

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، فن‌آوری 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

*. این یادداشت طی دو قسمت در شماره‌های ۸۸ و ۸۹ ماهنامه «کانون» چاپ شده است.

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 و گرنه 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 سهم‌بندی 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 پیمایش «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.

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.

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

مفاهیم از نظر فقه و حقوق، امری پذیرفته شده است و لذا اگر ماهیت «تایم شر»، همان مفاهیم 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 مفاهیم، 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.

۱. متن این نظریه در صفحه ۱۱۲ آمده است.

* توضیح ماهنامه «کانون»: تاریخ مذکور ۷۵/۸/۱۰ یا ۷۵/۸/۱ است.

۲. امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۵۹.

مالکیت زمان بندی 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.

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، بی سابقه 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 مسؤولین 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

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

به ویژه با عنایت به مشکلاتی که در مورد ثبت این گونه املاک برای سازمان ثبت اسناد و املاک پدید آمد، قوه قضائیه را بر آن داشت تا در این مورد به تحقیق بپردازد بدین منظور 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 خيارات 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 مبایعه نامه شرکت آبادگران ایران بود که پس از بررسی دقیق و همه جانبه بر روی مفاد این مبایعه نامه، جزوهای تحت عنوان «بررسی فقهی و قانونی مبایعه نامه شرکت آبادگران؛ سهم زمانی، «Timeshare» تنظیم کرده، نظر خویش را درباره مبایعه نامه فوق اعلام داشتند. در بخشی از این جزوه آمده است:

«پس از بررسی و تجزیه و تحلیل مبایعه نامه 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 «أوفوا 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 مبایعه نامه 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 مالکیت های زمان بندی شده را مورد بررسی قرار می دهد.

ج - ترتیب مباحث تحقیق:

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

۱ - آیا چنین قراردادی را می توان 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 می‌توان راه دیگری برای اعتبار آن پیدا کرد؟

۳ - صرف‌نظر از اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد «تایم شر»، آیا می‌توان شیوه‌های 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 زمان‌بندی شده در میان عقود معین می‌پردازیم (مبحث اول)، سپس موضوع را از دیدگاه اصل آزادی قراردادها و عقود نامعین مورد بررسی قرار می‌دهیم (مبحث دوم). و در فصل دوم، به بررسی سایر شیوه‌های مشابه که می‌توان 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 می‌باشد. بنابراین ما در این نوشتار برای آنکه گرفتار تعبیر و الفاظ نادرست نشویم از به کار بردن عنوان بیع زمانی خودداری نموده، به جای آن از اصطلاح «تایم شر» یا «قرارداد مالکیت زمان‌بندی 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 قراردادها

مبحث اول: جایگاه «تایم شر» در عقود معین

عقود معین به قراردادهایی اطلاق می‌شود 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 ارادهٔ 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 قراردادهای 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 قراردادهای 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 قراردادهای 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 نوبهٔ 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 تأییم 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

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *عقود معین*، ج ۱، ص ۱.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۱، ص ۷۵.

۳. همان، ص ۱۱۳.

برای یافتن جایگاه قرارداد تایم شر در میان عقود معین، تنها باید عقود تملیکی و معوض عین را مورد بررسی قرار داد.

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 تایم شر در عقود معین باید این چهار عقد را مورد بررسی قرار داد.

تردیدی 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 شبهه 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 زمان‌بندی 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. می توان ادعا کرد که مفهوم بیع از روشن ترین مفاهیم است و همه مردم به آسانی، تفاوت این عقد را با سایر عقود درک می کنند و تردیدی در این زمینه ندارند اما اختلاف فقها در تعریف عقد بیع و نیز ویژگی ها 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 می توان 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» می باشد که در این گفتار به بررسی و مقایسه آن با عقد بیع می پردازیم. مهم ترین نکته ای که به نظر ما باعث تمایز ماهوی این دو نوع قرارداد می شود 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 می کند و این ترتیب، هر ساله تکرار می شود 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 ویژگی های آن:

فقها تعریفات متفاوتی از بیع ارائه داده و هر کدام کوشیده اند تا با بهترین و کوتاه ترین عبارت، ماهیت این عقد را بیان نمایند. از بررسی کلمات فقها در تعریف بیع، روشن می شود که همه آنان به دنبال نشان دادن ویژگی های اساسی بیع بوده اند و اختلافات آنان تنها در تعریف لفظی بیع می باشد و در ماهیت آن به عنوان یکی از عقود معین، اختلافی ندارند. مرحوم صاحب جواهر در این باره می فرماید: «مراد فقها از تعریفاتى که برای عقد بیع ذکر

کرده‌اند، تنها کشف فی‌الجمله 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 جماله 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.^۲

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؟

کاوش در 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

۱. نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهرالکلام*، ج ۲۲، ص ۲۰۵.

۲. 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 محمد حسن، 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. ر.ک: امام خمینی (ره)، *البیع*، ص ۸.

بپردازیم.

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 می شود 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 می گیرد منافات دارد بلکه منظور از دوام در بیع، همان ارسال مالکیت است که در بعضی از کلمات فقها به چشم می خورد و به تعبیر منطقی: بیع در این فرض، نسبت به دوام و استمرار، لابشرط است نه بشرط شیئی ولی نسبت به توقيت مالکیت، به شرط لا می باشد. بنابراین در این صورت، مبیع با عقد بیع داخل در ملکیت مشتری می گردد. و مادام که یکی از اسباب ناقله ملکیت محقق نشده است در ملک او باقی می ماند.

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 می گیرد یعنی عین به صورت موقت به دیگری فروخته می شود مثلاً کتاب را برای مدت یک ماه به دیگری می فروشد.

از بین صور فوق، صورت اول مسلماً هیچ گونه 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 بلااشکال 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 فیه مطلقاً اولاً بل هو اعم منه و من الموقت و بعبارة اخرى اذا قال بعتك هذا الی شهر هل هو بیع و ان کان فاسداً شرعاً او انه لیس ببیع؟ 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 معقولة 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 فیه 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

۱ و ۲. یزدی، سیدمحمدکاظم، 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 ر.ک: جزوه استفتائات مرکز تحقیقات قوه قضاییه درباره بیع زمانی.

و غیرمقید به زمان است اما این بدان معنا نیست که تملیک موقت در شریعت اسلامی 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 کرهٔ خاکی باز می‌گردد بنابراین عقد بیع از عقود مخترعهٔ شارع مقدس نبوده و شارع مقدس در مورد آن تنها نقش امضایی و ارشادی داشته است و لذا لفظ بیع به عقیدهٔ بسیاری از فقها فاقد حقیقت شرعی 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 دربارهٔ 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 فقها، 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 عموماً تمسک کرد.

آیتا... 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 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 فقها و محققین معاصر نیز در این رابطه قابل توجه است. به عنوان نمونه آیتا... سیستانی در پاسخ به سؤالی در مورد بیع خانه به ۴ نفر برای چهار فصل

آمده است: «حیث ان المعامله لا بد و ان تكون معتبرة شرعاً و انه ليس للشارع المقدس في الفاظها اصطلاح خاص و اختراع جديد و لم يؤسس في حقيقة المعاملات شيئاً غير ما هو المتعارف عند العقلاء و لو اعتبر شيئاً فيها اعتبره شرطاً لتأثيرها لا ان حقيقة المعاملة عنده مغايرة لحقيقتها عند العرف فلا بد من الرجوع الى العقلاء فيها» همان، ص ۲۰۰.

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

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

۳. آیتا... خوبی معتقد است که در مواردخيار 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 يقال ان الملكية المنشأة مطلقه حتى بعد الفسخ فإنه لا معنى للبيع الى وقت خاص كسنة او سنتين لكونه باطلا اجماعاً. فانه يقال لا شبهة في أن المنشأ مطلق من حيث الزمان و ان البايع انشأ ملكية مطلقة للمشتري و ابدية و لكن كلامنا ليس في الاطلاق و التقييد من حيث الزمان بل من حيث الزمانيات... و لا يقاس كون المنشأ ملكية محدودة بالفسخ، بالبيع الى 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 مشتری می‌فروشد و لذا بیع موقت، برخلاف مفهوم عرفی بیع می‌باشد و از آنجا که احراز صدق عرفی عنوان بیع بر قرارداد، شرط اولیة 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 تایم‌شر 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:

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

۱. به عنوان نمونه آیتا... معرفت می‌فرماید: چنین معامله‌ای بیشتر به اجاره شباهت دارد و در بیع بی سابقه 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، *مسائلک الافهام*، ج ۴، ص ۲۵۹؛ بحرانی، شیخ یوسف، *الحدایق الناظره*، ج ۲۱، ص ۸۳.

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

۴. مرحوم بحرانی در این باره می‌فرماید: «الظاهر انه لا خلاف بین اصحابنا - رضوان... علیهم - فی انه لا یشرط فی صحه الصلح سبق نزاع بل لو وقع ابتداء علی عین بعوض معلوم صح وافاد 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 قراردادها 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 قراردادها و حاکمیت اراده به کار گرفته شود، زیرا با توجه به محدود نبودن موضوع صلح، هرگونه قراردادی را مادام که به احکام قانونگذار لطمه نزند می‌توان تحت

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

۲. بحرانی، شیخ یوسف، همان کتاب، ص ۸۶.

۳. بجنوردی، آیت‌... 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 لاتلحقه احکامه و شروطه...» *تحریر الوسیله*، ج ۱، ص ۵۱۶.

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

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

۱ - برخی از فقها معتقدند که در عقد بیع، ثمن نمی‌تواند از حقوق باشد بنابراین نمی‌توان عینی را در مقابل حقی فروخت. اما همین عده، چنین مبادله‌ای را از طریق عموماً صحت عقود آن را معتبر و مشروع دانسته‌اند اما در عین حال، انعقاد آن را از طریق عقد صلح، ممکن و مشروع دانسته‌اند.^۲

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

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

ب - قرارداد تایم سر و صلح

با توجه به ماهیت و ویژگی‌های عقد صلح می‌توان گفت: انتقال مالکیت زمان‌بندی

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

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

۳. روحانی، آیت‌ا... سیدمحمد 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 رجلاً لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لابدري كل واحد منهما کم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولی ما عندی فقال لابس بذلك اذا تراضيا و طابت أنفسهما» فهذا ليس ببيع لان العوضين مجهولان من حيث المقدار و لاهبه لانه ليس اعطاء مجان بل لكل واحد منهما عوض و لاعاریه و ليس باجارة لانه تمليك عين لامنفعة و لا ینطبق علی ای واحد من عناوین المعاملات فلا بد و ان يكون عقداً مستقلاً اذ لا يمكن ان يكون من فروع ای عقد آخر و معامله اخرى» بجنوردی، آیت‌ا... سیدحسن، 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 زمان بندی 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 قرارداد، 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 صلحاً اهل حراماً» 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 زمان بندی 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. «يجوز ايقاعه على كل امر الا ما استثنى كما يأتي بعضها و في كل مقام الا اذا كان محرماً لِحلال 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 پردازیم 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

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، *اموال و مالکیت*، ص ۹۹.

