

بازخوانی قاعده فقهی اعراض

عبدالحسین رضایی راد*

دانشیار دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه شهید چمران اهواز

(تاریخ دریافت: ۹۵/۳/۲۷؛ تاریخ پذیرش: ۹۶/۴/۱۸)

چکیده

این مقاله با هدف بهینه‌سازی و ارتقای قانون‌های موضوعه برای افزایش امنیت مالی در جامعه ضمن مقایسه نظریه‌های فقه‌های مختلف شیعه با دیدگاه‌های موجود در حقوق کشورهای دیگر، درباره ماهیت حقوقی اعراض و تکلیف اموال معروض‌عنه، این مبحث را با ادله عقلی و نقلی و روش‌های علم فقه و حقوق بررسی می‌کند و تنها در صورتی اعراض را موجب قطع ارتباط مالکیت مال با مالکش می‌شناسد که مال مُعْرَضٌ‌عنه از اموال کم‌اهمیت باشد و عدم برگشت مالک و قطع دائم تمایل او به مطالبه مالش، محرز و قراین کافی بر این مطلب موجود باشد. این نظریه می‌تواند تعدیل‌کننده افراط و تفریط‌هایی باشد که به بهانه اعمال این قاعده در جامعه به وقوع پیوسته است یا امکان وقوع دارد و اموال مردم را از تصاحب بی‌مورد حکومت‌ها به بهانه و ادعای اعراض در امان بدارد. در این مقاله همچنین تکلیف مال معروض‌عنه در صورت رجوع مالک از اعراض و تفاوت مال متروک و مال اعراضی بررسی می‌شود. یکی دیگر از مباحث این مقاله معرفی جایگاه قاعده اعراض در نظام حقوقی ایران و سایر نظام‌های حقوقی و نقد و بررسی دلایل نظریه‌های موجود در این زمینه و داوری میان آنهاست.

واژگان کلیدی

اعراض، اموال (مال)، تملک، فقه، قاعده (قواعد)، مالکیت.

مقدمه و بیان مسئله

بخشی از حقوق مدنی به رابطه اشخاص و اموال اختصاص دارد و در این بخش و بلکه در تمامی بخش‌های علم حقوق، تمام کوشش قانونگذار بر حفظ حقوق و اموال افراد از تعرض دیگران و پاسنگویی به نیاز و حق طبیعی و فطری آنها در دل‌بستگی و دفاع آنها از اموال و حقوقشان اختصاص دارد. اما گاهی مسئله به گونه دیگری است و صاحب مال یا دارنده حق، به حفظ مال خود یا بهره‌برداری از آن علاقه‌ای نشان نمی‌دهد و آن را بلا تکلیف و بی‌استفاده رها می‌کند و به اصطلاح، از آن «اعراض» می‌کند. در این گونه موارد چه باید کرد؟ و این عمل چه ماهیت حقوقی و چه آثاری دارد و آیا چون سایر اعمال حقوقی از قبیل «بیع» و «اجاره» منشأ آثار حقوقی خاصی است و آیا رها کردن و اعراض از مال یا حق موجب قطع تعلق آن مال یا آن حق از دارنده‌اش و انتقال آن به غیر خواهد بود؟ یا به صورت نوعی ایقاع و معامله یکجانبه مورد مطالعه قرار گیرد (تولایی، ۱۳۷۹). نظر فقهای امامیه در خصوص وضعیت مال اعراضی چیست و چه نقدهایی می‌توان بر آنها وارد کرد و دلایل کدام‌یک از نظرها مستحکم‌تر و کدام‌یک از جنبه راهبردی و کارگشایی در حل مشکلات جامعه مناسب‌تر است؟ علاوه بر این در صورت انصراف مالک از اعراض و بازگشت به مال اعراضی و وقوع تعارض میان مالکیت یابنده و مالکیت مالک قبلی، کدام‌یک ترجیح دارد؟

اهمیت این مسئله زمانی بیشتر روشن می‌شود که اعراض با حقوق اشخاص دیگر مرتبط یا مصلحت اجتماعی مهمی با آن در ارتباط باشد. مثلاً شخصی با اعراض از حیوان خود، آن را در بیابان رها می‌کند و در صورت عدم دخالت دیگران، این حیوان در معرض تلف یا بیماری قرار می‌گیرد و موجب شیوع بیماری در حیوانات دیگر را فراهم می‌آورد و در عین حال نگهداری از آن به هزینه و وقت زیادی نیاز دارد و کسی که مالک نباشد، این هزینه را تقبل نمی‌کند. یا پدری با ترک حق ولایت و نگهداری فرزند خود، او را بی‌سرپرست رها می‌کند و در صورت عدم دخالت دیگران در امور این فرزند، آینده و مصلحت او به مخاطره می‌افتد. یا مالک زمینی در مرکز شهر بزرگی با ترک عمارت یا عدم

تکمیل ساختمان یا عدم بهره‌برداری از ملک خود موجب آسیب رساندن به زیبایی شهر یا املاک مجاور یا آلوده شدن محیط زیست یا تجمع جانوران موذی یا اراذل و اوباش شده است.

بحث اعراض و احکام مال مُعْرَضٌ عَنْهُ به‌طور موردی و نه به‌عنوان یک قاعده کلی، از دیرباز و حتی پیش از اسلام در آثار فقهی به‌صورت پراکنده در ابواب مختلف فقهی به‌ویژه در بحث لقطه مطرح شده است (برای نمونه ژوستینین، ۱۹۴۶: ۷۱). اما چنانکه در مورد قواعد دیگر عمل شده، جز در حد اندکی، به‌عنوان قاعده مستقلی تجزیه و تحلیل نشده و نقد و بررسی لازم در مبانی و نحوه کاربرد آن صورت نگرفته است.

تحریر محل نزاع

اکثر فقها بدون تعریف خاصی از اعراض، به بیان احکام آن پرداخته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ۶۶، ج ۲: ۱۹؛ خویی، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۱۷؛ بحر العلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۵). در بعضی از قوانین موضوعه ایران، حکم ترک و اعراض یکسان تصور شده است (قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷/۴/۲۷) و در بعضی دیگر، احراز اعراض در دادگاه، شرط تحقق آثار آن، از جمله از سلب ملکیت دانسته شده است (آیین‌نامه اجرایی مصوب به مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص مشکل اراضی بایر مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱، ماده ۱ و ۲ قانون نحوه اجرایی اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۳/۵/۱۷) و اثبات آن نیز بر عهده مدعی آن گذاشته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۳۸۳ - ۳۸۵) و در صورت عدم دلیل، مطابق اصل استصحاب، به بقای مالکیت حکم داده شده است (همان، نظریه شماره ۷/۳۳۵۵ مورخ ۱۳۶۱/۹/۶ دیوان عالی کشور).

در روایات، واژه اعراض به‌کار نرفته و آنچه از روایات برمی‌آید آن است که اگر (مطابق برداشت گروهی از فقها از این‌گونه روایات) چیزی سبب خروج مال از مالکیت مالک باشد، آن چیز ترک است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷: ۳۲۸؛ ج ۱۷: ۳۶۴) و مطابق روایات، تفاوتی میان انواع ترک نیست و شاید به‌همین دلیل است که بعضی از فقها میان انواع

اعراض تفاوتی نگذاشته‌اند و هر دو را دارای یک حکم دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۳۳۲).

بعضی از فقها با تفکیک میان اعراض با ترک یا اطلاق، میان این دو مفهوم فرق گذاشته‌اند و ترک یا اطلاق را تنها در صورتی مزیل دانسته‌اند که به نیت اعراض و سلب ملکیت از خود انجام گرفته باشد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق؛ محقق داماد، ۱۳۸۰؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۲۳ و ۱۴۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۱۵ و ۲۸۸؛ روحانی، ۱۴۱۴ق: ۹۴).

