

بیع زمانی یا انتقال مالکیت زمان بندی شده (بخش اول)

سعید شریعتی

مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه (گروه تحقیقات حقوق خصوصی)

اصطلاح بیع زمانی به نوعی خاص از انتقال مالکیت اطلاق می‌شود که طبق آن مالکان حق استفاده از ملک را به صورت زمان بندی شده پیدا می‌کنند. مقاله حاضر که در چند شماره ارائه می‌شود ابتدا به تعریف این واژه پرداخته و سپس اعتبار آن را از نظر شرع و قانون بررسی می‌کند.

مقدمه

۱ - فرایند تعامل میان سیستم‌های حقوقی، اگر به گونه‌ای صحیح، اصولی و حساب شده صورت گیرد می‌تواند به رشد و بالندگی حقوق کشور کمک شایانی بنماید. در عصر کنونی که عصر ارتباطات نام گرفته است، تأثیر و تأثر سیستم‌های حقوقی بر یکدیگر امری اجتناب‌ناپذیر است، زیرا پیشرفت صنعت، تکنولوژی و علم و دانش بشری روز به روز پدیده‌های نوینی را در عرصه‌های مختلف، از جمله در پدیده‌ها و مقررات حقوقی می‌آفریند و ارتباط فراوان دولت‌ها و ملت‌ها با یکدیگر موجب انتقال تجربه‌های جدید از جایی به جایی دیگر می‌شود.

دانش حقوق که رسالت قانونمند کردن فعالیت‌های فردی و گروهی را در جامعه به عهده دارد نباید در مقابل پدیده‌های نو پیدا حالت انفعالی و تأثیرپذیری یک طرفه داشته باشد. بنابراین، این انتظار و توقعی بی‌جاست که حقوق کشور همواره براساس مسایل مستحدثه و نو پیدا تغییر یابد بلکه باید هر مسئله جدید و بی‌سابقه را با مبانی مورد قبول و اصول پذیرفته شده فقهی و حقوقی سنجد و چنانچه مغایر آن شناخته شد از اجرا و رواج آن در کشور جلوگیری کرد وگرنه در مسیر قانونمند کردن آن کوشید. البته این سخن به معنای جمود و تعصب بر تأسیسات و پدیده‌های حقوقی کهن و عدم پذیرش مطلق نهادها و تأسیسات جدید نیست بلکه سخن ما آن است که مبانی مسلم فقهی و اصول پذیرفته شده حقوقی را نباید در راه توجیه یا تصحیح یک پدیده جدید قربانی نمود.

راه حل صحیح و منطقی در برخورد با یک پدیده جدید یا تأسیس حقوقی ناشناخته که از سیستم دیگری به کشور ما وارد شده این است که اولاً ماهیت آن در کشور مبدأ شناخته شود و آثار و نتایج آن مورد بررسی قرار گیرد ثانیاً با توجه به ماهیت و آثار و احکام آن، به بررسی و کاوش در حقوق کشور پرداخته شود تا صحت یا بطلان آن روشن گردد.

۲- رواج Timesharing در برخی از کشورهای اروپایی و نقشی که این شیوه در جذب سرمایه‌ها و جلوگیری از اتلاف منابع دارد برخی از شرکت‌های ایرانی را بر آن داشته تا این روش را الگوی فعالیت‌های خود قرار دهند اگرچه این شرکت‌ها - چنان که خواهیم گفت - برای تطبیق فعالیت‌های خود بر موازین حقوقی و قوانین جاری از قراردادهایی چون بیع مشاع و صلح منافع کمک گرفته‌اند اما با توجه به رواج این مسئله در سال‌های اخیر و به ویژه استفاده از عناوین «بیع زمانی» و «تایم شر» و نیز با توجه به بهره‌گیری این شرکت‌ها از تجارب شرکت‌های خارجی بیم آن می‌رود که مشکلاتی از این ناحیه ایجاد شود لذا لازم است در جهت قانونمند شدن آن اقدام شود.

هدف از این نوشتار که با توجه به نیاز فوق تنظیم شده است آن است که جایگاه چنین قراردادی را در فقه امامیه و حقوق ایران مشخص نماید و به بررسی اعتبار و نفوذ آن

بپردازد.

الف - توضیح موضوع

واژه Timesharing در لغت به معنای سهم زمانی یا مشارکت زمانی است و در اصطلاح به شیوه خاص استفاده و انتفاع از ملک اطلاق می‌شود که بر طبق آن، مالکین به صورت زمان‌بندی شده حق استفاده از ملک را دارند. مؤلف فرهنگ حقوقی Black درباره این واژه می‌نویسد: «Timesharing شکلی از مالکیت سهم بندی شده مال است که عموماً در املاک مشاعی که مخصوص گذران اوقات فراغت است و نیز در اماکن تفریحی رواج دارد و در آن، چند مالک استحقاق می‌یابند که برای مدت معین در هر سال، از آن مال استفاده کنند (مثلاً دو هفته در هر سال)»^۱

به گفته برخی از آگاهان، از پیاپی «timeshare» بیش از چند دهه نمی‌گذرد و به همین جهت - تا جایی که کاوش شده - نامی از آن در کتاب‌های حقوقی فارسی برده نشده است. محدودیت منابع مطالعاتی در این زمینه بر مشکل افزوده است و لذا به رغم مشورت با اساتید دانشگاه و مراجعه به منابع در دسترس - اعم از فارسی، عربی و انگلیسی - هنوز ماهیت و احکام تایم شر، تا حدود زیادی برای ما ناشناخته است اما آنچه مسلم است این است که ماهیت تایم شر از دو صورت زیر خارج نیست:

۱ - فرض اول این است که «تایم شر» در حقیقت، عبارت دیگری از مهاریات در فقه است یعنی چند مالک که به صورت مشاع در ملکی شراکت دارند به دلیل آنکه نمی‌توانند به طور همزمان از آن ملک استفاده کنند، منافع ملک را به صورت زمان‌بندی شده بین خود تقسیم می‌کنند. بنابراین در این صورت، مالکیت مالکین به صورت مشاع بوده تنها حق انتفاع از ملک، به صورت زمان‌بندی شده تقسیم شده است.

۲ - فرض دوم آن است که هر کدام از مالکین در مدت مشخصی از سال، مالک تمام

1. "Timesharing: form of shared property ownership. Commonly on vacation or recreation condominium property where in rights vest in sharerd owners to use propirty for specified priod each year (e. g two weeks each year)" . Blacks Lawdictionary p.1483.

عین باشند که با اتمام آن مدت، مالکیت عین به دیگری منتقل می‌شود و این ترتیب، هر سال تکرار می‌شود. در این فرض، مالکیت افراد به صورت موقت و زمانی است یعنی مالکیت عین براساس زمان، تقسیم شده است نه حق انتفاع از آن.

مهاریات از نظر فقه و حقوق، امری پذیرفته شده است و لذا اگر ماهیت «تایم شر»، همان مهاریات و تقسیم منافع براساس زمان باشد، بحث قابل توجهی وجود ندارد و ما در فصل پایانی این نوشتار به این مسئله بیشتر خواهیم پرداخت.

اما با توجه به برخی منابع موجود و نیز راهنمایی اساتید و به ویژه با عنایت به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۵۰۴۲ - ۷۵/۸/۱۰^۱ که در این رابطه ابراز شده است به نظر می‌رسد که «تایم شر»، نوع خاصی از مالکیت می‌باشد و ماهیت آن با بیع مشاع و مهاریات، تفاوت اساسی دارد. به بیان دیگر «تایم شر» عبارت است از مالکیت زمان‌بندی شده مال به این صورت که مالکیت یک ملک مانند ویلا و پلاژ و در سطح وسیع‌تر مالکیت یک جزیره و مانند آن به صورت زمان‌بندی شده به چند نفر انتقال می‌یابد به گونه‌ای که هر کدام از آنها در مدت مشخصی از سال، مالک آن ملک می‌باشند و از آن استفاده می‌کنند و این ترتیب، هر ساله تکرار می‌شود.

برای روشن شدن موضوع لازم است به این نکته اشاره کنیم که واگذاری موقت منافع یک عین به صورت تملیک منافع و یا به صورت واگذاری حق انتفاع بدون تردید، صحیح و نافذ می‌باشد و در این صورت، نه تنها واگذاری منافع به صورت زمان‌بندی شده و موقت، امکان‌پذیر است بلکه موقت بودن در مورد تملیک منافع از شرایط عقد اجاره می‌باشد^۲ اما در فرض مورد بحث، عین مال به صورت زمان‌بندی شده به مالکیت چند نفر درمی‌آید گرچه منافع آن نیز به تبع عین، مورد تملیک قرار می‌گیرد.

مالکیت زمان‌بندی شده به معنای فوق سابقه‌ای در فقه ندارد. و به تازگی در ایران مطرح شده است لذا اعتبار و صحت آن در فقه و حقوق ایران مورد تردید قرار گرفته است.

۱. متن این نشریه در صفحات آینده خواهد آمد.

۲. امامی، دکتر سیدحسین، *حقوق مدنی*، ج ۱، ص ۵۹.

ب - چگونگی طرح موضوع و مراحل پیگیری آن در مرکز

۱ - مسئله «تایم شر» به طور مشخص از زمانی در ایران مطرح شد که شرکتی به نام «شرکت مجتمع‌های توریستی و رفاهی آبادگران ایران» اقدام به فروش هفتگی آپارتمان‌ها و ویلاهای توریستی واقع در ساحل جزیره کیش نمود. این شرکت در آگهی‌ها و برگه‌های تبلیغاتی خود از عنوان «تایم شر»، «مالکیت زمانی» و «بیع زمانی» استفاده نمود.

شروع فعالیت این شرکت به ویژه استفاده از اصطلاحات و عناوین بحث‌انگیز فوق، موجب مطرح شدن این موضوع در محافل حقوقی گردید چرا که عنوان بیع زمانی و مالکیت زمانی در حقوق ایران و خصوصاً در فقه، بی‌سابقه و ناشناخته بود. البته باید دانست که شرکت مزبور، صرفاً جهت جلب جهانگردان و رونق صنعت جهانگردی که لازمه آن، ارتباط با جهان خارج است واژه «تایم شر» را در تبلیغات خود در روزنامه‌ها و دیگر رسانه‌ها به کار برده و از آن به بیع زمانی تعبیر کرده است. نکته جالب توجه اینکه معادل سازی بیع زمانی با Time share نیز توسط متخصصین همین شرکت صورت گرفته و بنا به اظهار مسئولین شرکت «نزدیک‌ترین معنای فارسی در «تایم شر» شرکت در زمان و یا فروش زمانی است و به جهت بازاریابی و جلب توجه خریداران، کارشناسان اقتصادی شرکت، «مالکیت زمانی» را انتخاب نموده‌اند.^۱

به هر تقدیر، شرکت آبادگران ایران اگرچه در تبلیغات خود از عناوین بیع زمانی و مالکیت زمانی استفاده نموده اما به دلیل اینکه چنین عناوینی جایگاه قانونی در حقوق ایران ندارد، قراردادهای خود را به صورت «بیع مشاع مشروط» تنظیم نموده است و لذا خود شرکت نیز مبیعه‌نامه راجع به انتقال ویلاها را نوعی بیع زمانی نمی‌داند.^۲

۲ - تردید و ابهام در مشروعیت عناوین فوق و نیز احساس خلأ قانونی در این زمینه به ویژه با عنایت به مشکلاتی که در مورد ثبت این‌گونه املاک برای سازمان ثبت اسناد و املاک پدید آمد، قوه قضائیه را بر آن داشت تا در این مورد به تحقیق بپردازد بدین منظور

۱ و ۲. نامه شرکت آبادگران در پاسخ به سوالات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

ریاست محترم قوه قضائیه در تاریخ ۱۳۷۵/۷/۱۵ خطاب به ریاست مرکز تحقیقات قوه قضائیه چنین مرقوم داشتند:

«مبايعه نامه مالکیت زمانی مربوط به شرکت آبادگران را ملاحظه می فرمایید. این نوع بیع بررسی شود آیا یک عقد مستقل عقلایی صحیح است گرچه هیچ عنوانی بر آن صدق نکند یا نوعی بیع است مشروط به شرایط و الغاء برخی حقوق مالکانه یا اختیارات و بالاخره از نظر شرعی و قانون مدنی در بخش عقود چه وضعیتی دارد؟»

۳ - پس از طرح موضوع در مرکز تحقیقات قوه قضائیه، سؤالی به شرح زیر تنظیم و برای مراجع و تعدادی از فضلاء حوزه علمیه فرستاده شد:

متن سؤال: «در بخش عقود، فروش یک ملک به صورت زمانی به چند نفر چه حکمی دارد؟ مثلاً ملکی به چهار نفر فروخته شده، این ملک در هر فصل سال در اختیار مالک همان فصل است که خودش استفاده کند یا اجاره دهد و یا...»
مراجع و فضلاءیی که مورد سؤال قرار گرفته بودند، عموماً چنین قرارداد بیعی را باطل دانستند.