چنین معنایی با واقعیت خارجی همخوانی نداشته، هیچ کس آن را نمی پذیرد و به این معنا، همه مالکیت ها 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 می ماند 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 گونه ای که با سپری شدن آن مدت، مالکیت شخص خود به خود و بدون هیچ سبب جدیدی زایل شود و مال به مالک اصلی برگردد.

تردیدی نیست که به جز حق مالکیت، سایر حقوق عینی قابل تحدید و تقیید به زمان می باشد مانند حق ارتفاع 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 دانسته اند و برخی دیگر این نظر را نپذیرفته و از آن انتقاد کرده اند. ما ابتدا به نقد و بررسی دلایل گروه اول می پردازیم.

دوم: ادله منکرین مالکیت موقت:

از بررسی مجموع کلمات فقها و حقوقدانان برمی آید 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 می نماییم.

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 نمی شود. ر.ک: شیروانی، علی، *آموزش فلسفه*، ص ۲۸۹ مرحوم علامه طباطبایی در این باره می فرماید: «یتقسم الکم انقساماً اولیاً الی المتصل و المنفصل و المتصل هو الکم الذی یمكن ان یفرض منه اجزاء تتلاقى»

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 تقیید به زمان نیست.^۱

مرحوم محقق اصفهانی پس از نقل این دلیل می‌فرماید: عدم امکان تقیید 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، تقیید 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

﴿على حدود مشتركة كالخط... و المتصل ينقسم الى قسمين قار و غير قار و القار هو الثابت المجتمع الاجزاء بالفعل كالسطح و غير القار هو الذى لايجتمع اجزائه المفروضة بالفعل كالزمان فان كل جزء منه بالفعل قوة للجزء التالى فلايجتمعان بالفعل اذ فعلية الشيء لاتجتمع قوته... نهاية الحكمة، ص ۱۱۰.

۱. «ان ملكية الواقف المجعولة لجميع البطون ملكية واحدة مرسله و الواحد لا يتكرر و لا يتبعض و حيث أنها عرض غيرقار فلا تتحدد و لا تنقيد بالزمان فلا معنى لتقطيعها و تحديدها بالازمنة ليكون تملكاً لجميع البطون لئلا 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 تقییدها بالزمان مدفوع بان التحدد بالزمان تازه بالذات كما في الاعراض غير القاره فان التدرجيه عين الحركة المساوقه للتقدر بالزمان و أخرى بالعرض كما في الامور القاره فانها و ان لم تنقدر 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.

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 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 تقیید 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 تقیید 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 تقدیر 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 تقدیر و تعیین به وسیله زمان نیست اما تملیک موقت عین به معنای تقیید عین به زمان نیست. توضیح آنکه، هنگامی که شخصی فرضاً کتابی را برای مدت مشخصی به دیگری

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

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 قطعاً 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 تقيید 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

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

می‌کنند همین است که استفاده و بهره‌برداری مالک، مقید به زمان و وقت خاص نیست، 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 توهم 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، اموری توقیفی هستند و لذا اگر امری سابقه‌ای در شرع نداشته باشد نمی‌توان آن را به

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

عنوان عبادت پذیرفت اما در بخش معاملات که قسمت عمده آن به عرف واگذار شده است پذیرش این عقیده به طور مطلق صحیح نیست به ویژه در مورد موضوعات و مفاهیمی که حقیقت شرعیه و متشرعیه ندارد توضیح آن به عرف محول شده است ثانیاً مالکیت، امری اعتباری است که چگونگی آن تابع نحوه اعتبار آن می‌باشد و به همین دلیل، قابل توقیت و تأیید است^۱ ثانیاً ملکیت موقت سابقه روشن فقهی دارد و مواردی را در فقه می‌توان 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 انفکاک‌ناپذیری مالکیت از عین است. به عقیده حقوقدانان یکی از ویژگی‌های مالکیت آن است که همواره با مملوک همراه بوده، مادام که شیء مملوک باقی است مالکیت آن نیز باقی می‌باشد. و براین اساس، مالکیت نسبت به شیء مملوک، تنها در صورتی زایل می‌شود که آن شیء منعدم شود و مادام که شیء مملوک وجود دارد حق مالکیت مربوط به آن هم وجود دارد. تفکیک‌ناپذیری 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 منتقل‌الیه و ورثه ادامه مالکیت سابق وارث و ناقل است.^۳

برخی از حقوقدانان در توجیه این ویژگی گفته‌اند: «ملکیت عبارت است از رابطه‌ای مستقیم بین مالک و شیء و حق مالکیت چنان با شیء مملوک آمیخته و مخلوط می‌شود و در آن تجسم می‌یابد که قابل جدایی از آن نیست و مادام که شیء موجود است آن حق هم دوام دارد»^۴

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.

بعضی دیگر از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که ویژگی دوام مالکیت به معنای فوق به این معنا نیست که مالکیت از وجود فیزیکی و خارجی مملوک جدا نمی‌شود چرا که انفکاک ناپذیری 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 انفکاک ناپذیری 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 انفکاک ناپذیری آن از مملوک منافات دارد.^۲

در پاسخ این دلیل باید گفت: انفکاک ناپذیری 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 انفکاک ناپذیری 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

۱. السنهوری، دکتر عبدالرزاق، *الوسیطة*، ج ۷، ص ۵۳۴.

۲. همان مأخذ، ص ۵۳۵.

موقت به نظر نمی‌رسد بنابراین همان‌گونه که انتقال مالکیت از یکی به دیگری، ضرری به 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 هیچ‌گونه انفکاک‌ی 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 دایرة 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 شرعیه 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 شرعیه 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 فقهایی 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.

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

۲. نراقی، ملاحمد، *عواید الایام*، ص ۱۱۳.

۳. نراقی، ملاحمد، *مستند الشیعه*، ج ۲، ص ۳۷۱.

بنابراین مالکیت، مفهومی عرفی است و شارع مقدس نیز با توجه به همان معنا و 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:^۲

الف - مالکیت حقیقی: عبارت است از سلطنت تامه بر موجودات به گونه‌ای که اختیار مملوک حدوداً و بقاءً به دست مالک باشد چنین مالکیتی مخصوص ذات باری تعالی می‌باشد.

ب - مالکیت انسان بر نفس و اعضاء و ذمه‌اش.

ج - مالکیت مقولی 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.

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. ملک الملک یعنی سلطه شخصی بر سبب تملک مانند حق حیازت مال مباح، مالکیت حق غیرمالی مانند مالکیت بضع.
۲. همان مأخذ.

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

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

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 غرق 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 امضا 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.

۱. «ان الملكية الشرعية ليست من المقولات الواقعية حتى يتوقف العرض منها على موضوع محقق في

الخارج بل من الاعتبارات بمعنى اعتبار مقولی...» 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) دربارهٔ اعتبار مالکیت می‌فرماید: «اعتبار

الملکة عقلائیة و الشارع تبع لهم و ليس له اعتبار مستقل فی قبالهم...» کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۵۴.

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 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 تسلیط 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

۱. امامی، دکتر سیدحسن، همان کتاب، ص ۴۲، مرحوم نراقی در تعریف مالکیت می‌فرماید: «معنی المملکة و المالیة و ما یراد 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 فیہ منفرداً، ماله ذلك الاختصاص المعهود بالنسبة الی شخص هو الملك و المال» *عوائد الایام*، ص ۱۱۳.

۲. «ان السلطنة لیست هی المملکة بل هی من الاحکام العقلانیة للمملکة... و قوله - ص: الناس مسلطون علی اموالهم ینادی بما ذکر ناه فان اضافة الاموال الی الناس هی الضافة المملوکیة فقوله - ص - الناس مسلطون علی اموالهم مساق لبقوله الناس مسلطون علی املاکهم فان الناس لا یسلطون علی الاموال بلا اضافة مالکة بینها و بینهم فلو رجعت السلطنة الی المملکة 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 المملکة لانفسها» امام خمینی (ره)، *کتاب البیع*، ج ۱، ص ۱۰.

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 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

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

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»^۱ اما سلب یک یا چند اثر از آثار مالکیت با طبیعت آن منافات ندارد چرا که 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 می‌پردازیم.

۱ - همان‌طور که گفتیم مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری بین مال و شخص که توسط عقلا اعتبار می‌شود.

حدوث و بقای مالکیت همانند هر امر اعتباری دیگر به دست منشأ اعتبار آن می‌باشد 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 می‌توان گفت: از نظر عقلی و حقوقی، هیچ مانعی در راه تصور و اعتبار مالکیت موقت نیست چرا که عقلا همان‌گونه که مالکیت مستمر را اعتبار کرده‌اند مالکیت موقت را نیز می‌توانند لحاظ کنند و خواهیم دید که در بسیاری از موارد، چنین اعتباری تحقق یافته است.

مرحوم بجنوردی در این باره می‌فرماید: اگر دلیلی بر مالکیت موقت وجود داشته باشد هیچ مانعی از آن نیست و چون مالکیت، امری اعتباری است که قابل توقیت و تأبید می‌باشد پس تابع اعتبار شارع یا عقلا خواهد بود.^۲

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

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

علامه حلی در مسئله «وقف بر من ینقرض غالباً» به این دلیل اشاره کرده، می‌فرماید: «اذا 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 تملیک و صدقه فیتبع اختیار المالك فی التخصیص و غیره کغیر 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

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 الشریعه*، 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 فتأمل جيداً» *جواهر الکلام*، ج ۲۸، ص ۶۱.

۳. یزدی، سید محمد کاظم، همان کتاب، ص ۶۶.

ادامه دارد و پس از آن منقضی می‌شود بنابراین مالکیت زید یک مالکیت موقت و محدود به زمان می‌باشد.^۱

مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی در ملحقات عروة 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 ملکة زید الی سنة».^۲

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.^۳ چنان که مشاهده می‌شود مالکیت موقت در بدل حیلوله تحقق یافته و برخی فقها بدان معتقد شده‌اند.^۴

۱. «لو وقف علی زید عشر سنین ثم علی الفقراء فملکة زید عشرة سنین تکون موقتاً» بجنوردی، آیت‌ا... سیدحسن، همان مأخذ.

۲. ملحقات عروه، ص ۱۹۵.

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

۴. 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 یا زمانی، تفاوت دارد و موضوع بحث ما در مالکیت موقت جایی است که مالکیت مقید به زمان شود و الاً تقیید مالکیت به زمانیات مورد تردید نمی‌باشد و نمونه‌های آن را می‌توان در خیارات یافت.