محقق ایروانی، به‌عنوان اولین مؤلف در قاعده اعراض نیز محل نزاع را در ترکی می‌داند که به نیت اعراض و خروج از ملکیت صورت گرفته باشد (ایروانی، ۱۴۱۷ق: ۶).

اگر محل نزاع اعراض باشد، با علم به نیت مالک مبنی بر عدم رجوع این حالت محل ابتلا نیست و اکثر موارد ابتلای اموال متروکه‌ای هستند که به صاحبانشان دسترسی نیست و معلوم هم نیست به چه نیتی بهره‌برداری از مال خود را ترک کرده‌اند و در چنین مواردی است که سؤال جدی و کاربردی می‌شود و برای قاضی یا کسانی که قصد تصرف در آن مال را دارند، این پرسش پیش می‌آید که آیا در چنین وضعیتی، ترک یا اعراض سبب خروج از مالکیت می‌شود یا همچنان ملکیت باقی است و اذن یا اجازه مالک لازم خواهد بود؟ اما اگر محل نزاع، ترک باشد، همچنانکه بیان شد نزاع از اساس منتفی است و عدم زوال ملکیت در اثر ترک مسلم است و به‌صورت اصلی پذیرفته شده در آثار فقهی می‌گویند مالی که صاحبانش آن را ترک کرده‌اند، اگر به احیا نیاز نداشته باشد، از مالکیت مالک خارج نمی‌شود و اگر به احیا نیاز داشته باشد، فقط برای احیاکننده اولویت استفاده ایجاد می‌کند، آن هم به شرط پرداخت «طسق» به صاحبانش و نه ایجاد مالکیت برای احیاکننده (طباطبایی، ج ۱: ۴۹۷؛ حلی علامه، بی‌تا، ج ۲: ۴۰۲) و بر این اساس، می‌توان گفت محل ابتلا، محل نزاع نیست و محل نزاع مورد ابتلا نیست و کسانی که تملک اموال متروکه و مجهول‌المالک را به استناد قاعده اعراض مجاز می‌شمارند، اشتباه بزرگی را مرتکب می‌شوند.

اعراض در محل نزاع، یعنی جایی که مالک مال معلوم و نیت اعراض او از مال مسلم است، چنانکه بیان شد ثمره عملی چندانی ندارد و در چنین مواردی می‌توان با کسب رضایت مالک، آن را تملک کرد یا در اختیار دیگری قرار داد؛ اما به دلیل عدم تحریر محل

نزاع و مورد ابتلا در لابه‌لای آثار مفصل فقهی، می‌توان نظرهای مختلفی را در این خصوص مشاهده کرد.

بیان نظرها

بعضی از فقهای شیعه به‌طور صریح به حکم مال معرض‌عنه اشاره و آن را به‌عنوان حکمی کلی برای همه اموال اعراضی مطرح کرده‌اند و بعضی بدون آنکه حکمی کلی برای همه اقسام اموال اعراض شده مطرح کنند؛ به‌طور موردی و در ضمن مباحث مختلف فقهی و در ابواب خاصی چون «لقطه» یا «بذر اعراض شده» در مزارعه یا کشتی مغروق به بیان حکم مال اعراضی در همان ابواب پرداخته‌اند و شاید بتوان از آن احکام متفرق در ابواب مختلف، با تطبیق آنها بر همدیگر بتوان اعراض را به‌عنوان یک قاعده استخراج کرد.

در میان فقیهانی که متعرض حکم مال اعراضی شده‌اند، چه به‌طور موردی و چه به‌طور کلی و به‌شکل یک قاعده، سه نظر درباره حکم مال اعراضی مشاهده می‌شود.

گروهی چون شیخ طوسی (بحرالعلوم، ۱۹۸۴، ج ۲: ۷۵، به نقل از شیخ طوسی)، یزدی (یزدی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۹۵)، میرزای قمی (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۹ و ۲۰)، امام خمینی (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۲ و ۲۲۳)، خوبی، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۷۱ و ۱۴۰۸ق: ۳۸۰ و ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۷۴ و ۳۳۲) و گلپایگانی (گلپایگانی، ۱۴۰۱ق، ج ۲: ۱۱۵ و ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۱۴، ۲۸۸؛ ابن‌علامه، ۱۳۸۷، ج ۴: ۳۴۷ و ۳۶۶) ابن‌ابی‌جمهور (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۱۰ق: ۴۸) و شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۴۰۰ و ۳: ۶۷) اعراض را مطلقاً مزیل ملک دانسته و صاحب کفایه این نظر را به اکثر نسبت می‌دهند (بحرالعلوم، ۱۹۸۴، ج ۲: ۷۵).

حقوق انگلستان میان اعراض از اموال محسوس و اعراض از اموال غیرمحسوس تفاوت قائل شده است. مقصود از اموال محسوس اموالی چون کشتی و اتومبیل و وسایل شخصی و اموال غیرمحسوس چون سهام بانک، امتیازات ثبتی، اختراعات و اعتبارات است که در هر دو مورد مزیت اعراض نسبت به ملک پذیرفته شده است (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۲۸۲). گروه دیگری از قبیل حکیم (حکیم، ۱۳۹۰، ج ۱۳: ۱۳۳)، سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳: ۲۷۰)، روحانی (روحانی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۵۵ و ۱۴۱۴ق: ۹۴ و ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۷۷، ۲۱۴؛ آشتیانی

۱۳۰۴: ۳۵۷) مطلقاً اعراض را موجب سلب مالکیت اعراض کننده ندانسته‌اند. شهید ثانی این نظر را به اکثر نسبت می‌دهند (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۹ و ۲۴؛ بحرالعلوم، ۱۹۸۴، ج ۲: ۷۵؛ ابن‌العلامة، ۱۳۸۴، ج ۱: ۴۹۹، همگی به نقل از شهید ثانی) در این میان، گروه سومی نیز وجود دارد که اعراض را تنها در اموال حقیر و کم‌ارزش مزیل دانسته‌اند و در سایر اموال مزیلیت آن را نپذیرفته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۴۰۰؛ حلی علامه، بی‌تا، ج ۲: ۲۵۶؛ طباطبایی، ۱۴۰۲ق: ۵۵۲) از این دسته‌اند.

نظر چهارم را می‌توان در حقوق مدنی مصر مشاهده کرد که در آنجا اعراض در اموال غیرمنقول غیرمزیل و در اموال منقول، مزیل ملک به حساب آمده است (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۲۷۹). در حقوق فرانسه، اتریش و آلمان فدرال و آمریکا و کانادای جنوبی و بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر نیز ازاله رابطه ملکیت در صورت وقوع اعراض مورد تأیید قرار گرفته است (encyclopedia International Q.V./Abandonment و نیز: Marite Studen(1970)Q.V./Abandonment encyclopedia American (1963) و نیز: /Abandonment encyclopedia (1968) and Ownership Britannica Q.V.(1968))

زوال ملکیت در اموال غیرمنقول نیز در کلام بعضی فقیهان تأیید شده است (سمرقندی، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ۳۲۱ و ۳۲۲).

در نظام حقوقی ایران مزیل بودن اعراض نسبت به ملک توسط اعراض مورد قبول قرار گرفته و تصریح شده است که هر جا اعراض مالکی از مالش محرز شده باشد و برای دادگاه ثابت شود که مالک از ملک خود اعراض کرده باشد، آن ملک به دولت منتقل می‌شود و در شمار اموال عمومی درمی‌آید. به‌عنوان 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 را خواهد داشت».

این ماده قانونی مطابق نظر گروه اول از فقها بود و مبتنی بر آن است که اعراض موجب زوال مالکیت مالک اول باشد، زیرا در این ماده عدم بهره‌برداری در حکم اعراض به حساب آمده است و سبب می‌شود زمین از مالکیت مالک درآید و به اموال عمومی منتقل شود.