۴ - محققین مرکز، همچنین سؤال فوق را از اداره حقوقی قوه قضائیه استعلام نمودند و اداره مزبور، در پاسخ استعلام چنین مرقوم داشته است:
«عقد بیع با فرض مندرج در استعلام، قابل تحقق نیست به عبارت دیگر بیع یک ملک برای مثلاً یک فصل سال با قوانین موجود مطابقت ندارد، زیرا وقتی شش دانگ ملکی را می فروشد، آن ملک از ملکیت او خارج و داخل در ملکیت مشتری می گردد و این امر محدودیت زمانی ندارد یعنی برای همیشه است، ولی در بعضی از کشورهای اروپایی، این قبیل معاملات تجویز شده است و اگر مصلحت باشد که در ایران هم آن روش اعمال شود نیاز به تصویب قانونی خاص دارد.»

۵ - یکی دیگر از اقدامات محققین در این زمینه، بررسی مبايعه نامه شرکت آبادگران ایران بود که پس از بررسی دقیق و همه جانبه بر روی مفاد این مبايعه نامه، جزوه ای تحت

عنوان «بررسی فقهی و قانونی مبیعه‌نامه شرکت آبادگران؛ سهم زمانی، «Timeshare» تنظیم کرده، نظر خویش را درباره مبیعه‌نامه فوق اعلام داشتند. در بخشی از این جزوه آمده است:

«پس از بررسی و تجزیه و تحلیل مبیعه‌نامه و تماس با مشاور حقوقی شرکت و مطالعه منابع فقهی، روشن شد که عقد شرکت مزبور، بیع مشاع است و به مقتضای عموم «المؤمنون عند شروطهم» و «اوفوا بالعقود» شروطی از جمله شرط استفاده از بیع در زمان معین در آن گنجانیده شده است.

۶ - نتیجه بررسی فوق در تاریخ ۲۱/۱۰/۷۶ به حضور ریاست محترم قوه قضائیه ارسال گردید. ایشان پس از بررسی تحقیقات ارسال شده، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه را مأمور بررسی و تحقیق در خصوص اصل مسئله فقهی بیع زمانی نمودند. بدین ترتیب، موضوع بیع زمانی مجدداً در دستور کار این مرکز قرار گرفت. با این تفاوت که در مرحله گذشته محدوده تحقیق مرکز، تنها بررسی مبیعه‌نامه شرکت آبادگران بود، ولی در مرحله اخیر، بررسی تأسیس حقوقی «تایم شر» یا بیع زمانی در حقوق و فقه، موضوع کار قرار گرفت.

نوشته حاضر نتیجه بررسی فقهی و حقوقی، تایم شر و بیع زمانی است که به طور کلی مسئله بیع زمانی و مالکیت‌های زمان‌بندی شده را مورد بررسی قرار می‌دهد.

ج - ترتیب مباحث تحقیق:

برای بررسی صحت و اعتبار قرارداد انتقال مالکیت زمان‌بندی شده (بیع زمانی) در حقوق ایران و فقه باید در سه قسمت به بررسی و تحقیق بپردازیم.

۱ - آیا چنین قراردادی را می‌توان در یکی از عقود معین که در فقه و قانون مدنی شناخته شده است، جای داد و بدین ترتیب با توجه به ضوابط و شرایط خاص این عقد، به بررسی صحت و اعتبار آن پرداخت؟

۲ - در صورتی که عنوان هیچ یک از عقود معین، بر این قرارداد صادق نباشد و از راه

عقود معین نتوان مستمسکی برای اعتبار و نفوذ آن یافت؛ آیا می توان راه دیگری برای اعتبار آن پیدا کرد؟

۳ - صرف نظر از اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد «تایم شر»، آیا می توان شیوه های مشابهی را در فقه یافت که از نظر آثار و نتایج، شباهت کامل با قرارداد تایم شر داشته باشد و اعتبار و صحت آن هم مورد اشکال و تردید نباشد؟

با توجه به این مطالب، ما در نخستین فصل این نوشتار، ابتدا به بررسی جایگاه قرارداد انتقال مالکیت زمان بندی شده در میان عقود معین می پردازیم (مبحث اول)، سپس موضوع را از دیدگاه اصل آزادی قراردادهای و عقود نامعین مورد بررسی قرار می دهیم (مبحث دوم). و در فصل دوم، به بررسی سایر شیوه های مشابه که می توان در ایران از آن بهره گرفت، خواهیم پرداخت.

تذکره: چنان که پیشتر اشاره کردیم، اصطلاح بیع زمانی، اصطلاحی خود ساخته است که بدون توجه به ماهیت قرارداد تایم شر و صرفاً به جهت بازاریابی و جذب خریداران انتخاب شده است و چنان که خواهیم دید اساساً اطلاق عنوان بیع بر چنین قراردادی نادرست می باشد. بنابراین ما در این نوشتار برای آنکه گرفتار تعابیر و الفاظ نادرست نشویم از به کار بردن عنوان بیع زمانی خودداری نموده، به جای آن از اصطلاح «تایم شر» یا «قرارداد مالکیت زمان بندی شده» استفاده خواهیم کرد. اصطلاح اخیر با توجه به ماهیت تایم شر انتخاب شده و محذورات یاد شده در اصطلاح بیع زمانی را ندارد.

فصل اول: بررسی صحت و اعتبار «تایم شر» در بخش قراردادهای

مبحث اول: جایگاه «تایم شر» در عقود معین

عقود معین به قراردادهایی اطلاق می شود که در فقه و قانون، نام خاص و مشخص دارد و احکام و آثار ویژه آنها به تفصیل بیان شده است مانند اجاره، بیع، قرض و ... در این گونه قراردادهای که به دلیل اهمیت اجتماعی و اقتصادی خود از دیرباز مورد توجه قانونگذاران بوده است قالب بیان اراده از پیش فراهم آمده و همه امور به حاکمیت اراده دو

طرف عقد واگذار نشده است. در مقابل؛ عقود نامعین در قانون، عنوان و صورت ویژه ندارند؛ شمار آنها نامحدود است و شرایط و آثار هر پیمان بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده معین می‌شود مانند قرارداد مربوط به طبع و نشر کتاب و انتقال سرقفلی و باز کردن حساب جاری.^۱

حقوقدانان، عقود و قراردادها را با توجه به نتیجه و اثر عقد به دو گروه تملیکی و عهدی تقسیم کرده‌اند. در عقود تملیکی، اثر مستقیم عقد، انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است مانند بیع، اجاره، عمری، رقبی و ... ولی در عقود عهدی، نتیجه قرارداد عبارت است از ایجاد، انتقال یا سقوط تعهدات مانند حواله، ضمان، کفالت و...^۲

از سوی دیگر عقود و قراردادها را با توجه به موضوع و هدف اقتصادی آنها به دو دسته معوض و مجانی تقسیم کرده‌اند براساس این تقسیم، عقود معوض عقودی است که در آنها دو تعهد یا تملیک متقابل باشد یعنی هر یک از طرفین در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که برعهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری به دست می‌آورد مانند عقد بیع و اجاره و قرض و در مقابل، عقود مجانی تنها دربردارنده یک تعهد یا تملیک است مانند هبه و عاریه.^۳

عقود تملیکی معوض را نیز می‌توان به نوبه خود به دو گروه تقسیم کرد: اول، عقودی که در آنها مالکیت عین انتقال می‌یابد مانند بیع و قرض و دوم، عقودی که در آن منفعت یا حق انتفاع، مورد انتقال قرار می‌گیرد مانند عقد اجاره و عمری.

در قرارداد تایم شر با توجه به تحلیل و توضیحی که در مقدمه گذشت، مالکیت یک عین به صورت زمان‌بندی شده و در مقابل عوض، به چند نفر منتقل می‌شود بنابراین؛ این قرارداد از نظر ماهیت و آثار، به عقود تملیکی و معوض عین شباهت دارد و به همین جهت برای یافتن جایگاه قرارداد تایم شر در میان عقود معین، تنها باید عقود تملیکی و معوض عین را مورد بررسی قرار داد.

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *عقود معین*، ج ۱، ص ۱.
 ۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، ص ۷۵.
 ۳. همان، ص ۱۱۳.

از میان عقود معین، تنها سه عقد می‌توان یافت که در آنها، عین به صورت معوض به دیگری تملیک می‌شود این سه عقد عبارت است از: بیع، معاوضه و قرض، علاوه بر این سه عقد، عقد صلح نیز از آن جهت که قالبی گسترده‌تر از همه عقود دارد و به عبارت دیگر، همه عقود را می‌توان در قالب صلح منعقد کرد، می‌تواند قالبی برای تملیک معوض عین قرار گیرد. بنابراین برای یافتن جایگاه تایم‌شر در عقود معین باید این چهار عقد را مورد بررسی قرار داد.

نردیدی نیست که قرارداد تایم شر با توجه به ماهیت آن، در قالب عقد قرض نمی‌گنجد چرا که قرض عبارت است از تملیک مال در مقابل رد مثل یا رد قیمت در صورت تعذر رد مثل (ماده ۶۴۸ قانون مدنی) و حال آنکه در «تایم شر»، مالکیت عین در مقابل مال (ثمن) به چند نفر منتقل می‌شود و لذا نمی‌تواند مصداق قرض باشد و با توجه به همین نکته می‌توان فهمید که قرارداد «تایم شر» با عقد معاوضه تفاوت دارد چرا که طرفین معاوضه تنها هدفشان مبادله دو کالا است بدون توجه و ملاحظه اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد.

شباهت فراوان عقد بیع و قرارداد «تایم شر» این شبیه را در ذهن تقویت می‌کند که «تایم شر» نیز نوعی بیع و از مصادیق آن می‌باشد بنابراین ما در گفتار اول با بررسی ماهیت بیع خواهیم کوشید به این سؤال پاسخ دهیم که آیا می‌توان قرارداد تایم شر یا انتقال مالکیت زمان بندی شده را از مصادیق بیع دانست و بدین ترتیب راهی برای اثبات مشروعیت آن یافت؟ و در مبحث دوم با نگاهی به عقد صلح به بررسی این مسئله می‌پردازیم که آیا قرارداد تایم شر را می‌توان تحت عنوان عقد صلح منعقد کرد؟

گفتار اول - بیع

عقد بیع، رایج‌ترین و مهم‌ترین عقد تملیکی است و به دلیل همین اهمیت و رواج، بخش عمده مباحث فقهی و حقوقی را به خود اختصاص داده است. می‌توان ادعا کرد که مفهوم بیع از روشن‌ترین مفاهیم است و همه مردم به آسانی، تفاوت این عقد را با سایر

عقود درک می‌کنند و تردیدی در این زمینه ندارند اما اختلاف فقها در تعریف عقد بیع و نیز ویژگی‌ها و شرایط آن، تردیدهایی را در مورد برخی از مصادیق بیع ایجاد کرده است به عبارت دیگر فقها، در عین حال که در مورد ماهیت بیع اختلاف اساسی ندارند اما در مورد برخی از قراردادهای اختلاف نظر دارند. به عنوان مثال می‌توان انتقال حقوق و منافع و انتقال سرقفلی را نام برد که به نظر بعضی از فقها، مصداق بیع و به نظر برخی دیگر خارج از بیع است.

یکی از موارد مورد تردید، قرارداد «تایم شر» می‌باشد که در این گفتار به بررسی و مقایسه آن با عقد بیع می‌پردازیم. مهم‌ترین نکته‌ای که به نظر ما باعث تمایز ماهوی این دو نوع قرارداد می‌شود موقت بودن تملیک در قرارداد تایم شر است، زیرا در این قرارداد چنان که گفتیم مالک، عین را برای مدت محدودی مثلاً یک فصل - به چند نفر منتقل می‌کند و این ترتیب، هر ساله تکرار می‌شود اما ماهیت عقد بیع با تملیک موقت سازگار نیست.