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

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

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

۳. نجفی، شیخ محمد حسن، همان مأخذ.

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

تملیک موقت عین در نظر این عده از فقها، امری ممکن و مشروع بوده است و لذا اجاره را نوعی تملیک موقت عین دانسته‌اند.

از مجموع موارد فوق می‌تواند به این نتیجه رسید که مالکیت موقت، دست کم در نزد عده 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.

جایگاه «تایم شر» در عقود نامعین (بخش دوم و پایانی)

در مبحث گذشته دیدیم که قرارداد انتقال مالکیت زمان‌بندی شده (تایم شر) با هیچ یک از عقود معین هماهنگی ندارد و لذا نمی‌توان آن را در زمره عقود معین قرار داد. البته به این نکته نیز اشاره کردیم که این قرارداد را مانند هر قرارداد دیگری می‌توان از طریق عقد صلح منعقد کرد چرا که عقد صلح، قالبی است گسترده برای قراردادهای گوناگون و متنوع.

در این مبحث به دنبال پاسخ به این سؤالیم که آیا قرارداد تایم شر را می‌توان بدون آنکه در یکی از عقود معین جای گیرد معتبر و صحیح دانست؟ به عبارت دیگر آیا تحت عنوان یک عقد عرفی و قرارداد عقلایی که در میان مردم رواج دارد می‌توان راهی برای مشروعیت آن یافت؟ در دو گفتار به بررسی موضوع می‌پردازیم:

گفتار اول: اشاره‌ای به مبانی اصل آزادی اراده در فقه (بحثی مختصر دربارهٔ

اعتبار قراردادهای نامعین)

در میان فقیهان شیعه همواره این بحث مطرح بوده است که آیا برای تشخیص مشروعیت یک قرارداد باید نص خاصی بر آن وجود داشته و مشروعیت و اعتبار آن از ناحیه شارع تصریح شده باشد یا آنکه علاوه بر عقود معین که نام آنها در فقه آمده است به طور

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

کلی قراردادهای عقلایی، مشروعیت و اعتبار دارد؟ گروه زیادی از فقها - به ویژه متقدمین - قایل به توقیفی بودن عناوین عقود و معاملات شده و اعتبار قراردادهای آنها را تنها در قالب عقود معین پذیرفته‌اند، به عنوان مثال شهید ثانی در مورد علت بطلان عقد مغارسه^۱ می‌فرماید: «ان عقود المعاوضات موقوفة علی اذن الشارع و هی منتفیه هنا».^۲ مؤلف کتاب مفتاح الکرامه پس از نقل اجماع فقها بر بطلان مغارسه می‌فرماید: «و حجة المعظم ان عقود المعاوضات موقوفة علی اذن الشارع و هی منتفیه هنا».^۳

صرف نظر از مباحثات نظری که میان فقها و حقوقدانان وجود دارد ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل آزادی قراردادی را مورد تأکید و تأیید قرار داده، مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است». بنابراین در حقوق ما، آزادی اراده را باید به عنوان اصلی مسلم و پذیرفته‌شده تلقی کرد و لذا جز در مواردی که قانون، مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است.^۴ مهم‌ترین نتیجه اصل آزادی اراده آن است که اشخاص می‌توانند قراردادهای خود را زیر هر عنوان که مایل باشند منعقد ساخته، نتایج و آثار آن را به دلخواه معین کنند. بنابراین پیش‌بینی نهادهای حقوقی و عقود معین در فقه و قانون بدان معنا نیست که اشخاص ناچار باشند یکی از قالب‌های پیش‌ساخته قراردادی را برای هر پیمان برگزینند.^۵

۱. مغارسه از ماده «غرس» به معنای درخت‌کاری گرفته شده است. در تعریف عقد مغارسه گفته‌اند:

«المغارسه معامله خاصة علی الارض لیغرسها العامل علی ان یکون الغرس بینهما...» شهید ثانی، *مسائلک الافهام*، ج ۵، ص ۷۱ و نیز ر.ک مشکینی، آیت... علی، *مصطلحات الفقه*، ص ۵۰۶، امام خمینی، *تحریر الوسیله*، ج ۲، ص ۵۹۳.

۲. العاملی، زین‌الدین (شهیدثانی)، همان، برخی از فقها نیز به اصالة الفساد در معاملات تمسک کرده‌اند مثلاً ر.ک *جواهرالکلام*، ج ۲۷، ص ۹۳.

۳. حسینی عاملی، سیدمحمد جواد، *مفتاح الکرامه*، ج ۷، ص ۳۸۶.

۴. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۱، صص ۱۴۴ - ۱۴۶.

۵. همان.

بر این اساس از آنجا که موضع قانون مدنی و نظام حقوقی ایران در قبال اصل آزادی قراردادی روشن و بی‌ابهام است نیازی به بحث اساسی در این رابطه دیده نمی‌شود ولی اشاره به مبانی این اصل در فقه برای استحکام و تقویت بحث، لازم به نظر می‌رسد.

مهم‌ترین دلیلی که طرفداران اصل آزادی قراردادی در فقه بدان تمسک کرده‌اند آیه اول سوره مائده است. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «یا ایهاالذین آمنوا اوفوا بالعقود...» عقد به گفته بعضی از لغویین به معنای مطلق عهد^۱ به عقیده بعض دیگر به معنای عهد مؤکد و وثیق است^۲ و به هر حال شامل معاملات و قراردادهای می‌شود. بنابراین مفاد آیه این است که وفای به هرچه عرفاً عنوان عقد بر آن صادق است واجب می‌باشد^۳ معنای وفا به عقد عبارت است از عمل بر طبق مقتضای آن.^۴ با توجه به عموم آیه شریفه نسبت به همه عقود و قراردادهای می‌توان چنین استنباط کرد که هر قراردادی که در عرف مصداق عقد دانسته شود معتبر و لازم‌الوفا می‌باشد.^۵ علاوه بر فقیهان معاصر در میان فقهای گذشته نیز می‌توان کسانی را یافت که تمسک به عمومات را برای اثبات صحت و اعتبار قراردادهای نامعین مجاز دانسته‌اند به عنوان مثال مرحوم محقق اردبیلی در مورد عقد مغارسه بر این اعتقاد است که اگر اجماع علما بر بطلان آن نبود، این امکان وجود داشت که به مقتضای عمومات ادله، به صحت عقد مغارسه حکم داد.^۶

۱. «والعقد (بفتح فسکون) الضمان و العهد و جمعه العقود...» زبیدی، محمد مرتضی، *تاج العروس*، ج ۲، ص ۴۲۶.
۲. «قوله: یا ایهاالذین آمنوا اوفوا بالعقود هی جمع عقد بمعنی المعقود و هو اوکد العهود و الفرق بین العهد و العقد ان العقد فیہ معنی الاستیثاق و الشد و لایکون الا من متعاقدين و العهد قد ینفرد به الواحد فکل عقد عهد و لایکون کل عهد عقداً» طریحی، *مجمع البحرین*، ج ۳، ص ۱۰۳. «العقد: العهد و الجمع عقود و هی اوکد العهود...» ابن منظور، محمدین مکرم، *لسان العرب*، ج ۳، ص ۲۹۷.
۳. توحیدی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه*، (تقریرات درس آیت‌الله خویی)، ج ۲، ص ۱۴۲.
۴. امام خمینی (ره)، *کتاب البیع*، ج ۱، ص ۷۰.
۵. «الآیه المبارکه تدل علی وجوب الوفاء بکل عقد الا ما اخرجہ الدلیل» موسوی اردبیلی، آیت‌الله سید عبدالکریم، فقه الشریکه، ص ۵۴.
۶. «دلیل البطلان عدم الدلیل علی الجواز مع الغرر و الجهالة بل الاجماع ایضا عندنا و لولا ذلك لامکن القول بالصحة لبعض العمومات» مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة البرهان*، ج ۱۰، ص ۱۴۴.

اگرچه فقهای متقدم به اصل آزادی اراده به دیده تردید می‌نگریستند اما فقهای معاصر عموماً به آن متمایل شده و آن را پذیرفته‌اند به عقیده اینان، عناوین عقود، توقیفی نیست چون شارع مقدس در معاملات طریقه خاصی را اختراع نکرده و نقش شارع در مورد معاملات، نقش امضایی است یعنی معاملات رایج بین مردم را امضا نموده است. به بیان دیگر «شرع مقدس در زمینه معاملات، حقیقت جدیدی نیاورد جز امضای آنچه نزد عرف و عقلاً متداول می‌باشد و با جمله «اوفوا بالعقود» تمامی آنچه که نزد مردم و در عرف بازار رواج دارد را مورد امضا قرار داده و صحه گذارده است (البته با در نظر گرفتن شرایطی که تفصیل آن در جای خود آمده است) دلالت آیه فوق بر اعتبار و لزوم مطلق قراردادهای از سوی برخی از فقها مورد تردید و اشکال قرار گرفته است و از آنجا که ما در این مختصر به دنبال طرح مفصل این بحث نیستیم از ذکر آن خودداری می‌کنیم.^۲

به هر تقدیر، اصل آزادی اراده در میان فقهای معاصر مورد پذیرش قرار گرفته و این فقیهان برای اثبات مشروعیت و اعتبار قراردادهای نامعین بدان تمسک کرده‌اند که به عنوان مثال به دو نمونه اشاره می‌شود:

۱ - **قرارداد بیمه:** یکی از قراردادهای نو پیدا که در دهه‌های اخیر مطرح شده و رواج یافته است قرارداد بیمه می‌باشد. رواج این قرارداد، فقها را در مقابل این سؤال قرارداد که آیا چنین قراردادی می‌تواند مشروعیت و اعتبار داشته باشد یا خیر؟ تلاش اولیه فقها بر این بوده که این قرارداد را به نحوی در یکی از عقود معین و شناخته شده بگنجانند و بر همین اساس آن را از مصادیق صلح، هبه معوض یا ضمان دانسته‌اند. اما غالب فقهای معاصر، عقد بیمه را عقدی مستقل دانسته و برای اثبات مشروعیت و اعتبار آن به عمومات ادله استناد کرده‌اند. امام خمینی (ره) می‌فرماید: «الظاهر ان التأمین عقد مستقل و ماهو الراجح

۱. معرفت، آیت‌الله محمدهادی، مقاله «ضمانت، گسترش یا انتقال محل پرداخت» ماهنامه دادرسی، ش ۱،

مهر و آبان ۷۷، ص ۱۳.

۲. برای مطالعه در این زمینه ر.ک امام خمینی (ره)، **کتاب البیع**، ج ۱، ص ۶۵، نراقی، ملاحمد،

عوائد الایام، ص ۵، قمی، میرزا ابوالقاسم، **جامع الشتات**، ج ۲، ص ۴۱.