در ماده ۴۲ قانون نحوه ملی شدن آب نیز آمده است: «... در صورت عدم استفاده و یا اعراض و انصراف در 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، این گونه مجاری، متعلق به دولت خواهد بود».

در این ماده نیز عدم بهره‌برداری موجب بطلان مالکیت مالک و انتقال آن به دولت به حساب آمده است. قانون مدنی ایران (ماده ۱۷۸) نیز مالی را که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده باشد، برای یابنده تملک‌پذیر دانسته است و این نیز مؤید نظر اول، یعنی مزیت مالکیت معترض خواهد بود.

قانون اساسی ایران، با اینکه مالکیت خصوصی را محترم شمرده است و تعرض‌ناپذیر می‌داند (قانون اساسی ایران اصل ۴۷) نه تنها سلب مالکیت در اثر اعراض را به‌طور ضمنی پذیرفته است، از آن نیز فراتر رفته و ترک را که اعم از اعراض است، سلب مالکیت مالک آن دانسته است و اموال رهاشده را در شمار اموال عمومی به حساب آورده است و در اختیار حکومت اسلامی قرار می‌دهد (قانون اساسی ایران اصل ۴۵).

بررسی و نقد نظرها

الف) دلایل زوال مالکیت در اثر اعراض

گروه اول که اعراض را سبب زوال مالکیت می‌شناسند، دلایل زیر را برای این اعتقاد خود ارائه می‌دهند:

۱. روایات باب لُقْطَه

روایاتی وجود دارند که با وجود اندک تفاوت‌هایی در مضامین آنها، مشترکاً مطالبی به این مضمون بیان می‌دارند که هر کس در بیابان، مال یا حیوانی را پیدا کند که صاحبش آن را رها کرده است، می‌تواند آن را بردارد و با حفظ آن و پرداخت مخارج حفظ و نگهداریش، آن را تملک و از آن خود کند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷: ۳۶۴ و ۳۶۵). از جمله این روایات، روایتی از عبدالله بن سنان است که از امام صادق (ع) روایت می‌کند که امام (ع) فرمودند: «من اصاب مالاً او بعیراً فی فلاة من الأرض قد کلت و قامت و سیبها صاحبها

ممالم ... فأخذها غيره فاقام عليها و أنفق حتى احيها من الكلال و من الموت فهى له و لاسبيل له عليها وانما هى مثل الشئ المباح (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷: ۳۶۴).

نحوه استدلال به این گونه روایت‌ها، تعلیق حکم جواز تملک به رها کردن صاحب آن است و لذا از آن می‌توان تعلیل را فهمید و با قیاس منصوص‌العله آن را تعمیم داد و گفت هرگاه مالک، مال خود را رها کند و دیگری آن را بیابد؛ برای یابنده تملک‌شدنی است. همین مسئله در مورد اموالی که غواص از دریا خارج می‌کند نیز در تعدادی از روایات مطرح شده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ۳۶۲). علت جواز تملک در آنها را، بعضی از فقها اعراض و بعضی یأس صاحبان آنها دانسته‌اند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۴؛ حلی، ۱۳۳۳، ج ۲: ۵۵۰؛ بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۷؛ آشتیانی، ۱۳۰۴: ۲۵۷، شهید اول، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۸۵؛ ابن‌العلامة، ۱۳۸۴، ج ۴: ۳۴۶ و ۳۴۷).

روایات متعددی به این مضمون وجود دارد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷: ۳۶۲) اگرچه سند بعضی از آنها ضعیف است، اما بعضی هم مانند آنچه در سطور پیشین ذکر شد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷: ۳۶۴) دارای سندهای صحیح هستند و با ترکیب آنها و پذیرش تحقق تواتر اجمالی میان این دسته از روایات و ملاحظه دقیق آنها، ضعف سند بعضی با بعضی دیگر جبران می‌شود و می‌توان از آنها یک قاعده کلی استنباط کرد که در همه موارد قابل استفاده باشد و آن همان قاعده‌ای است که می‌توان آن را «قاعده اعراض» نامید که بر اساس آن هرگاه مالک از مال یا حق خود صرف نظر و اعراض کند، مال از مالکیت او خارج می‌شود و به صورت مباح درمی‌آید و برای دیگران تملک‌پذیر می‌شود.

در نقد این استدلال می‌توان گفت: این احادیث به بحث ربطی ندارد و حکمی تبعدی در خصوص لقطه با موارد خاص دیگر چون غواصی و مانند آن است و تعمیم آن به سایر موارد به نحوی که بتوان قاعده‌ای کلی از آن استخراج کرد که به همه موارد تسری‌پذیر باشد، بخصوص در اموال غیرمنقول، بسیار دشوار است و از آنجا که در روایت به علت حکم تنصیص و تصریح نشده است، قیاس مستنبط‌العله خواهد بود و «در فقه شیعه مردود است» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۷: ۴۸، همو، ج ۲: ۲۳۴؛ مجلسی، ۱۳۶۲، ج ۲: ۲۹۲).

در پاسخ این نقد و دفاع از قاعده اعراض می‌توان گفت: این قیاس نیست، بلکه آنچه

در این گونه روایات آمده است، جنبه مثال دارد و چون اعراض، غالباً در حالت لقطه تحقق می‌یابد و از مثال‌های مشهور آن است، این مثال‌ها بیان شده‌اند، مضاف بر اینکه اجماع و اخبار متواتری نیز در این موضوع به دست آمده است (همان؛ بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۷). لیکن چنانکه بر اهل فن پوشیده نیست، اجماع ادعایی اجماع منقول است و «برای منقول الیهم حجت نیست» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۱۷۹) و اخبار متواتر در این خصوص هم به دست ما نرسیده است (آشتیانی، ۱۳۰۴: ۳۵۷) و مثال بودن موارد ذکر شده نیز ادعایی بوده که اثبات نشده است و به اصطلاح «هذا اول الکلام» و چیزی جز صادره به مطلوب نیست؛ بنابراین، نقد وارده به قوت خود باقی است و لذا دلیل ارائه شده ثابت‌کننده مدعا نیست.

۲. سیره عقلاییه

دلیل دوم طرفداران نظریه زوال مالکیت در اثر اعراض، تحقق سیره عقلاییه در تملک اموال مُعْرَضٌ عنه است و اینکه عقلاً با اموال اعراضی همانند اموال دیگر رفتار می‌کنند و بر روی آنها تصرف مالکانه انجام می‌دهند و با یابنده آنها مانند مالک رفتار می‌کنند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۰؛ بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۵ تا ۷۷) تا حدی که بعضی از ادعای سیره عقلاییه فراتر رفته‌اند و ادعای اجماع بر این مسئله دارند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۴).

در نقد این استدلال نیز می‌توان گفت که تحقق سیره عقلاییه در این امر مسلم نیست و مخالفت بسیاری از فقها با این حکم (بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۶ - ۷۸؛ طباطبایی، ۱۴۰۲ق، ج ۲: ۴ - ۱۳؛ شهید اول، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۴۰۰؛ خویی، ۱۳۶۵: ۴۵۷؛ حلی بن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۲۵۶) خود دلیلی بر عدم تحقق این سیره است و اگر سیره محقق باشد، در حد جواز انتفاع غیر است نه تملک و با عدم تحقق سیره، مقدمه اول سیره، محقق نمی‌شود و لذا این دلیل استنادش نمی‌تواند.