براین اساس، در این گفتار باید به بررسی این مسئله پرداخت: که آیا بیع موقت در فقه و حقوق جایز است یا خیر به عبارت دیگر آیا انتقال مالکیت تحت عنوان بیع جایز است یا نه؟

الف - تعریف بیع و ویژگی‌های آن:

فقها تعریفات متفاوتی از بیع ارائه داده و هر کدام کوشیده‌اند تا با بهترین و کوتاه‌ترین عبارت، ماهیت این عقد را بیان نمایند. از بررسی کلمات فقها در تعریف بیع، روشن می‌شود که همه آنان به دنبال نشان دادن ویژگی‌های اساسی بیع بوده‌اند و اختلافات آنان تنها در تعریف لفظی بیع می‌باشد و در ماهیت آن به عنوان یکی از عقود معین، اختلافی ندارند. مرحوم صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «مراد فقها از تعریفات بیع که برای عقد بیع ذکر کرده‌اند، تنها کشف فی الجمله از ماهیت آن است نه تعریف منطقی»^۱

ویژگی‌های اساسی عقد بیع را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

۱ - عقد بیع از عقود تملیکی و معوض است به این معنا که بایع، مبیع را در مقابل ثمن، به مشتری تملیک می‌کند. با در نظر گرفتن این ویژگی، عقد بیع از عقود عهدی مانند جعاله و حواله و عقود اذنی مانند عاریه و ودیعه و نیز عقودی که مبنی بر انتقال مالکیت رایگان می‌باشد مانند هبه، متمایز می‌گردد.

۲ - در عقد بیع، عین مال مورد معامله قرار می‌گیرد یعنی موضوع بیع، انتقال عین در مقابل عوض است. این ویژگی، عقد بیع را از اجاره و سایر عقودی که در مورد تملیک غیرعین می‌باشد جدا می‌کند.^۱

۳ - لزوم: ویژگی دیگر عقد بیع، لزوم آن است که باعث تمایز آن از عقود جایز می‌شود.

۴ - دوام بیع: یکی دیگر از ویژگی‌های بیع، دوام بیع می‌باشد، این ویژگی باید مورد بررسی قرار گیرد چرا که غالب فقها به آن تصریح نکرده‌اند. بنابراین باید به این مسئله پرداخت که آیا دوام و استمرار از شرایط اساسی بیع است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا بیع موقت از مصادیق بیع مصطلح در فقه می‌باشد یا خیر و بر فرض که عنوان بیع بر آن صادق باشد آیا چنین بیعی صحیح است یا باطل؟^۲ کلمات فقها نتیجه قابل قبولی به دست نمی‌دهد چرا که اکثر فقها هیچ اشاره‌ای به این مطلب نکرده‌اند و تنها برخی از فقیهان متأخر به آن اشاره کرده و همین عده نیز بحث مفصلی ارائه نکرده‌اند. بنابراین لازم است در این باره به بحث و بررسی بپردازیم.

۱. غالب فقها، عین بودن مبیع را از شرایط اساسی بیع و موجب تمایز آن از اجاره می‌دانند مانند شیخ انصاری، *مکاسب*، ص ۷۹، نجفی، شیخ محمدحسن، همان مأخذ، ص ۲۰۹، آیت‌الله خویی در کتاب *مصباح الفقاهه*، ج ۲، ص ۱۰، اما برخی فقها این نظر را نپذیرفته و قائل به امکان تصور بیع در غیر اعیان مانند حقوق و منافع شده‌اند. رک: امام خمینی (ره)، *البیع*، ص ۸.

ب - بررسی بیع موقت

برای روشن شدن محل بحث لازم است ابتدا صور مختلف بیع را در مقایسه با زمان مورد توجه قرار دهیم. به طور کلی از مقایسه بیع با زمان، سه صورت قابل تصور است:

۱ - بیع عین به صورت غیرموقت: در چنین بیعی، مالکیت استمراری عین به دیگری منتقل می‌شود بنابراین مشتری پس از بیع، مالک دائمی مبیع خواهد بود. البته منظور از مالکیت دائمی این نیست که دوام مالکیت، شرط بیع باشد به این معنا که مبیع برای همیشه در مالکیت مشتری باقی بماند، زیرا این معنا با جعل خیار و یا نقل و انتقالات بعدی که بر مبیع صورت می‌گیرد منافات دارد بلکه منظور از دوام در بیع، همان ارسال مالکیت است که در بعضی از کلمات فقها به چشم می‌خورد و به تعبیر منطقی؛ بیع در این فرض، نسبت به دوام و استمرار، لابلشروط است نه بشرط شیئی ولی نسبت به توقیت مالکیت، به شرط لا می‌باشد. بنابراین در این صورت، مبیع با عقد بیع داخل در ملکیت مشتری می‌گردد. و مادام که یکی از اسباب ناقله ملکیت محقق نشده است در ملک او باقی می‌ماند.

۲ - بیع اعیانی که برای تعیین میزان و مشخص شدن مقدار آن باید از زمان استفاده کرد: مانند فروش شیر یک ماهه گوسفند یا میوه یک ساله درخت. در چنین مواردی، زمان، قید مملوک است نه قید مالکیت بنابراین، نفس تملیک، موقت نیست بلکه مملوک، مقید به زمان شده است.

۳ - بیع موقت، در این صورت که مورد بحث ماست تملیک به صورت موقت صورت می‌گیرد یعنی عین به صورت موقت به دیگری فروخته می‌شود مثلاً کتاب را برای مدت یک ماه به دیگری می‌فروشد.

از بین صور فوق، صورت اول مسلماً هیچ‌گونه اشکالی ندارد و به طور شایع در جامعه و میان مردم رواج دارد. صورت دوم نیز به نظر فقها اشکال ندارد چرا که در چنین صورتی، مالکیت و تملیک، مقید به زمان نشده و فقط مملوک، محدود به زمان شده است. مرحوم

سیدمحمد کاظم یزدی در این باره می‌فرماید: «اگر اجل، قید مملوک باشد چنین بیعی بلا اشکال است مثل اینکه بگوید: شیر این گوسفند در مدت یک ماه را به تو فروختم...»^۱

در فرض سوم، زمان، قید بیع و اصل تملیک است یعنی عین معینی، برای مدت مشخص تملیک می‌شود. مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی بحث بیع موقت را به این صورت مطرح می‌سازد: «هل يعتبر فی حقیقة البیع کون التملیک فیہ مطلقاً اولاً بل هو اعم منه و من الموقت و عبارة اخرى اذا قال بعتك هذا الی شهر هل هو بیع و ان کان فاسداً شرعاً او انه لیس بیع؟ هذا اذا لم یکن الاجل للمملوک و الا فلا اشکال كما اذا قال بعتك لبن هذا الشاة الی شهر او ثمر هذا الشجر الی کذا و الا قوی هو الاول لالعدم معقولیة التملیک الموقت كما قد یتخیل کیف و هو واقع فی الوقف بناء علی کونه تملیکا كما هو الاشهر الاقوی بل لعدم الصدق عرفاً او الشک فیہ و هو کاف فی الحکم بالعدم كما لا یخفی»^۲

از بررسی کلمات فقهایی که در این رابطه اظهار نظر کرده‌اند برمی‌آید که ظاهراً آنان تردیدی در بطلان بیع موقت ندارند و همه آنان چنین بیعی را باطل و فاسد می‌دانند^۳ اما نکته‌ای که باید بدان پرداخته شود آن است که علت بطلان بیع موقت چیست؟

به طور کلی دو دلیل اساسی برای بطلان بیع موقت، ابراز شده است:

۱ - عدم معقولیت و مشروعیت مالکیت موقت: اولین دلیل بطلان بیع موقت آن است که بایع، مبیع را به صورت موقت به مشتری تملیک می‌کند. بنابراین اثر بیع موقت، تملیک موقت است و از آنجا که تملیک موقت، امری نامعقول و غیرقابل قبول است و بر فرض معقول بودن، در حقوق اسلام امری نامشروع می‌باشد؛ بیع موقت نیز باطل است.

در پاسخ به این استدلال باید گفت: اگرچه معنای رایج و شایع تملیک، تملیک مستمر و غیرمقید به زمان است اما این بدان معنا نیست که تملیک موقت در شریعت اسلامی

۱ و ۲. یزدی، سیدمحمد کاظم، *حاشیه مکاسب*، ص ۶۶

۳. تنها تعداد کمی از فقها به مسئله بیع موقت اشاره کرده‌اند. از آن جمله‌اند: یزدی، سیدمحمد کاظم، *مأخذ پیشین، خوبی، آیت...* سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۶، ص ۲۷۶ و ۲۰۶ و نیز برای دیدن نظرات فقیهان معاصر رک: جزوه استفتائات مرکز تحقیقات قوه قضاییه درباره بیع زمانی.

اعتبار نداشته، نامشروع باشد. بلکه به نظر می‌رسد تملیک موقت و مالکیت موقت کاملاً معقول و قابل قبول بلکه مشروع است و بهترین دلیل بر امکان آن این است که در فقه، مواردی از آن را می‌توان یافت. ما در آینده به تفصیل، مسئله مالکیت موقت را مورد بررسی قرار خواهیم داد. اما اجمالاً یادآور می‌شویم که با توجه به امکان و مشروعیت تملیک موقت، دلیل دیگری باید برای بطلان بیع موقت اقامه کرد.

۲ - دومین دلیل بر بطلان بیع موقت آن است که اساساً چنین بیعی از عنوان بیع مصطلح در فقه خارج می‌باشد، زیرا در صورتی می‌توان عنوان بیع را بر یک معامله اطلاق کرد و آن را از مصادیق بیع دانست که عرفاً چنین اطلاقی صحیح باشد. بنابراین اگر قراردادی در عرف مردم، خارج از عنوان بیع باشد نمی‌توان آن را مصداق بیع مصطلح در فقه دانست. توضیح آنکه اصطلاح بیع که در فقه و حقوق اسلام مورد بحث قرار گرفته است اشاره به عقد خاصی است که با داشتن مشخصات و ویژگی‌هایی از سایر عقود متمایز می‌گردد. عقد بیع از دیرباز در میان مردم در هر مکان و زمان با هر عقیده و آیینی رواج داشته و دارد. تاریخ پیدایش عقد بیع به اولین روزهای زندگی اجتماعی بشر در این کره خاکی باز می‌گردد بنابراین عقد بیع از عقود مخترعه شارع مقدس نبوده و شارع مقدس در مورد آن تنها نقش امضایی و ارشادی داشته است و لذا لفظ بیع به عقیده بسیاری از فقها فاقد حقیقت شرعیه و متشرعیه است و به همان معنای عرفی خود باقی مانده است.^۱ به عبارت دیگر بیع و سایر عقود دارای مفهوم عرفی هستند و شارع مقدس درباره آنها تأسیسی ندارد و به همین جهت برای تعریف بیع باید به موارد صدق آن در عرف مراجعه کرد چرا که شارع مقدس نیز در این موارد بر طبق محاورات عرفی سخن گفته است و مرجع فهم معانی این اصطلاحات و موارد تطبیق آن، عرف می‌باشد.^۲

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۷۹.

۲. «انه بعد الفراغ عن ان المسبب امر عرفی و فی مقام الاصطلاح لا یختلف الشرع عن العرف فی ذلک بل انما تکلم علی نحو المحاورات العرفیه فلا بد من الرجوع الی العرف لتعین موارد حصوله و عدمه» قدیری، محمدحسن، البیع (تقریرات درس امام خمینی (ره))، ص ۱۸ در بخش دیگری از همین کتاب

به عقیده برخی از فقهاء، عنوان بیع در عرف تنها بر بیع مطلق (غیر موقت) صادق است به عبارت دیگر بیع موقت اساساً مصداق بیع مصطلح نیست و از اصطلاح بیع عرفی خارج می‌باشد. مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی در این باره می‌فرماید: علت بطلان بیع موقت آن است که عرفاً عنوان بیع، بر بیع موقت صادق نیست و اگر صدق عرفی عنوان بیع بر چنین معامله‌ای مشکوک باشد باز هم نمی‌توان آن را از مصادیق بیع دانست.^۱ و لذا با وجود تردید در بیع بودن چنین معامله‌ای، نمی‌توان برای اثبات صحت آن به عمومات تمسک کرد.

آیت... خوبی در این باره معتقد است که معنا و مفهومی برای تملیک موقت قابل تصور نیست، زیرا معنای بیع خانه آن است که بایع، خانه خود را به صورت ابدی و غیر مقید به زمان به دیگری تملیک کند بنابراین بیع و تملیک موقت، صحیح نیست.^۲ و در جای دیگر بطلان بیع موقت را بدیهی دانسته، می‌نویسد: «تردید بیع نیست که آنچه در عقد بیع، انشاء می‌شود، از حیث زمان مطلق است و بایع در عقد بیع ملکیتی مطلق و همیشگی را انشاء می‌کند».^۳

اظهار نظر برخی از فقهاء و محققین معاصر نیز در این رابطه قابل توجه است. به عنوان نمونه آیت... سیستانی در پاسخ به سؤالی در مورد بیع خانه به ۴ نفر برای چهار فصل

آمده است: «حیث ان المعامله لا ید و ان تکون معتبرة شرعاً و انه لیس للشارع المقدس فی الفاظها اصطلاح خاص و اختراع جدید و لم یؤسس فی حقیقة المعاملات شیئاً غیر ما هو المتعارف عند العقلاء و لو اعتبر شیئاً فیها اعتبره شرطاً لتاثيرها لا ان حقیقة المعامله عنده مغایرة لحقیقتها عند العرف فلا بد من الرجوع الی العقلاء فیها»، همان، ص ۲۰۰.