ليس صلحاً و لاهبة معوضة بلا شبهه...»^۱

محقق دیگری در این رابطه می‌نویسد: «لو قلنا بانه عقد مستقل كساير العقود لاشتماله على جميع ما يعتبر فى العقد من الاركان و الشرايط... فيشمله كل ما يدل على صحة العقود من العمومات «أوفوا بالعقود» «و تجارة عن تراض» و «الناس مسلطون على أموالهم» «و المؤمنون عند شروطهم» و لا يضر كون التأمين امراً مستحدثاً فى شمول العمومات لعدم اختصاصها بما كان معهوداً فى زمن الشارع و عدم كون عناوين العقود توقيفيه»^۲

مؤلف كتاب المسائل المستحدثه نیز درباره قرارداد بیمه می‌نویسد: «و لولم يتم ما ذكرناه من تطبيق عند التأمين على واحدة من المعاملات المعهودة فنقول انه عقد مستقل مركب من الايجاب و القبول على مامر تقريبه و عليه فيشمله عمومات امضاء المعاملات كقوله: «لا تأكلوا أموالكم...» و قوله تعالى: «يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود...» و تخصيصها بالعهد و العقود التى كانت متعارفة فى زمن صدورها بلاوجه بعد كونها متضمنة لبيان الحكم الخالد الباقي فى جميع الاعصار و كونها من قبيل القضايا الحقيقية»^۳

۲ - تقسيم: در مورد ماهیت تقسیم در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی، تقسیم مال مشاع را به دلیل آنکه در آن، دو مال مبادله می‌شود نوعی بیع دانسته‌اند ولی غالب فقها آن را معامله‌ای جدای از بیع دانسته‌اند. به نظر این عده، تقسیم، معامله‌ای مستقل از عقود معین است و دلیل اعتبار آن، عمومات و اطلاقاتی است که در باب معاملات می‌توان بدان تمسک کرد. به عنوان نمونه آیت‌الله تبریزی در این باره می‌نویسد: «ان القسمة عقد مفاده تعيين الحصص فى البعض المعين من المال المشترك و لاتدخل فى البيع... و يكفى فى مشروعية القسمة و لزومها بعدما عليها سيرة العقلا و بنائهم فى المال المشترك قوله عزّ

۱. *تحریر الوسیله*، ج ۲، ص ۵۸۴.

۲. موسوی اردبیلی، آیت‌الله سیدعبدالکریم، همان کتاب، ص ۲۳۲.

۳. روحانی، آیت‌الله سیدمحمدصادق، *المسائل المستحدثه*، ص ۷۲.

من قائل: «لوفوا بالعقود» حيث المراد بالعقد العقد و الالتزام و لو بنحو المشدود^۱

گفتار دوم - ارکان و آثار قرارداد انتقال مالکیت زمان بندی شده (تایم شر)

در مباحث گذشته بیان شد که قرارداد تایم شر یا انتقال مالکیت زمان بندی شده را باید قراردادی مستقل از عقود معین دانست و با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز اصل آزادی قراردادها در فقه می توان صحت و نفوذ آن را اثبات نمود. در این گفتار به بیان ارکان و آثار این قرارداد می پردازیم.

الف - ارکان و ویژگی های قرارداد تایم شر

چنانکه در مقدمه این نوشتار مذکور افتاد، در قرارداد تایم شر، مالک عین، مالکیت آن را به چند نفر انتقال می دهد، به گونه ای که در یک دوره مشخص - مثلاً یک ساله - هر کدام از این افراد در مدت زمان معین و محدودی مالک عین مزبور باشند. بر این اساس ویژگی های چنین قراردادی را می توان به شرح زیر برشمرد:

۱ - مشخصه اصلی این قرارداد، انتقال مالکیت از مالک به دیگری است. بنابراین آن را باید در گروه قراردادهای تملیکی قرار داد.

۲ - در این قرارداد، عین به دیگری تملیک می شود و منافع به تبع عین انتقال می یابد بنابراین گرچه از جهت زمان بندی و مدت دار بودن به اجاره شباهت دارد اما تفاوت در تملیک، باعث تمایز آن از اجاره شده است.

۳ - اگرچه در نهایت، عین به چند نفر منتقل می شود اما این بدان معنا نیست که همه آنها به طور موازی و همزمان مالک عین باشند بلکه در هر زمانی فقط یک نفر مالک آن است و همین مشخصه باعث تفاوت آشکار این قرارداد با بیع مشاع می گردد.

۴ - مالکیت هر شخص در حقیقت یک مالکیت موقت و محدود است زیرا عین، هیچ گاه به طور دائمی در مالکیت یک مالک باقی نمی ماند و به طور مرتب از یک مالک به دیگری انتقال می یابد. به عبارت روشن تر، مالکیت هر نفر محدود به دو حد زمانی است

۱. تبریزی، آیت الله شیخ جواد، *اساس القضاء و الشهادة*، ص ۲۷۵.

که پیش از آن، شخص دیگری مالک عین بوده و پس از آن هم عین به مالکیت دیگری وارد خواهد شد.

ب - احکام و آثار قرارداد

۱ - **رابطه مالکین با یکدیگر:** تردیدی نیست که در قرارداد تایم شر، مال، هیچ‌گاه بدون مالک نمی‌ماند چرا که به طور مرتب با انقضاء زمان مالکیت یک مالک، مال به دیگری منتقل می‌شود و فترتی در این میان وجود ندارد که مال بلامالک بماند.

از سوی دیگر از آنجا که در هر زمان، تنها یک نفر مالک عین می‌باشد لذا فرض اشاعه در مالکیت نیز نادرست است بنابراین سؤال اساسی در اینجا این است که رابطه چند مالک که به طور زمان‌بندی شده در یک عین شریک‌اند چیست؟ مسئله مشابه در باب وقف می‌تواند راهنمای ما برای پاسخگویی به سؤال فوق باشد.

در باب وقف، هنگامی که مالی بر چند طبقه از موقوف علیهم وقف می‌شود، عین موقوفه به مالکیت طبقه اول از موقوف علیهم درمی‌آید و پس از انقضای طبقه اول، در ملک طبقه دوم وارد می‌شود و به همین ترتیب ادامه می‌یابد. و همچنین در صورتی که مالی به ترتیب بر زید و فقرا وقف شود به این صورت که ده سال بر زید وقف باشد و پس از آن وقف بر فقرا باشد. در میان فقها این بحث مطرح شده است که رابطه طبقات بعدی موقوف علیهم که الان وجود ندارند و یا وجود دارند ولی به دلیل وجود طبقه قبلی، مالکیت فعلی ندارند با مال موقوفه و طبقه اول چه نوع رابطه‌ای است؟ تردیدی نیست که طبقات بعدی، در حال حاضر مالکیت فعلی بر مال ندارد چرا که به فعلیت رسیدن مالکیت آنان منوط به انقراض طبقه سابق است.

برخی از فقها همچون شیخ انصاری قائل به ثبوت مالکیت شأنی برای طبقه معدوم شده‌اند. به عقیده ایشان، طبقه معدوم، دارای اختصاص موقت نظیر اختصاص بطن موجود است که با صیغه وقف، انشاء و ایجاد شده و فقط در تحقق و وجود خارجی از آن متأخر است به عبارت دیگر عین موقوفه در عین حال که ملک فعلی طبقه موجود است، ملک

شأنی طبقه دوم نیز می باشد. یعنی واقف بر صیغه وقف، دو نوع مالکیت انشاء نموده است؛ یکی مالکیت فعلی برای طبقه موجود و دیگری مالکیت شأنی برای معدومین. نتیجه این مبنا آن است که اگر عین موقوفه - در موارد جواز بیع عین موقوفه - فروخته شد، ثمن آن هم همانند مبیع، ملک فعلی طبقه موجود و ملک شأنی طبقه معدوم می باشد.^۱

برخی از فقهای پس از شیخ انصاری، مالکیت شأنی طبقات معدوم را نپذیرفته اند. به عنوان مثال محقق اصفهانی در این باره می فرماید: معدومین، هیچ گونه حق جعل شده ای از ناحیه شارع ندارند و مالکیت شأنی، یک سنخ خاص از مالکیت نیست بلکه، مالکیت شأنی عبارت است از قابلیت مالکیت و نه چیز دیگر.^۲

در قرارداد تایم شر نیز مالکیت مالکین موقت که به ترتیب، مالک عینی می شوند، همانند طبقات موقوف علیهم است، بنابراین بر مبنای [دیدگاه] شیخ انصاری (ره) می توان در مسئله مورد بحث هم قایل به مالکیت فعلی و مالکیت شأنی گردید؛ به این صورت که مالکین موقت، در زمان مالکیت خود دارای مالکیت فعلی و در غیر آن، دارای مالکیت شأنی هستند. مثلاً اگر فرض کنیم که خانه ای ملک چهار نفر به صورت مالکیت زمانی فصلی باشد، در فصل بهار که فرضاً خانه متعلق به «الف» است، این فرد مالک فعلی خانه بوده و سه نفر دیگر مالکیت شأنی بر آن دارند. اما بنا بر مبنای گروه دوم، نمی توان برای مالکین دیگر مالکیت شأنی تصور کرد چرا که به عقیده این گروه، مالکیت شأنی، چیزی جز قابلیت شخص برای مالک شدن نیست. بنابراین در زمان مالکیت فعلی یک مالک، مالکان دیگر حقی در آن مال ندارند.

۱. «ما ذکر یظهر ان الثمن علی تقدیر البیع لا یختص به البطن الموجود... لا قضاء البدلیة ذلک فان المبیع اذا کان ملکا للموجودین بافعل و للمعدومین باقوه کان الثمن کذلک فان الملكية اعتبار عرفی او شرعی ملاحظها المعتبر عند تحقق اسبابها فکما ان الموجود مالک له فعلا مادام موجوداً تملیک الواقف فکذلک المعدوم مالک له شأناً بموقفی تملیک الواقف» انصاری شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۱۶۸
۲. «قد عرفت سابقاً انه لاحق مجهول من الشرع للمعدومین و لیست الملكية الشأنیة سخناً من اعتبار الملكية بحیث تكون الملكية التي حقیقتها عین اعتبار الشرع و العرف سنخین بالفعل و بالقوه بل الملكية الشأنیة مجرد القابلیة» اصفهانی، شیخ محمدحسین، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۲۶۵.