۳. قاعده تسلیط

قاعده تسلیط که خود یکی از قواعد فقهی است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۲۴۲ به بعد؛ مکارم، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ۱۷ به بعد؛ مصطفوی، ۱۴۱۷ق: ۱۳۶) نیز برای تأیید ازاله مالکیت مالک در اثر اعراض مورد استناد قرار گرفته و گفته شده است اگر هر فرد بر مال خود

مسلط است و هر تصمیمی برای آن می‌تواند بگیرد، چرا حق اعراض از آن را نداشته باشد و حق نداشته باشد که با این کار آن را از ملک خود خارج کند؟

این دلیل توسط بسیاری از فقها برای اثبات زوال مالکیت در اثر اعراض استناد شده است (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۹۵؛ مصطفوی: ۵۰؛ خمینی مصطفی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۵۲؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۷: ۷۰). ولی در عین حال تعدادی از فقها کاربرد این دلیل را برای این منظور صحیح ندانسته‌اند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۰: ۲۰۲ و ۱۴۱۴ق: ۹۴ به بعد و ۱۴۰۸ق: ۳۸۰؛ خویی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۱۰۲؛ سبحانی، ۱۳۹۸: ۹۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴: ۱۱۸) از آن انتقاد کرده‌اند و گفته‌اند: قاعده تسلیط دلالت بر تسلط فرد بر مال خودش را دارد نه دلالت بر تسلط او بر سلطنتش. سلطنت بر سلطنت را باید از همان طریقی که اثبات شده زائل کرد و اگر با خود سلطنت، سلطنت را از بین ببریم «تقدم شیئی بر نفس خودش» لازم آمده و دور باطل است. و این قاعده، تنها می‌تواند دلالت بر ثبوت حکم «تسلط بر مال» در صورت وجود موضوع آن (مالکیت) داشته باشد و نظری به بقا یا ارتفاع خود موضوع (مالکیت) ندارد و لذا این فرض، که با خروج مال از ملکیت مالک، سلطه و سلطنت سالبه به انتفای موضوع شود، موضوع این دلیل نیست و از این رو قاعده سلطنت بر اثبات یا زوال سلطنت دلالت ندارد و فقط [بافرض وجود مالکیت] سلطنت بر مال با قاعده تسلیط اثبات شدنی است (خویی، ۱۳۷۴، مصباح الفقاهه، ج ۲: ۱۰۱؛ روحانی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص: ۵۵؛ همو، ۱۴۱۲ق، ج ۱۷: ۷۰) نه خود تسلط. به عبارت دیگر اگر مالکیت را قبول داشته باشیم، می‌توانیم با استفاده از قاعده تسلیط، تسلط مالک بر مال را که معلول و نتیجه مالکیت است، ثابت کنیم اما اگر اصل مالکیت که علت تسلط است مورد بحث باشد قاعده تسلیط نمی‌تواند کارساز باشد، زیرا معلول (تسلط) نمی‌تواند علت خود (مالکیت) را ثابت یا رد کند و اگر چنین باشد، تقدم چیزی بر خودش لازم می‌آید که دور باطل است و بر این اساس قاعده تسلیط نمی‌تواند بر رد علت خود که مالکیت است، دلیل باشد و به‌عنوان دلیلی برای سلب مالکیت در صورت اعراض مالک استفاده شود.

بعضی در رد این انتقاد و دفاع از این دلیل گفته‌اند اگر این قاعده تسلط بر مال را ثابت می‌کند، به طریق اولی سلطه بر سلطنت را هم ثابت می‌کند، ولی این قیاس، قیاس نادرستی

است، زیرا اولویتی وجود ندارد و سلطه بر مال ضعیف‌تر از سلطه بر سلطنت است (همان، ج ۱۷: ۷۰؛ سبحانی، ۱۳۹۸: ۹۶) نه قوی‌تر از آن تا جای قیاس اولویت باشد.

بعضی نیز در دفاع از امکان اثبات رفع مالکیت با قاعده تسلیط، سلب مالکیت در اثر اعراض را با سلب مالکیت معاهد در بیع و هبه قیاس کرده‌اند و گفته‌اند وقتی که قاعده تسلیط در عقود تملیک‌های چون بیع و هبه اجازه سلب مالکیت از خود را به مالک می‌دهد، چرا در اعراض قاعده تسلیط چنین قدرتی را نداشته باشد؟ و «همچنانکه با بیع و هبه می‌توان سلطه بر سلطه را زائل کرد و در اینجا نیز می‌توان» (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۵۲) در حالی که این اشکال نیز وارد نیست، زیرا:

اولاً قیاس در فقه شیعه جایز نیست و ثانیاً خارج از محل نزاع است و محل بحث در موردی خواهد بود که تنها دلیل اثبات سلب مالکیت، قاعده تسلیط باشد؛ در حالی که منشأ جواز سلب مالکیت از خود در عقود تملیک‌ها، قاعده تسلیط نیست؛ بلکه ادله مستقلی است که مشروعیت بیع و هبه را ثابت می‌کند و ما با اتکای به آن دلایل، معامل عقود تملیک‌ها را مجاز به سلب مالکیت از خود می‌دانیم نه به اتکای قاعده تسلیط و اگر هیچ دلیلی بر مجاز بودن سلب و انتقال مالکیت در عقود تملیک‌ها نداشتیم، بعید بود که صرفاً با استناد به قاعده تسلیط بتوانیم جواز سلب مالکیت از خود را ثابت کنیم و اشکال دور باطل در آنجا نیز مطرح بود.

بعضی هم در دفاع از کاربرد قاعده تسلیط در اثبات مزیت اعراض گفته‌اند عمومیت قاعده تسلیط به قدری است که می‌تواند به موضوع خود تعمیم دهد و سلطه را به انواع مختلف آن سرایت دهد و این به معنای عدم اختصاص سلطه به شکل خاص است و این‌گونه تعمیم، می‌تواند انتفای موضوع تسلط را هم شامل شود که می‌توان از آن سلب مالکیت را نیز انتزاع کرد (همان) گویی مالک می‌گوید اگر من بر مال مسلطم و می‌توانم هر گونه تصرفی در آن بکنم، می‌خواهم تسلط خودم را به این صورت اعمال کنم که خودم را از حق تسلط بر آن محروم کنم و از این حقم بگذرم. زیرا تسلیط به معنای حق هر گونه تصرف مشروع است. از جمله تسلط بر حق اسقاط تصرف و مشمول خود قاعده تسلیط است (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۵۲) و لذا تقدم چیزی بر نفس خودش یعنی دور لازم نمی‌آید.

این دفاع نیز تام به نظر نمی‌آید، زیرا این نیز خارج از محل نزاع است و دفاع‌کننده گویی در صدد اثبات جواز تکلیفی اعراض است و اینکه آیا حق اعراض از مال برای مالک وجود دارد یا خیر، در حالی که محل بحث ما حکم وضعی مال اعراض شده است و مسئله تحقیق بعد از مفروض گرفتن جواز تکلیفی اعراض برای اعراض‌کننده آغاز می‌شود و سؤال این است که در فرض جواز اعراض مالک از مال خود و تحقق اعراض از سوی مالک، وضعیت مال اعراضی به چه صورت خواهد و آیا همچنان در مالکیت مالک باقی است یا از مالکیت او خارج می‌شود؟

به عبارت دیگر قاعده تسلیط فقط حکمی تکلیفی را ثابت می‌کند و در ما نحن فیه، یعنی مبحث اعراض، آن حکم تکلیفی عبارت است از جواز اعراض مالک از مال خودش، اما این کجا و آن چه ما در صدد اثبات آن هستیم کجا؟ ما در صدد اثبات مالکیت مال اعراض شده هستیم که حکمی وضعی است؛ در حالی که قاعده تسلیط دلیل بر جواز تکلیفی اعراض برای مالک است و هیچ کمکی به حل مسئله مورد بحث ما نمی‌کند.

دلایل عدم زوال مالکیت در اثر اعراض

گروه دوم یعنی کسانی که به عدم زوال مالکیت در اثر اعراض معتقدند نیز دلایلی را برای نظر خود مطرح می‌کنند.