۱. یزدی، آیت... سیدمحمد کاظم، مأخذ پیشین.

۲. توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیت... خوبی)، ج ۶، ص ۲۷۴.

۳. آیت... خوبی معتقد است که در موارد اختیار شرط، دایره ملکیت از ابتدا محدود و مقید به عدم فسخ است و لذا منشأ در بیع در چنین مواردی مقید به عدم فسخ می‌باشد. ایشان در همین رابطه می‌فرماید: «لا یقال ان الملكية المنشأة مطلقه حتی بعد الفسخ فإنه لا معنى للبیع الی وقت خاص کسنة او ستین لکونه باطلا اجماعاً، فانه یقال لا شبهة فی أن المنشأ مطلق من حیث الزمان و ان البایع انشأ ملكية مطلقة للمشتري و ابدية و لكن کلامنا لیس فی الاطلاق و التقييد من حیث الزمان بل من حیث الزمانيات ... و لا یقاس کون المنشأ ملكية محدودة بالفسخ، بالبیع الی سنة فان الثاني باطل بالضرورة بخلاف الاول»

مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۲۰۶.

(قرارداد تایم شر) می‌فرماید: «فروش به زمان محدود نمی‌شود، ولی می‌توان آن را در هر فصل به یک نفر اجاره داد و اجاره موجب ملکیت همه منافع است» یکی دیگر از فقهای معاصر نیز در این رابطه می‌نویسد: «بیع باید قطعی بوده و زمان در آن دخالت نداشته باشد»^۱. محقق دیگری نیز معتقد است: «در بیع متعارف که شارع مقدس هم امضاء کرده و اصطلاح خاصی ندارد، تملیک مال با تمام شئون و اطوار و ازمان است»^۲.

با مراجعه به متون فقهی و نظری اجمالی به عرف مردم می‌توان به این مطلب جزم پیدا کرد که اصطلاح بیع در عرف مردم و نیز در اصطلاح فقیهان به قراردادی اطلاق می‌شود که در آن، عین مالی در مقابل عوض به دیگری منتقل می‌شود به گونه‌ای که رابطه مالک اول (بایع) با مال، به کلی و برای همیشه قطع می‌شود و رابطه مالکیت بین مالک جدید (مشتري) و عین برقرار می‌شود و به عبارت دیگر انتقال دائمی عین از ویژگی‌های لازم و اوصاف ممیزه عقد بیع است و به همین جهت انتقال موقت عین را اساساً نمی‌توان مصداق بیع دانست.

به هر تقدیر به نظر می‌رسد ارتکاز عرفی درباره مفهوم بیع آن است که بایع، ملکیت بیع را به صورت نامحدود و غیرمقید به زمان به مشتري می‌فروشد و لذا بیع موقت، برخلاف مفهوم عرفی بیع می‌باشد و از آنجا که احراز صدق عرفی عنوان بیع بر قرارداد، شرط اولیه حکم به صحت عقد بیع است لذا بیع موقت را نمی‌توان نوعی بیع دانست و حکم به صحت آن داد، از این رو در صورت شک نیز نمی‌توان بیع موقت را از مصادیق بیع دانست.

بنابراین، تحلیل قرارداد تایم شر تحت عنوان عقد بیع، نادرست و غیرقابل قبول است و لذا قرارداد تایم شر اساساً نوعی بیع مصطلح نیست بلکه نوعی توافق و قرارداد ویژه است که مفاد آن انتقال مالکیت زمان‌بندی شده می‌باشد و به همین دلیل، غالب فقها و

۱. مظاهری، آیت‌ا... حسین، جزوه استفتائات مرکز.

۲. آیت‌ا... موسوی تبریزی، جزوه استفتائات مرکز، و برای دیدن نظرات سایر علما در این رابطه نیز ر.ک: همان مأخذ.

محققینی که درباره «تایم شر» مورد سؤال قرار گرفته‌اند، آن را مصداق بیع مصطلح ندانسته‌اند.^۱

گفتار دوم: صلح

الف - تعریف عقد صلح، احکام و ویژگی‌های آن

یکی از عقود معین که در فقه مورد بحث قرار گرفته است عقد صلح می‌باشد. عقد صلح چنان که بسیاری از فقها گفته‌اند، عقدی است که برای قطع کشمکش و رفع نزاع تشریح شده است.^۲ اما این تعریف به اعتقاد بسیاری از فقیهان، تنها بیان‌کننده حکمت تشریح عقد صلح است نه علت آن^۳ و براین اساس، مشروعیت عقد صلح منحصر به مواردی نیست که نزاعی رخ داده یا اختلافی وجود داشته باشد بلکه عقد صلح به عنوان عقدی مستقل در کنار سایر عقود، مشروعیت و اعتبار دارد.

دیدگاه موسع فوق در مورد عقد صلح مورد اتفاق فقهای شیعه است و ظاهراً فقهای شیعه در این زمینه تردیدی ندارند.^۴ تنها اختلافی که بین فقهای امامیه وجود دارد آن است که آیا عقد صلح در جایی که نتیجه سایر عقود را دارد عقدی مستقل است یا فرع آن عقود محسوب می‌شود؟ شیخ طوسی در کتاب مبسوط بر این عقیده است که صلح، فرع عقود

پژوهش‌گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱. به عنوان نمونه آیت‌ا... معرفت می‌فرماید: چنین معامله‌ای بیشتر به اجاره شباهت دارد و در بیع بی‌سابقه است. آیت‌ا... علوی گرگانی می‌فرماید: این نحو خرید و فروش معلوم نیست مصداق بیع باشد، زیرا ظهور تملیک در مالکیت استمراری است. آیت‌ا... صافی می‌فرماید: فروش ملک به صورت مذکور شرعی نیست، ولی اجاره اشکال ندارد. ر.ک: جزوه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.

۲. «هو عقد شرع لقطع التجاذب» شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ج ۴، ص ۲۵۹؛ بحرانی، شیخ یوسف، *الحدایق الناظره*، ج ۲۱، ص ۸۳.

۳. بجنوردی، آیت‌ا... میرزاحسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۵، ص ۱۰، بحرانی، شیخ یوسف، همان کتاب، ص ۸۵.

۴. مرحوم بحرانی در این باره می‌فرماید: «الظاهر انه لاخلاف بین اصحابنا - رضوان... علیهم - فی انه لا یشتراط فی صحه الصلح سبق نزاع بل لو وقع ابتداء علی عین بعض معلوم صح واقاد نقل کل من العوضین کما فی البیع لاطلاق الادله الداله علی جوازه من غیر تقييد بالخصومه» *الحدایق الناظره*، ج ۲۱، ص ۸۴.

پنجگانه بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می‌باشد.^۱ ولی فقهای پس از ایشان این سخن را نپذیرفته‌اند با این استدلال که عقد صلح اگرچه در مواردی، فایده و نتیجه عقود دیگر را دارد، ولی این مسئله موجب نمی‌شود که این عقد از افراد آن عقود محسوب شود علاوه بر اینکه ادله صلح، به وضوح بر استقلال این عقد در کنار سایر عقود دلالت می‌کند.^۲

قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، صلح را عقدی مستقل دانسته، در ماده ۷۵۲ تصریح می‌دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

بنابراین عقد صلح، معامله‌ای مستقل است و می‌تواند به جای عقود دیگر واقع شود و نتیجه آن عقود را بدهد. و در این موارد، عقد صلح، فرع آن عقود نمی‌باشد و به همین دلیل، شرایط و احکام ویژه آن عقود را به دنبال ندارد چرا که «آثار و احکام ویژه هر معامله فقط بر همان عنوان مترتب می‌شود نه بر هر قراردادی که فایده آن معامله را داشته باشد و شکی نیست که عنوان صلح با عنوان بیع، اجاره و سایر قراردادهای مختلف است و لذا احکام و شرایط یکی به دیگری سرایت نمی‌کند اگرچه نتیجه آنها یکی باشد».^۳ ماده ۷۵۸ قانون مدنی نیز با توجه به همین دیدگاه می‌گوید: «صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله‌ای را که به جای آن واقع شده است می‌دهد، لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری باشد».

نگرش استقلالی به عقد صلح موجب شده است که این عقد به عنوان وسیله‌ای برای گسترش انواع قراردادهای و حاکمیت اراده به کار گرفته شود. زیرا با توجه به محدود نبودن موضوع صلح، هرگونه قراردادی را مادام که به احکام قانونگذار لطمه نزنند می‌توان تحت

۱. طوسی، شیخ جعفر، *المبسوط*، ج ۲، ص ۲۸۸.

۲. بحرانی، شیخ یوسف، همان کتاب، ص ۸۶.

۳. بجنوردی، آیت‌الله سیدحسین، همان کتاب، ص ۱۲، امام خمینی (ره) در این زمینه تصریح می‌دارد: «الصلح عقد مستقل بنفسه و عنوان برآسه فلم یلحقه احکام سایر العقود و لم تجر فیه شروطها و ان افاد فائدتها فما افاد فایده البیع لا تلحقه احکامه و شروطه...» *تحریر الوسیله*، ج ۱، ص ۵۱۶.

عنوان عقد صلح منعقد کرد و بدین ترتیب، عقد صلح، تبدیل به قالبی وسیع تر از همه عقود معین شده است.^۱

با توجه به همین دیدگاه مشاهده می شود که فقها در مواجهه با قراردادهای ناشناخته که قابل تطبیق بر هیچ یک از عقود معین و شناخته شده نیستند انعقاد چنین قراردادهایی را از طریق عقد صلح جایز و ممکن شمرده اند که در اینجا به سه نمونه اشاره می شود:

۱ - برخی از فقها معتقدند که در عقد بیع، ثمن نمی تواند از حقوق باشد بنابراین نمی توان عینی را در مقابل حقی فروخت. اما همین عده، چنین مبادله ای را از طریق عموماً صحت عقود آن را معتبر و مشروع دانسته اند اما در عین حال، انعقاد آن را از طریق عقد صلح، ممکن و مشروع دانسته اند.^۲

۲ - در قرارداد بیمه که قراردادی نوپیدا و جدید است اگرچه فقهای معاصر از طریق عموماً صحت عقود آن را معتبر و مشروع دانسته اند اما در عین حال، انعقاد آن را از طریق عقد صلح بی اشکال و صحیح شمرده اند.^۳

۳ - در بعضی نصوص وارده در باب صلح به قراردادهایی برمی خوریم که قابل تطبیق بر هیچ یک از عقود معین نیست. اما انعقاد صلح در مورد آن اجازه داده شده است.^۴

ب - قرارداد تایم نسر و صلح

با توجه به ماهیت و ویژگی های عقد صلح می توان گفت: انتقال مالکیت زمان بندی

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، مشارکت ها - صلح، ص ۲۹۸.

۲. آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۶۳

۳. روحانی، آیت... سید محمد صادق، المسائل المستحدثة، ص ۷۲.

۴. «قد يوجد مورد للصلح حسب النصوص الواردة فی باب الصلح لا ینطبق لاعلی البیع و لاعلی الاجاره و لاعلی العاریه و لاعلی الهبه كما روی: «إذا كان رجلان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لابدی کل واحد منهما کم له عند صاحبه فقال کل واحد منهما لصاحبه لک ما عندک ولی ما عندی فقال لا بأس بذلك اذا تراضیا و طابت انفسهما» فهذا لیس بیع لان العوضین مجهولان من حیث المقدار و لاهیه لانه لیس اعطاء مجان بل لكل واحد منهما عوض و لاعاریه و لیس باجاره لانه تملیک عین لامتفعة و لا ینطبق علی ای واحد من عناوین المعاملات فلا بد و ان یکون عقداً مستقلاً اذ لا یمکن ان یکون من فروع ای عقد آخر و معامله آخری» بجنوردی، آیت... سید حسن، همان کتاب، ص ۱۱.

شده اگرچه در قالب عقد بیع امکان ندارد اما به نظر می‌رسد انعقاد چنین قراردادی تحت عنوان عقد صلح هیچ مشکل و ایرادی ندارد. بنابراین مالک عین می‌تواند در قالب یک عقد صلح معوض، مالکیت زمان‌بندی شده عین را به چند نفر منتقل نماید به گونه‌ای که مالکیت این افراد به صورت مقطعی و موقت بوده، هر یک از آنها در مدت مشخصی از هر سال مالک آن عین باشند.