به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت مالکیت می‌توان گفت: مالکیت همان‌گونه که گروه دوم گفته‌اند قابل تقسیم به دو نوع نیست و بر همین اساس، مالکیت شأنی سنخ خاصی از مالکیت نیست اما بدیهی است که در مالکیت موقت، نمی‌توان رابطه مالکین دیگر با عین را کاملاً منقطع دانست و عین را ملک طلق مالک موقت به شمار آورد. مالکیت، امری عرفی و عقلایی است و عقلاً همان‌گونه که مالکیت را برای شخص به طور موقت اعتبار می‌کنند، رابطه دیگر مالکین را هم کاملاً منقطع و منتفی نمی‌دانند. به عبارت دیگر، اگرچه مال در ملک مالک موقت بوده و مالکین دیگر هیچ‌گونه مالکیت فعلی و یا شأنی بر آن ندارند اما همچنان، رابطه‌ای ضعیف و اعتباری بین عین و مالکان دیگر برقرار می‌باشد همین رابطه ضعیف را اگرچه نمی‌توان نوعی مالکیت شأنی دانست اما باعث می‌شود که دایره اختیارات مالک موقت محدود شود که در بحث بعد به آن می‌پردازیم.

۲ - حدود اختیارات مالکین

مهم‌ترین اثر مالکیت آن است که مالک بتواند در ملک خود تصرفات مالکانه بنماید یعنی آزادانه از آن منتفع شود، آن را به انحاء مختلف به دیگران منتقل کند و انتفاعات ممکن را از آن ببرد. حدود اختیارات مالک در مواردی که مال، تنها یک مالک دارد بسی گسترده و وسیع است ولی در جایی که چند نفر نسبت به یک مال حق مالکیت دارند چه به صورت مالکیت عرضی (مانند اشاعه) و چه به صورت مالکیت طولی (مانند تایم شر)، اختیارات مالکان محدود می‌شود. اما سؤال اصلی در اینجا این است که محدوده اختیارات مالکین موقت در تایم شر چیست؟ پاسخ به این سؤال، تا حدود زیادی بسته به مبانی پیش‌گفته است.

نتیجه منطقی مبنای اول این است که هر یک از مالکین در زمان مالکیت فعلی خود حق هرگونه تصرف و استفاده‌ای را دارد یعنی می‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد یا هبه کند و... و همین مالکیت به وراثت وی منتقل می‌شود اما از آنجا که در همین زمان، افراد دیگری هم مالکیت شأنی بر آن مال دارند تصرفات مالک تا آن اندازه مجاز و بلامانع است

که لطمه‌ای به حق دیگران وارد نشود چرا که عین در این صورت متعلق حق افراد دیگر می‌باشد نظیر عین موقوفه و مرهونه که متعلق حق مرتهن و طبقات بعدی موقوف علیهم است. بنابراین در قرارداد تایم شر هیچ مالکی حق از بین بردن مال خود را ندارد چرا که حق افراد دیگری به مال او تعلق گرفته و تصرفات او نباید باعث آسیب به حق دیگران شود و این امر، منافاتی با طبیعت مالکیت ندارد.

بنابر مبنای دوم، مالکیت شائی، چیزی جز شائیت تملک نیست. بنابراین در زمان مالکیت یکی از مالکان، مالکین دیگر حقی در مال ندارند و لذا عین، فقط متعلق یک حق مالکیت فعلی است و حق دیگری به آن تعلق نگرفته است تا باعث محدود شدن اختیارات و تصرفات مالک شود. مقتضای مبنای اخیر اگرچه مجاز بودن مطلق تصرفات مالکانه توسط مالک است اما به نظر می‌رسد حتی با پذیرش این مبنا هم نمی‌توان دست مالک را در مورد هرگونه تصرفی - حتی تصرف منجر به تلف مال - باز گذاشت زیرا این مورد از مصادیق تعارض قاعده تسلیط و لاضرر است و لذا باید بر آن اساس اظهار نظر شود.

فقها معمولاً حدود اختیارات مالک را از قاعده تسلیط استفاده می‌کنند. این قاعده هر گونه تصرف و انتفاعی را برای مالک جایز دانسته است اما قاعده لاضرر، محدوده اختیارات مالک را محدود می‌سازد. به همین جهت جواز تصرفات مالک در ملک خود در صورتی که به ضرر دیگران منتهی شود مشروط به شرایط خاصی است. در اینجا ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی می‌تواند برای ما راهگشا باشد چرا که این ماده بیان کننده موارد تعارض قاعده تسلیط و لاضرر می‌باشد و مقرر می‌دارد: «کسی نمی‌تواند تصرفی کند که مستلزم ضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت با رفع ضرر از خود باشد» روشن است که کلمه «همسایه» در این ماده نمی‌تواند شمول آن را محدود سازد و با توجه به مبانی فقهی آن می‌توان قاعده‌ای کلی را از این ماده استنباط نمود چرا که ملاک این ماده شامل هر موردی است که تصرف مالک موجب ضرر دیگری شود. بنابراین در بحث حاضر، می‌توان در مورد برخی تصرفات مالکین موقت که موجب ضرر دیگر مالکین می‌شود

چنین اظهارنظر کرد که تصرفاتی مانند اتلاف و از بین بردن مال توسط یکی از مالکین موقت، چون به ضرر دیگر مالکین است و غالباً فاقد دو شرط مذکور در ماده فوق‌الذکر است جایز نمی‌باشد.

از این گذشته، به اعتقاد بسیاری از فقها قاعده تسلیط پیش از آنکه قاعده‌ای شرعی و تبعیدی باشد، قاعده‌ای عقلایی بوده، بنای عقلا مهم‌ترین مدرک و مستند آن می‌باشد و نقش شارع مقدس در این قاعده تنها نقش امضایی است^۱ عقلا همان‌گونه که مالک را مسلط بر مالش می‌دانند، ضرر زدن به دیگری را هم مجاز نمی‌شمارند و بر همین اساس، تصرفات مالکانه را تا جایی که برای رفع ضرر از مالک یا رفع حاجت باشد مجاز می‌دانند و به مالک اجازه نمی‌دهند که بدون دلیل موجه در ملک خود تصرفاتی کند که موجب ضرر دیگران شود.

با توجه به آنچه گذشته به خوبی می‌توان نتیجه گرفت که در قرارداد تایم شر که چند نفر به صورت مقطعی مالک مال می‌باشند، هر کدام از مالکین می‌تواند هرگونه تصرفی را در مال خود صورت دهد، مگر تصرفی که موجب ضرر دیگران شود و به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود نباشد و چنانکه گذشت، محدود شدن اختیارات مالک در این موارد منافاتی با حق مالکیت او ندارد.

فصل دوم - بررسی شیوه‌های مشابه

بحث و بررسی درباره قرارداد انتقال مالکیت زمان‌بندی شده در فصل گذشته به پایان رسید. اینک به عنوان تکمیل بحث گذشته به بررسی برخی از شیوه‌ها و قالب‌های قراردادی مشابه می‌پردازیم که اگرچه از نظر عنوان و قالب قراردادی، تفاوت جدی با قرارداد تایم شر دارند اما در عمل، نتایج و آثار نسبتاً مشابهی را به دنبال دارند.

این روش‌ها عبارت است از: الف - بیع مشاع به شرط مهایات ب - صلح منافع ج -

شرکت سهامی د - افراز زمانی

۱. مکارم شیرازی، آیت‌الله ناصر، القواعد الفقهية، ج ۲، ص ۲۹.

الف - بیع مشاع به شرط مهایات:

تقسیم منافع در مال مشاع که چند نفر در کنار هم، مالک مال هستند یکی از مباحث مورد توجه فقها و حقوقدانان می‌باشد. به طور کلی مالکین مشاع برای تقسیم منافع مشترک مال مشاع از دو طریق می‌توانند اقدام نمایند.^۱

۱ - تقسیم به اجزاء مانند اینکه دو نفر که در خانه‌ای شریکند برای انتفاع از خانه، خانه را به حسب اجزاء آن تقسیم نمایند یعنی نصف خانه به یکی از آنها و نصف دیگر به دیگری واگذار شود تا در آن سکونت یابند.

۲ - تقسیم به زمان انتفاع: مثلاً دو نفر که در اتومبیلی شریکند توافق می‌کنند که به صورت ماهانه از آن استفاده کنند یعنی یک ماه نفر اول و ماه دوم نفر دوم و به همین ترتیب...

دو شیوه فوق در عرف مردم رواج دارد و نمونه‌های بسیاری از آن را می‌توان مثال زد. به عنوان نمونه، تقسیم منافع مزارع و باغات عموماً به صورت تقسیم به اجزاء صورت می‌گیرد و تقسیم منافع قنات‌ها و نهرها غالباً از طریق تقسیم به زمان انجام می‌شود. تقسیم منافع به یکی از شیوه‌های فوق در اصطلاح فقها، «مهایات» نامیده می‌شود.^۲

بنابراین از مهایات می‌توان برای تقسیم منافع یک ملک به صورت زمانی استفاده نمود مثلاً فرض کنیم دوازده نفر به صورت مشاع، خانه‌ای را خریداری نموده‌اند و از آنجا که همه آنان به طور هم‌زمان نمی‌توانند از آن خانه منتفع شوند و تقسیم آن به حسب اجزاء مکانی نیز امکان‌پذیر نیست، آسان‌ترین راه تقسیم منافع آن است که منافع آن را به صورت زمان‌بندی تقسیم کنند مثلاً منافع خانه را به صورت ماهیانه در یک دوره یک‌ساله بین خود تقسیم کنند به گونه‌ای که خانه در تمام طول سال، ملک مشاع همه آنان می‌باشد ولی در هر ماه از سال تنها یکی از آنان حق انتفاع دارد. بنابراین شرکای مشاع می‌توانند در یک

۱. کاتوزیان، ناصر، *مشارکت‌ها، صلح*، ص ۷۴.

۲. «المهابة و هی قسمة المنفعة بالاجزاء او بالزمان» عاملی، زین‌الدین «شہید الثانی» *الروضۃ البهیة*، ج ۱، ص ۲۵۰.

قرارداد مهیایات، منافع مال مشاع را تقسیم نمایند. شایان ذکر است که مهیایات به عنوان یک قرارداد مستقل، قابل انعقاد بوده و در حدود مفاد خود معتبر و لازم‌الاجراست و لذا لزومی ندارد که به صورت صلح و یا یکی دیگر از عقود معین درآید.^۱

تقسیم مهیایاتی به نظر برخی از فقها، توافقی جایز و قابل فسخ است^۲ البته این نظر از سوی برخی حقوقدانان مورد خدشه قرار گرفته و آنان مهیایات را قرارداد و توافقی الزام‌آور دانسته‌اند^۳ اما برای گریز از اختلاف فوق می‌توان «مهیایات» را به صورت شرط ضمن عقد درآورد و الزام آور بودن آن را قطعی و بی‌اشکال نمود.

یکی از شرکت‌هایی که در سال‌های اخیر از این شیوه برای تقسیم منافع املاک خود بهره گرفته است «شرکت مجتمع‌های توریستی و رفاهی آبادگران ایران» است. این شرکت، ویلاهای متعلق به خود را به صورت بیع مشاع مشروط به مهیایات به مشتریان خود به فروش رسانده است.

