **فقه الصادق (ع)**، ج ۱۵، قم، دار الكتاب، ۱۴۱۲ق.
- _____، **منهاج الفقاهه**، ج ۳، ۵، قم، أنوار الهدی، ۱۴۲۹ق.
- حسینی عاملی، سید جواد، **مفتاح الکرامه**، ج ۱۲ و ۱۹ و ۲۰، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حکیم، سید محسن، **منهاج الصالحین**، ج ۲، بیروت، دار المعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
- _____، **نهج الفقاهه**، قم، انتشارات دار الفقه، بی تا.
- حکیم، سید محمد سعید، **حواریات فقیهیه**، بیروت، مؤسسه المنار، ۱۴۱۶ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، **تحریر الأحكام الشرعیه**، ج ۳، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
- _____، **تذکره الفقهاء**، ج ۱۶، قم، دار الفقه، ۱۴۱۰ق.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الاحلال و الحرام**، ج ۲، ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- خراسانی، محمد کاظم، **حاشیه المکاسب**، قم، انتشارات دار الفقه، بی تا.
- خوئی، سید ابوالقاسم، **صراط النجاه**، ج ۱، قم، مکتب نشر المنتخب، ۱۴۱۷ق.
- _____، **مصباح الفقاهه**، ج ۱ و ۲، قم، انتشارات دار الفقه الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
- _____، **منهاج الصالحین**، ج ۶، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- رشتی، میرزا حبیب الله، **فقه الامامیه - قسم الخیارات**، قم، انتشارات داوری، ۱۴۰۷ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، **مهذب الأحكام**، ج ۱۶ و ۱۷ و ۱۱، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- سبزواری، محمدباقر، **کفایه الأحكام**، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.

۲۷۳ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۸ - شماره ۱۵ - پاییز و زمستان ۹۵

- سعدی، ابوجیب، **القاموس الفقہی لغہ و اصطلاحا**، ج ۲، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ق.
- شیرازی، سید حمد، **ایصال الطالب الی مکاسب**، ج ۵، قم، دار الفقه، بی تا.
- صدر، سید محمدصادق، **ما وراء الفقه**، ج ۳، بیروت، دار الأضواء، ۱۴۲۰ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **تکمله العروه الوثقی**، ج ۲، قم، انتشارات داوری، ۱۴۱۴ق.
- _____ **حاشیه مکاسب**، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۸، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۴ و ۵، قم، المعارف السلامیه، ۱۴۱۳.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، **القواعد و الفوائد**، ج ۱، قم، انتشارات مفید، بی تا.
- عبدالرحمان، محمود، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیہ**، ج ۱ و ۳، قم، دار الفقه، بی تا.
- عراقی، ضیاء الدین، **حاشیه مکاسب**، قم، انتشارات غفور، ۱۴۲۱ق.
- فشارکی، سید محمد، **الرسائل الفشارکیه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- فقیه، شیخ محمد تقی، **القواعد الفقہیہ**، بیروت، دار الأضواء، ۱۴۰۷ق.
- قمشه ای (اسماعیل پور)، محمد علی، **البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء**، ج ۲، بی تا.
- قیومی، احمد، **المصباح المنیر**، قم، منشورات دار الرضی، ۱۴۰۵ق.
- گلپایگانی، سید محمدرضا، **بلغه الطالب**، قم، انتشارات خیام، ۱۳۹۹ق.
- لاری، سید عبدالحسین، **التعلیقہ علی مکاسب**، ج ۲، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ق.
- مامقانی، ملا عبدالله، **نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال**، قم، مجمع الذخائر الإسلامیه، ۱۳۵۰.
- محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، ج ۱ و ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- مرعشی، سید محمدحسن، **دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام**، تهران، نشر میزان، ۱۴۲۷ق.
- مروج جزائری، سید محمدجعفر، **نظره فی الحقوق، أحكامها و أقسامها**، قم، دار الكتاب، بی تا.
- مشکینی، علی، **مصطلحات الفقه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- مظفر، محمدرضا، **حاشیه المظفر علی مکاسب**، ج ۲، قم، انتشارات حبیب، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، **أنوار الفقاهه - کتاب البیع**، قم، انتشارات مدرسه الامام علی (ع)، ۱۴۲۵ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **أنوار الفقاهه - کتاب النکاح**، ج ۶، قم، مدرسه الامام علی (ع)، ۱۴۱۹ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، **فقه الشركه و کتاب التأمین**، قم، دار العلم، ۱۴۱۴ق.

تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه _____ ۲۷۴

- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳ و ۷، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ج ۲، تهران، انتشارات مجد، ۱۴۱۹ق.
- موسوی خمینی (امام)، سید روح الله، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد، ج ۱، قم، اسماعیلیان، بی تا.

- _____ تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
- _____ کتاب البیع، التقریرات للخرم آبادی، قم، دار الفقه الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- _____ کتاب البیع، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
- میلانی، سید محمدهادی، محاضرات فی فقه الإمامیه - کتاب البیع، دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵ق.
- نائینی، میرزا محمدحسین، المكاسب و البیع، ج ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____ منیه الطالب، ج ۱، تهران، المكتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
- نجفی، حسن، أنوار الفقاهه - کتاب البیع، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۲ و ۲۶، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- همدانی، رضا، حاشیه کتاب المكاسب، قم، انتشارات دار الفقه، ۱۴۲۰ق.