قرارداد فوق اگرچه نتیجه عقد بیع یعنی انتقال مالکیت عین را دارد اما چون به صورت عقد صلح واقع شده است با توجه به ماده ۷۵۸ قانون مدنی شرایط و احکام خاص بیع را ندارد. بنابراین اگرچه عقد بیع، قابل تقیید به زمان نیست و دوام مالکیت از ویژگی‌های اساسی آن به شمار می‌رود، ولی عقد صلح فوق‌الذکر اگرچه نتیجه بیع را دارد قابل تقیید به زمان می‌باشد و مشروط به دوام مالکیت نیست.

تنها نکته‌ای که در اینجا قابل بحث می‌باشد این است که هرچند هرگونه قرارداد و توافقی را می‌توان تحت عنوان عقد صلح منعقد کرد اما محدوده اختیار افراد بدان اندازه نیست که بتوانند امور نامشروع را نیز تحت عنوان این عقد قرارداده، از این طریق به ارتکاب محرمات یا ترک واجبات دست یازند. این نکته‌ای است که همه فقیهان امامیه بر آن تأکید کرده و حدیث: «*والصلح جایز بین المسلمین الا صلحا اهل حراما*» را دلیل سخن خود دانسته‌اند.^۱ ماده ۷۵۴ قانون مدنی نیز در این باره تصریح می‌دارد: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیرمشروع باشد».

اشکال مهمی که در مورد صلح مالکیت زمان‌بندی شده مطرح می‌شود آن است که موضوع چنین عقد صلحی عبارت است از انتقال مالکیت موقت به چند نفر و مالکیت موقت در حقوق اسلام مورد قبول واقع نشده و لذا مشروعیت ندارد. براین اساس، از آنجا که موضوع عقد صلح باید امری مشروع باشد نمی‌توان تحت عنوان عقد صلح، مبادرت به

۱. «بجوز ایقاعه علی کل امر الا ما استثنی کما یأتی بعضها و فی کل مقام الا اذا کان محرماً لحلال او محلاً لحرام» امام خمینی (ره)، *تحریر الوسیله*، ج ۱، ص ۵۱۶.

انتقال مالکیت موقت و زمان‌بندی شده نمود. بی‌تردید اگر عدم مشروعیت مالکیت موقت در فقه اثبات شود، صحت عقد صلح به صورتی که ذکر شد با اشکال روبرو خواهد شد و بدین ترتیب راهی برای اثبات مشروعیت تایم شر نخواهیم داشت. چرا که در این قرارداد، مالکیت موقت عین به افراد منتقل می‌شود و در این صورت حتی از طریق اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز نمی‌توان صحت آن را اثبات نمود.

بنابراین باید به بررسی «مالکیت موقت» در فقه بپردازیم و مشروعیت آن را مورد بررسی قرار دهیم.

ج - بررسی مشروعیت مالکیت موقت در فقه

یکی از اوصاف مالکیت که حقوقدانان درباره آن به بحث پرداخته‌اند، ویژگی دوام مالکیت می‌باشد. به عقیده برخی از حقوقدانان، این ویژگی در کنار دو ویژگی مطلق و انحصاری بودن می‌تواند تا حدود زیادی بیان‌کننده مفهوم مالکیت باشد.^۱ دو ویژگی اخیر امروز مفهوم پیشین خود را از دست داده و در موارد زیادی تخصیص خورده است. ویژگی دائمی بودن مالکیت نیز از سوی برخی از فقهاء و حقوقدانان مورد تردید قرار گرفته است. ما در اینجا به بررسی ادله منکرین و معتقدین مشروعیت مالکیت موقت می‌پردازیم.

اول: توضیح موضوع

سؤال اساسی در این مبحث این است که آیا مالکیت، حقی دائمی و همیشگی است یا می‌توان آن را مقید به زمان نمود به عبارت دیگر آیا مالکیت موقت در حقوق و فقه قابل قبول است یا خیر؟

شکی نیست که مالکیت افراد همواره در حال نقل و انتقال است و اموالی که در مالکیت افراد می‌باشد به سبب اسباب ناقله قهری یا اختیاری از شخصی به شخصی دیگر منتقل می‌شود بنابراین پر واضح است که منظور از دوام مالکیت در اینجا این نیست که مالکیت افراد، زایل شدنی نبوده و اموال اشخاص، همیشه در ملکشان باقی می‌ماند چرا که

چنین معنایی با واقعیت خارجی همخوانی نداشته، هیچ کس آن را نمی‌پذیرد و به این معنا، همه مالکیت‌ها جز مالکیت خدای تعالی موقتی است.

منظور از دوام مالکیت آن است که وقتی مالی در ملکیت شخص داخل شد برای همیشه در ملک او باقی می‌ماند مگر آنکه به یکی از اسباب انتقال مالکیت به دیگری انتقال یابد. براین اساس انتقال مالکیت منافاتی با دوام آن ندارد. و منظور از مالکیت موقت آن است که مالکیت شخص، مقید و محدود به زمان مشخصی شود به گونه‌ای که با سپری شدن آن مدت، مالکیت شخص خود به خود و بدون هیچ سبب جدیدی زایل شود و مال به مالک اصلی برگردد.

تردید نیست که به جز حق مالکیت، سایر حقوق عینی قابل تحدید و تقیید به زمان می‌باشد مانند حق ارتفاق و حق انتفاع و... اما در مورد حق مالکیت تردید اساسی وجود دارد. برخی از فقها و حقوقدانان مالکیت را قابل تقیید به زمان ندانسته و مالکیت موقت را غیرمعقول و باطل دانسته‌اند و برخی دیگر این نظر را نپذیرفته و از آن انتقاد کرده‌اند. ما ابتدا به نقد و بررسی دلایل گروه اول می‌پردازیم.

دوم: ادلة منکرین مالکیت موقت:

از بررسی مجموع کلمات فقها و حقوقدانان برمی‌آید که به طور کلی شش دلیل بر بطلان و عدم مشروعیت مالکیت موقت اقامه شده است. از این تعداد، دو دلیل بیشتر رنگ فلسفی دارد؛ دو دلیل به جنبه فقهی مالکیت اشاره و دو دلیل نیز از دیدگاه حقوقی مسئله را مورد بررسی قرار داده است که ما به ترتیب به ذکر آن مبادرت می‌نماییم.

۱ - اولین دلیل منکرین مالکیت موقت آن است که مالکیت به دلیل ماهیت ویژه خود اساساً قابل تحدید و تقیید به زمان نیست، زیرا مالکیت از اعراض قار^۱ است و از آنجا که

۱. عرض قار آن است که اجزاء مفروضش با هم موجود باشند و غیرقار، اجزایش با هم موجود نمی‌شود. ر.ک: شیروانی، علی، *آموزش فلسفه*، ص ۲۸۹ مرحوم علامه طباطبایی در این باره می‌فرماید: «ینقسم الکم انقساماً اولیاً الی المتصل و المنفصل و المتصل هو الکم الذی یمکن ان یفرض منه اجزاء تتلاقی علی حدود مشترکه کالخط ... و المتصل ینقسم الی قسمین قار و غیر قار و القار هو الثابت المجتمع الاجزاء بالفعل کالسطح و غیر القار هو الذی لایجتمع اجزائه المفروضة بالفعل کالزمان فان کل جزء منه بالفعل قوه للجزء التالی فلا یجتمعان بالفعل اذ فعلیه الشیء لا یجتمع قوته ...» *نهاية الحکمه*، ص ۱۱۰.

عرض قار، محدود و مقید به زمان نمی‌شود؛ مالکیت نیز قابل تحدید به زمان نخواهد بود. به عبارت دیگر مالکیت هر شیء، امری واحد است و این امر واحد به دلیل آنکه از اعراض قار است قابل تکثیر و تبعیض و تقيید به زمان نیست.^۱

مرحوم محقق اصفهانی پس از نقل این دلیل می‌فرماید: عدم امکان تقيید مالکیت به زمان، توهمی بیش نیست، زیرا محدود شدن موجودات به زمان، گاهی بالذات است همانند اعراض غیرقار مثلاً حرکت که از اعراض غیرقار است از آنجا که تدریجی بوده و آن به آن از قوه به فعل می‌رسد لذا قابل تقدیر و تحدید به زمان می‌باشد اما گاهی، تقيید به زمان بالعرض است مانند امور قار. این امور اگر چه ذاتاً با زمان قابل اندازه‌گیری و تحدید نیستند اما از آنجا که در ظرف زمان قرار دارند و به بیان بهتر، زمان بر آنها می‌گذرد؛ می‌توان آنها را با توجه به زمان‌های مختلف، به بخش‌های زمانی تقسیم کرد. به عبارت دیگر می‌توان یک امر واحد را با قطعات مختلف زمان ملاحظه کرده آن را با توجه به قطعات زمانی، تقطیع و تقسیم نمود.^۲

به عنوان مثال در مورد وقف که واقف، عین را بر بطون مختلف وقف می‌کند، مالکیت واقف که به وسیله وقف به بطون بعدی منتقل شده است چیزی جز یک مالکیت واحد نیست، ولی همین امر واحد با توجه به قطعات زمان تقطیع می‌شود و برای هر طبقه از موقوف علیهم بخشی از مالکیت با توجه به زمان خاص آن اختصاص می‌یابد. بنابراین

۱. «ان ملكية الواقف المجعولة لجميع البطون ملكية واحدة مرسله و الواحد لا يتكرر و لا يتبعض و حيث أنها عرض غیرقار فلا تتحدد و لا تقييد بالزمان فلا معنى لتقطيعها و تحديدها بالازمنة ليكون تمليكاً لجميع البطون لثلاث تكون لكل منهم ملكية مرسله» ر.ک: اصفهانی، شیخ محمد حسین، *بحوث فی الفقه*، الاجاره، ص ۲۶. در عبارت مرحوم اصفهانی که ذکر شد، مالکیت از اعراض غیر قاره دانسته شده است که مسلماً ناشی از اشتباه چایی یا خطای سهوی است، زیرا ماهیت مالکیت با اعراض قار سازگار است نه غیر قار علاوه بر اینکه مرحوم اصفهانی در ادامه سخن خود تصریح به این مطلب دارند.

۲. «توهم امتناع تحدد و تقييدها بالزمان مدفوع بان التحدد بالزمان تازة بالذات كما في الاعراض غير القاره فان التدرجيه عين الحركة المساوقه للتقدر بالزمان و أخرى بالعرض كما في الامور القاره فانها و ان لم تتقدر بالزمان لكنه يمر عليها الزمان فيمكن لحاظها مع هذا الزمان و مع زمان آخر فهذا الوجه المستمر مع الازمنة يمكن تقطيعه بلحاظ الازمنة المارة عليه...» اصفهانی، شیخ محمدحسین، همان مأخذ.

مالکیت، امری بسیط و غیرقابل تبعیض و تقسیم به قطعات است و معنای بسیط بودن مالکیت و عدم امکان تقطیع و تقسیم آن این است که نصف و ثلث و ربع و... ندارد نه اینکه این امر بسیط را نتوان به اعتبار استمرارش در طول زمان تقسیم کرد.

علاوه بر پاسخ فوق می‌توان گفت: مالکیت - همان طور که در مباحث آینده خواهد آمد - اساساً از اعراض نیست بلکه صرفاً یک امر اعتباری است و لذا جعل و رفع و کیفیت اعتبار آن به دست منشأ اعتبار آن می‌باشد. بنابراین حتی اگر اشکال فوق را در مورد اعراض قار بپذیریم و اعراض قار را قابل تحدید و تقيید به زمان ندانیم تفاوت ماهوی مالکیت با اعراض، مانع از طرح اشکال در مورد آن می‌شود.

۲ - دومین دلیل فلسفی که بر بطلان مالکیت موقت اقامه شده است این است که: مالکیت موقت در مورد اعیان امکان‌پذیر نیست، زیرا فلاسفه بر این عقیده‌اند که جواهر، قابل تقيید به زمان نیستند و زمان نمی‌تواند برای تعیین و اندازه‌گیری جواهر به کار رود و از آنجا که عین هم از جمله جواهر است لذا قابل تقيید و تحدید به زمان نیست مثلاً نمی‌توان گفت: کتاب امروز، کتاب فردا و... و نمی‌توان گفت این کتاب نسبت به زمان‌های مختلف فرق می‌کند و یکی غیر از دیگری است اما منافع از آنجا که از اعراض است می‌تواند به زمان محدود شود و بر همین اساس تملیک منفعت موقت و محدود به زمان امکان‌پذیر می‌باشد، ولی در اعیان ممکن نیست بنابراین تملیک موقت عین به دیگری قابل تصور نیست.^۱

در پاسخ این استدلال باید گفت: درست است که عین از جمله جواهر است و لذا قابل تقيید و تعیین به وسیله زمان نیست اما تملیک موقت عین به معنای تقيید عین به زمان نیست. توضیح آنکه، هنگامی که شخصی فرضاً کتابی را برای مدت مشخصی به دیگری تملیک می‌کند، این شخص در حقیقت، مالکیت کتاب را مقید و محدود به زمان نموده است نه خود کتاب را و به بیان روشن‌تر تملیک موقت بدان معنا است که مالکیت عین در

۱. توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیتا... خوبی)، ج ۷، ص ۴۸۸.