توضیح آنکه شرکت مزبور، هر یک از ویلاهای خود را به صورت مشاع به پنج‌جاه و دو نفر - به تعداد هفته‌های سال - به فروش رسانده و در ضمن عقد بیع، شرط نموده است که هر یک از مالکین مشاع در هفته مشخصی از سال حق انتفاع از ویلا را داشته باشند. در مبیعه‌نامه شرکت مزبور پس از ذکر نام خریدار و فروشنده چنین آمده است:

«مورد معامله یک پنج‌جاه و دوم ($\frac{1}{52}$) مشاع از کل شش دانگ ویلای شماره... از مجموعه ۲۲ ویلای مجتمع آبادگران واقع در ساحل جزیره کیش به پلاک ثبتی... که موقعیت دقیق آن روی نقشه تعیین و به رؤیت خریدار و امضا طرفین رسیده است».

در همین مبیعه‌نامه به عنوان یکی از شرایط ضمن عقد آمده است:

«خریدار با آزادی کامل و با آگاهی از شرایط و ضوابط زمانی و مکانی و با توجه به تفاوت قیمت ویلا در هفته‌های سال، هفته... سال را جهت استفاده از ویلا انتخاب نمود...»

۱. کاتوزیان، ناصر، همان کتاب، ص ۷۵.

۲. رک: جامع المقاصد، ج ۷، ص ۶۷ الروضة البهية، ج ۱، ص ۲۵۰، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۱۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، مشارکت‌ها، صلح، ص ۷۶.

خریدار، حق استفاده از بقیه ایام سال را از خود سلب نمود و هیچ گونه حقی در بقیه ایام سال در استفاده از این ویلا نخواهد داشت».

ب - صلح منافع

یکی از شیوه های مشابه که در آن، منافع عین به صورت زمان بندی شده مورد استفاده قرار می گیرد قرارداد صلح منافع می باشد. بر طبق این قرارداد، شخصی که مالک عین است مالکیت عین را به مشتریان منتقل نمی کند بلکه صرفاً منافع عین مورد نظر را به چند نفر از طریق عقد صلح، منتقل می کند.

به عنوان مثال شخصی که مالک ویلا یا آپارتمان است منافع ملک خود را به دوازده نفر به صورت صلح معوض منتقل می کند به گونه ای که هر یک از آنها در قبال مبلغی، منافع یک ماه در سال آن ملک را مالک می شوند. چنان که مشاهده می شود چنین صلحی در واقع، نتیجه عقد اجاره را به دنبال دارد یعنی همان گونه که در اجاره، عین در مالکیت موجر باقی مانده، منافع آن در مدت معین به مستأجر تملیک می شود در عقد صلح مورد نظر نیز، منافع عین به صورت زمان بندی شده به متصالحین انتقال می یابد. بدین ترتیب، متصالحین سهم و بهره ای از عین مال ندارند و تنها در مدت زمان معین، مالک منافع آن می شوند.

این روبه در سال های اخیر مورد عمل بعضی شرکت ها قرار گرفته است که از آن جمله می توان «شرکت نارنجستان زیبای شمال» را نام برد. شرکت مزبور که در سال ۱۳۷۵ تأسیس و ثبت شده، از بدو تأسیس اقدام به احداث هتلی نموده است. به گفته مسؤولان شرکت، این شرکت به جای اینکه منافع هر اتاق یا سوئیت را به صورت روزانه به افراد واگذار نماید و مال الاجاره دریافت کند، منافع اتاق ها و سوئیت ها را به صورت قطعی و برای مدت یک ماه در سال با انعقاد عقد صلح منافع منتقل نموده است. متصالحین در مدتی که مالک منافع هستند می توانند شخصاً از آن منتفع گردند یا به دستور آنان، منافع به دیگران واگذار و مال الاجاره دریافتی به متصالحین پرداخت شود.

این شیوه، اگرچه از نظر فقهی و حقوقی، بی‌اشکال به نظر می‌رسد اما اجرای آن، منافع متصالحین را در معرض خطر قرار می‌دهد. زیرا متصالحین که تنها مالک منافع ملک هستند هیچ‌گونه حق مالکیتی نسبت به خود ملک ندارند بنابراین حق هیچ‌گونه تصمیم‌گیری در مورد عین مال را ندارند. از طرف دیگر مالک عین اگرچه، مالک منافع آن نیست اما با استناد به مالکیت عین می‌تواند دست به اقداماتی بزند که در نهایت به ضرر صاحبان منافع تمام شود، به عنوان مثال اختیار مالک عین در مورد فروش، هبه، و سایر انتقالات می‌تواند در مواردی، صاحبان منافع را با مشکل روبه‌رو کند. از این گذشته اگر مالک به استناد مالکیت خود، تغییراتی در ملک ایجاد کند که منجر به کاهش منافع آن و یا از بین رفتن منافع در بخشی از سال یا در کل سال شود، تکلیف متصالحین زیان دیده چیست؟

برای گریز از اشکالات فوق و سایر مشکلاتی که ممکن است در این قرارداد بروز کند بایستی وظایف و اختیارات هر یک از مالک و متصالحین به روشنی مشخص شود و در قرارداد، مورد توافق قرار گیرد. متأسفانه قرارداد صلح منافع که توسط شرکت نارنجستان شمال تنظیم شده است در مورد موارد پیش‌گفته سکوت کرده و به همین جهت حقوق متصالحین را در معرض خطر قرار داده است.

ج - شرکت سهامی

یکی دیگر از طرقی که می‌توان برای استفاده منظم و زمان‌بندی شده از مال مشترک، مورد عمل قرار داد؛ ایجاد شرکت سهامی بین شرکا می‌باشد. در این شیوه چند نفر می‌توانند برای خرید واحدهای مسکونی اقدام به انعقاد عقد شرکت و ایجاد یک شرکت نمایند و از مال شرکت، واحد مسکونی مورد نظر را خریداری و به طور مشترک از آن بهره‌مند شوند.

به عنوان مثال: دوازده نفر به منظور احداث یا خرید واحد مسکونی اقدام به تشکیل شرکت سهامی یا شرکتی با نام دیگر برای انجام امور ساختمانی نموده، هر کدام از آنها سهم مشخصی از سرمایه شرکت را تأمین می‌کنند. شرکت مزبور چه به صورت شرکت

سهامی باشد و یا به صورت یک شرکت ساختمانی، واجد وصف تجارتنی بوده^۱ دارای شخصیت حقوقی می باشد. شرکاء پس از تشکیل شرکت با سرمایه فراهم آمده، ساختمان یا ویلایی را خریداری می نمایند. پرواضح است که با توجه به تحقق یک شخصیت حقوقی در فرض فوق، اموال گرد آمده متعلق به شرکت بوده و شرکاء تنها عضو شرکت و صاحب سهام هستند و به همین جهت ملک خریداری شده نیز متعلق به شرکت می باشد. شرکاء برای استفاده و بهره برداری از ملک خریداری شده این ترتیب را اتخاذ می کنند که هر کدام از آنها در مدت معینی از سال از آن استفاده نمایند.

این ترتیب اگرچه در حقیقت، همان صورت نظام یافته مهیایات است اما از آنجا که در اینجا سخن از اشاعه مالکیت مطرح نیست - به خلاف بحث مهیایات، تفاوت این روش با بیع، مشاع مشروط به مهیایات روشن می گردد. مزیت این راهکار آن است که صاحبان سهام می توانند سهام خود را به دیگران منتقل کنند یا با سهام شرکت های مشابه مبادله نمایند بدون آنکه نقل و انتقال یا مبادله به عین ملک یا منافع آن مرتبط گردد و به همین جهت این انتقالات یا مبادله ها می تواند در عرصه بین المللی نیز به آسانی و سهولت انجام شود.

د - افراز زمانی

ساده ترین و طبیعی ترین راه تقسیم مال مشترک آن است که مال مشترک به طور عادلانه بین شرکاء تقسیم و توزیع گردد این تقسیم را افراز می گویند^۲ در همین رابطه ماده ۵۹۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مثلثی باشد به نسبت سهام شرکا افراز می شود...» طبیعی است که افراز تنها در اموال قابل تقسیم متصور بوده و اموالی را که قابل توزیع عادلانه نیست نمی توان از راه افراز تقسیم نمود. ماده ۳۱۷ قانون

۱. ماده ۵، قانون تملک آپارتمان ها، شرکت های ساختمانی را تجاری دانسته و ماده ۲ قانون اصلاح قسمتی از ق.ت، شرکت های سهامی را به طور مطلق، بازرگانی شمرده است، ر.ک: کاتوزیان، ناصر، *مشارکت ها، صلح*، ص ۲۵.

۲. همان، ص ۶۸.

امور حسبی مقرر می‌دارد: «در صورتی که مال اعم از منقول یا غیرمنقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده بهای آن تقسیم شود».

ارتکاز عرفی از معنای افراز آن است که عین مال مشترک بین شرکاء توزیع گردد و به هر یک از آنان به نسبت سهم مشاعشان حصه‌ای از عین داده شود. در مورد املاک، افراز به صورت توزیع مکانی می‌باشد و چنان که گفتیم افراز به این معنا تنها در اموالی امکان دارد که اولاً قابل تقسیم بوده و ثانیاً دارای اجزای مساوی و برابر باشد و گرنه از راه تعدیل یا فروش اموال مشترک باید اشاعه را منحل نمود.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا در اموال مشاع غیرقابل تقسیم، راه حل دیگری جز فروش و تقسیم ثمن وجود ندارد؟ پاسخ به این سؤال به برداشت ما از مفهوم افراز بستگی دارد. اگر افراز را به معنای پیش گفته دانستیم پاسخ این سؤال منفی خواهد بود اما اگر مفهوم گسترده‌تری برای افراز قائل شویم، هنوز در اموال غیرقابل تقسیم نیز راهی برای افراز وجود خواهد داشت.