۱. نبود دلیل

با توجه به اینکه عمده دلایل طرفداران دلایلی بود که در سطور پیشین مطرح شد و همه آنها مورد انتقاد و رد مخالفان قرار گرفت و اعتبار خود را در نظرگاه مخالفان از دست داد و دلیل دیگری هم بر تأثیر اعراض در قطع علاقه ملک با مالک در دست نیست. بعد از اعراض مال همچنان در مالکیت مالک باقی می‌ماند، زیرا همچنانکه ایجاد مالکیت بدون سبب شرعی ممکن نیست، سلب مالکیت هم بدون سبب محقق نمی‌شود (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۰؛ بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۴ و ۷۵).

۲. استصحاب بقای مالکیت

دلیل دوم مخالفان رفع مالکیت به سبب اعراض، استصحاب است؛ به این صورت که وقتی دلیلی

تأیید شده بر رفع مالکیت موجود نباشد؛ پس از اعراض مالک، شک در بقای مالکیت به وجود می‌آید و این شک نمی‌تواند موجب نقض یقین ما به مالکیت پیشین او باشد (بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۸۰؛ قمی، ج ۲: ۲۲؛ یزدی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۹۵؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲: ۱۱۵).

این گروه دلایل دیگری نیز در تأیید نظر خود اقامه می‌کنند، از جمله آنکه اگر اعراض سبب قطع ارتباط معرض با مال معرض‌عنه می‌شود، چرا پس از رجوع از اعراض دوباره به مالکیت او درمی‌آید (خویی، ۱۳۶۵: ۴۰۹).

دلیل دیگر اینکه اگر اعراض سبب سلب مالکیت است، پس تکلیف مال معرض‌عنه پس از اعراض و قبل از تملک یابنده چیست و آیا بلامالک باقی می‌ماند؟ و چون مال بلامالک در فقه اسلامی وجود ندارد و تالی، فاسد است، مقدم مانند آن فاسد خواهد بود. از آنجا که شرح و نقد این دلایل از حوصله این مقاله بیرون است، در آثار دیگر مؤلف بررسی خواهند شد.

دلایل زوال مالکیت در اثر اعراض در اموال کم‌ارزش

گروه سوم که اعراض را تنها در اموال کم‌ارزش موجب سلب مالکیت می‌دانستند، عدم تحقق قطعی سیره عقلاییه در بیش از این مقدار را به‌عنوان دلیل خود ذکر می‌کنند (حلی علامه، بی‌تا، ج ۲: ۲۵۶؛ بحرالعلوم، ۱۹۸۴، ج ۲: ۷۷؛ قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۴؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱ق، ج ۲: ۱۱). هرچند بعضی این دلیل را نپذیرفته‌اند و گفته‌اند اگر سیره عقلاییه در امور حقیره محقق نباشد در امور خطیره هم محقق نیست و میان این دو تفاوتی وجود ندارد (بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۸ - ۷۹).

دلیل دیگر این گروه قیاس منصوص العله بر حدیث ابوجعفر است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷: ۳۶۲) که علت جواز التقاط در اموال حقیره را به این دلیل مستدل کرده است که «لیس لهذا طالب» و لذا اموال خطیره که متصف به این وصف نیستند، مشمول این دلیل قرار نمی‌گیرند.

داوری میان نظرها

به نظر می‌رسد نظر گروه سوم نسبت به دو گروه اول، متعادل‌تر و مقبول‌تر باشد، زیرا

اگرچه بر خروج ملک از مالکیت مالک به صرفِ اعراض، دلیل معتبری وجود ندارد؛ وجدان حکم می‌کند که اموال حقیره بعد از اعراض نمی‌تواند همچنان در مالکیت مالک باقی و غیرقابل تملک برای یابنده باشد، زیرا بسیار بعید است که مالک پس از اعراض از آنها دوباره به آنها بازگشت کند یا اگر کسی در آنها تصرف کرد مورد اعتراض مالک قرار بگیرد و سیره عقلاییه در این حد محقق است، اما که در اموال با ارزش، هیچ عاقلی این را نمی‌پسندد که به محض اعراض مالک، صرفاً به سبب اعراض مالک و بدون هیچ سبب شرعی دیگری، مال از مالکیت مالک خارج شود و به تصرف دیگران درآید و موارد زیادی در جامعه وجود دارد که مالکان به‌ویژه در اموال غیرمنقول بعد از گذشت سال‌ها از اعراض خود دوباره به سوی اموال خود بازگشته‌اند و آنها را مطالبه کرده‌اند و حتی علیه کسانی که در آنها تصرف کرده‌اند و تخلیه نکرده‌اند به اقامه دعوی پرداخته‌اند؛ مانند اتفاقاتی که پس از انقلاب اسلامی ایران و بعد از تصرف اموال اعراضی ضد انقلابیون فراری اتفاق افتاد.

این دلیل، زمانی پذیرفتنی‌تر می‌شود که ببینیم در آثار فقهی، اکثریت مثال‌هایی که برای اعراض مطرح شده و بیشترین کاربرد قاعده اعراض، در امور کم اهمیت است که عرفاً و غالباً اعراض از آنها به معنای صرف نظر مالک از مالکیت خویش است و این مطلب گویای آن خواهد بود که پیشفرض موافقان قاعده اعراض، اعراض در این‌گونه امور بوده است و به‌عنوان یک مسئله ارتكازی و مُسَلَّم فیه به آن نگاه کرده‌اند و اموال مهم و با ارزش که معمولاً مالکان، به‌سادگی از آنها گذشت نمی‌کنند، چون زمین‌های مسکونی و زراعی و مستغلات تجاری نداشته‌اند، در زمان آنها مبتلی به نبوده و این‌گونه اموال را مد نظر نداشته‌اند؛ بخصوص از آن جنبه که تصرف در مال غیر، بدون علم قطعی به رضایت مالک، مصداقِ غصب است و هیچ فقیهی نمی‌تواند به جواز آن حکم دهد.

با اینکه این نظر، نسبت به نظرهای دیگر اصح و نزدیک‌تر به واقع است، این اشکال نیز به آن وارد خواهد بود که از نظر راهبردی و ثمره عملی در موارد ابتلا راهگشایی چندانی ندارد و مشکلات فرارو در مسئله تحقیق را از مسیر برنمی‌دارد و در مواردی که اعراض از اموال با اهمیت باشد، یا جنبه مجرمانه پیدا کند و اعراضِ معرض، مصالح مهم‌تری را به مخاطره افکند، پاسخگو باشد و بی‌شک علمای بزرگی که ساعت‌ها وقت شریف خود را

صرف تحقیق و تدریس این مباحث کرده‌اند، در صدد حل مسائل بسیار کم اهمیت و ناچیزی چون هیزم مسافر و میوه‌های نچیده باغ نبوده‌اند و انتظار می‌رود محصول تحقیق ایشان و نظریه‌های ارائه‌شده در بعد وسیع‌تر و جدی‌تری نقش ایفا کند.

البته همیشه نظرهای احوط و محتاطانه‌تر را برگزیدن، رسم اهل تقوی و ورع است؛ اما این ورع و شرم محتاطانه نباید به این نتیجه بینجامد که در مسائل پیچیده اجتماعی سخنی برای گفتن و راهکار راهگشایی برای حل مشکلات جامعه نداشته باشیم و از این رهگذر، بر چهره نورانی فقه پویای شیعه با آن پیشینه افتخارآفرینش غبار انزوا و انفعال بنشیند.