قطعه مشخصی از زمان به دیگری منتقل می‌شود نه آنکه عین مقید به زمان، به دیگری تملیک گردد. و با توجه به سخنی که به نقل از محقق اصفهانی در پاسخ دلیل اول نقل کردیم، هیچ اشکال و مانعی وجود ندارد که مالکیت با توجه به قطعات زمانی به قطعات مختلف تقسیم شود و تقسیم مالکیت یک عین با توجه به قطعات زمانی، مستلزم تقیید خود عین به زمان نیست.

از این گذشته، اگر این استدلال را در مورد اعیان بپذیریم و تملیک موقت اعیان را بر این اساس مورد تردید قرار دهیم در بسیاری از موارد اجاره با مشکل مواجه خواهیم شد، زیرا اجاره به نظر بسیاری از فقها عبارت است از تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم و در موارد زیادی، منفعت مورد اجاره از اعراض نیست بلکه از اعیان خارجی می‌باشد یعنی منفعت عین مورد اجاره، خود از اعیان است مثل اجاره درخت برای میوه آن، و اجاره زن برای شیردادن. پذیرش استدلال یاد شده در مورد عدم امکان تملیک موقت اعیان، مستلزم تردید در صحت چنین قراردادهایی است در حالی که غالب فقها چنین اجاره‌ای را جایز و صحیح دانسته‌اند.^۱

۳ - دلیل دیگر بر بطلان مالکیت موقت، استناد به قاعده تسلیط می‌باشد. برخی از محققین بر این عقیده‌اند که «در حقوق اسلام با استناد به قاعده تسلیط، مالکیت سه ویژگی دارد که عبارتند از مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن. ویژگی اخیر به این معنا است که وقتی فردی مالک چیزی شد تا زمانی که مالک آن است بدون مقید بودن به زمان خاص، حق استفاده و بهره‌برداری از آن را داشته باشد. یکی از تفاوت‌های مستأجر و به طور کلی کلیه اشخاصی که از طرف مالک، حق استفاده و انتفاع از ملکی را پیدا می‌کنند همین است که استفاده و بهره‌برداری مالک، مقید به زمان و وقت خاص نیست،

۱. آیت‌ا... خوبی در **مصباح الفقاهه** می‌فرماید: «قد تكون منفعة العين المستأجره ما يوجد من الاعیان و لكنها غير موجودة حال الاجاره كاستيجار المناخ و البقرات و الشياه للبنها غير المحلوب و استيجار المرضع ليرتضع الطفل من لبنها و استيجار الشجرة لثمرتها المعدومه» **مصباح الفقاهه**، ج ۲، ص ۳۰.

ولی حق انتفاع اشخاص دیگر فقط در محدوده زمانی مشخصی امکان‌پذیر است»^۱ بنابراین ویژگی دائمی بودن مالکیت را می‌توان از قاعده تسلیط استفاده کرد.

سخن فوق قابل قبول به نظر نمی‌رسد، زیرا مفاد قاعده تسلیط آن است که اشخاص بر اموال خود مسلطند و حق همه گونه تصرف و استفاده‌ای را در اموال خود دارند، ولی این مسئله که مالکیت، دائمی است یا موقت در قاعده فوق مورد اشاره قرار نگرفته است به عبارت دیگر مضمون این قاعده عبارت است از تسلط کامل مالکین بر اموال خود و این معنا در مورد مالکیت موقت هم قابل جریان است یعنی مالک در زمان مالکیت خود؛ چه مالکیت دائمی و چه موقت، مسلط بر مالش بوده، قادر به تصرف و استفاده از مالش می‌باشد. بنابراین نمی‌توان دوام مالکیت را مستقیماً از این قاعده استنباط کرد.

ممکن است گفته شود که مفاد قاعده تسلیط آن است که مالک، حق همه گونه تصرف و استفاده‌ای را در مالش دارد و از جمله می‌تواند آن را معیوب کند یا از بین ببرد؛ نتیجه منطقی چنین تسلط و حقی آن است که مالکیت باید دائمی باشد چرا که در مالکیت موقت، مالک حق چنین تصرفاتی را ندارد.

در پاسخ به این توهّم باید گفت: این بیان در حقیقت به دلیل ششم منکرین مالکیت موقت برمی‌گردد که ما در جای خود، اصل دلیل و پاسخ آن را به تفصیل بیان خواهیم کرد.

۴ - مالکیت موقت سابقه‌ای در شرع ندارد و لذا نمی‌توان چنین امری را مشروع دانست. این سخن در کلمات برخی از فقهاء به چشم می‌خورد و برخی دیگر از فقهاء به پاسخگویی آن پرداخته‌اند. این دلیل نیز همچون دلایل پیش گفته قابل قبول نیست، زیرا اولاً سابقه نداشتن امری در شرع نمی‌تواند در همه موارد دلیل بر ممنوعیت و عدم مشروعیت آن باشد. شاید بتوان این عقیده را در مورد عبادات پذیرفت چرا که عبادات، امری توقیفی هستند و لذا اگر امری سابقه‌ای در شرع نداشته باشد نمی‌توان آن را به عنوان عبادت پذیرفت اما در بخش معاملات که قسمت عمده آن به عرف واگذار شده است پذیرش این

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۲، ص ۱۰۷.

عقیده به طور مطلق صحیح نیست به ویژه در مورد موضوعات و مفاهیمی که حقیقت شرعی و متشرعیه ندارد توضیح آن به عرف محول شده است ثانیاً مالکیت، امری اعتباری است که چگونگی آن تابع نحوه اعتبار آن می باشد و به همین دلیل، قابل توقیت و تأیید است^۱ ثانیاً مالکیت موقت سابقه روشن فقهی دارد و مواردی را در فقه می توان یافت که مالکیت موقت از سوی فقها پذیرفته شده است.^۲

۵ - یکی دیگر از دلایلی که بر بطلان مالکیت موقت اقامه شده است این است که: دوام مالکیت، نتیجه منطقی ویژگی انفکاک ناپذیری مالکیت از عین است. به عقیده حقوقدانان یکی از ویژگی های مالکیت آن است که همواره با مملوک همراه بوده، مادام که شیء مملوک باقی است مالکیت آن نیز باقی می باشد. و براین اساس، مالکیت نسبت به شیء مملوک، تنها در صورتی زایل می شود که آن شیء منعدم شود و مادام که شیء مملوک وجود دارد حق مالکیت مربوط به آن هم وجود دارد. تفکیک ناپذیری مالکیت از مملوک، به معنای عدم انتقال آن به افراد دیگر نیست، بنابراین ارث و انتقال مالکیت وارث، منافاتی با دوام مالکیت شیء - به معنای فوق - ندارد چرا که حق مالکیت در این موارد، قطع نشده تا مجدداً ایجاد شود و به عبارت دیگر مالکیت منتقل الیه و ورثه ادامه مالکیت سابق وارث و ناقل است.^۳

برخی از حقوقدانان در توجیه این ویژگی گفته اند: «مالکیت عبارت است از رابطه ای مستقیم بین مالک و شیء و حق مالکیت چنان با شیء مملوک آمیخته و مخلوط می شود و در آن تجسم می یابد که قابل جدایی از آن نیست و مادام که شیء موجود است آن حق هم دوام دارد»^۴

بعضی دیگر از حقوقدانان بر این عقیده اند که ویژگی دوام مالکیت به معنای فوق به

۱. در این باره در مباحث آینده توضیح بیشتری داده خواهد شد

۲. بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۴۲.

۳. امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲.

۴. فرج، دکتر توفیق حسن، الحقوق العینیه الاصلیه، ص ۶۳

این معنا نیست که مالکیت از وجود فیزیکی و خارجی مملوک جدا نمی‌شود چرا که انفکاک‌ناپذیری حق مالکیت از وجود فیزیکی، خلاف واقعیت مسلم حقوقی و فقهی است و لذا این دلیل قابل پذیرش نیست بلکه باید گفت منظور از جدا نشدن حق مالکیت از شیء مملوک این است که وجود حقوقی مملوک همواره ملازم با حق مالکیت است. بنابراین هر شیء مملوکی اگر بخواهد در عالم حقوق مطرح شده، موضوع حق و تکلیف قرار گیرد ناچار بایستی همراه با حق مالکیت باشد، زیرا حق مالکیت، اولین و فراگیرترین حق عینی بر اموال است و سایر حقوق عینی در حقیقت زائیده و فرع آن می‌باشد پس نمی‌توان در عالم حقوق، مالی را تصور کرد که همراه با حق مالکیت نباشد. و در موارد اعراض از مال، آنچه در واقع رخ داده این است که مال از عالم حقوق خارج شده و به تعبیر بهتر، وجود حقوقی مال منعدم شده است گرچه وجود خارجی و فیزیکی آن باقی باشد.^۱

ویژگی انفکاک‌ناپذیری مالکیت از مال، نتایج چندی را به دنبال دارد. به عقیده حقوقدانان، یکی از نتایج این ویژگی آن است که مالکیت نمی‌تواند مقید به زمان شود چرا که تقیید مالکیت به زمان با دوام مالکیت و انفکاک‌ناپذیری آن از مملوک منافات دارد.^۲

در پاسخ این دلیل باید گفت: انفکاک‌ناپذیری مالکیت از وجود خارجی و فیزیکی مال، امری نادرست و غیرقابل قبول است چرا که بی‌تردید، حق مالکیت در بسیاری از موارد از شیء مملوک زایل می‌شود مانند موارد اعراض مالک از مال؛ و جدا نشدن مالکیت از وجود اعتباری مال در عالم حقوق، اگرچه سخنی صحیح و قابل قبول به نظر می‌رسد اما این بدان معنا نیست که مالکیت قابل تقیید به زمان نمی‌باشد، زیرا انفکاک‌ناپذیری مالکیت به معنای آن است که حق مالکیت از شیء مملوک جدا نمی‌شود نه اینکه از شخص مالک قابل انفکاک نباشد. و تفاوتی بین انتقال مال به وسیله اسباب ناقله مالکیت و مالکیت موقت به نظر نمی‌رسد بنابراین همان‌گونه که انتقال مالکیت از یکی به دیگری، ضرری به

۱. السنهوری، دکتر عبدالرزاق، الوسیط، ج ۷، ص ۵۳۴.

۲. همان مأخذ، ص ۵۳۵.

دوام آن نمی‌زند در مالکیت موقت نیز چنین امری مضر نیست.

در مالکیت موقت که مال از مالک - مثلاً - به مدت یکسال به دیگری منتقل می‌شود، پس از سپری شدن یکسال، مالکیت عین زایل نمی‌شود بلکه به همان مالک اصلی باز می‌گردد. بنابراین هیچ گونه انفکاک بین مالکیت و مال صورت نمی‌گیرد برای این اساس هرچند ویژگی انفکاک‌ناپذیری مالکیت از شیء مملوک را بپذیریم اما این ادعا که نتیجه منطقی این ویژگی، بطلان مالکیت موقت است؛ غیرقابل قبول می‌باشد.