توضیح آنکه افراز به معنای توزیع عادلانه مال مشاع می‌باشد. این توزیع عادلانه همواره از طریق اختصاص دادن بخش‌های مختلف مال به افراد صورت می‌گیرد به گونه‌ای که مالکیت مشاع شرکا به چند مالکیت جداگانه و در عرض هم بر بخش‌های مال، تبدیل می‌شود اما صورت دیگری نیز برای افراز می‌توان تصور کرد و آن عبارت است از «افراز زمانی» به این صورت که مالکیت مشاع شرکاء، به چند مالکیت در طول زمان تبدیل شود. برای روشن شدن موضوع به ذکر مثالی مبادرت می‌شود:

فرض کنیم چهار نفر به صورت مشاع مالک قطعه زمینی به مساحت هزار مترمربع هستند این افراد برای تقسیم زمین اقدام به افراز آن می‌نمایند یعنی هر کدام از آنان در دویست و پنجاه متر از زمین تصرف می‌کند و مالکیت بی‌معارض می‌یابد اما فرض کنیم که این چهار نفر مالک خانه‌ای هستند. برای تقسیم خانه در صورت امکان باید خانه را به چهار قسمت مساوی تقسیم کنند و در صورت عدم امکان از راه تعدیل، مشکل را حل

نمایند اما اگر این هم امکان نداشته باشد تکلیف چیست؟ راه دیگری که برای تقسیم خانه می‌توان پیشنهاد داد، افراز زمانی است؛ به این صورت که مالکیت مشاع آنان در یک دوره مشخص زمانی با توجه به قطعه‌های مساوی، افراز و تقطیع شود. به عنوان مثال در فرض فوق، خانه مزبور، در هر فصل سال، ملک یک نفر از آنان دانسته شود بدون آنکه در عین ملک، افراز یا توزیعی صورت گیرد.

در افراز زمانی، مالکیت شرکا بر کل عین باقی می‌ماند و تجزیه نمی‌شود اما از نظر مدت، محدودیت می‌یابد. بدیهی است که امکان و مشروعیت افراز زمانی متوقف است بر امکان و مشروعیت مالکیت موقت و از آنجا که ما در مباحث گذشته امکان و مشروعیت آن را اثبات نمودیم مشکلی از این طریق وجود ندارد.

تنها مشکلی که در راه تصور افراز زمانی خودنمایی می‌کند آن است که چنان که گفتیم ارتکاز عرفی متشرعه و می‌توان گفت تمام فقها از افراز، همان افراز و توزیع عین بوده است و افراز زمانی به کلی از ذهن و تصور آنان دور بوده و لذا ممکن است گفته شود چنین برداشتی از معنای افراز خلاف فهم و ارتکاز عرف و در نتیجه خلاف شرع است.

اما در این رابطه باید یادآور شد که چنین برداشت و ارتکازی از معنای افراز به دلیل رواج آن در میان مردم بوده است و از آنجا که بسیاری از فقها، مالکیت موقت را امری نامشروع و نادرست می‌دانسته و تحدید و تقیید مالکیت به زمان را نپذیرفته‌اند لذا تصور افراز زمانی برای آنان نیز امری نامشروع و نادرست می‌نموده است. براین مطلب این نکته را می‌افزاییم که افراز، اصطلاحی نیست که در شریعت اسلام، مفهوم خاص و ویژه‌ای داشته باشد بلکه افراز به معنای توزیع عادلانه مال مشترک است و از آنجا که همواره، توزیع عادلانه مال از طریق توزیع عین و تجزیه سهام مال صورت می‌گرفته است، اصطلاح افراز به این معنا تلقی شده و در ارتکاز عرف و حتی فقها جای گرفته است. هدف از افراز آن است که به نحوی عادلانه و مشروع به اشاعه پایان داده شود و مال مشاع به نحوی رضایت‌بخش تقسیم شود و راه توزیع عادلانه را باید در عرف مردم جستجو کرد چرا که

شیوه خاصی در شریعت پیش‌بینی نشده است. بنابراین اگر شیوه جدیدی توسط عرف و عقلا، ابداع شود که تقسیم مال مشترک را به نحوی عادلانه و رضایت‌بخش انجام دهد و برخلاف اصول مسلم فقهی و حقوقی نیز نباشد، منع و اشکالی در پذیرش آن نیست. آخرین نکته‌ای که برای تأیید افراز زمانی قابل ذکر است آن است که فروش مال مشترکی که غیرقابل تقسیم عادلانه است آخرین راهی است که برای تقسیم مال مشترک وجود دارد و مسلماً اگر بتوان راهی یافت که بدان وسیله، مالکین مشاع، به عین مال مشترک دست یابند، بهتر از آن است که آنان به ثمن مال مشترکشان دست یابند. و افراز زمانی، در چنین اموالی تنها راهی است که می‌تواند در عین حال که به انحلال اشاعه می‌انجامد، مالکین را بر عین مال مسلط سازد.

تردیدی نیست که افراز زمانی نیاز به بحث گسترده‌تر و بیشتر دارد. و از آنجا که تا حدی که کاوش شده، این مسئله در کتب فقهی و حقوقی مطرح نشده است جای بحث و تحقیق دارد. نگارنده در اینجا تنها در مقام طرح موضوع فوق می‌باشد تا راه برای تحقیقات آینده باز شود. اثبات این مسئله می‌تواند افق جدیدی را در مبحث تقسیم اموال مشاع فراروی ما قرار دهد.

از جمله نتایج این نظریه آن است که می‌توان با «افراز زمانی» به نتیجه قرارداد تایم‌شر دست یازید یعنی چند نفر می‌توانند به طور مشاع، ویلا یا ملک دیگری را خریداری کنند و سپس با «افراز زمانی» هر کدام از آنها، مالک آن در مدت مشخصی از سال شوند و بدین ترتیب همان آثار و نتایج تایم شر را به دست آورند.

آخرین نکته اینکه: ذکر شیوه‌های مشابه در این فصل به معنای تأیید یا رد آنها برای اجرا نیست بلکه هدف ما تنها این بوده که در کنار قرارداد «تایم شر» یادی از شیوه‌های مشابه شود تا همه این قالب‌های قراردادی، در کنار هم مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد و در نهایت شیوه واحدی از میان این شیوه‌ها انتخاب و در کشور به اجرا درآید. مسلماً اجرای شیوه واحد با مقررات، احکام و آیین‌نامه‌های منظم و مشخص می‌تواند هرگونه ابهام را از

مسئله مرتفع ساخته، مردم، مسؤولین و به ویژه دستگاه‌های دولتی و دادگاه‌های قضایی را با مشکل مواجه نسازد.

فهرست اهم منابع و مأخذ:

- ۱ - انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶.
- ۲ - آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، ج ۱، چ چهارم، تهران، مکتبه الصادق، ۱۳۶۲.
- ۳ - اصفهانی، شیخ محمد حسین، بحوث فی الفقه، ج دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹.
- ۴ - حاشیه مکاسب، ج ۱، بی تا.
- ۵ - بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظره، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.
- ۶ - بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
- ۷ - توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه (تقریرات درس آیت‌الله خویی)، قم، مؤسسه انصاریان، بی تا.
- ۸ - حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، چ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۷.
- ۹ - حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، بیروت، دارالاحیاء التراث، بی تا.
- ۱۰ - حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، مختلف الشیعه، ج ۶ چ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات، ۱۳۷۳.
- ۱۱ - حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی)، شرایع الاسلام، ج ۲، چ اول، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۵.
- ۱۲ - خمینی، حضرت امام، کتاب البیع، ج ۱، چ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- ۱۳ - تحریر الوسیله، ج ۱، چ ششم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷.
- ۱۴ - خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ج ۴، چ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۶۴.
- ۱۵ - روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثه، چ چهارم، دارالکتاب، ۱۴۱۴.
- ۱۶ - صفایی، سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چ اول، تهران، میزان، ۱۳۷۵.
- ۱۷ - طباطبایی، علامه سید محمد حسین، نه‌ایة الحکمة، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۲.
- ۱۸ - طوسی، شیخ ابی جعفر محمد بن حسن، المبسوط، ج ۲، مکتبه المرتضویه، بی تا.
- ۱۹ - عاملی، شمس‌الدین محمد بن علی (شهید اول)، الدروس الشریعه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
- ۲۰ - عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، مسالک‌الافهام، چ اول، حافظ، ۱۴۱۴.
- ۲۱ - قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن، جامع الشتات، ج ۲، چ اول، تهران، کیهان، ۱۳۷۱.

- ۲۲ - قدیری، محمد حسن، *البيع (تقریرات درس امام خمینی ره)*، چ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۶.
- ۲۳ - کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود معین*، ج ۱، چ ششم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۴.
- ۲۴ - ، *عقود معین*، ج ۲، (مشارکت‌ها، صلح)، چ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۸.
- ۲۵ - ، *اموال و مالکیت*، چ اول، تهران، یلدا، ۱۳۷۴.
- ۲۶ - ، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۱۶.
- ۲۷ - مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، چ چهارم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، ۱۴۱۶.

- ۲۸ - موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه الشریکه*، چ اول، قم، مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۴.
- ۲۹ - مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفایده و البرهان*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
- ۳۰ - محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه، بخش مدنی*، ج ۲، چ اول، تهران، سمت، ۱۳۷۳.
- ۳۱ - نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، بی تا.
- ۳۲ - ، *عوایدالایام*، چ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.
- ۳۳ - نراقی، ملا احمد، *مستند الشیعه*، ج ۲، چ سنگی، قم، مکتبه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵.
- ۳۴ - یزدی، سیدمحمدکاظم، *ملحقات عروة الوثقی*، قم، مکتبه داوری، بی تا.
- ۳۵ - ، *حاشیه مکاسب*، چ سنگی، بی تا.

ملحقات (دیدگاه‌های فقهی دربارهٔ بیع زمانی)

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...

آیت الله العظمی محمدتقی بهجت *

خرید و فروش برای چند نفر به صورت زمانی که در هر زمان یکی از آنها مالک باشد صحیح نیست.

* توضیح ماهنامه «کانون»: آنچه در این مبحث آمده صرفاً دیدگاه علمی و نظر کارشناسی علما و استادان معزز حوزه و دانشگاه است و تأکید می‌شود الزاماً استفتای فقهی موضوع رساله عملی از مراجع مذکور نیست.

آیت الله العظمی سیدعلی سیستانی

فروش به زمان محدود نمی شود، ولی می توان آن را در هر فصل به یک نفر اجاره داد. اجاره موجب ملکیت همه منافع است.

آیت الله العظمی لطف الله صافی گلپایگانی

فروش ملک به صورت مذکور شرعی نیست، ولی اجاره اشکال ندارد. والله العالم.

آیت الله العظمی یوسف صانعی

اگر ملک را به چهار نفر فروخته و آنها خودشان تقسیم بندی می کنند مانعی ندارد و اما اگر خود فروشنده به صورت فصلی فروخته باشد فعلاً نمی توان حکم به صحت آن نمود.

آیت الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی

اگر چهار نفر با هم قرار بگذارند خانه ای را بخرند و در هر فصل سال در اختیار یکی از آنان باشد و عقد را مبنی بر این قرارداد کنند، اشکالی ندارد و خانه مال چهار نفر می باشد و بر طبق شرط و قرارداد در هر فصلی از فصول سال یکی از آنها بالمباشرة یا بالاجارة استفاده کنند و اسم این معامله بیع زمانی نیست.

آیت الله العظمی ناصر مکارم شیرازی

جایز نیست، ولی اگر به صورت اجاره باشد صحت آن بعید نیست.