رجوع از اعراض

پس از تحقق اعراض و وجود شرایط، اگر اعراض محرز شد، بنا بر یکی از نظرهای موجود، ملک از مالکیت مالک خارج می‌شود و به صورت مباح درمی‌آید و دیگران می‌توانند مانند اموال مباح با رعایت شرایط معتبره پس از تصرف، آن را به ملکیت خود درآورند. لیکن پرسشی که بر اساس این نظر ایجاد می‌شود، این است که اگر پس از تحقق اعراض، فردی که اعراض کرده است از اعراض خود برگردد و مال خود را طلب کند، تکلیف چیست؟ آیا این برگشت و پشیمانی از او پذیرفته می‌شود و مال به ملکیت او برمی‌گردد؟ یا همچنان به حالت مباح باقی می‌ماند؟ همین سؤال در زمانی که بازگشت مَعْرُض پس از تملک شخص دیگری اتفاق بیفتد نیز مطرح خواهد بود و بلکه مسئله در آن صورت جدی‌تر و مشکل‌آفرین‌تر است، زیرا میان مالکیت مالک جدید و مالکیت مالک قبلی تعارض ایجاد می‌شود و به راهکار مناسبی نیازمند خواهیم بود.

در آثار فقهی، مباحث دقیقی در پاسخ مطرح، نقد و بررسی شده است.

اگر رجوع مالک اولیه قبل از تصرف و تملک یابنده باشد، بحثی نیست؛ زیرا قبل از تصرف به ملکیت مالک جدیدی درنیامده و اگر بنا باشد با تصرف، کسی مالک آن شود، مالک اولیه اولویت دارد. حتی اگر به ازاله ملک در اثر اعراض معتقد باشیم هم منافاتی ندارد که پس از ازاله ملک در اثر اعراض، با رجوع مالک و رجوع مال، دوباره به ملکیت او درآید، زیرا اگر علت رفع مالکیت، اعراض باشد، با رفع علت، معلول نیز مرفوع و کأن لم

یکن می‌شود (فاضل لنکرانی، درس خارج فقه) زیرا علت محدثه علت مبقیه هم هست. اما در صورت تملک شدن مال معرض‌عنه توسط فرد جدیدی، قضیه قدری دشوار می‌شود. تعدادی از فقها فرموده‌اند که پس از تصرف فرد دیگر، مالک اولیه حق رجوع ندارد (سیستانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳: ۳۷۱، مسئله ۲۷۱؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۳۳۲؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۲) و اگر رجوع کند با دیگران فرقی ندارد و با او مثل دیگران رفتار می‌شود؛ یعنی اولویت با کسی است که زودتر آن مال را برداشته و تصرف کرده است (شهید اول، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ۶۷؛ قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۴).

در مقابل این گروه، تعداد دیگری از فقها فرموده‌اند، مادامی که اصل مال باقی است، حق رجوع و مطالبه آن از متصرف را دارد (کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۲۸۵) و با رجوع او ملکیت متصرف باطل می‌شود و به ملکیت مالک اول برمی‌گردد. ولی در صورت تلف، حق مطالبه خسارت ندارد، زیرا اصل، برائت ذمه متصرف است از ضمان و ضمان ید به آن تعلق نمی‌گیرد، زیرا اعراض او نوعی اذن به تصرف است (طباطبایی، ۱۴۰۲ق، ج ۲: ۴۱۳).

دلیل عدم بازگشت مال اعراضی پس از رجوع

گروه اول یعنی کسانی که معتقدند پس از اعراض، مال به مالکیت متصرف درمی‌آید و مالک حق رجوع ندارد؛ دلیلشان این است که با اعراض، مال از مالکیت او خارج شده و با تصرف، به مالکیت یابنده درآمده است و دیگر مالک اول مالکیتی ندارد و به صرف رجوع نمی‌تواند دوباره مالک شود؛ زیرا انتقال مال از فردی به فرد دیگر نیازمند سبب شرعی است که در اینجا وجود ندارد و صرف رجوع سبب انتقال نیست (بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۹ و ۸۳).

نقدی که می‌توان بر این دلیل وارد کرد این است که:

اولاً: خروج مال از مالکیت مالک اول به صرف اعراض مسلم نیست و بسیاری از فقها با آن مخالفت کرده‌اند و **ثانیاً:** به فرض قبول این مسئله، سبب اعراض برای خروج از مالکیت قوی‌تر از هبه نیست و همان‌طور که با رجوع و اهب، مال به ملکیت او برمی‌گردد؛ در اعراض هم به طریق اولی می‌تواند چنین باشد (حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۳۴: ۱۳۲؛ سیستانی،

۱۴۱۶ق، ج ۳: ۲۷۰؛ روحانی، ۱۳۷۸، مرتقی‌السی...، ج ۱: ۵۵؛ همو، ۱۴۱۴، منهج الصالحین، ج ۲: ۱۷۷؛ آشتیانی، ۱۳۰۴: ۳۵۷).

ثالثاً: اگر اعراض سبب یا علت خروج مال از مالکیت اولیه باشد با رفع علت معلول آن نیز مرتفع و مال دوباره در ملک اول داخل می‌شود.

دلیل بازگشت مال اعراضی پس از رجوع

گروه دوم یعنی کسانی که معتقدند مالک اولیه، مادام‌که عین وجود دارد، حق رجوع خواهد داشت، دلیلشان اصل استصحاب است. به این صورت ما یقین به مالکیت مالک قبل از اعراض داریم و حال که اعراض صورت گرفته و پس از آن رجوع شده است، شک می‌کنیم که همچنان مالکیت مالک اولیه باقی است یا خیر و لذا مطابق اصل استصحاب، به شک خود اعتماد نمی‌کنیم و بنا را بر یقین سابق می‌گذاریم (بحرالعلوم، ۱۳۰۴، ج ۲: ۷۹؛ قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۲).

نخستین نقدی که به این دلیل می‌توان زد این است که این مسئله از موارد جریان اصل استصحاب نیست، بلکه از موارد قاعده یقین است؛ زیرا با اعتقاد به مزیت اعراض، پس از اعراض، «یقین به ازاله ملک» حاصل می‌شود و جای «یقین به ملکیت» را می‌گیرد و رکن دوم استصحاب که شک لاحق است، محقق نمی‌شود؛ مگر آنکه «یقین به عدم ملکیت در زمان رجوع» را استصحاب کنیم که در این صورت نتیجه استصحاب خلاف مدعای مستدل است، یعنی با استصحاب عدم ملک بعد از رجوع، ملکیت مالک اول اثبات نمی‌شود، بلکه یقین به عدم ملکیت او ابقا می‌شود.

دومین خدش‌های که به این دلیل می‌توان وارد کرد این است که استصحاب اصل است نه دلیل و لذا در زمان وجود دلیل کارایی ندارد و اصل نمی‌تواند با دلیل مقابله کند. در نظر قائلین به زوال مالکیت، دلیل‌هایی وجود دارد که پس از اعراض، مال از مالکیت اعراض‌کننده خارج می‌شود. با چنین فرضی در زمان رجوع، یقین به مالکیت مالک سابق وجود ندارد تا استصحاب شود، بلکه یقین به عدم ملک وجود دارد و به فرض قبول آن دلایل، نتیجه این دلیل‌ها خروج ملک از مالکیت مالک اول است و استصحاب در این مورد

جایگاهی ندارد و بر این اساس بازگشت ملک به مالکیت او پس از رجوع، نیازمند دلیل دیگر خواهد بود که در فرض مفقود است (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۲)

نقد سوم دلیل مذکور آن است که شرط اجرای استصحاب قابلیت متیقن برای بقاست که در خصوص مال معرض عنه مسلم نیست، زیرا این قابلیت، در اموال و موارد مختلف متفاوت است و باید به‌طور موردی بررسی شود و نمی‌توان نتیجه کلی گرفت. فی‌المثل در خصوص بذرهایی که زارع در مزارعه از آنها اعراض کرده و در زمین مالک مانده و روئیده‌شده، بسیار بعید است که همچنان بر مالیت خود باقی باشد و در مالکیت مالک اولیه باقی بمانند، زیرا بذرها بما هو بذر قابلیت بقا ندارد و بعد از مدتی یا از بین می‌رود یا به گیاه تبدیل می‌شود، پس استصحاب در آن جاری نیست. مضاف بر آنکه به‌لحاظ کلامی و اعتقادی نیز مورد اشکال است و از حکمت رأفت خدا بعید است که از مالک زمین انتظار داشته باشد که شب تا صبح زحمت بکشد و بذرها را جمع‌آوری کند و مجاناً به مالک آن برگرداند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۲۲).