۶- دلیل دیگری که توسط حقوقدانان مطرح شده این است که تقیید مالکیت به زمان با طبیعت مالکیت منافات دارد، زیرا مهم‌ترین ویژگی مالکیت آن است که مالک می‌تواند در ملک خود تصرف کند و دایره اختیارات مالک تا حدی است که حتی می‌تواند مالش را از بین ببرد و نابود سازد. با توجه به این ویژگی می‌توان گفت مالکیت موقت با طبیعت مالکیت و عناصر تشکیل دهنده آن منافات دارد. پذیرش مالکیت موقت به آن معنا است که برای مالک موقت نیز همان اختیارات و حق تصرفی را بپذیریم که مالک دائمی دارا می‌باشد و این امر، نادرست و غیرقابل قبول است مثلاً فرض کنیم که مالکیت، محدود و مقید به یک سال شده است در این صورت اگر مالک موقت، در خلال یکسال که مالک آن است در آن مال تصرف کند یا آن را از بین ببرد چگونه می‌توان تصور کرد که مالکیت پس از انقضای یک سال به مالک اصلی برمی‌گردد؟ یا باید مالک موقت را از تصرف و از بین بردن مال در طول یکسال ممنوع سازیم تا مال به مالک اصلی برگردد که در این صورت مالکیت موقت چیزی جز یک حق انتفاع موقت نیست، زیرا چنین مالکیتی تفاوتی با حق انتفاع ندارد چون در حق انتفاع هم مالک می‌تواند از مال بهره‌مند شود، ولی حق از بین بردن و انعدام آن را ندارد و یا آنکه قایل به جواز تصرف و از بین بردن مال توسط مالک موقت شویم که در این صورت چنین ملکیتی دیگر مالکیت موقت نیست بلکه ملکیتی دائمی و همیشگی است.^۱

دلیل فوق در کلمات فقها دیده نمی‌شود. غالب فقیهانی که بر بطلان مالکیت موقت

پای فشرده‌اند آن را امری غیر معقول و غیرقابل تصور دانسته و بر همین اساس مشروعیت آن را مورد تردید قرار داده‌اند.^۱ اگرچه این گروه، توضیح بیشتری در مورد این دلیل ذکر نکرده‌اند اما بعید نیست که منظور آنان از این سخن، اشاره به دلیل فوق باشد. به نظر می‌رسد مهم‌ترین و قوی‌ترین دلیلی که بر بطلان مالکیت موقت اقامه شده است همین دلیل می‌باشد بنابراین برای پاسخگویی به آن نیازمند دقت و توجه بیشتری هستیم. برای پاسخگویی به این دلیل، باید مفهوم و ماهیت مالکیت در اسلام را مورد بررسی قرار دهیم سپس با توجه به طبیعت و ماهیت آن در حقوق اسلام به قضاوت درباره مالکیت موقت بنشینیم.

برای شناخت حقیقت مالکیت توجه به امور زیر لازم و ضروری است هر یک از این امور در حقیقت بیان‌کننده یکی از ابعاد و زوایای مفهوم مالکیت در اسلام می‌باشد:

۱ - برخی از فقها تصریح کرده‌اند که لفظ مالکیت دارای حقیقت شرعی نیست بنابراین برای شناخت مفهوم مالکیت نیازی به مراجعه به متون شرعی نیست. مرحوم نراقی در این باره می‌فرماید: «معنای مالکیت و مالیت و ملک و مال، معنایی عرفی و لغوی است که شناخت آن منوط به بیان شرع و یا دلیل شرعی نیست بلکه در این زمینه همانند سایر الفاظی که فاقد حقیقت شرعی است باید به عرف و لغت مراجعه کرد».^۲ همین فقیه در کتاب دیگرش می‌نویسد: «والمرجع فی کون الشیء ملكا و مالا الی العرف حیث انه لا دلیل شرعی علی بیان»^۳ دقت در کلام سایر فقهای که به تعریف مالکیت پرداخته‌اند نشان می‌دهد که اگرچه آنان به این مطلب تصریح نکرده‌اند اما به طور ضمنی به آن اذعان و اعتراف داشته‌اند و به همین دلیل در تعریف مالکیت به جای استناد به ادله شرعی، به ارتکاز عرف و عقلا و نیز برداشت عمومی مردم از مفهوم آن بسنده کرده‌اند. بنابراین مالکیت، مفهومی عرفی است و شارع مقدس نیز با توجه به همان معنا و

۱. بحرانی، شیخ یوسف، *الحدایق الناظره*، ج ۲۲، ص ۱۲۸.

۲. نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، ص ۱۱۳.

۳. نراقی، ملا احمد، *مستند الشیعه*، ج ۲، ص ۳۷۱.

مفهوم عرفی، احکام و آثاری را بر آن مترتب کرده است و لذا برای شناخت ماهیت آن باید به عرف مراجعه کرد.

۲ - مالکیت در حقوق اسلام دارای مفهومی گسترده‌تر از مالکیت در حقوق رم است «مالکیت در حقوق اسلام نه تنها شامل مالکیت عین می‌گردد بلکه مالکیت منفعت و انتفاع و ملک‌الملک را نیز فرا می‌گیرد. حتی این کلمه گاهی در مورد حقوق غیرمالی نیز به کار می‌رود».^۱

با توجه به همین دیدگاه موسع برخی از نویسندگان اطلاق مالکیت را بر حق مؤلفان و هنرمندان روا دانسته‌اند.^۲

۳ - مالکیت امری اعتباری است. به طور کلی مالکیت دارای چهار مرتبه مختلف است:^۳
الف - مالکیت حقیقی: عبارت است از سلطنت تامه بر موجودات به گونه‌ای که اختیار مملوک حدوثاً و بقاءً به دست مالک باشد چنین مالکیتی مخصوص ذات باری تعالی می‌باشد.

ب - مالکیت انسان بر نفس و اعضاء و افعال و ذمه‌اش.

ج - مالکیت مفوئی خارجی: عبارت است از هیئت حاصل از احاطه جسمی به جسم دیگر و این نوع مالکیت تحت عنوان مقوله «جده» در فلسفه مورد بحث قرار می‌گیرد. مانند هیئت حاصله از احاطه لباس به انسان. مالکیت به این معنا از اعراض خارجی است که قیام آن نیز به یک موجود خارجی می‌باشد.

د - مالکیت اعتباری عبارت است از اعتبار سلطنت و احاطه یک شخص (مالک) بر یک شیء (مملوک).

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و تطبیقی*، ص ۷۰، مالکیت منفعت مانند حق مستأجر، مالکیت انتفاع مانند حق منتفع در حق انتفاع، حبس و مانند آن. ملک‌الملک یعنی سلطه شخصی بر سبب تملک مانند حق حیات مال مباح، مالکیت حق غیرمالی مانند مالکیت بضع.

۲. همان مأخذ.

۳. توحیدی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه*، (تقریرات درس آیت... خوبی)، ج ۲، ص ۲۰.

سه قسم اول از مالکیت، اموری حقیقی و واقعی هستند، ولی مالکیت به معنای اخیر، امری اعتباری است که عقلا یا شارع آن را برحسب نیاز جامعه اعتبار می‌کنند و حق مالکیت که در فقه و حقوق مورد بحث قرار می‌گیرد همین مرتبه از مالکیت است. بنابراین مالکیت در اصطلاح فقه و حقوق از مقولات واقعی و اعراض خارجی نیست^۱ و به تعبیر روشن‌تر «مالکیت امری اعتباری است یعنی حقیقت آن عین اعتبار عقلا یا شارع می‌باشد»^۲

۴ - منشأ اعتبار مالکیت، عقلا یا شارع می‌باشد. «مالکیت اعتباری توسط عقلا به خاطر مصالحی برای اشخاص اعتبار می‌شود و چه بسا شارع به خاطر آن مصلحت، این اعتبار را امضاء می‌کند گرچه عقلا چنین اعتباری نداشته باشند. مانند مالکیت غرقى و مهدوم علیهم در ارث»^۳ بنابراین با توجه به منشأ اعتبار مالکیت، سه قسم زیر قابل تصور است:

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

ب - مواردی که عقلا مالکیت را اعتبار می‌کنند، ولی شارع آن را امضاء نکرده است مانند مالکیت مسکرات

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

با توجه به نکات یاد شده می‌توان گفت: مالکیت، اصطلاحی است که برای اشاره به رابطه‌ای مخصوص بین شیء (مملوک) و شخص (مالک) به کار برده می‌شود. این رابطه اعتباری به مالک اجازه می‌دهد که از شیء مملوک استفاده کند و از آن منتفع گردد. به

۱. «ان الملكية الشرعية ليست من المقولات الواقعية حتى يتوقف العرض منها على موضوع محقق فى الخارج بل من الاعتبارات بمعنى اعتبار مقولى...» اصفهانی، شیخ محمدحسین، همان کتاب، ص ۴.

۲. یزدی، سیدمحمدکاظم، همان کتاب، ص ۵۳.

۳. توحیدی، محمدعلی، همان کتاب، ج ۲، ص ۲. امام خمینی (ره) درباره اعتبار مالکیت می‌فرماید: «اعتبار الملكية عقلائیة و الشارع تبع لهم و ليس له اعتبار مستقل فى قبالهم...» کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۵۴.

تعبیر دیگر، مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری مخصوص بین مالک و مملوک که به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکن را از آن ببرد، در آن مال تصرف کند و کسی نتواند از آن جلوگیری نماید^۱ از آنچه گفتیم روشن می‌شود که مالکیت و سلطنت دو مفهوم جدای از یکدیگر است و در حقیقت سلطنت انسان بر مال نتیجه و اثر مالکیت او می‌باشد نه آنکه عین مالکیت و مرادف آن باشد و به همین دلیل تعریف مالکیت به سلطنت انسان بر مال، نادرست می‌باشد. فقها برای بیان اختیارات مالک و آثار مالکیت به قاعده تسلط استناد کرده‌اند این قاعده که مستفاد از حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌باشد هرگونه سلطه و اختیاری را برای مالک اثبات می‌کند و همین روایت نیز دلیل روشنی است بر اینکه تسلط مالک بر مال، چیزی جدای از مالکیت است.^۲

با عنایت به تعریف مالکیت و تفاوت آن با سلطنت مالکانه، به پاسخگویی دلیل ششم منکرین مالکیت موقت می‌پردازیم.

گفتیم که حق مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری بین مالک و مال و اشاره شد که قدرت و سلطه مالک بر استفاده و تصرف در آن مال یا انتقال و اخراج از مالکیت و اتلاف آن برخاسته از حق مالکیت و از آثار آن است. براین اساس نمی‌توان مالکیت موقت را صرفاً به این دلیل که مالک، قدرت بر انعدام مالش در مدت معین ندارد، منافی با طبیعت مالکیت

۱. امامی، دکتر سیدحسین، همان کتاب، ص ۴۲، مرحوم نراقی در تعریف مالکیت می‌فرماید: «معنی الملکیه و المالیه و مایراد فهما من الالفاظ معنی اضافی لایتحقق الا مع وجود مالک و متمول و هذا المعنی الاضافی بحکم العرف و التبادر عبارة عن اختصاص خاص و ربط مخصوص معهود بین المالك و المملوک و المتمول و المال موجب للاستبداد به و الاقتدار علی التصرف فیه منفرداً، ماله ذلك الاختصاص المعهود بالنسبة الی شخص هو الملك و المال» *عوائد الایام*، ص ۱۱۳.

۲. «ان السلطنة لیست هی الملکیه بل هی من الاحکام العقلانیة للملکیة... و قوله - ص: الناس مسلطون علی اموالهم ینادی بما ذکرناه فان اضافة الاموال الی الناس هی الاضافة المملوکیه فقوله - ص - الناس مسلطون علی اموالهم مساوق لقوله الناس مسلطون علی املاکهم فان الناس لا یسلطون علی الاموال بلا اضافة مالکیة بینها و بینهم فلو رجعت السلطنة الی الملکیة یكون قوله ذلك عبارة اخرى عن قوله الناس مالکون لاملاکهم و هو كما ترى من قبیل توضیح الواضح فلا شبهة فی ان السلطنة من احکام الملکیة لانفسها» امام خمینی (ره)، *کتاب البیع*، ج ۱، ص ۱۰.

دانست، زیرا قدرت مالک بر انعدام و اتلاف مال خود، گرچه برخاسته از طبیعت حق مالکیت است، ولی جزو آن نیست به عبارت دیگر، سلطه مالک بر اتلاف مال از آثار مالکیت است که به استناد قاعده تسلیط برای مالک ثابت شده است نه از اجزاء طبیعت یا لوازم ذاتی و لاینفک آن.

بنابراین می‌توان تصور کرد که رابطه مالکیت بین مالک و مال برقرار باشد، ولی مالک به دلایل مختلف حق از بین بردن مالش را نداشته باشد در این موارد - که نمونه‌های آن هم در فقه کم نیست - گرچه مالک، سلطه کامل بر مال ندارد، ولی اعتبار مالکیت توسط عقلا همچنان به قوت خود باقی است.