آیت الله محمد علی اسماعیل پور

فروش به این نحو صحیح نیست، ولی می شود ملک را مشترکاً بخرند و بعد از خرید در ضمن عقد خارج لازمی، شرکاء شرطی قرار دهند که در هر فصل یکی از سهام دیگران تا مدتی معین استفاده کند یا هر یک سهم مشاع خود را تا مدت معینی به دیگران اجاره دهد.

آیت الله سید عباس ابوترابی

سؤال خالی از ابهام نیست. فروشنده ملک به چهار نفر بر وجه مشاع نمی تواند برای همیشه در کیفیت تصرف از آنها سلب اختیار کند. ولكن مالکین بر وجه مشاع می توانند در کیفیت تصرف با یکدیگر توافق کنند.

آیت‌الله ابوطالب تجلیل تبریزی

در عقد بیع، تنجیز شرط است، یعنی باید قصد کند که ملکیت از حین عقد تحقق یابد و تعلیق به زمان آینده صحیح نیست. وقتی ملک مشتری شد در غیر صورت فسخ همیشه در اختیار او بوده و به غیر اختیار او از ملک او خارج نمی‌شود.

آیت‌الله عبدالله خائفی

لو كان المقصود من بيع الملك من اشخاص متعددين بنحو الاشتراك بحيث يكون الاشخاص مالکین له بنحو الاشاعة فلا مانع منه و الا لو كان المقصود بيعه الى زمان كمدة سنة مثلا فصحة تلك المعاملات محل اشكال بل منع عرفاً و شرعاً. فان مقتضى الارتكازات العرفية الدقيقة العمل بلوازم العقد مستمراً. اما ادلة صحة العقد و لزومه امثال قوله تعالى: «وفوا بالعقود»^۱ تقتضى ايجاب الوفاء و الالزام على مقتضاه و هو تسليم المبيع مع البقاء عليه فلو باع مؤقتاً لم يكن موفياً بعقده. و الحاصل ان هذا عقد مؤقت و يفيد معاملة مؤقتة فهو عين استرجاع العين و هذا ينافى بما هو المرتکز لدى العقلاء من التسليم و التسلم و عدم الاسترجاع بعنوانه فيحكم العرف الدقيق و اقتضاء اطلاق قوله تعالى:

«وفوا بالعقود» الاستمرار، فخرج زمام العقد عن يد المتعاملين بحيث يحرم عليهما التصرفات الناقضة للعقد بمقتضى اطلاق دليل وجوب الوفاء و التفصيل موكول الى مجال آخر. والله العالم العاصم.

آیت‌الله علی سبط الشیخ انصاری

به صورت استیجاری مانعی ندارد.

آیت‌الله حمید شربیانی

در عقود تملیکی عین - مثل بیع - تملیک و فروش محدود و فصلی مشروع نیست.

آیت‌الله سیدعلی شفیعی

ظاهراً خالی از اشکال بلکه منع نیست. زیرا اولاً عقد بیع در حکم علت و سبب تام جهت انتقال مبیع به مشتری است، لهذا با ایجاد عقد، ملک به تملک مشتری درمی‌آید و این خود یکی از دلایل شرطیت تنجیز در عقود و ایقاعات می‌تواند باشد. لهذا یا باید عقد، عقدی باشد که تمام ملک آن فوراً به تملک مشتری درآید هرچند تصرفات مالکانه مشروط به شرط یا مدت باشد یا به تملک تمام مشتری‌ها به نحو افزاز و یا مشاع درآید. اما ملکیت زمانی یا طولی به این نحو که یک چهارم به شخص اول در فصل بهار تملیک شود و در این فصل استفاده کند (در کل ملک) و یک چهارم دیگر از اکنون به تملک شخص دیگر در فصل تابستان درآید و هکذا... مستلزم محذورات یاد شده است (تفکیک زمانی یک مالک از ملکیت یک بخش از ملک) و این مطابق قواعد نیست. پس تصرف هر فرد هم در کل ملک موجه نیست.

آیت‌الله محمد صادقی تهرانی

این گونه معامله در فقه بیع مشروط نامیده می‌شود و هرگز اشکالی ندارد، مانند اجاره که می‌توان برای زمان‌های مختلف ملکی را اجاره داد. بلکه در عقد منقطع نیز چنین است که مثلاً یک ماهه برای کسی و پس از عده اگر عده‌ای لازم باشد برای دیگری که عقدها یک جا منعقد شده است، ولی خود ازدواج‌ها یکی پس از دیگری است. البته این گونه فروش، اجاره و نکاح مربوط به شرایط شرعی است. طبق این اصل، طرفین عقد نباید هرگز تخلفی از مفاد عقد داشته باشند. مگر در صورت‌های خیار که در تمامی معاملات با شرایط جاری است و مبنای کلی این مسائل «وفوا بالعقود»^۱ است که پیمان‌های عقلایی خالی از موانع شرعی همگی از نظر شرع درست است.

آیت‌الله محمد علی علوی گرگانی

این نحو خرید و فروش معلوم نیست مصداق بیع باشد، زیرا ظهور تملیک، در ملکیت استمراری است و اگر شک کردیم در مصداق بیع، تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز

نیست و لذا به نظر می‌رسد که بیع با فرض مذکور جایز نباشد.

آیت‌الله محمد علامه هشترویدی

در فرض مرقوم، استفاده از ملک و اجاره‌اش موقوف به رضایت همه ملاک است.

آیت‌الله عباسعلی عمید زنجانی

فروش ملک به صورت زمانی مانند فروش منفعت به معنای اجاره است و در صورت انتقال عین، تنها در صورتی معقول است که بیع مشاع به چند نفری باشد که منافع در ازمنه مختلف متعلق به آنها می‌باشد. والله العالم.

آیت‌الله محمد فیض سرابی

با عنایت به این که بیع نقل عین در مقابل عوض است، منافع مورد معامله واقع نمی‌شود بلکه تابع عین است. لذا بیع عین به چهار نفر که در هر فصلی مال کسی باشد صحیح نیست. بلی می‌تواند عین را مشاعاً به چهار نفر بفروشد و خریداران در مقام استفاده از عین، منافع آن را روزانه یا ماهانه یا با فصول، فی مابین خودشان تقسیم کرده و مورد استفاده قرار دهند.

آیت‌الله محمد فاطمی ابهری

مانعی ندارد اگر مالک اولی زمین را به چهار نفر بفروشد. ولیکن شرط اینکه در هر فصل یکی از آنها استفاده کند، این شرط خلاف کتاب و سنت نیست و فرقی نیست بین اینکه خودش استفاده کند یا به دیگری اجاره بدهد (به جهت انطباق ضابط اجاره بر آن)

آیت‌الله محمدعلی گرامی

جایز نیست، ولی می‌تواند هنگام فروش مثلاً به دو نفر که مشترکاً مشتری می‌شوند شرط کند که استفاده هر یک در فصل خاصی باشد.

آیت‌الله حسین مؤید

وجهی برای تصحیح این معامله به نظر نمی‌رسد.

آیت‌الله محمدهادی معرفت

چنین معامله‌ای بیشتر به اجاره شباهت دارد و در بیع بی‌سابقه است، لذا اگر به عنوان

اجاره زمانی باشد بی اشکال است.

آیت الله سید ابوالفضل موسوی تبریزی

در بیع متعارف که شارع مقدس هم امضا کرده و اصطلاح خاصی ندارد، تملیک مال با تمام شئون و اطوار و ازمان است. فرض سؤال، نمی تواند بیع باشد.

آیت الله محمدتقی مجلسی اصفهانی

این نحو عقد از منصرف ادله خارج بوده و غیر معهود است و مشروعیت آن ثابت نیست. مقتضای اصل، عدم تحقق آن است و مسئله مشابه آن در وقف، آن را تأیید می کند.

آیت الله حسین مظاهری

جایز نیست، زیرا بیع باید قطعی بوده و در آن زمان دخالت نداشته باشد، ولی می توان به چهار نفر به طور مشترک فروخت و آنها بعد از فروش به طور زمان بندی تقسیم کنند.

آیت الله محمد یزدی

قال تعالی: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض»^۱. همان طور که استاد اعظم جامع المعقول و المنقول فقیه عصر مؤسس جمهوری اسلامی ایران امام راحل آیت الله العظمی الخمینی رضوان الله تعالی علیه فرموده اند: ظاهر آیه شریفه تقابل حق و باطل است و تجارة به عنوان مصداق حق ذکر شده و ملاک حق و باطل در معاملات عرف و عقلاء است مگر آن که شارع به طور خاص آن را باطل یا حرام اعلام کرده باشد مثل ربا که فرمود: «احل الله البیع و حرم الربا»^۲ و معمولاً معاملات از نظر شرع امضایی است نه تأسیسی و تعبدی و حق در برابر باطل در معاملات اختصاص به معاملات متداول و جاری ندارد که اگر معامله جدیدی حسب شرایط زمان به وجود بیاید که حتی هیچ یک از عناوین فعلی معاملات بر آن صدق نکند و عقلاً آن را حق می دانند و شارع به طور خاص یا عام آن را رد نکرده باشد صحیح و معتبر و ممضی خواهد بود مثل بیمه در اشکال گوناگون آن. با توجه به این مقدمه بیع زمانی که در فرض سؤال آمده یک معامله

۱. النساء، ۲۹.

۲. البقرة، ۲۷۵.

صحیح عقلایی است که خریدار نسبت به ملک در آن فصل مالک است و هر نوع انتفاع مالکانه می‌تواند ببرد از استفاده شخصی یا فروش یا اجاره به غیر و... چه آن که صدق بیع و مبادله مال به مال بر آن باشد یا نه که شبهه عدم صدق ظهور عرفی در تملک ملک به طور دائم در طول زمان است که از نظر ما همین مفهوم عرفی در مورد فرض سؤال وجود دارد. زیرا در تمام سال‌ها در همان زمان معین مالک است و خروج از ملک او یا عدم دخول [ورود] در ملک او در قطعه بعدی زمان، مانع از مالکیت او در طول سال‌ها، در همان قطعه زمانی نیست. حال اگر فرض کنیم این شبهه مانع از صدق عرفی تملک متعارف در بیع و شراء است مانع از صدق یک قرارداد و داد و ستد عقلایی جدید نیست که شارع آن را رد نکرده و عقلاء آن را حق و صحیح می‌دانند و عموم آیه شریفه شامل آن خواهد بود.

اداره حقوقی قوه قضاییه^۱

بازگشت به استعلام شماره ۵/۷۵ - ۷۵/۷/۲۱ نظریه مشورتی اداره حقوقی به شرح زیر

اعلام می‌شود:

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 که شش‌دانگ ملکی را می‌فروشند، آن ملک از ملکیت او خارج و داخل در ملکیت مشتری می‌گردد 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.