نقد چهارم این دلیل، آن است که جریان استصحاب مالکیت مالک اول، پس از اعراض، مبنی بر این فرض خواهد بود که ملکیت مالک باقی باشد و این فرض، خود خلاف مدعاست؛ زیرا طرفداران قاعده اعراض به «خروج ملک از مالکیت مالک به سبب اعراض» معتقدند در حالی که استصحاب مالکیت مالک اول پس از رجوع، مبتنی بر «عدم خروج مال از مالکیت مالک اول» است؛ زیرا رکن اول استصحاب را یقین به مالکیت اعراض‌کننده قرار می‌دهد و این، تناقض آشکاری است. مگر آنکه نظر میانه‌ای را مطرح کنیم و بگوییم؛ پس از اعراض، مالکیت مالک از بین می‌رود، ولی نه به‌طور کامل، بلکه بعد از اعراض نوعی مالکیت متزلزل برای اعراض‌کننده باقی است. مانند آنچه در عقود جایز مطرح است، یعنی به اعراض مانند یک عقد جایز یا مثل معاطه نگریسته و تصور شود که اعراض، مال را از ملکیت مالک بیرون می‌آورد، اما نه به‌طور قطعی، بلکه به‌طوری که در صورت رجوع مالک، قابل برگشت باشد، والا در صورت عدم بقای مالکیت مالک پس از اعراض، چنانکه گفته شد یقین سابق محقق نیست.

اگر بخواهیم استصحاب اجراشدنی باشد، باید بر وجود ملکیت غیرقطعی مالک اولیه از

اعراض دلیلی اقامه کنیم تا یقین سابق محرز شود، اما مستدل هیچ دلیلی بر وجود چنین مالکیت متزلزلی ارائه نکرده است و بر این اساس یقین سابق محقق نیست و استصحاب جاری نمی‌شود؛ مگر آنکه اصل را در ملک لزوم بدانیم و بگوییم پس از رجوع، در بقای ملکیت یابنده شک می‌کنیم، به‌خاطر اینکه نمی‌دانیم ملکیت ناشی از تملک مال اعراضی، ملکیتی لازمه است یا جایزه، اصل لزوم را جاری می‌کنیم و می‌گوییم ملکیت یابنده ملکیتی لازم است و نقض ناشدنی و نتیجه می‌گیریم ملکیت یابنده پس از اعراض باقی خواهد بود. ولی این استصحاب اولاً نتیجه‌اش بقای ملکیت یابنده و عدم بازگشت مال به مالک اول پس از رجوع است و خلاف مدعاست و چیزی بر خلاف مدعای طرفداران بازگشت مال به مالک اول را ثابت می‌کند؛ ثانیاً اجرای آن از اساس باطل و مخالف موازین اصولی و منطقی است، زیرا شک در بقای ملکیت یابنده (مالک دوم) ناشی از شک در بقای علقه ملکیت مالک اول است و اصل سببی بر اصل مسببی مقدم است و چون شک در مالکیت مالک اول سبب شک در مالکیت مالک دوم است، شک سببی بر شک مسببی مقدم می‌شود و اصل لزوم و بقای مالکیت مالک دوم که نتیجه شک مسببی است، جاری نمی‌شود، ولی استصحاب بقای ملکیت مالک اول که ناشی از اصل سببی است اجرا می‌شود. لذا بنا بر بقای مال در مالکیت مالک اول پس از رجوع از اعراض گذاشته می‌شود.

نظر نهایی

به نظر می‌رسد (چنانکه پیش از این نیز بیان شد) نظر معتدل و نزدیک‌تر به حقیقت آن باشد که اعراض، رافع مالکیت نیست، مگر در اموال حقیره و بر همین اساس به مالکیت یابنده در نمی‌آید و تنها اباحه تصرف ایجاد می‌کند و باز به‌همین دلیل بازگشت مال به مالکیت مالک اول با رجوع مالک اول مسلم است، زیرا بر اساس این نظر با اعراض، مال از ملکیت او خارج نشده است تا دوباره به ملکیت او برگردد و علت نارسایی ادله طرفین نیز ریشه در پیشفرض نادرست آنان دارد؛ زیرا بحث از عود یا عدم عود مالکیت مالک اولیه پس از رجوع از اعراض، سالبه با انتفاء موضوع است و با اعتقاد به عدم خروج مال از ملکیت او، عود ملکیت معنایی ندارد.

نتیجه‌گیری

۱. اعراض از مال بخصوص در اموال غیرمنقول و باارزش نمی‌تواند دلیل بر خروج آن مال از مالکیت مالک باشد و دلیل مخالفان این نظریه، وافی به مقصودشان نیست مگر در اموال کم‌اهمیت.
۲. گرچه نظریه عدم سلب مالکیت اموال باارزش در اثر اعراض به لحاظ نظری و ادله عقلی و نقلی از استحکام بیشتری برخوردار است، در جنبه کاربردی کارایی لازم را در حل مشکلات مبتلابه در مسئله مورد بحث ندارد و بیشتر به حقوق خصوصی و تأکید بر حفظ انیت مالی افراد توجه کرده و نگاه محتاطانه‌ای را در پیش گرفته است که شاید در حفظ انیت اموال عمومی و مصالح جمعی چندان موافق احتیاط نباشد.
۳. حتی در صورت اعتقاد به خروج ملک از مالکیت مالک با اعراض، پس از اعراض مال، تنها قابل بهره‌برداری است نه قابل تملک برای غیر و پس از رجوع معرض از اعراض، اباحه تصرف باطل می‌شود و مال به مالکیت مالک بازمی‌گردد.

پیشنهادها

۱. تجدید نظر در قانون‌های موضوعه مرتبط با اعراض به دلیل عدم تطابق آنها با ادله و موازین شرعی و صحیح‌ترین نظرهای موجود، زیرا چنانکه در مقاله بیان شد قانون‌های اعراض مبتنی بر مزیت اعراض است که بطلان آن در مقاله اثبات شد.
۲. تدوین قانون جدیدی مبتنی بر درست‌ترین نظرهای موجود درباره اعراض به منظور حفظ و حراست از اموال و حقوق کسانی که به دلایلی ناچار به اعراض از مال خود هستند، به نحوی که تمایز میان ترک و اعراض و نیز تفاوت میان اعراض ناخواسته و اعراض ارادی روشن باشد.
۳. تحقیق کافی برای ارائه راهکار مناسب در زمان تعارض حق مالک اعراض‌کننده و حقوق اجتماعی و حفظ مصالح و ضرورت‌هایی که با اعراض مالک به مخاطره می‌افتند، از طریق بررسی تقابل میان دو قاعده «اعراض» و «لاضرر». این پژوهش تا حدودی در مقاله دیگر مؤلف تحت عنوان «کاربرد قاعده اعراض» ارائه شده است.

منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۳۰۴ق). کتاب القضاء، چاپ دوم، قم: دارالهجره.
۲. ابن ابی جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم الاحصائی (۱۴۱۰ق). الاقطاب الفقهیه علی مذهب الامامیه، تحقیق: محمد الحسون، اشراف: سید محمود المرعشی، قم، نشر مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
۳. ابن العلامه، ابی طالب محمد بن الحسن بن یوسف مطهر الحلی (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، تعلیق، سید حسن الموسوی کرمانی و شیخ علی پناه الاشتهاردی، الطبعة الاولى.
۴. اردبیلی احمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، تصحیح: مجتبی العراقي و الاشتهاری، قم: منشورات جامعه المدرسین.
۵. اصفهانی محمد حسین (۱۴۱۸ق). حاشیه المکاسب، تحقیق: عباس محمد آل سباع، الطبعة الاولى: الناشر المحقق.
۶. انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول، اعداد التحقيق، لجنه التحقيق لتراث الشيخ الاعظم، قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۷. ایروانی، باقر (۱۴۱۷ق). القواعد الفقهیه، قم: مؤسسه الفقه للطباعه و النشر.
۸. بجنوردی، محمد حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه، تحقیق: مهدی المهریزی، الطبعة الاولى، قم: ناشر الهادی.
۹. بحرانی، یوسف (بی تا). الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۰. بحر العلوم سید محمد آل بحر العلوم (۱۳۰۴ق). بلغه الفقیه، شرح و تعلیق سید محمد تقی آل بحر العلوم، تهران: منشور مکتبه الصادق.
۱۱. تولایی، علی (۱۳۷۹). دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۹، مدخل اعراض: مرکز دائرة المعارف اسلامی.

۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱). *آرای شورای عالی ثبت و شرح آنها*، تهران: گنج دانش.
۱۳. حر عاملی، محمدبن الحسن (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه، الطبعة الثانیه*، قم: تحقیق مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
۱۴. حر عاملی، محمدبن الحسن (۱۴۱۸ق). *الفصول المهمه فی اصول الائمه*، تحقیق: محمد حسین القائینی، قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا.
۱۵. حکیم الطباطبایی السید محسن (۱۳۹۱ق). *مستمسک العروه الوثقی: مطبعة الادب النجف الاشرف*.
۱۶. حلی، ابن‌ادریس، ابی‌جعفر بن منصور بن احمد بن ادریس الحلّی (۱۴۱۰ق). *السرائر، الطبعة الثانیه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۷. حلی، علامه، جمال‌الدین ابی‌منصور الحسن بن یوسف بن علی المطهر الحلّی المشتهر بالعلامه (۱۳۳۳ق). *منتهی‌المطلب*، طبع قدیم، مقابله حسن پیش‌نماز ناشر: حاج احمد تبریزی.
۱۸. حلی، علامه جمال‌الدین (بی‌تا). *تذکره الفقهاء*، تبریز: المکتبه الرضویه.
۱۹. خمینی (بی‌تا). *تحریر الوسیله*، قم: دارالکتب العلمیه.
۲۰. خمینی، مصطفی (۱۴۱۸ق). *کتاب‌البیع، الطبعة الاولى*، تحقیق و نشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم، الموسوی الخویی (۱۳۶۵). *کتاب‌الاجاره الاول (مستند العروه الوثقی، کتاب‌الاجاره): محاضرات آیه‌الله خویی*، تألیف مرتضی البروجردی، قم: المطبعة العلمیه، ناشر لطفی.
۲۲. خویی، سید ابولقاسم (۱۴۰۷ق). *کتاب‌النکاح الاول*، قم: لطفی و دارالهادی.
۲۳. _____ (۱۴۰۸ق). *کتاب‌المضاربه (مبانی العروه الوثقی، کتاب‌المضاربه)*، تقریر مبحث آیه‌الله سید ابوالقاسم الخویی تألیف محمد تقی، الطبعة الاولى.
۲۴. _____ (۱۳۷۴ق). *مصباح‌الفقاهه (من تقریرات بحث‌الاستاذ الاکبر)*، مؤلف میرزا محمد علی التوحیدی التبریزی، نجف.

۲۵. _____ (۱۴۱۰ق). **منهاج الصالحین**، الطبعة الثامنة، قم: مدينة العلم آية الله خويي.
۲۶. روحانی، سيد محمد رضا الحسيني الروحاني (۱۳۷۸). **المرتقى الى الفقه الارقي تقريراً** لا بحاث سيد محمد الحسيني الروحاني، مؤلف سيد عبدالصاحب الحكيم داراحلى، تهران
۲۷. روحانی، سيد محمد رضا الحسيني الروحاني (۱۴۱۲ق). **فقه الصادق** مدرسه الامام الصادق (ع)، الطبعة الثالثة، قم: مؤسسه دارالكتاب.
۲۸. _____ (۱۴۱۴ق). **المسائل المستحدثه**، الطبعة الرابعه، قم: دارالكتاب.
۲۹. روحانی، سيد محمد رضا الحسيني الروحاني (۱۴۱۴ق). **منهاج الصالحين**، كويت: مكتبة الافين.
۳۰. ژوستين (۱۹۴۶). **مدونه جوستينيان في الفقه الروماني**، ترجمه عبدالعزيز فهمي، قاهره.
۳۱. سبحانی، محمد حسين (۱۳۹۸ق). **نخبه الازهار في الاحكام الخيار** (بحث آية الله العظمى شيخ الشريعة الاصفهاني)، قم: المطبعة العلمية.
۳۲. سمرقندی، علاء الدين (۱۴۰۵ق). **تحفة الفقهاء**، بيروت.
۳۳. سيستاني، السيد على الحسيني (۱۴۱۶ق). **منهاج الصالحين**، مكتبة آية الله السيد على السيستاني الطبعة الاولى، قم: مطبعة ستاره.
۳۴. شهيد اول، محمد مكي العاملی شمس الدين (۱۴۱۲ق). **الدروس الشرعية في فقه الاماميه تحقيق و نشر: مؤسسه النشر الاسلامي**، الطبعة الاولى، قم.
۳۵. شهيد ثانی، زين الدين الجبعي العاملی (۱۴۱۰ق). **الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه** (شرح لمعه)، تحقيق باشراف السيد محمد الكلانتر، الطبعة الاولى، قم: انتشارات داوری.
۳۶. طباطبایي سيد على (۱۴۰۲ق). **رياض المسائل**، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۳۷. لنكراني فاضل (۱۴۲۵ق). **درس خارج فقه**، جلسه بیستم، دوازدهم ذيقعدة به
- آدرس: www.Lankarani.org/tar/drs.ghasb.phd

۳۸. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱). *جامع الشتات*، تصحیح مرتضی رضوی، تهران: کیهان.
۳۹. کرکی، محقق الثانی، الشیخ علی ابن الحسین الکرکی (۱۴۰۹ق). *رسائل الکرکی*، تحقیق شیخ محمد الحسون، الطبعة الاولى، قم: مؤسسه السيد المرعشی.
۴۰. گلبایگانی، سید محمد رضا موسوی (۱۴۱۲ق). *هدایه العباد، الطبعة الاولى*، قم: ناشر دارالقرآن الکریم.
۴۱. _____ (۱۴۰۱ق) *کتاب القضاء*، به قلم سید علی الحسینی المیلانی، قم.
۴۲. مجلسی، محمد باقر (۱۳۶۲). *بحار الانوار*، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۰). *قواعد فقه، بخش مدنی*، چاپ چهارم: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.
۴۴. مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۱۷ق). *مئه قاعده فقهیه، الطبعة الثالثه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). *القواعد الفقهیه، الطبعة الثالثه*، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین.
۴۶. یزدی، سید محمد کاظم (بی تا). *تکمله العروه الوثقی*، قم: مکتبه الداوری.
۴۷. _____ (۱۳۷۸ق). *حاشیه المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
48. *Encyclopedia International* NewYorkGlorier (1971).
49. *Marite Studen Encyclopedia* US.Collier (1970)
50. *encyclopedia Britanica* LondonInc (1968).