به طور کلی، نه می‌توان از فقدان آثار مالکیت در موردی، نفی طبیعت مالکیت را اثبات کرد و نه می‌توان از وجود آثار مالکیت در موردی، به وجود و عدم مالکیت پی برد، زیرا آثار مالکیت، لازمه ذات مالکیت نیستند تا وجود و عدم آنها همیشه ملازم با وجود و عدم مالکیت باشد. به بیان روشن‌تر «آثار مالکیت یعنی حق تصرف در مال و نقل و انتقال و اتلاف آن، اثر طبیعت هر ملک نیست بلکه اثر ملک مطلق است بنابراین نهایت چیزی که از فقدان آثار مالکیت در یک مورد می‌توان اثبات کرد آن است که در آن مورد خاص، مالکیت مطلق وجود ندارد نه اینکه مطلقاً مالکیت منتفی است»^۱ البته باید دانست که فقدان تمام آثار مالکیت می‌تواند دلیلی بر انتفاء اصل مالکیت باشد چرا که عقلاً، هیچگاه بدون دلیل و فایده، مالکیت را اعتبار نمی‌کنند به عبارت دیگر اعتبار مالکیت همواره متوقف است بر اینکه اعتبار، فی‌الجمله دارای اثری باشد، زیرا اعتباری که فاقد اثر و نتیجه است لغو بوده، از سوی عقلا صورت نمی‌گیرد، بنابراین «اگر همه آثار مالکیت از مالی سلب شود و مالک از همه تصرفات مالکانه ممنوع گردد، عقلا دیگر برای چنین مالکی حق مالکیت را اعتبار نمی‌کنند»^۲ اما سلب یک یا چند اثر از آثار مالکیت با طبیعت آن منافات ندارد چرا که

۱. «الآثر فیما نحن فیہ - الی التصرفات فی العین و جواز ورود التقلبات - لیس اثرأ لطبیعة الملك مطلقاً سواء اکان طلقاً او غیر طلق بل اثر للملك المطلق» بجنوردی، آیت... سیدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۸۲.

۲. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۳۳.

سایر آثار و نتایج باقی بوده و همین برای صحت اعتبار مالکیت توسط عقلا کافی است.

سوم - دلایل امکان و مشروعیت مالکیت موقت:

چنان که دیدیم ادله منکرین مالکیت موقت در حدی نبود که بتواند عدم امکان مالکیت موقت یا عدم مشروعیت آن را در فقه و حقوق اثبات نماید. در اینجا به بیان دلایل امکان و مشروعیت مالکیت موقت می پردازیم.

۱ - همان طور که گفتیم مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری بین مال و شخص که توسط عقلا اعتبار می شود.

حدوث و بقای مالکیت همانند هر امر اعتباری دیگر به دست منشأ اعتبار آن می باشد و کیفیت اعتبار مالکیت نیز به دست همان منشأ اعتبار است و نیز اشاره کردیم که شارع مقدس در مورد مفهوم مالکیت و مصادیق آن بیان خاصی ندارد و تشخیص این امور را به عرف و عقلا واگذار کرده است. و نیز با عنایت به اینکه موقت بودن مالکیت، هیچ منافاتی با طبیعت مالکیت ندارد می توان گفت: از نظر عقلی و حقوقی، هیچ مانعی در راه تصور و اعتبار مالکیت موقت نیست چرا که عقلا همان گونه که مالکیت مستمر را اعتبار کرده اند مالکیت موقت را نیز می توانند لحاظ کنند و خواهیم دید که در بسیاری از موارد، چنین اعتباری تحقق یافته است.

مرحوم بجنوردی در این باره می فرماید: اگر دلیلی بر مالکیت موقت وجود داشته باشد هیچ مانعی از آن نیست و چون مالکیت، امری اعتباری است که قابل توقیت و تأیید می باشد پس تابع اعتبار شارع یا عقلا خواهد بود.^۱

علامه حلی در مسئله «وقف بر من یتقرض غالباً» به این دلیل اشاره کرده، می فرماید: «إذا وقف علی من یصح انقراضه فی العادة مثل ان یقف علی ولده و ولد ولده فسکت فمن اصحابنا من قال لا یصح الوقف و منهم من قال یصح و الوجه عندی الصحة. لنا انه نوع

۱. «و اما الملك الموقت فلا مانع منه اذا دل الدلیل علیه لانه امر اعتباری قابل للتوقیت و للتأیید فتابع للدلیل و اعتبار الشارع او لاعتبار العقلاء»، بجنوردی، آیت... سیدحسن، همان کتاب، ص ۲۴۲.

تملیک و صدقه فیتبع اختیار المالك فى التخصيص و غيره كغير صورة النزاع»^۱.

۲ - مهم‌ترین دلیل مشروعیت مالکیت موقت، وقوع آن در فقه است. موارد متعددی در فقه می‌توان یافت که فقها قایل به مالکیت موقت شده‌اند، این موارد نشان می‌دهد که مفهوم مالکیت موقت در میان فقها امری ناشناخته و مبهم نبوده بلکه در پاره‌ای موارد به مشروعیت آن معتقد شده‌اند، به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

الف - وقف: مبنای مشهور فقها در وقف - به ویژه وقف خاص - آن است که عین موقوفه به مالکیت موقوف علیه درمی‌آید و نتیجه وقف؛ تملیک عین موقوفه می‌باشد. از سوی دیگر، فقها در این مسئله اختلاف نظر دارند که آیا می‌توان مالی را در مدت مشخصی بر گروهی وقف کرد که پس از این مدت، بر عده دیگری وقف باشد؟ مثلاً شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر زید و سپس بر فقرا وقف کند چنین وقفی مورد بحث و تردید قرار گرفته است. بسیاری از فقها چنین وقفی را صحیح و نافذ دانسته‌اند.^۲ با توجه به دو مبنای فوق، در مواردی که وقف، مقرون به زمان می‌باشد مانند مثال فوق، مالکیت موقوف علیه به صورت موقت می‌باشد.^۳ مثلاً اگر شخصی خانه خود را به مدت ده سال بر زید و سپس بر فقرا وقف کند در چنین وقفی، مالکیت زید در طول مدت ده سال ادامه دارد و پس از آن منقضی می‌شود بنابراین مالکیت زید یک مالکیت موقت و محدود به زمان می‌باشد.^۴

۱. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، *مختلف الشیعه*، ج ۶ ص ۲۶۵.

۲. «لو وقفه علی ولده سنة ثم علی الفقراء او مدة حياة الواقف علی ولده ثم الفقراء صح...» عاملی، شمس‌الدین محمد (شهید اول)، *الدروس الشرعیه*، ج ۲، ص ۲۶۶. صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «لو وقفه علی ولده سنة ثم علی الفقراء او مدة حياة الواقف علی ولده ثم الفقراء ففی الدروس صح و نقل فیہ الفاضل الاجماع لانه وقف مؤید فی طرفیه و وسطه قلت لکن فیہ انه مناف لاشتراط الدوام بالمعنی الذی ذکرناه سابقاً اللهم الا ان یحمل ذلك علی ارادة تقييد اصل الوقف بمدة لا تقييده بالنسبة الی خصوص موقوف علیه فتامل جيداً» *جواهر الکلام*، ج ۲۸، ص ۶۱.

۳. یزدی، سیدمحمدکاظم، همان کتاب، ص ۶۶.

۴. «لو وقف علی زید عشر سنين ثم علی الفقراء فملکية زید عشرة سنين تكون موقتاً» بجنوردی، آیت‌ا... سیدحسن، همان مأخذ.

مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی در ملحقات عروءه می‌فرماید: وقف بر من ینقرض غالباً صحیح است چون وقف عبارت است از ایقاف و نه تملیک؛ ایشان در ادامه می‌فرماید: «مع انا اذا قلنا بالتملیک فنقول انما خرج عن ملکه بالمقدار المذكور فی الصیغه و ما یقال من انه لا معنی للتملیک الی مدة و لازم الصحة وقفاً ذلک فیه انه لا مانع منه فان الظاهر عدم الاشکال فی الوقف علی زید الی سنة او ازید مثلاً ثم علی الفقراء فصار ملکیت زید الی سنة»^۱.

ب - بدل حیلوله: مالکیت بدل حیلوله مورد اختلاف فقها است. برخی، بدل حیلوله را ملک مالک عین غصب شده می‌دانند و برخی دیگر تنها اباحه تصرف در آن را برای مالک عین ثابت دانسته‌اند.

به نظر بعضی از فقها بدل حیلوله، غرامت و خسارتی است که به مالک عین داده می‌شود و به مالکیت مالک عین درمی‌آید، ولی مالکیت او دائمی و مستمر نیست بلکه مالکیتی موقت است یعنی تا زمان تعذر ردّ یا استرداد عین مغضوبه باقی است. علت این نظر آن است که بدل حیلوله غرامت است و تدارک خسارت، فقط بر مقداری صدق می‌کند که خسارت وارد شده است و در موارد بدل حیلوله، عین موجود است و لذا در مورد اصل عین، خسارتی وارد نشده است و خسارت، محدود به زمان معینی است تدارک آن هم تا زمانی است که سلطنت مالک بر عین باز گردد.^۲ چنان که مشاهده می‌شود مالکیت موقت در بدل حیلوله تحقق یافته و برخی فقها بدان معتقد شده‌اند.^۳

ج - به عقیده برخی از حقوق‌دانان، در موارد خاصی از قراردادهای معین نیز می‌توان ردّپایی از مالکیت موقت یافت «مثلاً هرگاه، انتقال مالکیت در بیع به بعد موکول شده باشد

۱. ملحقات عروءه، ص ۱۹۵.

۲. بجنوردی، آیت‌ا... سیدحسن، همان کتاب، ص ۸۰.

۳. همان، ص ۲۴۲. اشکالی که در این زمینه به نظر می‌رسد آن است که مالکیت مالک عین در موارد بدل حیلوله، مقید به زمان نشده بلکه مقید به زمانیات شده است و تقیید به زمان با زمانی، تفاوت دارد و موضوع بحث ما در مالکیت موقت جایی است که مالکیت مقید به زمان شود والا تقیید مالکیت به زمانیات مورد تردید نمی‌باشد و نمونه‌های آن را می‌توان در خیارات یافت.

مانند قراردادهای اجاره به شرط تملیک که فروشنده مالکیت آن را تا پرداخت کلیه اقساط برای خود حفظ می‌کند مالکیت فروشنده موقت خواهد بود و پس از مدتی که در قرارداد تعیین شده است، مبیع به مالکیت خریدار در خواهد آمد.^۱

د - حبس: برخی از فقها در پاسخ به منکرین مالکیت موقت گفته‌اند تملیک موقت امری معهود در شرع و مشروع است و از جمله در حبس محقق شده است مثلاً شهید ثانی پس از نقل قول کسانی که تملیک موقت را امری غیرمعقول دانسته‌اند می‌فرماید: «و فیه نظر لان التملیک الموقت متحقق فی الحبس و اخویه»^۲

البته این نظر را نمی‌توان پذیرفت چرا که در حبس، تملیک عین صورت نمی‌گیرد، بلکه عین در مالکیت حبس کننده باقی می‌ماند و تنها حق انتفاع به دیگری منتقل می‌شود بنابراین حبس را نمی‌توان از موارد مالکیت موقت دانست.^۳

ه - برخی از فقها اجاره را نوعی تملیک موقت دانسته‌اند. توضیح آنکه عده‌ای از فقها منفعت را قابل تملیک ندانسته و لذا تعریف مشهور اجاره را نادرست پنداشته‌اند. این عده، اجاره را تملیک عین دانسته‌اند به نظر اینان اجاره عبارت است از تملیک عین در جهت خاص و در مدت مخصوص در مقابل بیع که عبارت است از تملیک عین از همه جهات بدون تقیید به جهت خاص و مدت مخصوص. مرحوم اصفهانی این قول را به بعضی معاصرین خود نسبت داده و می‌فرماید «و تبعه فی ذلک بعض الاجله» سپس به پاسخگویی آن پرداخته‌اند.^۴ اگرچه تعریف فوق از عقد اجاره، تعریفی نادرست است چرا که منفعت نیز همچون عین، مستقیماً قابل تملیک می‌باشد اما همین مقدار می‌توان گفت که تملیک موقت عین در نظر این عده از فقها، امری ممکن و مشروع بوده است و لذا اجاره را نوعی تملیک موقت عین دانسته‌اند.

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، همان کتاب، ص ۶۶

۲. شهید ثانی، *مسائل الافهام*، ج ۵، ص ۳۵۵.

۳. نجفی، شیخ محمد حسن، همان مأخذ.

۴. اصفهانی، شیخ محمدحسین، همان کتاب، ص ۴.

از مجموع موارد فوق می‌تواند به این نتیجه رسید که مالکیت موقت، دست کم در نزد عدۀ زیادی از فقها امری ممکن و قابل تصور بلکه امری مشروع بوده و لذا در مواردی به آن معتقد شده‌اند. و همین مقدار نشان می‌دهد که اجماع ادعا شده بر بطلان مالکیت موقت^۱، امری غیرقابل قبول است.

در شماره بعد جایگاه تایم شر در عقود نامعین را مورد بحث قرار می‌دهیم.



۱. صاحب جواهر توقیت در ملک و وقف را برخلاف اجماع محکی دانسته است. رک: شیخ محمدحسن، نجفی، همان مأخذ.